



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie HR 2 juni 2017, NJ 2017/453 (medezeggenschap in faillissement)

Barentsen, B.

Citation

Barentsen, B. (2017). Annotatie HR 2 juni 2017, NJ 2017/453 (medezeggenschap in faillissement). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2017(51), 6873-6910. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/57690>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/57690>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

9. Benadrukt dient te worden dat het moeten plaatsvinden van de tweede toets niet ervan afhankelijk is of een toegangsbeperking tot belastende verklaringen heeft geleid dan wel – wanneer dat het geval is – of deze van het bewijs zijn uitgesloten. Dus ook bij afwezigheid of uitsluiting van met schending van het toegangsrecht verkregen belastende verklaringen zal in beginsel nog moeten worden bezien of ‘de procedure als geheel’ eerlijk is (vgl. r.o. 274 en zie de toetsing in EHRM 12 mei 2017, 21980/04 (*Simeonovi/Bulgaria*), r.o. 132-144 in het bijzonder 136; en voorts in het al genoemde *Sadkov/Ukraine* r.o. 129-131 jo. 126-128). Voorts is het moeten plaatsvinden van de tweede toets al evenmin ervan afhankelijk of er ‘dwingende redenen’ voor toegangsbeperking waren: ook wanneer er zulke redenen waren, zullen belastende verklaringen die met de – aldus toelaatbare – toegangsbeperking zijn verkregen, toch niet steeds zonder meer voor het bewijs kunnen worden gebruikt. Nog altijd dient ook dan de eerlijkheid van ‘de procedure als geheel’ te worden getoetst. Het bovenstaande toetsingschema is ook hiermee exemplarisch voor de algemene voorkeur van het EHRM om weinig harde grenzen en mogelijkheden te verschaffen en doorgaans juist ruimte te laten voor casuïstische beoordelingen.

Informatieplichten betreffende het zwijgrecht (cautie) en het toegangsrecht

10. Tot slot is het arrest *Ibrahim* ook van bijzonder belang omdat daarin de cautieplicht voor het eerst wordt afgeleid uit art. 6 EVRM, terwijl de – al in EHRM 20 oktober 2015, 25703/11 (*Dvorski/Croatia*) erkende – plicht om te informeren over het toegangsrecht nader kracht wordt bijgezet (zie r.o. 272-273; zie ook 303, 306, 310-311). Deze plichten gelden tamelijk absoluut ingeval de autoriteiten uitoefening van het toegangsrecht hebben beperkt. Zelfs indien er ‘dwingende redenen’ bestonden om het toegangsrecht te beperken, zal het voor de autoriteiten zeer moeilijk zijn de presumptie van oneerlijkheid van de procedure te weerleggen indien zij daarbij tevens verzuimen de verdachte te informeren over diens zwijgrecht en toegangsrecht, zo maakt het arrest duidelijk. Deze benadering roept vragen op wanneer inderdaad sprake is van reële acute ernstige dreigingen voor het leven, de fysieke integriteit of de vrijheid van een of meer mensen. Uiteraard kan het rechtstelsel ook onder zulke omstandigheden nooit toestaan dat autoriteiten actief inbreuk op het zwijgrecht maken door verdachten tot spreken te verplichten of te dwingen, laat staan dat daarbij sprake zou mogen zijn van onmenselijke behandeling of zelfs foltering. Van geheel andere orde echter zijn gevallen waarin alleen passiviteit bij de autoriteiten – namelijk: niet geven van de cautie en niet informeren over het toegangsrecht – ertoe leidt dat het zwijgrecht niet of slechts zwak door een verdachte wordt uitgeoefend. Een moeilijke vraag is bovendien waarom de autoriteiten wel het toegangsrecht mogen beperken in geval

van voormelde reële acute ernstige dreigingen, maar dan niet mogen afzien van het geven van informatie die zijwen kan bevorderen en dus de kans kan verkleinen op het door de verdachte delen van kennis die noodzakelijk is ter verijdeling van de ernstige dreiging. Zelf meen ik dat dit onder omstandigheden wel moeten kunnen (zie nader Van Kempen, a.w.). Vooralsnog hebben de autoriteiten die ruimte ingevolge de rechtspraak van het EHRM echter niet en overigens evenmin krachtens de EU Richtlijn betreffende het recht op informatie in strafprocedures (2012/13/EU, 22 mei 2012, *PbEU* L 142/1, 1.6.2012) en art. 29 en 27c Sv (die niet binnen het regime vallen van de art. 27e en 28e Sv).

P.H.P.H.M.C. van Kempen

NJ 2017/453

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

2 juni 2017, nr. 16/04301

(Mrs. C.A. Streefkerk, G. de Groot, M.V. Polak, C.E. du Perron, M.J. Kroeze; A-G mr. T. Hartliet) m.nt. B. Barentsen*

Art. 1, 2, 22, 25, 26, 36 WOR; art. 40, 176 Fw; art. 289 Rv

RO 2017/59

NJB 2017/1287

RvdW 2017/629

Ondernemingsrecht 2017/121

JAR 2017/172

RAR 2017/122

TRA 2017/75

RN 2017/75

RI 2017/80

ECLI:NL:HR:2017:982

ECLI:NL:PHR:2017:175

Wet op de Ondernemingsraden (WOR). Adviesrecht ondernemingsraad ex art. 25 WOR ook tijdens faillissement?; adviesplicht voor besluiten tot verkoop activa (art. 176 Fw) en ontslag werknemers (art. 40 Fw)? Kosten procedure, art. 22 WOR.

Voor zover het faillissementsrecht dat meebrengt, oefent de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is hij als zodanig op een 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. In

* Prof. mr. B. Barentsen is hoogleraar sociaal recht en bijzonder hoogleraar arbeidsverhoudingen in de publieke sector op de Albeda-leerstoel, Universiteit Leiden.

deze hoedanigheden is de curator 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 art. 25 WOR ziet in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van art. 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van art. 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 art. 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 art. 25 lid 1 WOR (bijvoorbeeld onderdeel a of c).

Op 23 december 2015 is aan DA Retailgroep en Retail SSC (verweersters in cassatie sub 1 en 2) voorlopig surseance van betaling verleend. De bewindvoerder heeft hierna gesprekken gevoerd met de huisbankier en met andere partijen over een mogelijke doorstart. Uiteindelijk hebben twee partijen, waaronder NDS, een bod gedaan op de activa van DA Retailgroep en Retail SSC. Op 29 december 2015 is het faillissement uitgesproken. De curator (verweerder in cassatie sub 3) heeft gekozen voor het (iets lagere) bod van NDS. Aan deze keuze lagen mede overwegingen van werkgelegenheid ten grondslag. De curator heeft de arbeidsovereenkomsten opgezegd. De curator heeft de OR van DA Retailgroep en Retail SSC (verzoeker tot cassatie, hierna: de OR) op hoofdlijnen geïnformeerd over de overdracht van de bedrijfsactiviteiten. De OR heeft de curator verzocht te bevestigen dat hij de kosten die de OR zou gaan maken voor juridische bijstand, als boedelschuld zou beschouwen. De curator heeft dat verzoek afgewezen. De OR heeft op de voet van art. 26 WOR beroep ingesteld bij de ondernemingskamer tegen het besluit tot overdracht van activa door DA Retailgroep en Retail SSC aan NDS. De ondernemingskamer heeft het beroep afgewezen. In cassatie wordt geklaagd over de oordelen van de ondernemingskamer dat het adviesrecht van de ondernemingsraad (in beginsel) niet geldt in de situatie dat de onderneming failliet is verklaard en dat voor de toepasselijkheid van het adviesrecht van de ondernemingsraad ten minste vereist is dat de curator de onderneming voortzet.

Voor zover het faillissementsrecht dat meebrengt, oefent de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is hij als zodanig op een 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 art. 25 WOR ziet in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van art. 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van art. 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 art. 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 art. 25 lid 1 WOR (bijvoorbeeld 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 art. 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.

In cassatie is ook geklaagd over het oordeel van de ondernemingskamer over de kosten van de procedure. Zie voor het oordeel van de Hoge Raad hierover r.o. 3.4-3.6.

De Ondernemingsraad van DA Retailgroep B.V. en van Retail Shared Service Centre B.V., te Zwolle, verzoeker tot cassatie, adv.: mr. J.P. Heering en mr. F.M. Dekker, tegen

1. DA Retailgroep B.V., te Amsterdam,
2. Retail Shared Service Centre B.V., te Amsterdam,
3. mr. J. Lensink, in zijn hoedanigheid van curator van verweersters 1 en 2, te Amsterdam, verweerders in cassatie, niet verschenen.

Hof:

3 De gronden van de beslissing

3.1 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 faillissementsituatie 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.

3.2 DA Retailgroep c.s. hebben allereerst aangevoerd dat de OR niet ontvankelijk is in zijn verzoek nu hij niet conform het bepaalde in de WOR is ingesteld en hij daarom niet rechtsgeldig het besluit tot het indienen van het onderhavige verzoek heeft kunnen nemen. Hij bestond immers ten tijde van het besluit tot indiening van het verzoekschrift uit onvoldoende leden. Gelet op het aantal werknemers van DA Retailgroep en Retail SSC diende de OR op grond van artikel 6 WOR minimaal te bestaan uit zeven leden, terwijl er in werkelijkheid op 29 december 2015 maar vijf OR-leden waren, van wie twee per 1 januari 2016 uit dienst zijn getreden. Wanneer een lid van de ondernemingsraad ophoudt in de onderneming werkzaam te zijn, eindigt dat lidmaatschap van rechtswege, zodat de OR op de datum van indiening van het verzoekschrift nog slechts uit drie leden bestond. Thans heeft de OR geen leden meer.

3.3 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 minimum ledenaantal 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. Het primaire verweer wordt verworpen.

3.4 Inhoudelijk hebben DA Retailgroep c.s. het volgende verweer gevoerd.

a. Het adviesrecht conflicteert te zeer met het faillissementsrecht om het ook in een faillissementssituatie te kunnen honoreren. Net zo min als de ondernemingsraad adviesrecht toekomt ten aanzien van een faillissementsaanvraag, heeft hij dat recht in faillissement. Een faillissement is immers gericht op vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen; bij het te gelde maken van de activa staat het realiseren van de beste opbrengst voorop. Het adviesrecht is onverenigbaar met die juist op afwikkeling gerichte rol van de curator.

b. Een eventueel advies van de OR had hoe dan ook niet van wezenlijk invloed kunnen zijn op het besluit: de speelruimte voor de curator was, mede gelet op de stevige positie van de bank – die dreigde met parate executie van haar pandrechten – minimaal. Overigens heeft de curator onder de gegeven omstandigheden het maximaal haalbare resultaat gerealiseerd. De curator heeft als bewindvoerder tijdens de surseance gezorgd voor een transparant biedingsproces, waarbij alle relevante partijen de gelegenheid hebben gekregen een voorstel voor een doorstart te doen. Uiteindelijk is – met toestemming van de rechter-commissaris – niet voor de partij die de hoogste koopsom bood gekozen, maar voor de partij die 140 medewerkers van de failliete ondernemingen een nieuwe arbeidsplaats aanbood (terwijl de andere bieder slechts 40 mensen zou overnemen).

c. De curator heeft de onderneming niet voortgezet. Het adviesrecht van de ondernemingsraad is gegeven met het oog op de toekomst van de onderneming en veronderstelt dat er een onderneming is, dan wel een voorzetting daarvan. Zonder die onderneming kan het adviesrecht niet worden uitgeoefend.

d. Het in acht nemen van de wachttijd van een maand ex artikel 25, zesde lid WOR zou tot onoverkomelijke problemen hebben geleid. Er moest snel worden gehandeld omdat franchisenemers dreigden over te stappen naar andere franchiseorganisaties.

ties indien er niet snel duidelijkheid zou komen over een eventuele doorstart van DA.

e. De OR heeft geen enkel belang meer bij zijn verzoek, nu hij de verzoeken om een (voorlopige) voorziening heeft ingetrokken.

3.5 De Ondernemingskamer overweegt als volgt. 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 uitsluitsel. 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.

3.6 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 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. 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, zesde lid 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.

3.7 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.

3.8 De slotsom luidt dat het verzoek, inclusief de gevraagde proceskostenveroordeling, zal worden afgewezen. Het verweer dat de OR geen belang meer heeft bij de beoordeling van haar verzoek behoeft geen nadere bespreking.

3.9 Ten overvloede overweegt de Ondernemingskamer dat het voorgaande niet wegneemt dat de faillissementscurator er in het algemeen goed aan kan doen om de ondernemingsraad te informeren over de stand van zaken en actuele ontwikkelingen in het faillissement, zoals de voortgang in een eventueel overnameproces.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op strafte van nietigheid in acht te nemen vormen doordat de Ondernemingskamer heeft overwogen en beslist als vervat in de ten deze bestreden beschikking, zulks ten onrechte om één of meer van de navolgende – in onderlinge samenhang te lezen – redenen:

Onderdeel 1

Oordeel Ondernemingskamer

1. In rov. 3.5 overweegt de Ondernemingskamer dat de wet niet met zoveel woorden uitsluitel geeft over de vraag of het adviesrecht van een OR in het algemeen ook (al dan niet onverkort) geldt gedurende het faillissement van de (rechts)persoon die de onderneming in stand hield. Richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad ontbreekt volgens de Ondernemingskamer en de parlementaire geschiedenis biedt evenmin voldoende aanknopingspunten ter beantwoording van deze vraag. In de literatuur zijn de meningen voorts verdeeld. Uit het rapport 'Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van werknemers' blijkt, aldus nog steeds de Ondernemingskamer, dat de OR tijdens faillissement in de praktijk slechts in enkele gevallen actief bij de besluitvorming wordt betrokken door de curator.

2. In rov. 3.6 geeft de Ondernemingskamer vervolgens haar eigen visie. Het adviesrecht laat zich naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet eenvoudig met het faillissementsrecht rijmen. Het adviesrecht is één van de middelen om de werknemers, via de OR, betrokken te laten zijn bij de totstandkoming van besluiten in de onderneming. De invloed van een eventueel advies en daarmee de reikwijdte van een eventueel adviesrecht van de OR wordt in een faillissementssituatie echter wezenlijk beperkt door de noodlijdende toestand van de onderneming en door het doel van het faillissementsrecht. Eén van de hoofdtaken van een faillissementscurator betreft, aldus nog steeds de Ondernemingskamer, immers de vereffening van de boedel. 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. De curator zal bij het te gelde maken van de activa de belangen van de werknemers van de failliete onderneming weliswaar mee laten wegen, maar de hoogte van de opbrengst voor de faillissementsboedel zat voor hem leidend zijn. Het is volgens de Ondernemingskamer daarom zeer de vraag in hoeverre het advies van de OR op een voorgenomen besluit van de curator tot verkoop van die activa nog van wezenlijke invloed zou kunnen zijn. Daar komt bij dat de termijn van een maand uit artikel 25 lid 6 WOR ook niet goed valt in te passen in een situatie van faillissement. Het adviesrecht is naar het oordeel van de Ondernemingskamer derhalve in beginsel onverenigbaar met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator.

Klacht

3. Dit oordeel, dat er in de kern op neerkomt dat het adviesrecht van de OR (in beginsel⁷) niet geldt in de situatie dat de onderneming failliet is verklaard (rov. 3.6), is rechtens onjuist. De Ondernemingskamer miskent dat de medezeggenschapsrechten van een OR gedurende een faillissement onverkort blijven gelden.

Uitwerking en toelichting

4. Alvorens op de door de Ondernemingskamer gebezigde motivering in te gaan, moge — mede gelet op rov. 3.5 — worden gewezen op het volgende. Met betrekking tot de rol van de OR bij faillissement kunnen twee stadia worden onderscheiden:

- (i) het moment dat de bestuurder het voornemen heeft het eigen faillissement aan te vragen en
- (ii) de periode na de faillietverklaring.

In deze cassatieprocedure ligt de vraag voor of de OR in het tweede stadium een adviesrecht toekomt met betrekking tot de in artikel 25 lid 1 WOR genoemde (voorgenomen) besluiten.

5. Het oordeel van de Ondernemingskamer dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, staat op gespannen voet met de wetsgeschiedenis. Anders dan de Ondernemingskamer in rov. 3.5 suggereert, is in de wetsgeschiedenis wel degelijk stilgestaan bij de vraag of het adviesrecht van een OR geldt gedurende een faillissementssituatie. Tijdens de parlementaire behandeling van de wijziging van de WOR in 1998 heeft de minister opgemerkt dat de OR weliswaar geen adviesrecht toekomt met betrekking tot het besluit om surseance van betaling of het eigen faillissement aan te vragen (stadium (i)), maar dat dit niet betekent dat de OR volledig buitenspel staat, onder andere omdat de bewindvoerder of de curator de rechten van de OR na de verleende surseance van betaling of de faillietverklaring (stadium (ii)) heeft te respecteren:

“Wat betreft faillissement en surseance van betaling gaat het — zo begrijpen wij de vraag van deze leden — om voorgenomen besluiten van de ondernemer tot het aanvragen van het eigen faillissement c.q. de eigen surseance. De ondernemingsraad heeft hierover geen adviesrecht. (...) Dit betekent overigens niet dat de ondernemingsraad volledig buiten spel staat. Hij heeft uiteraard de mogelijkheid een (voorgenomen)

⁷ Aan het slot van rov. 3.6 overweegt de Ondernemingskamer dat in het midden kan blijven of, en zo ja, in welke gevallen een uitzondering denkbaar is op het beginsel dat het adviesrecht van de OR onverenigbaar is met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator. Hiermee laat de Ondernemingskamer strikt genomen niet alleen in het midden of in dit geval een uitzondering moet worden gemaakt op het uitgangspunt dat het adviesrecht van de OR gedurende een faillissement niet geldt, maar laat zij zelfs in het midden of uitzonderingen op dat beginsel überhaupt denkbaar zijn. Om die reden is onduidelijk hoe 'hard' het oordeel van de Ondernemingskamer, dat het adviesrecht van de OR gedurende een faillissement niet geldt, precies is. In onderdeel 2 van het middel wordt over deze overweging aan het slot van rov. 3.6 (en over rov. 3.7) geklaagd.

aanvraag tot faillietverklaring of surseanceaanvraag in het overleg met de ondernemer aan de orde te stellen of kan bijvoorbeeld een alternatief noodplan presenteren. Bovendien kan de ondernemingsraad op grond van de Faillissementswet verzet aantekenen tegen de faillietverklaring. *Mocht de curator c.q. de 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.*⁸

[cursivering toegevoegd, adv.]

6. In dit verband kan tevens worden gewezen op de volgende relevante ontwikkelingen. In opdracht van Minister Asscher is in 2015 door de Vrije Universiteit onderzoek verricht naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever. In het daaruit voortvloeiende onderzoeksrapport wordt het standpunt ingenomen dat de medezeggenschapsrechten van de OR gedurende een faillissement onverkort gelden.⁹ De onderzoekers constateren echter tegelijkertijd dat in de praktijk vaak ten onrechte het tegenovergestelde wordt verondersteld.¹⁰ Naar aanleiding van deze constatering heeft Minister Asscher de Commissie Bevordering Medezeggenschap van de SER eind vorig jaar een tweetal vragen gesteld. Ten eerste vroeg de minister de SER-commissie om te bezien in hoeverre meer bekendheid kan worden gegeven aan het feit dat de medezeggenschapsregels bij insolventie van de werkgever wel degelijk gelden. Ten tweede vroeg Minister Asscher de commissie te reflecteren op de vraag hoe de medezeggenschap van werknemers bij insolventie kan worden bevorderd:

“In uw brief van 23 september 2015 heeft u de SER-commissie Bevordering Medezeggenschap (hierna te noemen: ‘de CBM’) gevraagd een reactie te geven op het onderzoek van de VU ‘Werknemers en insolventie: een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever’. Ten aanzien van het onderwerp medezeggenschap constateren de onderzoekers dat in de praktijk vaak ten onrechte wordt verondersteld dat de medezeggenschapsregels bij insolventie van de werkgever niet van toepassing zijn. Meer concreet heeft u de CBM het volgende verzocht:

— Te bezien in hoeverre er meer bekendheid kan worden gegeven aan het feit dat de medezeggenschapsregels bij insolventie van de werkgever in beginsel wel degelijk van toepassing zijn. U heeft daarbij verzocht zowel de rol van de werknemers en werkgevers als die van de curatoren te betrekken.

— De reflectie van de CBM op de diverse in het onderzoek beschreven ideeën in de literatuur om de medezeggenschap in faillissements-situaties te bevorderen. Indien de CBM zelf nog andere mogelijkheden ziet ter bevordering van

medezeggenschap van werknemers bij insolventie, wenst u dit eveneens te vernemen.”¹¹

7. Deze dubbele vraagstelling impliceert dat Minister Asscher het niet alleen eens is met de opvatting van de Vrije Universiteit over de geldigheid van het adviesrecht van de OR tijdens faillissement, maar ook dat hij dit een wenselijke uitkomst vindt (waarom zou hij daar anders meer ruchtbaarheid aan willen geven?). Ook de Commissie Bevordering Medezeggenschap van de SER is blijken zijn brief aan Minister Asscher van 14 december 2015 van mening dat de WOR gedurende het faillissement van toepassing blijft, ook voor de curator:

“In navolging van het onderzoek van de VU stelt de CBM vast dat er diverse regelingen zijn waaruit medezeggenschapsrechten volgen. Naar huidig recht bestaan de volgende medezeggenschapsregels:

— — (...)

— Bij toewijzing van een faillissementsaanvraag wordt de curator bestuurd in de zin van de WOR. De curator is gehouden de WOR na te leven. (...)”¹²

En:

“Na faillietverklaring wordt de OR vaak niet geïnformeerd en betrokken bij de ontwikkelingen en de besluiten die de curator neemt. De WOR is dan wel van toepassing, ook voor de curator. Het is daarom van belang dat de OR ook na faillietverklaring gelegenheid wordt geboden betrokken te blijven bij de gang van zaken binnen de onderneming. Daarbij moet rekening worden gehouden met het feit dat na faillietverklaring een hectische situatie ontstaat voor zowel de curator als de OR-leden. Te denken valt aan tijdsdruk, geheimhouding en voor de OR-leden hun eigen positie. Dit beïnvloedt de wijze waarop de curator en OR-leden invulling geven aan medezeggenschapsrechten.”¹³

In het kader van de opdracht meer bekendheid te geven aan het feit dat de medezeggenschapsregels bij insolventie van de werkgever in beginsel gewoon van toepassing zijn, heeft de Commissie Bevordering Medezeggenschap van de SER een stroomschema ‘insolventieprocedures en medezeggenschapsrechten’ gepubliceerd, waaruit onder meer blijkt dat de WOR gedurende een faillissement onverkort geldt.¹⁴

8. Een andere relevante ontwikkeling op wetgevingsgebied is dat de Tweede Kamer bij de behandeling van de Wet continuïteit ondernemingen I, welke wet — zoals vermeld — de pre-pack van een wettelijke basis moet voorzien, een amendement heeft aangenomen waarmee aan artikel 363 lid 4

8 *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 615, nr. 9, p. 15-16.

9 Bouwens, Roozendaal en Bij de Vaate, a.w., p. 72-73.

10 Idem, p. 146.

11 Brief van de Commissie Bevordering Medezeggenschap aan de Minister van SZW van 14 december 2015, p. 1.

12 Idem, p. 2.

13 Idem, p. 3.

14 Te raadplegen via de volgende URL: www.ser.nl/nl/themas/or-en-medezeggenschap/or-faillissement.aspx. Zie ook: www.ser.nl/nl/actueel/nieuws/2010-2019/2016/20160322-or-faillissement.aspx.

Fw onder meer de navolgende passage is toegevoegd:

“Is bij de door de schuldenaar gedreven onderneming krachtens wettelijke bepalingen een ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging ingesteld, dan verbindt de rechtbank aan de aanwijzing, bedoeld in het eerste lid, als voorwaarde dat deze ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging bij de voorbereiding van het dreigende faillissement wordt betrokken, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet. (...)”¹⁵

9. Deze bepaling komt er in de kern op neer dat de rechtbank bij de benoeming van een beoogd curator in de zogeheten ‘stille voorbereidingsfase’, wanneer er bij de onderneming een OR is ingesteld, als voorwaarde dient te stellen dat de OR bij de voorbereiding van het dreigende faillissement wordt betrokken, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet. In de toelichting bij dit amendement is opgemerkt dat de indieners ervan het van het grootste belang vinden 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.¹⁶ Dit amendement is in lijn met de tendens de (medezeggenschapsrechtelijke) positie van werknemers gedurende een faillissement te versterken.

10. Voor het standpunt dat het adviesrecht van de OR gedurende een faillissement onverkort geldt, is bovendien de nodige steun te vinden in de rechtspraak van Uw Raad. Strikt genomen is het juist, zoals de Ondernemingskamer in rov. 3.5 overweegt, dat Uw Raad zich tot op heden niet heeft uitgelaten over de vraag in hoeverre een OR in de hierboven (nr. 4) vermelde stadia adviesrecht heeft. Althans waar het om een faillissement gaat. Uw Raad heeft namelijk wel reeds duidelijkheid geschapen over de medezeggenschapsrechten in beide stadia met betrekking tot een sursance van betaling. In de YVC IJsselwerf-beschikking¹⁷ besliste Uw Raad, onder verwijzing naar onder meer de hierboven vermelde parlementaire geschiedenis, dat het (voorgenomen) besluit sursance van betaling te vragen niet adviesplichtig is (stadium (i)). Uw Raad voegde, daar evenwel uitdrukkelijk aan toe dat het adviesrecht van de OR na de verleende sursance van betaling in stand blijft (stadium (ii)). Niet valt in te zien waarom dit met betrekking tot een faillissement, althans ten aanzien van het tweede stadium, anders zou zijn.

11. In de literatuur wordt vrijwel unaniem het standpunt gehuldigd dat het adviesrecht van de OR gedurende een faillissement onverkort geldt.¹⁸ In tegenstelling tot wat de Ondernemingskamer in rov.

3.5 overweegt, is in de literatuur geenszins sprake van verdeeldheid. Wel wordt door een deel van de auteurs verdedigd dat het verloop van het adviestraject door het faillissement van de onderneming kan worden ‘ingekleurd’. Dit kan volgens deze auteurs onder meer inhouden dat de curator zo nodig een korte termijn kan stellen waarbinnen het advies moet worden uitgebracht en dat hij, bij een negatief advies, niet altijd gehouden is de uitvoering van het besluit een maand op te schorten. Ook zou de curator met een minder uitgebreide motivering kunnen volstaan wanneer hij van het advies van de OR wenst af te wijken.¹⁹ De OR DA kan van harte met deze benadering instemmen. In eerste aanleg heeft hij er reeds op gewezen dat het enkele feit dat DA Retailgroep c.s. failliet is verklaard niet meebrengt dat de curator de wettelijke medezeggenschap kan en mag passeren (verzoekschrift, nrs. 25-26; pleitnota mr. Lelijveld, nrs. 17-18). Ook heeft de OR DA aangevoerd dat de curator advies op de meest korte termijn had kunnen vragen (verzoekschrift, nr. 26), in welk verband de curator de voorzitter van de OR DA met één telefoontje had kunnen bereiken (pleitnota mr. Lelijveld, nr. 19), en dat goed denkbaar is dat de opschortingstermijn van één maand bij een negatief advies niet geldt (pleitnota mr. Lelijveld, nr. 22). Dit alles doet er echter niet aan af dat het vrijwel unaniem gehuldigde uitgangspunt in de literatuur omgekeerd is aan dat van de Ondernemingskamer, namelijk dat de medezeggenschapsregels bij insolventie van de werkgever onverkort van toepassing zijn.

12. Het oordeel van de Ondernemingskamer is daarnaast in bepaalde situaties in strijd met (de strekking van) Richtlijn 2001/23/EG inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van onderneming. Die richtlijn bepaalt dat de rechten en verplichtingen welke voor een vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen door de overgang van (een onderdeel van) een onderneming van rechtswege overgaan op de verkrijger (artikel 3). Die overgang mag op zichzelf ook geen reden zijn werknemers te ontslaan (artikel 4). Artikel 7 van Richtlijn 2001/23/EG legt op de vervreemder en de verkrijger vervolgens volgende informatie- en raadplegingsverplichtingen richting ‘de vertegenwoordigers van hun eigen werknemers’. Hieronder verstaat de richtlijn: ‘de vertegenwoordigers van de werknemers volgens de wettelijke voorschriften of de gebruiken in de lidstaten’ (artikel 2 lid 1 onder c). In Nederland is, zoals hierna nog zal worden uiteengezet, de OR als zodanig aangewezen.

13. Op grond van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG zijn artikelen 3 (behoud van rechten) en 4 (ontslagbescherming) van de richtlijn niet van toepassing wanneer de vervreemder – kort gezegd

¹⁵ Kamerstukken II 2015-2016, 34 218, nr. 9. Het wetsvoorstel is op 21 juni 2016 bij de Eerste Kamer ingediend: Kamerstukken I 2015-2016, 34 218, nr. A.

¹⁶ Kamerstukken II 2015-2016, 34 218, nr. 9, p. 2.

¹⁷ HR 6 juni 2001, JOR 2001/146 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (YVC IJsselwerf).

¹⁸ Zie de literatuur genoemd in voetnoot 5.

¹⁹ Vgl. Hufman, a.w., p. 90; Zaal, a.w., p. 246; Beitzler en Van der Pijl, t.a.p., p. 250; Van Mierlo, t.a.p., p. 50-51; Joosten, a.w., p. 160-161; Kortmann, t.a.p., p. 156.

— is verwickeld in een op liquidatie gerichte insolventieprocedure (vgl. ook artikel 7:666 lid 1 BW). Deze uitzondering geldt echter niet voor de informatie- en raadplegingsverplichtingen uit artikel 7 van Richtlijn 2001/23/EG. Dit betekent dat de vervreemder en de verkrijger ook in een faillissements-situatie gehouden zijn de vertegenwoordigers van hun eigen werknemers tijdig vóór de toestandkoming van de overgang te informeren over

- (i) de datum of de voorgenomen datum van de overgang,
- (ii) de reden van de overgang,
- (iii) de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers, en
- (iv) de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen (artikel 7 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG).

Voorts moeten de vervreemder en de verkrijger, indien zij ten aanzien van hun werknemers maatregelen overwegen, hun werknemersvertegenwoordigers tijdig over deze maatregelen raadplegen teneinde tot een akkoord te komen (artikel 7 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG).

14. In Nederland is, zoals vermeld, de OR aangewezen als de te informeren en te raadplegen werknemersvertegenwoordiging. Dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de implementatiewet van Richtlijn 77/187/EEG, één van de twee voorgangers van Richtlijn 2001/23/EG. Da wetgever vond het niet nodig de informatie- en raadplegingsverplichtingen, destijds neergelegd in artikel 6 van de richtlijn, afzonderlijk te implementeren, nu aan die verplichtingen reeds was voldaan met artikel 25 WOR. In de memorie van toelichting van de bedoelde implementatiewet is hierover het volgende opgemerkt:

“Artikel 6, eerste lid, verlangt dat de vervreemder en de verkrijger ter zake van de overgang overleg plegen met de vertegenwoordigers van hun werknemers. Aan deze verplichting is voldaan door artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden, zoals dit luidt na de onlangs daarin aangebrachte wijzigingen. Immers artikel 6, vierde lid, staat toe, de wettelijke regeling van het overleg te beperken tot de ondernemingen met een geïnstitutionaliseerde vertegenwoordiging zoals de ondernemingsraad. De richtlijn (artikel 6, eerste lid, in samenhang met de definitiebepaling) verlangt niet tevens wettelijke maatregelen inzake overleg met de vakbonden.”²⁰

15. Dit betekent dat het oordeel van de Ondernemingskamer, dat de OR gedurende een faillissement geen adviesrecht toekomt, in de gevallen waarin de verkoop van (de activiteiten van) de onderneming door de curator kwalificeert als een overgang van (een onderdeel van) een onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23/EG, met deze richtlijn in strijd is. Op grond van artikel 7 van Richtlijn 2001/23/EG dient de OR in dergelijke gevallen

immers door de curator te worden geïnformeerd en geraadpleegd. Artikel 25 WOR vormt de Nederlandse implementatie van deze verplichting.

16. Het is een bewuste keuze van de Europese wetgever geweest om de in artikel 7 van Richtlijn 2001/23/EG bedoelde informatie- en raadplegingsverplichtingen niet uit te sluiten gedurende op liquidatie gerichte insolventieprocedures. Dit is destijds als volgt toegelicht:

“There is no reason whatsoever for excluding the rights to information and consultation (Article 6) and the protection of employees' representatives (Article 5) in the context of insolvency. Indeed, such rights may be extremely valuable in such circumstances, giving the employees' representatives the opportunity to make proposals for avoiding insolvency to the transferor and for redeployment to the transferee. This already occurs in France, the Federal Republic of Germany, the United Kingdom, Spain and Denmark with respect to transfers in the framework of liquidation proceedings; and in all Member States as regards transfers effected in pre-liquidation proceedings.”²¹

17. De oordelen van de Ondernemingskamer in de eerste zin van rov. 3.6, dat het adviesrecht van de OR zich niet eenvoudig met het faillissementsrecht laat rijmen, en in de op-één-na-laatste zin van rov. 3.6, dat het adviesrecht onverenigbaar is met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator, staan haaks op deze visie van de Europese Commissie. Uit de geciteerde passage valt immers op te maken dat de Europese Commissie informering en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers juist extreem waardevol ('extremely valuable') vindt gedurende, een faillissement van de werkgever. Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft het belang hiervan tijdens faillissements-situaties benadrukt. Het betrof een zaak over Richtlijn 98/59/EG inzake collectief ontslag. Die richtlijn bevat voor de werkgever die een collectief ontslag overweegt vergelijkbare informatie- en raadplegingsverplichtingen als Richtlijn 2001/23/EG. Het Europese hof heeft in de zaak *Claes c.s./Landsbanki* geoordeeld dat — kort gezegd — die verplichtingen ook gedurende faillissement dienen te worden nagekomen. Zolang de werkgever rechtspersoonlijkheid heeft, is hij daartoe immers in staat. De informatie- en raadplegingsverplichtingen dienen volgens het hof 'tot en met het definitieve uitdoven van de rechtspersoonlijkheid van een eenheid' te worden nageleefd, en wel 'door de directie van de betrokken eenheid, indien deze aanblijft, zelfs met beperkte beheersbevoegdheden, of door de liquidateur ervan, indien hij het beheer ervan volledig heeft overgenomen'.²² Uit dit oordeel blijkt dat het Europese hof informatie- en raadplegingsverplichtingen enerzijds en een faillissementsprocedure an-

²¹ COM (94) 300, def., p. 12.

²² HvJ EU 3 maart 2011, *JAR* 2011/93 m.nt. S.S.M. Peters (*Claes c.s./Landsbanki*).

²⁰ Kamerstukken II 1979-1980, 15 940, nr. 3, p. 4.

derzijds, in tegenstelling tot de Ondernemingskamer, geenszins onverenigbare grootheden acht.

18. De verplichting een OR in te stellen bestaat op grond van artikel 2 WOR alleen bij ondernemingen van een zekere omvang (kort gezegd: ondernemingen waar in de regel ten minste 50 werknemers werkzaam zijn). In geval van een overgang van onderneming verplicht artikel 7:665a BW echter ook de werkgever in een onderneming waarin geen vorm van medezeggenschap is geregeld (lees: kleinere werkgevers) tot informatieverstrekking aan zijn werknemers. Deze verplichting bestaat ook gedurende een faillissement. Artikel 7:666 lid 1 aanhef en onder a BW zondert in geval van faillissement immers slechts de toepasselijkheid van artikelen 7:662 t/m 7:665 en 7:670 lid 8 BW uit en niet de toepasselijkheid van artikel 7:665a BW. Hieruit kan worden afgeleid dat ook de Nederlandse wetgever informatieverstrekking en faillissement niet als onverenigbaar beschouwt.

19. Bij dit alles dient bedacht te worden dat het recht op medezeggenschap – op voorlichting en raadpleging – zowel in het Nederlandse als het Europese recht als grondrecht is verankerd (vgl. artikel 19 Gw, artikel 21 ESH en artikel 27 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie). Dit brengt mee dat een beperking van medezeggenschapsrechten niet spoedig mag worden aangenomen. Daarvoor zullen zwaarwegende gronden aanwezig moeten zijn.

20. De Ondernemingskamer voert in rov. 3.6 twee argumenten voor haar oordeel aan. Het belangrijkste argument is dat het zeer de vraag is in hoeverre een eventueel advies van de OR, gelet op de taak van de curator en het primaat van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, van wezenlijke invloed zou kunnen zijn op de besluitvorming van de curator. Dit argument gaat om verschillende redenen niet op. De Ondernemingskamer vat de taakstelling van de curator hier te beperkt op.²³ Behalve met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, moet de curator immers ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid.²⁴ Onder omstandigheden kan aan dergelijke belangen volgens Uw Raad zelfs voorrang toekomen boven de belangen van de individuele schuldeisers.²⁵

21. Daarnaast vormt het enkele feit dat het advies mogelijk beperkte invloed heeft, geen reden om het adviesrecht categorisch uit te sluiten gedurende faillissement.²⁶ De formulering van de Ondernemingskamer ('het is daarom zeer de vraag in hoeverre (...)') suggereert reeds dat er ook situaties

denkbaar zijn waarin het advies wél van invloed kan zijn. De onderhavige zaak vormt daarvan een goed voorbeeld. De curator had immers de keuze uit twee kopers, zodat er iets te kiezen was. Bovendien betekent de omstandigheid dat de curator maar een beperkte bewegingsvrijheid heeft niet dat het advies van de OR in het geheel geen invloed kan hebben. Sprengers wijst er terecht op dat er altijd, zij het binnen beperkte kaders, zekere keuzes moeten worden gemaakt.²⁷ Onderdeel van het adviesstraject zijn immers ook de gevolgen van het besluit voor het personeel. De OR zou kunnen adviseren over te hanteren selectiecriteria voor het ontslag van personeelsleden. Ook zou de OR de curator gedurende het overleg van waardevolle informatie kunnen voorzien en inzicht in de belangen van de onderneming en haar werknemers kunnen verschaffen, zodat de curator een beter overwogen besluit kan nemen. Deze informatie kan daarnaast ook van belang zijn voor de eventuele koper van de onderneming. De rol van de OR is bovendien ook maatschappelijk zinvol: hij kan werkgelegenheidsaspecten naar voren brengen alsmede opvattingen over de selectiecriteria bij een doorstart en daarnaast ook bijdragen aan het tegengaan van misbruik van de faillissementsaanvraag. Verwezen zij naar de hierboven (nr. 16) geciteerde toelichting van de Europese Commissie over het belang van informering en raadpleging van werknemers gedurende een faillissement en naar het oordeel van het Europese hof inzake *Claes c.s./Landsbanki*.

22. Bovendien ziet de Ondernemingskamer eraan voorbij dat het ook buiten faillissement voorkomt dat de bestuurder in wezen geen of nauwelijks beslissingsruimte heeft, in welke situaties een advies van de OR ook maar weinig invloed zal hebben.²⁸ Te denken valt aan de situatie dat een subsidie wordt stopgezet, waardoor de bestuurder geen andere keuze heeft dan de betreffende bedrijfsactiviteit af te stoten of stop te zetten. Toch geldt het adviesrecht in dergelijke situaties onverkort. Met Sprengers kan worden gesteld dat het passender voorkomt om de vraag hoeveel bewegingsruimte de curator in een concreet geval heeft, te betrekken bij de belangenafweging ex artikel 26 lid 4 WOR.²⁹ Dat is echter wat anders dan dat het adviesrecht geheel van de baan is, zoals de Ondernemingskamer meent.

23. Het tweede argument van de Ondernemingskamer luidt dat de termijn van een maand uit artikel 25 lid 6 WOR niet goed valt in te passen in een situatie van faillissement. Dit argument snijdt evenmin hout, nu ook deze omstandigheid geen reden vormt het adviesrecht van de OR categorisch uit te sluiten gedurende faillissement. Zoals reeds vermeld, wordt door diverse schrijvers verdedigd dat de beperkte (manoeuvrer)ruimte in een faillisse-

23 Vgl. I. Zaai, 'Geen adviesrecht OR bij doorstart na faillietverklaring', *TRA* 2016/8/9, nr. 74.

24 HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 m.nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*).

25 HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou*).

26 Zie ook Kroft, t.a.p., p. 57, die opmerkt: 'De omstandigheid dat de curator geen alternatief heeft voor zijn besluit, doet niets af aan het adviesrecht van de OR.'

27 L. Sprengers, 'Het failliet van rol van de ondernemingsraad bij faillissement?', *AR Updates Annotaties* 2016-0555.

28 Vgl. Loesberg in zijn noot onder de hier bestreden beschikking in *JAR* 2016/160.

29 Sprengers in *AR Updates Annotaties* 2016-0555.

mentssituatie dient te worden verdisconteerd in de wijze waarop het adviesrecht wordt uitgeoefend. In dit verband wordt onder meer betoogd dat *van de OR* mag worden verwacht dat hij geen gebruik maakt van de maand opschortingstermijn. Ook de *OR DA* heeft hierop in de procedure bij de Ondernemingskamer gewezen (pleitnota mr. Lelijveld, nr. 22). Grondslag hiervoor kan worden gevonden in de redelijkheid en billijkheid die ondernemer en *OR* op de voet van artikel 2:8 BW jegens elkaar in acht moeten nemen.³⁰

Onderdeel 2

Oordeel Ondernemingskamer

24. Aan het slot van rov. 3.6 overweegt de Ondernemingskamer dat, gelet op het volgende, in het midden kan blijven of, en zo ja, in welke gevallen een uitzondering denkbaar is op het beginsel dat het adviesrecht van de *OR* onverenigbaar is met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator. Met de woorden 'gelet op het volgende' verwijst de Ondernemingskamer naar rov. 3.7. Aldaar overweegt zij dat voldoende is komen vast te staan dat de curator de onderneming van de gefailleerde vennootschappen gedurende de faillissementen niet heeft voortgezet. 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 diens gevolg niet verplicht (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, aldus de Ondernemingskamer.

Klachten

25. Indien en voor zover dit oordeel aldus moet worden begrepen, dat voor toepasselijkheid van het adviesrecht van de *OR* gedurende een faillissement (ten minste) vereist is dat de onderneming door de curator is voortgezet, is de Ondernemingskamer van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan (zie voetnoot 7). Voor een dergelijk vereiste is geen steun te vinden in het recht.

26. Indien de woorden 'dat besluit' in de slotzin van rov. 3.7 verwijzen naar het — in de daaraan voorafgaande zin genoemde — besluit van de curator de onderneming na de faillietverklaring niet voort te zetten, is het oordeel van de Ondernemingskamer onbegrijpelijk, omdat dit besluit in deze procedure niet door de *OR DA* wordt aangevochten. Het besluit waartegen de *OR DA* in deze procedure opkomt, is — ook blijkens de weergave van het standpunt van de *OR DA* in rov. 3.1 — het be-

sluit tot verkoop van (een deel van de activa van) *DA Retailgroep c.s.*, welk besluit neerkomt op een overdracht van de zeggenschap over (een onderdeel van) de onderneming (artikel 25 lid 1 onder a *WOR*) en voor het overige op beëindiging van de onderneming (artikel 25 lid 1 onder c *WOR*) (verzoekschrift, nrs. 21-22).

Uitwerking en toelichting

27. Strikt genomen overweegt de Ondernemingskamer hier dat zij niet alleen in het midden laat of in dit geval een uitzondering moet worden gemaakt op het uitgangspunt dat het adviesrecht van de *OR* gedurende een faillissement niet geldt, maar dat zij zelfs in het midden laat of uitzonderingen op dat uitgangspunt überhaupt denkbaar zijn. Zo bezien is rov. 3.7 niet dragend voor het oordeel van de Ondernemingskamer en is de relevantie van die overweging niet aanstonds duidelijk. Tevens is hierdoor onhelder hoe 'hard' het door de Ondernemingskamer aangenomen beginsel, dat het adviesrecht onverenigbaar is met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator, exact is (zijn daarop nu wel of niet uitzonderingen denkbaar?).

28. De *OR DA* begrijpt het oordeel van de Ondernemingskamer zo, dat voor een uitzondering op het uitgangspunt dat het adviesrecht van de *OR* gedurende een faillissement niet geldt, in de visie van de Ondernemingskamer ten minste vereist is dat de onderneming van de failliet door de curator is voortgezet. Het is immers vanwege het feit dat de curator de ondernemingen in dit geval niet in stand heeft gehouden, dat volgens de Ondernemingskamer in het midden kan blijven of een uitzondering überhaupt denkbaar is. Dit veronderstelt dat de Ondernemingskamer instandhouding van de onderneming door de curator als een minimumvereiste voor het maken van een uitzondering beschouwt.

29. Deze veronderstelling is onjuist. Niet valt immers in te zien waarom het voor de vraag of het adviesrecht van de *OR* ook geldt gedurende een faillissement van belang zou zijn of de onderneming door de curator is voortgezet. Waarom zou een (voorgenomen) besluit tot — bijvoorbeeld — verkoop van de onderneming (artikel 25 lid 1 onder a *WOR*) wel adviesplichtig zijn wanneer de curator de bedrijfsvoering na het moment van faillietverklaring nog enige tijd heeft voortgezet en niet wanneer hij datzelfde besluit onmiddellijk na de faillietverklaring neemt? Ook zonder dat de curator de onderneming voortzet, kwalificeert hij als bestuurder in de zin van de *WOR*, nu hij belangrijke besluiten op het gebied van de werkgelegenheid neemt en de hoogste leiding over de arbeid uitoefent.³¹ Dit brengt mee dat hij de in de *WOR* verankerde medezeggenschapsrechten heeft te respecteren. Van belang is aldus enkel of de curator voornemens is een besluit te nemen als bedoeld in artikel 25 lid 1 *WOR* en dat

³⁰ Vgl. I. Zaai, 'Geen adviesrecht *OR* bij doorstart na faillietverklaring', *TRA* 2016/8/9, nr. 74; Bouwens, Roozendaal en Bij de Vaate, a.w., p. 73; Van Mierlo, t.a.p., p. 51; en Kortmann, t.a.p., p. 156.

³¹ Evenzo I. Zaai, 'Geen adviesrecht *OR* bij doorstart na faillietverklaring', *TRA* 2016/8/9, nr. 74.

kan zich ook voordoen zonder voortzetting van de bedrijfsactiviteiten.

Beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan is in artikel 25 lid 1 onder c WOR nota bene expliciet als een adviesplichtig besluit aangemerkt. De beslissing van de curator om de onderneming niet voort te zetten, is op zichzelf dus reeds adviesplichtig.³²

30. Het door de Ondernemingskamer veronderstelde (minimum)vereiste dat de curator de onderneming enige tijd in stand moet hebben gelaten, lijkt ook vanuit praktisch oogpunt onwenselijk. Onmiddellijk rijst immers de vraag hoe lang de onderneming moet zijn voortgezet voordat het adviesrecht van de OR 'herleeft'. Is dat een dag? Een week? Een maand? Of moet het gaan om Fokker-achtige situaties, waarin de curator de onderneming met 700 personeelsleden nog gedurende jaren heeft voortgezet (om een order tot het bouwen van vijftien vliegtuigen af te ronden)?

31. Daarnaast werkt de eis dat de onderneming moet zijn voortgezet misbruik in de hand. Verwacht kan worden dat partijen bij aanvaarding van die eis voortaan eerst de verkoop geheel voorbereiden en pas faillissement aanvragen als de verkoop in kannen en kruiken is, zoals dat tegenwoordig ook reeds gebeurt bij een pre-pack en zoals in de onderhavige zaak in wezen ook is gebeurd. Sprengers merkt hierover het volgende op:

"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 mogelijkereis 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."³³

Onderdeel 3

Oordeel Ondernemingskamer

32. Aan het slot van rov. 3.7 overweegt de Ondernemingskamer dat de curator, nu hij de ondernemingen niet in stand heeft gehouden, niet verplicht is de kosten van deze procedure voor rekening van de boedels te laten komen, in rov. 3.8 voegt de Ondernemingskamer hieraan toe dat de verzoeken van de OR DA, inclusief de gevraagde proceskostenveroordeling, worden afgewezen.

Klachten

33. Het slagen van één of meer van de voorgaande klachten viteit tevens het oordeel dat de door de OR DA gevraagde proceskostenveroordeling dient te worden afgewezen (rov. 3.7 en 3.8), nu die beslissing voortbouwt op het oordeel dat het adviesrecht van een OR gedurende een faillissement

(in beginsel³⁴) niet geldt (en de verzoeken van de OR DA om die reden dienen te worden afgewezen).

34. Indien en voor zover de verzochte proceskostenveroordeling is afgewezen op de grond dat het hoofdverzoek van de OR DA dient te worden afgewezen, getuigt dat oordeel van een onjuiste rechtsopvatting. De Ondernemingskamer miskent alsdan immers dat de kosten voor inschakeling van een deskundige en het voeren van een rechtsgeding ten laste van de ondernemer komen voor zover zij redelijkerwijze noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van de OR en mits de ondernemer vooraf van de te maken kosten in kennis is gesteld. Het enkele gegeven dat de OR in het ongelijk wordt/is gesteld, betekent nog niet dat niet aan deze criteria is voldaan. Voor zover de Ondernemingskamer het vorenstaande niet zou hebben miskend, is haar oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, nu de Ondernemingskamer in het geheel niet motiveert waarom de door de OR DA gemaakte kosten in dit geval niet redelijkerwijze noodzakelijk waren voor de vervulling van zijn taak en ook niet heeft vastgesteld dat de OR DA de curator niet vooraf over de te makers kosten zou hebben geïnformeerd.

35. Indien en voor zover het oordeel aan het slot van rov. 3.7, dat de curator niet verplicht was de kosten van deze procedure voor rekening van de boedels te laten komen, aldus moet worden begrepen, dat voor een dergelijke verplichting (ten minste) vereist is dat de onderneming door de curator is voortgezet, is de Ondernemingskamer van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan, nu voor een dergelijk vereiste op de in onderdeel 2 genoemde gronden geen steun in het recht te vinden is.

Uitwerking en toelichting

36. Een OR heeft geen rechtspersoonlijkheid en beschikt niet over eigen vermogen. Kosten die redelijkerwijze noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van de OR komen ingevolge artikel 22 lid 1 WOR ten laste van de ondernemer. Dit geldt ook voor kosten voor het inschakelen van deskundigen en het voeren van rechtsgedingen, zij het dat de OR de ondernemer van die categorieën te maken kosten vooraf in kennis moet stellen (artikel 22 lid 2 WOR). De OR DA heeft aan deze verplichting voldaan. Hij heeft de curator vooraf geïnformeerd zowel over de inschakeling van deskundige Meijer als over de onderhavige procedure (verzoekschrift, nr. 34; en pleitnota mr. Lelijveld, nr. 34).

37. De curator heeft de OR DA laten weten dat hij de kosten niet noodzakelijk acht voor de vervulling van de taak van de OR DA en dat hij deze niet zal voldoen. In beginsel dient de OR, indien hij de kosten van de deskundige en het te voeren rechtsgeding toch vergoed wil hebben, het geschil na bemiddeling en advies van de bedrijfscommissie op de voet van artikel 36 lid 2 WOR aan de kantonrechter voor te leggen. De kantonrechter dient dan te beslissen of de kosten voor het uitnodigen van de deskun-

³² Evenzo Sprengers in AR Updates Annotaties 2016-0555.

³³ Sprengers in AR Updates Annotaties 2016-0555.

³⁴ Zie voetnoot 7.

dige en/of voor het voeren van het rechtsgeding redelijkerwijze noodzakelijk zijn voor de vervulling van taak van de OR. In het onderhavige geval was voor het volgen van die route evenwel geen tijd, om welke reden de OR DA ervoor heeft gekozen een (proces)kostenveroordeling te verzoeken in de procedure voor de Ondernemingskamer. Dat dit mogelijk is, blijkt uit de beschikking van de Ondernemingskamer in de kwestie *EOR/Equant*.³⁵

38. Voor zover de Ondernemingskamer de gevraagde proceskostenveroordeling heeft afgewezen op de enkele grond dat de OR DA voor het overige in het ongelijk wordt/is gesteld, getuigt dat van een onjuiste rechtsopvatting. Dat enkele gegeven betekent immers nog niet dat de kosten voor inschakeling van de deskundige Meijer en het voeren van de onderhavige procedure redelijkerwijze niet noodzakelijk waren voor de vervulling van de taak van de OR DA. Nu de Ondernemingskamer hieromtrent in het geheel niets heeft vastgesteld, is haar oordeel – voor zover het vorenstaande niet zou zijn miskend – ontoereikend gemotiveerd.

Conclusie A-G mr. T. Hartlief:

Centraal staat de reikwijdte van adviesverplichtingen op grond van de Wet op de ondernemingsraden. Gelden deze ook in een faillissement en strekken zij zich uit tot de in deze zaak door de curator van DA Retailgroep c.s. voorgenomen activatransactie in verband met een overdracht van de bedrijfsactiviteiten? De Ondernemingskamer beantwoordt deze vraag in uitgangspunt ontkennend en ziet in casu ook geen reden voor een uitzondering. De Ondernemingsraad van DA komt daartegen in cassatie op.

1 Feiten

1.1 De volgende feitenweergave is ontleend aan rov. 2.1-2.14 van de bestreden beschikking van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (hierna: de Ondernemingskamer of OK) van 26 mei 2016.

1.2 DA Retailgroep B.V. (hierna: DA Retailgroep) is een groothandel in farmaceutische producten, parfums en cosmetica. Zij hield zich volgens haar inschrijving in het handelsregister bezig met het ontwikkelen en exploiteren van en adviseren over winkelformules, dienstverlening aan drogisten en exploitatie van drogisterijbedrijven. Retail Shared Service Centre B.V. (hierna: Retail SSC) hield zich onder meer bezig met dienstverlening aan drogisten, het sluiten van franchise- en samenwerkingsovereenkomsten met zelfstandige ondernemers en het samenwerken met die ondernemers bij de exploitatie van franchiseformules, waaronder de DA drogisterij-formule. DA Holding B.V. (hierna: DA Holding) is aandeelhoudster van beide vennootschappen.

1.3 De OR is ingesteld voor DA Retailgroep en Retail SSC. In zijn reglement is onder meer geregeld

dat de OR beslist bij gewone meerderheid van stemmen.

1.4 In de loop van 2015 zijn er tussen 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. Die gesprekken hebben toen niet tot resultaat geleid. Per 1 oktober 2015 is H.C.J.M. Castelijns (hierna: Castelijns) benoemd tot bestuurder van DA Holding; hij is per die datum ook enig bestuurder van DA Retailgroep en van Retail SSC.

1.5 Tijdens het najaar van 2015 is een onderzoek gedaan naar de mogelijkheid om de voorraden van DA Retailgroep te verkopen aan Holland Pharma teneinde de liquiditeit van DA Retailgroep te versterken.

1.6 Op 23 december 2015 heeft de rechtbank Amsterdam zowel aan DA Retailgroep als aan Retail SSC voorlopig surseance van betaling verleend, telkens met benoeming van mr. J. Lensink (hierna: mr. Lensink) tot bewindvoerder en mr. W.F. Korthals Altes tot rechter-commissaris (hierna: de rechter-commissaris).

1.7 De huisbankier (hierna: de bank) van DA Retailgroep en Retail SSC was pandhouder van genoeg alle activa van DA Retailgroep en Retail SSC en heeft de bewindvoerder laten weten in geval van faillissement tot uitwinning van haar pandrechten over te willen gaan.

1.8 De bewindvoerder heeft op 24 december 2015 met vertegenwoordigers van de bank, Mosadex en andere partijen gesprekken gevoerd over een mogelijke doorstart van de activiteiten. Twee partijen, waaronder Mosadex, hebben toen een indicatieve bieding gedaan, waarna met beide partijen verder is onderhandeld. Vervolgens is op 27 december 2015 in totaal een twaalfstal mogelijk belangstellende partijen aangeschreven en uitgenodigd een boekenonderzoek te doen op 28 december 2015, waarbij te kennen is gegeven dat uiterlijk om 17.00 uur die dag een eventuele bieding zou moeten zijn uitgebracht. Vijf partijen hebben van de gelegenheid boekenonderzoek te verrichten gebruik gemaakt; twee daarvan (waaronder opnieuw Mosadex/NDS) hebben binnen de gestelde termijn een bod gedaan. NDS is een (klein)dochteronderneming van Holland Pharma en daarmee eveneens onderdeel van Mosadex.

1.9 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 mr. Lensink 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).

³⁵ Hof Amsterdam (OK) 1 april 2004, JAR 2004/110.

1.10 Een brief van diezelfde datum van Castelijns aan de medewerkers houdt onder meer het volgende in:

“Zojuist heb ik u mondeling geïnformeerd over het faillissement van DA Retailgroep B.V. en Retail Shared Service Centre BV. en de consequenties hiervan. (...) Het uitspreken van dit faillissement betekent dat uw arbeidsovereenkomst zal worden opgezegd. U ontvangt hierover een brief van de curator. Tegelijkertijd bewerkstelligen we op dit moment een doorstart met Nederlandse Drogisterij Service B.V. Vanuit Nederlandse Drogisterij Service B.V. worden de bedrijfsactiviteiten van DA Retailgroep B.V., (...) en Retail Shared Service Centre B.V. voortgezet. Dit gebeurt onder mijn leiding. Ondanks het feit dat er sprake is van een doorstart zullen er helaas arbeidsplaatsen verloren gaan. We streven er naar het merendeel van de arbeidsplaatsen te behouden. (...)”

1.11 De curator heeft na verkregen machtiging van de rechter-commissaris de arbeidsovereenkomsten van de medewerkers van DA Retailgroep en Retail SSC opgezegd met inachtneming van de geldende opzegtermijnen.

1.12 De mondelinge afspraken van 29 december 2015 met betrekking tot de activatransactie zijn vastgelegd in een overeenkomst die op 8 januari 2016 door de curator, NDS en de bank is ondertekend.

1.13 Naar aanleiding van het verzoek van de OR DA daartoe heeft de curator hem op 13 januari 2016 op hoofdlijnen geïnformeerd over (het besluit tot) de overdracht van de bedrijfsactiviteiten aan NDS.

1.14 Bij schrijven van diezelfde datum heeft mr. Lelijveld namens de OR de curator ervan in kennis gesteld dat de OR kosten zou gaan maken voor juridische bijstand en de curator verzocht te bevestigen dal hij die kosten als boedelschuld zou beschouwen. De curator heeft mr. Lelijveld daarop per e-mail laten weten dat hij dat verzoek, na overleg met de rechter-commissaris, afwijst.

1.15 Op 14 en 15 januari 2016 is aan een eerste groep medewerkers een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden. De doorgestarte onderneming zal aan L.C.M. Blokdijk en K. Liefers, leden van de OR DA, niet een dergelijk aanbod doen, zo heeft de curator hun laten weten. Hun dienstverband is op respectievelijk 18 en 11 februari 2016 geëindigd. Twee andere OR-leden, H. van Schooten en P. Rusken, zijn per medio/eind januari 2015¹ bij NDS in dienst getreden en wel met terugwerkende kracht tot 1 januari 2016. De voorzitter van de OR DA, S. Schmidt, is op 28 januari 2016 uit dienst getreden.

2 Procesverloop

2.1 De OR DA is vervolgens in rechte opgekomen tegen het hiervoor in 1.12 genoemde besluit van 29 december 2015 tot de overdracht van activa door DA Retailgroep en Retail SSC aan NDS. Hiertoe

heeft hij op 24 januari 2016 een verzoekschrift als bedoeld in art. 26 van de Wet op de ondernemingsraden (hierna: WOR) ingediend bij de Ondernemingskamer.

2.2 In dit verzoekschrift heeft de OR DA de Ondernemingskamer verzocht om, zo mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

A. te verklaren dat DA Retailgroep c.s. bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet tot het besluit van 29 december 2015 hebben kunnen komen;

B. DA Retailgroep c.s. de verplichting op te leggen om het besluit van 29 december 2015 geheel in te trekken en de gevolgen van het besluit ongedaan te maken;

C. DA Retailgroep c.s. te verbieden uitvoering te geven aan het besluit van 29 december 2015;

D. het verzochte onder B en C bij wijze van voorlopige voorziening op te leggen;

E. DA Retailgroep c.s. te veroordelen in de kosten van de procedure, in welk verband de OR DA onder meer heeft gewezen op art. 22 WOR.²

2.3 De OR DA heeft aan zijn verzoek het volgende ten grondslag gelegd.

2.4 Volgens de OR DA is het bestreden besluit een besluit tot overdracht van de zeggenschap over (een onderdeel van) de onderneming in de zin van art. 25 lid 1 onder a WOR en tevens, namelijk voor het overige, een besluit tot beëindiging van de werkzaamheden van de rest van de onderneming in de zin van art. 25 lid 1 onder c WOR. Op grond van art. 25 lid 1 WOR dient de ondernemer de OR in de gelegenheid te stellen om over dergelijke besluiten advies uit te brengen.³

2.5 De OR DA is op geen enkele wijze en op geen enkel moment in het besluitvormingsproces betrokken. De ondernemer heeft de OR DA niet geïnformeerd, geen overleg gehad en niet om advies gevraagd. De OR DA is slechts achteraf en uiterst beperkt geïnformeerd. De ondernemer heeft bij afweging van de betrokken belangen dan ook niet in redelijkheid tot zijn besluit kunnen komen.⁴

2.6 In het algemeen is aanvaard dat de in de WOR verankerde bevoegdheden van de OR in surseance en faillissement in stand blijven. Dat bewindvoerders en curatoren zich in de praktijk weinig gelegen laten liggen aan die bevoegdheden betekent niet dat de regels van de WOR niet gelden.⁵ Dat het belang van de crediteuren mogelijk meebrengt dat een curator snel moet handelen, betekent niet dat hij de wettelijke regels van medezeggenschap volledig kan en mag passeren. De curator of, voorafgaande aan het faillissement, de bewindvoerder/ondernemer kan de OR immers onder geheimhouding om advies op de meest korte termijn vragen.⁶

² Aantekeningen van de OR DA voor de mondelinge behandeling bij de OK, randnummer 34.

³ Randnummer 22 van het verzoekschrift van 24 januari 2016.

⁴ Randnummer 24 van het verzoekschrift van 24 januari 2016.

⁵ Randnummer 25 van het verzoekschrift van 24 januari 2016.

⁶ Randnummer 26 van het verzoekschrift van 24 januari 2016.

¹ Bedoeld zal zijn: 2016.

2.7 De curator heeft betwist dat er nog een onderneming is, althans dat de ondernemingsraad nog bestaat. Zijn standpunt lijkt te zijn dat er door de overdracht van de zeggenschap geen onderneming meer is.⁷ Volgens de OR DA vinden er echter nog steeds activiteiten plaats en zou aanvaarding van het standpunt van de curator bovendien tot gevolg hebben dat het (beroeps)recht van een ondernemingsraad in een situatie als de onderhavige volledig zou komen te ontbreken.⁸

2.8 De OR meent daarom dat hij in de periode van 29 december 2015 (dag van het uitspreken van het faillissement en de mondelinge afspraak over de activatransactie) en 8 januari 2016 (dag van het tekenen van de activa-overeenkomst) in de gelegenheid had moeten worden gesteld om op basis van deugdelijke informatie en behoorlijk overleg te adviseren, onder meer over de manier waarop een selectie van medewerkers plaats zou vinden, het aantal mensen dat een aanbod zou ontvangen en de uitgangspunten van de arbeidsvoorwaarden.⁹

2.9 Omdat de OR DA recht heeft op en belang heeft bij een dergelijk advies en wil dat dit advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op het uiteindelijke besluit, wordt verzocht de ondernemer te bevelen het besluit geheel in te trekken en de gevolgen ervan ongedaan te maken.¹⁰ Hoewel door derden verworven rechten niet kunnen worden aangetast, komt de koper in casu geen derdenbescherming toe nu deze feitelijk van meet af aan betrokken is geweest bij het besluitvormingsproces.¹¹ Castelijns, vanaf 29 december 2015 bestuurder van de NDS, was als interim-directeur van DA Retail Groep nauw betrokken bij het verkoop/kooptraject en op de hoogte van het feit dat de OR DA niet om advies was gevraagd.

2.10 Slotsom, wat de OR DA betreft, is dat de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet tot het besluit van 29 december 2015 heeft kunnen komen, omdat hij heeft nagelaten de OR DA in de gelegenheid te stellen om voorafgaande aan het nemen van het besluit advies uit te brengen. Hiermee zijn de in de WOR gewaarborgde rechten van de OR DA geschonden.¹²

2.11 DA Retailgroep c.s. hebben als primair verweer gevoerd dat de OR DA niet ontvankelijk is in zijn verzoek nu hij ten tijde van het besluit tot het indienen van het verzoekschrift uit onvoldoende leden bestond en daarom niet rechtsgeldig het besluit tot indienen van het verzoek heeft kunnen nemen.

2.12 Inhoudelijk hebben DA Retailgroep c.s. het volgende verweer gevoerd (zoals weergegeven in rov. 3.4 van de bestreden beschikking):

a. het adviesrecht conflicteert te zeer met het faillissementsrecht om het ook in een faillissementssituatie te kunnen honoreren. Net zo min als de ondernemingsraad adviesrecht toekomt ten aanzien van een faillissementsaanvraag, heeft hij dat recht in faillissement. Een faillissement is immers gericht op vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen; bij het te gelde maken van de activa staat het realiseren van de beste opbrengst voorop. Het adviesrecht is onverenigbaar met die juist op afwikkeling gerichte rol van de curator;

b. een eventueel advies van de OR DA had hoe dan ook niet van wezenlijke invloed kunnen zijn op het besluit: de speelruimte voor de curator was, mede gelet op de stevige positie van de bank – die dreigde met parate executie van haar pandrechten – minimaal. Overigens heeft de curator onder de gegeven omstandigheden het maximaal haalbare resultaat gerealiseerd. De curator heeft als bewindvoerder tijdens de surseance gezorgd voor een transparant biedingsproces, waarbij alle relevante partijen de gelegenheid hebben gekregen een voorstel voor een doorstart te doen. Uiteindelijk is – met toestemming van de rechter-commissaris – niet voor de partij die de hoogste koopsom bood gekozen, maar voor de partij die 140 medewerkers van de failliete ondernemingen een nieuwe arbeidsplaats aanbood (terwijl de andere bieder slechts 40 mensen zou overnemen);

c. de curator heeft de onderneming niet voortgezet. Het adviesrecht van de ondernemingsraad is gegeven met het oog op de toekomst van de onderneming en veronderstelt dat er een onderneming is, dan wel een voortzetting daarvan. Zonder die onderneming kan het adviesrecht niet worden uitgeoefend;

d. het in acht nemen van de wachttijd van een maand ex art. 25 lid 6 WOR zou tot onoverkomelijke problemen hebben geleid. Er moest snel worden gehandeld, omdat franchisenemers dreigden over te stappen naar andere franchiseorganisaties indien er niet snel duidelijkheid zou komen over een eventuele doorstart van DA.

2.13 Het verzoek is behandeld ter zitting van de OK van 24 maart 2016. De OR DA heeft hierbij de verzoeken om een (voorlopige) voorziening ingetrokken (rov. 1.4). DA Retailgroep c.s. hebben daarop ook als verweer gevoerd dat de OR DA geen belang meer heeft bij zijn verzoek, nu hij niet langer een voorlopige voorziening verlangt.

2.14 De OK heeft ten aanzien van de ontvanke-lijkheid van de OR DA in zijn verzoek overwogen dat het beroep van DA Retailgroep c.s. op het ontbreken van het wettelijk voorgeschreven minimumaantal leden niet opgaat, omdat deze situatie al sinds begin 2015 bestond, de OR DA sindsdien in deze samenstelling heeft gefunctioneerd en overleg met de bestuurder heeft gevoerd, zonder dat de bestuurder

7 Randnummer 27 van het verzoekschrift van 24 januari 2016.

8 Randnummer 28 van het verzoekschrift van 24 januari 2016.

9 Randnummer 29 van het verzoekschrift van 24 januari 2016.

10 Randnummer 31 van het verzoekschrift van 24 januari 2016. De OR DA lijkt daarmee aan te geven dat zijn belang in het bijzonder is gelegen in de voorlopige voorzieningen. Het verzoek tot het treffen van de voorlopige voorzieningen is echter later ingetrokken. Op het belang van de OR DA bij deze procedure zal ik in paragraaf 3 van deze conclusie nader ingaan.

11 Randnummer 32 van het verzoekschrift van 24 januari 2016.

12 Randnummer 33 van het verzoekschrift van 24 januari 2016.

zich erop heeft beroepen dat aan de samenstelling een gebrek kleefde. Het feit dat half/eind januari 2016 twee leden van de OR DA met terugwerkende kracht per 1 januari 2016 in dienst zijn getreden bij NDS, maakt evenmin dat de OR DA niet kan worden ontvangen in zijn verzoek. Afgezien van de vraag of het besluit tot indiening van het verzoek is genomen voorafgaand aan of na het sluiten van de nieuwe arbeidsovereenkomsten medio/eind januari 2016, is dat besluit in elk geval genomen door de resterende drie leden, tezamen een meerderheid van stemmen vormende, hetgeen volgens het toepasselijke OR-reglement een geldig besluit oplevert. De OR DA is dus ontvankelijk in zijn verzoek (rov. 3.3).

2.15 Vervolgens heeft de OK het verzoek inhoudelijk beoordeeld. Daarbij heeft zij eerst onderzocht of het adviesrecht van de ondernemingsraad ook (onverkort) geldt gedurende het faillissement van de onderneming. Zij merkt daartoe op dat de wet (s-geschiedenis), literatuur en jurisprudentie geen uitsluitel bieden:

“3.5 De Ondernemingskamer overweegt als volgt. 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.”

2.16 Daarna oordeelt de OK dat het adviesrecht van de ondernemingsraad slecht verenigbaar is met de doelstellingen van het faillissement (de snelle vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers) en dat het daarin ook praktisch gezien moeilijk (zinvol) is in te passen:

“3.6 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 faillissements situatie 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 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. 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 liet 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 liet 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, zesde lid 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.”

2.17 Vervolgens heeft de OK geoordeeld dat niet hoeft te worden beoordeeld of in het onderhavige geval sprake is van een uitzondering op het beginsel dat het adviesrecht onverenigbaar is met het faillissement, nu voldoende is vast komen te staan dat de curator de onderneming van de gefailleerde vennootschappen gedurende de faillissementen niet heeft voortgezet:

“3.7 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 distributiecen-
trum direct stopgezet. Zijn handelingen als cura-
tor waren beperkt tot het verder, met toestem-
ming van de rechter-commissaris, uitvoering
geven aan het door hem als bewindvoerder tij-
dens de surseances in gang gezette biedingspro-
ces en het daarna verder afwickelen van de fail-
liete boedels. De curator heeft de ondernemingen
aldus niet in stand gehouden. Hij was diensge-
volge niet gehouden (vooraf) advies van de OR
met betrekking tot dat besluit te vragen en even-
min verplicht de kosten van deze procedure
voor rekening van de boedels te laten komen.”

2.18 De OK komt tot de slotsom dat het verzoek,
inclusief de gevraagde proceskostenveroordeling,
zal worden afgewezen en oordeelt dat het verweer
dat de OR DA geen belang meer heeft bij de beoor-
deling van zijn verzoek geen nadere bespreking be-
hoeft (rov. 3.8).

2.19 Ten slotte overweegt de OK nog, uitdrukke-
lijk ten overvloede:

“3.9 (...) dat het voorgaande niet wegneemt
dat de faillissementscurator er in het algemeen
goed aan kan doen om de ondernemingsraad te
informereren over de stand van zaken en actuele
ontwikkelingen in het faillissement, zoals de
voortgang in een eventueel overnameproces.”

2.20 Tegen de beschikking van de OK van 26
mei 2016 heeft de OR DA bij verzoekschrift van 24
augustus 2016, derhalve tijdig, cassatie ingesteld. De
curator heeft op 19 september 2016 bericht dat, ge-
zien het intrekken van de verzoeken tot het treffen
van voorlopige voorzieningen, naar zijn mening
voor dit concrete geval het belang aan de zaak is ko-
men te ontvallen en dat daarom geen verweer
wordt gevoerd.

3 Het belang bij het cassatieberoep

3.1 In deze zaak staat vast dat de voorgenomen
activatransactie inmiddels heeft plaatsgevonden en
dat de OR DA het verzoek tot het treffen van voorlo-
pige voorzieningen bij de zitting heeft ingetrokken.
Het gaat de OR DA — zo blijkt onder meer uit de
inleiding van het verzoekschrift tot cassatie — in het
bijzonder nog om het antwoord op de principiële en
voor de rechtspraktijk belangrijke vraag in hoeverre
het adviesrecht op grond van art. 25 WOR ook geldt
in faillissementssituaties. Daarmee rijst de vraag of
de OR DA een in rechte te respecteren belang heeft
bij de onderhavige cassatieprocedure.

3.2 Naar mijn mening dient die vraag bevesti-
gend te worden beantwoord. Het verzoek van de OR
DA omvat nog (1) de gevraagde verklaring dat DA
Retailgroep c.s. bij afweging van alle betrokken be-
langen in redelijkheid niet tot het (verkoop-)besluit
van 29 december 2015 hebben kunnen komen en
(2) een verklaring met betrekking tot de redelijke
kosten van de procedure bij de OK c.q. een proces-
kostenveroordeling. Volgens vaste rechtspraak van

Uw Raad levert reeds die proceskostenveroordeling
een voldoende belang op.¹³

4 Faillissement en WOR

4.1 De in deze zaak aan de orde gestelde vraag
brengt een tweetal stelsels in beeld: dat van het fail-
lisementsrecht en dat van het medezeggenschaps-
recht. In paragraaf 5 ga ik nader in op de ‘botsing’
van deze twee stelsels en kom ik ook tot een beant-
woording van de centrale vraag. Om daarvoor een
basis te hebben, zal ik eerst de hoofdlijnen schetsen
van de beide stelsels. Daarbij geldt overigens als
leeswijzer dat diegenen die voldoende gepokt en
gemazeld zijn waar het beide terreinen van het
recht betreft de eerste twee onderdelen van deze
paragraaf rustig kunnen overslaan. Wat het faillisse-
ment(srecht) betreft houd ik het kort (4.2–4.4). Uit-
voeriger ga ik in op de hoofdlijnen van de in de WOR
geregelde medezeggenschap (4.5–4.22). Het derde
onderdeel van deze paragraaf betreft een eerste ven-
kenning van de vraag of de uit de WOR voortvloei-
ende adviesplicht ook in faillissement geldt (4.23–
4.40).

Faillissement: uitzonderlijke situatie die
een bijzonder regime rechtvaardigt

4.2 Het faillissement beoogt (onder meer en
kort gezegd) verdeling door de curator van het ver-
mogen van de schuldenaar onder diens gezamenlij-
ke schuldeisers.¹⁴ De curator is belast met het beheer
en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 Fw),
hetgeen hij doet in het belang van de schuldeisers.
De curator behartigt het gezamenlijke belang van
alle schuldeisers dat zich in principe vertaalt in een
zo hoog mogelijke boedelopbrengst.¹⁵ Binnen de re-
gels van het faillissementsrecht¹⁶ is het aan de cura-
tor om te bepalen op welke wijze hij het belang van

¹³ Onder meer (in een OK-zaak) HR 11 juli 1984,
ECLI:NL:HR:1984:AG4843, NJ 1985/212 m.nt. J.M.M. Maeijer
(*Howson Algraphy*).

¹⁴ Vgl. HR 22 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4980, NJ
1985/548 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Bedrijfsvereniging voor
detailhandel, ambachten en huisvrouwen/Tekton BV*), rov. 3.1.
Zie onder veel meer F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*,
diss., Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 26–27, N.J.
Polak/M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer
2005, p. 1, B. Wessels, *Insolventierecht, deel IV: Bestuur en be-
heer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2015, p. 1, A. van
Hees, ‘Het doel van het faillissement en de taak van de cura-
tor’, *Tvl* 2004/45 en J.R. van Faassen, *De persoonlijke aanspra-
kelijkheid van de faillissementscurator*, Tilburg: Celsus Juridi-
sche Uitgeverij 2010, p. 5 e.v.

¹⁵ Zie onder meer B. Wessels, *Insolventierecht, deel IV: Bestuur en
beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2015, p. 77 en
F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss., Deventer: W.E.J.
Tjeenk Willink 1998, p. 103–107.

¹⁶ In een aantal in de Faillissementswet aangeduide gevallen
heeft de curator machtiging van de rechter-commissaris no-
dig (art. 68 lid 2 Fw). In verband met het toezicht op de cura-
tor is verder van belang dat tegen elke handeling van de cura-
tor kan worden opgekomen bij de rechter-commissaris en dat
van deze een bevel kan worden uitgelokt dat de curator een
bepaalde handeling moet verrichten of een voorgenomen
handeling moet nalaten (art. 69 Fw). Van elke beslissing van
de rechter-commissaris staat gedurende vijf dagen hoger be-
roep open (art. 67 Fw).

de gezamenlijke schuldeisers het beste kan behartigen.¹⁷ Daarbij heeft de curator weliswaar veel ruimte, maar staat hij tegelijkertijd ook vaak voor lastige beslissingen die onder tijdsdruk moeten worden genomen. Niet voor niets gaf Uw Raad in het arrest *Maclou* aan dat bij de beoordeling van het handelen van de curator in het kader van diens eventuele aansprakelijkheid in ogenschouw dient te worden genomen dat hij:¹⁸

"3.6 (...) bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen — die vaak geen uitstel kunnen lijden — óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard. (...)"

4.3 Onder 'maatschappelijke belangen' waarmee de curator rekening moet houden, dient mede de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers van het bedrijf van de failliet te worden verstaan.¹⁹

4.4 Het faillissement is in vele opzichten een uitzonderlijke situatie die meebrengt dat 'normale' waarborgen niet langer (onverkort) gelden. De curator dient het belang van de schuldeisers te behartigen. Andere belangen moeten in meer of mindere mate wijken voor het belang van de schuldeisers. De curator heeft daarom bijzondere bevoegdheden. Zo kan hij in faillissement de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van de failliete organisatie eenvoudiger opzeggen dan buiten het faillissement mogelijk is (art. 40 Fw).²⁰ Ook gelden de verplichtingen van de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO) in faillissement slechts in beperkte mate (hierna ook 5.16).²¹ Deze beperkingen zijn daardoor ingegeven dat de curator in het belang van de schuldeisers kan optreden om te voorkomen dat de loonkosten ten koste van andere schuldeisers teveel oplopen en geven hem de ruimte om snel een eventuele ingrijpende beslissing te nemen, bijvoorbeeld tot staking van de werkzaamheden, ontslag van werknemers en (openbare) verkoop van de activa, dan wel een doorstart. De (beperkte) toepasselijkheid van (regels uit) het arbeidsrecht in faillissement geeft aan dat de wetgever (onverkorte) toepassing ervan onvermijdbaar acht met het doel van het faillissement of vindt dat zij in faillissement geen betekenisvolle rol kunnen spelen. Tegelijkertijd zijn de beperkingen

wettelijk vastgelegd, niet alleen om werknemers en andere belanghebbenden rechtszekerheid te bieden, maar ook om hun betrokkenheid bij bepaalde tijdens het faillissement te nemen beslissingen te garanderen.²²

WOR: adviesplicht en hoofdrolspelers

4.5 De WOR verplicht de ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn een ondernemingsraad (OR) in te stellen en jegens deze raad de voorschriften uit de wet na te leven (art. 2 lid 1 WOR). Een onderneming is volgens art. 1 lid 1 onder c WOR een in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht.²³ Om van een onderneming in de zin van de WOR²⁴ te kunnen spreken moet dus aan een drietal vereisten zijn voldaan. Allereerst dient sprake te zijn van een organisatorisch verband. Hieronder wordt verstaan een verband van mensen waarin wordt samengewerkt, wat wil zeggen dat de samenwerking plaatsvindt binnen één structuur en dat die structuur in leiding voorziet.²⁵ Ten tweede dienen in dat organisatorisch verband mensen werkzaam te zijn die hun werkzaamheden verrichten krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling. Ten slotte dient het organisatorisch verband in de maatschappij als zelfstandige eenheid op te treden. Daarvan is in beginsel sprake wanneer het verband onder eigen naam naar buiten treedt,²⁶ maar ook als het zelfstandig met derden contracteert of goederen en diensten levert aan derden.²⁷

4.6 Om van een 'onderneming' te kunnen spreken moet dus sprake zijn van een organisatie waarin arbeid wordt verricht. Dit roept de vraag op of nog steeds van een onderneming sprake is wanneer daarin (tijdelijk) geen arbeid wordt verricht. Bij de introductie van het begrip in de WOR lijkt deze vraag niet expliciet aan de orde te zijn geweest. Wel is destijds het volgende opgemerkt:

22 P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 2.1, J. Hummelen en M. Breenman (red.), *Parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet: heruitgave Van der Feltz I en II*, Den Haag: Bju 2016, p. 428 (memorie van toelichting bij art. 40 Fw).

23 Niet is van belang of de onderneming met een winsttoegmerk wordt gedreven. Zie L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 30.

24 Zie uitgebreid J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, diss., Deventer: Kluwer 2013, p. 47 e.v.

25 L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 30.

26 *Kamerstukken II* 1969-1970, 10 335, nr. 3 (MvT), p. 15.

27 L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 2.1.3 met verwijzing naar Minister van Sociale Zaken 3 februari 1977, ECLI:NL:XX:1977:AN7137, AB 1977/263 m.nt. F.W.M. van der Ven welke beschikking werd bevestigd in ARvS 25 mei 1978, ECLI:NL:RVS:1978:AM4143, AB 1978/430 m.nt. F.H. van der Burg (*Leger des Heils/Ministerie van Sociale Zaken*) alsook HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0481, NJ 1989/697 m.nt. J.J.M. Maeijer (*Johnny Hoes*).

17 Zie onder meer HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515 m.nt. F.M.J. Verstijlen en B. Wessels, *Insolventierecht, deel IV: Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2015, nrs. 4221 e.v.

18 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn.

19 HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472 m.nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*), rov. 3.5.

20 Zie onder meer A.M.J. van Buchem-Spapens en Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2013, p. 44 e.v.

21 C.M. Jakimowicz en J.H. Even, *Sdu Commentaar op Wet melding collectief ontslag*, art. 1, aant. C.7. Zie overigens J.C.A. Herstel en R.W.J.M. Schuurman, 'Gewijzigd collectief ontslagrecht: (ook) de curator op scherp!', *Tvl* 2012/22 en V. Hafkamp-van der Zwaard, 'Schone schijn bedriegt: de Wet Melding Collectief Ontslag gewijzigd', *ArbeidsRecht* 2012/45.

"In de nieuwe begripsbepaling, die overigens materieel gezien geen wijziging beoogt te brengen in de bestaande situatie, wordt de onderneming omschreven als een in de maatschappij als een zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband, waarin krachtens arbeidsovereenkomst, dus onder leiding, arbeid wordt verricht. Zo'n samenwerkingsverband van mensen wordt ongeacht de werkzaamheden die er worden verricht en ongeacht het doel waarvoor het in het leven is geroepen, als onderneming in de zin van de wet beschouwd. Functie en winsttoegemerk zijn dus niet relevant voor het wettelijk ondernemingsbegrip."²⁸

Hieruit blijkt dat voor de vraag of een samenwerkingsverband als onderneming is aan te merken niet van belang is welk type werkzaamheden daarin worden verricht. In het midden blijft echter of (zonder meer) van belang is dat daadwerkelijk werkzaamheden worden verricht. In de rechtspraak is deze vraag, voor zover mij bekend, niet aan de orde geweest. Ook aanwijzingen in de literatuur zijn schaars. Nieuwe Weme leidt uit het element 'arbeid wordt verricht' af dat van een onderneming slechts kan worden gesproken als daarin daadwerkelijk activiteiten worden verricht:

"Het element 'arbeid wordt verricht' houdt mijns inziens in dat er daadwerkelijk activiteiten moeten worden verricht. Een organisatorisch verband dat zijn werkzaamheden voor lange of onbepaalde tijd heeft gestaakt, kan niet worden aangemerkt als onderneming. Een beperkte periode waarin geen arbeid wordt verricht, heeft geen gevolgen voor het zijn van onderneming. Een seizoenbedrijf of een fabriek die tijdelijk niet meer produceert als gevolg van een verminderde vraag, blijft derhalve een onderneming. Een aanwijzing voor het tijdelijke karakter van het staken van de activiteiten is dat het organisatorische verband nog in stand is."²⁹

In deze visie kan een organisatie enkel als onderneming worden aangemerkt wanneer daarin daadwerkelijk arbeid wordt verricht, zij het dat een tijdelijke onderbreking daarvan niet voldoende is om niet langer van een onderneming te kunnen spreken.

4.7 De WOR roept verplichtingen in het leven voor de ondernemer. Dit is volgens art. 1 lid 1 onder c WOR de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt.³⁰ In de Memorie van Antwoord bij het oorspronkelijke wetsontwerp gaf de minister aan dat de ondernemer is:

"degene (natuurlijke persoon of rechtspersoon), die, door middel van het door een arbeidscontract aan zich binden van een groep werknemers

en het daarmee in de maatschappij werkzaam zijn een onderneming in de zin van de wet in stand houdt. De ondernemer is dus praktisch steeds dezelfde als de eigenaar van de materiële produktiemiddelen."³¹

4.8 In een toelichting bij de WOR uit 1979 van het Ministerie van Sociale zaken wordt de ondernemer aangeduid als "degene die de productiemiddelen verschaft om de onderneming te laten functioneren".³² Honée meent dat in deze definitie beslissend is wie eigenaar is van het 'ondernemingsapparaat'.³³ Verburg gaat er echter vanuit dat, waar de werkgever en degene die de productiemiddelen bezit verschillende (rechts)personen kunnen zijn, de strekking van de WOR meebrengt dat de werkgever als ondernemer in de zin van de WOR moet worden aangemerkt.³⁴ In de *Amfas*-beschikking achtte de OK inderdaad bepalend welke organisatie als werkgever optrad.³⁵

4.9 Onder omstandigheden kan een ander dan de onderneming die de OR heeft ingesteld worden aangemerkt als *medeondernemer*. Dat kan dan bijvoorbeeld het moederbedrijf van de onderneming zijn.³⁶ Uw Raad oordeelde dat om een dergelijke 'ander' als medeondernemer aan te merken vereist is:

"3.4 (...) dat feiten en omstandigheden worden gesteld en, bij betwisting daarvan, aanneemelijk gemaakt waaruit volgt dat die ander ten opzichte van de desbetreffende onderneming een positie inneemt die hem stelselmatig een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming verschaft dat gezegd kan worden dat de onderneming mede door die ander in stand wordt gehouden."³⁷

4.10 Het ondernemerschap uit de WOR is dus niet alleen gekoppeld aan het werkgeverschap of het eigenaarschap van de productiemiddelen, maar ook aan de mate van zeggenschap die een (rechts)persoon kan uitoefenen over de besluitvorming binnen de onderneming.

4.11 De WOR kent behalve het begrip 'ondernemer' ook het begrip 'bestuurder'. Daaronder verstaat art. 1 lid 1 onder e WOR degene die alleen dan wel tezamen met anderen in de onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid. De bestuurder van de on-

28 *Kamerstukken II* 1969-1970, 10 335, nr. 3 (MvT), p. 15.

29 M.P. Nieuwe Weme, 'De juridische definitie van het verschijnsel onderneming in sociaal-rechtelijke zin', *De NV* 1998/1, p. 16 aan het slot van 2.1.

30 R.H. van het Kaar en F.W.H. Vink, *Inzicht in de ondernemingsraad. Een toelichting bij de Wet op de ondernemingsraden*, Den Haag: Sdu 2016, p. 31.

31 *Kamerstukken II* 1969-1970, 10 335, nr. 6 (MvA), p. 18.

32 Ministerie van Sociale Zaken, *Inzicht. Een toelichting bij de wet op de ondernemingsraden*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1979, p. 9.

33 H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*, diss., Deventer: Kluwer 1981, nrs. 24.2 en 25.2.

34 L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 42.

35 OK 30 augustus 1984, ECLI:NL:GHAMS:1984:AC8510, *NJ* 1985/475 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Amfas*), rov. 5.

36 Strikt genomen zou dit in de WOR-systematiek het moederbedrijf zijn van de vennootschap die de onderneming in stand houdt.

37 HR 26 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4735, *NJ* 2000/223 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Provincie Zuid-Holland*).

derneming is steeds een natuurlijk persoon.³⁸ Hij voert voor de ondernemer het overleg met de OR; wanneer een onderneming meer dan één bestuurder heeft, bepalen dezen tezamen wie van hen het overleg voert (art. 23 lid 4 WOR). De bestuurder van de onderneming behoeft niet dezelfde te zijn als de bestuurder van de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt.³⁹ Bepalend is wie rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid in de onderneming.

4.12 In dit verband rijst de vraag hoe de rol van de curator, die met beheer en vereffening van de boedel is belast, vanuit WOR-perspectief kan worden gekarakteriseerd. Daarover wordt wisselend gedacht. Sommige auteurs menen dat de curator als ondernemer dient te worden aangemerkt,⁴⁰ andere dat hij als bestuurder geldt.⁴¹ Hoewel dit uiteindelijk geen verschil maakt voor een eventuele verplichting van de curator om de WOR te respecteren, die geldt namelijk voor beide hoedanigheden, ligt het meest voor de hand aan te nemen dat de curator bestuurder is. Hij is weliswaar belast met het beheer van de boedel, maar de eigendom van de productiemiddelen blijft bij de (failliete) rechtspersoon en deze is ook nog steeds werkgever in arbeidsrechtelijke zin. Zo bekeken is de rechtspersoon dan nog steeds de ondernemer in de zin van de WOR en in de systematiek van deze wet is de curator dan als bestuurder te beschouwen. In de onderhavige zaak is overigens niet aan de orde gesteld of de curator ondernemer of bestuurder is.

Op welke besluiten ziet het adviesrecht?
4.13 Art. 25 lid 1 WOR bepaalt dat de OR door de ondernemer in de gelegenheid wordt gesteld om advies uit te brengen over elk door hem voorgenoemen besluit dat valt onder een van de in genoemd artikellid opgenomen categorieën. De besluiten waarvoor de adviesverplichting geldt, zijn in de onderdelen a tot en met n van art. 25 lid 1 WOR limitatief⁴² opgesomd. Art. 25 WOR geeft de OR het recht om over de in dit artikel opgenomen besluiten advies uit te brengen; de OR is hiertoe niet verplicht.⁴³

De ondernemer daarentegen is op grond van art. 25 WOR verplicht om besluiten als opgesomd in dat artikel ter advies aan de OR voor te leggen. De WOR kent geen uitzonderingen op deze verplichting.

4.14 Van de in art. 25 lid 1 WOR genoemde categorieën besluiten zijn enkele tegen de achtergrond van de onderhavige zaak relevant. Art. 25 lid 1 onder a WOR bijvoorbeeld noemt besluiten tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan. Van overdracht van zeggenschap is sprake indien de onderneming wordt overgedragen aan een ander, bijvoorbeeld door middel van een activa/passiva-transactie⁴⁴ of een aandelen-transactie.⁴⁵ Onderdeel c van art. 25 lid 1 WOR heeft betrekking op besluiten tot sluiting van (delen van) de onderneming, maar ook op situaties waarbij de werkzaamheden niet worden stopgezet doch door een andere onderneming worden voortgezet, bijvoorbeeld wanneer zij worden uitbesteed.⁴⁶ Dit onderdeel vertoont enige overlap met art. 25 lid 1 onderdeel d WOR dat betrekking heeft op een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming.⁴⁷ Art. 25 lid 1 onder e WOR ten slotte verplicht de ondernemer tot het voorleggen van besluiten die een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming dan wel in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming inhouden. Hiertoe behoren onder meer besluiten tot wijziging van de statuten, indien hiermee tevens de bevoegdheidsverdeling binnen de onderneming in belangrijke mate wordt gewijzigd.⁴⁸

4.15 Een besluit tot aanvraag van surseance van betaling is geen adviesplichtig besluit in de zin van art. 25 lid 1 WOR, zo bepaalde Uw Raad in de YVC *IJsselwerf*-beschikking.⁴⁹ Uw Raad merkte daarbij

38 Asser/J.M.M. Maaijer, M.J. Kroeze, Deel 2-1*, *De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 614 en L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 40.

39 Asser/J.M.M. Maaijer, M.J. Kroeze, Deel 2-1*, *De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 614, L.C.J. Sprengers, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, art. 1 WOR, aant. 1 en L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 45.

40 S.C.J.J. Kortmann, 'De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming', in D.H. Beukenhorst e.a., *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 112 en 150-151, J.C.M.G. Bloemarts, 'Werknemers en insolventie: een discussiebijdrage over wettelijk recht', in A.M. Luttmer-Kat e.a. (red.), *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Deventer: Kluwer 2000, p. 76, R.M. Beltzer en J. van der Pijl, 'De rechtspositie van de werknemers bij surseance van betaling en faillissement', in L.G. Verburg en R.M. Beltzer (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 249 en R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting*, Deventer: Kluwer 1993, p. 171. Zie ook Rb. Zutphen 12 juli 1984, ECLI:NL:RBZUT:1984:AC2584, NJ 1986/565.

41 I. Zaai, *De reikwijdte van medezeggenschap*, diss., Deventer: Kluwer 2014, nr. 6.5.2., P.A.M. Witteveen en I. Zaai, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016, p. 91 en W.P.J. Kroft, 'De curator en de medezeggenschap van werknemers', in S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 55. Zo ook Sociaal-Economische Raad, *Insolventieprocedures en toepasselijke medezeggenschapsrechten* (brochure), p. 4.

42 *Kamerstukken II* 1969-1970, 10 335, nr. 3 (MvT), p. 23.

43 *Kamerstukken II* 1969-1970, 10 335, nr. 3 (MvT), p. 15.

44 I. Zaai, *De reikwijdte van medezeggenschap*, diss., Deventer: Kluwer 2014, nr. 3.3.1 en I. Hofstee en O. Albers, *WOR tekst en commentaar 2014*, Alphen aan den Rijn: Vakmedianet 2014, p. 68.

45 Hof Amsterdam 27 juli 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AD0866, NJ 1990/734 (PUEM). Zie tevens OK 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:553, JAR 2015/108 (Brink's).

46 In deze zin Asser/J.M.M. Maaijer, M.J. Kroeze, Deel 2-1*, *De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 642.

47 Asser/J.M.M. Maaijer, M.J. Kroeze, Deel 2-1*, *De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 642.

48 Asser/J.M.M. Maaijer, M.J. Kroeze, Deel 2-1*, *De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 642.

49 HR 6 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2177, NJ 2001/477 (YVC *IJsselwerf*).

overigens op dat voor zover de surseance aangevraagd zou worden in verband met de mogelijke bedoeling de onderneming geheel of gedeeltelijk te staken, het adviesrecht van de OR te dien aanzien na de verleende surseance in stand blijft. De betekenis van deze beschikking voor de hier aan de orde gestelde centrale vraag komt hierna (5.9) aan de orde.

Het adviesrecht ziet op voorgenomen besluiten

4.16 Art. 25 WOR verplicht de ondernemer advies te vragen aan de OR ten aanzien van een *voorgenomen* besluit.⁵⁰ Art. 25 lid 3 WOR bepaalt dat de ondernemer bij het vragen van advies aan de OR een overzicht verstrekt van de beweegredenen voor het voorgenomen besluit alsmede van de verwachte gevolgen van het besluit voor het personeel en van de, naar aanleiding daarvan, voorgenomen maatregelen. Dit veronderstelt dat het voorgenomen besluit voldoende geconcretiseerd is en de gevolgen ervan voldoende bepaalbaar zijn.⁵¹

4.17 De OK oordeelde in de beschikking inzake *OR/PTT Telecom* dat het de ondernemer in beginsel vrij staat om te beslissen in welke fase van een in stappen verlopend besluitvormingsproces het advies gevraagd wordt. Het gekozen moment kan echter (i) als te vroeg worden aangemerkt, bijvoorbeeld wanneer nog geen inzicht kan bestaan in de gevolgen van het (uiteindelijke) besluit of (ii) als te laat, bijvoorbeeld wanneer de besluitvorming al zo ver is voortschreden dat het advies geen wezenlijke invloed meer kan hebben.⁵² Van een adviesplicht is dus sprake als een voorgenomen besluit zodanig uitgekristalliseerd is dat de gevolgen ervan voldoende bepaalbaar zijn.⁵³ Als daarvan nog geen sprake is, kan de ondernemer onverplicht op grond van art. 23 lid 2 WOR met de OR in overleg treden.

Uitoefening van het adviesrecht

4.18 Art. 25 WOR bevat een aantal voorschriften over de wijze waarop het adviesrecht moet worden uitgeoefend. Lid 2 bepaalt dat de ondernemer het te nemen besluit schriftelijk aan de OR voorlegt en dat dit op een zodanig tijdstip dient te gebeuren, dat het advies van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. De OR wordt bij het vragen van advies een overzicht verstrekt van de beweegredenen voor

het besluit, alsmede van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen (lid 3). De OR dient ten minste éénmaal overleg te plegen in een overlegvergadering alvorens een advies wordt uitgebracht (lid 4). De WOR bevat geen termijn voor het uitbrengen van advies, maar aangenomen wordt dat hiervoor een redelijke termijn moet worden gelaten en dat de ondernemer na het verstrijken hiervan zal kunnen besluiten zonder advies.⁵⁴ Als na het advies een besluit wordt genomen, wordt de OR daarvan zo spoedig mogelijk op de hoogte gebracht (lid 5). Wanneer het besluit niet overeenstemt met het advies van de OR, is de ondernemer verplicht de uitvoering van zijn besluit op te schorten tot een maand na de dag waarop de OR van het besluit in kennis is gesteld. Die verplichting vervalt wanneer de OR zulks te kennen geeft (lid 6).

Beroepsrecht van de OR en toetsing door de OK

4.19 Art. 26 WOR geeft de OR het recht bij de OK beroep in te stellen tegen een besluit van de ondernemer als bedoeld in art. 25 lid 5 WOR, *hetzij* wanneer dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van de OR, *hetzij* wanneer feiten of omstandigheden bekend zijn geworden, die, waren zij aan de OR bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht. Het beroep wordt bij verzoekschrift ingesteld binnen een maand nadat de OR van het betreffende besluit in kennis is gesteld (lid 2). Het beroep kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het betrokken besluit had kunnen komen (lid 4). Als een verzoek van de OR op grond van art. 26 WOR ongegrond wordt verklaard, betekent dit dat de ondernemer in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Indien de OK het beroep gegrond bevindt, verklaart zij dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het betrokken besluit had kunnen komen (lid 5). Een dergelijke verklaring betekent als zodanig niet dat het besluit ongeldig is geworden.⁵⁵ In dit verband is van belang dat naast de verklaring op verzoek van de OR voorlopige voorzieningen kunnen worden getroffen: de ondernemer kan een verplichting worden opgelegd om het besluit geheel of ten dele in te trekken, alsmede

50 De formulering 'een voorgenomen besluit tot' heeft de wetgever bewust gekozen om duidelijk te maken dat het moet gaan om positieve voorgenomen besluiten, dat wil zeggen besluiten om iets te doen en niet besluiten om iets niet te doen. Zie *Kamerstukken II* 1976-1977, 13 954, nr. 7, p. 12, OK 16 december 1999, *JRV* 2000/136 en ook Asser/J.M.M. Maeijer, M.J. Kroeze, Deel 2-1*, *De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 637.

51 Asser/J.M.M. Maeijer, M.J. Kroeze, Deel 2-1*, *De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 639. Zie in dit verband ook conclusie A-G Langemeijer voor HR 7 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:AB9994, NJ 1999/778 (*NS Reizigers*), randnummer 2.4.

52 OK 25 april 1991, ECLI:NL:GHAMS:1991:AD1396, NJ 1992/271 (*OR/PTT Telecom*).

53 Tegelijkertijd moet het advies er nog wel toe (kunnen) doen. Zie art. 25 lid 3 WOR en hierna 4.18.

54 L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 281 en L.C.J. Sprengers, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, art. 25 WOR, aant. 17. De OK kan toetsen of de termijn redelijk is geweest. Zie bijvoorbeeld OK 26 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO5270, JAR 2011/11, rov. 3.6.

55 Bij de invoering van het beroepsrecht is overwogen dat de verklaring op grond van art. 26 lid 4 WOR dat de ondernemer niet in redelijkheid tot het betrokken besluit heeft kunnen komen in de eerste plaats een preventieve werking zal hebben. Dat werd op zichzelf van groot belang geacht. Zie *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 954, nrs. 1-3, p. 40 en *Kamerstukken II* 1974-1975, 13 350, nr. 3 (MvT), p. 7-8.

de gevolgen daarvan ongedaan te maken (lid 5 onder a) of een verbod om handelingen ter uitvoering van (delen van) het besluit te verrichten of doen verrichten (lid 5 onder b). Een beslissing van de OK tast (door het bestreden besluit verworven) rechten van derden niet aan (lid 5).

4.20 De OK toetst dus of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen (art. 26 lid 4 WOR). Volgens vaste jurisprudentie⁵⁶ is dat in het algemeen niet het geval wanneer de ondernemer, bijvoorbeeld omdat hij er ten onrechte vanuit ging dat het besluit niet adviesplichtig was, een besluit heeft genomen zonder advies te vragen aan de OR. Volgens deze zogenaamde 'Lingeziekenhuisdoctrine' betekent niet nakomen van hetgeen in art. 25 WOR is bepaald dat de OR niet op de voorgeschreven wijze heeft kunnen kennis nemen van de inhoud van en de beweegredenen voor het voorgenomen besluit en dat hij daarop geen invloed heeft kunnen uitoefenen; en voorts dat de ondernemer niet op de voorgeschreven wijze heeft kunnen kennisnemen van de zienswijze van de OR, die juist in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen is ingesteld.⁵⁷ Als een besluit wordt genomen zonder dat de OR zijn advies heeft kunnen geven, volgt daaruit dus in beginsel dat de ondernemer niet tot een juiste belangenafweging heeft kunnen komen. Een beroep door de ondernemer op druk van buiten en gebrek aan tijd, waardoor hij zich niet heeft gerealiseerd dat advies moest worden gevraagd, wordt daarom in beginsel niet door de OK gehonoreerd.⁵⁸

4.21 Daarop maakt zij echter zo nodig wel een uitzondering. In de zaak *Openbaar lichaam Muskusrattenbestrijding in de provincie Utrecht* was wel advies gevraagd over een voorgenomen besluit inhoudende de overdracht van de onderneming, maar nam de ondernemer uiteindelijk het besluit zonder het advies af te wachten. De OK oordeelde dat een dergelijk besluit weliswaar in beginsel in redelijkheid niet genomen had kunnen worden,⁵⁹ omdat het in de WOR neergelegde recht op medezeggenschap is geschonden, doch dat in dit geval echter sprake was van een uitzonderingssituatie.⁶⁰ De OR

stelde zich namelijk op het standpunt dat zou zijn afgesproken dat pas advies zou worden gegeven als overeenstemming zou zijn bereikt over het sociaal plan. Dat was volgens de OK echter niet komen vast te staan. Dat de OR geen advies uitbracht, leek met name te zijn ingegeven door de weigering van de onderneming verdere gelden ter beschikking te stellen voor externe advisering ter voorbereiding van het advies van de OR. Hier was, volgens de OK, sprake van een weigering van de OR om advies te geven, hetgeen in strijd was met de eisen van redelijkheid en billijkheid die partijen ook in een advies-traject op de voet van art. 25 WOR jegens elkaar in acht hebben te nemen. In dit geval oordeelde de OK daarom dat de ondernemer het besluit in redelijkheid kon nemen zonder het advies af te wachten, en wou zij daarbij ook mee dat niet was gebleven van bezwaren van de OR tegen de overgang als zodanig of tegen de personele gevolgen daarvan en voorts dat de lange duur en de onduidelijkheid van de discussies over het sociaal plan aan de OR te wijten waren.

Algemene geschillenregeling

4.22 Behalve het beroep bij de OK staat de OR nog een middel ter beschikking om op te komen tegen het niet nakomen van een adviesverplichting door de ondernemer. Op grond van de algemene geschillenregeling van art. 36 lid 2 WOR kunnen zowel de OR als de ondernemer de kantonrechter verzoeken te bepalen dat de ondernemer respectievelijk de OR, gevolg dient te geven aan zijn WOR-verplichtingen. Art. 36 lid 5 WOR staat de kantonrechter toe de OR dan wel de ondernemer te verplichten bepaalde handelingen te verrichten. Ook langs deze weg kan de OR dus naleving van de adviesverplichting van art. 25 WOR afdwingen. Art. 36 lid 3 WOR bepaalt voor een dergelijk geval dat wanneer tegen het besluit reeds beroep is ingesteld bij de OK, de kantonrechter het bij hem ingediende verzoek niet-ontvankelijk verklaart. Omdat de OK de ondernemer kan bevelen het besluit in te trekken, waar de kantonrechter slechts tot naleving van de adviesverplichting kan bevelen, prefereren ondernemingsraden de OK-route.⁶¹

Adviesrecht van de OR in faillissement?

4.23 De tekst van de WOR zelf biedt geen uitsluit over de vraag of de daarin vervatte (advies) rechten van de OR in een faillissement van de vennootschap die de onderneming in stand houdt van toepassing blijven.⁶² De systematiek van de WOR,

56 OK 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579, NJ 1981/271 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Lingeziekenhuis*), OK 30 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW7420, ARO 2012/94 (*OR/Stichting Brabants Orkest*), rov. 3.9 en OK 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:553, JAR 2015/108 (*Brink's*). Zie Asser/J.M.M. Maeijer, M.J. Kroeze, Deel 2-1^a, *De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 648.

57 OK 1 mei 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AB7579, NJ 1981/271 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Lingeziekenhuis*).

58 OK 30 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC2286, ARO 2007/199 (*OR Stichting Kwaliteitscentrum Examinering*), rov. 3.6-3.7.

59 De OK spreekt in dit verband over een 'kennelijk onredelijk besluit'. Dat is echter strikt genomen niet de maatstaf.

60 OK 8 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC4856, JAR 2008/51 m.nt. E. Knipschild (*Openbaar lichaam Muskusrattenbestrijding in de provincie Utrecht*).

61 L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 529.

62 De Faillissementswet biedt zelf ook zekere mogelijkheden tot inspraak voor OR en werknemers. Zo kunnen belanghebbenden, waaronder volgens de wetsgeschiedenis ook de OR kan worden geschaard, bij de rechter-commissaris in verzet komen tegen de faillietverklaring. Zie *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 615, nr. 28, p. 30. Op grond van art. 69 Fw kunnen werknemers die ook schuldeiser zijn opkomen tegen een handeling van de curator. Zie onder meer R.H. van het Kaar, 'Insolventie en arbeid', *TvI* 2004/48.

waarin het 'in stand houden van een onderneming' bepalend is, wijst echter in de richting van een bevestigend antwoord. In de doctrine zien we dat ook terug, zij het dat in dit verband de vraag rijst of voor eventuele adviesverplichtingen in faillissement vereist is dat de curator de onderneming heeft 'voortgezet'. Ik ga hierna nader in op beide aspecten. Deze eerste verkenning van de in de onderhavige zaak centraal gestelde vraag wordt in paragraaf 5 gevolgd door een verdere uitdieping aan de hand van andere bronnen.

Systematiek van de WOR: 'in stand houden van een onderneming'

4.24 In de systematiek van de WOR is bepalend of sprake is van een onderneming. De ondernemer die een onderneming in stand houdt waar in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, is immers op grond van art. 2 lid 1 van de WOR verplicht een OR in te stellen en jegens deze raad de voorschriften van de WOR na te leven. Zo lang er een onderneming is, moet er een OR met bijbehorende rechten en verplichtingen zijn. In dit verband rijst dan de vraag of het uitspreken van het faillissement van de (rechts)persoon die de onderneming in stand houdt als zodanig gevolgen heeft voor het voortbestaan van de onderneming en daarmee voor de positie van de OR. Dat lijkt niet het geval.

4.25 De faillissementsrechtelijke literatuur zit eerder op de lijn dat het faillissement in beginsel geen verandering brengt in de WOR-status van een onderneming. Zo is Kortmann van oordeel dat het faillissement van de vennootschap die de onderneming in stand houdt niet betekent dat de onderneming ophoudt te bestaan.⁶³ Dat is van belang omdat de OR zijn rechten ontleent aan het bestaan van die onderneming, niet aan het bestaan van de vennootschap.⁶⁴ Na faillietverklaring gaan de rechten en verplichtingen die de vennootschap jegens de OR had over op de curator, of hij nu als ondernemer dan wel als bestuurd wordt aangemerkt (hiervoor 4.12).⁶⁵ Met zijn opvatting dat een faillissement als zodanig niet meebrengt dat de onderneming niet langer bestaat, zodat ook de OR en zijn rechten en plichten

wel degelijk blijven bestaan, staat Kortmann niet alleen.⁶⁶

4.26 Ook Jellinghaus en Kraaiapoel zitten qua resultaat op een zelfde spoor in hun annotatie bij de OK-beschikking in de onderhavige zaak:

"10. Daarenboven is het nog maar de vraag of het enkel in staat van faillissement verkeren betekent dat derhalve de onderneming heeft opgehouden te bestaan vanuit een WOR-technisch standpunt. Zo zal op het moment dat de kostenmelding wordt gedaan doorgaans nog worden gewerkt binnen de onderneming en zijn de werknemers in dienst. Derhalve bestaat de onderneming (in liquidatie) en dus de ondernemingsraad nog steeds, inclusief alle bijbehorende rechten. Ook voor het overige staat deze overweging op gespannen voet met de slotoverweging 3.9 van de Ondernemingskamer, waarbij de curator wordt opgeroepen de ondernemingsraad te blijven informeren. Dat wijst erop dat de ondernemingsraad onverminderd is blijven bestaan."⁶⁷

Hierbij valt wel op dat de argumentatie overloopt van 'er is een onderneming dus een OR' naar 'er is een OR dus er zal ook nog een onderneming zijn'. Dat laatste is niet waar het om gaat, het eerste wel: als er een onderneming is, is er een OR, althans behoort er een te zijn.

4.27 Er is geen reden aan te nemen dat het uitspreken van het faillissement van de (rechts)persoon die de onderneming in stand houdt als zodanig inhoudt dat niet meer van een onderneming in de zin van de WOR kan worden gesproken. Het faillissement van de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt, leidt niet automatisch tot beëindiging van de, zoals de onderneming in de WOR-systematiek is, naar buiten toe zelfstandig opererende organisatorische eenheid waarin volgens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht (hiervoor 4.5). Het is in veel gevallen wel zo dat de werkzaamheden spoedig na het uitspreken van het faillissement ophouden en dat (een deel van) het personeel wordt ontslagen. Dit zijn echter geen automatische gevolgen van het faillissement als zodanig, maar van keuzes die na het intreden daarvan door de curator worden gemaakt. Het faillissement van de (rechts)persoon als zodanig betekent dus niet het einde van de onderneming. Dat brengt niet alleen mee dat er dan ook nog een OR is, maar ook dat deze in beginsel adviesrechten heeft.

63 S.C.J.J. Kortmann, 'De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming', in D.H. Beukenhorst e.a., *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 104.

64 S.C.J.J. Kortmann, 'De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming', in D.H. Beukenhorst e.a., *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 151.

65 S.C.J.J. Kortmann, 'De positie van de vennootschapsorganen, de ondernemingsraad en de curator tijdens faillissement', in H.J.M.N. Honée e.a. (red.), *Van vennootschappelijk belang* (J.M.M. Maeijer-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 111.

66 Zie W.P.J. Kroft, 'De curator en de medezeggenschap van werknemers', in S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 52, I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, diss., Deventer: Kluwer 2014, nr. 6.5.2, E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement naar huidige en nieuw recht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 61, J.J.M. van Mierlo, 'Corporate governance en insolventie', in N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 47 en F.B.J. Grapperhaus in zijn annotatie bij YVC Jjselwerf in *Ondernemingsrecht* 2001/53 onder 6.

67 S.F.H. Jellinghaus en B.I. Kraaiapoel in hun annotatie bij de hier bestreden OK-beschikking in *JIN* 2016/210.

Is voortzetting van de onderneming (door de curator) vereist?

4.28 De OK heeft in de bestreden beschikking echter het volgende mede ten grondslag gelegd aan haar oordeel dat de OR DA geen adviesrecht had:

“3.7 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 distributiecencentrum direct stopgezet. Zijn handelingen als curator waren beperkt tot het verder (...) uitvoering geven aan het (...) biedingsproces en het daarna verder afwickelen van de failliete boedels. De curator heeft de ondernemingen aldus niet in stand gehouden. (...)”

4.29 Is voortzetting van de onderneming van de vennootschappen (door de curator) inderdaad vereist⁶⁸ en zo ja waaruit vloeit dat dan voort: uit de WOR zelf of vindt het vereiste elders zijn bron?

4.30 Verlangen dat de onderneming van de vennootschappen door de curator wordt voortgezet, ligt vanuit de WOR-systematiek niet voor de hand: daarin is ‘in stand houden’ immers doorslaggevend. Zolang gesproken kan worden van een naar buiten toe zelfstandig opererende organisatorische eenheid waarin volgens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht, is er een onderneming. We zagen zojuist dat het uitspreken van het faillissement hierin in beginsel geen verandering brengt. Door de OK genoemde omstandigheden als het stopzetten van leveranties zijn tegen de achtergrond van het WOR-begrip evenmin relevant. Dat is van belang, omdat uit de zojuist geciteerde laatste zin van rov. 3.7 blijkt dat de OK wel aansluiting zoekt bij het WOR-begrippenkader. Weliswaar begint zij met (niet) voortzetting van de onderneming van de gefailleerde vennootschappen, maar zij eindigt met de conclusie dat de curator de ondernemingen niet in stand heeft gehouden. Zo lijkt de OK het WOR-begrip ‘in stand houden’ te koppelen aan het begrip ‘voortzetten’. Dat laatste begrip pleegt echter, in ieder geval in het faillissementsrecht, een meer beperkte invulling te krijgen die in de WOR-context minder aanspreekt. Ik licht dat toe.

4.31 Art. 98 en art. 173a e.v. Fw staan de curator toe het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten.⁶⁹

Volgens de INSOLAD-praktijkregels doet hij dat alleen indien aannemelijk is dat het belang van de boedel of een ander zwaarwegend belang dat vergt en indien tevens redelijkerwijs verwacht mag worden dat de meeropbrengst die als gevolg van het voortzetten van de onderneming kan worden behaald de daarmee gepaard gaande extra kosten zal overschrijden.⁷⁰ Hoewel voortzetting in eerste instantie, tijdens de inventarisatiefase, in de praktijk gebruikelijk is, is voortzetting voor langere termijn slechts aangewezen indien de belangen van de boedel daarmee gediend zijn.

4.32 Voortzetting kan zowel plaatsvinden tijdens de conservatoire fase van het faillissement (art. 98 Fw) als tijdens de executiefase (art. 173a e.v. Fw). In de conservatoire fase is voortzetting gericht op behoud van de onderneming, terwijl in de executoriale fase opbrengstmaximalisatie voorop staat.⁷¹ In beide gevallen echter moet voortzetting in het belang van de boedel zijn. De curator heeft hiervoor dan ook in beginsel een machtiging van de rechter-commissaris nodig. De baten en lasten van de voortzetting komen voor rekening van de boedel.

4.33 Wat onder voortzetting wordt verstaan, is daarmee nog niet gezegd. Ik citeer Rikkert:⁷²

“Een definitie van voortzetting van de onderneming wordt niet in de wet gegeven en ook in de literatuur of jurisprudentie zijn hiervoor nauwelijks aanknopingspunten te vinden. Mijns inziens zit in het begrip voortzetting de betekenis ervan reeds besloten. In het geval de onderneming na faillissement wordt voortgezet, continueert de onderneming aldus (een belangrijk deel van) haar activiteiten.”⁷³

Zo bekeken is van voortzetting al snel sprake: bedoeld wordt in ieder geval een (gedeeltelijke) voortzetting van de werkzaamheden. Dit lijkt ook in ‘afgeslankte vorm’ te kunnen gebeuren. Zo is wel betoogd dat voortzetting kan bestaan uit het afmaken van onderhanden werk.⁷⁴ Voortzetting in deze ruime zin blijkt in de praktijk, althans in eerste instantie, eerder regel dan uitzondering en eigenlijk zelfs bijna een vanzelfsprekendheid te zijn.⁷⁵ Dat is

⁷⁰ INSOLAD, *Praktijkregels voor curatoren*, september 2011, 2.1.

⁷¹ B. Rikkert, *De faillissementscurator als pseudo-ondernemer. Voortzetting van de onderneming in faillissementsrechtelijk en ondernemingsrechtelijk perspectief*, Amersfoort: Celsus Juridische Uitgeverij 2014, p. 8.

⁷² B. Rikkert, *De faillissementscurator als pseudo-ondernemer. Voortzetting van de onderneming in faillissementsrechtelijk en ondernemingsrechtelijk perspectief*, Amersfoort: Celsus Juridische Uitgeverij 2014, p. 8.

⁷³ Zie verder B. Rikkert, *De faillissementscurator als pseudo-ondernemer. Voortzetting van de onderneming in faillissementsrechtelijk en ondernemingsrechtelijk perspectief*, Amersfoort: Celsus Juridische Uitgeverij 2014, p. 95-110 en J.R. van Faassen, *De persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2010, p. 59-62.

⁷⁴ E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement naar huidig en nieuw recht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 237.

⁷⁵ H.P.J. Ophof, ‘Faillissement, surséance van betaling en de continuïteit van de onderneming’, in D.H. Beukenhorst e.a., *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 15-16.

⁶⁸ De OR DA beantwoordt deze vraag ontkennend in het verzoekschrift tot cassatie, randnummers 24 e.v.

⁶⁹ Zie in algemene zin B. Rikkert, *De faillissementscurator als pseudo-ondernemer. Voortzetting van de onderneming in faillissementsrechtelijk en ondernemingsrechtelijk perspectief*, Amersfoort: Celsus Juridische Uitgeverij 2014, p. 5-24, B. Wessels, *Insolventierecht, deel IV: Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2015, nrs. 4374-4378, E.P.M. Joosen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, diss., Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 119-134 en S.H. de Ranitz, ‘De voortzetting van de onderneming tijdens insolventie, nu en straks’, in N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 179-191.

ook logisch nu, in het geval dat een doorstart of verkoop van bedrijfsonderdelen wordt beoogd, een *going concern*-verkoop tot een hogere opbrengst zal leiden.⁷⁶ Betoogd wordt zelfs dat de curator bevoegd is om na het uitspreken van faillissement de onderneming voorlopig voort te zetten zonder advies van de commissie van schuldeisers of een machtiging van de rechter-commissaris.⁷⁷ De curator kan in veel gevallen ook niet anders: het kost tijd om zich een beeld te vormen van de levensvatbaarheid van de onderneming en wanneer de onderneming in deze fase zou worden stilgelegd, zouden de kansen op een voortzetting of overgang worden gefrustreerd.⁷⁸ Dit kan de mogelijkheden om een hogere opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te realiseren en om behoud van de onderneming en de werkgelegenheid te garanderen negatief beïnvloeden. Tenzij dus direct duidelijk is dat voortzetting niet mogelijk of niet zinvol is, zal de curator een korte overgangsperiode moeten worden gegund om te beslissen of de onderneming gedurende langere tijd moet worden voortgezet.⁷⁹

4.34 De vraag is nu wat de betekenis van het al of niet voortzetten door de curator in de zojuist besproken zin is voor de toepasselijkheid van de WOR. De OK heeft in de bestreden beschikking aangenomen dat van voortzetting geen sprake was en dat daarom geen onderneming (meer) in stand werd gehouden. Ook in de doctrine komen we vergelijkbare opvattingen tegen.

4.35 Zo lijkt Kortmann voortzetting door de curator inderdaad als voorwaarde voor het voortduren van het adviesrecht van de OR te zien.⁸⁰

“In geval van een faillissement van een vennootschap kan de onderneming worden voortgezet. De beslissing dienaangaande neemt de curator. De onderneming behoort tot het vermogen dat door de curator wordt bestuurd. Honée merkt de eigenaar van de onderneming als ondernemer in de zin van de WOR aan. In die visie dient ook de gefailleerde vennootschap te worden geduid als ondernemer die de voortgezette onderneming in stand houdt. Uitgaande van deze benadering dient naar mijn mening te worden aangenomen dat de curator een bestuurder in de zin van art. 1 lid 1 onder e WOR is. Ikzelf zou in geval van ge-

hele of gedeeltelijke voortzetting van de onderneming de curator willen aanmerken als ondernemer in de zin van de WOR. Vanaf de faillietverklaring komen het beheer en de beschikking over de onderneming immers aan de curator toe. Voor ons onderwerp leiden beide benaderingen tot dezelfde uitkomst: de rechten en verplichtingen die (de bestuurder van) de vennootschap tegenover de ondernemingsraad had, zijn – in beginsel – overgegaan op de curator. De curator moet dan ook in beginsel het in de WOR neergelegde adviesrecht en instemmingsrecht van de ondernemingsraad respecteren.”

4.36 Ook De Liagre Böhl⁸¹ lijkt uit te gaan van voortzetting, in welk geval hij de curator als ondernemer in de zin van de WOR beschouwt met alle WOR-verplichtingen van dien:

“Verdedigd wordt, dat een curator zich aan de OR niet hoeft te storen. Dit standpunt moge onder omstandigheden praktisch zijn, juridisch is het ons inziens niet houdbaar. De OR is niet een orgaan van de gefailleerde, doch van de door de gefailleerde gedreven onderneming, die moet worden geabstraheerd van het juridische vehikel. Wordt in faillissement de onderneming voortgezet, dan dient de curator te worden beschouwd als ondernemer in de zin van de WOR. Er is geen juridische (noch een redelijke) grond een als ondernemer optredende curator op medezeggenschapsgebied meer bevoegdheden toe te kennen dan een ‘gewone’ ondernemer. Zo behoort de curator voor de ‘beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan’, conform art. 25, lid 1, sub c, WOR, advies te vragen aan de OR. Daaraan doet niet af, dat ingevolge de artt. 98 en 174 F de (staking van de) voortzetting van het bedrijf is onderworpen aan goedkeuring van de RC en – in het voorkomende geval – de crediteurencommissie. De WOR is van jonger datum dan de Faillissementswet. Indien de wetgever zou hebben beoogd de regeling in de Faillissementswet uitputtend te laten zijn, zou dit in de latere wet uitdrukkelijk moeten zijn bepaald.”

Wel tekent hij hierbij het volgende aan:

“Het spreekt intussen vanzelf, dat de praktische betekenis van de medezeggenschap in faillissement wordt ingeperkt door de economische grenzen. Een curator die niet langer de lonen kan betalen, heeft voor staking van het bedrijf geen advies te vragen. Is echter nog liquiditeit aanwezig en overweegt de curator in die situatie bedrijfsbeëindiging, bijvoorbeeld met het oog op geleden en of te verwachten boedelverliezen, dan is er ruimte voor toetsing van dit besluit aan de WOR. Hetzelfde geldt a fortiori, indien de curator overdracht der onderneming overweegt en

76 F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss., Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 247.

77 Zie bijvoorbeeld F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss., Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 248 en H.P.J. Ophof, ‘Faillissement, surséance van betaling en de continuïteit van de onderneming’, in D.H. Beukenhorst e.a., *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 15.

78 Zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss., Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 248.

79 F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss., Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 247-248.

80 S.C.J.J. Kortmann, ‘De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming’, in D.H. Beukenhorst e.a., *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 150-151.

81 E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement naar huidig en nieuw recht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 61-62.

daarbij de keus heeft uit verschillende mogelijkheden.⁸²

4.37 En er is meer steun voor deze 'voortzettingslijn'. Ook Van het Kaar en Roest koppelen de WOR-verplichtingen van de curator aan voortzetting van het bedrijf.⁸³ De literatuur zit echter niet op één lijn. Witteveen en Zaal bijvoorbeeld zijn van oordeel dat 'voortzetting' vanuit WOR-perspectief beschouwd een niet-relevant gegeven is; vereist is slechts dat er nog sprake is van een onderneming in de zin van de WOR.⁸⁴

"Wat de curator op het moment van faillietverklaring aantreft is een entiteit, met werknemers waar als regel nog wordt gewerkt. De ondernemer (lees: de failliete rechtspersoon) houdt dat alles op dat moment nog steeds in stand."

Er zijn ook auteurs die zich over dit punt niet uitdrukkelijk uitlaten en het erop houden dat de curator de WOR dient te respecteren.⁸⁵

4.38 Wanneer we de balans opmaken, lijkt het gerechtvaardigd te concluderen dat het vereiste van voortzetting niet kan worden afgeleid uit de WOR zelf en ook niet goed te verenigen is met het WOR-begrip 'in stand houden', dat ruimer is.⁸⁶ Voor 'in stand houden' van een onderneming is bijvoorbeeld niet vereist dat (doorlopend) werkzaamheden worden uitgevoerd (hiervoor 4.6).

4.39 Is er reden om desondanks voortzetting van de onderneming door de curator als voorwaarde te stellen voor toepasselijkheid van de WOR-verplichtingen? Het behoeft geen betoog dat voortzetting zonder meer een sterke aanwijzing oplevert dat de WOR-verplichtingen rusten op de curator. Als de curator tot voortzetting is overgegaan, is in zekere zin sprake van 'business as usual', hoewel uiteraard het belang van de boedel voorop zal blijven staan. De curator zal zich echter als goed ondernemer moeten gedragen,⁸⁷ en ten opzichte van de werkne-

mers de normen van goed werkgeverschap in acht moeten nemen.⁸⁸ Hierbij past ook dat hij eventuele WOR-verplichtingen gestand doet.

4.40 Hiermee is (al dan niet door de rechter-commissaris gesanctioneerde) voortzetting echter nog geen voorwaarde geworden. Aan een dergelijke voorwaarde is in ieder geval het bezwaar verbonden dat ook voortzetting een rekkelijk begrip is en in de praktijk sterk uiteenlopende gevallen aan de orde zijn waarin naleving van de WOR niet altijd zinvol lijkt.⁸⁹ Zo is, als gezegd, 'de facto' voortzetting in de praktijk gebruikelijk, althans voor een korte periode, en zou de curator hiertoe ook bevoegd moeten zijn (hiervoor 4.33). Daarvan te onderscheiden is de door de rechter-commissaris gesanctioneerde voortzetting. Ook deze kent diverse verschijningsvormen. Eventueel is zij beperkt tot het afmaken van onderhanden werk. Achter 'voortzetting' gaan dus verschillende situaties schuil, waarbij het in het ene geval reëler is om naleving van de WOR te verlangen dan in het andere. Of al dan niet sprake is van een door de rechter-commissaris gesanctioneerde voortzetting lijkt mij als onderscheidend criterium in ieder geval moeilijk bruikbaar.

4.41 Hiermee wordt de eerste verkenning vanuit de WOR-systematiek afgesloten. Hierna wordt de centrale vraag verder uitgediept mede aan de hand van andere bronnen.

5 De kern van deze zaak

5.1 Aan de orde in deze zaak is de principiële en voor de rechtspraak belangrijke vraag in hoeverre het adviesrecht op grond van art. 25 WOR ook geldt in faillissementssituaties. Die vraag leent zich niet voor een eenvoudige beantwoording. Het faillissementsrecht en het medezeggenschapsrecht zijn aparte rechtsgebieden met ieder hun eigen ratio en begrippenkader (hiervoor in algemene zin paragraaf 4). In deze zaak beoogt de OR DA klaarblijkelijk in het bijzonder een algemene beantwoording van die principiële vraag. Het belang van de beantwoording van deze vraag voor de concrete casus is (weliswaar niet afwezig maar wel) beperkt (hiervoor 3.2). Voor de faillissementspraktijk in bredere zin is het echter wel een belangrijke vraag. De context is dat curatoren zich in de praktijk kennelijk weinig gelegen laten liggen aan de WOR en de OR.⁹⁰ Dat lijkt mij – om maar direct kleur te bekennen – geen optimale gang van zaken. Anderzijds kunnen de bijzonderheden van een faillissementssituatie een onverkorte toepassing van de WOR problema-

82 E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement naar huidige en nieuw recht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 62.

83 R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting*, Deventer: Kluwer 1993, p. 171 en J. Roest, *Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten*, Deventer: Kluwer 1996 p. 265.

84 P.A.M. Witteveen en I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016, p. 91.

85 Zie bijvoorbeeld P. Hufman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking*, diss., Den Haag: Sdu 2015, p. 90-91, R.M. Beltzer en J. van der Pijl, 'De rechtspositie van de werknemers bij surseance van betaling en faillissement', in L.G. Verburg en R.M. Beltzer (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 249-250 en J.J.M. van Mierlo, 'Corporate governance en insolventie', in N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2001, p. 50-51.

86 Zie aldus ook P.A.M. Witteveen en I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016, p. 91, die stellen dat voortzetting van de onderneming vanuit WOR-perspectief een 'niet-relevante maatstaf' is.

87 B. Rikkert, *De faillissementscurator als pseudo-ondernemer. Voortzetting van de onderneming in faillissementsrechtelijk en ondernemingsrechtelijk perspectief*, Amersfoort: Celsus Juridische Uitgeverij 2014, p. 72-73 en aldaar aangehaalde literatuur.

88 P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 2.3.

89 Zie ook de OR DA in het verzoekschrift tot cassatie, randnummers 30-31.

90 Zie onder meer het ook door de OK in de bestreden beschikking genoemde aan het WODC uitgebrachte rapport van L.G. Verburg e.a., *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, Nijmegen: Radboud Universiteit 2016 p. 30 e.v. en W.P.J. Kroft, 'De curator en de medezeggenschap van werknemers', in S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 56-57.

tisch maken. Ik heb getracht bij de beoordeling van de vraag met die beide invalshoeken rekening te houden.

5.2 Bij de beoordeling moet worden vooropgesteld dat de verhouding tussen het medezeggenschapsrecht uit de WOR en het faillissementsrecht in de wet en de rechtspraak van Uw Raad (nog) niet is uitgekristalliseerd. De wetgever heeft deze verhouding niet (stelselmatig en expliciet) geregeld. Bij Uw Raad heeft deze vraag ook niet eerder uitdrukkelijk voorgeleggen; eerder werd Uw Raad in de zaak *YVC IJsselwerf* uitsluitend de vraag voorgelegd of de OR adviesrecht toekomt ten aanzien van het besluit tot het aanvragen van surseance van betaling (dienaangaande hierna 5.9). Voor de beoordeling van deze openliggende rechtsvraag zal ik daarom vooral ingaan op de wetsgeschiedenis, literatuur en ontwikkelingen in (niet rechtstreeks op dit geval toepasselijke) wet- en regelgeving.

5.3 Uit de wetsgeschiedenis van de WOR lijkt te volgen dat het adviesrecht ingevolge art. 25 van die wet het faillissementsrecht niet mag doorkruisen. Ik citeer in dat verband twee passages van toenmalig minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Melkert bij de wijziging van die wet in 1997:

"Mijn punt is dat na het constateren en het uitbrengen van advies over relevante zaken die men voornemens is te doen of te laten (...) een formele fase aanbreekt, zoals het aanvragen van het faillissement of het bepalen van de winstbestemming, waarvan het formele karakter elders in de wetgeving is vastgelegd. De medezeggenschap heeft daar geen betrekking op. Als je dat wel wilt regelen, introduceer je medezeggenschap in het vennootschapsrecht of je introduceert medezeggenschap in het faillissementsrecht. Dat is dus een andere constructie, die verdergaat dan hetgeen ooit in het adviesrecht uit hoofde van artikel 25 is bedoeld. Het lijkt mij niet in de rede te liggen om dat te doen. Volgens mij is de noodzaak daartoe in de praktijk ook niet aangetoond. In ieder geval zou dit het karakter van de medezeggenschap veranderen naarmate je de medezeggenschap wel in het vennootschapsrecht of het faillissementsrecht zou introduceren. Dat is mijn punt."⁹¹

"Ik kom dan op de kredietverstrekking en het stellen van zekerheid. De heer Van Dijke veronderstelde dat dit niet in het wetsvoorstel zat. Op dat punt hebben wij wel het SER-advies gevolgd en dit in de wet opgenomen. Daaruit vloeit de op zichzelf begrijpelijke vraag voort, hoe om te gaan met faillissement of surseance van betaling. Dat raakt nauw aan alles wat aan de andere kant vennootschapsrechtelijk met betrekking tot het functioneren van bedrijven wordt bepaald. Ik kom straks op enkele andere punten die daar ook aan raken. Het kabinet heeft geprobeerd een vrij consequente lijn te trekken bij het onderscheid tussen wat in het vennootschapsrecht is

geregeld en wat als bevoegdheid aan de ondernemingsraad toekomt. Het kabinet wenst dit onderscheid intact te houden. Het is om die reden dat faillissementen en surseances van betaling buiten het adviesrecht van de ondernemingsraad zijn gehouden. Ik wijs er wel op dat een voorgenomen besluit tot beëindiging van werkzaamheden van de onderneming voorwerp van overleg kan zijn en, naar ik aanneem, ook zal zijn tussen de ondernemer en de ondernemingsraad. Er zijn tal van voorbeelden bekend dat er alternatieven, noodplannen worden gepresenteerd. Bovendien kan de ondernemingsraad op grond van de faillissementswet verzet aantekenen tegen de faillietverklaring. Het is dus niet zo dat de ondernemingsraad buitenspel staat. Zou je het nu via het adviesrecht regelen, dan zet je toch een stap verder. Dan ga je een belendend perceel van wetgeving in. Ik meen dat daaraan nogal wat complicaties vastzitten. Het heeft het kabinet er in ieder geval van weerhouden om die stap te zetten."⁹²

5.4 Of van een dergelijke doorkruising van het faillissementsrecht sprake is, hangt sterk af van het type faillissement. Er kan zich een breed spectrum van gevallen voordoen. In de regel zal echter een onderscheid zijn te maken tussen de volgende twee situaties: het geval dat (louter) sprake is van beëindiging van de gefailleerde onderneming en verkoop van de goederen overeenkomstig art. 176 Fw zonder dat zicht bestaat op voortzetting of doorstart van de onderneming (hierna 5.5) en het geval dat een dergelijk vooruitzicht wel aanwezig is (hierna 5.6).

5.5 Naar mijn mening is de beëindiging van het gefailleerde bedrijf zonder dat zicht bestaat op een voortzetting of doorstart geen adviesplichtig besluit in de zin van art. 25 WOR.⁹³ Ik licht dat toe. In het faillissementsrecht is beëindiging en vereffening van het gefailleerde bedrijf het wettelijk uitgangspunt. De vraag is daarom of voor die beëindiging een apart, en adviesplichtig, besluit van de curator nodig is. In dat kader is verder van belang dat voor voortzetting van het bedrijf toestemming van de rechter-commissaris of de commissie van schuldeisers is vereist (art. 98 Fw). Bij het aannemen van een adviesrecht ten aanzien van een voorgenomen beëindiging zou zich dus de situatie kunnen voordoen dat de OR in rechte opkomt tegen het voorgenomen besluit tot beëindiging van het bedrijf en dat de rechter-commissaris geen toestemming geeft voor voortzetting van de onderneming. De curator komt dan in een (al te) moeilijk parket. Het medezeggenschapsrecht lijkt mij daarom bij een beëindiging in faillissement niet goed inpasbaar. Daar komt nog bij dat de meerwaarde van medezeggenschapsrecht in het geval van een faillissement zonder vooruitzicht van een voortzetting of doorstart relatief beperkt

⁹² *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 615, nr. 28, p. 30.

⁹³ In dat verband merk ik op dat de WMCO niet voorziet in een zelfstandige adviesplicht, maar een sanctie stelt op het niet naleven van de uit de WOR voortvloeiende adviesplicht. Zie hierna 5.16.

⁹¹ *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 615, nr. 28, p. 32.

lijkt. Ik meen daarom dat een bedrijfsbeëindiging door de curator op de hiervoor bedoelde wijze (dat wil zeggen: een beëindiging door verkoop van de goederen overeenkomstig art. 176 Fw zonder dat zicht bestaat op voortzetting of doorstart van de onderneming) niet op de voet van art. 25 WOR aan de ondernemingsraad behoefte te worden voorgelegd.

5.6 Na een faillissement kan zich echter ook de situatie voordoen dat er uitzicht bestaat op voortzetting in afgeslankte vorm of een doorstart. De curator is dan niet uitsluitend bezig met afwikkelen, integendeel. Hij handelt in zoverre min of meer als (verkapte) ondernemer. Het is ook precies in die situatie dat medezeggenschap toegevoegde waarde heeft. Er is dan namelijk een vooruitzicht van behoud van (een gedeelte van de) arbeidsplaatsen. Naar mijn mening dient het voornemen voor de (afgeslankte) voortzetting of doorstart in dat geval wel adviesplichtig op grond van art. 25 WOR te zijn. Steun voor deze opvatting meen ik te kunnen ontleenen aan de navolgende bronnen:

- (a) de wetsgeschiedenis bij de WOR;
- (b) de uitspraak van Uw Raad inzake *YVC IJsselwerf*;
- (c) de heersende leer in de literatuur;
- (d) het wetsvoorstel 'pre-pack' en de EU-richtlijn 2001/23/EG;⁹⁴
- (e) de Wet Melding Collectief Ontslag (hierna: 'WMO').

5.7 Ik loop deze bronnen hierna kort langs.

5.8 (a) *De wetsgeschiedenis bij de WOR.* Uit de wetsgeschiedenis van de WOR volgt (naast de zojuist in 5.3 geciteerde passages over het voorkomen van een doorkruising van het faillissementsrecht) dat de rechten van de OR tijdens faillissement zoveel mogelijk dienen te worden gerespecteerd. De regering schreef reeds ten tijde van de wijziging van de WOR in 1970 het volgende aan de Eerste Kamer ter toelichting van art. 36 WOR: "De kantonrechter kan aan een veroordeling van een ondernemer tot naleving van een bepaald wetsartikel een dwangsom verbinden. Dit kan ook, wanneer de ondernemer surséance van betaling heeft verkregen of in staat van faillissement verkeert."⁹⁵ Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Melkert voegde hier tijdens de behandeling van de wijziging van de WOR in 1997 het navolgende aan toe:

"Wat betreft faillissement en surseance van betaling gaat het — zo begrijpen wij de vraag van deze leden — om voorgenomen besluiten van de ondernemer tot het aanvragen van het eigen faillissement c.q. de eigen surseance. De ondernemingsraad heeft hierover geen adviesrecht. Verwezen zij naar de uitspraak van de Arrondissementsrechtbank 's-Hertogenbosch op 9 april 1980 (NJ 1980, 564). Daarin wordt overwogen dat tekst, wetsgeschiedenis noch strekking van artikel 25, eerste lid, onder c van de WOR, steun

geeft voor de opvatting dat onder een voorgenomen besluit tot beëindiging van (een belangrijk onderdeel van) de werkzaamheden van de onderneming mede valt te verstaan een verzoek strekkende tot faillietverklaring van de ondernemer. De rechtbank overwoog onder andere dat het faillissement niet noodzakelijk een beëindiging van de werkzaamheden met zich brengt. Voor de surseance van betaling geldt ons inziens hetzelfde. Dit betekent overigens niet dat de ondernemingsraad volledig buiten spel staat. Hij heeft uiteraard de mogelijkheid een (voorgenomen) aanvraag tot faillietverklaring of surseanceaanvraag in het overleg met de ondernemer aan de orde te stellen of kan bijvoorbeeld een alternatief noodplan presenteren. Bovendien kan de ondernemingsraad op grond van de Faillissementswet verzet aantekenen tegen de faillietverklaring. Mocht de curator c.q. de 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."^{96, 97}

5.9 (b) *De uitspraak YVC IJsselwerf.* Uw Raad oordeelde in de zaak *YVC IJsselwerf* dat het aanvragen van surseance geen adviesplichtig besluit in de zin van de WOR is (hiervoor 4.15). De reden is dat benoeming van een bewindvoerder geen verandering in de interne verdeling van de bevoegdheden

96 *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 615, nr. 9 (NAV), p. 15-16. Deze passage is aangehaald door de OR DA in het verzoekschrift tot cassatie, randnummer 5.

97 In de literatuur is het standpunt van de regering, dat een besluit tot het aanvragen van het eigen faillissement niet adviesplichtig is, bekritiseerd. De minister onderbouwde dit standpunt met een verwijzing naar een vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch (9 april 1980, ECLI:NL:RBSHE:1980:AC0816, NJ 1980/546). In dat vonnis oordeelde de rechtbank dat een besluit tot aanvraag van het eigen faillissement geen besluit inhoudt tot beëindiging van (een belangrijk deel van) de werkzaamheden van de onderneming, nu een faillissement niet noodzakelijk een beëindiging van de werkzaamheden betekent. Mede op grond hiervan oordeelde de rechtbank dat de OR geen adviesrecht toekwam ten aanzien van de faillissementsaanvraag. De minister leidde hier zoals gezegd uit af dat de ondernemingsraad geen adviesrecht heeft ten aanzien van een besluit tot aanvraag van faillissement. In de literatuur is er echter op gewezen dat de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch slechts betrekking had op een beroep op art. 25 lid 1 onder c WOR, en dat zij wellicht anders zou hebben geoordeeld wanneer het beroep zou zijn gebaseerd op art. 25 lid 1 onder e WOR (een belangrijke wijziging in bevoegdheden). Zie S.F.H. Jellinghaus en B.I. Kraaijpoel in hun annotatie bij de hier bestreden OK-beschikking in *JIN* 2016/210 onder 2 en J.J.M. van Mierlo, 'Ondernemingsraad en insolventie: een uitgemaakte zaak?', *FIP* 2016/8, 335, onder 2. Ik wijs er echter op dat de rechtbank ook andere, meer fundamentele bezwaren ten grondslag legt aan haar oordeel, onder meer dat wanneer de OK "zich een oordeel zou moeten vormen over het besluit van de ondernemer tot het doen van een verzoek, strekkende tot de faillietverklaring van de rechtspersoon die de onderneming drijft, en daarmee, over die faillietverklaring zelf", hetgeen in strijd zou komen "zowel met de bevoegdheid der rechtbank daaromtrent, de met betrekking tot faillissementen bevoegde rechter, als met de bepalingen der Fw, tengevolge waarvan een faillissement dient te worden uitgesproken zodra de toestand van te hebben opgehouden te betalen zich voordoet, in welk geval voor enige discretionaire bevoegdheid van de rechter geen ruimte is".

94 Zie voor de jongste ontwikkelingen P.R.W. Schaink, 'Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht', *TvI* 2017/2.

95 *Kamerstukken I* 1970-1971, 10 335, nr. 15b (MvA), p. 3.

meebrengt, maar (slechts) de bevoegdheden beperkt van degenen die daden van beheer en beschikking mogen verrichten. Ten overvloede overwoog Uw Raad echter onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat het adviesrecht van de OR na de verleende surséance wel in stand blijft:

“3.4 (...) Het besluit surséance van betaling aan te vragen strekt niet ertoe een belangrijke wijziging te brengen in de organisatie van de onderneming dan wel in de verdeling van de werkzaamheden van de onderneming en de surséance van betaling tast, als zij verleend wordt, de organisatie van de onderneming niet aan. De benoeming van een bewindvoerder brengt geen verandering in de interne verdeling van de bevoegdheden, doch beperkt de bevoegdheden van degenen die daden van beheer en beschikking mogen verrichten. Voor zover de surséance van betaling aangevraagd zou worden in verband met de mogelijke bedoeling de onderneming geheel of gedeeltelijk te staken, *verdient opmerking dat het adviesrecht van de OR na de verleende surséance van betaling in stand blijft*. Voor deze opvatting is ook steun te vinden in de parlementaire geschiedenis van de wijziging van de WOR van 1998, zoals weergegeven in de conclusie van de Plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 3.3.3.1 tot en met 3.3.3.4, waaruit blijkt dat de vraag of de OR ter zake van voorgenomen besluiten tot het aanvragen van het (eigen) faillissement of surséance van betaling medezeggenschap dient te hebben, door de bij die wijziging optredende wetgever, althans door de regering, onder ogen is gezien en negatief is beantwoord.”⁹⁸ (cursivering toegevoegd, A-G)

5.10 (c) *De literatuur*. In de literatuur wordt breed gedragen dat het adviesrecht van de OR na een faillissement niet zonder meer verloren gaat. Kortmann, De Liagre Böhl, Van het Kaar en Roest nemen tot uitgangspunt dat het adviesrecht van de OR gehandhaafd blijft wanneer de curator de gefailleerde onderneming voortzet⁹⁹ (hiervoor 4.35–4.37). Witteveen en Zaal gaan ervan uit dat voor het voortbestaan van het adviesrecht slechts nodig is dat nog sprake is van een onderneming in de zin van de WOR (hiervoor 4.37). Huffman, Van Mierlo en Beltzer en Van der Pijl betogen dat de curator de WOR dient te respecteren (hiervoor 4.37). In de literatuur is voor zover mij bekend niet verdedigd dat het adviesrecht in een faillissementssituatie (in beginsel) niet bestaat. In de doctrine is wel aandacht besteed aan de vragen die rijzen bij toepassing van het adviesrecht in een faillissementssituatie. Daarbij is onder meer aan de orde gekomen wie er in dat geval ondernemer is (hiervoor 4.11–4.12). Onoverkomelijke bezwaren zijn in dat verband in de literatuur niet signaleerd.

5.11 In de literatuur is ook aandacht besteed aan de invloed van een faillissement op de lengte van de termijnen in de WOR. Strikt genomen heeft het faillissementsrecht geen invloed op de termijnen uit de WOR, maar is de vraag of deze termijnen in een faillissement wel onverkort kunnen worden aangehouden. Hoofddlijn lijkt te zijn dat dit niet het geval is. Met name de verplichte opschortingstermijn van één maand (art. 25 lid 6 WOR; hiervoor 4.18) kan in een faillissementssituatie problematisch zijn. Aangenomen wordt daarom dat de gang van zaken die is voorgeschreven in de WOR aan de context van het faillissement moet worden aangepast. In de literatuur en de rechtspraak zijn hiervoor verschillende mogelijkheden genoemd.¹⁰⁰ Er is op gewezen dat de OR de ondernemer ontheffing van de opschortingstermijn kan verlenen en dit ook zal doen in het besef dat de werkgelegenheid op het spel staat.¹⁰¹ Verder is naar voren gebracht dat de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW (al dan niet in verbinding met art. 6:2 en/of 6:248 BW¹⁰²) de OR hiertoe zelfs zouden kunnen verplichten.¹⁰³ Ook is erop gewezen dat de OK in concrete gevallen bereid is geweest om te toetsen of met het oog op de betrokken belangen een strikte handhaving van de WOR-voorschriften geboden is en dat zij in het verleden bereid is gebleken de argumenten van de ondernemer om van de opschortingstermijn af te wijken serieus te nemen (hiervoor 4.21).¹⁰⁴ In dit verband wordt ook wel bepleit dat de toetsing in het kader van art. 26 lid 4 WOR ruimte biedt voor de OK om de bijzondere context van het faillissement in aanmerking te nemen.¹⁰⁵ Dit lijken mij alle begaanbare routes. De inzet zou moeten zijn om een zinvolle invulling te geven aan de hoofdgedachten van zowel medezeggenschapsrecht als faillissementsrecht waarbij aan het adviesrecht zo nodig (bijvoorbeeld voor wat betreft de termijnen) een aan het faillissementsrecht aangepaste

100 Zie ook de OR DA in het verzoekschrift tot cassatie, randnummer 23, W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A. bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Amsterdam: VU 2015, p. 72–73 en P.M. Joosen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, diss., Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 160–161.

101 E.C. Post Uiterweer, 'Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement', *Bedrijfsjuridische berichten* 2016/65, onder 7.

102 Zie in dit verband bijvoorbeeld P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2017, p. 263.

103 P.A.M. Witteveen en I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016, p. 91.

104 E.C. Post Uiterweer, 'Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement', *Bedrijfsjuridische berichten* 2016/65, onder 7 en annotatie van L.C.J. Sprengers bij de bestreden beschikking in *AR Updates Annotaties* 2016-0555 onder 5.

105 Zie onder meer annotatie van L.C.J. Sprengers bij de bestreden beschikking in *AR Updates Annotaties* 2016-0555 onder 5. Dat de OK bereid is in een dergelijk geval in de toets van art. 26 lid 4 WOR de bijzondere omstandigheden waarin de curator dient te handelen te betrekken blijkt uit OK 21 november 1996, ECLI:GHAMS:1996:AD2650, NJ 1998/502, JAR 1996/248 (*Arbodiens*), genoemd door J.H.M. Willems, 'De ondernemingsraad en faillissement, een aanvulling en een correctie', *ArbeidsRecht* 1999/43, en R.H. van het Kaar, 'Insolventie en arbeid', *Tv* 2004/48.

98 Zie ook de OR DA in het verzoekschrift tot cassatie, randnummer 10.

99 Strikt genomen: wanneer de curator de onderneming van de gefailleerde vennootschap voortzet.

invulling kan worden gegeven. Wat mij betreft is tegen die achtergrond denkbaar dat wordt aangesloten bij de termijn van vijf dagen, die in het faillissementsrecht geldt voor het instellen van hoger beroep tegen een beschikking van de rechter-commissaris (art. 67 Fw) (hiervoor 4.2). Het vorenstaande is overigens in lijn met een voortgangsbrief over het programma herijking faillissementsrecht (met aangehechte brief van de commissie bevordering medezeggenschap van de SER d.d. 14 december 2015 aan minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Asscher) die minister van Veiligheid en Justitie Blok op 23 februari 2017 aan de Tweede Kamer zond. De minister schrijft onder meer:

“Ten slotte werd tijdens het overleg geconcludeerd dat de toepassing van de medezeggenschapswetgeving in faillissementssituaties nadere aandacht behoeft, dat daarbij steeds als uitgangspunt zou moeten dienen dat de OR tijdig wordt geïnformeerd en dat bestuurders erop aangesproken kunnen worden wanneer dit niet gebeurt. De deelnemers aan het overleg ondersteunen een aantal voorstellen van de SER tot versterking van de medezeggenschap in faillissementssituaties. Deze SER-voorstellen zijn in lijn met suggesties uit de vakliteratuur. Dit betekent dat er in ieder geval brede steun is voor het invoeren van een verplichting voor de ondernemer om bij een eigen faillissementsaanvraag en bij de indiening van een verzoek om surseance van betaling gelijktijdig een afschrift (van deze aanvraag) aan de OR te zenden. Ook steunen de deelnemers het voorstel voor het inrichten van een speciale medezeggenschapsprocedure in insolventiesituaties. Het gaat daarbij met name om het verkorten van de termijnen. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voert een nadere verkenning uit naar een dergelijke verkorting en de wijze waarop daaraan concreet invulling kan worden gegeven. Opvallend was de suggestie om een sanctie te introduceren ter bevordering van de naleving van de WOR in insolventiesituaties. Het mogelijke positieve effect wordt door de deelnemers onderkend maar over de mogelijke uitwerking zijn de meningen verdeeld. De Minister Van Sociale Zaken en Werkgelegenheid beziet of een sanctie daadwerkelijk mogelijk is. Gezien de beperkt beschikbare tijd en de benodigde snelheid in faillissementssituaties en het extra beslag op de rechter waren de deelnemers niet eensluidend over de suggestie dat de OR op grond van artikel 69 Fw, net als de schuldeisers en de gefailleerde, op moet kunnen komen tegen de handelingen van de curator. Dit geldt ook voor de suggestie om de correcte naleving van de medezeggenschapsregels te laten toetsen door de rechter respectievelijk de rechter-commissaris in faillissementssituaties. Dit geldt eveneens voor de suggestie uit de literatuur met betrekking tot het horen van de OR door de rechtbank, alvorens besloten wordt over een verzoek tot surseancever-

lening, een eigen aangifte faillissement en belangrijke beslissingen ten aanzien van de boedel.”

Deze brief onderstreept wat mij betreft niet alleen dat het belangrijk maar ook mogelijk is om het faillissementsrecht en het medezeggenschapsrecht – voor zover mogelijk (vergelijk in dat verband echter hier vóór 5.5) – met elkaar te verenigen.

5.12 (d) *Het wetsvoorstel Continuïteit van Ondernemingen I en Richtlijn 2001/23/EG*. Het wetsvoorstel Continuïteit van Ondernemingen I en Richtlijn 2001/23/EG bieden eveneens steun voor de gedachte dat het adviesrecht van art. 25 WOR in een faillissementssituatie niet (per definitie) behoort te vervallen.¹⁰⁶ Ik werk dit uit.

5.13 Het wetsvoorstel Continuïteit van Ondernemingen I behelst een voorgestelde aanpassing van de Faillissementswet om de zogenoemde *pre-pack* van een wettelijke basis te voorzien. De *pre-pack* is de praktijk waarbij reeds vóór faillietverklaring een doorstart uit faillissement wordt voorbereid, veelal met hulp van de beoogd curator (die dan als ‘stille bewindvoerder’ wordt aangeduid).¹⁰⁷ Tijdens de parlementaire behandeling is een amendement aangenomen dat ertoe strekt de werknemers te betrekken bij de voorbereiding van het faillissement, met als reden dat de impact van een faillissement voor werknemers over het algemeen groter is dan voor andere schuldeisers.¹⁰⁸ Het wetsvoorstel voorziet in een nieuw toe te voegen art. 363 Faillissementswet. Lid 4 van dat artikel staat de rechter toe als voorwaarde aan de toewijzing van het verzoek tot benoeming van een stille bewindvoerder te verbinden dat de OR bij de voorbereiding van het faillissement wordt betrokken. Ook wordt in de wetsgeschiedenis benadrukt dat het adviesrecht van de OR gedurende de stille voorbereidingsfase onverkort geldt.¹⁰⁹ In literatuur¹¹⁰ en annotaties bij de uitspraak van de OK in de onderhavige zaak¹¹¹ is er – wat mij betreft terecht – op gewezen dat dit wetsvoorstel

¹⁰⁶ Zo ook de OR DA in het verzoekschrift tot cassatie, randnummers 8-9 en 12 e.v.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 2014-2015 34 218*, nr. 3 (MvT), p. 1. Zie over deze praktijk ook mede in verband met de vraag of naar huidige recht een voorgenomen besluit tot *pre-pack* adviesplichtig is M.P.S. Pauw, ‘De pre-pack in arbeidsrechtelijk perspectief: de rol van de ondernemingsraad’, *Tijdschrift voor Arbeidsrechtpraktijk* 2016, p. 20 e.v. die deze vraag overigens in lijn met de vraag naar de adviesplichtigheid van een eigen faillissementsaanvraag ontkennend beantwoordt.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II 2015-2016 34 218*, nr. 9 (Amendement), p. 2.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II 2014-2015 34 218*, nr. 3 (MvT), p. 32.

¹¹⁰ W. Bouwens, ‘De curator en het adviesrecht van de ondernemingsraad’, *NJB* 2016, p. 2910 en de annotaties bij de bestreden beschikking van P.R.W. Schaik in *JOR* 2016/286, onder 4, en van I. Zaal in *TRA* 2016/74, onder 1.

¹¹¹ Zie de annotaties van L.C.J. Sprengers bij de bestreden beschikking in *AR Updates Annotaties* 2016-0555, nr. 4, van E. Loesberg in *JAR* 2016/160, van P.R.W. Schaik in *JOR* 2016/286, onder 3, en ook E.C. Post Uiterweer, ‘Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement’, *Bedrijfsjuridische berichten* 2016/65, onder 8, alsmede W. Bouwens, ‘De curator en het adviesrecht van de ondernemingsraad’, *NJB* 2016, p. 2910.

er (juist) op duidt dat in en rond een faillissementstoestand een (wezenlijke) rol is weggelegd voor de OR.¹¹² 5.14 Richtlijn 2001/23/EG¹¹³ (opvolger van richtlijnen 98/50EG¹¹⁴ en 77/187/EEG¹¹⁵) heeft als doel de rechten van werknemers te beschermen bij overgang van een onderneming. Kort gezegd is van een overgang sprake¹¹⁶ wanneer het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten.¹¹⁷ Ik teken daarbij aan dat niet alle overnames van (een deel van) de activa of activiteiten, en wellicht ook niet alle besluiten in de zin van art. 25 lid 1 onder a WOR, onder deze noemer zullen vallen. Art. 7 van deze richtlijn schrijft voor dat bij een voorgenomen overgang van een onderneming de werknemers dienen te worden geïnformeerd en geraadpleegd¹¹⁸ over de maatregelen die ten aanzien van hen worden overwogen. Deze verplichting geldt, anders dan de bepaling dat alle aan de onderneming verbonden werknemers moeten worden

overgenomen met behoud van hun arbeidsvoorwaarden (art. 3 en 4 richtlijn), ook in faillissement. Dit bleek al uit inmiddels gecodificeerde rechtspraak van het Hof van Justitie EU¹¹⁹ en is bevestigd in de destijds door de Europese Commissie gegeven toelichting.¹²⁰ Dat de Nederlandse regering er ook zo over denkt blijkt uit de toelichting bij de omzetting van richtlijn 98/50/EG.¹²¹ Bij de implementatie van richtlijn 77/187/EEG in het Nederlandse recht werd opgemerkt dat de raadplegingsverplichting slechts behoefde te worden geïmplementeerd ten aanzien van ondernemingen die geen ondernemingsraad hebben,¹²² nu art. 25 van de WOR reeds voorziet in raadpleging van de werknemers over maatregelen als bedoeld in art. 7 (destijds art. 6).¹²³ De Nederlandse wetgever is er daarbij vanuit gegaan dat het in art. 25 lid 1 onder a en b WOR bedoelde besluit tot overdracht van zeggenschap mede de in art. 7 van de richtlijn bedoelde maatregelen omvat of daarmee samenvalt.

5.15 Ook richtlijnconforme uitleg van art. 25 WOR brengt dus mee dat voor zover in faillissement besluiten worden genomen die de overgang van de onderneming op een verkrijger tot gevolg hebben, de OR daarover dient te worden geraadpleegd.¹²⁴ Een algemene regel dat het adviesrecht van de OR niet verenigbaar is met het faillissement, zoals door de OK in rov. 3.6 van de bestreden beschikking geformuleerd, is daarmee in tegenspraak. Wanneer de curator in faillissement voornemens is een overname te bewerkstelligen van (onderdelen van) de onderneming, waardoor de exploitatie van de onder-

112 Zie ook P.R.W. Schaink, 'Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht', *TvI* 2017/2, onder 3. Het artikel suggereert dat er problemen zijn rond de verenigbaarheid van het wetsvoorstel met richtlijn 2001/23/EG en spreekt in dat verband zelfs van een 'tijd bomb'. Voor de beoordeling van de onderhavige zaak is deze problematiek niet van betekenis. Ik laat deze daarom verder rusten.

113 Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *Pb EG L 82/16* (2001).

114 Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen, *Pb EG L 201/88* (1998).

115 Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, *Pb EG L 61/26* (1977).

116 Voor een recent en uitgebreid overzicht van de relevante criteria verwijs ik naar de conclusie van mijn ambtgenoot Rank-Berenschot onder 2.2.-2.6 voor HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4043, *NJ* 2011/154 m.nt. E. Verhulp (*Bos/Pax*); de conclusie is gepubliceerd onder ECLI:NL:PHR:2009:BH4043.

117 HvJ EU 18 maart 1986, zaak 24/85 (*Spijkers*), rov. 12; zie onder meer HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:830, *JAR* 2014/124 m.nt. R.M. Beltzer (*Pronk/Balkker*).

118 De richtlijn bevat geen definitie van raadpleging, maar uit art. 7 lid 2 blijkt dat de raadpleging gericht dient te zijn op het bereiken van een akkoord. Richtlijn 2002/14/EG, die een algemeen kader geeft voor de uitoefening van informatie- en raadplegingsverplichtingen uit EU-wetgeving, specificeert dat raadpleging 'geschiedt op basis van door de werkgever te verstrekken informatie en van het advies dat de werknemers-vertegenwoordigers kunnen uitbrengen' en 'op zodanige wijze dat de werknemersvertegenwoordigers met de werkgever kunnen samenkomen en een met redenen omkleed antwoord op hun advies kunnen krijgen' (art. 4, lid 4, onder c en d, Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap, *Pb EG L 80/29*).

119 HvJ EG zaak 135/83, ECLI:EU:C:1985:55, *NJ* 1985/900 (*Abels*).

120 Europese Commissie, *Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan*, COM(94)300 def., *Pb EG C 274/10*.

121 *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 469, nr. 3 (MvT), p. 14-15.

122 Art. 7:665a BW voorziet daarom in informatieverstreking als bedoeld in art. 7 lid 1 aan werknemers van ondernemingen die niet onder de WOR vallen, welke informatieverplichting ingevolge art. 7:666 lid 1 onder a BW ook voortduurt in faillissement. De verplichting tot raadpleging is voor ondernemingen zonder OR niet geïmplementeerd, omdat de richtlijn toestaat de wettelijke regeling te beperken tot ondernemingen met een geïnstitutionaliseerde vertegenwoordiging zoals de ondernemingsraad. Zie *Kamerstukken II* 1979-1980, 15 940, nr. 3 (MvT), p. 4. Zie ook P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 11.3 en W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Rozenendaal en D.M.A. bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2015, p. 14.

123 *Kamerstukken II* 1979-1980, 15 940, nr. 3 (MvT), p. 4. Dit werd nog eens bevestigd bij de implementatie van Richtlijn 98/50/EG: "Deze leden behoeften destijds geen implementatie en nu evenmin, omdat op grond van artikel 25, eerste lid, onderdelen a en b Wor, maatregelen in het kader van een overname reeds vallen onder het adviesrecht van de ondernemingsraad en de ondernemer een uitgebracht advies slechts met goede argumenten naast zich neer kan leggen." Zie *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 469, nr. 3 (MvT), p. 13.

124 W. Bouwens, 'De curator en het adviesrecht van de ondernemingsraad', *NJB* 2016, p. 2908-2909 en P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 14.4.

neming feitelijk wordt hervat of voortgezet, dient hij het voornemen aan de OR voor te leggen.

5.16 (e) *De WMCO*. De WMCO verplicht de werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomsten van ten minste 20, in één werkgebied werkzame werknemers binnen 3 maanden te beëindigen, dit voornemen te melden aan het UWV en de belanghebbende vereniging van werknemers (de vakbond). Deze verplichting rust tijdens faillissement ook op de curator.¹²⁵ De toepasselijkheid van de WMCO in faillissement staat dus niet ter discussie. Uit de wetsgeschiedenis van de WMCO blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat, als het voorgenomen collectief ontslag berust op een adviesplichtig besluit in de zin van de WOR, de OR dient te worden geraadpleegd.¹²⁶ Art. 7 lid 1 van de WMCO verbindt een sanctie aan het niet raadplegen van de OR over het collectief ontslag: de kantonrechter kan het ontslag dan vernietigen of een billijke vergoeding toekennen.¹²⁷ Deze sanctie is niet uitgesloten in faillissement.¹²⁸ Ook (de wetsgeschiedenis van) de WMCO duidt er dus op dat een faillissement niet meebrengt dat het adviesrecht op grond van de WOR eindigt.

5.17 Dit alles brengt mij tot de conclusie dat een faillissement als zodanig geen einde maakt aan het adviesrecht van de WOR en dat het voorgenomen besluit tot de (afgeslankte) voortzetting of doorstart van de onderneming adviesplichtig is ex art. 25 WOR.

5.18 Hierna zal ik de cassatieklachten tegen deze achtergrond bespreken.

6 De beoordeling van de klachten

6.1 De beschikking van de OK in de voorliggende zaak berust op twee pijlers: (a) het adviesrecht is naar het oordeel van de OK in beginsel onverenigbaar met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator (rov. 3.6) en (b) de curator heeft de gefailleerde vennootschappen niet voortgezet c.q. in stand gehouden (rov. 3.7).

125 Tot de wijziging van de WMCO in 2012 bepaalde art. 2 lid 3 WMCO (oud) uitdrukkelijk dat de meldingsplicht, art. 3 en 4 WMCO (oud), ook in faillissement gold. Bij de wijziging in 2012 is art. 2 aangepast en is deze verwijzing naar faillissement verdwenen, maar zijn in de relevante artikelen (4 en 5) specifieke uitzonderingen voor faillissement opgenomen. Met de wijziging is geen verandering in het toepassingsbereik van de WMCO beoogd. Zie *Kamerstukken II* 2010–2011, 32 718, nr. 3 (MvT), p. 4–5 en ook J. Heinsius, *Arbeidsovereenkomst. Artikelsgewijs commentaar*, art. 2 WMCO, aant. 4 en P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 3.3.2.

126 *Kamerstukken II* 1974–1975, 13 324, nr. 3, p. 12.

127 Zie hierover M.M. Govaert en J.J.M. de Laat, 'Collectief ontslag en vernietigbaarheid', *TRA* 2012/74, W. Hafkamp-van der Zwaard, 'Schone schijn bedriegt: de Wet Melding Collectief Ontslag gewijzigd', *ArbeidsRecht* 2012/45 en J. Heinsius, *Arbeidsovereenkomst. Artikelsgewijs commentaar*, art. 7 WMCO, aant. 1.

128 Bij de introductie van deze sanctie bij de wijziging van de WMCO ter bevordering van de naleving van deze wet is niet gesproken over haar toepasselijkheid in faillissement. Zie *Kamerstukken II* 2010–2011, 32 718, nr. 3 (MvT), p. 7–8.

6.2 De OK heeft de juistheid in het midden gelaten van de stelling van de OR DA dat het bestreden besluit op zichzelf onder het bereik van art. 25 lid 1 onder a en c van de WOR valt (verzoekschrift tot cassatie, randnummer 22). Daar komt bij dat die stelling door de curator niet (gemotiveerd) is betwist. Dit betekent dat daarvan in cassatie is uit te gaan.

6.3 Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen. Het eerste onderdeel richt zich tegen de hiervoor in 6.1 als (a) weergegeven overweging;¹²⁹ het tweede onderdeel komt op tegen de aldaar als (b) aangeduide overweging.¹³⁰ Het derde onderdeel bestrijdt de overweging in rov. 3.7 dat de kosten van de procedure niet voor rekening van de boedel komen en de overweging in rov. 3.8 dat de gevraagde proceskostenveroordeling wordt afgewezen.¹³¹

6.4 Het eerste onderdeel betoogt in essentie dat de OK met haar oordeel heeft miskend dat de medezeggenschapsrechten van een OR gedurende een faillissement in beginsel in stand blijven. Ik acht deze klacht gegrond. Zoals hiervoor is uiteengezet, brengt een faillissement niet mee dat het adviesrecht ingevolge art. 25 van de WOR buiten werking wordt gesteld (hiervoor 5.6–5.17). Verder vormt het adviesrecht in het geval van het vooruitzicht van voortzetting of doorstart mijns inziens geen (ontoeleerbare) doorkruising van het faillissementsrecht (hiervoor 5.6). In de onderhavige zaak was sprake van een voornemen tot overdracht van de bedrijfsactiviteiten (rov. 2.8 en 2.12). Dit betekent dat de OK niet tot het oordeel mocht komen dat het adviesrecht in beginsel onverenigbaar is met de op afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator en dat hier in het midden kan blijven of een uitzondering op dit beginsel denkbaar is.

6.5 Het tweede onderdeel betoogt in de kern dat voor toepasselijkheid van het adviesrecht van de WOR niet is vereist dat de onderneming door de curator is voortgezet.

6.6 Ook deze klacht komt mij gegrond voor. Voor toepasselijkheid van de WOR is – voor zover hier van belang – toereikend dat de onderneming in stand wordt gehouden. Dit begrip is meeromvattend dan de situatie van voortzetting door de curator in de faillissementsrechtelijke betekenis (hiervoor 4.38–4.40). Ook wanneer de onderneming niet wordt voortgezet – zoals in de onderhavige zaak: in casu is er geen sprake van een voortzetting met machtiging van de rechter-commissaris op de voet van art. 98 Fw of 173a Fw (hiervoor 4.31–4.32) – maar wel zicht bestaat op een doorstart, moet het adviesrecht mijns inziens worden geëerbiedigd (hiervoor 5.6).

6.7 De OK heeft echter overwogen dat de curator de onderneming niet in stand heeft gehouden. De OK heeft daartoe vastgesteld (1) dat de leveranties aan de franchisenemers zijn stopgezet en

129 Verzoekschrift tot cassatie, randnummers 1 tot en met 23.

130 Verzoekschrift tot cassatie, randnummers 24 tot en met 31.

131 Verzoekschrift tot cassatie, randnummers 32 tot en met 38.

(2) dat de curator zich verder heeft beperkt tot het uitvoering geven aan het biedingsproces en de afwikkeling van de boedel. Die vaststellingen lijken mij ontoereikend voor het oordeel dat de curator de onderneming niet in stand heeft gehouden in de zin van de WOR. Voor 'instandhouding van een onderneming' in de zin van de WOR is immers voldoende dat nog sprake is van een entiteit met werknemers waarin wordt gewerkt (hiervoor 4.6 en 4.30). Het *tweede onderdeel* dat — bij welwillende lezing — daarop gerichte klachten bevat,¹³² is in zoverre gegrond.

6.8 Het *derde onderdeel* komt op tegen de afwijzing van het verzoek met betrekking tot de redelijke kosten — waartoe in het onderdeel wordt gewezen op art. 22 WOR — en de afwijzing van de gevraagde proceskostenveroordeling. Ook deze klachten treffen doel. Het verzoek van de OR DA is — zo volgt uit randnummer 34 van zijn aantekeningen voor de mondelinge behandeling (hiervoor 2.2 onder E) en rov. 3.7 van de beschikking van de OK (hiervoor 2.17) — mede gericht op het verkrijgen van een verklaring dat de redelijke kosten van de procedure voor rekening van de boedel komen. De OK heeft de afwijzing van het verzoek met betrekking tot de redelijke kosten van deze procedure gegrond op de overweging dat de curator niet gehouden was om advies van de OR te vragen (rov. 3.6). Die overweging is in de onderdelen 1 en 2 met succes bestreden. De afwijzing van de proceskostenveroordeling is gegrond op de afwijzing van de andere verzoeken (rov. 3.8). De onderdelen 1 en 2 klagen terecht over de afwijzing van deze verzoeken. Het slagen van de onderdelen 1 en 2 brengt dus mee dat de overwegingen over de redelijke kosten en de proceskosten niet in stand kunnen blijven.

6.9 Op de voornoemde gronden meen ik dat elk van de drie onderdelen van het cassatiemiddel doel treft. Hierna zal ik ingaan op de gevolgen voor de hier voorliggende zaak.

7 Afdoening van deze zaak

7.1 Het slagen van de cassatieklachten, zoals hiervoor besproken, brengt mee dat de dragende gronden van de beslissing van de OK niet in stand blijven. Dit betekent dat deze beslissing dient te worden vernietigd. Thans dient te worden bezien welke verdere gevolgen het slagen van de cassatieklachten voor de onderhavige zaak heeft.

7.2 Het verzoek van de OR DA bestaat in cassatie nog uit (1) de gevraagde verklaring dat DA Retailgroep c.s. bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet tot het (verkoop-)besluit van 29 december 2015 hebben kunnen komen en (2) een verklaring met betrekking tot de redelijke kosten van deze procedure c.q. een proceskostenveroordeling.

¹³² Zie onder meer de zin in het verzoekschrift tot cassatie, randnummer 29 onder het kopje uitwerking en toelichting 'Ook zonder dat de curator de onderneming voortzet, kwalificeert hij als bestuurder in de zin van de WOR, nu hij belangrijke besluiten op het gebied van de werkgelegenheid neemt en de hoogste leiding over de arbeid uitoefent.'

7.3 De OR DA heeft de verzoeken tot het treffen van voorlopige voorzieningen tijdens de mondelinge behandeling bij de OK van 24 maart 2016 ingetrokken (rov. 1.4) (hiervoor 2.13). Klaarblijkelijk is de reden dat een voorziening geen door derden verworven rechten kan aantasten (art. 26 lid 5 WOR). Eventuele voorzieningen zouden dus niet tegen de verkrijger van de bedrijfsactiviteiten, in casu: NDS, kunnen worden ingeroepen.

7.4 Mijns inziens is het tegen deze achtergrond mogelijk en wenselijk dat Uw Raad de onderhavige zaak direct afdoet op de voet van art. 420 Rv. Ik licht dat hierna toe.

7.5 Met betrekking tot het verzoek over de redelijke kosten van de procedure bij de OK kan mijns inziens om de volgende redenen aanstonds worden beslist. Het verzoek van de OR DA is mede gericht op het verkrijgen van een verklaring dat de redelijke kosten van de procedure bij de OK voor rekening van de boedel komen (hiervoor 6.8). Dit verzoek is naar mijn mening toewijsbaar. De curator heeft ten onrechte geen advies aan de OR gevraagd met betrekking tot het (voorgenomen) besluit tot verkoop van de bedrijfsactiviteiten. De OR DA is hiertegen in de onderhavige zaak dus op goede gronden op de voet van art. 26 WOR bij de OK opgekomen. De OK heeft de juistheid in het midden gelaten van het verweer van DA Retailgroep c.s. dat de OR DA onvoldoende belang heeft bij zijn verzoek (rov. 3.8). Dat verweer acht ik ongegrond. Ik verwijs naar randnummer 3.2 en voetnoot 55 hiervoor. Dit betekent dat de redelijke kosten van de procedure bij de OK op grond van art. 22 WOR door DA Retailgroep c.s. dienen te worden vergoed. Opmerking verdient dat het verzoek geen betrekking op vergoeding van een concreet bedrag en dat in de literatuur ook wordt betwijfeld of de OK bevoegd zou zijn over de omvang van de redelijke kosten te beslissen.¹³³ Een eventueel geschil over de omvang en de redelijkheid van de gemaakte kosten zal op grond van art. 36 WOR aan de kantonrechter kunnen worden voorgelegd. Opmerking verdient verder dat de curator niet in persoon aansprakelijk is voor deze kosten. Het verzoekschrift richt zich niet tot de curator in persoon en voorts is niet gesteld of gebleken dat is voldaan aan de hoge eisen voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator zoals geformuleerd in het

¹³³ In de literatuur wordt wel verdedigd dat de beoordeling van de omvang en de redelijkheid van de gemaakte kosten ingevolge art. 36 WOR uitsluitend door de kantonrechter kan geschieden. Zie in dat verband de annotatie van S.F.H. Jellinghaus en B.I. Kraaiapoel bij de hier bestreden beschikking in *JIN* 2016/210 onder 9 en Asser/J.M.M. Maeijer, M.J. Kroeze, Deel 2-1*, *De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 626. In het verzoekschrift tot cassatie, randnummer 37 bepleit de OR DA dat een toewijzing van de kosten door de OK wel mogelijk is. Daartoe wordt verwezen naar OK 1 april 2004, *JAR* 2004/110 (*EOR/Equant*). Een beoordeling van de omvang en de redelijkheid van de gemaakte kosten ligt in deze zaak niet voor. De juistheid van deze opvatting kan hier dus in het midden blijven.

Maclou-arrest.¹³⁴ De verplichting tot vergoeding van de redelijke kosten is dus een schuld van de boedel.

7.6 In het verzoekschrift tot cassatie is voorts verzocht om de proceskosten in cassatie rechtens vast te stellen. Nu, wat mij betreft, alle drie de onderdelen van het cassatiemiddel gegrond zijn, is er aanleiding om DA Retailgroep c.s., als overwegend in het ongelijk gestelde partij, te veroordelen in de (forfaitaire) kosten van de cassatieprocedure.

7.7 Dan resteert enkel nog de gevraagde verklaring voor recht. Dit verzoek zou naar mijn mening eveneens direct door Uw Raad kunnen worden afgedaan. Een verklaring voor recht is uitsluitend toewijsbaar wanneer daarbij voldoende belang bestaat.¹³⁵ De verzochte verklaring kan niet resulteren in voorzieningen die tegen NDS als derde verkrijger kunnen worden ingeroepen (art. 25 lid 6 WOR) en kan evenmin een vordering tot schadevergoeding dragen. Het belang van de gevraagde verklaring is daarmee slechts gelegen in beantwoording van de voorliggende principiële vraag en de mogelijk daarvan uitgaande preventieve werking (hiervoor 4.19). Ik meen dat aan dit belang voldoende recht is gedaan met het slagen van de klachten en de hierna voorgestelde wijze van afdoening. Het verzoek kan dus zonder nader feitenonderzoek bij gebrek aan belang worden afgewezen. Het dictum van de OK kan daarom in zoverre in stand blijven.

7.8 De afdoening op de hier voorgestane wijze resulteert in de voorliggende zaak in:

- een vernietiging van de beschikking van de OK van 26 mei 2016, doch uitsluitend voor wat betreft de afwijzing van het verzoek met betrekking tot de redelijke kosten van de procedure bij de OK;
- een verklaring dat DA Retailgroep c.s. gehouden zijn de redelijke kosten van de OR DA van de procedure bij de OK te voldoen;
- met veroordeling van DA Retailgroep c.s. in de kosten van het geding in cassatie.

7.9 Deze wijze van afdoening verdient naar mijn mening de voorkeur boven terugwijzing van de zaak naar de OK. Na terugwijzing zou worden voortgeprocedeerd over een verklaring voor recht met (voornamelijk) academische waarde. Dat lijkt mij, zeker gezien de kosten die daaraan voor de boedel zijn gemoeid, geen wenselijk resultaat. Daar komt bij dat de OR DA in het bijzonder algemene beantwoording van de voorliggende principiële vraag beoogde, die hier (in de door hem gewenste zin) wordt gegeven.

8 Conclusie

De conclusie strekt tot

- vernietiging van de beschikking van de Ondernemingskamer van 26 mei 2016, doch uitsluitend voor wat betreft de afwijzing van het verzoek met

betrekking tot de redelijke kosten van de procedure bij de OK; en

- afdoening op de wijze als hiervoor onder 7.8 vermeld.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de beschikking in de zaak 200.184.273/01 OK van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam van 26 mei 2016;

De beschikking van de ondernemingskamer is aan deze de beschikking gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van de ondernemingskamer heeft de OR beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

DA Retailgroep c.s. hebben geen verweerschrift ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging van de beschikking van de ondernemingskamer van 26 mei 2016, doch uitsluitend wat betreft de afwijzing van het verzoek met betrekking tot de redelijke kosten van de procedure bij de ondernemingskamer en afdoening op de wijze als onder 7.8 van de conclusie vermeld.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) DA Retailgroep hield een groothandel in farmaceutische producten, parfums en cosmetica in stand. Retail SSC verleende onder meer diensten aan drogisten. DA Holding B.V. (hierna: DA Holding) is aandeelhoudster van beide vennootschappen.

(ii) De OR is ingesteld voor DA Retailgroep en Retail SSC.

(iii) Op 23 december 2015 is aan DA Retailgroep en Retail SSC voorlopig surseance van betaling verleend.

(iv) De bewindvoerder heeft hierna gesprekken gevoerd met de huisbankier van DA Retailgroep en Retail SSC en met andere partijen over een mogelijke doorstart van de activiteiten. Uiteindelijk hebben twee partijen, waaronder de vennootschap NDS, die deel uitmaakt van de Mosadex-groep, een bod gedaan op de activa van DA Retailgroep en Retail SSC.

(v) Op 29 december 2015 zijn DA Retailgroep en Retail SSC failliet verklaard. De curator heeft, met toestemming van de rechter-commissaris, gekozen voor het (iets lagere) bod van NDS. Aan deze keuze lagen mede overwegingen van werkgelegenheid ten grondslag.

(vi) De curator heeft met machtiging van de rechter-commissaris de arbeidsovereenkomsten van de medewerkers van DA Retailgroep en Retail SSC opgezegd.

¹³⁴ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn.

¹³⁵ Zie in dat verband HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, NJ 2016/77 m.nt. J.B.M. Vranken (AIG/M) en N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht*, diss., Deventer: Kluwer 2015, nrs. 34–40.

(vii) Naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek heeft de curator de OR op hoofdlijnen geïnformeerd over (het besluit tot) de overdracht van de bedrijfsactiviteiten aan NDS.

(viii) De OR heeft de curator verzocht te bevestigen dat hij de kosten die de OR zou gaan maken voor juridische bijstand, als boedelschuld zou beschouwen. Na overleg met de rechter-commissaris heeft de curator dat verzoek afgewezen.

3.2.1 De OR heeft op de voet van art. 26 Wet op de ondernemingsraden (hierna: WOR) beroep ingesteld bij de ondernemingskamer tegen het besluit tot overdracht van activa door DA Retailgroep en Retail SSC aan NDS. Hij heeft de ondernemingskamer verzocht te verklaren dat DA Retailgroep c.s. bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid niet tot het besluit van 29 december 2015 hebben kunnen komen en DA Retailgroep c.s. te veroordelen in de kosten van het geding. Ter onderbouwing van zijn beroep heeft de OR aangevoerd dat het bestreden besluit een besluit is in de zin van art. 25 lid 1 WOR, dat deze bepaling ook in faillissement geldt, dat de OR over het bestreden besluit niet is geïnformeerd, dat met hem geen overleg is gevoerd en aan hem geen advies is gevraagd.

3.2.2 De ondernemingskamer heeft het beroep van de OR afgewezen. Daartoe heeft zij als volgt overwogen:

“3.5 [...] 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 uitsluitsel. 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.

3.6 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 faillissementsituatie 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 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. 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, zesde lid 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.

3.7 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 dientenge-

volge 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.

3.8 De slotsom luidt dat het verzoek, inclusief de gevraagde proceskostenveroordeling, zal worden afgewezen. (...)"

3.3.1 Onderdeel 1 klaagt 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. De ondernemingskamer miskent daarmee dat de medezeggenschapsrechten van een ondernemingsraad gedurende een faillissement onverkort blijven gelden. Onderdeel 2 klaagt dat onjuist is het oordeel van de ondernemingskamer dat voor de toepasselijkheid van het adviesrecht van de ondernemingsraad ten minste vereist is dat de curator de onderneming voortzet.

3.3.2 Op grond van art. 2 WOR is de ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, in het belang van het goed functioneren van die onderneming in al haar doelstellingen, verplicht om ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen een ondernemingsraad in te stellen en jegens deze raad de voorschriften, gesteld bij of krachtens de WOR, na te leven. Voor de toepassing van het bij of krachtens de WOR bepaalde, wordt ingevolge art. 1 lid 1, onder c, WOR onder onderneming verstaan: elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht. Ondernemer is in dit verband ingevolge art. 1 lid 1, onder d, WOR: de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die een onderneming in stand houdt.

3.3.3 Het faillissement van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een onderneming in de zin van de WOR in stand houdt, leidt op zichzelf niet ertoe dat die onderneming ophoudt te bestaan of niet langer in stand wordt gehouden. De gevolgen van de faillietverklaring en de met het faillissement na te streven doeleinden zijn ook niet zodanig dat de toepasselijkheid van de WOR zich in algemene zin niet verdraagt met de toepasselijkheid van de Faillissementswet.

Voor zover het faillissementsrecht dat meebrengt, oefent de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is hij als zodanig op een 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 in 3.3.4 en 3.3.5 overwogene is de curator in deze hoedanigheden gehouden ervoor zorg te dra-

gen dat de voorschriften gesteld bij of krachtens de WOR tijdens het faillissement worden nageleefd.

3.3.4 Het aan de ondernemingsraad toekomende adviesrecht van art. 25 WOR ziet in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van art. 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van art. 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 art. 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 art. 25 lid 1 WOR (bijvoorbeeld onderdeel a of c).

3.3.5 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 art. 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.

3.3.6 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. De klachten van de onderdelen 1 en 2 slagen derhalve.

3.4 Onderdeel 3 klaagt over het oordeel van de ondernemingskamer dat de curator niet verplicht was de kosten van deze procedure (op de voet van art. 22 WOR) voor rekening van de boedels van DA Retailgroep en Retail SSC te laten komen (rov. 3.7). Het onderdeel klaagt bovendien dat de gevraagde proceskostenveroordeling is afgewezen (rov. 3.8). De ondernemingskamer heeft beide oordelen ge-

grond op haar overweging dat de curator de onderneming van DA Retailgroep en Retail SSC niet heeft voortgezet dan wel niet in stand heeft gehouden en diens gevolg niet gehouden was advies van de OR over het in deze procedure aan de orde zijnde besluit te vragen. Nu de onderdelen 1 en 2, die zijn gericht tegen deze overweging, met succes zijn voorgesteld, slaagt ook onderdeel 3.

3.5 De omvang van de ingevolge art. 22 WOR te vergoeden kosten kan alsnog aan de orde worden gesteld in een afzonderlijke procedure op de voet van art. 36 lid 2 WOR.

3.6 Naast het hiervoor in 3.5 overwogene geldt dat de ondernemingskamer op de voet van art. 289 Rv bevoegd is ten gunste van de OR een proceskostenveroordeling uit te spreken ten laste van DA Retailgroep c.s., indien laatstbedoelde partijen ten opzichte van de OR in dit geding kunnen worden aangemerkt als in het ongelijk gestelde partijen. Het staat de ondernemingskamer vrij het liquidatietaarif niet toe te passen en DA Retailgroep c.s., in overeenstemming met het bepaalde in art. 22 lid 2 WOR, te veroordelen in de werkelijke (redelijke) kosten die aan de zijde van de OR in het geding voor de ondernemingskamer zijn gevallen.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van de ondernemingskamer van 26 mei 2016;

wijst het geding terug naar de ondernemingskamer ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt DA Retailgroep c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de OR begroot op € 853,07 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

Noot

1. Met deze uitspraak beslecht de Hoge Raad de vraag of het adviesrecht van de Ondernemingsraad (OR) ook geldt tijdens faillissement. Dat is inderdaad het geval, het in art. 25 WOR neergelegde adviesrecht geldt zelfs 'onverkort' (r.o. 3.1.1). De Hoge Raad legt ook uit *waarom* dat zo is. Na deze beschikking resteert nog wel de vraag *hoe* dat adviesrecht dan precies geldt en ook *waartoe*: wat heeft de OR er eigenlijk aan?

In deze noot loop ik deze verschillende vragen na. Eerst ga ik in op de achtergrond van deze uitspraak, waarbij de of- en waarom-vraag centraal staan (onder 2 en 3). Daarna kom ik toe aan de voor een deel nog onbeantwoorde vragen, die vooral zien op de praktische uitwerking en invulling van het adviesrecht in faillissement. Onder 4-8 komt de reikwijdte en invulling van het adviesrecht in faillissement aan bod. Onder 9-11 ga ik in op de vraag wat een OR nu praktisch opschiet met zijn adviesrecht in faillissement.

2. In de literatuur werd al geruime tijd aangenomen dat het adviesrecht na faillissement in beginsel blijft bestaan, zij het dat daarbij wel verschillende

stromingen te onderscheiden waren. Sommige auteurs stellen dat de curator de onderneming dan wel moet voortzetten, veel anderen menen dat het voldoende is als de onderneming voortbestaat, zie de conclusie van A-G Hartlief onder 5.10. De Ondernemingskamer (OK) ging in de in cassatie bestreden beschikking contrair, en oordeelde dat het adviesrecht niet geldt in faillissement. Wetsgeschiedenis en wettekst zijn onduidelijk, maar de OK achtte het onmogelijk om medezeggenschapsrechten op basis van de WOR te rijmen met de op (snelle) afwikkeling van de boedel gerichte faillissementsprocedure. Dit oordeel kwam de OK vrijwel uni sono op forse kritiek te staan. Zie onder meer Zaal in *TRA* 2016/74, Sprengers in *AR-updates* 2016-0555 en Loesberg in *JAR* 2016/160.

3. Als gezegd, hakt de Hoge Raad de knoop op een andere manier door dan de OK. Het adviesrecht geldt in beginsel wel. Het faillissement van de vennootschap die de onderneming in stand houdt, in WOR-terminologie de ondernemer geheten, brengt immers niet automatisch het einde van de onderneming met zich. Die kan de activiteiten tijdelijk voortzetten, zoals recent nog gebeurde na de faillietverklaring van V&D, of zelfs doorwerken totdat een andere partij de onderneming overneemt van de failliete vennootschap. Zolang er een onderneming is, een zelfstandig in de maatschappij opererend georganiseerd verband van mensen en productiemiddelen, dient er ook een OR te zijn. De failliet verklaarde vennootschap is 'slechts' degene die de onderneming in stand houdt, en moet daar in de context van de WOR uitdrukkelijk van worden onderscheiden. Als het faillissement geen einde maakt aan de onderneming en de daaraan verbonden OR, dan is het niet onlogisch dat de OR zijn gebruikelijke medezeggenschapsrechten kan blijven uitoefenen. De OR heeft er ook belang bij dat hij zijn rechten in deze periode kan uitoefenen, omdat daarin een aantal belangrijke beslissingen wordt genomen over de toekomstige koers en inrichting van de onderneming. De Hoge Raad overweegt in dit verband nog dat uit de WOR niet de eis voortvloeit dat de curator de onderneming daadwerkelijk moet voortzetten, dat wil zeggen doorgaan met de gewone ondernemingsactiviteiten. Ook wanneer die in belangrijke mate gestaakt zijn en de curator zich beperkt tot het regelen van de verkoop van het bedrijf, zoals in casu, kan niet gezegd worden dat hij de onderneming niet in stand heeft gehouden, zie r.o. 3.3.

4. Het adviesrecht geldt *onverkort* in faillissement, zo overweegt de Hoge Raad. De faillissementswet en de aard van de faillissementsprocedure zetten zich daar niet tegen. De faillissementscontext leidt wel tot een heel bijzondere uitwerking van het begrip 'onverkort gelden', zo blijkt uit r.o. 3.3.4 en 3.3.5.

5. In de eerste plaats liggen besluiten van de curator tot verkoop van goederen (art. 176 Fw) en tot ontslag van werknemers (art. 40 Fw) buiten het adviesrecht van de OR, zelfs als die tot gevolg hebben dat de onderneming wordt beëindigd. De cura-

tor treedt dan op met het doel het ondernemingsvermogen te liquideren. In dat geval gaan de belangen van de schuldeisers bij een soepele afwikkeling van het faillissement voor boven de door art. 25 WOR beschermde belangen. Uit de beschikking in de zaak *YVC IJsselwerf* (HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477) had anders kunnen worden afgeleid. Ook al komt de OR geen adviesrecht toe over de aanvraag van surséance, zo overwoog de Hoge Raad destijds, dan heeft hij nog wel adviesrecht over het latere besluit om de onderneming geheel of gedeeltelijk te staken. Hetgeen de Hoge Raad thans overweegt sluit meer aan bij de door de OR in de onderhavige zaak gekozen benadering. Daarmee lijkt de *YVC IJsselwerf*-deur in het slot te zijn gegooid. Het is niet 100% duidelijk of de Raad terug heeft willen komen van die eerdere uitspraak. Mogelijk heeft de Hoge Raad niet meer bedoeld dan dat beslissingen die gericht zijn op de afwikkeling van de boedel niet-adviesplichtig zijn. In die lezing zou hij niets hebben willen zeggen over de adviesplichtigheid van het daaraan voorafgaande besluit om de onderneming te staken. De bewoordingen van r.o. 3.3.4 laten echter niet veel ruimte voor die wat meer OR-vriendelijke uitleg.

Van betekenis is ook dat de Raad verwijst naar de door art. 25 WOR beschermde belangen en de belangen van schuldeisers bij een voor hen voordelige afwikkeling van het faillissement. Die laatste wegen bij liquidatie van het ondernemingsvermogen zwaarder. Een verklaring daarvoor kan zijn, dat het adviesrecht van de OR bij liquidatie van de onderneming niet veel om het lijf heeft. De curator is nu eenmaal bevoegd om de onderneming te staken als dat voor de schuldeisers het voordeligst is. Het advies van de OR zal daar niet heel veel aan kunnen veranderen. Nu is het advies van de OR evenmin bindend of doorslaggevend bij besluiten van de ondernemer buiten faillissement, en dat is dan evenmin reden om raadpleging van de OR achterwege te laten. In faillissement is de ruimte van de curator om de belangen van werknemers mee te wegen echter veel beperkter. De inbreng van de OR heeft in dat geval wel wat minder nut. Raadpleging van de OR over de staking zou kunnen worden gezien als een rituele dans, die alleen maar voor vertraging en complicaties zorgt. De financiële ruimte voor een sociaal plan of andere flankerende maatregelen rond de bedrijfsbeëindiging ontbreekt bijvoorbeeld. Dat zijn nu juist de aspecten waarover de OR moet adviseren bij een normale bedrijfssluiting of reorganisatie. De medezeggenschapsbelangen wegen, zo kan aan de Hoge Raad worden toegegeven, aanzienlijk zwaarder als de onderneming wordt voortgezet dan wanneer het faillissement echt einde oefening betekent. De inbreng van de OR zal in dat geval niet veel verschillen van die van een kalkoen die wordt geconsulteerd over het kerstmenu.

6. Dat gezegd hebbend, gaat de uitsluiting van het (impliciete) stakingsbesluit van de curator ver. Medezeggenschap over die beëindigingsbeslissing van de curator zou in te passen zijn in de faillis-

sementsprocedure, juist omdat de Hoge Raad nog een uitzondering aanneemt op het uitgangspunt dat het adviesrecht onverkort geldt. De in art. 25 lid 2 t/m 6 neergelegde (procedure)regels gelden immers niet in faillissement. Een van de belangrijkste daarvan is dat de ondernemer een maand moet wachten met het uitvoeren van een besluit dat afwijkt van het advies van de OR. De curator en de OR dienen zich bij de uitvoering van de WOR niet door die regeltjes te laten leiden, maar door hetgeen de redelijkheid en billijkheid vorderen. Gelet op de in faillissementen bestaande tijdsdruk, zou dat een forse inkorting van de normale wettelijke termijnen kunnen betekenen.

7. Niet direct valt in te zien dat de OR met inachtneming van die beperkingen niet geraadpleegd zou moeten worden over het staken van de onderneming, ook al neemt de curator die beslissing. Zoals de Hoge Raad zelf ook overweegt, betekent faillissement immers niet automatisch het einde van de onderneming. Het al of niet voortzetten van de onderneming is een keuze. De curator zal bij het maken daarvan vooral op de belangen van de schuldeisers moeten letten, maar wat is er tegen dat de OR adviseert? Het is uiteindelijk 'maar' een advies. De uitschakeling van de procedurevoorschriften van art. 25 WOR zorgt ervoor dat de soepele afwikkeling van het faillissement niet wordt doorkruist. De curator dient overigens werkgelegenheidsbelangen mee te wegen bij zijn besluiten over de onderneming. Dat is inmiddels vaste rechtspraak, zie onder meer HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn. Ook Zaai wijst erop dat het niet voor de hand ligt om in het kader van de WOR onderscheid te maken tussen besluiten gericht op liquidatie of continuering van de onderneming (*TRA* 2017/75, onder 2). Ook Kraaiapoel & Jellinghaus zijn kritisch over het onderscheid tussen doorstart- en liquidatiebesluiten (*Ondernemingsrecht* 2017/121, onder 3.2). Zij wijzen er ook terecht op dat in faillissement niet altijd direct duidelijk zal zijn of er slechts 'eventjes' wordt doorgegaan met de onderneming of dat er echt een doorstart zal plaatsvinden. Gedurende die periode is het wel al mogelijk dat de curator een deel van het personeel ontslaat of goederen vervreemdt. Die besluiten kunnen later alsnog van invloed blijken te zijn op de doorgestarte onderneming. Welke activiteiten en welke vestigingen worden voortgezet? Juist nu de Hoge Raad centraal stelt dat er aan art. 25 lid 2 e.v. mag worden voorbij gezien, hoeft het adviesrecht van de OR de afwikkeling van het faillissement niet te frustreren. Kennelijk acht de Hoge Raad het risico van vertraging en complicaties toch te groot. Het adviesrecht is alleen al die moeite waard, als er nog een toekomst is voor de onderneming.

8. Al met al blijft er van het zo ferm geformuleerde uitgangspunt dat het adviesrecht in faillissement onverkort geldt niet veel over. De Hoge Raad stelt de soepele afwikkeling van het faillissement (en de belangen van de schuldeisers) uiteindelijk boven de met het adviesrecht van de OR gediende

belangen. Dat doet hij minder categorisch en rechtlijnig dan in de alom bekritiseerde uitspraak van de OK is gebeurd. De nuancering die door de Hoge Raad wordt aangebracht, is dat er bij doorstart wél adviesrecht geldt. Dat is dan wel verzwakt ten opzichte van de normale situatie, omdat de procedureregels van art. 25 WOR niet gelden. S.C.J.J. Kortmann is in zijn noot in JOR 2017/248 dan ook van mening dat dit genuanceerde oordeel van de Hoge Raad de curator voldoende ruimte geeft om de boedel voortvarend af te wikkelen.

9. De OR van DA behaalt een principiële overwinning. Op het eerste gezicht komt het adviesrecht van de OR ook als overwinnaar uit de bus. Waar de OK dat advies nog zo stellig onverenigbaar achtte met de faillissementsprocedure, laat de Hoge Raad daar juist wel ruimte voor. Met de buitenwerkingsstelling van art. 25 lid 2-6 en de beperking tot doorstartbeslissingen is de betekenis van het adviesrecht echter beperkt.

Daar komt nog bij, dat niet-naleving van de WOR door te curator geen al te vergaande gevolgen heeft. Uitstel of zelfs terugdraaien van de overname zal hoogst zelden aan de orde zijn. Als de OR gelet op de risico's voor de werkgelegenheid al zulke drastische maatregelen zou wensen, staat art. 26 lid 5 WOR in de weg aan aantasting van door derden (zoals de verkrijger van de onderneming) verworven rechten. Anders dan de ondernemer, heeft de curator weinig belang bij het onderhouden van een goede relatie met de OR met het oog op hun verdere samenwerking. De curator is slechts een passant. Hij heeft zwakke juridische en praktische prikkels om zo open en reëel mogelijk met de OR te overleggen.

10. Het is in dit verband tekenend dat de meest tastbare overwinning die de OR van DA behaalt een kostenveroordeling betreft. Zelfs die kan gerelativeerd worden. De kosten die de OR heeft moeten maken worden aangemerkt als een boedelschuld. Dat neemt niet weg, dat die claim moet worden verhaald op de failliete vennootschap. Het is de vraag of de OR ook op dit vlak materieel veel opschiet met zijn principiële gelijk.

11. Naast de hiervoor genoemde auteurs, is deze uitspraak ook commentariseerd door Ebels (JIN 2017/115), Hufman (Tvl 2017/27) en Van Mierlo (FIP 2017/278).

B. Barentsen

NJ 2017/454

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

13 oktober 2017, nr. 17/01773

(Mrs. E.J. Numann, G. Snijders, G. de Groot, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. P.J. Wattel)
m.nt. J. Zwemmer*

Art. 53 Fw; art. 24 Invorderingswet 1990; art. 7, 29 Wet OB 1968

Belastingadvies 2017/24.7

V-N 2017/51.17

RI 2017/98

RvdW 2017/1096

V-N Vandaag 2017/2407

NJB 2017/2041

ECLI:NL:PHR:2017:1056

ECLI:NL:HR:2017:2627

Prejudiciële beslissing op voet art. 392 Rv. Bevoegdheid Ontvanger tot verrekening op grond van art. 24 lid 1 Invorderingswet 1990 in faillissement fiscale eenheid; toepasselijkheid art. 53 lid 1 Fw.

Op grond van art. 24 lid 1 derde volzin Invorderingswet 1990 is art. 53 Fw van toepassing bij de verrekening op grond van art. 24 Invorderingswet 1990. Art. 24 lid 1 vierde volzin Invorderingswet 1990 behelst dat de verrekening op grond van art. 24 lid 1 Invorderingswet 1990 ook mogelijk is met vorderingen en schulden van maatschappijen die in het betrokken tijdvak tezamen met de belastingplichtige deel uitmaken van een fiscale eenheid als bedoeld in die volzin. Art. 24 lid 1 vijfde volzin Invorderingswet 1990 stelt buiten twiffel dat dit laatste óók geldt in geval van onder meer faillissement van de belastingsschuldige of van de andere maatschappijen die tot de fiscale eenheid behoren. Art. 24 lid 1 vierde en vijfde volzin Invorderingswet 1990 behelst geen uitzondering op de eis van art. 53 lid 1 Fw dat vordering en schuld beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit een vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde.

Indien een ondernemer in de zin van art. 7 Wet OB 1968 de omzetbelasting die hij ter zake van een tegen vergoeding verrichte levering of dienst heeft gefactureerd, op aangifte voldoet, ontstaat een rechtsverhouding met de Ontvanger die ingevolge art. 29 lid 1 Wet OB 1968 meebrengt dat als nadien blijkt dat de vergoeding niet zal worden ontvangen, recht bestaat op teruggaaf van de voldane omzetbelasting. Indien vóór de faillietverklaring ter zake van een door de ondernemer gefactureerde vergoeding omzetbelasting is gefactureerd en ter zake daarvan omzetbelasting op aangifte is voldaan, en deze vergoeding ná de faillietverkla-

167 Prof. mr. J.W. Zwemmer is emeritus hoogleraar UvA.