



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Medezeggenschap in herstructurerings- en insolventieprocedures: het faillissement (deel 1)

Pool, J.M.W.; Boon, J.M.G.J.

Citation

Pool, J. M. W., & Boon, J. M. G. J. (2024). Medezeggenschap in herstructurerings- en insolventieprocedures: het faillissement (deel 1). *Onderneming En Financiering*, 32(2), 36-52.
doi:10.5553/OenF/157012472024032002004

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4150182>

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

Medezeggenschap in herstructurerings- en insolventieprocedures: het faillissement (deel 1)*

J.M.W. Pool & J.M.G.J. Boon

1 Inleiding

Herstructurerings- en insolventierecht enerzijds en medezeggenschap anderzijds worden veelal als twee losstaande rechtsgebieden beschouwd. Samenloop van deze rechtsgebieden kan tot diverse problemen leiden. Terwijl in herstructurerings- en insolventieprocedures onder tijdsdruk wordt gezocht naar een oplossing voor de financiële problemen van een ondernemer, beoogt medezeggenschap dat werknemers juist tijdig en zodanig worden betrokken dat zij (nog) op een betekenisvolle wijze in de besluitvorming worden gekend.¹ De vereiste snelheid in het herstructurerings- en insolventierecht verhoudt zich dan ook moeizaam met een zorgvuldige invulling van de medezeggenschap.

De rol van medezeggenschap en meer specifiek die van de ondernemingsraad² is bij de totstandkoming van de verschillende herstructurerings- en insolventieprocedures³ onderbelicht gebleven. In de Wet op de ondernemingsraden (WOR), de parlementaire geschiedenis en evaluaties⁴ is nagenoeg geen aandacht geschonken aan medezeggenschap bij (dreigende) insolventie van een ondernemer.⁵ Daarnaast besteedt ook de Faillissementswet (Fw) maar zeer beperkt aandacht aan medezeggenschap. Daardoor ontstaat een vacuüm in de wijze waarop medezeggenschap

* Het vierluik is een bewerking van J.M.G.J. Boon & J.M.W. Pool, Medezeggenschap in herstructurerings- en insolventieprocedures, in: H. Koster, C. de Groot & R.E.M. Vink-Dijkstra (red.), *Medezeggenschap in breed perspectief*, Den Haag: Boom 2024, p. 239-282. Deze bijdrage is afgerond op 30 mei 2024.

- 1 Het belang hiervan wordt benadrukt door de verankering van medezeggenschap in de Grondwet (art. 19 lid 2 Gw).
- 2 Naast de ondernemingsraad kan (een deel van) deze rol – als alternatief – ook worden verzorgd door de personeelsvertegenwoordiging of een personeelsoverleg (art. 35b e.v. WOR); dit wordt in deze bijdrage verder buiten beschouwing gelaten.
- 3 Onder procedures wordt in dit vierluik allereerst verstaan de volgende in de Faillissementswet geregelde procedures: (1) het onderhands akkoord buiten surseance van betaling en faillissement, (2) de surseance van betaling en (3) het faillissement. Daarnaast kijken wij ook naar (4) de pre-pack zoals die zich in de Nederlandse rechtspraak heeft ontwikkeld en waar – met het oog op wettelijke verankering – wetgevingsinitiatieven zijn aangevangen.
- 4 Vgl. bijv. de evaluatie van de WOR in 2003, waarbij in zijn geheel niet wordt gesproken over medezeggenschap ten tijde van financiële problemen van de ondernemer (Kamerstukken II 2002/03, 28792, nr. 1).
- 5 Daarentegen is vanuit bijv. de Sociaal-Economische Raad (SER) al eerder erop gewezen dat de ondernemingsraad ook betrokken kan worden in de oordeelsvorming van rechters bij surseance van betaling en faillissement, zie SER, Advies. Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden (publicatienr. 12), 2003, p. 69-71; Kamerstukken II 2004/05, 29818, nr. 3, p. 9-10 (MvT).

plaats kan en dient te vinden binnen het groeiend aantal herstructurerings- en insolventieprocedures.⁶ De samenloop van beide rechtsgebieden verdient meer aandacht om effectieve invulling van de 'herstructurerings- en insolventiemebezeggenschap' te bevorderen.

In deze bijdrage bespreken wij hoe de ondernemingsraad, indien die is ingesteld, de belangen van werknemers kan behartigen binnen een van de vier herstructurerings- en insolventieprocedures, te weten het faillissement. Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 gaan we kort in op de toenemende belangstelling voor werknemersbelangen in het herstructurerings- en insolventierecht en het instrumentarium dat de ondernemingsraad – gezien vanuit de WOR – ter beschikking heeft bij financiële problemen van de onderneming. Vervolgens belichten we in paragraaf 3 en 4 de mogelijkheden die een ondernemingsraad heeft in de faillissementsprocedure, vanuit het doel van de betreffende procedure en de positie die werknemers(belangen) daarin hebben. In paragraaf 5 sluiten we af met de conclusie waarin we concluderen dat het verlichte medezeggenschapsregime onvoldoende waarborgen bevat in een faillissement.

2 Financiële problemen en de belangen van werknemers

2.1 *Belangenpluralisme in het herstructurerings- en insolventierecht*

Binnen de Fw zijn insolventieprocedures van oudsher gericht op het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Zo is het faillissement een gerechtelijk beslag op het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁷ Ook de surseance van betaling en het Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA)-traject hebben (onder meer) als doel de belangen van de schuldeisers te behartigen. Tegelijkertijd wordt in de insolventierechtelijke literatuur steeds meer aandacht gevraagd voor de rol van andere belangen dan die van

6 Zie ook Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2020 (DA), r.o. 3.5-3.6.

7 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*. Heruitgave *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, deel I. Bewerkt door Mr. G.W. Baron van der Feltz. Haarlem 1896 (*Onderneming en Recht* nr. 2, deel 2-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 7-8, zie ook art. 20 Fw.

schuldeisers.⁸ Ook in de jurisprudentie wordt in toenemende mate ruimte gegeven voor de belangen van andere *stakeholders* – naast die van schuldeisers – in herstructurerings- en insolventieprocedures. Daarbij heeft de Hoge Raad bepaald en meermaals bevestigd dat de curator bij de afwikkeling van faillissementen rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard.⁹

Een van de belangen van maatschappelijke aard is het belang van werknemers. Wanneer een onderneming in financiële moeilijkheden verkeert, heeft dat zijn weerslag op het personeel van die onderneming. Niet alleen is het voor werknemers onzeker of hun salaris (tijdig) wordt betaald, ook is vaak onduidelijk of zij hun baan zullen behouden. Waar de salarisvordering van werknemers een zekere bescherming heeft in het insolventierecht, geldt dat – afhankelijk van de procedure – in mindere mate voor de andere belangen van werknemers. De werknemers verliezen daarmee deels de reguliere bescherming die het arbeidsrecht hun biedt. Naast de bevoegdheden van de ondernemingsraad (die centraal staan in deze bijdrage) hebben werknemers in insolventieprocedures immers beperkt mogelijkheden om zelf hun arbeidsrechtelijke positie veilig te stellen.¹⁰

2.2 *Het instrumentarium van de ondernemingsraad in vogelvlucht*

Wanneer de onderneming met financiële problemen wordt geconfronteerd, speelt de medezeggenschap ter behartiging van de belangen van werknemers nog steeds een belangrijke rol. Vanuit de gedachte dat de WOR algemene medezeggenschapsinstrumenten biedt om de dialoog met de ondernemer vorm te geven, zullen deze instrumenten ook aangewend kunnen en soms moeten worden in de context van herstructurerings- en insolventieprocedures. De medezeggenschap zou juist in dit soort situaties moeten voorkomen dat de belangen van de werknemers door de benodigde snelheid bij (dreigende) insolventie ondergesneeuwd raken. Des te op-

- 8 Zie bijv. J.M.W. Pool, *Rethinking the goal of bankruptcy proceedings*, *Erasmus Law Review* 2023, afl. 2, p. 114-123; M.L.H. Reumers, *Tijden veranderen: de invloed van maatschappelijke belangen en duurzaamheidsoverwegingen op de taakuitoefening door de curator*. Deel I, *TvCu* 2023, afl. 1, p. 3-9; J.M.W. Pool, *Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator*, *TvI* 2022/20 (hierna: Pool 2022a); M. van Eekelen-Atema, *Reactie op TvI 2022/20 Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator*, *TvI* 2022/27; J.M.W. Pool, *Naschrift bij de reactie op het artikel Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator*, *TvI* 2022/20, *TvI* 2022/28; H.J. de Kloe, *Belangenpluralisme in faillissement*, *RMThemis* 2020, afl. 3, p. 134-141; A. van Hees, *Maatschappelijk verantwoord vereffenen*, *TvI* 2015/1; F. Kemp, *Gezocht: kranige curatoren met maatschappelijk besef*, in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De gereedchapskist van de curator (INSOLAD Jaarboek 2015)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 503-514; R.P. Orij, & J.M.G.J. Boon, *Stakeholderbelangen bij bedrijven in zwaar weer: perspectieven op financiële en niet-financiële belangen*, in: J.A.A. Adriaanse, D.H. van Offeren & J.I. Pierre van der Rest, *Turnaround management (Serie Recht en Praktijk Insolventierecht, nr. InsR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 153-171.
- 9 HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472 (Sigmacon II), r.o. 3.5. Zie ook HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (Maclou), r.o. 3.5.2 en HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817 (Curatoren Mobell/Interplan), r.o. 3.5.
- 10 J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 2-3.

vallender is het dat in de WOR niet expliciet wordt ingegaan op de vorm waarin medezeggenschap in deze situatie dient plaats te vinden.¹¹ De ondernemingsraad is dus primair aangewezen op de (algemene) aan hem in de WOR toegekende rechten.

Deze rechten van de ondernemingsraad betreffen met name de algemene bevoegdheid inzake overlegvergaderingen met de ondernemer,¹² maar ook de bijzondere bevoegdheden, waaronder het informatierecht,¹³ het adviesrecht¹⁴ en het instemmingsrecht.¹⁵ Deze rechten kunnen worden aangevuld met bevoegdheden die worden vastgelegd in de collectieve arbeidsovereenkomst of in een ondernemingsovereenkomst.¹⁶ Hierna bespreken wij enkele algemene aandachtspunten van deze rechten die van belang zijn bij (dreigende) insolventie van de onderneming, waarna wij verder ingaan op de rol van de ondernemingsraad bij de verschillende herstructurerings- en insolventieprocedures.

2.2.1 Overlegvergaderingen

Op grond van art. 23 e.v. WOR heeft de ondernemingsraad het recht om in overleg te kunnen treden met de ondernemer. Het initiatief voor deze overleggen kan zowel van de ondernemingsraad als van de ondernemer komen. Al dient dit overleg minimaal tweemaal per jaar plaats te vinden om de algemene gang van zaken te bespreken (art. 24 WOR), het kan zo vaak worden bijeengeroepen als de ondernemingsraad of ondernemer nodig acht. Deze overleggen vinden plaats onder opgave van redenen binnen twee weken na de oproeping.¹⁷ Algemene onderwerpen van overleg zijn de algemene gang van zaken en in het bijzonder besluiten die betrekking hebben op het adviesrecht en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad.¹⁸

Het overleg biedt de ondernemingsraad de mogelijkheid om regelmatig nadere informatie te vergaren alsook te pogen een spreekwoordelijke ‘vinger aan de pols te houden’. Dit is met name het geval wanneer de financiële stabiliteit onder druk komt te staan en – met het oog op herstructurering – aan een akkoord of verkoop van de onderneming wordt gewerkt.

11 In de bepalingen van de WOR wordt niet expliciet verwezen naar een WHOA-traject, surseance van betaling, pre-pack of faillissement. In de parlementaire geschiedenis heeft dit ook slechts beperkte aandacht gekregen. Zie bijv. Kamerstukken II 1996/97, 24615, nr. 9, p. 15-16 (NV) en Kamerstukken II 2004/05, 29818, nr. 3, p. 9-10 (MvT). Voor een beknopte bespreking van de ontwikkeling van de zogeheten insolventiemebezeggenschap, zie P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, par. 3.8.4.

12 Zie art. 23-24 WOR.

13 Art. 31 e.v. WOR.

14 Art. 25 en 30 WOR.

15 Art. 27 jo. art. 31c WOR.

16 Art. 32 WOR.

17 Art. 23 lid 1 en 24 lid 1 WOR.

18 Art. 24 lid 1 jo. art. 25 en 27 WOR.

2.2.2 *Informatierecht*

Om de medezeggenschap effectief te kunnen uitoefenen is de ondernemingsraad afhankelijk van informatie van de ondernemer. De WOR verplicht de ondernemer ‘desgevraagd aan de ondernemingsraad en aan de commissies van die raad tijdig alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die deze voor de vervulling van hun taak redelijkerwijze nodig hebben’.¹⁹ Het is daarbij aan de ondernemingsraad om binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid te bepalen welke informatie hij nodig heeft.²⁰

De ondernemer is gehouden minimaal tweemaal per jaar de algemene (financiële) gegevens van de onderneming te verstrekken over de afgelopen periode en ook het jaarverslag en de jaarrekening.²¹ Daarnaast dient minimaal tweemaal per jaar informatie te worden verstrekt over de (financiële) verwachtingen voor de komende periode.²² De leden van de ondernemingsraad en de secretaris zijn daarbij tot geheimhouding gehouden.²³ Deze informatie biedt de ondernemingsraad een belangrijke mogelijkheid om de financiële toestand van de onderneming te monitoren.

2.2.3 *Adviesrecht*

Een ander belangrijk recht van de ondernemingsraad is het adviesrecht. De ondernemingsraad heeft een algemene bevoegdheid zelfstandig voorstellen te doen aan de ondernemer,²⁴ en daarnaast bepaalt art. 25 WOR dat voor besluiten over een veertiental onderwerpen de ondernemingsraad voorafgaand om advies *moet* worden gevraagd. Dit betreft ook voorgenomen besluiten die kunnen spelen om financiële problemen van de ondernemer het lijf te bieden. Denk bijvoorbeeld aan overdracht van zeggenschap over de onderneming, het beëindigen van een belangrijk onderdeel van de werkzaamheden van de onderneming, een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van (een onderdeel van) de onderneming, een belangrijke wijziging in de organisatie of verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming, het doen van belangrijke investeringen, het aantrekken van een belangrijk krediet of het verstrekken van krediet of zekerheden, maar ook het verstrekken van een adviesopdracht aan een externe deskundige inzake adviesplichti-

19 Art. 31 lid 1 WOR.

20 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA), r.o. 3.3.5.

21 Art. 31a lid 1 en 2 WOR. Het overleggen van de jaarrekening, voorafgaand aan de vaststelling, is ook een verplichting die op het bestuur van een naamloze vennootschap rust op grond van art. 2:101 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) en het bestuur van een besloten vennootschap op grond van art. 2:10 lid 1 BW, indien een raad van commissarissen is ingesteld.

22 Art. 31a lid 6 WOR.

23 Art. 20 lid 1 en 2 WOR.

24 Art. 23 lid 2 en 3 WOR.

ge besluiten.²⁵ Verder dient op grond van art. 30 WOR advies te worden gevraagd bij de benoeming en het onvrijwillig ontslag van bestuurders.²⁶

Het adviesrecht²⁷ is met diverse procedurele waarborgen omkleed. Wij noemen met name dat (1) de ondernemer de ondernemingsraad van de beweegredenen van het voorgenomen besluit dient te voorzien, alsmede de gevolgen die het zal hebben voor de werknemers,²⁸ (2) dat de ondernemer de ondernemingsraad tijdig om advies vraagt, namelijk wanneer het advies nog ‘van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit’,²⁹ en (3) dat hierover ten minste één overleg dient plaats te vinden met de ondernemingsraad.³⁰ Deze drie voorwaarden zijn van belang om tot een zinvolle advisering te kunnen komen, maar maken de medezeggenschap ook tijdsintensief. Dit neemt toe wanneer de onderneming het advies van de ondernemingsraad niet of niet volledig opvolgt. Allereerst treedt dan een opschortingsregeling in werking waarbij de ondernemer gehouden is het besluit met een maand op te schorten.³¹ Daarnaast kan de ondernemingsraad beroep aantekenen tegen het besluit bij de Ondernemingskamer en daarbij om (voorlopige) voorzieningen verzoeken.³²

Opgemerkt moet worden dat het adviesrecht bestaat ten aanzien van besluiten die belangrijke gevolgen hebben voor de onderneming en/of de werknemers. Wat onder belangrijk moet worden verstaan, is niet nader gedefinieerd.³³ In het kader van besluiten die noodzakelijk zijn om te kunnen herstructureren of vereffenen, of die nodig zijn om (ernstige) financiële problemen het hoofd te bieden, zal hiervan in onze optiek snel sprake kunnen zijn. De voorgenomen besluiten zullen dan kernactiviteiten raken en belangrijk zijn met het oog op de continuïteit dan wel afwikkeling van de onderneming (sactiviteiten). Tegelijkertijd sluit deze ruime interpre-

25 Art. 25 lid 1 onder a, c, d, e, h, i, j en n WOR. Zie daarnaast over mogelijke toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels 2015 van de SER: M.L.H. Reumers, *De insolvente naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 310.

26 Bestuurder op grond van de WOR omvat diegene die (met anderen) de hoogste zeggenschap uitoefent over de arbeid (art. 1 lid 1 onder 2 WOR). Onder de WOR omvat de bestuurder daarom niet noodzakelijkerwijs steeds de statutaire bestuurders van de rechtspersoon waartoe de onderneming behoort. Zie in dat kader ook de specifieke bepalingen in Boek 2 BW, waarbij de betrokkenheid van de ondernemingsraad bij benoeming en ontslag van statutaire bestuurders en leden van de raad van commissarissen voor specifieke vennootschappen nader wordt geregeld, zie art. 2:63e e.v., 2:134a, 2:144a, 2:157 e.v. en 2:267 e.v. BW.

27 Voor het adviesrecht van art. 30 WOR gelden de navolgende waarborgen slechts ten dele, zie art. 30 lid 2 en 3 WOR.

28 Art. 25 lid 3 WOR.

29 Art. 25 lid 2 WOR.

30 Art. 25 lid 4 jo. art. 23 lid 1 WOR.

31 Art. 25 lid 6 WOR; deze termijn gaat (pas) lopen op het moment dat de ondernemer de ondernemingsraad van zijn besluit na de advisering heeft geïnformeerd. De opschorting geldt overigens niet indien de ondernemingsraad dit aan de ondernemer te kennen geeft.

32 Art. 26 WOR.

33 Vgl. ook L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden 2019*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.1.4, waar Verburg opmerkt dat de wetgever het begrip bewust open heeft gelaten, maar dat het met name ziet op ‘voor deze ondernemer bijzondere, niet alledaagse besluiten’ en het verder ‘(ook) [afhngt] van de gevolgen en de beweegredenen van het besluit’ of het een belangrijk besluit is.

tatie van het adviesrecht niet goed aan bij de omstandigheden waarmee een ondernemer met financiële moeilijkheden te maken heeft. De Ondernemingskamer oordeelde al dat het adviesrecht zich 'niet eenvoudig met het faillissementsrecht [laat] rijmen. Het adviesrecht gaat uit van de situatie dat de onderneming zich niet in een insolvente toestand bevindt. (...) 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.'³⁴ De samenloop van de uitoefening van het adviesrecht binnen herstructurerings- en insolventieprocedures lijkt dan ook moeizaam wanneer de onderneming onder tijdsdruk staat om een oplossing te vinden voor de financiële problemen. Dit zal met name gelden wanneer de ondernemer beoogt te herstructureren om erger – veelal een faillissement – te voorkomen. De vraag die daarmee voor de afzonderlijke procedures opkomt, is hoe gegeven de financiële druk en de tijdsdruk op zinvolle wijze uitvoering aan medezeggenschap kan worden gegeven. De onverenigbaarheid van de WOR met het faillissement heeft de Hoge Raad reeds doen oordelen dat wanneer de omstandigheden dit vragen, de voorschriften van de WOR – in het bijzonder art. 25 en 26 – niet onverkort van toepassing zijn. Wel zijn de ondernemingsraad en de curator gehouden zich te blijven gedragen naar hetgeen de redelijkheid en billijkheid verlangt.³⁵

Naast het adviesrecht in de WOR is de ondernemingsraad ook een standpuntrecht toegekend bij naamloze vennootschappen voor besluiten die een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of onderneming betreffen. Dit dient plaats te vinden voordat deze besluiten ter goedkeuring aan de algemene vergadering worden aangeboden.³⁶ Veelal zal de materiële reikwijdte van dit recht overeenstemmen met de op grond van art. 25 WOR adviesplichtige voorgenomen besluiten, hoewel het standpuntrecht wel met minder procedurele waarborgen omkleed is.

34 Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2020 (DA), r.o. 3.6. Deze uitspraak, waarin werd geoordeeld dat de WOR niet onverkort van toepassing is in surseance van betaling en faillissement, is met de nodige kritiek ontvangen, zie Van der Pijl 2019, p. 278 e.v.

35 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, r.o. 3.3.5; P. Trip, *Arbeidsrechtelijke aspecten van de WHOA*, in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (Recht en Praktijk Insolventierecht, nr. InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 9.4. Zie ook S.R.F. Aarts & S. Jansen, *De belangrijke rol van bestuurders en commissarissen onder de WHOA*, in: L.J.J. Kerstens, B. Rikkert, M.A. Broeders & R.F. Feenstra, *Wet homologatie onderhands akkoord (INSOLAD Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 158, waarbij zij betogen dat in een WHOA-traject eveneens meer flexibele toepassing van de procedurele vereisten vanuit de WOR nodig is. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:553, r.o. 3.7, waar de Ondernemingskamer oordeelde dat een aandelenoverdracht onder dreiging van surseance van betaling adviesplichtig was en waar in afwijking van art. 25 WOR 'de ondernemingsraad desnoods telefonisch zou zijn benaderd en dat er overleg had plaatsgevonden over de korte termijn waarop advies moest worden uitgebracht'.

36 Art. 2:107a lid 3 BW.

2.2.4 *Instemmingsrecht*

Naast het adviesrecht heeft de ondernemingsraad in bepaalde gevallen ook een instemmingsrecht, maar binnen herstructurerings- en insolventieprocedures is hiervan niet snel sprake. De ondernemer is verplicht instemming te krijgen van de ondernemingsraad voor onderwerpen die direct betrekking hebben op de secundaire arbeidsvoorwaarden.³⁷ Indien de ondernemingsraad geen instemming verleent, heeft de ondernemer de mogelijkheid de kantonrechter om (vervangende) toestemming te vragen voor het besluit. Daartoe dient dan wel sprake te zijn van een situatie waarin de beslissing van de ondernemingsraad om geen instemming te geven onredelijk is, of van een situatie waarin het besluit van de ondernemer gevergfd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen.³⁸ Zwaarwegende redenen zouden gelegen kunnen zijn in de omstandigheid dat een ondernemer te maken heeft met financieel zwaar weer en genoodzaakt is zich te wenden tot een herstructurerings- of insolventieprocedure.

2.3 *Reikwijdte en terminologie in de WOR en Fw*

Bij de toepassing van de WOR in de context van herstructurerings- en insolventieprocedures moet worden opgemerkt dat de WOR en de Fw beide een eigen opvatting van het rechtssubject hanteren en een eigen begrippenkader toepassen. De Fw gaat primair uit van de zogeheten *entity-by-entity*-aanpak,³⁹ waarbij procedures slechts het vermogen dan wel de schulden van een enkele juridische entiteit (vennootschap) betreffen.⁴⁰ De toepasselijkheid van medezeggenschap hoeft daarmee niet parallel te lopen. Voor het ondernemingsbegrip uit de WOR is de inrichting van de ondernemingsactiviteit bepalend en niet de juridische structuur. Het ondernemingsbegrip wordt door de WOR gedefinieerd als ‘elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeids-overeenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht’,⁴¹ wat beoordeeld dient te worden door te kijken of de onderneming ‘naar buiten (“in de maatschappij”) als een zelfstandige eenheid optrad’.⁴² De ondernemingsactivi-

37 Art. 27 lid 1 WOR.

38 Art. 27 lid 4 WOR.

39 De mogelijkheid van geconsolideerde afhandeling van de boedels van meerdere schuldenaren is binnen één faillissementsprocedure slechts mogelijk indien de boedels dermate vermengd zijn dat het niet langer mogelijk is de boedels van afzonderlijke schuldenaren te scheiden (HR 25 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9980 (Zilfa)). Daarentegen wordt procedurele consolidatie wel toegepast bij procedures waarbij meerdere groepsvennootschappen betrokken zijn en parallelle behandeling van deze procedures mogelijk is door onder meer behandeling bij één rechtbank te concentreren (in WHOA-zaken), dezelfde rechter-commissaris en curator in de afzonderlijke procedures te benoemen c.q. aan te stellen en geconsolideerde rapportage toe te staan (in geval van faillissement).

40 Een specifieke uitzondering hierop biedt art. 372 Fw, dat het binnen het kader van een WHOA-traject mogelijk maakt om naast de schulden van de schuldenaar ook garanties die door groepsvennootschappen zijn versterkt aan de schuldenaar te kunnen herstructureren.

41 Art. 1 lid 1 onder c WOR.

42 HR 21 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0481, r.o. 3.2.

teit kan, maar hoeft daardoor niet de enige onderneming – op grond van de WOR – binnen één vennootschap te zijn.

De verschillen worden ook duidelijk in de uiteenlopende terminologie die wordt gehanteerd. Waar de WOR spreekt over de ondernemer, de onderneming, de bestuurder en de werknemer,⁴³ spreekt de Fw voornamelijk van de schuldenaar en de schuldeisers. De verschillende begrippen kunnen tot meer complexe situaties leiden in de wijze waarop de ondernemingsraad zijn medezeggenschap dient uit te oefenen, in het bijzonder in verhouding tot andere ondernemingsraden binnen een vennootschap dan wel groep van vennootschappen. Dit geldt met name indien ook sprake is van een groepsondernemingsraad (GOR) of centrale ondernemingsraad (COR). In deze bijdrage gaan wij evenwel uit van de situatie waarin de medezeggenschapsstructuur overeenstemt met de juridische structuur van de vennootschap(s-groep). Daarbij wordt gekeken naar de enkelvoudige situatie waarin één ondernemingsraad is ingesteld binnen één vennootschap en de ondernemingsraad het overleg voert met het statutaire bestuur van de vennootschap.

2.4 De rol van de ondernemingsraad bij financiële problemen

In dit vierluik wordt met name gekeken naar de rol van de ondernemingsraad in procedures die grotendeels in de Fw zijn geregeld. Dit betekent niet dat daarbuiten, met name in een vroegtijdig stadium waarin een onderneming met (beginnende) financiële problemen wordt geconfronteerd en (nog) geen procedure is gestart, geen rol voor een ondernemingsraad bestaat.

De financiële problemen van de schuldenaar kunnen op diverse manieren worden geadresseerd, mogelijk zonder gebruikmaking van de herstructurerings- en insolventieprocedures, maar bijvoorbeeld meer informeel. Dit kan consensueel plaatsvinden zonder betrokkenheid van een rechter, of met rechterlijke betrokkenheid om een of enkele schuldeisers of aandeelhouders tot medewerking aan een herstructurering te bewegen.⁴⁴ De rechtshandelingen die hiermee samenhangen kunnen ook advisering van de ondernemingsraad vergen. Maar ook op een nog meer preventief vlak wordt betrokkenheid van de ondernemingsraad aangestipt. In de

43 Zie art. 1 lid 1 onder c en d WOR.

44 Zie nader de zogeheten Payroll-jurisprudentie voor de beperkte mogelijkheid om individuele schuldeisers tot medewerking aan een onderhands akkoord te dwingen (HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799, NJ 2006/230, m.nt. Van Schilfgaarde; JOR 2005/257 (Payroll), r.o. 3.5.2-3.5.4; HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485, NJ 2017/466, m.nt. Verstijlen; JOR 2017/209, m.nt. Mennens (Mondia/V&D), r.o. 3.4.3-3.4.4). Daarnaast is het in bepaalde gevallen mogelijk om aandeelhouders te dwingen medewerking te verlenen aan het aantrekken van nieuwe financiering om financiële problemen te verhelpen (zie nader over het leerstuk van de zogenoemde noodzaakfinanciering A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen; *Onderneming en Recht* nr. 118), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 3.4.2).

Europese Herstructureringsrichtlijn 2019/1023⁴⁵ is de Europese wetgever hier nadrukkelijk op ingegaan:

‘In een poging meer steun van de werknemers en hun vertegenwoordigers te verwerven, moeten de lidstaten ervoor zorgen dat de vertegenwoordigers van de werknemers toegang krijgen tot relevante en actuele informatie over de beschikbaarheid van instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing en moeten zij de vertegenwoordigers van de werknemers ook steun kunnen verlenen bij de beoordeling van de economische situatie van de schuldenaar.’⁴⁶

Dit is nader uitgewerkt in art. 3 van de Herstructureringsrichtlijn, waarin deze verplichting is neergelegd en waarbij lidstaten ook steun kunnen geven aan een ondernemingsraad om de economische situatie van de onderneming te kunnen beoordelen.⁴⁷ De reikwijdte van deze bepalingen is evenwel beperkt, doordat dit alleen een informatierecht betreft inzake de instrumenten die ingezet kunnen worden, maar niet over de financiële situatie van de schuldenaar zelf.⁴⁸ Al zullen we dit verder grotendeels buiten beschouwing laten, is het voor de ondernemingsraad van belang om adequaat en op een vroegtijdig moment geïnformeerd te kunnen worden indien zich financiële problemen aandienen. De overleg- en informatierechten op grond van de WOR bieden de ondernemingsraad daartoe al mogelijkheden.⁴⁹

In de navolgende paragrafen gaan wij nader in op de rol van werknemersbelangen en de ondernemingsraad in het faillissement.

3 Werknemersbelangen in het faillissement

Het faillissement is de insolventieprocedure die het meest ingrijpt in de (vennootschappelijke) verhoudingen binnen een onderneming. De schuldenaar verliest bij een faillissement de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over zijn vermogen en is niet langer een *debtor in possession*, zoals hij dat bijvoorbeeld nog wel is in een WHOA-traject.⁵⁰ De bij faillietverklaring aangestelde curator is in een faillissement degene die beheers- en beschikkingsbevoegd wordt. De taak van de curator is het

45 Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), O.J. L 172/18.

46 Overweging 23 Herstructureringsrichtlijn.

47 Art. 3 lid 3 en 5 Herstructureringsrichtlijn.

48 De Nederlandse wetgever heeft in het kader van de implementatie hiervan verwezen naar de informatie die beschikbaar is gesteld door de Kamer van Koophandel (Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 3, p. 17, 55 en 100 (MvT)); zie onder meer www.kvk.nl/zwaar-weer/ en www.kvk.nl/wetten-en-regels/op-de-rand-van-faillissement-de-whoa-biedt-uitkomst/.

49 Vgl. art. 23 e.v. en 31 e.v. WOR; Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 3, p. 101 (MvT).

50 Art. 24 Fw.

beheren en vereffenen van de failliete boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁵¹

Op basis van de rechtspraak wordt van curatoren verwacht dat zij zich niet alleen richten naar de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar dat zij ook rekening houden met maatschappelijke belangen zoals werkgelegenheid.⁵² Meer specifiek betekent dit dat curatoren bij een eventuele verkoop van (een deel van) de onderneming mogen besluiten om niet in zee te gaan met degene die het hoogste bod neerlegt als een andere bieder meer werknemers in dienst wil nemen.⁵³ Hoe groot het verschil in verkoopprijs mag zijn, en hoeveel werknemers de bieder met het lagere bod (extra) in dienst wil nemen om die afweging te maken, is echter niet gespecificeerd.⁵⁴ De curator geniet bij het maken van deze beslissingen in de praktijk een grote mate van beleidsvrijheid.⁵⁵ Dat betekent dat de vraag hoe de belangen van werknemers in faillissementen worden meegewogen, in belangrijke mate afhangt van de curator die het faillissement afwikkelt.

4 Toepassing medezeggenschapsrechten in faillissement

4.1 *Introductie*

Het faillissement heeft potentieel ingrijpende gevolgen voor de positie van de werknemers. De toekomst van de ondernemingsactiviteiten staat immers zwaar onder druk en de rechtsbescherming van werknemers wordt beperkt, denk bijvoorbeeld aan art. 40 Fw op grond waarvan de curator een aanvullende grondslag krijgt om arbeidsovereenkomsten te beëindigen. Om die reden rijst vanuit medezeggenschapsperspectief de vraag of, en zo ja, waar en hoe een ondernemingsraad daarin betrokken kan zijn. Anders dan in de WHOA en in het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I (WCO I)⁵⁶ is ten behoeve van het faillissement in de Fw geen bepaling opgenomen over de wijze waarop medezeggenschap dient plaats te vinden. Ook de WOR gaat niet expliciet in op hoe de regeling toepassing heeft binnen een

51 Art. 68 Fw. Dat de curator zijn taken uitoefent ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers blijkt niet uit de wet, maar wordt in de literatuur al jaren aangenomen (zie hierover met verwijzing naar relevante literatuur Pool 2022a). Zie anders A. van Hees & M. van Eekelen-Atema, *Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?*, in: E. Oppedijk van Veen e.a. (red.), *De taak van de curator (INSOLAD Jaarboek 2023)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 29-44.

52 HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (Sigmacon II), r.o. 3.5; HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (Maclou), r.o. 3.5.2 en 3.6. Zie ook Van Hees 2015 en Consultatiedocument insolventierecht, par. 4.3, beschikbaar via: www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie.

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

54 Zie voor empirisch onderzoek naar de belangenafweging in de praktijk J.A.A. Adriaanse, N. Strohmaier, J.M.W. Pool & M.J.R. Broekema, *De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief: een empirisch onderzoek naar 'ruis' bij belangenafwegingen in faillissementen*, in: E.J. Oppedijk van Veen e.a. (red.), *De taak van de curator (INSOLAD Jaarboek 2023)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 3-28.

55 Adriaanse e.a. 2023, p. 3-28.

56 Het wetsvoorstel WCO I beoogt een wettelijke basis te bieden voor pre-packprocedures.

faillissement. Op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad is sinds 2001 meer duidelijkheid gekomen over de toepasselijkheid van de WOR, wat tot een verlicht medezeggenschapsregime heeft geleid. Dat werpt de vraag op in hoeverre de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad van toepassing zijn. In de literatuur wordt al langer aangenomen dat medezeggenschapsrechten (ook) in faillissement onverkort blijven gelden.⁵⁷ Tegelijkertijd wordt erkend dat de medezeggenschapsrechten de ondernemingsraad in de praktijk niet veel soelaas bieden, met name omdat curatoren hun verplichtingen ten opzichte van de ondernemingsraad niet altijd naleven.⁵⁸

In de DA-beschikking oordeelde de Hoge Raad dat een faillissement er niet voor zorgt dat de WOR niet langer van toepassing is.⁵⁹ De curator oefent volgens de Hoge Raad tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en wordt daarom gelijkgesteld met de ondernemer in de zin van de WOR.⁶⁰ De curator moet de voorschriften uit de WOR naleven, met uitzondering van in-beginselbesluiten in het kader van de verkoop van goederen op grond van art. 176 Fw en het ontslag van werknemers op grond van art. 40 Fw. Deze uitzondering geldt ook als die besluiten tot gevolg hebben dat de onderneming wordt beëindigd.⁶¹ Mocht de Wet overgang van onderneming in faillissement (WVOF) worden ingevoerd,⁶² dan worden voor de verkoop van goederen in het kader van een overgang van onderneming nog enkele aanvullende regels geïntroduceerd. De ondernemingsraad krijgt een adviesrecht om minimaal binnen drie dagen te adviseren over besluiten van de curator die nodig zijn met het oog op voortzetting van de onderneming in faillissement en bij (gedeeltelijke) overdracht van de zeggenschap van de onderneming in faillissement.⁶³ De ondernemingsraad kan zich in een faillissementsprocedure wenden tot de rechter-commissaris om de curator te bevelen dit adviesrecht na te leven, dan wel hoger beroep in te stellen als de curator het advies van de ondernemingsraad niet naleeft of er nieuwe feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die van invloed kunnen zijn geweest op het advies. Deze beroepsmog-

57 Zie voor een overzicht J.J.M. van Mierlo, *Ondernemingsraad en insolventie: een uitgemaakte zaak?*, FIP 2016/335.

58 W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie: een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, VU Amsterdam 2015, par. VI.4.1. Zie ook de noot van P.R.W. Schaink bij de DA-beschikking van de Ondernemingskamer, JOR 2016/286, par. 2 en de aldaar genoemde literatuur.

59 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA), r.o. 3.3.1.

60 Over de vraag hoe dit zich verhoudt met de aan de schuldenaar resterende bevoegdheden: Van der Pijl 2019, p. 275-276.

61 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA), r.o. 3.3.4.

62 In 2019 is het voorontwerp WVOF gepubliceerd voor de publieke consultatie, zie: https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement. Vervolgens hebben de Ministers voor Rechtsbescherming en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 27 mei 2024 een gewijzigd voorontwerp voor de WVOF ter publieke consultatie gepubliceerd, zie: https://www.internetconsultatie.nl/positie_werknemers_in_faillissement/b1. Verwijzingen in deze bijdrage naar de WVOF zien op dit meest recente voorontwerp uit 2024.

63 Art. 25 lid 7 WOR (voorgesteld in de WVOF) Vgl. ook M.C. van Koppen, *Wetsontwerp wet overgang van onderneming in faillissement: wordt doorstart een overgang van onderneming?*, TvCu 2021, afl. 4, p. 107-108.

lijkheid komt in de plaats van art. 26 WOR (bevoegdheid hoger beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer) en art. 36 lid 2 WOR (mogelijkheid de kantonrechter te verzoeken de ondernemer te bevelen de WOR na te leven). Daarnaast wordt in de WOVOF een hoorrecht geïntroduceerd voor de ondernemingsraad bij verzoeken van de curator tot toestemming om goederen te verkopen in het kader van een overgang van onderneming.⁶⁴

De Hoge Raad overweegt dat ‘handelingen van de curator (...) gericht op liquidatie van het (ondernemings)vermogen, waartoe de Faillissementswet hem bevoegd maakt, en de door het adviesrecht van art. 25 WOR beschermde belangen in een dergelijk geval [moeten] wijken voor de belangen van de schuldeisers bij een voortvarende en voor de boedel zo voordelig mogelijke afwikkeling’. Wanneer de verkoop van activa echter plaatsvindt in het kader van een doorstart van (een deel van) de onderneming, met vooruitzicht op eventueel behoud van arbeidsplaatsen, dan zijn dergelijke besluiten weer wel adviesplichtig. De Hoge Raad erkent dus dat er een verschil bestaat tussen liquidatie en doorstart van de onderneming en lijkt te suggereren dat in de liquidatiesituatie het primaat van de schuldeisers prevaleert, terwijl in de doorstartsituatie meer waarde moet worden gehecht aan het belang van de werknemers.⁶⁵ In de literatuur wordt wel betoogd dat dit onderscheid bij toepasselijkheid van medezeggenschapsrechten geen wettelijke grondslag kent.⁶⁶

De Hoge Raad erkent overigens dat de procedurevoorschriften van medezeggenschap niet altijd verenigbaar zijn met het faillissement en dat die dan ook niet altijd onverkort hoeven te 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.’⁶⁷ Voorbeelden hiervan zijn dat de curator een verkorte termijn mag geven voor het adviesrecht en kan afwijken van de gebruikelijke oproepingsvereisten voor een vergadering.⁶⁸ In de literatuur wordt ook wel gesproken van een ‘verlicht’ medezeggenschapsregime.⁶⁹

4.2 Aangifte van faillissement

Over de vraag of de ondernemingsraad een adviesrecht heeft bij een voorgenomen besluit tot een faillissementsaangifte heeft de Hoge Raad zich in de IJsselwerfbeschikking uitgelaten. In deze beschikking is overwogen ‘dat de vraag of de OR ter zake van voorgenomen besluiten tot het aanvragen van het (eigen) faillissement of

64 Art. 101 en art. 176a Fw (voorgesteld in de WOVOF).

65 Zie P.A.M. Witteveen & I. Zaal, *Medezeggenschap bij faillissement en doorstart* (ii): toch een adviesrecht voor de OR bij een doorstart, A&O 2017, afl. 3, p. 153 e.v. en par. 4.4.

66 Witteveen & Zaal 2017, p. 155.

67 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA), r.o. 3.3.5.

68 Witteveen & Zaal 2017, p. 156.

69 Witteveen & Zaal 2017, p. 157.

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'.⁷⁰ Daarmee werd, ook al ging de beschikking over de vraag of de aanvraag van een surseance adviesplichtig was, duidelijkheid gegeven in het kader van een faillissement.

Ten aanzien van de surseance van betaling overwoog de Hoge Raad expliciet dat geen sprake was van een adviesrecht, omdat er – kortweg – geen belangrijke verschuiving van bevoegdheden was in de organisatie binnen de onderneming. Hieromtrent heeft de Hoge Raad zich ten aanzien van het faillissement niet uitgelaten, maar overwoog wel dat ook bij faillissementsaangifte geen adviesrecht bestond. Op deze beschikking is vanuit de literatuur dan ook kritisch gereageerd, met name omdat – anders dan bij de WHOA, de surseance en de pre-pack – wel sprake is van een wijziging in de verdeling van de bevoegdheden.⁷¹ Als de WOVOF overigens in de huidige vorm wordt ingevoerd, dan wordt de ondernemer verplicht de ondernemingsraad te informeren bij aangifte tot faillietverklaring.⁷²

4.3 Informatieverplichting, overlegverplichting en instemmingsrecht

Het lijkt aannemelijk dat de curator ook de informatieverplichting jegens de ondernemingsraad, voor zover mogelijk, moet nakomen.⁷³ De ondernemingsraad zal hier in het bijzonder moeten vertrouwen op het faillissementsverslag dat de curator periodiek dient te publiceren. De curator mag informatieverzoeken ook (gedeeltelijk) weigeren als dit naar redelijkheid en billijkheid niet van hem gevegd kan worden.⁷⁴ In het kader van een faillissementsprocedure kan dit het geval zijn als het te veel tijd kost om de informatie te verzamelen.⁷⁵ Ook het overlegrecht blijft van toepassing, al kan de curator ook hier afwijken van de procedurevoorschriften en kan op grond van de redelijkheid en billijkheid hieraan een beperkte uitvoering worden gegeven, die nodig is binnen het kader van een faillissement.⁷⁶ Het instemmingsrecht is gezien het karakter van het faillissement in de meeste gevallen niet van toepassing. Dat kan anders zijn wanneer beleid wordt vastgesteld of gewijzigd dat invloed heeft op aanstelling, ontslag of bevordering van werknemers, zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn in het kader van de afwikkeling van een faillissement of bij de verkoop van (een deel van) de onderneming.⁷⁷

4.4 Adviesrecht

De toepasselijkheid van de WOR binnen het faillissement brengt met zich mee dat de curator voor voorgenomen besluiten gehouden is de ondernemingsraad om ad-

70 HR 6 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2177, JOR 2001/146, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (IJsselwerf), r.o. 3.4.

71 I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2014, p. 236.

72 Art. 31g WOR (voorgesteld in de WOVOF).

73 Van der Pijl 2019, p. 306-307. Zie ook par. 2.2.

74 Art. 2:8 BW. Vgl. ook HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA), r.o. 3.3.5.

75 Witteveen & Zaal 2017, p. 156; Bouwens, Roozendaal & Bij de Vaate 2015, par. VI.4.1.

76 Witteveen & Zaal 2017, p. 156; vgl. ook HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA), r.o. 3.3.5.

77 Zie Van der Pijl 2019, p. 305.

vies te vragen. In principe geldt de WOR op dit punt onverkort.⁷⁸ Echter, zoals hiervoor besproken zijn hierop enkele uitzonderingen te maken. Enerzijds zijn dat de handelingen waartoe de Fw de curator expliciet bevoegd maakt in het kader van de liquidatie (zoals de verkoop van goederen en ontslag van werknemers).⁷⁹ Anderzijds vergt de redelijkheid en billijkheid dat onverenigbaarheid van de procedurevoorschriften van de WOR met een faillissementsprocedure ertoe kan leiden dat aan de voorschriften van art. 25 en 26 WOR een beperktere werking toekomt.⁸⁰

Het is niet ongebruikelijk dat de curator de onderneming (enige tijd) voortzet gedurende het faillissement.⁸¹ Dit kan met name zijn ingegeven doordat een mogelijke going-concernverkoop wordt onderzocht, waarbij de onderneming geheel of gedeeltelijk wordt verkocht. In dat geval is sprake van voortzetting en geldt dat de curator voor de verkoop of mogelijke andere besluiten gedurende de voortzetting advies dient te vragen aan de ondernemingsraad. Zoals reeds vermeld kan het daarbij nodig zijn af te wijken van de procedurevoorschriften om spoedig het adviestraject te doorlopen. Wat bijvoorbeeld de minimale termijn voor advisering moet zijn, is niet bepaald. Bij de advisering binnen een pre-pack heeft de wetgever in het wetsvoorstel WCO I overigens reeds opgenomen dat een termijn van drie dagen voor het geven van advies voldoende kan zijn, wat ook een richtsnoer kan zijn bij een faillissement.

4.5 Ontslagbescherming leden van de ondernemingsraad

Een van de onbeantwoorde vragen is of de ontslagbescherming van (kandidaat-) leden van de ondernemingsraad ook geldt in faillissement.⁸² Zij zijn beschermd tegen ontslag voor zover dit plaatsvindt op grond van hun lidmaatschap van de ondernemingsraad en daarmee samenhangende activiteiten. In faillissement mag de curator op grond van art. 40 Fw de arbeidsovereenkomst met werknemers opzeggen tegen een maximale opzegtermijn van zes weken, ook al bestaat contractueel of wettelijk een andere opzegtermijn. Er zijn auteurs die de stelling verdedigen dat de voornoemde ontslagbescherming in faillissement onverkort van toepassing is omdat de wet niet anders bepaalt, maar ook auteurs die op grond van de wet⁸³ stellen dat de bescherming in faillissement niet langer geldt.⁸⁴ Tegelijkertijd zijn er ook auteurs die genuanceerder over deze vraag denken. Zo meent Zaal dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen liquidatiesituaties en doorstartsituaties, waarbij de ontslagbescherming niet van toepassing zou zijn in een liquidatiesituatie, maar wel in een doorstartsituatie.⁸⁵ Hoewel deze zienswijze in lijn lijkt

78 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA), r.o. 3.3.3.

79 Art. 40 en 176 Fw; HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA), r.o. 3.3.4.

80 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA), r.o. 3.3.5.

81 Dit is mogelijk op grond van art. 101 Fw.

82 Art. 7:670 lid 4 onder 1° BW; zie tevens art. 7:670 lid 10 BW voor kandidaat-leden van de ondernemingsraad. Vgl. ook art. 21 WOR.

83 Art. 7:670a lid 2 onder d BW.

84 Zie hierover nader P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 39-40.

85 Zaal 2014, p. 247.

met de DA-beschikking van de Hoge Raad,⁸⁶ is ook voor dit onderscheid geen expliciete wettelijke basis te vinden.

5 Conclusie

In deze bijdrage hebben wij de kaders verkend waarbinnen medezeggenschap door de ondernemingsraad kan plaatsvinden in faillissementsprocedures. Wij hebben daarbij bekeken op welke wijze het faillissement zoals vormgegeven binnen de Fw zich verhoudt tot de kaders voor medezeggenschap binnen de WOR. Het moge duidelijk zijn dat de wetgever zich geen rekenschap heeft gegeven hoe bij samenloop met een faillissement moet worden omgegaan met medezeggenschap. De curator is gehouden om de verplichtingen van de WOR na te leven, terwijl de feitelijke situatie waarin de onderneming zich bevindt het onmogelijk kan maken om alle – met name ook procedurele – vereisten voor medezeggenschap na te leven. Enerzijds doordat het bij een faillissement kan schorten aan beschikbare tijd voor de in de WOR voorziene medezeggenschapsprocessen, anderzijds doordat de met medezeggenschap gemoeide kosten niet meer door de faillissementsboedel kunnen worden gedragen. Daarmee staat zorgvuldige uitoefening van medezeggenschap op zijn minst onder druk.

Voor het faillissement heeft de Hoge Raad kaders van een verlicht medezeggenschapsregime geschetst. In de DA-beschikking heeft hij geprobeerd om een balans te vinden tussen de doelen van het faillissement en de doelen van medezeggenschap. Kort gezegd heeft de Hoge Raad bepaald dat in de liquidatiesituatie het primaat van de schuldeisers prevaleert, terwijl in de doorstartsituatie meer waarde moet worden gehecht aan het belang van de werknemers en daarmee ook aan medezeggenschap. De praktische toepassing van een onderscheid in medezeggenschapsrechten tussen op liquidatie en op doorstart gerichte faillissementen is niet altijd eenvoudig toepasbaar. Het onderscheid tussen liquidatie en voortzetting is immers niet altijd makkelijk te maken. Zo kan het pas gedurende de procedure duidelijk worden wat het doel van de procedure is, maar kan het ook zijn dat er slechts een gedeeltelijke doorstart plaats gaat vinden. Daarnaast lijkt het onderscheid tussen op liquidatie en op doorstart gerichte faillissementen ook geen wettelijke basis te hebben.

Waar in een going-concernscenario de WOR een direct en dwingendrechtelijk kader biedt, laat dit zich niet een-op-een toepassen in een faillissement. De uitspraak van de Hoge Raad heeft bevestigd dat enige flexibiliteit is geboden en heeft daarmee onverkorte toepasselijkheid van de WOR in de praktijk genuanceerd. Dit laat onduidelijkheid bestaan over hoe medezeggenschap in faillissement adequaat dient plaats te vinden, gegeven de beperkte beschikbaarheid van tijd en financiële middelen. Anders dan de WOR en de Fw nu doen, zal een medezeggenschapskader voor het faillissement hierop toegesneden moeten zijn om de ondernemingsraad

86 Zie ook B. van Els, *Bescherming OR-leden tegen benadeling en ontslag – stand van zaken*, TvO 2020, afl. 1, par. 7.

J.M.W. Pool & J.M.G.J. Boon

ook in een faillissement zijn waarborgfunctie te kunnen laten uitoefenen. Op de vorm en de invulling van een dergelijk kader zullen wij ingaan na bestudering van de andere herstructurerings- en insolventieprocedures. In de volgende delen van dit vierluik gaan wij dan ook in op de wijze waarin medezeggenschap is vormgegeven binnen (1) de surseance van betaling, (2) de pre-pack en (3) de akkoordprocedure buiten faillissement en surseance van betaling (het WHOA-traject).