
Juridisch up to Date

2018-0056 - Juridisch up to Date 2018-08 d.d. 27-04-2018

Rubriek: Arbeid, medezeggenschap en pensioen

De toepassing van het adviesrecht in faillissement: enkele handvatten voor de praktijk

Inleiding

In artikel 25 van de Wet op de Ondernemingsraden ("WOR") zijn belangrijke besluiten van financieel-economische en bedrijfsorganisatorische aard opgesomd waarover de ondernemingsraad een adviesrecht heeft. Hoe dit artikel dient te worden toegepast in het geval van een doorstart van een failliete onderneming is vooralsnog geen uitgemaakte zaak. Wettelijk is er immers niets bepaald met betrekking tot de werking van artikel 25 WOR indien sprake is van een failliete onderneming. Als gevolg daarvan lijken curatoren in de praktijk weinig tot geen aandacht te besteden aan de ondernemingsraad indien zij een besluit nemen dat grote invloed heeft op de onderneming.

De Hoge Raad heeft in juni 2017 duidelijk gemaakt dat het adviesrecht ook in faillissement van toepassing is en dat de curator de uit dit recht voortvloeiende voorschriften dient na te leven.¹ De uitspraak heeft in de literatuur en media veel aandacht gekregen en roept de vraag op wat nu precies de rol van de ondernemingsraad in faillissement is.

In dit artikel wordt allereerst de uitspraak van de Hoge Raad besproken, waarna uiteengezet zal worden hoe de ondernemingsraad kan bijdragen aan effectieve medezeggenschap in faillissement. Dit artikel beoogt de ondernemingsraad enkele handvatten te bieden voor de invulling van hun rol indien de curator beslissingen neemt met het oog op een mogelijke doorstart.

Feiten

Op 29 december 2015 is, na een korte periode van surseance van betaling, het faillissement van DA Retailgroep B.V. ("DA") uitgesproken. Al gedurende de periode van surseance van betaling vonden er gesprekken plaats over een eventuele doorstart van de activiteiten van DA. Twee partijen hebben daarbij uiteindelijk een serieus bod gedaan. Het hogere bod voor de activa ging gepaard met een behoud van 40 arbeidsplaatsen en het lagere bod voor de activa ging gepaard met een behoud van 140 arbeidsplaatsen. De curator heeft in deze zaak uiteindelijk op 29 december 2015 voor het lagere bod gekozen. De afspraken met de koper zijn na het sluiten van de doorstartovereenkomst op 13 januari 2016 medegedeeld aan de ondernemingsraad van DA. De ondernemingsraad liet het hier niet bij zitten en heeft de Ondernemingskamer verzocht om te verklaren dat DA in redelijkheid niet tot de doorstart heeft kunnen besluiten vanwege het feit dat de curator de ondernemingsraad op geen enkele wijze heeft betrokken bij het besluitvormingsproces. De ondernemingsraad is niet geïnformeerd, heeft geen overleg met de curator kunnen voeren en heeft geen advies kunnen geven over het besluit tot overdracht van de zeggenschap.

Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer gaat niet mee in het betoog van de ondernemingsraad en wijst het verzoek af. Volgens de Ondernemingskamer laat het adviesrecht zich niet eenvoudig rijmen met het faillissementsrecht nu het adviesrecht uitgaat van de situatie dat de onderneming zich niet in een insolvente toestand bevindt. Het adviesrecht heeft geen effect meer nu de uitoefening van dit recht niet meer van wezenlijk invloed kan zijn op het te nemen besluit vanwege de noodlijdende toestand van de onderneming, aldus de Ondernemingskamer.

Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van de Ondernemingskamer. De Hoge Raad overweegt dat de WOR en de Faillissementswet wel degelijk beide van toepassing kunnen zijn indien er sprake is van een failliete onderneming. Dit brengt mee dat ook de curator gehouden is om de voorschriften uit de WOR tijdens faillissement na te leven. Het adviesrecht van de ondernemingsraad dient dan ook te worden gerespecteerd.

De Hoge Raad voegt hier wel aan toe dat de voorschriften uit de WOR niet in elke situatie verenigbaar zijn met het faillissementsrecht zodat zij niet steeds onverkort toegepast kunnen worden. Als de omstandigheden van het geval dit vergen, dan kan van de wettelijke vereisten uit de leden 2 t/m 6 van artikel 25 WOR worden afgeweken. Het is daarbij van belang dat zowel de curator als de ondernemingsraad de eisen van redelijkheid en billijkheid in ogenschouw nemen.

Hoe nu verder?

In tegenstelling tot de Ondernemingskamer komt de Hoge Raad aldus tot de conclusie dat de ondernemingsraad in

beginsel wel adviesrecht heeft ten aanzien van een belangrijk besluit van de curator dat in het kader van een doorstart wordt genomen. De ondernemingsraad zal in dat geval niet ophouden te bestaan nu de leden van de ondernemingsraad nog werkzaam zijn in de onderneming. Het gaat bij een doorstart echter niet om een volledig adviesrecht maar om een verlicht regime. De curator kan namelijk afwijken van de procedurevoorschriften. Ondanks het verlichte regime is de verwachting dat de beschikking van de Hoge Raad een enorme impact zal hebben op de faillissementspraktijk. Tot nu toe vervulde de ondernemingsraad nagenoeg geen rol bij de besluitvorming van de curator.

In het afgelopen jaar zijn er geen nieuwe uitspraken verschenen waarin de ondernemingsraad een beroep deed op de gelding van het adviesrecht in faillissement. Hoe de uitspraak in de praktijk precies vorm zal krijgen, moet dus nog blijken. Het is daarbij van belang dat ervoor wordt gewaakt dat het adviesrecht door de afwijkingmogelijkheden niet slechts een lege huls wordt in faillissement. Om hiervoor te waken kunnen de volgende handvatten worden gebruikt.

Schriftelijkheid en voorafgaand overleg

Normaliter dient het advies krachtens artikel 25 lid 2 WOR schriftelijk te worden gevraagd aan de ondernemingsraad. In het geval van faillissement is snelheid vaak geboden. De redelijkheid en billijkheid kunnen dan vergen dat de ondernemingsraad accepteert dat het besluit in beginsel mondeling wordt voorgelegd.

In het verlengde daarvan is het enerzijds denkbaar dat er geen afzonderlijk overleg wordt gevoerd met de ondernemingsraad voordat er een advies wordt uitgebracht. Dit kan immers een onnodig vertragende werking hebben. Anderzijds is het denkbaar dat er wel een afzonderlijk overleg plaatsvindt, maar slechts met een delegatie van de ondernemingsraad. Welke optie er ook wordt gekozen, van belang blijft dat er adequaat overleg plaatsvindt om de medezeggenschap te waarborgen. Zorgvuldig kunnen adviseren blijft immers van belang.

Personele gevolgen

De curator is op grond van de WOR verplicht om de personele gevolgen van het voorgenomen besluit mede te delen. Op dit punt is er een belangrijke rol weggelegd voor de ondernemingsraad en valt er terrein te winnen. Waar de curator veelal het belang van de boedel in acht neemt, kan de ondernemingsraad met het adviesrecht in de hand de curator bewegen om gedegen onderzoek te doen naar de personele gevolgen en het behoud van werkgelegenheid. Dit kan ertoe leiden dat er bij de verkoop betere afspraken worden gemaakt over de arbeidsvoorwaarden van de werknemers, het aantal gedwongen ontslagen en de selectie van werknemers.

Op dit punt kan de ondernemingsraad ook de nodige informatie aan de curator vragen. De informatieverplichting uit artikel 31 e.v. WOR blijft immers ook van toepassing. De ondergrens zal daar kunnen worden gesteld op informatie die betrekking heeft op de arbeidsvoorwaardelijke- en werkgelegenheidsaspecten van de doorstart.

Adviestermijn

De WOR regelt niets over de termijn waarop de ondernemingsraad advies zou moeten uitbrengen. Het uitgangspunt is dat het advies binnen een redelijke termijn moet worden uitgebracht. Wat een redelijke termijn exact is, zal afhangen van het besluit dat genomen wordt en de overige omstandigheden van het geval. In de praktijk is een adviestermin van een maand niet ongebruikelijk.

Tijdens een faillissement zal de ondernemingsraad vanwege de tijdsdruk vaak sneller dan normaal een advies uit moeten brengen. Hoeveel sneller is onduidelijk en zal afhangen van de omstandigheden. Als maatstaf zou kunnen worden aangesloten bij de termijn die de advocaat-generaal stelt in de DA-zaak, te weten vijf dagen.

Deskundige

Van de ondernemingsraad mag worden verwacht dat hij terughoudend gebruik maakt van het recht om een deskundige in te huren. Deze kosten belasten immers de failliete boedel. Dit betekent echter niet dat de ondernemingsraad deze bevoegdheid in zijn geheel niet meer kan uitoefenen. Zo zal het inhuren van een snelle en voortvarende adviseur niet snel als onredelijk worden bestempeld.

Conclusie

De uitspraak van de Hoge Raad biedt nog veel ruimte voor interpretatie doordat er geen nadere invulling is gegeven aan de redelijkheid en billijkheid. Sinds deze uitspraak is het echter wel duidelijk dat er voor de ondernemingsraad een veel grotere rol is weggelegd dan voorheen werd aangenomen door de faillissementspraktijk. Wat die rol exact inhoudt, laat zich nog invullen. Het is interessant om de ontwikkelingen over dit onderwerp in de gaten te houden. De hierboven genoemde handvatten bieden de ondernemingsraad in ieder geval ruimte om te komen tot een zo effectief mogelijke medezeggenschap in faillissement.

Noten : 1. Hoge Raad 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982.

