

# De Curator en de Ondernemingsraad – een onderzoek naar werkbare medezeggenschap in faillissement

MR. PH.W. SCHREURS<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Met zijn beschikking in de DA-zaak<sup>2</sup> heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat het medezeggenschapsrecht in faillissement van toepassing is en de curator moet zorgen dat de voorschriften die daaruit voortvloeien worden nageleefd. Dat dat geen uitgemaakte zaak was, blijkt uit het feit dat de Ondernemingskamer (in een veel bekritiseerde beslissing) nog anders geoordeeld had.<sup>3</sup>

In dit artikel beschrijf ik het medezeggenschapsrecht zoals dat thans geldt ten aanzien van ondernemingen in surseance en faillissement. Voorts zet ik uiteen hoe een curator medezeggenschap adequate invulling kan geven.

In dit artikel concentreer ik mij op de situatie waarin sprake is van een ondernemingsraad (“OR”). Het zal vermoedelijk gaan om slechts enkele ondernemingen per jaar.<sup>4</sup> Omdat het evenwel om grotere ondernemingen gaat en dergelijke faillissementen veel aandacht krijgen is het niettemin zeer relevant. Medezeggenschap is overigens een onderwerp dat niet staat of valt met de omvang van de onderneming en aan- of afwezigheid van een OR. De argumenten voor medezeggenschap gelden uiteraard ook bij (faillissementen van) kleinere ondernemingen.<sup>5</sup> Vanuit de curator/ondernemer bezien zijn dat:<sup>6</sup>

- informatie verschaffen aan het personeel;
- informatie verkrijgen van het personeel;
- advies krijgen van het personeel;
- invloed verlenen aan het personeel.

- 
1. Flip Schreurs is advocaat Corporate Litigation bij Boels Zanders Advocaten in Eindhoven en als buiten-promovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit.
  2. HR 2 juni 2017, *JOR* 2017/248 m.nt. S.C.J.J. Kortmann.
  3. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 mei 2016, *JOR* 2016/286 m.nt. P.R.W. Schaink.
  4. Bij het CBS is geen informatie beschikbaar over faillissementen naar bedrijfsgrootte.
  5. Bij een onderneming met meer dan 50 werknemers is het verplicht een OR op te richten. Bij 10-50 werknemers kan een personeelsvertegenwoordiging (PVT) worden opgericht.
  6. Voor argumenten die, vanuit de werkgever bezien, pleiten voor medezeggenschap, zie o.m. M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap*, 2014 (proefschrift).

Ik merk op voorhand op van mening te zijn dat in de grotere faillissementen waarin sprake is van wettelijk georganiseerde medezeggenschap, een curator veel te winnen heeft bij een goed contact met de OR. Het bespaart hem veel tijd in het kader van het draagvlak en de transparantie naar de buitenwereld, van de informatieverschaffing aan personeel, kanaliseert de informatie vanaf de werkvloer via bovengemiddeld betrokken werknemers en geeft invulling aan een algemeen maatschappelijk belang waarvan iedere curator sinds het Maclou-arrest<sup>7</sup> weet dat hij daar aandacht aan mag en moet besteden.

## 2. De DA-zaak

In een recent gepubliceerd verslag van een rondetafelgesprek met curatoren uit grotere retail faillissementen heeft curator Joris Lensink iets verteld over de achtergrond van de procedure.<sup>8</sup> Bij zijn aantreden op 23 december 2015 als bewindvoerder van de DA franchise drogisterijketen<sup>9</sup> werd snel duidelijk dat er grote hoeveelheden eigendomsvoorbehouden waren gemaakt, die een probleem zouden kunnen opleveren bij het voortzetten van de onderneming. Bovendien dreigde de bank gebruik te maken van haar recht van parate executie. De bewindvoerder besloot daarom niet voort te zetten maar zich te concentreren op onderhandelingen over een mogelijke doorstart. Die strekten zich uit van 24 tot en met 29 december 2015. De gesprekken werden met name gevoerd met Mosadex (een externe partij met wie DA al enkele maanden in onderhandeling was) en met een andere externe kandidaat-koper.

Op 28 december 2015 werden biedingen ontvangen: Mosadex bood een bedrag voor de activa en werkgelegenheid aan 140 mensen; de andere kandidaat bood een iets hoger bedrag maar slechts werkgelegenheid aan 40 mensen. Met toestemming van de rechter-commissaris aanvaardde de curator het bod van Mosadex op 29 december 2015. Diezelfde dag werd de surseance omgezet in faillissement, het personeel ontslag aangezegd en de doorstart gerealiseerd.

Uit de diverse weergaves van de feiten<sup>10</sup> blijkt mij niet of er wellicht irritaties zijn gerezen tussen curator en OR, of dat ‘slechts’ sprake is van een principe-kwestie. Een ontmoeting tussen hen vond in ieder geval pas voor het eerst plaats op 13 januari 2016 in een gesprek over de doorstart. De OR van DA

---

7. HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou/curatoren Van Schuppen*).

8. F.B. Bosvelt en M.E. ten Brinke, ‘Retailfaillissementen’, *TvI* 2017/29.

9. Hoewel meerdere vennootschappen failliet zouden zijn gegaan zal ik, in enkelvoud, ‘DA’ hanteren.

10. Naast de Ondernemingskamer en de Hoge Raad heeft ook A-G Hartlief een weergave van de feiten gegeven: Parket bij HR 3 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:175.

## De Curator en de Ondernemingsraad

kondigde vervolgens aan stappen te gaan zetten en verzocht vergoeding van de kosten. Dat verzoek heeft de curator afgewezen.<sup>11</sup>

De OR heeft de Ondernemingskamer vervolgens verzocht te verklaren dat DA in redelijkheid niet tot de doorstart heeft kunnen besluiten.<sup>12</sup> Dat het aanvankelijk om meer dan een principekwestie lijkt te zijn gegaan, kan afgeleid worden uit het feit dat de OR de Ondernemingskamer aanvankelijk ook heeft verzocht het besluit ongedaan te maken en te verbieden dat er uitvoering aan werd gegeven. Het daartoe strekkende verzoek om deze voorlopige voorzieningen heeft de OR echter voorafgaand aan de mondelinge behandeling ingetrokken, waarmee de principiële kwestie reesterde.<sup>13</sup>

Die kwestie is erin gelegen dat de curator de OR *‘op geen enkele wijze en op geen enkel moment in het besluitvormingsproces betrokken heeft, de OR niet heeft geïnformeerd, geen overleg heeft gehad en niet om advies heeft gevraagd’*.<sup>14</sup> De bewindvoerder/ondernemer had de OR onder geheimhouding om advies op de meest korte termijn moeten vragen.<sup>15</sup>

Opvallend genoeg spitst de OR zijn aanspraak op adviesrecht toe op de periode van 29 december 2015 tot en met 8 januari 2016 (de data van de mondelinge overeenstemming en omzetting in faillissement respectievelijk de dag van de schriftelijke doorstartovereenkomst). In die periode had de OR in de gelegenheid gesteld willen worden om op basis van deugdelijke informatie en behoorlijk overleg te adviseren, onder meer over de manier waarop selectie van medewerkers plaats zou vinden, het aantal mensen dat een aanbod zou ontvangen en de uitgangspunten van de arbeidsvoorwaarden.<sup>16</sup> De OR lijkt geen specifieke bezwaren te hebben aangevoerd tegen het gegeven dat de bewindvoerder en de bestuurder van DA ook in de voorafgaande periode gedurende de surseance van betaling van 23 tot 29 december 2015, geen invulling hebben gegeven aan de medezeggenschap. Ik kom daarop hierna nog terug.

Omwille van de omvang van dit artikel wil ik slechts beperkt stilstaan bij de vraag of de onderneming werd voortgezet of in stand gehouden in de zin van de WOR. De curator had de feitelijke bedrijfsvoering stilgelegd (en ook tijdens

---

11. Op de kwestie van de kosten ga ik in dit artikel verder niet inhoudelijk in.

12. Zulks op grond van art. 26 lid 5 sub a WOR.

13. Conclusie A-G sub 2.6.

14. Conclusie A-G sub 2.5.

15. Zoals in het verzoekschrift tot cassatie ook aangegeven; zie conclusie A-G Hartlief 3 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:175 sub 3.1.

16. Ondernemingskamer sub 3.4.c.

de surseance lijkt dat al in gang te zijn gezet) en voerde dit als argument aan in het kader van de voortgang of nog wel sprake was van een onderneming in de zin van de WOR.<sup>17</sup> De Ondernemingskamer onderschreef dit argument sub 3.7, in feite ten overvloede. Dit oordeel is in de literatuur vrij algemeen bekritiseerd.<sup>18</sup> De A-G gaat hier uitvoerig op in,<sup>19</sup> maar de Hoge Raad doet het in één zin af: *'Het faillissement (...) leidt op zichzelf niet ertoe dat die onderneming ophoudt te bestaan of niet langer in stand wordt gehouden'* (r.o. 3.33).

In aanvulling daarop zou ik menen dat het zich moeilijk laat voorstellen dat een rechtspersoon die nog lopende arbeidsovereenkomsten heeft (zoals DA in casu) niet ook nog geacht moet worden een onderneming te hebben in de zin van de WOR.

### 3. Samenloop of botsing

Veel interessanter en relevanter voor de praktijk zijn de passages die gewijd zijn aan de samenloop van insolventie en medezeggenschap.

#### 3.1 Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer is niet ingegaan op de werking van de WOR in het algemeen (waaronder bijvoorbeeld de verplichting tot het voeren van overleg en het verschaffen van inlichtingen) maar heeft zich beperkt tot het adviesrecht. Zij meent dat dat recht zich niet eenvoudig laat rijmen met het faillissementsrecht, omdat het adviesrecht uitgaat van een onderneming die zich niet in een insolvente toestand bevindt. Met het adviesrecht moet de OR wezenlijke invloed op een te nemen besluit kunnen uitoefenen. Die invloed wordt volgens de Ondernemingskamer wezenlijk beperkt door de noodlijdende toestand van de onderneming en door het doel van het faillissementsrecht. Een van de hoofdtaken van de curator betreft de vereffening van de boedel, opdat de schuldeisers zoveel mogelijk kunnen worden voldaan. Daarbij zal hij de belangen van de werknemers meewegen, maar de hoogte van de opbrengst voor de boedel zal leidend zijn. De Ondernemingskamer meent daarom dat het zeer

---

17. Art. 2 lid 1 WOR en conclusie A-G sub 2.8.

18. I. Zaal, 'Geen adviesrecht OR bij doorstart na faillietverklaring', *TRA* 2016/74; W. Bouwens, 'De curator en het adviesrecht van de ondernemingsraad', *NJB* 2016/2002; E.C. Post Uiterweer, 'Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement', *Bb* 2016/65; P.R.W. Schaik, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht* (2017), par. 14.3.1-14.3.2; P.A.M. Witteveen en I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016/3.

19. Conclusie A-G sub 4.24 t/m 4.40.

## De Curator en de Ondernemingsraad

de vraag is of een advies van de OR nog van wezenlijke invloed kan zijn op een voorgenomen besluit van de curator, gelet op het primaat van de belangen van de schuldeisers. Omdat ook de opschortingstermijn van art. 25 lid 6 WOR niet goed valt in te passen in een situatie van faillissementsrecht, acht de Ondernemingskamer het adviesrecht ‘in beginsel onverenigbaar met de op de afwikkeling van de boedel geschikte rol van de curator’.<sup>20</sup>

De redenering van de Ondernemingskamer is niet goed te volgen. Die redenering komt er immers in feite op neer dat het adviesrecht van de OR onverenigbaar is met een faillissement, omdat enerzijds de OR wezenlijke invloed moet kunnen uitoefenen en omdat anderzijds de curator de belangen van de schuldeisers zal moeten laten prevaleren en dat niet te combineren zou zijn. Ik zou menen dat regels betreffende governance juist op de momenten dat het erom spant hun werking moeten hebben.<sup>21</sup> Dat geldt voor de governance bij bedrijven in moeilijkheden derhalve voortdurend.

Als we ons beperken tot de OR<sup>22</sup> betekent een faillissement zonder twijfel dat zijn invloed slechts ‘beperkt’ zal kunnen zijn: ‘waar niets is, verliest de keizer zijn recht’. Maar die beperktheid kan nooit het argument zijn om die (beperkte) invloed *op grond daarvan* vervolgens te ontzeggen. Het omgekeerde valt evenzeer, en met meer reden, te bepleiten: juist omdat de invloed vanzelfsprekend maar beperkt kan zijn, is van belang dat die invloed ten volle kan worden en wordt aangewend. Een klein beetje invloed heeft dan relatief immers een veel groter effect. Het verbaast na die ontzegging dan eigenlijk ook dat de Ondernemingskamer ten overvloede opmerkt dat de curator er in het algemeen goed aan kan doen om de ondernemingsraad te informeren over de gang van zaken, waaronder een eventuele doorstart.

Wel begrijpelijk acht ik de worsteling van de Ondernemingskamer met de opschortingstermijn.<sup>23</sup> Die is immers niet ten volle in te passen in een faillissement en een doorstart. Het is van algemene bekendheid dat de hectiek van een faillissement zelfstandig leidt tot (zogenaamde desintegratie-)schade. Een koper van een onderneming uit faillissement vertaalt dat voor een

---

20. R.o. 3.6.

21. In zekere zin vormt dit ook het onderwerp van mijn proefschrift in wording over ‘Governance bij Bedrijven in Moeilijkheden’.

22. Enigszins vergelijkbare vragen terzake governance spelen bijvoorbeeld ten aanzien van de verhouding tussen de curator en de (commissie van) schuldeisers, zoals hierna nog aan de orde komt.

23. Als bedoeld in art. 25, lid 6 WOR dat de ondernemer verplicht de uitvoering van zijn besluit een maand op te schorten tenzij het besluit overeenstemt met het advies van de OR.

belangrijk deel in de prijs (die doorgaans wel boven de zogenaamde liquidatiewaarde zal moeten liggen, maar slechts zelden de going concernwaarde benadert), maar daarnaast ook in de snelheid. Hoe eerder het contact met klanten, leveranciers en werknemers kan worden hersteld of opgebouwd, hoe liever het is. Voor een koper is een maand wachttijd doorgaans onbestaanbaar.

Het is goed om vast te stellen dat er ook buiten het medezeggenschapsrecht onzekerheden ten opzichte van een doorstart bestaan die vergelijkbaar zijn met de onzekerheden die voortvloeien uit het beroepsrecht van art. 25, lid 6 WOR. De meest in het oog springende is natuurlijk de vereiste toestemming/machtiging van de rechter-commissaris. Die kan geweigerd of verleend worden. In beide gevallen zijn rechtsmiddelen beschikbaar, die tot vertraging of onzekerheid kunnen leiden. In de praktijk wordt deze rechtsgang vooral gebruikt als een teleurgestelde andere kandidaat via een beroep op de rechter-commissaris alsnog een koop probeert af te dwingen.<sup>24</sup> Slechts in uitzonderingsgevallen kan dat leiden tot een andere transactie, nu de weg van art. 69 Fw afgesneden is voor anderen dan schuldeisers en door die laatsten ook niet gebruikt kan worden voor een 'eigen' belang.<sup>25</sup>

Het beroepsrecht van de OR is in zoverre mogelijk wel een reële bedreiging voor een doorstart, omdat de OR kan vorderen dat de Ondernemingskamer (specifieke gevolgen van) het besluit ongedaan maakt. Weliswaar bepaalt art. 26, lid 5 slot WOR dat een dergelijke voorziening door derden verworven rechten niet kan aantasten, maar daarmee is niet alles gezegd. De OR had in casu aanvankelijk gesteld dat koper Mosadex een beroep op die bescherming niet toekwam omdat de koper zich bewust is geweest van het feit dat de OR niet om advies is gevraagd. De OR heeft het verzoek om de voorziening nadien ingetrokken. Was dit niet gebeurd, dan zou, na de beslissing van de Hoge Raad, daarover nog een uitspraak hebben moeten worden gedaan.

Daarbij zou de OR wellicht een beroep hebben kunnen doen op de Noestuitspraak, waarin de derdenbescherming werd genuanceerd.<sup>26</sup> Daarin verklaarde de Ondernemingskamer dat een besluit tot verkoop van de onderneming en ontslag van de bestuurder in redelijkheid niet genomen had kunnen worden omdat het adviesrecht van de OR was geschonden. De verwerende ondernemer voerde aan dat het niet mogelijk was dit besluit in te trekken en de gevolgen ongedaan te maken, omdat daartoe medewerking van de koper (die inmiddels

24. Zie hierover F.M.J. Verstijlen, 'De rol van de curator en de rechter-commissaris bij biedingsprocedures', *TvI* 2014/32.

25. Vaste jurisprudentie sedert HR 3 december 1925, *NJ* 1926, p. 316.

26. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 april 1999, *JAR* 1999/101 (*Noest*).

DGA was geworden) nodig was. De Ondernemingskamer oordeelde dat dat beroep op art. 25, lid 6 WOR ‘slechts meebrengt dat die voorziening de door derden verworven rechten niet aantast. In hoeverre dat het geval is, staat in dit geding niet ter beoordeling. De Ondernemingskamer merkt in dit verband nog op dat het de vraag is of de overnemer hier wel als derde kan worden beschouwd nu (...) moet worden aangenomen dat de overnemer (...) voortdurend nauw betrokken is geweest bij de besluitvorming en de wijze waarop in dat verband is omgegaan met de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad’. Of deze uitleg stand had gehouden bij de Hoge Raad is bepaald onzeker, maar die onzekerheid op zich is al uiterst bezwarend voor een potentiële koper.

Een tweede ijzer dat de OR in het vuur zou hebben kunnen leggen, is de vraag of tijdens de opschortingstermijn een besluit wel kan worden uitgevoerd. Kemperink stelt dat dan sprake is van vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de ondernemer, welke onbevoegdheid ook nog externe werking zou hebben omdat sprake is van een dwingendrechtelijke bepaling.<sup>27</sup> Van Schilfgaarde meent dat sprake is van een nietige rechtshandeling wegens strijd met de openbare orde als de ondernemer te kwader trouw handelt tijdens de opschortingsperiode.<sup>28</sup> Ik noem deze mogelijkheden met de uitdrukkelijke kanttekening dat uitgangspunt van de wettelijke regeling blijft dat de derde beschermd wordt en daarbij geen onderscheid wordt gemaakt ten aanzien van de goede trouw. In een vergelijkbare (maar vermoedelijk minder ‘te kwader trouwe’) kwestie, oordeelde de Ondernemingskamer onder verwijzing naar art. 25, lid 6 WOR dat het besluit in redelijkheid niet kon worden genomen, ‘doch een op die grond te gelasten intrekking (...) kan niet bewerkstelligen dat die overeenkomst dan wordt geacht niet te zijn gesloten’.<sup>29</sup>

### 3.2 *A-G en Hoge Raad*

De uitspraak van de Ondernemingskamer is als gezegd kritisch ontvangen. Ook de A-G komt in een zeer uitvoerige conclusie tot het oordeel dat de drie door de OR aangevoerde klachten allemaal moeten worden toegewezen.

De A-G stelt vast dat in de wetsgeschiedenis van de WOR de mogelijkheid van een botsing met het faillissementsrecht uitdrukkelijk aan de orde is geweest, en de WOR dat niet zou mogen ‘doorkruisen’. De A-G onderzoekt vervolgens de effecten van doorkruising op een voor de hand liggende grens, namelijk daar

---

27. B.N.H. Kemperink, *Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten*, 2002, p. 117.

28. Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, 2013, p. 283.

29. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 november 2007, *ARO* 2007/199.

waar géén respectievelijk wél vooruitzicht op voortzetting of doorstart aanwezig is. Is daarvan geen sprake, dan zal immers de onderneming (het bestaan waarvan de *raison d'être* van een OR is) moeten worden beëindigd. Buiten faillissement zou zo een bedrijfsbeëindiging (uiteraard) adviesplichtig zijn, waar binnen faillissement een beëindiging de hoofdregel is: voortzetten is dan juist de uitzondering en kan niet plaatsvinden zonder toestemming van de rechter-commissaris (art. 98 Fw). Op grond daarvan komt A-G Hartlief tot de conclusie dat het adviesrecht niet inpasbaar is ingeval van beëindiging van de activiteiten door de curator, als er geen uitzicht op voortzetting of doorstart bestaat.

Doet een mogelijkheid daarop zich wél voor, dan komt de OR in beeld en in die situatie heeft medezeggenschap ook meerwaarde, hetgeen de A-G sub 5.6 tot en met 5.17 aan de hand van bronnenonderzoek uitvoerig bespreekt.

Als hiervoor reeds aangegeven, oordeelt de Hoge Raad dat een faillissement op zichzelf er niet toe leidt dat de onderneming ophoudt te bestaan.<sup>30</sup> Vervolgens oordeelt de Hoge Raad: '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'.<sup>31</sup> Het woord 'ook' is hier verwarrend. Het vervolg maakt namelijk duidelijk dat de Hoge Raad doelt op situaties waarin juist sprake is van de beëindiging van de onderneming. Met 'ook' wordt niet 'mede' bedoeld maar 'zelfs al'. De Hoge Raad geeft daarmee aan dat bij een onderneming buiten faillissement beslissingen die leiden tot bedrijfsbeëindiging uiteraard wél adviesplichtig zijn, maar in faillissement niet. In de volgende zin legt de Hoge Raad dat uit: 'De handelingen van de curator zijn dan gericht op liquidatie van het ondernemingsvermogen, 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.' Wanneer dus sprake is van (in de woorden van de AG: 'louter') liquidatie is geen plaats voor medezeggenschap, en gaat het faillissementsrecht vóór boven het medezeggenschapsrecht.

---

30. R.o. 3.3.4.

31. R.o. 3.3.3. In algemene zin is het niet zo dat de WOR zich niet verdraagt met de Faillissementswet. De curator oefent de bevoegdheden van de (WOR-)ondernemer uit en kan onder omstandigheden ook worden aangemerkt als de WOR-bestuurder. In die hoedanigheden dient de curator de voorschriften van de WOR tijdens een faillissement na te leven.



‘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)’.<sup>32</sup>

Daarmee rondt de Hoge Raad zijn beslissing over de toepasselijkheid van de WOR in faillissement af.

In de tot nu toe verschenen commentaren heb ik maar betrekkelijk weinig aandacht gezien voor een opvallende parallel met de Smallsteps-uitspraak van het Europese Hof.<sup>33</sup> In beide zaken wordt het onderscheid gemaakt tussen enerzijds “louter liquidatie” en anderzijds “mogelijke voortzetting”. Het stil staan bij die gelijkenis draagt bij aan een beter begrip van beide beslissingen en hetgeen daarmee beoogd wordt. Zoals ik eerder in mijn annotatie bij de Smallesteps-uitspraak al aangaf<sup>34</sup> was het voor veel Nederlandse beoefenaars van het insolventierecht eigenlijk een uitgemaakte zaak dat een faillissementsdoorstart technisch gezien niets anders is dan de *liquidatie* van het vermogen van de failliet: verkoop van activa aan een derde, met als gunstig bij-effect opbrengstmaximalisatie en behoud van (zoveel mogelijk) werkgelegenheid. Die overtuiging ging zo ver dat de advocaten van Smallsteps, naar aanleiding van de conclusie van A-G Mengorrijs,<sup>35</sup> verzocht hebben om heropening van de zaak, omdat zij meenden dat de conclusie van de A-G een ‘misverstand’ bevatte ter zake dit specifieke aspect.<sup>36</sup>

Voor beoefenaars van het arbeids- en medezeggenschapsrecht lijkt het veel vanzelfsprekender dat een faillissementsdoorstart geen *liquidatie*handeling is, maar een *voortzetting*shandeling, een herstructurering.<sup>37</sup> In de woorden van de A-G (sub 5.6): ‘De curator is dan niet uitsluitend bezig met afwickelen, integendeel’. In de Smallsteps-zaak heeft het Hof van Justitie, althans naar mijn inzicht, duidelijk gemaakt dat wanneer beoogd wordt ‘om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig

---

32. R.o. 3.3.4 slot.

33. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI: EU:C:2017:489; *JOR* 2017/217 m.nt. L.G. Verburg (*Smallsteps*).

34. Ph.W. Schreurs, ‘Smallsteps, tijd voor grote stappen’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties ArA* 2017 (11) 3, p. 3-13.

35. Conclusie A-G P. Mengorrijs, 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241; *JOR* 2017/184 m.nt. Schaink (*Smallsteps*).

36. Zie HvJ EU 22 juni 2017, nr. C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 sub 29.

37. Ook Verstijlen wees al op dit ‘wispelturige’ element in F. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20.

te stellen’, sprake is van een situatie die leidt tot ‘overgang van onderneming’ waarin voor werknemers derhalve de bescherming van richtlijn 2001/23 zou moeten gelden.<sup>38</sup>

De parallellie is gelegen in het feit dat zowel in Smallsteps als in de onderhavige DA-zaak, het uitmaakt of de curator bezig is met handelingen die zouden kunnen leiden tot een doorstart met gedeeltelijk behoud van werkgelegenheid of dat hij louter bezig is met liquidatie, ook al vindt in beide gevallen in technische zin een liquidatieverkoop plaats. De overeenkomst is ook logisch, omdat één van de door de A-G genoemde bronnen Richtlijn 2001/23 is.<sup>39</sup> Daarbij meen ik dat de voorrang voor de arbeidsrechtelijke regels, nu (zowel bij overgang van onderneming als bij medezeggenschap) het gaat om beschermingsbepalingen, een en ander steeds in het voordeel van de werknemers/ondernemingsraad zal behoren te worden uitgelegd. Dat betekent derhalve dat als mogelijk sprake is of zal zijn van voortzetting/doorstart de curator daaraan medezeggenschapsrechtelijke aandacht zal moeten besteden.

## **5. Kanttekeningen bij het (terechte) onderscheid liquidatie/doorstart**

Toch passen enkele vragen bij het onderscheid dat A-G en Hoge Raad maken, mede aan de hand van de concrete casus. Mr. Lensink heeft in een vroeg stadium besloten de onderneming niet voort te zetten:<sup>40</sup> de bank dreigde te gaan veilen en er waren veel eigendomsvoorbehouden, zodat ter zake de (bij een retailketen omvangrijke) voorraad er enorme onzekerheden waren. Ik stel die keuze om niet voort te zetten in het concrete geval niet ter discussie, want daarvoor ken ik de feiten en omstandigheden niet goed genoeg. Maar vier opmerkingen kunnen wel gemaakt worden.

---

38. Het is nog geen uitgemaakte zaak of dat (behalve bij een prepack zoals in de Smallsteps-zaak) ook het geval zal zijn bij een klassieke faillissementsdoorstart. In HvJ EU 7 februari 1985, C135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (Abels) werd uitdrukkelijk bepaald dat dat niet zo was. Ik meen dat rekening moet worden gehouden met het feit dat dat inmiddels anders is, namelijk indien sprake is van een beoogde, een voorbereide doorstart, dan wel door de zittende ondernemer of een daaraan gelieerde partij, dan wel door een volstreekte buitenstaander maar na een voorafgaand traject van overleg tussen die buitenstaander en de zittende ondernemer. Zie anders L.G. Verburg, ‘Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft’, *FIP* 2017, art. 334.

39. Conclusie A-G sub 5.14

40. Ik kan uit de feitenweergave niet met zekerheid afleiden of dat besluit in feite al op 23 of 24 december 2015 (dus nog tijdens surseance) is genomen, of pas op 29 december 2015, nadat omzetting in faillissement had plaatsgevonden en de doorstart in feite al beklonken was. Uit het rondetafelgespreksverslag in *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2017 leid ik af dat dat besluit meteen is genomen.

## De Curator en de Ondernemingsraad

In de eerste plaats was aanvankelijk sprake van een surseance. Daarin is niet beëindiging de hoofdregel, maar juist de voortzetting. Het is buiten kijf dat de WOR dan onverminderd van toepassing is.<sup>41</sup> Had de curator in die situatie dus niet op 23 of 24 december overleg of ruggespraak met de OR dienen te voeren, zodat hij bij zijn besluit om *niet* voort te zetten feedback van de leden van de OR had gekregen? Ik zou menen van wel. Mij lijkt dat dat tijdens surseance zelfs een adviesplichtig besluit is. Dat zou anders zijn als de beëindiging samenviel met het besluit tot omzetting van de surseance in faillissement. Dat is immers geen adviesplichtig besluit.

In de tweede plaats valt op dat de overeenstemming over de doorstart bereikt is tijdens de surseance, in welke situatie de OR als gezegd vanzelfsprekend adviesrecht heeft. Ik herhaal mijn opmerking dat het opvallend is dat in deze procedure weinig aandacht is voor het onderscheid surseance/faillissement.

Daarop volgend plaats ik nog een vraagteken bij de conclusie A-G sub 5.5 en de daarmee overeenkomende r.o. 3.3.4, eerste en tweede volzin van het oordeel van de Hoge Raad. Juist en overtuigend acht ik dat sprake zou zijn van een onoplosbare botsing indien de OR adviesrecht zou hebben over beëindiging en de curator tegelijkertijd geen toestemming zou krijgen voor voortzetting van de rechter-commissaris. Omdat beëindiging het 'normaaltype' is in faillissement, krijgt dit de voorrang, onder de voorwaarde dat geen 'zicht bestaat op voortzetting of doorstart van de onderneming'. Maar wat wringt in die redenering is dat de curator dan kennelijk zonder de OR te raadplegen kan of moet uitmaken of die (cruciale) voorwaarde (is er enig zicht op een doorstart?) vervuld is. Toegegeven, in sommige gevallen is zoiets vrijwel meteen duidelijk. Maar in veel gevallen eerlijk gezegd niet. Ook bij grotere faillissementen heeft vaak geen of een zeer povere voorbereiding op de situatie na faillissement plaatsgevonden. Ik zou daarom menen dat een bewindvoerder tijdens surseance of een curator tijdens faillissement niet de conclusie kan trekken dat geen uitzicht bestaat op een doorstart zonder minst genomen *overleg* te hebben gevoerd met de OR als bedoeld in art. 23 WOR. Er is ook geen geldige reden te bedenken om dat bij een groot faillissement, niet in het vroegste stadium (dus uiterlijk op de tweede of derde dag) te doen. Gelet op het bepaalde in art. 24 WOR heeft het de voorkeur indien daarbij de statutaire bestuurder en een lid van de eventuele Raad van Commissarissen aanwezig is. Pas daarna kan een bewindvoerder/curator met een gerust hart de conclusie trekken dat aangestuurd

---

41. HR 6 juni 2001, *JOR* 2001/146 m.nt. Kortmann (*IJsselwerf*), r.o. 3.4, slot: "(...) verdient opmerking dat het adviesrecht van de OR na de verleende surseance van betaling in stand blijft". Ik veronderstel dat de DA-zaak geen verandering heeft gebracht in de regel dat het aanvragen van surseance van betaling of faillissement niet adviesplichtig is.

kan worden op staking van de onderneming en liquidatie in welk verband de OR dan verder géén adviesrecht toekomt.

Mijn laatste opmerking ziet op ‘voortzetting’ zoals gehanteerd door de A-G sub 5.6 en door de Hoge Raad sub. 3.3.4 laatste volzin. Dit zijn mogelijk twee verschillende begrippen en dat kan leiden tot verwarring. Mijns inziens doelt de A-G op de voortzetting van de onderneming door de curator als bedoeld in art. 98 Fw. Een curator zal dat veelal doen omdat de verzameling van bedrijfsmiddelen in voortgezette vorm leidt tot waardebehoud. Hij zal dat niet alleen doen als er al (verregaand) uitzicht is op een doorstart, maar ook indien hij die mogelijkheid wil onderzoeken, behouden of creëren. Mijns inziens is juist in die situaties het vereiste overleg met een crediteurencommissie<sup>42</sup> en de machtiging van de rechter-commissaris<sup>43</sup> belangrijk. Als er klip en klaar uitzicht op een doorstart door middel van een verkoop aan een derde is, is tijdelijk voortzetten door de curator een kwestie van gezond verstand. Als dat vooruitzicht er echter nog niet is of nog niet reëel is, moeten de voordelen van mogelijk waardebehoud tegen de nadelen van met name kosten en claims worden afgewogen. De Hoge Raad gebruikt in de laatste volzin van 3.3.4. mijns inziens echter een ander woord ‘voortzetting’ waar hij het heeft over ‘verkoop van activa (...) in het kader van een voortzetting of doorstart’. Laat ik duidelijk zijn: ik begrijp eigenlijk niet waar de Hoge Raad op doelt. Verkoop van activa geschiedt ofwel in het kader van (louter) liquidatie ofwel in het kader van een doorstart. Of doelt de Hoge Raad op de voortzetting ná verificatie als bedoeld in art. 173a Fw e.v., een wettelijke rariteit die ik nooit heb meegemaakt en hier verder niet behandel.

Wanneer ik het door de A-G gehanteerde begrip hanteer (de veel voorkomende, tijdelijke voortzetting in de aanloop naar een doorstart), zou ik menen dat daar wel degelijk ruimte voor en behoefte aan medezeggenschap is. Indien immers de curator voortzetting overweegt en een (daartoe ex art. 98 Fw vereist) toestemmingsverzoek aan de rechter-commissaris voorbereidt, ligt overleg met de OR wederom voor de hand. De A-G ontwaart een lastige situatie bij een overwogen *beëindiging* omdat er dan botsende procedures kunnen ontstaan.<sup>44</sup> Doet dat probleem zich nu ook voor bij een beoogde *voortzetting* als bedoeld in 98 Fw? Denkbaar is dat de curator de onderneming wil voortzetten,

---

42. Als verlangd in art. 78 Fw.

43. Als verlangd in art. 98 Fw.

44. Conclusie A-G sub 5.5, 6<sup>e</sup> volzin.

daarover overleg pleegt met de OR en diens mening vraagt.<sup>45</sup> In het (theoretisch mogelijke maar uiterst onwaarschijnlijke) geval dat de OR voortzetting afraadt en de curator toch wil voortzetten zal hij toestemming van de rechter-commissaris behoeven. Het standpunt van de OR is dan een welkome aanvulling bij de dienaangaande te maken afwegingen. Dat geldt uiteraard ook bij instemming. Zoals bekend heeft ook een (niet zo vaak voorkomende) crediteurencommissie adviesrecht ter zake voortzetting. Art. 79 Fw regelt hetgeen dient te gebeuren in het (veel minder onwaarschijnlijke) geval dat een crediteurencommissie negatief adviseert over voortzetting. In dat geval is de curator verplicht de voortzetting gedurende drie dagen op te schorten teneinde de commissie de tijd te geven om de rechter-commissaris in te schakelen. Het moge duidelijk zijn dat het feitelijk stilleggen van een failliete onderneming ook gedurende slechts drie dagen, veel impact kan hebben. Een dergelijke impact is op zichzelf derhalve kennelijk geen argument tegen adviesrecht.

Ik kom dan ook tot de conclusie dat de OR ook adviesrecht heeft ten aanzien van voortzetting als bedoeld in art. 98 Fw.

## 6. Opschorting en beroep (art. 25, lid 6 WOR)

Thans aandacht voor het tweede probleem, dat met name speelt bij het opschortingsrecht. In zijn conclusie<sup>46</sup> wijst de A-G op enkele varianten om het hoofd te bieden aan de problemen die voortvloeien uit de wettelijk verplichte opschortingstermijn van één maand (art. 25, lid 6 WOR). Zoals hiervoor aangegeven zou deze termijn nagenoeg iedere faillissementsdoorstart feitelijk belemmeren omdat de tijdsdruk daar vrijwel altijd hoog is en de koper zo snel mogelijk zekerheid moet hebben om de levensvatbaarheid te kunnen behouden.

In zijn conclusie<sup>47</sup> bespreekt de A-G enkele in de literatuur naar voren gebrachte oplossingen, door hem alle als ‘begaanbare routes’ aangeduid. Hij streeft naar een zinvolle invulling van de hoofdgedachten van zowel het medezeggenschapsrecht als het faillissementsrecht. Alvorens daar dieper op in te gaan past enige reflectie en relativering. Het faillissementsrecht probeert een eerlijke oplossing te bieden in situaties waarin sprake is van een tekort. Dat tekort is meer dan alleen financieel. Dat geldt ook voor de (werkelijke) invloed

---

45. De OR heeft hier geen *adviesrecht*, maar kan uiteraard wel een bijdrage leveren aan de afwegingen.

46. Sub 5.1.1.

47. Sub 5.11.

van de betrokken stakeholders. Die invloed wordt bij de verkoop van de betrokken onderneming in de eerste plaats beperkt door het gegeven dat de onderneming is gefailleerd en de waarde daarvan in verhoogd tempo verdampt vanaf het moment dat dat publiekelijk bekend is. Voorts wordt die beperkt door het aantal gegadigden en de vaak geringe mogelijkheden die alsnog te vinden. In de DA-zaak zal het niet eenvoudig zijn geweest om op Kerstavond de twee reeds bekende geïnteresseerden door meer concurrentie tot een hogere bieding te bewegen: van twaalf aangeschreven partijen hebben er uiteindelijk nog drie belangstelling getoond, maar tot andere bieders heeft dat niet geleid.<sup>48</sup> De reële invloed van de OR kan zich slechts binnen die bandbreedte afspelen. In zoverre lijkt het mij ook een verstandige keuze geweest dat de OR zich heeft beperkt tot de principekwestie en niet de transactie zelf ongedaan heeft willen maken. Er was immers geen ander alternatief voorhanden dan het concurrerende bod waarin maar 40 werknemers een baan kregen, en het is bovendien onwaarschijnlijk dat dat bod enige maanden nadien, na ingrijpen door de Ondernemingskamer, nog onder gelijke voorwaarden gestand zou worden gedaan. Ik rond deze relativiserende gedachten af met de vaststelling dat een OR zich daarmee overigens niet in een slechtere positie bevindt dan de curator die soms eveneens al dan niet handenwringend moet vaststellen dat ‘de markt’ gewoon niet bereid is meer te betalen of meer mensen in dienst te nemen.

In de literatuur zijn een aantal mogelijkheden aangestipt om het probleem van de opschortingstermijn te ondervangen. Breed wordt gewezen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>49</sup> Sprengers wijst daarnaast op het feit dat de Ondernemingskamer bij afweging van belangen bepalingen als artikel 25 strikt dan wel juist soepel kan toepassen.<sup>50</sup> Post Uiterweer wijst voorts op een uitspraak van de Ondernemingskamer waarin die in ieder geval argumenten van de ondernemer om af te wijken van de lange opschortings-termijn heeft getoetst (zij het heeft afgewezen).<sup>51</sup> Van Mierlo wijst op de

---

48. Conclusie A-G sub 1.8.

49. Zie o.m. I. Zaal, ‘Geen adviesrecht OR bij doorstart na faillietverklaring’, *TRA* 2016/8/9, nr. 74; Bouwens, Roozendaal en Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, 2015, p. 73; J.J.M. van Mierlo, ‘Corporate governance en insolventie’, in: *De bewindvoerder, een octopus*, Insolad congresbundel 2001, p. 51; en S.C.J.J. Kortmann, ‘De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming’, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu* (preadvies van de Vereniging Handelsrecht) 1993, p. 156.

50. L.C.J. Sprengers, ‘Het failliet van rol van de ondernemingsraad bij faillissement?’ In *AR Updates, Annotaties AR* 2016-0555, te raadplegen via: [www.ar-updates.nl/commentaar/AR\\_2016\\_0555](http://www.ar-updates.nl/commentaar/AR_2016_0555).

51. E.C. Post Uiterweer, ‘Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement’, *Bb* 2016/65.

Brink's beschikking<sup>52</sup> waarin de Ondernemingskamer zich gevoelig betoont voor tijdsdruk.<sup>53</sup> En Witteveen en Zaal wijzen ten slotte op de mogelijkheid dat de OR ontheffing verleent.<sup>54</sup>

De Hoge Raad maakt een duidelijke keuze uit deze varianten, maar biedt daarmee nog geen zekerheid. In r.o. 3.3.5 stelt hij dat de voorschriften van de WOR niet in alle gevallen verenigbaar zijn met het faillissement, '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 (...) jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.' De Hoge Raad sluit daarmee aan bij de in de literatuur meest aangehangen mogelijkheid, namelijk de route van art. 2:8 BW al dan niet in verbinding met art. 6:2 en/of 6:248 BW. Ik vind dat een gelukkige keuze, omdat die de meeste ruimte biedt om aan te sluiten bij de concrete omstandigheden van het geval.

Een en ander betekent, wanneer de formele vereisten van lid 2-6 worden langsgelopen, dat de curator afhankelijk van wat de omstandigheden vergen:

- het voorgenomen besluit ook anders dan schriftelijk kan voorleggen, bijvoorbeeld mondeling of door toezending van CC's van mailverkeer (lid 2);
- geen overzicht hoeft te verstrekken van beweegredenen, omdat die doorgaans geen andere zijn dan een spoedige verkoop tegen een zo hoog mogelijke opbrengst (lid 3);
- een overzicht zal moeten verschaffen waarin de materiële voorwaarden van verschillende biedingen met elkaar worden vergeleken met name waar het werkgelegenheids-, en arbeidsvoorwaardelijke aspecten betreft;
- zal moeten bezien op welke wijze invulling kan worden gegeven aan de door art. 25, lid 4 WOR verlangde overlegvergadering en de aanwezigheid van bestuurder of Raad van Commissarissen daarbij; de meest minimale vorm is telefonisch overleg met slechts de voorzitter van de OR;
- kan verzoeken aan de OR om het advies mondeling of per mail en met inachtneming van de kortst mogelijke termijn uit te brengen.

---

52. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), *JOR* 2015/138 m.nt. L.G. Verburg (*Brink's*).

53. J.J.M. van Mierlo, 'Ondernemingsraad en insolventie: een uitgemaakte zaak?', *FIP* 2016/335.

54. P.A.M. Witteveen en I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016/3.

Daarbij verdient het naar mijn mening de voorkeur indien in de specifieke situatie te worden aangesloten bij het verkoopproces dat in gang is gezet. Indien, zoals veel voorkomt, de curator een verkoopmemorandum met een biedprocedure opstelt en verstuurt aan potentiële kopers, kan de OR daarvan direct een afschrift ontvangen. De in een dergelijk memorandum gestelde veelal zeer korte termijn voor (eerste) biedingen kan eveneens aan de OR worden gesteld voor een eerste (voorlopig) advies of reactie. Indien met een partij afrondend wordt onderhandeld kan mogelijk ruimte bestaan voor overleg met de OR. Soms zijn voor dergelijke onderhandelingen slechts enkele (nachtelijke) uren beschikbaar, maar die gesprekken strekken zich ook regelmatig over enkele dagen uit. Een overlegvergadering waarin de kandidaat zich presenteert en mogelijk al mondeling advies gevraagd wordt kan het proces (naar mijn ervaring) dan in positieve zin beïnvloeden.

Een oplossing die naar ik vermoed in de praktijk veel gebruikt zal gaan worden is dat de curator, na afronding van de gedachtewisseling met de OR, aan de voorzitter (per mail) zal mededelen wat het ‘besluit’ is geworden (dus aan wie de activa verkocht worden en hoeveel werkgelegenheid daarbij behouden zal blijven) en (indien het advies van de OR niet ten volle is gehonoreerd) zal verzoeken om hem per ommekeer te kennen te geven dat zijn verplichting als bedoeld in art. 25, lid 6 WOR om de invoering op te schorten vervalft.<sup>55</sup> In de meeste gevallen zal een OR waarmee open gecommuniceerd is aanvoelen of de marges afdoende benut zijn en die bevestiging per mail willen verstrekken. Een dergelijke afstand van recht is mogelijk. Daarmee is onzekerheid dienaangaande voor de koper volledig weggenomen.

De Hoge Raad bindt mijns inziens terecht geen nauwkeurig bepaalde termijn aan het beroepsrecht dat resteert indien de doorstart onvoldoende aansluit bij het advies van de OR.<sup>56</sup> Ook dit wordt bepaald door de redelijkheid en billijkheid die de curator en OR jegens elkaar in acht moeten nemen. Onder omstandigheden (bijvoorbeeld tijdens een langdurige surseance) is een langere termijn best denkbaar. Het heeft de voorkeur indien curator, doorstarter en OR concreet afspreken wat in casu de beroepstermijn is, zodat daarover zekerheid bestaat. Bij gebreke daarvan zal de curator een redelijke termijn moeten stellen.<sup>57</sup> Maar onoverkomelijk zal in voorkomende gevallen moeten worden vastgesteld wat de absolute minimumtermijn is. Om rechtsbescherming adequaat in te kunnen vullen zal dat betekenen dat in ieder geval een advocaat moet

---

55. Zoals gesuggereerd door Witteveen en Zaal t.a.p.

56. In dit artikel ben ik alleen uitgegaan van de OR en niet van de PVT (personeelsvertegenwoordiging). Hier merk ik slechts op dat de PVT wél advies- maar geen beroepsrecht heeft.

57. Zoals bijvoorbeeld ook in de art. 37, 58 of 60 Fw.



kunnen worden ingeschakeld die voldoende tijd heeft om een summier verzoekschrift in te dienen.

Het moment waarop het voorgenomen besluit omgezet wordt in een besluit is het moment waarop de curator definitief overeenstemming bereikt over de doorstart met de koper. De curator zal altijd het voorbehoud van toestemming rechter-commissaris (moeten) maken. In de praktijk informeert de curator de rechter-commissaris (telefonisch) over een bereikte doorstart en zet hij dat zo snel als redelijkerwijs mogelijk daarna op schrift met het verzoek de toestemming schriftelijk te verlenen of (de mondeling verleende toestemming) te bevestigen. Dat is mijns inziens het uiterlijke tijdstip waarop de curator de OR dient te informeren over het besluit. In zijn toestemmingsverzoek aan de RC dient de curator daar dan ook melding van te maken.

De A-G acht denkbaar dat wordt aangesloten bij de termijn van vijf dagen, die geldt voor het instellen van hoger beroep tegen een beschikking van de rechter-commissaris (art. 67 Fw).<sup>58</sup> Als gezegd wil de Hoge Raad zich daar (kennelijk welbewust) niet op vastleggen. Ik zou menen dat dat als *minimum*termijn ook echt te ruim is. Doorstarts worden niet zelden in het weekend beklonken en dat zou betekenen dat dan in feite een volle werkweek in onzekerheid verstrijkt. Ik zou, als hiervoor reeds aangegeven, het veel voor de handligger vinden om aan te sluiten bij de andere in het faillissementsrecht ingebede adviesprocedure, namelijk die van de crediteurencommissie. In art. 79 Fw is de curator gehouden de uitvoering van een door hem voorgenomen handeling, die strijdig is met het advies van de crediteurencommissie, gedurende drie dagen op te schorten. Dat geeft die commissie de tijd om de beslissing van de rechter-commissaris in te roepen.

Naar mijn mening is het niet nodig om verdere inbreuken op de WOR te forceren. Met name blijft van belang dat de OR de in art. 25, lid 2 slot WOR bedoelde 'wezenlijke invloed' moet kunnen uitoefenen. Met herhaling van de eerder geplaatste kanttekening dat waar niet is, ook de keizer zijn recht verliest, moet medezeggenschap wel tot echte invloed kunnen leiden. De OR moet dus voldoende informatie ontvangen, zijn vragen moeten worden beantwoord en hij moet gelegenheid krijgen voor het geven van een reactie.

Verder is het de vraag of er aanleiding is om in geval van faillissement een van de huidige bepalingen afwijkende rechtsgang te bepleiten.<sup>59</sup> Ik zou daarbij niet

---

58. Sub 5.11.

59. Waartoe bijvoorbeeld WCO III een mogelijkheid zou bieden.

uit het oog willen verliezen dat de Ondernemingskamer specifieke deskundigheid heeft op het gebied van het medezeggenschapsrecht. Ook is zij in het verleden in staat gebleken in spoedeisende zaken uiterst snel bijeen te komen en te beslissen.<sup>60</sup> Naar mijn overtuiging is het dan ook niet nodig om in geval van faillissement een andere rechter dan de Ondernemingskamer bevoegd te maken. Als al een alternatief zou worden nodig geacht, heeft het mijn voorkeur indien het wordt 'meegenomen' in de rechtsgang van de doorstart zelf, waar de rechter-commissaris de spin in het web is. Indien gewenst kan de rechter-commissaris zonder veel formele plichtplegingen een hoorzitting gelasten, waarbij de curator, de kandidaat-koper en de OR gehoord kunnen worden.

De rechter-commissaris kan een negatief advies van de OR meewegen in zijn beslissing op het toestemmingsverzoek. De rechtsgang voor de OR zou vervolgens gevonden kunnen worden in een aanpassing van art. 67 Fw door de OR daar als belanghebbende beroepsrecht te bieden.

## 7. Protocol

- Indien een curator/bewindvoerder het collectieve personeel toespreekt wordt dit steeds voorafgegaan door een (korte) overlegvergadering met de OR.
- Binnen 2 à 3 dagen houdt de curator/bewindvoerder tezamen met de bestuurder (en eventueel een lid van de Raad van Commissarissen) een overlegvergadering met de OR. Dit gaat vooraf aan een eventuele collectieve personeelsbijeenkomst die gebruikelijk wordt georganiseerd.
- In de eerste bijeenkomst legt de curator/bewindvoerder de nieuwe situatie uit, worden afspraken gemaakt over een zo efficiënt mogelijk verlopende communicatie en wordt gewezen op de wettelijke geheimhoudingsplicht van de OR. Afhankelijk van de toestand van de boedel worden afspraken gemaakt over (vergoeding van) de kosten die de OR moet maken.
- In deze of een latere bijeenkomst informeert de curator/bewindvoerder de OR over de gang van zaken ter zake eventuele voortzetting of doorstart, en indien omzetting in faillissement gaat plaatsvinden. Indien de curator/bewindvoerder geen reële mogelijkheden ziet voor voortzetten of een doorstart, deelt hij dit mede en informeert hij naar de visie van de OR dienaangaande. Indien de curator wil voortzetten als bedoeld in art. 98 Fw vraagt hij de OR om advies en verzoekt hij de OR ommegaand te reageren.
- De curator/bewindvoerder stuurt een kopie aan de OR van een informatie-memorandum of doorstartprotocol dat wordt toegestuurd aan kandidaat-kopers en nodigt de OR uit naar aanleiding daarvan zijn overwegingen aan

---

60. Zoals gebleken in zogenaamde noodzaakfinancieringszaken.

hem kenbaar te maken binnen dezelfde termijn als die aan kandidaat-kopers wordt gesteld voor een bieding.

(Alle voorgaande punten kunnen doorgaans tezamen in een eerste overleg aan de orde komen.)

- Indien overeenstemming over een doorstart zich aftekent, overlegt de curator/bewindvoerder met de kandidaat-koper of deze gebruik wil maken van de mogelijkheid voor een overlegvergadering met de OR. In elk geval voert de curator/bewindvoerder overleg met de OR (waarvan de wijze afhankelijk is van de tijdsdruk) over een eventuele doorstart zodra daarover overeenstemming binnen handbereik is of bereikt, en in ieder geval voordat toestemming aan de rechter-commissaris wordt verzocht. Bij of voorafgaand aan dat overleg wordt advies aan de OR gevraagd over het voorgenomen besluit tot een doorstart. Een en ander geschiedt zo mogelijk schriftelijk. De curator verzoekt de OR mondeling of schriftelijk advies uit te brengen op de kortst mogelijke termijn.
- De curator verschaft in ieder geval een zakelijke vergelijking van eventuele concurrerende biedingen en overigens een opgave van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaardelijk relevante aspecten van de voorkeursbieding. De curator geeft aan waarom naar zijn oordeel de transactie de beste optie is.
- Indien de OR in zijn advies aspecten aan de orde heeft gesteld die aanpassing vergen voor de doorstart, overlegt de curator daarover met de koper. De curator informeert de OR in hoeverre het advies heeft geleid tot aanpassingen.
- Indien en voor zover dat niet het geval is verzoekt de curator aan de OR hem op de kortst mogelijke termijn te bevestigen of afstand wordt gedaan van het recht op beroep. Indien dat niet gebeurt dient de curator een minimale opschortingstermijn van drie dagen in acht te nemen teneinde de OR in de gelegenheid te stellen zijn beroepsrecht uit te oefenen.
- In zijn toestemmingsverzoek informeert de curator de rechter-commissaris omtrent de toegepaste medezeggenschap en het standpunt van de OR.
- Indien de curator besluit tot liquidatie of verkoop van activa zonder dat dat enige voortzetting van (een deel van) de onderneming inhoudt informeert de curator de OR daaromtrent.

## **8. Afronding en conclusie**

In de beslissing van de Ondernemingskamer in de DA-zaak wordt gerefereerd aan het rapport 'Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeids-

rechtelijke positie van hun werknemers<sup>61</sup> waarin naar voren komt dat ondernemingsraden tijdens faillissement slechts in enkele gevallen actief worden betrokken bij de besluitvorming door de curator. Ik herken dat beeld eerlijk gezegd niet, onder gelijktijdige erkenning dat tot de DA-uitspraak van de Hoge Raad curatoren in grotere faillissementen mogelijk geen *formele* rol zagen voor de OR. De OR meestal ook niet, gebiedt diezelfde eerlijkheid dan wel. Dat is nu anders.

Ervaren curatoren zien mijns inziens wel degelijk het voordeel van een goed en open contact met de OR, dat hun hectische taak veelal alleen maar versoepelt.

Ik heb in alle gevallen waarin ik als bewindvoerder<sup>62</sup> of curator<sup>63</sup> of anderszins<sup>64</sup> te maken had met een OR dat eerder als een voor- dan een nadeel ervaren, omdat het een filter biedt op binnenkomende informatie en het verzenden van informatie met medewerking van de OR aanzienlijk effectiever is.

In de surseance van Favini (waarin gedurende 13 weken in drie ploegendienst werd doorgewerkt) trokken de regelmatige personeelsbijeenkomsten een zware wissel op de agenda en heb ik veel voordeel genoten van het steeds voorafgaand gevoerde overleg met de OR. In het faillissement Irmato heeft de voorzitter van de OR telefonisch positief geadviseerd over een doorstart (die aansloot bij een voor de surseance reeds ingezet traject). In het faillissement Componenta (waarin geen extreme tijdsdruk was) hebben we gewerkt met 14-daagse overlegvergaderingen, een formele schriftelijke adviesprocedure en deskundige juridische bijstand voor de OR op kosten van de boedel. Ik heb geen negatieve ervaringen met (verbroken) geheimhouding, met als kanttekening dat het nieuws toch vaak op straat ligt.<sup>65</sup>

De meeste ondernemingsraden zijn zich zeer wel bewust van het feit dat de marges voor wensen of verlangens beperkt zijn en stellen zich realistisch op. De DA-uitspraak dwingt curatoren tot iets meer organisatievermogen, maar brengt hen verder niet in een lastig parket.

---

61. R.o. 3.5 Het rapport van 5 april 2016 is uitgebracht aan het WODC door het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht en opgesteld onder leiding van L.G. Verburg.

62. Favini was voorafgaand aan faillissement 13 weken in surseance, Irmato een week.

63. DFreight, Vekoma, Favini, Cibatax, , Irmato.

64. In het door mijn kantoorgenoot Brouns behandelde faillissement Componenta was ik zeer nauw betrokken bij alle intensieve medezeggenschap.

65. Bij Favini ontdekte het personeel via een op rechtspraak gepubliceerde uitspraak tot zijn schrik dat de beoogde doorstarter geen 300 maar slechts 130 mensen in dienst wilde nemen.