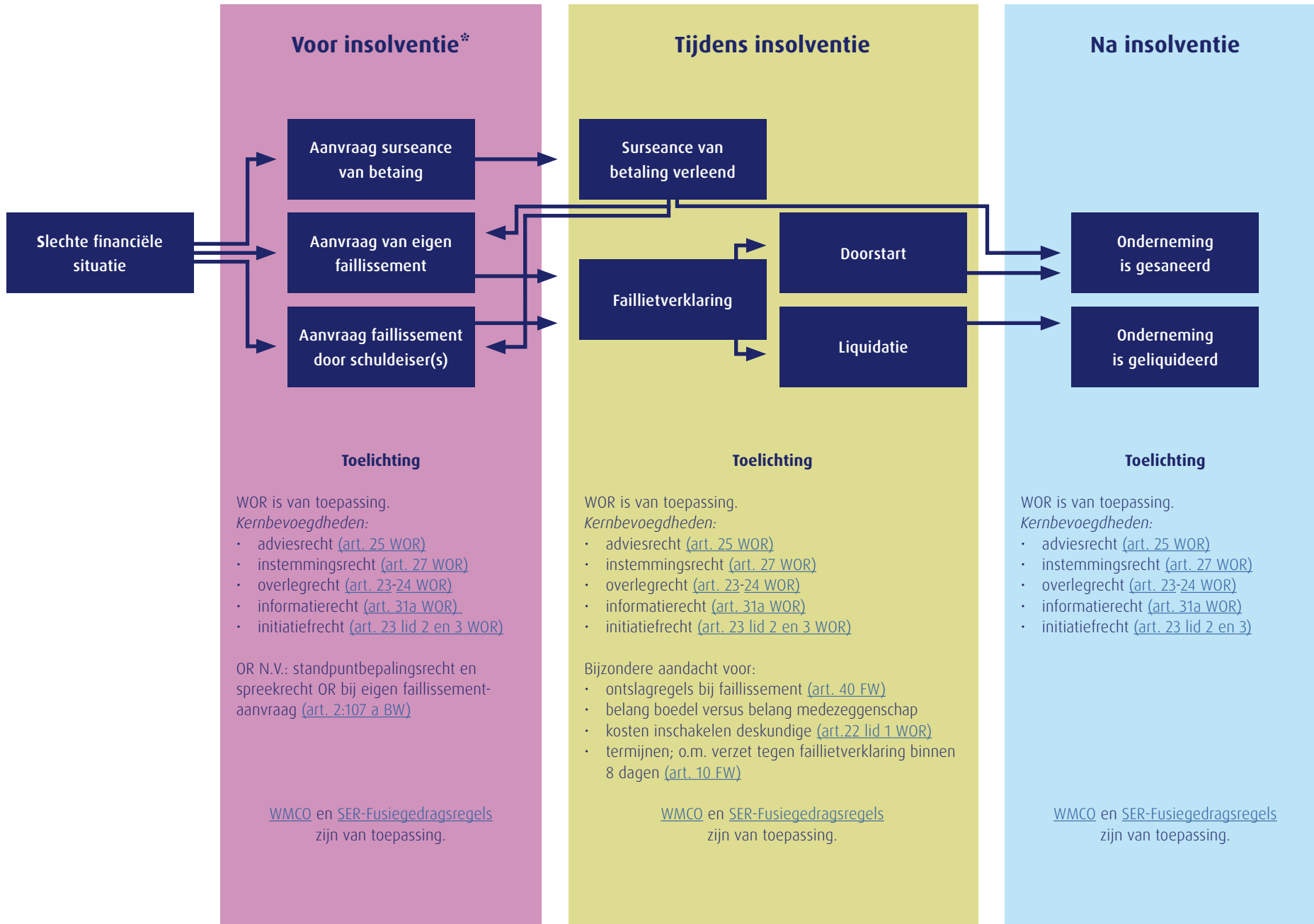


Insolventieprocedures en toepasselijke medezeggenschapsrechten



* De onderwerpen reorganisatie en pre-pack worden niet behandeld in het stroomschema en de toelichting.

Toelichting op stroomschema insolventieprocedures en toepasselijke medezeggenschapsrechten

Inleiding

Insolventie van de ondernemer betekent dat hij in betalingsmoeilijkheden verkeert. De Nederlandse wet kent twee insolventieprocedures, te weten surseance van betaling en faillissement. Voor en tijdens insolventie zijn medezeggenschapsregels in principe van toepassing. Uit onderzoek is gebleken dat dit onvoldoende bekend is¹. Het doel van bijgaand stroomschema is betrokkenen te informeren welke medezeggenschapsrechten gelden ingeval een van de insolventieprocedures zich voordoet. Daarbij is uitgegaan van de situatie dat de ondernemer een ondernemingsraad (hierna: "OR") heeft ingesteld. Het schema biedt werkgevers, werknemers, OR-leden, curatoren en bewindvoerders inzicht in het geldende recht in drie te onderscheiden fases:

- rechten voorafgaand aan insolventie van de ondernemer;
- rechten tijdens insolventie; en
- rechten na insolventie.

Medezeggenschap voorafgaand aan insolventie

Als een onderneming in financiële moeilijkheden verkeert zijn verschillende oplossingen denkbaar. Bijvoorbeeld een reorganisatie of het sluiten van een bedrijfsvestiging. Wanneer dit niet tot het gewenste resultaat leidt, kan een insolventieprocedure volgen. De situatie kan zich ook voordoen dat direct een insolventieprocedure wordt gestart, zonder dat eerst andere maatregelen worden genomen.

De onderwerpen reorganisatie en pre-pack² worden niet behandeld in het stroomschema en deze toelichting. Bij een reorganisatie is er namelijk geen sprake van een situatie waarin de onderneming in surseance van betaling of faillissement verkeert. Wat een pre-pack betreft

¹ Tweede Kamer (2014-2015) 33 695, nr. 9. *Brief d.d. 26 augustus 2015 van minister inzake aanbidding onderzoek "Werknemers en Insolventie: een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever"*.

² Een pre-pack is een vóór faillissement in stilte voorbereide doorstart van (gezonde onderdelen van) de onderneming die door een activatransactie na de faillietverklaring wordt geëffectueerd.

geldt dat een wetsvoorstel³ aanhangig is, zodat vooralsnog niet verwezen kan worden naar een wettelijke regeling van de praktijk, die zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld⁴.

Informatierecht/mededelingsplicht

Van belang is vooral dat de OR in de periode voorafgaande aan insolventie, geïnformeerd en betrokken is bij de gang van zaken binnen de onderneming. Hiermee kan voorkomen worden dat de werknemers en de OR plotseling worden geconfronteerd met een insolventieprocedure.

De Wet op de ondernemingsraden (hierna: "WOR") bevat verschillende bepalingen ter bevordering dat de OR betrokken en geïnformeerd is, ook over de financiële situatie van de onderneming. Zo geldt voor de ondernemer dat hij regelmatig met de OR moet overleggen (artikel 23 WOR). Ook geldt dat hij ten minste twee keer per jaar de OR in een overlegvergadering moet informeren over de algemene gang van zaken van de onderneming (artikel 24 WOR en artikel 31a WOR), daarbij algemene gegevens moet verstrekken over de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het afgelopen halfjaar en zijn verwachtingen meedelen ten aanzien van de werkzaamheden en de resultaten in het komende halfjaar in het bijzonder met betrekking tot de kwesties als bedoel in artikel 25 WOR.

Toepasselijkheid WOR

Wanneer een insolventieprocedure wordt gestart geldt als uitgangspunt dat de rechten uit de WOR van toepassing zijn, zoals het adviesrecht, het instemmingsrecht, het recht op overleg, het recht op informatie en het initiatiefrecht:

- Artikel 25 lid 1 WOR: adviesrecht ten aanzien van een aantal met name genoemde voorgenomen besluiten op bedrijfseconomisch en bedrijfsorganisatorisch terrein.
- Artikel 27 lid 1 WOR: instemmingsrecht ten aanzien van een aantal met name genoemde voorgenomen besluiten inzake het sociale beleid in de onderneming.
- Artikelen 23 en 24 WOR: (verplichte) overlegvergadering, ten minste twee maal per jaar de algemene gang van zaken bespreken.
- Artikel 31a WOR: verstrekking van informatie door de ondernemer aan de OR inzake financiële gegevens over de onderneming.
- Artikel 23 WOR: de OR mag zelf initiatieven voorleggen mits dit nodig is voor een goede vervulling van de medezeggenschapstaken van de OR.

³ Tweede Kamer (2014-2015), 34218, nr. 2, *wetsvoorstel Wet continuïteit onderneming I*.

⁴ Deze pre-pack methode wordt inmiddels door acht van de elf rechtbanken toegepast. Bij de rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg wordt deze praktijk niet toegepast.

Een voorgenomen besluit van de ondernemer om zijn eigen faillissement aan te vragen en surseance van betaling, valt als zodanig niet onder het adviesrecht. Dit volgt uit de wetsgeschiedenis en de rechtspraak⁵. In de rechtswetenschappelijke literatuur is dit standpunt niet onomstreden en wordt bepleit dat de OR wel degelijk een (aangepast) adviesrecht zou moeten toekomen in deze situatie⁶. Bij een faillissementsaanvraag door de schuldeisers bestaat hoe dan ook geen adviesrecht voor de OR. Een voorwaarde voor een adviesplichtig besluit is immers dat het gaat om een voorgenomen besluit van de *ondernemer*. Bij een aanvraag door schuldeisers is dit niet het geval.

Voor de OR van een naamloze vennootschap (hierna: "N.V.") geldt een afwijkende regeling. Dit volgt uit artikel 2:107a Burgerlijk Wetboek (hierna: "BW"). Voordat een N.V. zijn eigen faillissement kan aanvragen moet de aandeelhoudersvergadering daarover beslissen. De OR van de N.V. heeft een standpuntbepalingsrecht en een spreekrecht in die algemene aandeelhoudersvergadering.

Toepasselijkheid WMCO en SER-Fusiegedragsregels

De ondernemer moet de Wet melding collectief ontslag (hierna: "WMCO") naleven in het geval hij meer dan 20 werknemers binnen een periode van drie maanden ontslaat (artikel 3 en 4 WMCO). Denkbaar is dat voorafgaand aan een surseance van betaling of faillissement ontslagen plaatsvinden die vallen onder de reikwijdte van de WMCO. De werkgever is in dat geval gehouden om de vakbonden hierover tijdig te raadplegen. Een gelijktijdige mededeling moet de werkgever doen aan het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: "UWV"). Bij de melding aan het UWV moet ook worden aangegeven of de onderneming een OR heeft ingesteld en zo ja of de OR is geraadpleegd indien er sprake is van een adviesplichtig besluit ingevolge artikel 25 lid 1 WOR. Doordat de werkgever het ontslag moet melden bij het UWV, kan de werkgever pas één maand na die melding de arbeidsovereenkomst met de werknemers opzeggen. Deze termijn geldt niet wanneer de vakbonden zijn geraadpleegd en zij instemmen met het ontslag.

Ook kunnen de bepalingen uit de SER-Fusiegedragsregels (hierna: "FGR") relevant zijn, bijvoorbeeld wanneer in de periode voorafgaande aan insolventie een onderdeel van de onderneming overgedragen wordt. De FGR beschermen de belangen van in de onderneming werkzame personen bij voorgenomen fusies en overnames van ondernemingen of een onderdeel daarvan. Het begrip 'fusie' is in de FGR ruim gedefinieerd. Daaronder valt elke

⁵ Hoge Raad 6 juni 2001, NJ 2001,477 (YCV IJsselwerf); Tweede Kamer (1996-1997), 24615, nr.28, p.30-31.

⁶ Zie o.a. I. Zaal (2014), De reikwijdte van medezeggenschap, Deventer: Kluwer, p.235-236 en p. 256.

verkrijging of overdracht van de zeggenschap, direct of indirect, over een onderneming of een onderdeel daarvan, alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen (artikel 1 FGR). De FGR zijn van toepassing wanneer in ten minste één van de bij de fusie betrokken ondernemingen vijftig of meer werknemers betrokken zijn (artikel 2 FGW). Als de FGR van toepassing zijn, moeten de betrokken vakbonden geïnformeerd worden over de sociale, economische en juridische gevolgen van de voorgenomen fusie (artikel 4 FGR). Tegelijkertijd met de melding aan de vakbonden moet de Sociaal-Economische Raad (hierna: "SER") geïnformeerd worden, omdat hij toeziet op de naleving van de FGR.

Medezeggenschap tijdens insolventie

Wijziging zeggenschap

Een insolventieprocedure wijzigt de zeggenschap binnen een onderneming in vergaande mate. Vanaf het moment van faillietverklaring krijgt de curator de zeggenschap over de onderneming. De curator is daarmee de bestuurder geworden in de zin van de WOR (artikel 1 lid 1 sub e WOR). De curator krijgt hiermee het beheer over het vermogen met als doel dit te vereffenen voor de schuldeisers. De rechter-commissaris houdt toezicht op het handelen van de curator. Dit is anders in het geval van surseance van betaling. Dan blijft de persoon van de bestuurder van de onderneming ongewijzigd, maar wordt daarnaast een bewindvoerder aangesteld. Hoewel de bestuurder nog steeds zeggenschap heeft, kan hij zonder instemming van de bewindvoerder geen besluiten nemen.

Toepasselijkheid WOR

Tijdens beide insolventieprocedures is de WOR van toepassing. Wanneer bijvoorbeeld het voornemen bestaat een deel van de onderneming af te stoten, zal de bestuurder (i.c. curator bij faillissement of bestuurder samen met de bewindvoerder in geval van surseance van betaling) in principe een adviesaanvraag ex. artikel 25 lid 1 WOR aan de OR moeten voorleggen. Hierbij moet rekening worden gehouden met het feit dat na faillietverklaring of surseance van betaling een hectische situatie ontstaat voor zowel de bestuurder als de werknemers en OR-leden. Te denken valt aan tijdsdruk, geheimhouding en voor OR-leden hun eigen positie. Dit beïnvloedt de wijze waarop de bestuurder en OR-leden invulling geven aan medezeggenschapsrechten. Een spoedige afwikkeling van een faillissement leidt doorgaans tot een beter resultaat voor alle belanghebbenden. Met inachtneming van het betrokken houden van werknemers moet de faillissementsafwikkeling dus niet onnodig worden vertraagd.

Ontslag van werknemers

In geval van faillissement zal de curator doorgaans zo snel mogelijk de werknemers ontslaan in verband met de loonkosten die doorlopen. Voor werknemers geldt dat na faillietverklaring de curator de arbeidsovereenkomst zonder toestemming van het UWV kan opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van maximaal 6 weken (artikel 40 Faillissementswet ("FW")). Wel heeft de curator toestemming nodig van de rechter-commissaris. De ontslagbescherming die ondernemingsraadsleden normaal gesproken genieten op grond van artikel 6:760 lid 4 BW en artikel 21 WOR, geldt niet wanneer bij een faillissement de onderneming wordt beëindigd (artikel 7:670a lid 2 sub d BW). De heersende — maar niet onbetwiste — leer is dat deze ontslagbescherming ook niet geldt wanneer de curator bij een faillissement de onderneming voortzet⁷.

Deskundigheid OR

Ervan uitgaande dat de OR actief blijft tijdens een insolventieprocedure, is het de vraag of hij gebruik kan maken van zijn recht een deskundige te raadplegen in verband met de daarmee gemoeide kosten⁸. Het kan voor een OR nodig zijn om tijdens een insolventieprocedure een deskundige in te schakelen om zijn werk goed te kunnen vervullen. Het is evenwel de vraag of deze kosten voor rekening van de ondernemer kunnen komen (artikel 22 lid 2 WOR). Dat zal alleen kunnen in overleg met de curator, want deze kosten komen in beginsel niet in aanmerking voor vergoeding uit de failliete bedoel, gezien het bepaalde in artikel 24 FW en de heersende leer van de Hoge Raad omtrent boedelschulden.

Toepasselijkheid WMCO en SER-Fusiegedragsregels

Bij de toepasselijkheid van de WMCO en de SER-Fusiegedragsregels (hierna: "FGR") is in het voorgaande reeds stilgestaan.⁹ Ook tijdens insolventie zal de ondernemer de WMCO, indien van toepassing, moeten naleven. De WMCO kent echter wel afwijkende bepalingen in geval van faillissement. Zo geldt dat een mededeling aan het UWV inzake het voornemen tot collectief ontslag alleen nodig is wanneer het UWV hierom verzoekt (artikel 3 lid 1 WMCO). Voorts geldt dat de wachttijd van één maand voordat de werkgever tot ontslag van werknemers mag overgaan, niet van toepassing is als sprake is van een faillissement (artikel 5a WMCO).

⁷ Zie I. Zaal (2014), *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer, p.247 voetnoten 64 en 65.

⁸ Zie artikelen 16, 22 en 23a WOR.

⁹ Zie in deze toelichting het onderdeel "Medezeggenschap voorafgaand aan insolventie" subonderwerp "Toepasselijkheid WMCO en SER-Fusiegedragsregels".

Ook kunnen de bepalingen uit de FGR relevant zijn, bijvoorbeeld wanneer tijdens insolventie (een onderdeel van) de onderneming overgedragen wordt. Indien een onderneming in staat van surseance van betaling of faillissement verkeert, dan is in beginsel onverminderd sprake van een onderneming in de zin van de FGR (artikel 1 lid 1, onder a FGR). Het uitgangspunt blijft dat de vakbonden geïnformeerd moeten worden over de sociale, economische en juridische gevolgen van de voorgenomen fusie (artikel 4 FGR) en dat de SER ook gelijktijdig geïnformeerd moet worden over een voorgenomen fusie.

Beëindiging insolventie

Aan iedere insolventieprocedure komt in principe een einde. Surseance van betaling eindigt wanneer de onderneming weer financieel gezond wordt of wanneer faillissement wordt aangevraagd en toegewezen. Na een faillietverklaring heeft de curator twee mogelijkheden: ofwel de boedel vereffenen zodat de onderneming wordt opgeheven ofwel een doorstart maken. Bij een doorstart zijn verschillende varianten denkbaar zoals: gehele doorstart, gedeeltelijke doorstart of doorstart in de vorm van een overname.

Medezeggenschap na beëindiging insolventie

Na afronding van de insolventieprocedure is de oorspronkelijke onderneming ofwel beëindigd ofwel weer een regulier opererende onderneming of onderdeel van een regulier opererende onderneming. In het eerste geval is er geen medezeggenschap. In de twee overige situaties is sprake van een normale situatie en gelden de WOR, WMCO en FGR onverkort. ■