

Aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
Postbus 90801  
2509 LV 'S-GRAVENHAGE

**BETREFT** Reactie op uw brief d.d. 23 september 2015

**DEN HAAG** 14 december 2015 **E-MAIL** s.geelkerken@ser.nl  
**ONS KENMERK** 15.02609 **TOESTELNUMMER** 070 3499 530  
**BIJLAGE(N)**

Geachte heer Asscher,

In uw brief van 23 september 2015 heeft u de SER-commissie Bevordering Medezeggenschap (hierna te noemen: 'de CBM') gevraagd een reactie te geven op het onderzoek van de VU 'Werknemers en insolventie: een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever'.<sup>1</sup> Ten aanzien van het onderwerp medezeggenschap constateren de onderzoekers dat in de praktijk vaak ten onrechte wordt verondersteld dat de medezeggenschapsregels bij insolventie van de werkgever niet van toepassing zijn. Meer concreet heeft u de CBM het volgende verzocht:

- Te bezien in hoeverre er meer bekendheid kan worden gegeven aan het feit dat de medezeggenschapsregels bij insolventie van de werkgever in beginsel wel degelijk van toepassing zijn. U heeft daarbij verzocht zowel de rol van de werknemers en werkgevers als die van de curatoren te betrekken.
- De reflectie van de CBM op de diverse in het onderzoek beschreven ideeën in de literatuur om de medezeggenschap in faillissementssituaties te bevorderen.<sup>2</sup> Indien de CBM zelf nog andere mogelijkheden ziet ter bevordering van medezeggenschap van werknemers bij insolventie, wenst u dit eveneens te vernemen.

In deze brief voorziet de CBM u van de gevraagde reactie. Alvorens de CBM haar reactie zal toelichten, allereerst enkele opmerkingen vooraf. Ten behoeve van de beknoptheid van deze brief verwijst de CBM voor meer achtergrondinformatie naar bovengenoemd onderzoek.

---

<sup>1</sup> Dit onderzoek is verricht door de Vrije Universiteit en was aan de Tweede Kamer toegezegd. In het Algemeen Overleg op 24 september 2014 was aandacht gevraagd voor de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in faillissement, mede naar aanleiding van de doorstart van de failliete kinderopvangorganisatie Estro. Naar aanleiding van hetgeen in dit AO is besproken heeft u een onderzoek uitgezet om meer inzicht te krijgen in de positie van werknemers in geval van insolventie van hun werkgever in vergelijking met de ons omringende landen.

<sup>2</sup> Bij deze reflectie heeft de CBM vooral het onderzoeksrapport van de VU en de daarin genoemde literatuur betrokken zoals genoemd in hoofdstuk 6.

Insolventie van de werkgever kan zowel de situatie van surseance van betaling als die van faillissement betreffen. De CBM heeft zich in onderstaande reactie hoofdzakelijk gericht op de situatie van faillissement. De reden hiervoor is dat na een faillissementsverklaring de zeggenschap binnen een onderneming vergaand wijzigt. De curator is na faillietverklaring bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden (hierna te noemen: 'WOR'). 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. Verder geldt dat een surseance van betaling zonder dat daar faillissement op volgt, in de praktijk weinig voorkomt.

De reactie in deze brief ziet enerzijds op medezeggenschap vóór faillissement, waarbij het vooral gaat om situaties waarin een ondernemer zijn eigen faillissement aanvraagt. Wanneer faillissement door derden wordt aangevraagd is immers geen sprake van een besluit van de ondernemer. En anderzijds op medezeggenschap na faillietverklaring, waarbij de vraag wie het faillissement heeft aangevraagd, niet relevant is voor het toepassen van medezeggenschapsregels.

Het onderwerp pre-pack zal onbesproken blijven nu het wetsvoorstel Wet continuïteit onderneming I<sup>3</sup> – dat ziet op de pre-pack – nog in behandeling is.

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

- De rechten uit de WOR zoals het adviesrecht, het instemmingsrecht, het recht op overleg en het recht op informatie gelden zowel vóór als ná de faillietverklaring. Een voorgenomen besluit van de ondernemer om zijn eigen faillissement aan te vragen valt als zodanig niet onder het adviesrecht.<sup>4</sup> In het geval van een naamloze vennootschap heeft de OR wel een standpuntbepalingrecht en een spreekrecht in de algemene aandeelhoudersvergadering. Uiteraard geldt dit alleen bij de eigen faillissementsaanvraag;
- Bij toewijzing van een faillissementsaanvraag wordt de curator bestuurder in de zin van de WOR. De curator is gehouden de WOR na te leven. De OR kan op grond van artikel 10 Faillissementswet (hierna te noemen: 'Fw') verzet aantekenen tegen de faillietverklaring.
- Naast de WOR zal de ondernemer respectievelijk de curator ook de Wet Melding Collectief Ontslag (hierna te noemen: 'WMCO') en de SER-fusiegedragsregels moeten naleven. Dit geldt zowel vóór als ná faillietverklaring. Uiteraard alleen in het geval deze regels in een specifieke situatie van toepassing zijn.

De CBM constateert dat in veel faillissementen de toepassing van medezeggenschapsregels achterwege blijft. Met name wordt de OR veelal niet geraadpleegd en niet geïnformeerd. OR'en worden vaak geconfronteerd met een plotselinge faillietverklaring van de onderneming. Tijdig informeren en betrekken van de OR bij de gang van zaken binnen de onderneming kan dergelijke verrassingen voorkomen. De WOR bevat hiervoor verschillende bepalingen. Zo dient de bestuurder de OR tijdig en regelmatig de financiële informatie te verstrekken op grond van artikel 31a WOR, daarnaast dient de bestuurder invulling te geven aan de

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr.2.

<sup>4</sup> In de rechtswetenschappelijke literatuur is dit standpunt overigens niet onomstreden. Een aantal auteurs bepleit dat de OR wel degelijk een adviesrecht toekomt.

overlegvergaderingen (artikel 23 WOR) en aan het halfjaarlijks overleg over de algemene gang van zaken van de onderneming op grond van artikel 24 WOR. Het ligt voor de hand dat in die overleggen financiële problemen van de onderneming en een dreigende insolventie aan de orde komen.

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

### ***Bekendheid geven aan medezeggenschapsregels bij insolventie***

De CBM acht het mogelijk meer bekendheid te geven aan de toepasselijkheid van medezeggenschapsregels in geval van insolventie. Zij zal zich buigen over de invulling daarvan.

#### *Voorlichting via stroomschema*

De CBM is in ieder geval voornemens voorlichting te geven door het opstellen en publiceren van een stroomschema inzake het bestaande recht. Het doel van dit stroomschema is om betrokkenen - in het bijzonder werknemers, werkgevers en curatoren - op een overzichtelijke wijze te informeren over de medezeggenschapsrechten die van toepassing zijn voorafgaand aan en tijdens insolventie. Door deze rechten helder uiteen te zetten, kan worden bevorderd dat betrokkenen beter bekend zijn met de toepasselijke medezeggenschapsrechten dan nu het geval is.

#### *Scholing curatoren*

Verder meent de CBM dat er meer aandacht voor medezeggenschap moet zijn binnen de opleiding voor curatoren. Meer specifiek gaat het daarbij om de toepasselijkheid van medezeggenschapsregels in geval van insolventie en om het bewustzijn van het belang OR/werknemers te betrekken bij de ontwikkelingen. De CBM zal hierover contact opnemen met de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD) en de Vereniging Jonge Insolventie Advocaten (JIRA).

#### *Toezicht door rechter-commissaris*

Na faillietverklaring houdt de rechter-commissaris toezicht op het handelen van de curator. Als onderdeel daarvan kan hij erop toezien dat de curator de medezeggenschapsregels naleeft. De CBM zal hierover contact opnemen met het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen (Recofa).

### ***Suggesties ter bevordering van de medezeggenschap in geval van faillissement***

Het geven van bekendheid aan de medezeggenschapsregels, zoals hierboven beschreven, draagt er volgens de CBM aan bij dat de OR eerder wordt betrokken bij de gang van zaken bij faillissement van de onderneming. De CBM ziet daarnaast enkele meer gerichte mogelijkheden om de medezeggenschap in faillissementssituaties te bevorderen. Zij worden hierna toegelicht.

*Informatierecht/mededelingsplicht; artikel 31a WOR en artt. 23 en 24 WOR*

De ondernemer/bestuurder verstrekt bij de indiening van de eigen faillissementsaanvraag gelijktijdig een kopie aan de OR. Dat is een gemakkelijke en procedureel niet complicerende handeling. De OR blijft zo op de hoogte van de ontwikkelingen. Om na te gaan of de ondernemer/bestuurder daadwerkelijk de OR heeft voorzien van een kopie, kan hierover een vraag worden opgenomen in de aanvraagformulieren die de rechtbanken hanteren ter beoordeling van een eigen faillissementsaanvraag.

In de literatuur wordt voorgesteld een adviesrecht zonder beroepsmogelijkheid ten aanzien van een voorgenomen besluit tot een eigen faillissementsaanvraag in te voeren. Dit levert naar het oordeel van de CBM geen toevoegde waarde op. In de situatie dat de ondernemer de medezeggenschapsregels<sup>5</sup> correct naleeft zou dit adviesrecht betekenen dat de OR twee keer hetzelfde werk moet doen en de ondernemer enkele dagen vertraging oploopt met het indienen van de faillissementsaanvraag. Immers de OR is dan al ruim vóór de faillissementsaanvraag betrokken en geïnformeerd over de financiële situatie en de gang van zaken. Hij kan dan al aangeven hoe wordt aangekeken tegen de plannen van de bestuurder en kan dan al reageren naar bevind van zaken.

Andersom, in de situatie dat de ondernemer de medezeggenschapsregels<sup>6</sup> *niet* correct naleeft, is de OR vlak voor de faillissementsaanvraag niet op de hoogte van de financiële situatie en de gang van zaken. Dan zou dit adviesrecht tot gevolg hebben dat de OR in een zeer korte tijd een advies moet uitbrengen, mogelijk op basis van gebrekkige informatie, waarbij geen sanctie staat op het niet naleven van dit advies.

*Rechterlijke toetsing betrokkenheid OR*

De rechter respectievelijk de rechter-commissaris kan in faillissementssituaties toetsen of de ondernemer respectievelijk de curator de van toepassing zijnde medezeggenschapsregels heeft nageleefd. Daartoe kunnen de aanvraagformulieren die rechtbanken hanteren ter beoordeling van een eigen faillissementsaanvraag, met de volgende vragen worden aangevuld:

1. Is er een OR ingesteld binnen de onderneming?
2. Zo ja, is de OR over de faillissementsaanvraag gehoord voorafgaand aan de indiening van de eigen faillissementsaanvraag?
  - a. Zo ja, bij de eigen faillissementsaanvraag een verslag voegen van de overlegvergadering waarin de OR is gehoord;
  - b. Zo nee, bij de eigen faillissementsaanvraag een toelichting voegen waarom de OR niet is gehoord.

De beantwoording van deze vragen kan voor de rechter aanleiding zijn om de aanvraag aan te houden en de ondernemer/bestuurder alsnog in de gelegenheid te stellen de OR<sup>7</sup> te horen, of – wanneer hij oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht vermoedt – de OR zelf te horen, of in het ultieme geval de aanvraag af te wijzen.

De CBM meent dat de rechter de curator moet informeren over zijn bevindingen over het voortraject van de faillietverklaring, waaronder het antwoord op de vraag of de ondernemer/bestuurder de OR heeft gehoord. Dit biedt de curator de mogelijkheid eerder aandacht te besteden aan de vraag of mogelijk sprake is van oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht. Zo nodig kan de curator de werknemers en/of OR hierover

<sup>5</sup> Met name artikelen 31a, 23 en 24 WOR.

<sup>6</sup> Met name artikelen 31a, 23 en 24 WOR.

<sup>7</sup> De OR/PVT en bij het ontbreken daarvan de werknemers zelf.

informereren en hen wijzen op hun rechten. De CBM zal hierover contact opnemen met de Raad voor de Rechtspraak, INSOLAD en JIRA.

*Opkomen tegen handelingen van de curator; artikel 69 Fw*

Naar het oordeel van de CBM heeft de OR ook na de faillietverklaring medezeggenschap met betrekking tot het handelen van de curator. De huidige faillissementswet geeft in artikel 69 Fw de mogelijkheid aan de schuldeisers, de commissie van schuldeisers en de gefailleerde zelf om op te komen tegen handelingen van de curator. Doel van deze bepaling is de curator onder controle te stellen van hen in wier belang hij is aangesteld. Gezien de jurisprudentie ligt een ruimer begrip van 'belanghebbenden' hier voor de hand<sup>8</sup>. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij artikel 10 Fw. De OR is belanghebbende indien hij het belang vertegenwoordigt van – ten minste – een groep werknemers binnen de onderneming. Onder het geldende recht zou een beroep van de OR op artikel 69 Fw in zo'n geval dan ook ontvankelijk moeten worden verklaard, zo meent de CBM<sup>9</sup>.

*Termijnen na faillietverklaring knelpunt voor medezeggenschap*

De CBM constateert dat het in acht nemen van termijnen die volgens de WOR en de WMCO gelden, kan conflicteren met de tijdsdruk die geldt voor de beslissingen in de situatie van faillissement. Een spoedige afwikkeling van een faillissement leidt namelijk doorgaans tot een beter resultaat voor alle belanghebbenden en moet dus niet onnodig worden vertraagd. De CBM denkt dat het zinvol kan zijn nader te bezien in hoeverre deze termijnen kunnen worden verkort.

**Tot slot**

De CBM hoopt u met deze brief te hebben voorzien in de gevraagde reactie. De CBM is uiteraard graag bereid u van een nadere toelichting te voorzien.

Hoogachtend,  
namens de Commissie Bevordering Medezeggenschap,



prof. mr. E. Verhulp  
voorzitter

<sup>8</sup> HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (Sigmacon II), HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, JOR 1996/48 (Maclou-arrest, ook wel genoemd Leidsche Wolspinnerij)

<sup>9</sup> Zie ook I. Zaal (2014), *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer, p. 256.