

De curator en het adviesrecht van de ondernemingsraad

Willem Bouwens¹

In mei 2016 oordeelde de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam dat bij een doorstart van een onderneming na faillissement de curator geen advies hoeft te vragen aan de ondernemingsraad (OR). Het adviesrecht zou in beginsel onverenigbaar zijn met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator. In het navolgende onderwerpt Willem Bouwens de uitspraak aan een kritische beschouwing. Hij concludeert dat voor de door de Ondernemingskamer aangebrachte inperking van het adviesrecht van de OR onvoldoende grond bestaat.

Het oordeel van de Ondernemingskamer

Op 23 december 2015 verleende de Rechtbank Amsterdam aan de zustervenootschappen DA Retailgroep BV en Retail Shared Service Centre BV (hierna tezamen aangeduid als: DA Retailgroep) voorlopig surseance van betaling. De bewindvoerder voerde daarna gesprekken met diverse partijen over een mogelijke doorstart. Twee partijen deden een bod. Vervolgens werd bij vonnis van 29 december 2015 het faillissement van DA Retailgroep uitgesproken. Hoewel het andere bod een iets hogere koopprijs voor de activa inhield, koos de curator uit werkgelegenheidsoverwegingen, met toestemming van de rechter-commissaris, voor het bod van Nederlandse Drogisterij Service (NDS). De curator heeft vervolgens, met machtiging van de rechter-commissaris, de arbeidsovereenkomsten van de medewerkers van DA Retailgroep opgezegd met inachtneming van de geldende opzegtermijnen. Een groot aantal werknemers is door NDS in dienst genomen.

De ondernemingsraad van DA kwam op grond van artikel 26 Wet op de ondernemingsraden (WOR) in beroep bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam. De raad stelde zich op het standpunt dat het besluit tot verkoop neerkwam op overdracht van de zeggenschap over (een onderdeel van) de onderneming en voor het overige op beëindiging van de onderneming. Op grond van artikel 25 lid 1 onderdelen a en c WOR zou de curator de OR daarom vooraf advies hebben moeten vragen. Nu de curator dit had verzaakt, moest volgens de OR worden geconcludeerd dat hij bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen. De Ondernemingskamer wijst het verzoek af.² Zij overweegt:

‘Over de vraag of het adviesrecht van een ondernemingsraad in het algemeen ook (al dan niet onverkort) geldt gedurende het faillissement van de (rechts)persoon die de onderneming in stand hield, geeft de wet niet met zoveel woorden uitsluitel. Richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad hierover ontbreekt eveneens. De parlementaire geschiedenis biedt evenmin voldoende aanknopingspunten ter beantwoording van die vraag. In de literatuur zijn de meningen verdeeld. Uit het rapport “Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers” (aan het WODC uitgebracht door Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit) d.d. 5 april 2016 komt naar voren dat de ondernemingsraad tijdens faillissement in de praktijk slechts in enkele gevallen actief wordt betrokken bij de besluitvorming door de curator.’

Vervolgens stelt de Ondernemingskamer vast dat het adviesrecht zich niet eenvoudig met het faillissementsrecht laat rijmen.

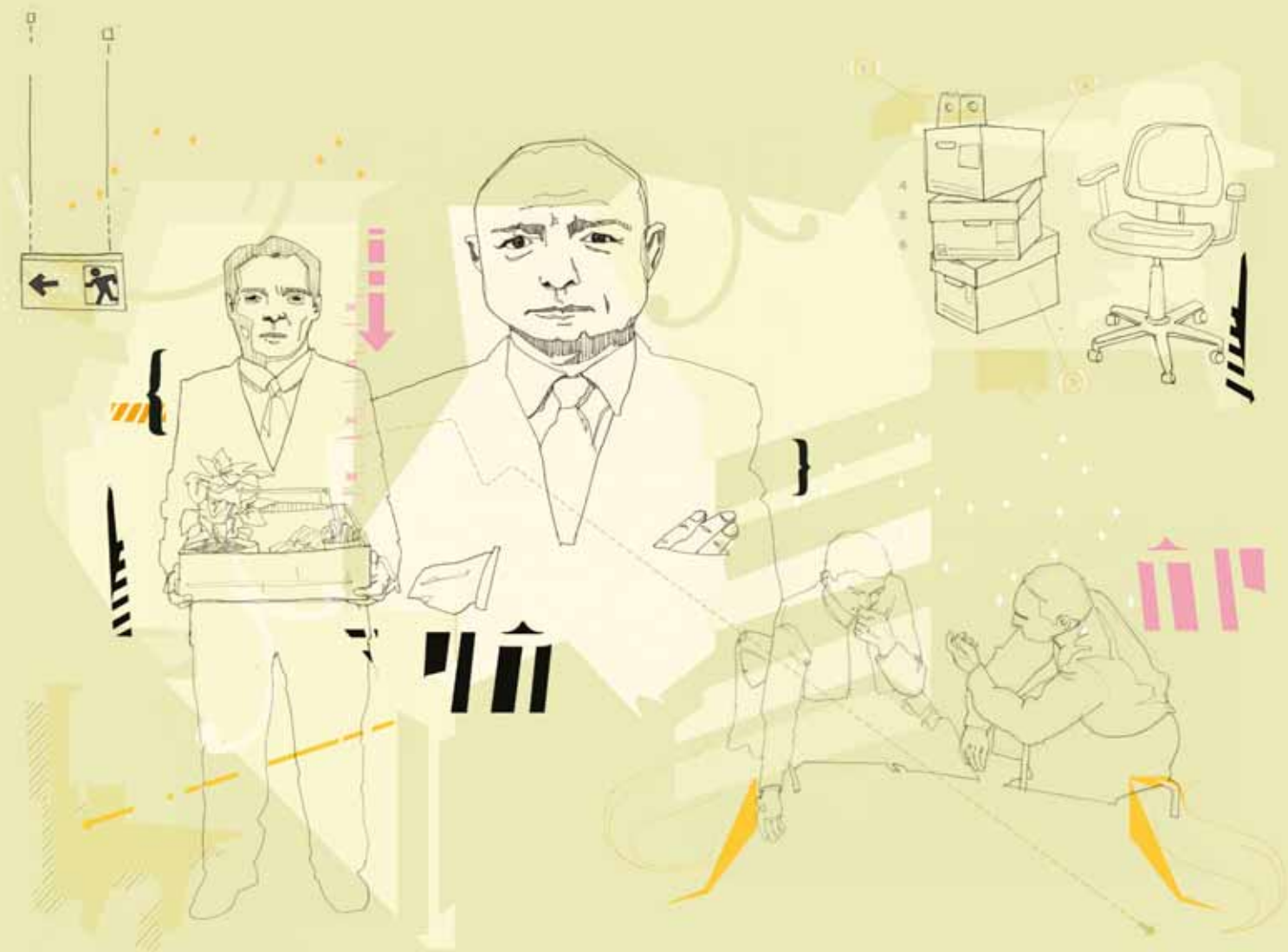
‘De invloed van een eventueel advies en daarmee de reikwijdte van een eventueel adviesrecht van de

Auteur

1. Prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens
is hoogleraar Sociaal Recht aan de Vrije
Universiteit Amsterdam.

Noten

2. Hof Amsterdam 26 mei 2016,
ECLI:NL:GHAMS:2016:2020.



© Ana Barateiro, ImageZoo / Alamy

ondernemingsraad wordt in een faillissementsituatie (...) wezenlijk beperkt door de noodlijdende toestand van de onderneming en door het doel van het faillissementsrecht. Een van de hoofdtaken van een faillissementscurator betreft immers de vereffening van de boedel: de bestanddelen van de boedel dienen te gelde te worden gemaakt, opdat de gezamenlijke schuldeisers van de failliet uit die opbrengst zoveel mogelijk voldaan kunnen worden. De wet geeft de curator daartoe specifieke bevoegdheden die, ten behoeve van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, afbreuk doen aan de rechten die anderen, onder wie werknemers, in een normale situatie hebben. Zo heeft de curator bijvoorbeeld de mogelijkheid om – met machtiging van de rechter-commissaris – de arbeidsovereenkomsten van de werknemers op te zeggen zonder dat een ontslagvergunning is vereist. De curator zal bij het te gelde maken van de activa de belangen van de werknemers van de failliete onderneming weliswaar mee

laten wegen – zoals hij ook in het onderhavige geval heeft gedaan – maar de hoogte van de opbrengst voor de faillissementsboedel zal voor de curator leidend zijn. Het is daarom zeer de vraag in hoeverre het advies van de ondernemingsraad op een voorgenomen besluit van de curator tot verkoop van die activa nog van wezenlijke invloed zou kunnen zijn, gelet op het primaat van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet in het faillissementsrecht. Tot slot overweegt de Ondernemingskamer dat de termijn van een maand ex artikel 25, zesde lid WOR ook niet goed valt in te passen in een situatie van faillissement. Het adviesrecht is derhalve naar het oordeel van de Ondernemingskamer in beginsel onverenigbaar met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator.’

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer is voldoende vast komen te staan dat de curator de onderneming van de gefailleerde vennootschappen gedurende de faillis-

Voor de minister was de gebrekkige naleving van de WOR juist aanleiding om te bezien in hoeverre meer bekendheid kan worden gegeven aan het feit dat bij insolventie de medezeggenschapsregels wel degelijk van toepassing blijven

sementen niet heeft voortgezet. Zijn handelingen als curator waren beperkt tot het, met toestemming van de rechter-commissaris, uitvoering geven aan het door hem als bewindvoerder tijdens de surseance in gang gezette biedingsproces en het daarna verder afwickelen van de failliete boedels. Hij was volgens de Ondernemingskamer daarom niet gehouden (vooraf) advies van de OR te vragen met betrekking tot het besluit tot verkoop. Ten overvloede overweegt het hof dat het voorgaande niet wegneemt dat de faillissementscurator er in het algemeen goed aan kan doen om de ondernemingsraad te informeren over de stand van zaken en actuele ontwikkelingen in het faillissement, zoals de voortgang in een eventueel overnameproces.

De argumenten gewogen

De Ondernemingskamer stelt voorop dat de wet niet met zoveel woorden uitsluitel geeft over de vraag of het adviesrecht (al dan niet onverkort) geldt tijdens faillissement. Klaarblijkelijk wil het hof aan die constatering de ruimte ontnemen om de rol van de OR in deze situatie te beperken. Waar na faillissement afbreuk wordt gedaan aan de rechten die anderen in een normale situatie hebben, heeft dat echter als regel een uitdrukkelijke wettelijke grondslag. Zo is de beperking van de ontslagbescherming, waaraan ook de Ondernemingskamer refereert, gebaseerd op artikel 40 Faillissementswet. Het ontbreken van een wettelijke uitzondering voor de WOR-verplichtingen vormt mijns inziens daarom eerder een aanwijzing dat de medezeggenschapsaanspraken van de OR in beginsel niet door een faillissement worden geraakt.

De Ondernemingskamer constateert vervolgens dat de Hoge Raad zich nog niet over de aan haar voorgelegde kwestie heeft uitgelaten. Dat is correct. Op het terrein van medezeggenschap en insolventie kan alleen worden gewezen op de in 2001 gewezen beschikking in de zaak *Ijselwerf*. Deze zaak betrof echter niet het adviesrecht na faillietverklaring, maar de vraag of het voornemen van de ondernemer om zelf surseance aan te vragen adviesplichtig is op grond van artikel 25 lid 1 aanhef en onder e WOR. De Hoge Raad beantwoordde die vraag negatief. De benoeming van een bewindvoerder brengt geen verandering in de interne verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming. De Raad verwees in dat kader naar de parlementaire geschiedenis van de wijziging van de WOR van 1998 en stelde op grond daarvan vast dat de vraag of de ondernemingsraad medezeggenschap dient te hebben ter zake van voorgenomen besluiten tot het aanvragen van het (eigen) faillissement of surseance van betaling door de wetgever onder ogen is gezien en negatief is beantwoord. De Hoge Raad voegde daaraan echter toe dat voor zover de surseance van betaling aangevraagd wordt

in verband met de mogelijke bedoeling de onderneming geheel of gedeeltelijk te staken, het adviesrecht van de OR na de verleende surseance van betaling in stand blijft.

Een zelfde benadering kan met een beroep op de wetsgeschiedenis ten aanzien van het faillissement worden bepleit. Uit de door de Hoge Raad aangehaalde parlementaire stukken blijkt namelijk dat de parlementaire stukken – anders dan de Ondernemingskamer in zijn uitspraak veronderstelt – wel degelijk voldoende aanknopingspunten biedt voor een positieve beantwoording van de aan haar voorgelegde vraag. In de Nota naar aanleiding van het Verslag bij de wetwijziging zet de verantwoordelijk minister uiteen dat het ontbreken van een adviesrecht ten aanzien van de eigen faillissements- of surseanceaanvraag niet betekent dat de ondernemingsraad volledig buiten spel staat. Een van de voorbeelden die hij in dat kader noemt, is voor deze bespreking van bijzonder belang:

‘Mocht de curator c.q. de bewindvoerder het voornemen hebben om besluiten te nemen als bedoeld in onder andere artikel 25 van de WOR, dan dient hij daarbij de rechten van de ondernemingsraad te respecteren.’³

De Ondernemingskamer stelt voorts dat de meningen in de literatuur over de kwestie verdeeld zouden zijn. In lijn met het uitgangspunt dat medezeggenschap is gekoppeld aan het (voort)bestaan van de onderneming – en dus niet aan dat van de rechtspersoon die de onderneming in stand houdt – zijn alle auteurs die zich in het verleden meer dan oppervlakkig met deze vraag hebben bezig gehouden van oordeel dat ingeval de onderneming in faillissement wordt voortgezet, de curator gehouden is de verplichtingen uit de WOR na te leven.⁴ De Ondernemingskamer lijkt zich in de uitspraak achter deze opvatting te scharen. Zij concludeert echter dat in casu geen sprake was van een voortzetting omdat de handelingen van de curator beperkt waren tot het uitvoeren van het reeds in gang gezette biedingsproces en de afwikkeling van de boedels. Daarmee hanteert zij een zeer beperkte uitleg van het begrip ‘voortzetting’. Voor een adviesrecht van de OR lijkt bij die interpretatie slechts plaats in faillissementen zoals dat van Fokker, waarin de curator besluit het bedrijf gedurende enige tijd door te laten produceren. De meeste auteurs stellen zich evenwel

3. Kamerstukken II 1996/97, 24615, 9, p. 16.

(UvA)), 1993, p. 171; F.M.J. Verstijnen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), 1998,

4. Zie naast de hierna te noemen auteurs: R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvechting* (diss. Amsterdam

p. 139; E.P.M. Joosen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement* (diss. Tilburg), 1998, p. 160-161.

op het standpunt dat de OR ook een adviesrecht toekomt ten aanzien van een door de curator voorgenomen besluit tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan (artikel 25 lid 1 sub a WOR) en/of tot beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk onderdeel daarvan (artikel 25 lid 1 sub c WOR).⁵ Ook A-G Mok concludeerde voorafgaand aan de *IJsselwerf*-beschikking dat ingeval een faillissementsaanvraag tot de beëindiging van het bedrijf leidt, de OR een adviesbevoegdheid toekomt ten opzichte van de curator die het beëindigingsvoornemen heeft.

Het faillissement heeft volgens de meeste auteurs wel invloed op de wijze waarop het adviesrecht door de OR dient te worden uitgeoefend. De curator zou bijvoorbeeld zo nodig een (zeer) korte termijn kunnen stellen waarbinnen het advies moet worden uitgebracht en kunnen volstaan met een (zeer) korte toelichting op het te nemen besluit. Net als de Ondernemingskamer stellen diverse schrijvers vast dat de verplichting de uitvoering van het besluit bij een negatief advies een maand op te schorten op grond van artikel 25 lid 6 WOR, niet goed past in een situatie van faillissement. Zij leiden daaruit echter niet af dat de OR geen adviesrecht toekomt, maar betogen dat de curator de opschortingsverplichting onder omstandigheden naast zich neer kan leggen met een beroep op redelijke wetsuitleg of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁶

De Ondernemingskamer overweegt verder dat curatoren de OR in de praktijk zelden actief betrekken bij de besluitvorming. Dat medezeggenschapsverplichtingen in de praktijk slecht worden nageleefd, kan naar mijn mening geen, althans geen doorslaggevend argument vormen om ondernemingsraden hun wettelijke bevoegdheden te onttrekken.⁷ Voor de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid was de gebrekkige naleving van de WOR in de praktijk in augustus 2015 juist aanleiding om in overleg te treden met de Sociaal-Economische Raad om te bezien in hoeverre meer bekendheid kan worden gegeven aan het feit dat bij insolventie de medezeggenschapsregels in beginsel wel degelijk van toepassing blijven.⁸

Aan de Ondernemingskamer kan wel worden toegegeven dat de invloed van een advies van de OR wezenlijk beperkt wordt door de toestand waarin de onderneming verkeert. Daaraan de conclusie verbinden dat dit advies dan ook niet gevraagd hoeft te worden, gaat mij echter te ver. In de eerste plaats miskent de Ondernemingskamer daarmee dat het ook buiten faillissement vaak gebeurt dat de financiële omstandigheden waarin een onderneming verkeert, meebrengen dat een bestuurder nauwelijks keuzevrijheid heeft.⁹ Ook dan is maar de vraag in hoeverre het advies van de OR nog van wezenlijke invloed kan zijn op de uiteindelijke beslissing. Dat gegeven doet echter niet af aan de wettelijke verplichting om dat advies tijdig te vragen. Verder stel ik vast dat de speelruimte van de curator weliswaar bescheiden, maar niet volledig afwezig is. Dit betekent dat de OR wel degelijk een zinvolle rol kan vervullen. Tot de belangen die de curator behoort mee te wegen behoren niet alleen die van de schuldeisers, maar ook maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid.¹⁰ De OR is – samen met de vakorganisaties – bij uitstek geschikt om deze belangen te behartigen. Wanneer bijvoorbeeld,

zoals in de *DA*-zaak, meerdere partijen geïnteresseerd zijn in overname, kan de OR aandacht vragen voor het werkgelegenheidsbelang, aandringen op het bedingen van garanties voor de overname van (een deel van) het personeel en op afspraken over de daarbij te hanteren selectiecriteria.¹¹ Verder kan het adviesrecht van de OR van betekenis zijn bij het voorkomen van misbruik van faillissement met als doel de werknemers van hun rechten te beroven.

Terzijde merk ik op dat het besluit om al het personeel te ontslaan – een beslissing die na het faillissement vrijwel steeds wordt genomen – niet per se betekent dat de curator (tevens) heeft besloten de activiteiten van de onderneming te beëindigen. Omdat het niet is opgenomen in de opsomming van artikel 25 lid 1 WOR, hoeft hij over dit ontslagvoornemen geen advies te vragen aan de OR.¹² Wel zal de curator op grond van artikel 3 Wet melding collectief ontslag (WMC0) de vakorganisaties over dat voorgenomen besluit moeten informeren en raadplegen, althans indien het om een collectief ontslag in de zin van die wet gaat.¹³

Het Europese recht

Ook aan het Europese recht kunnen argumenten worden ontleend om het oordeel van de Ondernemingskamer in de *DA*-zaak voor onjuist te houden. Ik wijs in het bijzonder op artikel 7 van Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van de Europese Unie inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigin-

Het Hof van Justitie EU heeft het belang van de informatie- en raadplegingsverplichting bij een collectief ontslag na insolventverklaring in 2011 uitdrukkelijk bevestigd

gen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. Dit artikel heeft betrekking op het verstrekken van informatie aan en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers bij een overgang van (een onderdeel van) de onderneming.¹⁴ Vervreemder en verkrijger moeten de vertegenwoordigers van hun eigen werknemers tijdig informatie verstrekken onder meer over de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers en de ten aanzien van hen overwogen maatregelen. Wanneer de vervreemder of de verkrijger ten aanzien van hun eigen werknemers maatregelen overwegen, zijn zij bovendien verplicht de vertegenwoordigers van de eigen werknemers tijdig over deze maatregelen te raadplegen teneinde tot een akkoord te komen.

Een met artikel 7 van de huidige Richtlijn vergelijkbare bepaling was reeds opgenomen in artikel 6 van de voorloper van Richtlijn 2001/23/EG, Richtlijn 77/187/

EEG. Deze richtlijn was blijkens het in 1985 door het Hof van Justitie gewezen *Abels*-arrest niet van toepassing bij een overgang in een situatie waarin de vervreemder in staat van faillissement is verklaard, indien de onderneming in de faillissementsboedel valt.¹⁵ Bij de herziening van de richtlijn in 1998 werd echter uitdrukkelijk voor een andere benadering gekozen.¹⁶ Sindsdien geldt nog steeds dat, tenzij de lidstaten anders bepalen, de richtlijn-bepalingen inzake behoud van rechten en verplichtingen (artikel 3) en ontslag (artikel 4) niet van toepassing zijn bij een overgang van (een onderdeel van) een onderneming wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure (destijds artikel 4bis lid 1). De thans in artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG opgenomen uitzondering omvat echter bewust niet meer de in artikel 7 neergelegde informatie- en raadplegingsverplichting van de vervreemder en verkrijger. De Commissie schrijft daarover in de toelichting bij het voorstel voor de herzieningsrichtlijn:

‘Er is geen enkele reden om het recht op informatie en overleg (...) in het kader van insolventie uit te sluiten. Dergelijke rechten kunnen alleszins van groot nut zijn in dergelijke omstandigheden, omdat zij de werknemersvertegenwoordigers de gelegenheid geven om de vervreemder voorstellen ter voorkoming van insolventie en de verkrijger voorstellen inzake herallocatie te doen.’¹⁷

De aanpassing van de richtlijn in 1998 sloot aan bij een reeds in 1992 doorgevoerde wijziging van de Richtlijn collectief ontslag.¹⁸ Deze richtlijn bepaalt dat een werkgever die overweegt tot collectief ontslag over te gaan, verplicht is werknemersvertegenwoordigers te informeren over zijn voornemen en hen daarover te raadplegen teneinde tot een akkoord te komen. De eerste versie van die richtlijn bevatte nog een algemene uitzondering – die voornamelijk van belang was voor insolventieprocedures – voor werknemers die werden getroffen door een beëindiging van de werkzaamheden van een plaatselijke eenheid die

voortvloeide uit een rechterlijke beslissing (artikel 1 lid 2 onder d Richtlijn 75/129/EEG). Deze uitzondering werd in 1992 niet langer nodig geacht.¹⁹

Het Hof van Justitie van de EU heeft het belang van de informatie- en raadplegingsverplichting bij een collectief ontslag na insolventverklaring in 2011 uitdrukkelijk bevestigd.²⁰ Het oordeelde, dat de verplichting tot naleving van deze verplichting pas eindigt op de dag waarop de onderneming definitief haar rechtspersoonlijkheid verliest. Wordt het beheer van de betrokken onderneming overgenomen door een ‘liquidateur’, dan is deze tot dat moment tot nakoming van de informatie- en raadplegingsverplichting gehouden. Dat vereffening van de boedel een van de hoofdtaken van de curator is, wordt op Europees niveau derhalve niet een voldoende rechtvaardiging geacht om werknemersvertegenwoordigers medezeggenschapsaanspraken te ontzeggen.²¹

In 1979 constateerde de Nederlandse regering dat geen extra wettelijke maatregelen hoefden te worden getroffen om de informatie- en raadplegingsverplichting uit de richtlijn inzake overgang van een onderneming uit 1977 in de nationale wetgeving te implementeren, omdat daar aan reeds met artikel 25 WOR werd voldaan. De regering herhaalde deze opvatting in 2001, toen het nationale recht werd aangepast aan de richtlijn uit 1998, die wat betreft informatie en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers geen uitzondering (meer) maakte voor insolventieprocedures.²² Een richtlijnconforme interpretatie van artikel 25 lid 1 onderdeel a WOR brengt derhalve mee dat de curator in ieder geval gehouden is vooraf tijdig advies te vragen aan de ondernemingsraad wanneer sprake is van een overgang van (een onderdeel van de) onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23/EG na faillietverklaring van de (rechts)persoon die de onderneming in stand houdt. Gelet op de overdracht van materiële activa, de mate waarin de activiteiten voor en na de overdracht met elkaar overeenkwamen, de indiensttreding van een groot aantal werknemers bij NDS en het feit

5. E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement*, Vademecum Ondernemingsrecht, Deventer 1991, p. 61-62; S.C.J.J. Kortmann, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadviezen van de Vereniging Handelsrecht 1993, p. 156; W.P.J. Kroft, in: *De curator, een octopus*, Deventer, 1996, p. 56; J. Roest, *Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten* (diss. Nijmegen), 1996, p. 261-263; J.C.M.G. Bloemarts, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Inslalad Jaarboek, 1999, p. 76; M.G. Rood, a.w., p. 257; P.R.W. Schaik, a.w., p. 192; I. Zaal, a.w., p. 236; P. Hufman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam (UvA)), 2015, p. 90.

6. Zie M.G. Rood, a.w., p. 257-260; S.C.J.J. Kortmann, a.w. 1993, p. 156; en J.J.M. van Mierlo, a.w., p. 50-51.

7. Vergelijk E. Loesberg in zijn noot onder de beschikking van de Ondernemingskamer in *JAR* 2016/160.

8. *Kamerstukken II* 2014/15, 33695, 9, p. 4. Zie ook de reactie van de Commissie Bevordering Medezeggenschap van de SER: www.ser.nl/-/media/files/internet/publicaties/overige/2010_2019/2015/20151214-werknemers-insolventie.ashx.

9. Vergelijk E. Loesberg, a.w.; en L.C.J. Sprengers, ‘Het failliet van rol van de ondernemingsraad bij faillissement?’, *Annotaties AR* 2016-0555.

10. Zie HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon III*); en HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou*).

11. Vergelijk I. Zaal, ‘Geen adviesrecht OR bij doorstart na faillietverklaring’, *TRA* 2016/74.

12. Zie o.a. W.P.J. Kroft, a.w., p. 56.

13. Art. 3 lid 1, art. 4 lid 6 en art. 5 lid 2

WMCO maken wel uitzonderingen voor ontslagen ten gevolge van faillissement, maar deze zien niet op de informatie- en raadplegingsverplichting ten opzichte van de vakorganisaties.

14. Onder werknemersvertegenwoordigers worden in de Richtlijn verstaan: de vertegenwoordigers van de werknemers volgens de wettelijke voorschriften of de gebruiken in de lidstaten (art. 2 lid 1 onder c Richtlijn 2001/23/EG).

15. HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985/900.

16. Richtlijn 98/50/EG van 29 juni 1998, *PbEG* 1998, L 201.

17. Zie de toelichting bij het voorstel d.d. 8 september 1994, COM(94) 300 def., 94/0203 (CNS), p. 12.

18. Richtlijn van de Raad van 17 februari 1975, *PbEG* 1975, L 48/29, zoals gewijzigd door Richtlijn 92/56/EEG van 24 juni 1992, *PbEG* 1992, L 245/3. Deze richtlijnen wer-

den in 1998 vervangen door een geconsolideerde versie: Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998, *PbEG* 1998, L 225.

19. Zie de toelichting van de Commissie van 13 november 1991 bij het oorspronkelijke voorstel voor een wijzigingsrichtlijn: COM(91) 292, def., p. 7. Wel werden in de richtlijn uitzonderingen opgenomen in de voorschriften die betrekking hebben op de eveneens verplichte melding aan de overheid (zie thans art. 3 lid 1 en art. 4 lid 4 van Richtlijn 98/59/EG).

20. HvJ EU 3 maart 2011, *JAR* 2011/93 (*Claes e.a./Lansbanki*).

21. Zie ook art. 9 Richtlijn 2002/14/EG van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en raadpleging van werknemers (*PbEG* 2002, L 80).

22. *Kamerstukken II* 2000/01, 27469, 3, p. 12-13.

dat de klantenkring grotendeels dezelfde bleef, heeft het er alle schijn van dat in het onderhavige geval de identiteit van de onderneming bij de transactie behouden bleef.²³ In dat geval was sprake van een overgang van een onderneming in eerder bedoelde zin.

Wetsvoorstel Continuïteit ondernemingen I

Ten slotte stel ik vast dat de uitspraak van de Ondernemingskamer niet aansluit bij recente ontwikkelingen die de rol van de OR bij een doorstart na faillissement juist versterken. Ik doel in het bijzonder op het – overigens na de uitspraak van de Ondernemingskamer – in het kader van de behandeling van het voorstel voor een Wet conti-

Medezeggenschap van werknemers is een fundamenteel democratisch recht

nüiteit ondernemingen I door de Tweede Kamer aangenomen amendement van de leden Recourt en Tanamal.²⁴ Genoemd wetsvoorstel voorziet in een wettelijke regeling voor de *pre-pack*, een uit het Engelse recht bekende rechtsfiguur die in de praktijk in Nederland ook door het merendeel van de rechtbanken wordt gefaciliteerd door reeds vóór een aanstaand faillissement aan te geven wie in dat faillissement tot curator en rechter-commissaris zullen worden benoemd. De onderneming wordt aldus in de gelegenheid gesteld het faillissement en, indien aan de orde, een mogelijke verkoop en doorstart van bedrijfsonderdelen in relatieve rust voor te bereiden onder het toezicht van de beoogd curator.

Op grond van het amendement is de rechtbank bij de aanwijzing van een beoogd curator in beginsel gehouden als voorwaarde te stellen dat de OR bij de ‘stille voorbereidingsfase’ wordt betrokken. Voorts dient de rechtbank in de faillissementsfase van de *pre-pack* in ieder geval een vertegenwoordiger van de OR te benoemen als

lid van de voorlopige commissie van schuldeisers. De indieners wezen er ter onderbouwing van het amendement op dat de impact van een faillissement voor werknemers meestal groter is dan voor andere schuldeisers. Bovendien vormt de betrokkenheid van de OR ook volgens hen een extra waarborg tegen misbruik.

Wordt het wetsvoorstel tot wet verheven en ingevoerd, dan ontstaat de merkwaardige situatie dat bij een doorstart na faillissement die is voorbereid tijdens *surseance*, zoals in de *DA*-zaak, de OR door de curator niet betrokken hoeft te worden bij de besluitvorming over de verkoop van rendabele bedrijfsonderdelen, terwijl dat wel dient te gebeuren wanneer die doorstart is voorbereid met gebruikmaking van de *pre-pack* methode. Dit verschil in uitkomst is naar mijn mening niet te rechtvaardigen.

Slot

Medezeggenschap van werknemers is een fundamenteel democratisch recht dat erkenning heeft gekregen in onder meer de Grondwet (artikel 19 lid 2), het EU-Grondrechtenhandvest (artikel 27) en het Europees Sociaal Handvest (artikel 21). Voor een beperking van medezeggenschapsbevoegdheden moeten derhalve zwaarwegende gronden aanwezig zijn.²⁵ Uit het vorenstaande blijkt dat de argumenten die de Ondernemingskamer aanvoert om te concluderen dat de curator bij een doorstart van de onderneming in beginsel geen advies hoeft te vragen aan de OR, dat oordeel niet kunnen dragen. Wet, wetsgeschiedenis en literatuur wijzen in een andere richting, terwijl ook het Europese recht tot een andere slotsom dwingt. Het oordeel sluit bovendien niet aan bij recente ontwikkelingen die juist een versterking van de rol van de OR bij een doorstart beogen. Ik heb begrepen dat tegen de beschikking inmiddels cassatieberoep is ingesteld. Het is derhalve aan de Hoge Raad om deze *faux pas* van de Ondernemingskamer te corrigeren. •

²³. Dit is volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie het beslissende criterium voor de vaststelling of sprake is van een overgang van een onderneming. Zie voor

het eerst: HvJ EG 18 maart 1986, *NJ* 1987/502 (*Spijkers/Benedik*).

²⁴. *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, 9.

²⁵. Vergelijk M.G. Rood, a.w., p. 257-260.