

OR heeft wél adviesrecht bij doorstart na faillissement



Het gaat al een tijdje niet goed met uw organisatie. Er is steeds minder te doen, leveranciers mopperen over betalingen en schorten leveringen op. De directie wordt steeds nerveuzer en vergadert wel erg vaak met de bank en de accountant.

De geruchtenmolen komt op gang. De directie suggereert dat u een adviesaanvraag over een overname tegemoet kunt zien. Dan komt uw grootste angst uit: uw onderneming gaat failliet.

Bij een faillissement zijn er twee scenario's mogelijk. In de klassieke variant vraagt de directie eerst surseance van betaling aan. De rechtbank benoemt een curator.

Deze bestudeert de zaak een aantal dagen en ziet in de meeste gevallen geen andere optie dan het aanvragen van een faillissement. Het bedrijf kan daarna ophouden te bestaan maar vaak worden delen van de organisatie verkocht, een zogenoemde doorstart.

In het andere scenario bereidt de directie samen met de rechtbank en een zogenoemde 'stille' curator het faillissement voor. Er is een koper die bereid is de onderneming voort te zetten maar zónder alle schulden. De aanvraag van de surseance, het uitspreken van het faillissement en de verkoop vinden binnen enkele uren plaats, een zogenoemde pre-pack. [De toekomst van deze mogelijkheid](#) is echter niet rooskleurig.

Advies

Wat het scenario ook is, een faillissementsprocedure begint met het aanvragen van surseance van betaling. Dat is ongeveer het meest ingrijpende besluit dat een directie kan nemen, want doorgaans volgt op die surseance ook het faillissement.

Toch is het aanvragen van surseance van betaling geen adviesplichtig besluit. Daarover is uitgebreid geprocedeerd, maar de Hoge Raad heeft uiteindelijk bepaald (IJsselwerf; JAR 2001/128) dat het aanvragen van surseance niet onder het adviesrecht van de OR (artikel 25 Wet op de ondernemingsraden) valt.

Daarmee kunt u ervan uitgaan dat daarmee ook het aanvragen van een faillissement niet adviesplichtig is. Bovendien heeft de Ondernemingskamer (OK) ook nog eens vastgesteld dat ook de verkoop door de curator na het faillissement niet adviesplichtig is (ECLI:NL:GHAMS:2016:2020).

Hoopvol

Deze uitspraken zijn opvallend. Een faillissement is immers ongeveer het ergste wat een werknemer en OR kan overkomen: gedwongen ontslag, geen opzegtermijn, geen sociaal plan en als werknemers na een doorstart aangenomen worden, kan de nieuwe werkgever de arbeidsvoorwaarden eenzijdig vaststellen.

De kans is groot dat uw achterban in een situatie als deze hoopvol naar uw OR kijkt maar wat kunt u doen? Er zijn twee uitspraken van de Hoge Raad die de positie van zowel werknemers als de OR versterken.

Het eerste vonnis gaat over de rechten van de werknemers bij een pre-pack. Het tweede vonnis gaat over het adviesrecht van de OR bij een doorstart.

De doorstart is adviesplichtig

Positie

Stel, de directie vertelt u dat ze er alles aan heeft gedaan om een faillissement te voorkomen door een doorstart voor te bereiden. U schrikt. Het lijkt er namelijk op dat u en uw collega's zo goed als rechteloos zijn.

De nieuwe werkgever zal bepalen wie hij aanneemt en onder welke arbeidsvoorwaarden. Oudere werknemers en werknemers met een ziekteverleden vallen buiten de boot, net als kritische werknemers.

Werknemers die mogen blijven, krijgen aanzienlijk slechtere arbeidsvoorwaarden: lager salaris, minder vrije dagen en slechtere vergoedingen. Het enige alternatief is een WW-uitkering.

Een uitspraak van de rechter in 2017 heeft bepaald dat de Wet overgang van onderneming van toepassing is op een doorstart waarbij er nog geen sprake is van een faillissement: een pre-pack (ECLI:EU:C:2017:489).

Die wet bepaalt dat de nieuwe werkgever bij de doorstart alle werknemers moet meenemen. Hij mag dus geen selectie meer maken en moet werknemers die hij wil ontslaan een transitievergoeding betalen. De positie van werknemers is daarmee in een situatie als deze dus beter beschermd.

Smal

De tweede uitspraak is van de Hoge Raad en heeft een eerder vonnis van de Ondernemingskamer vernietigd (ECLI:NL:HR:2017:982). De Hoge Raad heeft hierbij bepaald dat de curator zowel bij een pre-pack als bij een gewoon faillissement advies moet vragen aan de OR over de verkoop van de organisatie in het kader van een doorstart. De doorstart is dus adviesplichtig.

Daarmee is de positie van de OR aanzienlijk versterkt. Ondanks dat uw OR adviesrecht heeft in zo'n situatie, zijn de onderhandelingsmarges smal. Er zal sprake zijn van grote tijdsdruk en een alternatieve overnemende partij is er vaak niet. De opschortingstermijn van één maand is hier niet van toepassing als de bestuurder uw OR-advies niet meeneemt in zijn definitieve besluit.

Deze situatie kan echter ook in uw voordeel werken. De overnemende partij krijgt uw failliete organisatie immers feitelijk in de schoot geworpen: hij betaalt er niet veel voor en maakt geen kosten voor een sociaal plan. Bovendien heeft ook de overnemende partij haast.

Onderhandel alert!

Wees tijdens de onderhandelingsgesprekken alert als het gaat om de arbeidsvoorwaarden. Let op met opmerkingen zoals "we zullen de cao volgen". Veel bedrijven betalen hun werknemers (iets) meer dan dat de cao voorschrijft. Of een andere mogelijkheid: "alle werknemers worden opnieuw ingeschaald in de onderste treden van hun huidige schaal". Stemt u hiermee in of maakt u geen duidelijke afspraken, dan gaan de werknemers er dus op achteruit bij de nieuwe werknemer!

Praktijk

Geldt de Wet overgang van onderneming, dan mogen de kopers geen selectie meer maken in het personeelsbestand. De koop is daardoor een stuk minder aantrekkelijk.

De koper wil daarom mogelijk in de aanloop van de pre-pack alsnog onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden of de selectieprocedure bij het aannemen van werknemers voor de doorstart. U zult dit willen aangrijpen om de belangen van uw achterban zo goed mogelijk te vertegenwoordigen.

Helaas is dat niet mogelijk, want juridisch houdt uw inmenging geen stand. De Wet overgang van onderneming is niet het domein van uw OR.

Laat u niet onder druk zetten

Gestroomlijnd

Ga altijd zo snel mogelijk in gesprek met de curator. Die is nu formeel de bestuurder. Hij moet uw ondernemingsraad informeren over de gang van zaken en om advies vragen. Dring bij hem aan op een goede voorlichting van de werknemers gedurende het gehele proces, zodat er geen onrust ontstaat.

Is er sprake van een doorstart, bespreek dan de adviesprocedure. Uw OR heeft namelijk maar een paar dagen om het advies te formuleren. Het is dus van belang – zowel voor de OR als voor de curator – dat het proces zo gestroomlijnd mogelijk verloopt.

Hebben meerdere kandidaten interesse in uw organisatie, vraag de curator dan om de namen van deze kandidaten. Analyseer die partijen, met name op de gevolgen voor de werkgelegenheid en bespreek deze gevolgen met de curator.

Ook voor de curator is werkgelegenheid namelijk een belangrijk criterium voor zijn besluit. Probeer afspraken te maken met (een vertegenwoordiger van) de kopende partij.

De bestuurder verkoopt en heeft na de overname niets meer te vertellen. Daarom is het belangrijk dat uw ondernemingsraad de voorwaarden bespreekt met de nieuwe eigenaar van uw organisatie.

Houd er rekening mee dat dit soort verkoopprocessen vaak onvoorspelbaar verlopen en bijna altijd meer tijd kosten dan verwacht. Laat u niet onder (tijds)druk zetten, zorg dat uw ondernemingsraad de belangen van uw achterban goed behartigt.

Dit is een artikel van de redactie van OR Rendement

OR Rendement is dé informatiebron voor leden van de ondernemingsraad (OR) of de personeelsvertegenwoordiging (PVT), ambtelijk secretarissen, vakbondsbestuurders en externe adviseurs. Wat zijn de voor de medezeggenschap relevante wijzigingen in wet- en regelgeving, en hoe kunt u dit op beleidsmatig en strategisch niveau uitwerken? Daarnaast moet u op de hoogte zijn van de klassieke OR-thema's, zoals de OR-verkiezingen, het OR-jaarverslag, het instemmingsrecht en communicatie met de achterban.

De onafhankelijke en ervaren redactie van OR Rendement zit bovenop het nieuws en vertelt u als eerste wat de ontwikkelingen zijn. Altijd in heldere taal en met een praktische insteek, zodat u de informatie direct kunt vertalen naar uw eigen werksituatie. OR Rendement is daarnaast multimediaal. De voor uw vakgebied relevante informatie verschijnt:

- ✓ dagelijks op het digitale platform Rendement Online, waar u onder meer het laatste nieuws, checklists, rekentools, maatwerkbrieven en verdiepingsartikelen tot uw beschikking heeft;
- ✓ wekelijks gebundeld in een e-mailnieuwsbrief;
- ✓ maandelijks in het vakblad OR Rendement, boordevol nieuws en achtergrondartikelen, digitaal en op de mat;
- ✓ tweemaandelijks in een handzaam themadossier: een pocketboekje dat iedere editie een complex onderwerp uitdiept.



Rendement is een succesvolle uitgeverij van met name praktische vakbladen en digitale ondersteuning.

Het assortiment bestaat uit een crossmediaal portfolio: van printuitgaven zoals magazines en themadossiers tot online ondersteuning in de vorm van digitale naslagwerken, e-nieuwsbrieven, een vragenservice en tools.

www.rendementuitgeverij.nl