

Adviesrecht ondernemingsraad bij een doorstart

Curator drogisterij DA had advies aan de ondernemingsraad moeten vragen

Vorig jaar wist drogisterijketen DA binnen één dag een doorstart te maken na faillissement, nadat het een week eerder surseance van betaling had gekregen. Bij een (voorgenomen) besluit tot het aanvragen van surseance van betaling heeft de OR geen adviesrecht. De curator besloot DA over te dragen aan een derde zonder de OR over dit (voorgenomen) besluit advies te vragen. Door de doorstart verloren veel werknemers hun baan of verslechterden hun arbeidsvoorwaarden. De OR claimde daarom adviesrecht bij de Ondernemingskamer.

De Ondernemingskamer vond (de verdragende werking van) een adviesrecht van de OR niet passen bij de taak van de curator om zo snel mogelijk over te gaan tot afwikkeling van de boedel met een zo hoog mogelijke opbrengst. De Ondernemingskamer oordeelde daarom dat de OR geen adviesrecht had over een (voorgenomen) besluit van de curator om de onderneming aan een derde over te dragen. De uitspraak van de Ondernemingskamer zorgde voor veel discussie.

De OR liet het er niet bij zitten en stelde cassatieberoep in bij de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft op 2 juni 2017 de OR in het gelijk gesteld en het arrest van de Ondernemingskamer vernietigd. De Hoge Raad maakt in het arrest kort gezegd een onderscheid tussen een verkoop in het kader van liquidatie van de onderneming en een verkoop in het kader van een doorstart. De Hoge Raad overweegt dat het adviesrecht van de OR in beginsel *niet* ziet op handelingen van de curator die zijn gericht op liquidatie van het ondernemingsvermogen. Indien echter de verkoop van activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming, waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, dient een daarop gericht besluit *wel* ter advies aan de OR te worden voorgelegd.

Achtergrond

In de media is er de afgelopen jaren veel om te doen geweest: de pre-pack. Bij een pre-pack faillissement wordt voordat een faillissement wordt uitgesproken onderzocht of een doorstart mogelijk is. De schuldenaar vraagt de naam van de curator (en rechter-commissaris) die zal worden benoemd in zijn faillissement. Samen met zijn belangrijkste schuldeisers kan de schuldenaar dan met de curator overleggen en op voorhand afspraken maken over de verkoop van (delen van) de onderneming. De al voorbereide verkoop wordt dan na het faillissement direct uitgevoerd.

Er is onduidelijkheid over de status van de pre-pack, mede doordat niet alle rechtbanken hetzelfde hierover oordelen. Op dit moment buigt de Eerste kamer zich over een wetsvoorstel (de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I)), waarin de pre-pack wordt vastgelegd. Bij het wetsvoorstel is ook een amendement ingediend om de positie van werknemers bij een pre-pack te verstevigen. Onder meer wordt daarin geregeld dat de OR of personeelsvertegenwoordiging bij een pre-pack wordt betrokken, tenzij de belangen van de onderneming zich hiertegen verzetten.

Eén van de meeste bekende pre-packs is die van kinderopvang Estro, dat direct na het faillissement werd overgedragen aan (de aan haar gelieerde vennootschap) Smallsteps. Door deze doorstart verloren veel werknemers hun baan. In een onder meer door het FNV aangespannen zaak, heeft de

rechtbank vragen gesteld over de pre-pack aan het Europese Hof die nog moeten worden beantwoord. De Advocaat-Generaal heeft inmiddels het Europese Hof echter negatief geadviseerd over de pre-pack. Het is de vraag of alle recente ontwikkelingen van invloed zullen zijn op de behandeling van de WCO I en de toekomst van de pre-pack in Nederland.