

Verslag eerste bijeenkomst werkgroep 'OR en faillissement' van de Nederlandse Vereniging voor Medezeggenschap (NVMz)

*'Overwegingen voor de medezeggenschap in periode van surseance/faillissement'*

Aanwezig: Hugo Mutter, Rudi van der Stege, Johan Berends en Albert van Driel.

Utrecht, 24 mei 2016.

+++++

Dit is een verslag van de eerste bijeenkomst van de werkgroep. Op het einde was iedereen van mening dat er zinvol en plezierig gewerkt was. Er is een duidelijke lijn uitgezet, die nog wel verder uitwerking behoeft. Dat kan in volgende bijeenkomsten gebeuren.

### Inleiding

In de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) zijn de rechten en plichten geregeld tussen OR en ondernemer. Het initiatiefrecht, informatierecht, instemmingsrecht en adviesrecht mogen als bekend worden verondersteld. De wet is op zich helder in welke situaties welk recht toegepast moet worden. De ondernemer moet advies vragen bijvoorbeeld (plicht) en de OR mag dat advies geven, maar hoeft het niet (recht). Zodra er een OR is en de organisatie floreert, werkt de medezeggenschap naar behoren. Maar in situaties waarin er spanning komt te staan op het voortbestaan van de organisatie wordt de medezeggenschap nog weleens vergeten. Bij situaties waarin de continuïteit van organisaties in het geding is – overname, fusie en faillissement – ontstaat de neiging van de bestuurder/werkgever om zijn overwegingen voor zichzelf te houden en niet te delen met de medezeggenschap.

Uit de vele voorbeelden van de afgelopen jaren blijkt dat in bijna alle fasen van een faillissementsprocedure, stille curator, voorbereiding faillissement, surseance van betaling en na faillissement, de legitieme belangen van werknemers door niemand behartigd worden; sterker nog, niet alleen zijn de belangen van werknemers niet geborgd, ook het belang van de mogelijke continuïteit van de onderneming is niet geborgd bij deze processen. In de praktijk blijken deze processen vaak gebruikt te worden om te komen tot verkapte saneringen en reorganisaties op kosten van de gemeenschap en enkel ten bate van schuldeisers, soms op het frauduleuze af.

### Faillissement

Juist wanneer het voortbestaan van het bedrijf gevaar loopt kan de actieve betrokkenheid van de OR een grote toegevoegde waarde zijn. OR-leden zijn medewerkers uit alle geledingen van het bedrijf. Doorgaans zijn zij al jaren in dienst van de desbetreffende onderneming. Ze kennen de klanten, de leveranciers, het interne proces en de weten doorgaans feilloos aan te geven op welke punten een verbetering noodzakelijk of mogelijk is. Die kennis en kunde niet benutten ten behoeve van alle in de onderneming werkzame personen is in feite een gemiste kans op een moment waarop het erop aan komt alle krachten te benutten. Het tijdig overleggen met werknemers kan ertoe leiden dat de curator beter geïnformeerd is, er meer kans op succes is bij het doorvoeren van voorstellen, processen transparanter worden en er minder kans is op 'frauduleus gerommel'.

In de WOR is geregeld dat de OR geïnformeerd moet worden over 'belangrijke aangelegenheden' (art 24 overleg), heeft zij adviesrecht als het gaat over 'overdracht van de zeggenschap' (art 25), kan aan haar 'geheimhouding' (art 20) worden opgelegd indien nodig en beschikt zij over de mogelijkheid om een 'externe deskundige' (art 16) in te huren om haar en de ondernemer van advies te dienen in bijzondere situaties. Op basis hiervan zou je kunnen denken dat de OR tijdig betrokken zal worden in het geval een ondernemer moet besluiten tot het aanvragen van surseance van betaling en of

faillissement. Het lijkt ons goed dat een OR verplicht geïnformeerd behoort te worden over een aanvraag tot surseance of het inschakelen van een stille curator. De WOR biedt de mogelijkheid dit onder geheimhouding te doen.

In de praktijk blijkt dat niet het geval. De bestuurder kiest er doorgaans voor om de OR niet tijdig te informeren en ook de curator die het daarna overneemt ziet de OR meestal niet staan.

### De curator

Een onderneming kan het al langer financieel moeilijk hebben.

Als pogingen om in de financiële situatie verbetering te brengen niet helpen, kunnen degenen die geld te goed hebben van de onderneming, de schuldeisers of de onderneming zelf, faillissement aanvragen. Het verzoek daartoe, via een rekest, bij de rechtbank zal na onderzoek tot een vonnis leiden. Er wordt dan een curator en een rechter-commissaris aangesteld die, in het belang van de schuldeisers, zullen proberen zo veel mogelijk van de schulden af te gaan lossen. Als schuldeisers zich verzetten tegen het hen toegekende bedrag op de uitdelingslijst, kan een zaak zich jarenlang voortslepen. De curator neemt besluiten over de voortgang van het proces; hij is de enige die nog handelend mag optreden. De rechter commissaris houdt vooral toezicht.

Een voorstadium hiervoor is het aanvragen van 'surseance van betaling'. Surseance van betaling wordt bij de rechter aangevraagd. Deze kan een beschikking afgeven dat gedurende een bepaalde tijd de schuldeisers niet betaald hoeven te worden en er zal een bewindvoerder toegewezen worden. In deze periode kan overlegd worden om met de schuldeisers tot een betalingsregeling te komen. De bewindvoerder moet zijn toestemming geven aan alle besluiten van de ondernemer. De bewindvoerder is in feite degene die bepaalt wat er gaat gebeuren. Elke surseance wordt ingeschreven in een openbaar register en werkt zodoende vaak stigmatiserend. Een dergelijke openbare inschrijving kan het werk van een bewindvoerder dus belemmeren. Doel van een surseance is dus een faillissement te voorkomen en te streven naar het blijven voortbestaan van de onderneming.

Omdat inschrijving in een openbaar register het soms moeilijk maakt om snel orde op zaken te stellen of te komen tot een doorstart, wordt tegenwoordig, voordat een surseance aangevraagd wordt, aan de rechtbank gevraagd een zogenaamde stille bewindvoerder aan te wijzen. 'Stil' betekent in dit geval dat niemand op de hoogte is van de werkzaamheden en dat de stille bewindvoerder een geheimhoudingsplicht heeft. De stille bewindvoerder neemt geen beslissingen en is ook nadrukkelijk geen adviseur van de onderneming. Hij dient onafhankelijk te handelen en de taken van de curator als uitgangspunt te nemen. De verantwoordelijkheid voor de gang van zaken blijft bij de ondernemingsleiding liggen. Deze manier van werken is uit het Angelsaksisch recht afkomstig en heet daar 'pre-packaged sale in administration' (afgekort 'pre-pack'). De stille bewindvoerder inventariseert, heeft gesprekken met mogelijke kopers en maakt plannen, bv een activa transactie, die na het uitspreken van het faillissement zo snel mogelijk worden uitgevoerd. Dit kan ook zo gaan omdat de rechtbank bij faillissement de stille bewindvoerder benoemt tot curator.

### Verplichte consultatie OR

Een organisatie kent veel stakeholders. Eerder zijn al genoemd de klanten en leveranciers. Maar ook de eigenaar, investeerders, aandeelhouders, (lokale) overheid, vakbonden en de werknemers zelf. De meeste van die stakeholders kennen maar 1 belang zodra er sprake is van een dreigend faillissement. En dat is het nog zoveel als mogelijk financieel redden wat er te redden valt. Dat is een fair belang en dat komt de eigenaar, de investeerder, de aandeelhouder, de klant en de leverancier toe. Maar er zijn ook stakeholders – lokale overheid, vakbonden en de medewerkers – die een breder belang hebben bij een goede behandeling van de ontstane penibele situatie met oog voor alle scenario's. Het zou een grote stap vooruit zijn als de wetgeving op dit punt zou wijzigen en de curator zich niet

enkel hoeft te richten op de belangrijkste van de schuldeisers, maar mede op het belang van de continuïteit van de onderneming.

De OR is voor die belangen het beste geëquipeerd. Zij heeft kennis van de hele organisatie, de historie, alle genomen beslissingen in de voorgaande periode en kent de processen en heeft de tekortkomen doorgaans zeer goed in beeld.

Het niet consulteren van de OR door de curator (of anderszins aangestelde tijdelijk bestuurder) op het moment dat er keuzes gemaakt moeten worden over een doorstart, een reorganisatie als gevolg van of een noodzakelijke overname of extra krediet doet de organisatie en al haar stakeholders te kort. Het is ook niet in lijn met de verplichtingen die de WOR aan (tijdelijke) bestuurders oplegt.

Daar waar het spannend wordt voor de continuïteit van de organisatie is de verplichte consultatie van de OR een must. Het is uiterst zinvol als (stille) curator en OR met elkaar kennismaken en uitwisselen over de ontstane situatie. Elke bestuurder – tijdelijke, externe, stille bewindvoerder – moet de WOR respecteren en de OR vragen om advies uit te brengen. Onzes inziens hoort, naast het advies, bij een voorgenomen opdeling of verkoop van (delen van) de onderneming, ook gesproken te worden over behoud arbeidsvoorwaarden, pensioen, e.d. meer. De OR moet zich realiseren dat zij geen weken de tijd krijgt voor een dergelijk advies. Soms kan een dag genoeg of slechts beschikbaar zijn.

Er zou meer gedaan moeten worden om het bewustzijn van betrokkenen van deze plichten te vergroten. Dat kan in juridische en bedrijfskundige opleidingen, maar ook bij OR-trainers en adviseurs. Het is het overwegen waard om na te gaan of er een gedragscode voor curatoren gemaakt zou kunnen worden waar deze manier van handelen voorgeschreven en uitgewerkt wordt. Het is de moeite waard om in het vervolg over deze en andere voorstellen eens te praten met enkele advocaten en curatoren die met deze processen ervaring hebben.

Elke stakeholder moet beseffen dat ook zijn belang door de OR meegenomen kan worden in haar advies aan de tijdelijk bestuurder.

De OR borgt de continuïteit zolang die reëel en mogelijk blijft. En zij is ook verantwoordelijk voor de goede afronding mocht blijken dat een doorstart geen haalbare optie is.

#### Expliciete aanvulling in adviesrecht art 25 WOR

De OR verdient een belangrijke rol, vroegtijdig in het traject, als er sprake is van een verslechtering van de bedrijfsresultaten, bv volgens het art 24 overleg.

Zodra er sprake is van zorgen rond de continuïteit van de onderneming moet de OR geïnformeerd worden daarover. Indien nodig onder geheimhouding. (Stille) Curator en OR maken kennis met elkaar en maken werkafspraken.

Elke bestuurder – tijdelijk of niet – is verplicht de OR om advies te vragen en haar visie te geven op de mogelijke scenario's.

Ook als een faillissement onafwendbaar is en een curator aangesteld wordt kunnen alle stakeholders voordeel hebben bij het actief betrekken van de ondernemingsraad.

Expliciete vastlegging van het adviesrecht ook voor tijdelijk aangestelde bestuurders bij surseance, faillissement, stille bewindvoering in een lid van artikel 25 van de WOR verdient de voorkeur.

Schematische weergave

