

De positie van werknemers bij het nieuwe herstructureringsinstrument: het WHOA-akkoord

TRA 2021/84

Met de introductie van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord per 1 januari 2021 is er voor ondernemers in ernstige financiële problemen een nieuw herstructureringsinstrument beschikbaar. Zo'n WHOA-akkoord bindt alle schuldeisers, zelfs als zij er niet mee hebben ingestemd. Werknemers zijn op het eerste oog uitgezonderd van deze regeling, hun rechten blijven buiten schot. In deze bijdrage wordt onderzocht of zij daadwerkelijk geheel en al 'buutvrij' zijn en in hoeverre het sluiten van zo'n akkoord invloed heeft op de (on)mogelijkheden voor werkgevers arbeidsplaatsen te laten vervallen of arbeidsvoorwaarden aan te passen. Ook de rol van de ondernemingsraad in een WHOA-procedure wordt besproken.

1. Inleiding²

Op 1 januari 2021 is de Wet homologatie onderhands akkoord ('WHOA') in werking getreden.³ Deze wet, die plaats heeft gekregen in een nieuwe afdeling van de Faillissementswet (artikelen 369 tot en met 387 Fw), biedt ondernemingen de mogelijkheid hun schulden te herstructureren door middel van een akkoord. Het akkoord kan door de rechter worden goedgekeurd (gehomologeerd), waardoor – anders dan voorheen – ook tegenstribbelende schuldeisers eraan gebonden zijn. De wet introduceert daarmee een nieuw reorganisatie-instrument, maar heeft weinig aandacht gekregen in arbeidsrechtelijk Nederland. Dat zal een gevolg zijn van de uitzonderingspositie die de wet geeft aan werknemers en hun rechten. Al in het eerste artikel van de regeling, in artikel 369 lid 4 Fw, is bepaald:

“Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.”

De regeling geldt dus niet voor de rechten van werknemers uit hoofde van hun arbeidsovereenkomst. Toch is het

ook voor de arbeidsrechtelijke praktijk de moeite waard te onderzoeken hoe het nieuwe herstructureringsinstrument werkt. Wat zijn de voor- en nadelen ervan voor werkgevers en werknemers en hoe ver reikt de uitzondering ten behoeve van werknemers? Voor adviseurs van werkgevers 'in zwaar weer' en adviseurs van werknemers kan dat belangrijke inzichten bieden. In dit artikel neem ik een voorschot op die inzichten. Eerst zet ik daarvoor de werking van de WHOA uiteen. Dan komen de gevolgen van (een akkoord onder) de WHOA voor het arbeidsrecht aan de orde. Ik bespreek de vragen in hoeverre de werkgever tóch een wijziging in arbeidsvoorwaarden kan afdwingen als sprake is van homologatie van een onderhands akkoord en wat de betekenis is van een akkoord voor het doorvoeren van een reorganisatie met verval van arbeidsplaatsen. Voordat ik deze vragen beantwoord stel ik vast wat precies tot de in genoemde bepaling bedoelde rechten van werknemers wordt gerekend en wat niet.

In het slot van deze bijdrage behandel ik de positie van de ondernemingsraad ('OR'). In de regeling is namelijk ook voorzien in een rol voor de OR. Ik breng in kaart wat die rol inhoudt en hoe deze zich verhoudt tot de rol die de OR al heeft op grond van Wet op de ondernemingsraden ('WOR'). Daarbij besteed ik aandacht aan het gegeven dat de werknemer, anders dan de meeste andere schuldeisers, geheel 'buiten schot' blijft bij de homologatie van een akkoord, maar via de OR (mede)zeggenschap heeft bij de (totstandkoming van) zo'n akkoord.

2. Wat is de WHOA?

De WHOA biedt de Nederlandse insolventiepraktijk een nieuwe herstructureringsstool: het onderhandse (dwang) akkoord buiten faillissement. Andere rechtsstelsels kennen dit soort herstructureringsprocedures al langer: 'Chapter 11' in de Verenigde Staten en de 'Scheme of arrangement' in het Verenigd Koninkrijk. De WHOA is voor een belangrijk deel op die buitenlandse procedures geënt. Ondernemers⁴ die voorzien dat zij hun financiële verplichtingen niet veel langer kunnen nakomen, terwijl de onderneming nog wel levensvatbare activiteiten omvat, kunnen een akkoord aanbieden. Daarbij kunnen schuldeisers in verschillende klassen worden ondergebracht, welke klassen een verschillend percentage van schuldvoldoening kennen. Een akkoord wordt in concept aan de schuldeisers voorgelegd, die daarover, telkens per klasse,

1 Mr. dr. J. (Job) van der Pijl is advocaat bij DingemansVanderKind te Amsterdam en tevens als universitair docent verbonden aan de vakgroep arbeidsrecht van de Universiteit van Amsterdam.

2 In de Insolad Jaarbundel 2021, verschenen in maart 2021, is een bijdrage van de auteur opgenomen (Feenstra e.a., (red), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord* (Insolad Jaarboek 2021, Wolters Kluwer 2021/9, 'De positie van de werknemer en de ondernemingsraad onder de WHOA', p. 203-218)), waarvan dit artikel een geactualiseerde en op de arbeidsrechtelijk georiënteerde lezer toegesneden bewerking is.

3 Wet Homologatie Onderhands akkoord, 7 oktober 2020, *Stb.* 2020, 414 (*Kamerstukken II* 2018/19, 35249).

4 De wet is niet van toepassing op natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen, aldus artikel 364 lid 1 Fw. Zie over de uitleg van deze bepaling: Rb. Midden-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBME:2021:1255.

mogen stemmen. Belangrijke beperking ten faveure van MKB-ondernemers is dat deze via het akkoord ten minste 20% van hun vordering dienen te ontvangen.⁵ Een akkoordprocedure kan naar keuze van de ondernemer besloten of openbaar van aard zijn, welke keuze zal afhangen van de vrees voor eventuele reputatieschade aan de onderneming bij ongewenste publiciteit. Een schuldenaar kan de akkoordprocedure zelf opzetten en afhandelen.⁶ De rechtbank kan ook een zogenoemde herstructureringsdeskundige aanstellen, hetzij op verzoek van de schuldenaar, hetzij op verzoek van derden. Tot die derden behoort ook de OR (waarover meer in paragraaf 4).

Tijdens de WHOA-procedure blijft het bestuur, anders dan bij surseance en faillissement, volledig beschikkingsbevoegd. Een herstructureringsdeskundige vervult zijn of haar taak onpartijdig en onafhankelijk en is ook, in plaats van de ondernemer, degene die het akkoord aanbiedt aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Als eenmaal een akkoordprocedure in gang is gezet, kan de rechtbank desgevraagd een afkoelingsperiode van twee maanden gelasten waarin geen executiemaatregelen mogen worden genomen. Beslagen worden in die situatie opgeheven en surseance- of faillissementsaanvragen worden geschorst; dit moet dan naar het oordeel van de rechtbank wel noodzakelijk zijn om de betrokken onderneming voort te zetten gedurende de voorbereiding en onderhandeling over een akkoord. Ook moet het in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn.⁷

Een akkoord onder de WHOA kan overigens ook worden aangeboden, en uiteindelijk gehomologeerd, om tot een gecontroleerde liquidatie van de onderneming te komen.⁸

De WHOA kent een vliegende start, met 27 gepubliceerde uitspraken in de eerste helft van 2021.⁹ De wet zal naar verwachting voorzien in een behoefte om tot herstructurering van ondernemingen (en hun schulden) te komen, zonder dat het daadwerkelijk tot surseance en faillissement hoeft te komen. Daarmee wordt het tijd na te gaan wat dit voor werknemers betekent.

3. De positie van de werknemer onder de WHOA

Van meet af aan is de keuze gemaakt om de rechten van werknemers uit te zonderen van de WHOA. Nu het doel van de WHOA is gelegen in het versterken van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die vanwege een

te zware schuldenlast insolvent dreigen te geraken, terwijl zij wel beschikken over activiteiten die levensvatbaar zijn, bevreedt dat enigszins.¹⁰ De term 'reorganiseren' doet immers, al is deze niet gedefinieerd in de Nederlandse wetgeving, sterk denken aan juist het reduceren van personeelslasten. In de arbeidsrechtpraktijk komt dat niet zelden neer op het ontslaan van personeel. In de memorie van toelichting is echter niet of nauwelijks toegelicht waarom de rechten van werknemers uitgezonderd zijn van de toepassing van de met de WHOA beoogde dwangakkoorden.

De positie van werknemers bij insolvente werkgevers is vaak een bron van (juridische) problemen. Dat wordt veroorzaakt door het feit dat het arbeidsrecht en het insolventierecht veelal niet goed op elkaar zijn afgestemd.¹¹ Dit probleem manifesteerde zich de laatste jaren vooral bij de zgn. pre-pack, waarbij beoogd werd het mogelijk te maken een doorstart in stilte en in samenspraak met een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris voor te bereiden, zodat deze naadloos en zonder al te veel schade aan bijvoorbeeld de reputatie van de onderneming kon worden gerealiseerd. Via het in de pre-pack besloten faillissement kon dan afscheid worden genomen van werknemers, zonder dat deze werknemers ontslagbescherming toekwam. De kritiek hierop uit arbeidsrechtelijke hoek betrof met name dat de Richtlijn overgang van onderneming¹² weliswaar een uitzondering mogelijk maakte op de betreffende beschermingsregels ten behoeve van werknemers bij overnames bij failliete werkgevers, maar dat aan die uitzondering wel (onder meer) de voorwaarde was verbonden dat de betreffende procedure moest zijn ingeleid met het oog op liquidatie van de onderneming en niet op de voortzetting daarvan.¹³ Het Hof van Justitie EU heeft deze praktijk vervolgens in zijn Smallsteps-arrest een halt toegeeroepen. Het oordeelde dat de pre-pack niet kan leiden tot onthouden van de bewuste beschermingsregels. De consequentie ervan is dat de pre-packpraktijk nagenoeg is 'opgedroogd'.¹⁴ Inmiddels heeft dat tot een aantal ontwikkelingen geleid, waarvan de uitkomst nog onzeker is. Allereerst heeft een wetsontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement ('WVOF') het licht gezien. Dit voorziet in een andere benadering van de positie van

⁵ Artikel 374 lid 2 Fw.

⁶ Voor indiening van een akkoord bij de rechtbank, ter homologatie, is wel een advocaat nodig.

⁷ Artikel 376 Fw.

⁸ Volgens Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84 kan ook ten behoeve van het sluiten van een liquidatieakkoord een afkoelingsperiode worden afgekondigd (ondanks het feit dat de wet daar (in artikel 376 Fw) niet lijkt te hebben voorzien).

⁹ Zie hierover bijvoorbeeld de Kroniek Insolventierecht in het Advocatenblad: *Adv.bl.* 2021-6, p. 74 e.v.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 1 (MvT).

¹¹ Zie uitgebreid hierover J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en Insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

¹² Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. Dat vervolgens over de inhoud en betekenis van het begrip 'liquidatie' verschillend gedacht kan worden is duidelijk, zie hiervoor bijvoorbeeld: N.W.A. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor WCO-I en pre-pech', *Tvl* 2018/6.

¹³ Dat over de inhoud en betekenis van het begrip 'liquidatie' verschillend gedacht kan worden is duidelijk, zie hiervoor bijvoorbeeld uitgebreid: N.W.A. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor de pre-pack en WCO-I', *Tvl* 2018/6.

¹⁴ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, C-126/16 (*FNV/Smallsteps*). Voor een uitgebreid overzicht van de verschillende uitleg die in de Nederlandse rechtspraak en literatuur aan dit arrest is gegeven, zie: J. van der Pijl, 'Doorstarten na Smallsteps: risky business', *Ondernemingsrecht* 2019/122.

werknemers bij een doorstart. Gekozen wordt hierin voor een 'normale' toepassing van de regels van overgang van onderneming,¹⁵ waarbij de doorstarter er onder voorwaarden voor mag kiezen slechts een deel van de werknemers (die in opgezegde status zijn mee overgegaan naar diens onderneming) aansluitend op hun aflopende arbeidsovereenkomst een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden; bij die keuze dienen objectieve selectiecriteria te worden gehanteerd (omgekeerd afspiegelen, ook wel inspiegelen genoemd) Het (prille) wetgevingstraject is echter stilgelegd in verband met een tweede belangwekkende ontwikkeling. De Hoge Raad heeft namelijk in 2020 prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld over de vraag in hoeverre de Nederlandse doorstartpraktijk – en dan in het bijzonder die waarin een faillissement voorafgegaan is door een pre-packfase – niet toch voldoet aan de door het HvJ EU gestelde voorwaarden in genoemde Smallsteps-zaak.¹⁶ Positief antwoord op die vragen zal de pre-packpraktijk nieuw leven kunnen inblazen.

Ik stip deze ontwikkelingen aan, omdat denkbaar is dat de wetgever tegen deze achtergrond bij de totstandkoming van de WHOA de discussie over de positie van de werknemer niet verder heeft willen compliceren door de mogelijkheid te creëren dat zij (een deel van) hun vorderingen niet voldaan zien worden vanwege een gedwongen akkoord. Tollenaar sprak in dit verband in 2016 van een politiek taboe. Hij wees er ook op dat hierdoor met de WHOA de grote kloof tussen ontslag binnen en buiten faillissement, die algemeen als oorzaak wordt gezien voor de zoektocht van in zwaar weer verkerende ondernemers naar andere oplossingen (zoals de doorstart via een pre-pack), niet verkleind wordt.¹⁷ Voor Tollenaar was dit in 2019 aanleiding met een verstrekkende oplossing te komen om deze kloof te dichten. Hij stelde voor artikel 369 lid 4 Fw te schrappen, waardoor toch werknemers niet uitgezonderd zouden worden van de WHOA.¹⁸ Aan zijn oproep is in het wetgevingstraject echter geen gevolg gegeven. De positie van werknemers in een pre-insolventieakkoord is immers ongemoeid gelaten.

In het kader van de uitzonderingspositie van werknemers breng ik ook nog de herstructureringsrichtlijn ('de richtlijn') onder de aandacht.¹⁹ Deze richtlijn dateert van

20 juni 2019, terwijl het wetsvoorstel voor de WHOA zeer korte tijd daarna (op 5 juli 2019) is ingediend. Dat gebeurde na een breed uitgereikt traject, waarbij de richtlijn dus aanvankelijk nog niet bestond, althans formeel nog niet van kracht was. In de richtlijn is vastgelegd dat een – zoals het daarin wordt genoemd – preventief herstructureringsstelsel geen afbreuk mag doen "aan de individuele en collectieve werknemersrechten uit hoofde van het uniaal en nationaal arbeidsrecht" (aldus artikel 13 lid 1 van de richtlijn). In artikel 1 lid 5, aanhef en sub a van de richtlijn staat dat de Lidstaten kunnen bepalen dat "bestaande of toekomstige vorderingen van huidige en toekomstige werknemers" kunnen worden uitgesloten van de bedoelde preventieve herstructureringsstelsels. Daarmee lijkt artikel 13 van de richtlijn vooral te zien op de ontslagbescherming van werknemers en op collectieve (medezeggenschaps)rechten: dáár kunnen Lidstaten dus geen afbreuk aan doen in nationale wetgeving. In principe zou dat dus volgens de richtlijn wel kunnen ten aanzien van werknemersvorderingen. Niettemin heeft de wetgever hier niet voor gekozen in WHOA. Ervan uitgaande dat in het wetgevingstraject op de richtlijn is geanticipeerd, lijkt dat een bewuste keuze. Op de gevolgen van de richtlijn kom ik later terug.

Tot slot kan een reden om niet aan de positie van werknemers te morrelen erin gelegen zijn geweest dat een andere keuze van de wetgever, met wel een beperking van de werknemersrechten c.q. (loon)aanspraken, vermoedelijk tot extra belasting van de kas van UWV zou leiden. Werknemers zouden dan een beroep op de loongarantieregeling (artikel 61-68 WW) kunnen doen. Een uitzondering van een beroep op de loongarantieregeling in geval van een akkoord was daarbij naar mijn mening niet mogelijk, gezien – opnieuw – Europese verplichtingen die aan de Lidstaten zijn opgelegd, in dit geval door de richtlijn inzake de bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever.²⁰ Deze richtlijn verplicht de Lidstaten een waarborgfonds op te richten dat de onvervulde loonaanspraken van werknemers honoreert, wat in Nederland dus tot de loongarantieregeling heeft geleid.²¹

Het motief voor de wetgever om de rechten van werknemers uit te zonderen van de WHOA is dus niet helder. Wel staat vast dat over de uitzondering in het wetgevingstraject weinig discussie is gevoerd, alsook dat de uitzonderingspositie van werknemers(aanspraken) niet of nauwelijks op weerstand is gestuit. Tot slot lijkt het in relatie tot de mogelijkheid die de richtlijn biedt een bewuste keuze te zijn geweest.

15 Geregeld in artikel 7:662 e.v. BW.

16 HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*FNV/Heiploeg*), uitgebreid geannoteerd door I.M.A. Lintel en T.T. van Zanten, 'Opnieuw naar het Hof van Justitie voor duidelijkheid over de positie van werknemers bij een pre-packaged packaged doorstart', *Tvl* 2020/4, nr. 35.

17 N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk* (diss. Groningen RUG), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 334. doorstart', *Tvl* 2020/4, nr. 35.

18 N.W.A. Tollenaar, 'Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie – slaan wij de juiste weg in?', *Tvl* 2019/20, paragraaf 6.

19 Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende de kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurerings, insolventie en kwijtschelding van schuld.

20 Richtlijn van 20 oktober 1980, *PbEG* 1980, L 283/23.

21 Nederland voldeed overigens al 'avant la lettre' aan deze verplichting, namelijk ruim voordat de richtlijn in 1980 van kracht werd, door in 1968 de loongarantieregeling al in de Werkloosheidswet op te nemen, Hoofdstuk IV van de WW (*Kamerstukken II* 1967/68, 9 515).

3.1 De rechten van werknemers

Duidelijk is dat op grond van artikel 369 lid 4 Fw de WHOA niet van toepassing is op “de rechten van werknemers (...) die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten.” De vraag is wat we uit deze woordkeuze kunnen opmaken. Blijkens de memorie van toelichting is dit betrekkelijk ongeclausuleerd bedoeld. Daarin staat dat uit dit vierde lid volgt dat het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in “verplichtingen jegens zijn werknemers op basis van arbeidsovereenkomsten.”²² Dat het moet gaan om arbeidsovereenkomsten is duidelijk.

3.1.1 Wie is werknemer?

Dat in deze wet door de wetgever wordt voorbijgegaan aan de vraag naar de kwalificatie van verschillende overeenkomsten als arbeidsovereenkomst, is uit praktisch oogpunt in dit traject begrijpelijk. Mocht het op enig moment tot herinrichting/herformulering van de juridische regels omtrent werk leiden, dan zal dat op dat moment mogelijk ook in deze WHOA-bepaling gaan doorwerken. Die discussie is echter wel van belang en het is goed deze in het oog te houden, ook voor de insolventierechtpraktijk.²³ Ik noem ook de beschikking van de Hoge Raad van 8 november 2020, waardoor nu vaststaat dat niet relevant is wat partijen bij het aangaan van de arbeidsrelatie voor ogen stond of wat hun bedoeling ten aanzien van de aard van die overeenkomst was.²⁴ Het komt (enkel) aan op de vraag of de overeenkomst in feite voldoet aan de omschrijving van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW: de ene partij verbindt zich ertoe in dienst van die ander tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.²⁵ Denkbaar is daarmee dat in een WHOA-situatie ook werkenden die tot dan toe als zelfstandigen werden beschouwd zich op het standpunt stellen dat zij werknemer zijn en dat hun rechten niet door een akkoord kunnen worden aangetast. De recente beslissing van de Hoge Raad vergroot de kans dat zij dit met succes kunnen doen.

Duidelijk is dat de wet beoogt dat overeenkomsten van opdracht, en daarmee dus vorderingen van freelancers, zzp'ers of andere opdrachtnemers, niet onder de uitzondering van artikel 369 lid 4 Fw vallen. Als zij, de uitvoerders van deze overeenkomsten, ook na de door mij in de vorige alinea aangehaalde beschikking van de Hoge Raad, nog altijd niet als werknemer worden aangemerkt, is de discussie daarmee dan beslecht? Dat is niet gegarandeerd. Ik stip in dit verband opnieuw de herstructureringsrichtlijn aan, nu daarin meermaals het begrip werknemer

wordt gebruikt, bijvoorbeeld in de eerder aangehaalde artikelen 1 lid 5 en artikel 13. Bij implementatie van richtlijnen is van belang dat het Europese werknemersbegrip ruimer lijkt dan het Nederlandse. Waar het gaat om verplichte richtlijnimplementatie dient zelfstandig en objectief te worden vastgesteld of een werkend persoon kwalificeert als werknemer, oftewel: volgens de Unie-maatstaf. Dit speelt nadrukkelijk bij bijvoorbeeld vakantieaanspraken van zzp'ers: omdat het Europese werknemersbegrip ruimer is dan ons nationale werknemersbegrip, is zeker niet denkbeeldig dat binnenkort wordt vastgesteld dat ook zzp'ers recht hebben op vakantie (of uitbetaling van niet-genoten vakantie) bij beëindiging van hun contract. Dat zou met zich kunnen brengen dat ook zelfstandigen, zeker schijnzelfstandigen, onder omstandigheden kunnen betogen dat zij moeten worden aangemerkt als werknemers in de zin van de richtlijn en dat derhalve hun rechten, zeker die bedoeld zijn in artikel 13 van de richtlijn, niet aangetast kunnen worden door de eventuele homologatie van een onderhands akkoord.

3.1.2 Wat zijn rechten van werknemers?

Onder ‘rechten’ vallen naar mijn mening alle aanspraken uit hoofde van de arbeidsverhouding, dus naast loon ook (bijvoorbeeld) vakantiedagen, variabele beloning, pensioenbijdragen en loon in natura of ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen als telefoon, laptop en leaseauto. Ten aanzien van loon vestig ik nog de aandacht op het feit dat een werknemer wiens loon niet betaald wordt, de voorkeur kan geven aan een faillissement boven een WHOA-procedure, nu de loongarantieregeling – het woord zegt het al – betaling van diens loon garandeert.²⁶ De eerste procedure hierover is al gevoerd, al werd daarin vastgesteld dat de werknemers in dat geval nog geen belang hadden bij een faillietverklaring boven een WHOA-traject, omdat er nog geen betalingsachterstand was.²⁷ Pensioenpremies vallen er, naar mijn opvatting, niet onder, nu dit een vordering van een derde (het pensioenfonds) betreft. Definitief uitsluitsel hierover volgt binnenkort, nu hieromtrent een prejudiciële vraag is gesteld aan de Hoge Raad.²⁸ Ook eventuele ontslagvergoedingen, of deze nu voortvloeien uit de wet (de transitievergoeding), uit een rechterlijke uitspraak (zoals de billijke vergoeding) of uit een collectieve regeling (sociaal plan) of individuele afspraak (vaststellingsovereenkomst), blijven naar mijn mening buiten schot. Deze zijn immers gebaseerd op arbeidsovereenkomsten en vormen verplichtingen van de betreffende werkgever. Of dat ook geldt in geval de arbeidsovereenkomst reeds is beëindigd op het

²² Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 31 (MvT).

²³ Zie hierover met name: Commissie regulering van werk (Commissie-Borstlap), *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, 23 januari 2020, doch ook een recente en zeer uitvoerige conclusie over dit kwalificatievraagstuk van A-G De Bock van 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698.

²⁴ HR 8 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*werkneemster/Gemeente Amsterdam*).

²⁵ Waarbij de bedoeling van partijen wel relevant is voor de vraag wat zij zijn overeengekomen voor wat betreft de rechten en plichten.

²⁶ Artikel 61-68 WW. De loongarantie kent beperkingen in duur (13 weken plus de opzegtermijn) en hoogte (maximaal 1,5 maal het maximumdagloon).

²⁷ Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84. Zie hierover uitgebreider: P. Trip, *De WHOA van wet naar recht* (serie Recht en Praktijk, InsR18, 2021), paragraaf 9.2.1.

²⁸ De prejudiciële vraag luidt: “Is op grond van artikel 369 lid 4 Fw het in afdeling 2, titel 4 Faillissementswet bepaalde (de WHOA) van toepassing op vorderingen van de bedrijfspensioenfondsen in de zin van de wet Bpf 2000 betreffende achterstallige pensioenpremies?”, Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475.

moment van homologatie van het akkoord, is een vervolgvraag. De wetstekst rept over werknemers “in dienst van de schuldenaar”, waaruit afgeleid zou kunnen worden dat de uitzondering niet geldt voor werknemers die inmiddels uit dienst zijn getreden. Ik zou niettemin menen dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest de uitzondering te beperken tot werknemers die nog in dienst zijn; in ieder geval wijst niets in de parlementaire geschiedenis daarop.

Ter illustratie wijs ik op artikel 7:673c BW, dat bepaalt dat een transitievergoeding niet langer verschuldigd is als een werkgever in staat van faillissement verkeert of als surseance is verleend. In die bepaling wordt geen wijziging aangebracht, bijvoorbeeld door de niet-verschuldigdheid van de transitievergoeding in dit artikel 7:673c lid 1 BW uit te breiden naar WHOA-akkoorden.²⁹ Daarom meen ik dat de verschuldigdheid van de transitievergoeding niet aangetast kan worden door een dwangakkoord. Ik zou vervolgens menen dat dit dan ook geldt voor de nog niet betaalde transitievergoeding van een voormalige werknemer. Hier kan tegenin worden gebracht dat artikel 1 lid 5 van de richtlijn nu juist de mogelijkheid geeft aan Lidstaten om ook vorderingen van voormalige werknemers uit te sluiten van preventieve herstructureringsstelsels. Maar de Nederlandse Staat heeft dat dus niet expliciet gedaan in artikel 369 lid 4 Fw, althans dit kan niet met zoveel woorden uit de tekst van het artikellid worden afgeleid.

In dit kader attendeer ik voorts op artikel 7:673c lid 2 BW, dat de mogelijkheid in het leven roept voor de werkgever om de transitievergoeding (die dus naar mijn mening ook in geval van homologatie van een akkoord verschuldigd blijft) in termijnen te betalen. Er moet dan sprake zijn van onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever. Regels hiervoor kunnen, aldus dit artikellid, in een ministeriële regeling worden gegeven, maar dat is slechts in beperkte mate gebeurd. In de Ontslagregeling is enkel geregeld dat die termijnen zich mogen uitstrekken over een periode van maximaal zes maanden, alsmede dat de wettelijke rente over het bedrag van de transitievergoeding verschuldigd is.³⁰ Er bestond tot 1 januari 2020 wel een specifieke overgangsregeling voor kleine bedrijven in een slechte financiële situatie, in welk geval door hen verschuldigde transitievergoedingen op een gunstiger wijze mochten worden berekend (dienstjaren van vóór 2013 telden dan niet mee). Voor deze gevallen – met als vereiste een ‘slechte financiële situatie’ – waren de voorwaarden betrekkelijk nauwkeurig uitgewerkt, terwijl voor de situatie van artikel 7:673c lid 2 BW verder geen specifieke uitwerking is gevolgd. Genoemde ‘slechte financiële situatie’ was geregeld in artikel 7:673d (oud) BW en had betrekking op kleine werkgevers, waarbij het moest gaan,

blijkens de in artikel 24 (oud) Ontslagregeling gegeven uitwerking, om werkgevers met minder dan 25 werknemers. Voorts moest aan drie specifieke financiële voorwaarden zijn voldaan om tot de neerwaartse aanpassing van de transitievergoeding te komen: (1) drie achtereenvolgende jaren een negatief nettoresultaat, (2) een negatief eigen vermogen en (3) de waarde van de vlottende activa is kleiner dan de schulden met een resterende looptijd van een jaar. De term ‘slechte financiële situatie’ in artikel 7:673d (oud) BW is uiteraard geenszins gelijk aan de waarde van de ‘onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering’ uit artikel 7:673 lid 2 BW. Niettemin kan mogelijk worden aangeknoopt bij deze criteria, indien discussie ontstaat of zich een situatie voordoet waarin de gevolgen voor de bedrijfsvoering onaanvaardbaar zijn.

3.1.3 *Andere rechtsverhouding tussen werknemer en schuldenaar?*

Het is denkbaar dat een werknemer ook uit andere hoofde dan de arbeidsovereenkomst financiële aanspraken heeft op de ondernemer. Als een werknemer bijvoorbeeld een geldlening heeft verstrekt aan de werkgever (toegegeven, dat zal weinig voorkomen) zal die aanspraak wel deel van een dwangakkoord uitmaken, hetgeen ook stemgerechtigdheid met zich brengt.³¹

Ten aanzien van aandelen en optierechten, waarvan het zeker niet denkbeeldig is dat deze aan werknemers zijn toebedeeld, is het evenzeer de vraag of werknemers in die andere hoedanigheid wél gebonden kunnen worden aan het akkoord en bijvoorbeeld ook stemgerechtigd zijn als het akkoord hun positie als schuldeiser/aandeelhouder raakt. In de memorie van toelichting is daarover helaas niets opgemerkt, ondanks oproep daartoe in het internetconsultatieproces.³² Ik zou niettemin menen dat de vraag bevestigend moet worden beantwoord, al was het maar omdat moeilijk verdedigbaar is dat verschillende houders van aandelen of optierechten (de één met, en de ander zonder arbeidsovereenkomst) verschillend worden behandeld. Aan het houden van aandelen is nu eenmaal inherent dat daaraan risico's zijn verbonden en dat deze aandelen in waarde kunnen fluctueren en geen garanties bieden; datzelfde geldt voor optierechten. Daar kan tegenin worden gebracht dat werknemers deze bijzondere rechten wel verworven hebben in verband met hun positie als werknemer, soms zelfs door bepaalde prestaties als werknemer, bij de uitoefening van hun werkzaamheden, te hebben geleverd. Afspraken ter zake plegen veelal ook in hun schriftelijke arbeidsovereenkomsten te zijn opgenomen. De meest logische benadering lijkt niettemin deze positie te onderscheiden van hun positie als werknemer en daarom ten aanzien van die andere positie gelijk te behandelen als overige schuldeisers/aandeelhouders.

29 Zie hierover ook: P. Trip, *De WHOA van wet naar recht* (serie Recht en Praktijk, InsR18, 2021), paragraaf 9.2.1.

30 Artikel 25 Ontslagregeling (Regeling van 23 april 2015, *Stcrt.* 2015, 12685, zoals laatstelijk gewijzigd op 9 december 2019 *Stcrt.* 2019, 68450).

31 Zie ook in bevestigende zin de opvatting van de werknemersorganisaties FNV/CNV/VCP in de internetconsultatie, brief van 14 november 2017, p. 3.

32 Zie het advies van NVvR, brief d.d. 18 december 2017, p. 8.

3.2 Eenzijdige wijziging arbeidsvoorwaarden

In essentie is de conclusie gerechtvaardigd dat, in het kader van (een van de vormen van) een akkoord waarin de WHOA voorziet, zo'n akkoord nimmer kan leiden tot aanpassing van de rechten van de werknemers c.q. van diens arbeidsvoorwaarden. Als daarover naar aanleiding van de formulering van artikel 369 lid 4 Fw al twijfels bestonden, dan zijn die in de memorie van toelichting weggenomen. Daar is letterlijk aangegeven: "Arbeidsovereenkomsten kunnen niet worden aangepast."³³ Ook in de artikelsgewijze toelichting van de memorie van toelichting wordt dit bevestigd: "Uit het vierde lid volgt dat het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in de verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst".³⁴ Hiermee lijkt het aanpassen van arbeidsvoorwaarden – in zijn algemeenheid al een moeilijk begaanbare weg voor werkgevers – welhaast onmogelijk te zijn gemaakt als het tot een akkoord komt. Het gebruik in de vorige zin van termen als 'lijkt' en 'welhaast' is ingegeven door het tweede citaat hierboven uit de memorie van toelichting, nu dat stelt dat *het akkoord* geen wijziging in die voorwaarden kan aanbrengen. Zo bezien kan een wijziging in theorie wel op een andere wijze dan door middel van het WHOA-akkoord worden aangepast. Daarom worden nu toch ook enkele woorden gewijd aan de wijze waarop dat dan zijn beslag zou moeten krijgen.

Eenzijdige aanpassing is – dus los van een eventueel aan de orde zijnde WHOA-situatie – mogelijk op de voet van artikel 7:613 BW. Krachtens dit artikel moet dan wel een schriftelijk eenzijdig-wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst zijn opgenomen en kan de werkgever daar (slechts) een beroep op doen, indien "hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken." Het lijkt ondenkbaar dat een werkgever ten tijde van de totstandkoming van een akkoord met succes kan stellen dat hij zo'n zwaarwichtig belang heeft en dat de werknemer – in wezen in strijd met de wet – zou moeten meewerken aan neerwaartse bijstelling van zijn arbeidsvoorwaarden.

Datzelfde geldt voor de andere mogelijkheid die een werkgever in zijn algemeenheid ter beschikking staat: wijziging van arbeidsvoorwaarden op de voet van artikel 7:611 BW. Dit komt dan aan op de vraag of een werknemer gehouden is, uit hoofde van zijn verplichting zich als goed werknemer te gedragen, in te stemmen met een voorstel van zijn werkgever dat strekt tot een wijziging van de overeenkomst. In die gevallen dient in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever in de gewijzigde omstandigheden als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging, waarbij

alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. Als daarvan sprake is, dient vervolgens te worden onderzocht of aanvaarding van het voorstel van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in redelijkheid van de werknemer gevegd kan worden. Als ook dat het geval is, mag de werknemer, die immers krachtens artikel 7:611 BW moet handelen als 'goed werknemer', het voorstel niet weigeren. Doet hij dat toch, dan leidt zelfs dat nog niet tot een wijziging van de arbeidsovereenkomst van rechtswege. In het geval de werknemer een redelijk voorstel tot wijziging van de hand wijst en hij nakoming vraagt van de ongewijzigde arbeidsovereenkomst, ligt zijn vordering nog steeds voor toewijzing gereed, tenzij het vasthouden van de werknemer aan de ongewijzigde arbeidsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar zou zijn.³⁵ Deze complexe systematiek – in feite een soort drietrapsraket – vloeit voort uit jurisprudentie van de Hoge Raad, en is met name uitgewerkt in zijn arrest Stoof/Mammoet uit 2008.³⁶ Ook hier geldt dat wel zeer veel lenigheid van geest benodigd is om een scenario voor een "WHOA-werkgever" te bedenken waarin op succesvolle wijze via de band van artikel 7:611 BW een aanpassing van arbeidsvoorwaarden wordt gerealiseerd. De regel van artikel 369 lid 4 Fw vormt eerder een bevestiging voor de werknemer, dat van hem – hoe ernstig de financiële situatie van de werkgever ook is – niet gevegd kan worden dat hij met een voorstel tot aanpassing van die arbeidsvoorwaarden instemt. In zoverre kan worden gesteld dat toepassing van de WHOA de kansen op aanpassing van de arbeidsvoorwaarden eerder verkleint en eigenlijk zelfs onmogelijk maakt.

3.3 Ontslag en WHOA

Gaat de regeling in de WHOA nu ook zo ver dat een werkgever die op de voet van de WHOA gebonden wordt/is aan een akkoord ook niet tot ontslag mag overgaan? Dat lijkt mij niet. Er is niet voorzien in een ontslagverbod, noch in de WHOA, noch in de herstructureringsrichtlijn. Wel leid ik uit artikel 13 van de richtlijn af, dat de ontslagbescherming niet aangetast mag worden door de nationale wetgeving, zoals in ons geval de WHOA. Dat er aan ontslagbescherming geen afbreuk mag worden gedaan, betekent uiteraard niet dat er geen ontslag kan plaatsvinden, mits dat maar volgens de bestaande wet- en regelgeving van een Lidstaat geschiedt. Derhalve staat de mogelijkheid voor een werkgever open om een reorganisatie door te voeren die leidt tot verval van arbeidsplaatsen.³⁷ Daarbij zal de reguliere (preventieve) toetsing moeten plaatsvinden.

³³ Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 10 (MvT).

³⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 31 (MvT).

³⁵ E. Verhulp, in *T&C Arbeidsrecht*, artikel 7:613 BW, aantekening 6.

³⁶ HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.

³⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 6, p. 3 (Nota naar aanleiding van het verslag).

den, waarbij zowel collectieve³⁸ als individuele regels³⁹ in acht zullen moeten worden genomen. In dat kader zal ontslag in de regel voornamelijk gebaseerd zijn op de zogenoemde a-grond uit het ontslagrecht, dat voorschrijft dat dan – geparafraseerd – sprake moet zijn van het verval van arbeidsplaatsen ten gevolge van bedrijfseconomische gronden.⁴⁰ De vraag is of een WHOA-akkoord nu juist een indicatie of een contra-indicatie vormt voor het aannemen van de (bedrijfseconomische) noodzaak voor het beëindigen van arbeidsovereenkomsten. Enerzijds kan worden gesteld dat sprake is van dreigende insolvente en een zware schuldenlast (immers voorwaarden om te komen tot een (gedwongen) akkoord), anderzijds kan daar tegenin worden gebracht dat die financiële dreiging door het akkoord nu juist is afgewend en dat de positie van werknemers ongemoeid kan blijven. Die laatste benadering is nogal voordelig voor werknemers en heeft het toch wel wat dubieuze gevolg dat een werknemer (of bijvoorbeeld een OR) juist in het belang van de werknemers handelt door aan te sturen op een akkoord, althans de benoeming van een herstructureringsdeskundige, omdat dat de kans op ontslag zou reduceren. Mijn conclusie is dat een gehomologeerd akkoord in beginsel een onderneming gezonder maakt en toewijzing van ontslagaanvragen bij UWV niet zal vergemakkelijken, maar dat de mogelijkheid *an sich* gewoon blijft bestaan en dat UWV altijd tot een zelfstandig oordeel van iedere navraag moet komen. Ontslag is dus zeker niet uitgesloten.

Een vraag die hierbij nog opkomt is deze. Kan aan een akkoord wellicht de voorwaarde worden verbonden (door de schuldeisers), dat het uitsluitend van kracht is, dan wel aangenomen wordt indien er een bepaalde reductie van de personeelskosten wordt gerealiseerd, oftewel een bepaald aantal werknemers wordt ontslagen? Dit lijkt mij een brug te ver. Nog afgezien van de vraag of zo'n voorwaarde voor de rechtbank aanvaardbaar zou zijn, gezien het uitgangspunt dat de wet niet van toepassing is op rechten van werknemers uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, kan ik mij voorstellen dat werknemers(organisaties) zich het mes niet op de keel zullen laten zetten en fel gekant zijn, ook vanuit principieel oogpunt, deze 'methode' te aanvaarden. Praktisch punt daarbij is bovendien dat het al dan niet in vervulling gaan van zo'n voorwaarde lange tijd uitermate onzeker is. Een reorganisatie is tijdrovend, zeker als de WMCO met zijn wachttijd van een maand van toepassing is. Ik wijs op de doorlooptijd bij UWV – vier tot zes weken – en de wettelijke opzegtermijnen – één tot vier maan-

den –, alsook op de beroepsmogelijkheden die werknemers vervolgens nog hebben.⁴¹

4. De positie van de OR

Over de positie van de OR in relatie tot insolvente ondernemingen is veel gezegd en geschreven en hier vat ik allereerst de huidige stand van zaken kort samen.

Ten aanzien van de rol van de OR *voorafgaand aan insolventie* mag nog altijd worden aangenomen dat een werkgever/ondernemer niet gehouden is advies aan de OR te vragen indien hij surseance van betaling wil aanvragen, nu de Hoge Raad zich in 2001 in deze zin heeft uitgelaten, onder meer oordelend dat benoeming van een bewindvoerder niet leidt tot een (op de voet van artikel 25 lid 1 sub e WOR adviesplichtig) besluit dat strekt tot een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming dan wel in de bevoegdheden binnen de onderneming.⁴² Daarop is aangenomen dat dit ook geldt voor de eigen faillissementsaanvraag,⁴³ al wordt betwijfeld of die conclusie juist is en heeft de Hoge Raad zich hierover nog niet uitgelaten.⁴⁴

Ten aanzien van de rol van de OR *tijdens insolventie* is van belang dat de Hoge Raad in eerdergenoemd arrest IJsselwerf uit 2001 al expliciet overwoog dat de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad op zichzelf genomen door de surseance niet worden aangetast. Ten aanzien van faillissement heeft de Hoge Raad zich pas veel later uitgesproken, in zijn beschikking in de DA-zaak in 2017.⁴⁵ Hij oordeelde dat het medezeggenschapsrecht in beginsel gewoon geldt tijdens faillissement, tenzij het gaat om liquidatiehandelingen zoals de opzegging door de curator van arbeidsovereenkomsten (als bedoeld in artikel 40 Fw) of verkoop van de onderneming (als bedoeld in artikel 176 Fw). Ook volgt uit deze beschikking dat de OR geacht moet worden soepel om te gaan met wettelijke termijnen en dat, als sprake is van adviesrecht, onder omstandigheden van de OR verwacht mag worden met gezwinde(re) spoed tot een advies te komen.

Hoe zit dat nu met de WHOA? Allereerst, ook als er in de WHOA niet voorzien was in een rol van de OR, dient deze mijns inziens bij de benoeming van een herstructureringsdeskundige vooraf om advies te vragen, nu sprake is van inschakeling van deze deskundige op verzoek van de

38 De Wet Melding Collectief Ontslag is onverkort van toepassing, er is niet voorzien in een uitzondering (zoals bij voorbeeld geldt bij faillissement, zie artikel 3 lid 1 WMCO).

39 Geregeld in Boek 7, titel 10 BW, en onder meer uitgewerkt in de Ontslagregeling (Regeling van 23 april 2015, *Stcrt.* 2015, 12685, zoals laatstelijk gewijzigd op 9 december 2019, *Stcrt.* 2019, 68450).

40 Artikel 7:669 lid 3, aanhef en sub a BW.

41 Werknemers die het niet eens zijn met een door UWV aan de werkgever verleende toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, kunnen de zaak binnen twee maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst voorleggen aan de rechtbank. Tegen diens beslissing staat hoger beroep bij het gerechtshof open.

42 HR 6 juni 2001, NJ 2001, 477; *JAR* 2001/128; *JOR* 2001/146, m.nt. Kortmann.

43 Zie bijvoorbeeld de annotatie van Kortmann onder dit arrest (*JOR* 2001/146).

44 I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam 2014), paragraaf 6.3.3 en J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en Insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever* (diss. Amsterdam 2019), p. 274.

45 HR 2 juni 2017, *JAR* 2017/172, m.nt. Nekeman en *JOR* 2017/248, m.nt. Kortmann.

werkgever. Ik baseer dit op artikel 25 lid 1 sub n WOR, dat ‘het verstrekken en formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming’ adviesplichtig bestempelt (als de benoeming plaatsvindt op initiatief/verzoek van schuldeisers, wat veelal zal voorkomen, geldt dit vanzelfsprekend niet).⁴⁶ Er is echter reeds op andere wijze gewaarborgd, althans dat lijkt de bedoeling van de wet te zijn, dat de OR ter zake om advies wordt gevraagd, nu artikel 375 lid 1 onder I Fw bepaalt dat het volgende in een akkoord moet zijn vermeld (met het wat omineuze tussenzinnetje: “voor zover van toepassing”), namelijk: de wijze waarop de (...) OR⁴⁷ gevraagd is of nog gevraagd zal worden advies uit te brengen”. Klaarblijkelijk wordt wel beoogd dat dit advies wordt gevraagd, maar wordt opengelaten wanneer dit gebeurt: het mag kennelijk ook later. De vraag is in hoeverre zich dit verdraagt tot een van de pijlers van het medezeggenschapsrecht, te weten dat een advies moet worden gevraagd op een moment dat het nog van wezenlijke invloed kan zijn op besluitvorming (zie ook artikel 25 lid 2 WOR).

Ook attendeer ik opnieuw op Europese verplichtingen: in de aangehaalde herstructureringsrichtlijn worden expliciet genoemd als (overigens: niet-limitatieve) rechten van werknemers waaraan geen afbreuk mag worden gedaan door nationale wetgeving, zoals de WHOA: het recht op informatie en raadpleging. Sterker, ook over het tijdstip bevat de richtlijn een duidelijke verplichting. In artikel 13 lid 1, aanhef en sub b van de richtlijn is immers onder meer het volgende bepaald:

“(...) een preventief herstructureringsstelsel mag geen afbreuk doen aan het recht op informatie en raadpleging overeenkomstig Richtlijn 2002/14/EG en Richtlijn 2009/38/EG, met name:

(...)

ii) informatie voor de werknemersvertegenwoordigers betreffende een eventuele preventieve herstructureringsprocedure die gevolgen kan hebben voor de werkgelegenheid;

iii) informatie voor en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers over de herstructureringsplannen voordat zij overeenkomstig artikel 9 ter goedkeuring worden voorgelegd, of overeenkomstig artikel 10 ter bevestiging door een rechterlijke of administratieve instantie (onderstreping JvdP);”

Hieruit valt af te leiden dat het advies aan de OR (dat Europeesrechtelijk (ook) als werknemersvertegenwoordiger wordt aangemerkt) moet worden gevraagd vóórdat het akkoord wordt aangeboden, in ieder geval in de situaties waarin de schuldenaar als aanbieder kan worden aange-

merkt. Het advies moet op grond van artikel 25 lid 2 WOR immers op een zodanig tijdstip worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Ik verwijs in dit verband ook naar artikel 8 lid 1, aanhef en sub g (onder iii) van de richtlijn, dat voorschrijft dat Lidstaten in hun wettelijke regeling moeten bepalen dat een aan de rechter voorgelegd herstructureringsplan ‘de regelingen inzake informatieverstrekking aan de raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers (...)’ bevat. Ik vind deze verplichting in de richtlijn niet glashelder geformuleerd, maar ben er evenmin volledig van overtuigd dat de richtlijn hier correct is geïmplementeerd. Ik constateer echter ter geruststelling ook dat de WOR zelf een OR in de artikelen 25 en 26 WOR al handvatten geeft zich tegen niet-naleving van het medezeggenschapsrecht te verzetten.

Van het voorgaande moet overigens onderscheiden worden het recht dat de OR (en de pvt) in deze wet wordt verleend om ook eigenstandig aan de rechtbank het verzoek te doen een herstructureringsdeskundige aan te stellen (artikel 371 lid 1 Fw). As de OR dat doet, kan daarmee een eventueel aanhangig faillissementsrekest van bijvoorbeeld de werkgever on hold worden gezet, wat onder omstandigheden strategisch aantrekkelijk kan zijn.

5. Conclusie

De wetgever heeft ervoor gekozen de positie van werknemers zo veel mogelijk onaangetaast te laten, hetgeen de herstructureringsrichtlijn ook uitdrukkelijk faciliteert. Dit leidt niettemin tot vragen, met name waar het de positie van voormalige werknemers betreft. Blijven hun vorderingen ook buiten schot, en zo nee, hoe worden zij, schuldeiser zijnde, dan verder onder de WHOA behandeld? Aanpassing van de arbeidsvoorwaarden lijkt door de WHOA (nog) moeilijker te worden gemaakt dan het buiten een WHOA-situatie al is. Ontslag blijft wel mogelijk, uiteraard met inachtneming van de reguliere ontslagbescherming, die door een akkoord niet aangetast mag worden.

Aan de positie van de OR wordt onder de WHOA geen afbreuk gedaan, hetgeen volgens de herstructureringsrichtlijn ook niet zou zijn toegestaan. De bevoegdheden van de OR worden juist licht uitgebreid met de mogelijkheid dat op initiatief van de OR een herstructureringsdeskundige wordt benoemd.

Al met al is de conclusie gerechtvaardigd, dat de positie van werknemers stevig is ontzien. Dit betekent tegelijkertijd wel dat er (opnieuw) een kans gemist is om de kloof tussen werknemersbescherming binnen en buiten faillissement te dichten. Een werkgever die gebukt gaat onder (te) hoge personeelslasten, lost dat via een akkoord niet op, waardoor de verleiding op enig moment toch te kiezen voor een faillissementsdoorstart blijft bestaan. Aan de andere kant zal een werkgever die zijn schulden via een akkoord herstructu-

⁴⁶ Niet onbelangrijk hierbij is de vraag aan welk specifieke besluit/aangelegenheid uit artikel 25 lid 1 WOR het advies betrekking heeft: te denken valt aan de onderdelen a, b, h, i en/of j van dit artikellid.

⁴⁷ Ook de personeelsvertegenwoordiging (pvt) is hier genoemd als orgaan; deze kan ingesteld zijn bij ondernemingen met minder dan 50 werknemers.

reert mogelijk minder snel ook tot reorganisatie (in de zin van: reducering van het personeelsbestand) over hoeven gaan en, als dat toch noodzakelijk is, daarbij regels ten aanzien van ontslag, zoals het afspiegelingsbeginsel, en ontslagvergoedingen respecteren, waar dat bij een faillissementsdoorstart niet het geval is. Dat lijkt toch echt winst.