

Verbetering van de positie van werknemers in faillissement

L. Ecker

1 Inleiding

1.1 *Uitgangspositie werknemers in faillissement*

De juridische uitgangspositie van werknemers in het Nederlandse faillissementsrecht is traditioneel altijd precair geweest. Die uitgangspositie was en is dat ontslag van werknemers in faillissement via art. 40 van de Faillissementswet (Fw) zeer eenvoudig is en werknemers daarbij zonder toekenning van enige ontslagvergoeding ontslagen worden, terwijl overleggremia als ondernemingsraden en vakbonden doorgaans geen rol spelen in het faillissementsproces.¹ Een eventuele overnemende partij heeft in faillissement de vrije keuze welke werknemers zij meeneemt naar de doorstartende onderneming, hoeft zich niet aan verplichte selectiecriteria als het afspiegelingsbeginsel te houden en kan overgenomen werknemers andere (versoberde) arbeidsvoorwaarden aanbieden (tenminste als er geen algemeen verbindend verklaarde cao van toepassing is). Ondertussen speelde met regelmaat wel de discussie of sommige partijen het faillissementsrecht niet misbruikten om op een goedkope en gemakkelijke manier hun personeelsbestand te reorganiseren, maar de drempels voor het aannemen van misbruik van faillissement waren en zijn hoog. Ook de discussie of de regels voor overgang van onderneming (art. 7:662-666 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) in faillissement, en dan met name bij de praktijk van de prepack, wel konden worden uitgesloten, speelde al langer. Uit de Heiploeg-uitspraak uit 2015 blijkt dat de Nederlandse rechter drie jaar geleden nog niet wilde aannemen dat de regels voor overgang van onderneming bij een prepack gelden.² Voor het overige moesten werknemers het doen met de Sigmacon-leer van de Hoge Raad, waaruit volgt dat het schuldeisersbelang in faillissement weliswaar een zeer belangrijke rol speelt, maar dat andere maatschappelijke belangen, waaronder het werkgelegenheidsbelang, niet uit het oog mogen worden verloren.³

1.2 *Ontwikkelingen in positie werknemers in faillissement*

In dit artikel wil ik de vraag behandelen of de positie van werknemers in faillissement aan het veranderen is. Ik zie namelijk een aantal ontwikkelingen in het recht die erop wijzen dat werknemers steeds meer als serieus te nemen stakeholders in het faillissementsproces meegenomen dienen te worden en dat hun rechten meer bescherming krijgen van rechter en wetgever.

1 Vgl. P.A.M. Witteveen & I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', TAO 2016, afl. 3, zie m.n. par. 4.1, p. 88-89.

2 Rb. Overijssel 28 juli 2015, JOR 2015/283 (Heiploeg).

3 HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (Sigmacon II).

Ik noem een paar ontwikkelingen. Al voordat de Hoge Raad in het hieronder nog te bespreken DA Retailgroep-arrest een adviesrecht in faillissement toekende aan de ondernemingsraad, is bij de behandeling van de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) aan de orde geweest dat een rol voor de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging weggelegd zou moeten zijn bij de stille voorbereidingsfase van een eventueel faillissement. Hierbij gebruikte de minister in de memorie van toelichting onder meer het veelzeggende argument dat de impact van een faillissement voor werknemers groter is dan voor andere schuldeisers.⁴ Een andere ontwikkeling is dat partijen die bij een doorstart of overname uit faillissement personeel willen selecteren voor de nieuwe onderneming blijkens recente uitspraken van het College voor de Rechten van de Mens goed moeten opletten dat zij zich bij hun selectie niet schuldig maken aan leeftijdsdiscriminatie.⁵ De rechten op behoud van anciënniteit van werknemers bij een overname uit faillissement, die door de Hoge Raad al eerder waren erkend, zijn met de invoering van de Wet werk en zekerheid in art. 7:673 lid 4 BW gecodificeerd, waardoor de overnemende partij met de dienstjaren bij de failliet rekening moet houden bij (onder meer) de berekening van de transitievergoeding bij een eventueel (later) ontslag. En dan zijn er de twee veelbesproken uitspraken in de zaken van DA Retailgroep en Smallsteps.

Uit de aangestipte punten hierboven blijkt dat het arbeidsrecht in faillissement in beweging is, maar dat geldt evenzeer voor de faillissementspraktijk zelf. Die praktijk heeft zich in de laatste decennia van een traditioneel op stopzetting en liquidatie van de onderneming gerichte aanpak meer ontwikkeld in de richting van een grotere focus op (de mogelijkheid tot) continuering van de ondernemingsactiviteiten. Deze ontwikkeling wordt met betrekking tot de prepack treffend samengevat door A-G Mengozzi in zijn conclusie bij de hieronder nog te behandelen Smallsteps-uitspraak:

‘Het succes van de pre-pack is het gevolg van een groeiende neiging in het moderne insolventierecht om de voorkeur te geven aan benaderingen die, anders dan de klassieke benadering die gericht is op de liquidatie van de in moeilijkheden verkerende onderneming, gericht zijn op de redding van de onderneming of althans het behoud van de economisch nog levensvatbare onderdelen daarvan.’⁶

Die verlegde focus zal vanuit insolventieperspectief vooral te maken hebben met de omstandigheid dat zo’n aanpak gericht op continuïteit in de praktijk doorgaans ook tot een grotere opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers leidt, maar

4 MvT bij de WCO I, Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 3.

5 Oordelen van het College voor de Rechten van de Mens in de zaken McGregor en Perry Sport, respectievelijk CvRM 9 februari 2017, oordeelnr. 2017-11 en CvRM 26 oktober 2017, oordeelnr. 2017-122. Bij laatstgenoemde zaak was de auteur van dit artikel gemachtigde van Sports Unlimited Retail B.V., de entiteit die de onderneming van Perry Sport heeft voortgezet na het faillissement.

6 Concl. A-G Mengozzi in FNV/Smallsteps, HvJ EU 29 maart 2017, JOR 2017/184, punt 4.

L. Ecker

doet tegelijkertijd ook de vraag stellen naar de positie van werknemers in dit proces. Als de focus meer op continuering van de activiteiten komt te liggen, is de rol van werknemers daarin logischerwijs van groter belang dan wanneer de onderneming na de faillietverklaring wordt stilgelegd en (een paar) werknemers wellicht alleen nog een (korte) tijd aanblijven voor afronding van de ondernemingsactiviteiten. Dat onderscheid tussen liquidatie en continuering speelde ook in beide hieronder te bespreken zaken een grote rol bij het bepalen van de positie van werknemers.

1.3 *DA Retailgroep en Smallsteps*

Geplaatst binnen dit bredere kader wil ik daarom hieronder ingaan op de hierboven al kort genoemde uitspraken in DA Retailgroep en Smallsteps, toevallig beide gewezen in juni 2017. Vanuit werknemersperspectief kunnen deze uitspraken als een overwinning worden gezien en ze maken mijns inziens in ieder geval dat werknemersrechten in de toekomst meer zullen gaan meespelen in de faillissementspraktijk: (1) in de zaak van DA Retailgroep bepaalde de Hoge Raad dat de Wet op de ondernemingsraden (WOR) en daarmee het adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement geldt, en (2) in de Estro/Smallsteps-zaak deed het Europees Hof uitspraak over de toepasselijkheid van de regels voor overgang van onderneming bij een prepack. Omdat laatstgenoemde zaak inmiddels in de rechtspraak tot (ten minste) twee andere uitspraken heeft geleid, in de zaak van uitvaartkistenfabrikant Bogra en kledingwinkelketen Tuunte, zullen die uitspraken ook kort worden aangestipt.

2 **Adviesrecht voor de ondernemingsraad in faillissement**

Op 2 juni 2017 besliste de Hoge Raad in de zaak van de failliete drogisterijketen DA dat de ondernemingsraad een adviesrecht heeft ten aanzien van bepaalde voorgenomen besluiten van de curator in faillissement.⁷ Daarmee vernietigde de Hoge Raad een eerder arrest van de Ondernemingskamer van 26 mei 2016, die de weg naar het aannemen van een adviesrecht in faillissement juist had afgesneden met de motivatie dat een adviesrecht van de ondernemingsraad zich moeilijk laat rijmen met het faillissementsrecht. Daarbij overwoog de Ondernemingskamer dat gelet op de belangen van de schuldeisers in het faillissement en de aard van de door de curator te nemen besluiten het de vraag is of een advies van de ondernemingsraad nog van wezenlijke invloed kan zijn. Dat oordeel van de Ondernemingskamer is op veel kritiek gestuit,⁸ nu in de literatuur de communis opinio bestond dat het adviesrecht van de ondernemingsraad of andere rechten op

7 HR 2 juni 2017, NJ 2017/453, JOR 2017/248, JAR 2017/172 (DA Retailgroep).

8 Witteveen & Zaal 2016, p. 86-95; E. Loesberg in zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2016, JAR 2016/160 (DA Retailgroep); P.R.W. Schaink in zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2016, JOR 2017/268; J.J.M. van Mierlo, 'Ondernemingsraad en insolventie: een uitgemaakte zaak?', FIP 2016/335.

grond van de WOR in faillissement niet ophouden te bestaan, al werd hier in de faillissementspraktijk vrijwel nooit iets mee gedaan.⁹

De Hoge Raad vernietigde de beschikking van de Ondernemingskamer en stelde zich op het tegenovergestelde standpunt: de gevolgen en doelstellingen van een faillissement zijn niet zodanig dat toepasselijkheid van de Fw zich in het algemeen niet zou verdragen met toepassing van de WOR, aldus de Hoge Raad. Deze overweging leidde tot het oordeel van de Hoge Raad dat de curator daarom gehouden is om de voorschriften van de WOR tijdens faillissement na te leven.

De Hoge Raad bepaalde daarmee dat de principiële hoofdregel is dat de bepalingen van de WOR in faillissement gewoon toepassing vinden, maar formuleerde hierop – met het oog op de bijzondere situatie waarin een failliete onderneming zich bevindt – twee uitzonderingen: één uitzondering ziet op het type besluiten dat niet voor een adviesrecht in aanmerking komt, en één uitzondering hangt samen met de bezwaarlijke toepassing van de formele vereisten van art. 25 lid 26 WOR.

2.1 Inhoudelijke uitzondering: verkoop activa en ontslag werknemers

De inhoudelijke uitzondering die de Hoge Raad formuleerde, is dat het aan de ondernemingsraad toekomende adviesrecht in faillissement niet ziet op besluiten van de curator tot verkoop van activa op grond van art. 176 Fw en ook niet op besluiten tot ontslag van werknemers ex art. 40 Fw, ook niet als zulke besluiten tot gevolg hebben dat de onderneming wordt beëindigd. In zo'n geval, aldus de Hoge Raad, zijn de besluiten van de curator namelijk gericht op liquidatie van het ondernemingsvermogen en moeten de belangen van werknemers wijken voor de belangen van de schuldeisers bij een voortvarende en voordelige afwikkeling van de boedel. Dit ligt echter anders wanneer de verkoop van goederen plaatsvindt in het kader van een doorstart, met het vooruitzicht op (gedeeltelijk) behoud van arbeidsplaatsen. In dat laatste geval is een dergelijk besluit adviesplichtig, zo redeneerde de Hoge Raad.

Hoewel deze redenering valt te billijken, wijzen verschillende auteurs er allereerst op dat er makkelijk discussie kan ontstaan over welke besluiten op liquidatie en welke op een eventuele voortzetting zijn gericht.¹⁰ Vooral in situaties waarbij dat aan het begin van het faillissement nog niet vaststaat, zal dit tot discussie kunnen leiden. Desalniettemin is de redenering van de Hoge Raad in lijn met wat ik hierboven in de inleiding al opmerkte: een toegenomen focus op continuering van de ondernemingsactiviteiten in de insolventiepraktijk zou logischerwijs moeten lei-

9 Zie onder meer M.F.H. Broekman, 'De ondernemingsraad en faillissement', *ArbeidsRecht* 1999/21, M.P.S. Paauw, 'De pre-pack in arbeidsrechtelijk perspectief: de rol van de ondernemingsraad', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*, 2015/119, P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 190 en Witteveen & Zaal 2016, p. 88-89.

10 Zie bijv. P. Huffman, 'Adviesrecht voor de ondernemingsraad in faillissement', *TvI* 2017/27 en P.A.W. Witteveen & I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart (ii): toch een adviesrecht voor de OR bij een doorstart', *TAO* 2017, afl. 3, p. 155.

L. Ecker

den tot een grotere betrokkenheid van werknemers bij een doorstartscenario dan in een liquidatiescenario het geval zou zijn.

In dat kader lijkt het op het eerste oog vreemd dat de Hoge Raad de opzegging van de arbeidsovereenkomsten door de curator onder de uitzondering heeft gebracht. Juist dat besluit is voor de werknemers cruciaal en zou daarom ogenschijnlijk niet onder de uitzondering moeten vallen. Ik zie hierin voor de praktijk echter geen groot bezwaar. Het besluit tot opzegging van de arbeidsovereenkomsten van de werknemers zegt namelijk op zichzelf niets over of de curator de onderneming zal gaan doorstarten (en werkgelegenheid dus behouden kan blijven), of dat hij moet liquideren en de activiteiten stop zal zetten. In de regel zal de curator in beide scenario's zo snel mogelijk na de faillietverklaring de arbeidsovereenkomsten met de meeste of alle werknemers opzeggen om onnodige kosten voor de boedel te voorkomen. Als er dan alsnog een doorstart plaatsvindt, is er geen man overboord: het is zeer gebruikelijk dat de overnemende of doorstartende partij de uit de failliete boedel over te nemen activa en arbeidsovereenkomsten in een andere reeds bestaande of nieuw op te richten vennootschap onderbrengt en daarbij een keuze wil kunnen maken welke en hoeveel werknemers al dan niet mee over kunnen naar de doorgestarte onderneming. De opzegging door de curator maakt het de doorstartende of overnemende partij namelijk mogelijk ook met betrekking tot de over te nemen werknemers een (gedeeltelijk¹¹) nieuwe start te maken. In die selectiefase van de doorstart zou werknemersparticipatie daarom effectiever kunnen zijn dan bij het besluit om aan het begin van het faillissement de arbeidsovereenkomsten op te zeggen. Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt dan ook dat bijvoorbeeld bij de beslissingen rond de doorstart en de selectie van werknemers bij die doorstart de ondernemingsraad wel een adviesrecht toekomt. Dat is immers de fase waarin de daadwerkelijke beslissingen vallen over wie er mee over mag of niet, of over hoe de doorstart gestalte krijgt, en betrokkenheid van de ondernemingsraad in die fase is dan ook het meest logisch en effectief.

2.2 Uitzondering op de formele vereisten

De tweede belangrijke uitzondering die de Hoge Raad maakte op het adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement, is dat de curator kan afwijken van de formele vereisten van art. 25 lid 2 t/m 5 WOR als de omstandigheden van het geval dat vergen. Het gaat daarbij, kort gezegd, om de vereisten voor de inrichting van de adviesaanvraag, het tijdstip waarop de adviesaanvraag moet worden ingediend (namelijk op een moment waarop het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn), het vereiste dat een overlegvergadering moet worden gehouden, en – wellicht het belangrijkste vereiste (in termen van de tijdsdruk die een faillissementssituatie eigen is) – de wachttijd van een maand van art. 25 lid 6 WOR bij een besluit dat (gedeeltelijk) van het advies van de ondernemingsraad afwijkt.

- 11 Daarbij moet de kanttekening worden geplaatst dat werknemers hun recht op bij de failliet opgebouwde dienstjaren bij overname behouden. Dit is met name relevant voor toepassing van de arbeidsrechtelijke ketenregeling van art. 7:668a BW en voor berekening van de transitievergoeding ex art. 7:683 BW bij een eventueel later ontslag door de overnemende partij.

Hoewel deze uitzonderingen op de formele vereisten vergaand lijken, past de redenering van de Hoge Raad mijns inziens gewoon binnen de marges van de flexibiliteit die de WOR (en daarop gebaseerde rechtspraak) ook al voor urgente situaties *buiten* faillissement biedt.¹² Zo mag de ondernemingsraad zelf afstand doen van de wachtermijn van een maand ex art. 25 lid 6 WOR en zal ook in spoedeisende gevallen buiten faillissement van de ondernemingsraad geëist kunnen worden dat zijn advisering met grote spoed of onder het afzien van een overlegvergadering plaatsvindt.¹³ De Hoge Raad plaatst die flexibiliteit in het kader van de redelijkheid en billijkheid, die de curator en de ondernemingsraad jegens elkaar hebben te betrachten. Ook de redelijkheid en billijkheid zijn een bekend concept in het medezeggenschapsrecht.

Eén belangrijk formeel recht van de ondernemingsraad laat de Hoge Raad ongemoeid: het beroepsrecht van art. 26 WOR. Zonder dat recht zou het adviesrecht immers niet afdwingbaar zijn. Ik denk – met Van Mierlo – dat in de praktijk het belang van die art. 26 WOR-procedure vooral zal liggen in situaties waarin de curator ten onrechte geen advies vraagt. Nu de curator een ruime beoordelingsmarge heeft bij zijn besluitvorming en de Ondernemingskamer het besluit slechts marginaal zal toetsen, verwacht ik niet dat de Ondernemingskamer snel zal oordelen dat een weloverwogen besluit van de curator dat tegen een advies van de ondernemingsraad ingaat, kennelijk onredelijk is.¹⁴

Bij de afwijking van de formele vereisten is nog wel een punt van aandacht welke termijnen in zo'n geval dan wél gelden. De Hoge Raad laat dit geheel open. Zaal en Witteveen pleiten in hun bijdrage voor wetgeving die, zo begrijp ik, bepaalde maximumtermijnen voor bijvoorbeeld een beroep bij de Ondernemingskamer zou moeten introduceren. Die termijnen zouden dan moeten corresponderen met (de korte) termijnen in de Fw.¹⁵ Dit is een heel sympathieke gedachte en betekent ook meteen duidelijkheid voor zowel curator als ondernemingsraad. Maar mocht zulke wetgeving nog geruime tijd op zich laten wachten, dan valt er in de praktijk ook wel zonder wettelijke termijnen te werken. Mijns inziens kunnen er prima binnen het kader van de WOR praktische oplossingen worden gevonden. Loesberg doet daarvoor een interessante voorzet en stelt dat de curator de ondernemingsraad een termijn zou kunnen stellen, die daarop dan meteen zou moeten

12 Vgl. C. Nekeman in zijn noot bij HR 2 juni 2017, JAR 2017/172.

13 Als voorbeeld verwijs ik naar de zaak Brink's (Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, JOR 2015/138). Daar vond de OK dat Brink's' verweer dat de tijdsdruk te hoog was om de ondernemingsraad om advies te vragen (er dreigde surseance) niet opging. Volgens de OK had desnoods telefonisch overleg met de voorzitter van de ondernemingsraad moeten plaatsvinden om te overleggen over een advisering op zeer korte termijn, daarmee implicerend dat een ondernemingsraad in beginsel positief op zo'n inkorting van de termijn moet ingaan, zie voor een bespreking van dit arrest o.a. L.J.H. Ecker, 'Actualiteiten medezeggenschapsrecht in concernverhoudingen: drie uitspraken van de Ondernemingskamer uit 2015', TAO 2016, afl. 1, p. 27-30.

14 Vgl. J.J.M. van Mierlo, 'Ondernemingsraad en insolventie: licht in de duisternis!', FIP 2017/278, par. 4.

15 Witteveen & Zaal 2017, p. 158.

L. Ecker

aangeven of zo'n termijn haalbaar is.¹⁶ Daaraan zou ik willen toevoegen dat het ook mogelijk is om 'procesafspraken' tussen ondernemingsraad en curator te maken over termijnen en andere onderwerpen. Zo'n aanpak maakt maatwerk mogelijk. Daarvoor is echter wel vereist dat een curator de ondernemingsraad vroeg betreft. Blijkt zo'n aanpak vaker niet dan wel te werken, dan kunnen organisaties als Insolad ook altijd nog best practice bepalingen opstellen. Op die manier hoeft niet op de (doorgaans met andere prioriteiten overladen) wetgever te worden gewacht.

2.3 *Belang voor de praktijk*

Dan naar het belang van deze uitspraak voor de praktijk. In het verlengde van wat ik hierboven al opmerkte, zal het mijns inziens niet zo zijn dat de faillissementspraktijk nu op zijn kop komt te staan en ondernemingsraden te pas en te onpas de handelingsvrijheid van curatoren – al dan niet via procedures bij de Ondernemingskamer – gaan beknotten of doorstartprocessen gaan vertragen. Kortmann schreef hierover in zijn noot bij de uitspraak terecht dat het genuanceerde oordeel van de Hoge Raad de curator voldoende armslag geeft voor een voortvarende afwikkeling van de boedel.¹⁷

Barentsen gaat zelfs nog iets verder. Hij heeft zich in zijn noot sceptisch uitgelaten over het belang van deze uitspraak in de praktijk. Hij stelt dat er van het door de Hoge Raad zo ferm geformuleerde uitgangspunt dat het adviesrecht in faillissement onverkort geldt, niet zo veel overblijft. Hij baseert dat vooral op de 'buitenwerkingstelling' van art. 25 lid 2-6 WOR en de beperking tot doorstartbeslissingen bij de toepassing van het adviesrecht. Vervolgens trekt hij daaruit de conclusie dat de curator zwakke juridische en praktische prikkels heeft om zo open en reëel mogelijk met de ondernemingsraad te overleggen.¹⁸

Al moet ik Barentsen gelijk geven dat in de praktijk de belangen van schuldeisers en een voortvarende afwikkeling van de boedel *vaak* zwaarder zullen wegen dan het werknemersbelang, bij zijn hierboven aangehaalde opmerkingen zijn toch een paar belangrijke kanttekeningen te plaatsen. Allereerst heeft de Hoge Raad niet gezegd dat de formele vereisten van art. 25 lid 2-6 WOR buiten werking gesteld zijn in faillissement. De Hoge Raad oordeelde dat de curator van deze formele vereisten *kan* afwijken *als de omstandigheden van het geval dat vergen*. Mijns inziens zal de curator zo'n afwijking moeten verantwoorden. In veel gevallen zullen de staat van faillissement of de belangen van schuldeisers voldoen als motivering voor een afwijking, maar in voorkomende gevallen is zeker denkbaar dat van de curator een uitgebreidere motivering verwacht mag worden voor zijn beslissing om bepaalde formele vereisten niet na te leven. In zo'n geval is een dergelijke verantwoordingsplicht in het kader van de WOR een mooie praktische uitwerking van de verplichting van de curator om zich ook rekenschap te geven van andere

16 E. Loesberg, 'De ondernemingsraad geconfronteerd met het (dreigende) faillissement van de ondernemer', TvC 2017, afl. 3, p. 90-91.

17 S.C.J.J. Kortmann in zijn noot bij HR 2 juni 2017, JOR 2017/248, punt 5.

18 B. Barentsen in zijn noot bij HR 2 juni 2017, NJ 2017/453, punten 8 en 9.

dan de schuldeisersbelangen, zoals het belang van werkgelegenheid, conform de Sigmacon-leer.

Een andere reden dat ik minder sceptisch ben over de waarde in de praktijk van deze uitspraak dan Barentsen, is dat ik meen – en daarin val ik Zaal en Witteveen bij – dat het de kwaliteit van de besluitvorming van de curator én zijn informatiepositie wel degelijk kan verbeteren als een ondernemingsraad op een goede wijze bij het faillissementsproces wordt betrokken.¹⁹ Die betrokkenheid heeft de Hoge Raad nu geformaliseerd in een adviesrecht, maar dat zou er idealiter toe moeten leiden dat curatoren al veel eerder contact zullen zoeken met de ondernemingsraad en niet wachten tot het moment waarop een adviesaanvraag besproken moet worden. De ondernemingsraad zal doorgaans informatie van de curator willen ontvangen over door hem voorgenomen besluiten, maar de curator zou dit ook twee kanten op kunnen laten werken en zijn oor bij de ondernemingsraad te luisteren kunnen leggen over wat er speelt binnen de (failliete) onderneming. De meeste curatoren stappen na hun benoeming met slechts zeer basale informatie voor het eerst over de drempel van het failliete bedrijf. De ondernemingsraad daarentegen, die bestaat uit in de onderneming werkzame personen, bezit doorgaans gezamenlijk een groot collectief geheugen over de factor arbeid binnen de onderneming. In vergelijkbare zin heeft overigens ook de wetgever zich uitgelaten over de toegevoegde waarde van de aanwezige informatie en kennis bij een ondernemingsraad, namelijk in de parlementaire behandeling van de WCO I.²⁰ De ondernemingsraad zou de curator bij zijn eerste verkenning van de failliete onderneming dus van veel informatie op dat gebied kunnen voorzien. Zulke ‘softe’ informatie is vaak niet uit een onderzoek in de boeken te halen en met name in kennisintensieve sectoren, waar menselijk kapitaal het belangrijkste actief van de onderneming vormt, zal die informatie voor de curator van grote waarde kunnen zijn. Bovendien zal een curator die het proces op die manier proactief in gang zet, naar mijn verwachting ook eerder een ondernemingsraad treffen die op een voortvarende en constructieve manier advies zal uitbrengen, wanneer dit eenmaal aan de orde is.

Kortom: als het nu toegekende adviesrecht in faillissement in een breder kader wordt geplaatst van actieve betrokkenheid van de ondernemingsraad, zou het daadwerkelijk winst kunnen opleveren voor zowel curator als werknemers, zonder dat dit hoeft te leiden tot vertraging in de faillissementsprocedure.

3 Overgang van onderneming bij een prepack

Een andere veelbesproken zaak die gezien kan worden als een versterking van de positie van werknemers in faillissement is de uitspraak van het Hof van Justitie van de EU in de zaak *Estro/Smallsteps* (hierna: *Smallsteps*) van 22 juni 2017.²¹ De

19 Witteveen & Zaal 2016, p. 90.

20 MvT bij de WCO I, Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 32.

21 HvJ EU 22 juni 2017, JAR 2017/189.

L. Ecker

zaak heeft zelfs geleid tot opschorting van de behandeling van de WCO I in de Eerste Kamer. De WCO I had de prepack van een wettelijke basis moeten voorzien. Omdat mijn kantoor (zijdelings) betrokken is bij de zaak, zal ik enkel de uitspraak uiteenzetten en de opinies in de literatuur behandelen, zonder mijn eigen visie hierop te geven. Overigens is aan opinies en artikelen over deze uitspraak geen gebrek.²²

3.1 *Valt de prepack onder de uitzondering van art. 5 van de Richtlijn?*

De feiten in deze zaak zijn overbekend, daarom zal deze bijdrage daar kort over zijn. De kinderopvangorganisatie Estro met vestigingen door heel Nederland was in de financiële problemen gekomen en faillissement dreigde. Voordat het zover was, hebben de beoogd curator en een overnemende partij, HIG Capital, een akkoord kunnen bereiken over het faillissement van Estro en een doorstart van een aantal vestigingen binnen het nieuw opgerichte Smallsteps. De doorstart werd geëffectueerd door middel van een prepack. Zo'n 1000 van de 3600 werknemers verloren echter alsnog hun baan. Vakbond FNV startte namens (een aantal van) hen een procedure.

De vraag die in deze procedure centraal stond, was of de prepack, zoals die zich had voorgedaan in de casus van Smallsteps, wel viel onder de uitzondering die art. 5 van de Richtlijn 2001/23/EG (hierna: Richtlijn) over overgang van onderneming eiste om toepassing van de regels van overgang van onderneming uit te sluiten. Zoals bekend zijn de gevolgen van het kunnen toepassen van de uitzondering groot: bij een overgang van onderneming gaan alle werknemers over naar de verkrijger onder behoud van hun bestaande arbeidsvoorwaarden en er geldt op grond van art. 7:670 lid 8 BW een ontslagverbod wegens de overgang. Er stond dus veel op het spel voor de faillissementspraktijk, waarin de prepack als een probaat middel wordt gezien om in sommige gevallen een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers te combineren met een zo optimaal mogelijke voortgang van de bedrijfsactiviteiten. Tegenstanders van de prepack hebben die echter ook wel gekenschetst als een goed middel om zonder hoge kosten van overtollig personeel af te komen.

Binnen dat speelveld moest het Hof drie prejudiciële vragen van de Rechtbank Midden-Nederland beantwoorden. In zijn conclusie van 27 maart 2017 nam A-G Mengozzi aan dat de prepack niet onder de uitzondering van art. 5 van de Richtlijn viel.²³

3.2 *Voorwaarden voor toepassing uitzondering art. 5 van de Richtlijn*

Het Hof overwoog in zijn arrest van 22 juni 2017 dat vanwege de beschermingsgedachte van de Richtlijn de uitzondering van art. 5 restrictief moet worden uitgelegd, en formuleerde op grond van de tekst van dat artikel drie cumulatieve voorwaarden waaraan een faillissementsprocedure moet voldoen om onder de

22 Zie onder meer de in de noten hierna aangehaalde auteurs en artikelen. Volledigheid is daarbij gezien de omvang van de reacties op de Smallsteps-uitspraak niet beoogd.

23 Concl. A-G Mengozzi in FNV/Smallsteps, HvJ EU 29 maart 2017, JOR 2017/184.

uitzondering van art. 5 van de Richtlijn te kunnen vallen. Die voorwaarden zijn: (i) dat de vervreemder verwickeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure; (ii) Voorts moet deze procedure zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (iii) moet deze onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staan. [nummering toegevoegd door auteur].

3.3 Voorwaarden (i) en (iii): faillissementsprocedure en toezicht door overheidsinstantie

Nu in de Smallsteps-casus de prepack ook daadwerkelijk pas na faillietverklaring werd uitgevoerd, ging het Hof er zonder heel veel overwegingen van uit dat aan voorwaarde onder (i) was voldaan.

Voor de voorwaarde onder (iii) lag dat al gecompliceerder. Zo overwoog het Hof dat in de prepackpraktijk, waarin allerlei beslissingen worden genomen voordat het faillissement een feit is, het toezicht door een bevoegde overheidsinstantie wel degelijk kan worden uitgehold. In dat kader wees het Hof erop dat de prepack geen wettelijke basis heeft, althans in de fase die aan het faillissement voorafgaat, en dat toezicht van de rechtbank in die fase dan ook ontbreekt. De invoering van de WCO I had deze lacune kunnen vullen, maar door de opschorting van de behandeling in de Eerste Kamer is het nog maar de vraag of de WCO I snel of überhaupt nog ingevoerd gaat worden. Vooralsnog betekent dat naar het oordeel van het Hof dat een deel van de prepack (in de aan de faillietverklaring voorafgaande fase) aan het vereiste effectieve overheidstoezicht onttrokken is, waardoor voor die fase niet aan de derde voorwaarde voor toepasselijkheid van de uitzondering van art. 5 van de Richtlijn is voldaan.

3.4 Voorwaarde (ii): inleiding procedure met oog op liquidatie vermogen vervreemder

De echte crux van de Smallsteps-zaak zat echter in de uitleg van de tweede voorwaarde. Het Hof overwoog allereerst dat voor toepassing van de uitzondering van art. 5 van de Richtlijn is vereist dat de faillissementsprocedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Een procedure die voortzetting van de activiteiten beoogt, voldeed daar volgens het Hof niet aan.

Het Hof erkende daarbij dat het niet uitgesloten was dat er een zekere overlapping kan zijn tussen de twee doelen (voortzetting of liquidatie), maar overwoog vervolgens dat uit de Smallsteps-zaak bleek dat de prepack tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogde voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming en zo de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden te laten blijven. Hieruit volgde volgens het Hof dat ervan moet worden uitgegaan dat het hoofddoel van de prepack in de Smallsteps-zaak het behoud van de failliete onderneming was. Daarom kon de prepack niet rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming de werknemers werden beroofd van de rechten die de Richtlijn hun toekent.

L. Ecker

De conclusie van het Hof was dat de uitzondering op de regels voor overgang van onderneming voor de prepack in de Smallsteps-zaak niet opging:

[Art. 5 van de Richtlijn] moet aldus worden uitgelegd dat de door de art. 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde “beoogd curator” met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken. In dat verband is niet relevant dat de pre-pack tevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt.²⁴

3.5 *Ontvangst Smallsteps-arrest in de literatuur*

Er zijn naar aanleiding van de uitspraak van het Hof in de literatuur talloze commentaren verschenen, zowel instemmend als afwijzend. Wat vrijwel alle commentaren met elkaar delen, is de conclusie dat ook na de uitspraak van het Hof nog veel onduidelijk blijft, niet in de laatste plaats over de reikwijdte en de strekking van de uitspraak van het Hof zelf. Daarbij ligt de belangrijkste scheidslijn allereerst tussen de auteurs die menen dat de uitspraak van het Hof zich ook uitstrekt tot situaties van een ‘gewone’ doorstart in faillissement en degenen die dat niet zo zien en menen dat die ‘gewone’ doorstart in faillissement niet onder de reikwijdte van het Smallsteps-arrest valt.

3.6 *‘Gewone’ doorstart in faillissement niet geraakt door Smallsteps-arrest*

Onder de laatste groep bevindt zich onder meer Verburg. Hij zet in een artikel uiteen dat het Hof de prepack (in de zin van Smallsteps) als één procedure heeft beoordeeld met een deel van het traject dat valt vóór de faillietverklaring (de voorverpakkingsfase) en een deel dat valt direct ná de faillietverklaring (de executiefase).²⁵ Volgens Verburg betekent de behandeling van de prepack als één procedure (met weliswaar twee fases) door het Hof dat het hoofddoel van die hele procedure bepalend is en niet alleen het doel van de faillissementsprocedure. Verburg stelt dat uit het arrest van het Hof op te maken valt dat de faillissementsprocedure als zodanig – gesteld dat die geen prepack behelst – nog steeds als hoofddoel heeft de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Dat hint erop, aldus Verburg, dat de gedachte dat de faillissementsprocedure als zodanig onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn valt, nog fier overeind staat.

24 HvJ EU 29 maart 2017, JOR 2017/217 m.nt. L.G. Verburg (FNV/Smallsteps), r.o. 61.

25 L.G. Verburg, ‘Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft’, FIP 2017/334.

Mede door de Smallsteps-uitspraak in een breder kader van andere uitspraken van het Hof, zoals Abels, D'Urso en Dethier/Dassy, te interpreteren komt Verburg tot de conclusie dat het Hof bij de prepackprocedure zoals die zich in Smallsteps voordeed, in hoofddoel en modaliteiten van die procedure de continuering van de onderneming voorop vond staan, en procedures met dat hoofddoel vallen volgens de rechtspraak van het Hof niet onder de uitzondering. Maar voor de gewone doorstart in faillissement ziet Verburg in beginsel geen gevaar. Hij maakt daarbij wel het voorbehoud dat het Hof zich niet heel expliciet over de gewone doorstart in faillissement heeft uitgelaten en vindt dat zelfs wat 'roekeloos', aangezien dit ertoe zou kunnen leiden dat de praktijk het zekere voor het onzekere zou kunnen gaan nemen, hetgeen de bereidheid om nog een gewone doorstart te overwegen volgens hem belast.

Tot een vergelijkbare conclusie, maar via een andere redenering, komt Spinath in een bespreking van het arrest.²⁶ Volgens hem is het ongelukkig en onzuiver dat het Hof in het arrest het onderscheid niet lijkt te maken tussen liquidatie van het *vermogen van de vervreemder* en liquidatie van de *onderneming*. Ook Spinath meent dat er vooral naar het hoofddoel van de hele procedure moet worden gekeken en ziet zelfs de mogelijkheid dat ook een 'voorbereide' doorstart in faillissement nog onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn kan vallen.²⁷ Volgens hem heeft het Hof bij het vaststellen van het hoofddoel van de procedure een belangrijke voorvraag uit het oog verloren, te weten of de onderhavige procedure gericht was op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, oftewel: of het faillissement van de vervreemder *onafwendbaar* was. Wordt die vraag ontkennend beantwoord, dan kan het arrest volgens Spinath in het juiste perspectief worden geplaatst. Dan is in zijn visie namelijk de faillissementsprocedure een middel om te reorganiseren, waardoor het hoofddoel van de procedure continuering van de onderneming wordt en liquidatie van het vermogen slechts de 'bijvangst'. Als het faillissement echter *onafwendbaar* is, dan is liquidatie van het vermogen van de vervreemder het hoofddoel en is de overdracht van de onderneming slechts een middel om dat doel te bereiken.²⁸ Voor dat middel is de uitzondering in de Richtlijn immers geschreven, in de woorden van Spinath zelf: 'De gehele raison d'être van de uitzondering in de richtlijn is immers het behoud van de onderneming in faillissement. Een andere uitleg zou de uitzondering zinledig maken.'²⁹ Er kan in zijn ogen immers alleen maar een (eventuele) uitzondering op de regels voor overgang van onderneming worden gemaakt in een scenario waarin een continuering van de onderneming aan de orde is.

3.7 'Gewone' doorstart in faillissement (mogelijk) wel in gevaar

Schaink lijkt in zijn bespreking van het Smallsteps-arrest voorzichtig de andere kant op te hellen en meent dat het arrest van het Hof de mogelijkheid openlaat dat alleen nog een 'onvoorbereide' doorstart onder de uitzondering van art. 5 lid 1

26 I. Spinath, 'De beperkte reikwijdte van het Smallsteps-arrest', MvO 2017, afl. 10-11, p. 253-256.

27 Vgl. ook N.W.A. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor de pre-pack en de WCO I', Tvl 2018/6.

28 Spinath 2017, p. 255.

29 Spinath 2017, p. 256.

L. Ecker

van de Richtlijn zal vallen en niet bijvoorbeeld een door een surseance voorafgegaan faillissement of een aanvraag van het eigen faillissement, waarbij de failliet al een plan tot doorstart heeft voorbereid.³⁰ Hij baseert dit onder meer op de volgens hem nogal stellige overweging 47 in het arrest van het Hof, dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt ‘vanzelfsprekend’ niet aan de voorwaarde van de uitzondering voldoet. Op die manier, zo is zijn conclusie, komt door de op zichzelf prachtige overwinning van de vakbonden in hun aanval op de prepack de hele doorstartpraktijk in de vuurlinie. Ook Fliet en Verstijlen stellen in een artikel dat zij er niet zeker van zijn dat de gewone doorstart nu veilig is, al wijzen zij er wel op dat uit onderzoek in eerste instantie blijkt dat het Smallsteps-arrest niet heeft geleid tot een afname van het aantal doorstarts.³¹ Ook Van der Pijl heeft er in een uitgebreide bespreking van het Smallsteps-arrest zo zijn twijfels bij of de gewone doorstart nog wel onder de uitzondering valt, maar laat zich hier minder stellig over uit dan andere auteurs.³²

Vrijwel alle auteurs zijn het er echter over eens dat het Smallsteps-arrest verregaande gevolgen heeft voor de prepack en sommige concluderen zelfs dat het ‘einde verhaal’ is voor de prepack.³³ Alleen Loesberg, Spinath en Tollenaar lijken de mogelijkheid open te laten dat een prepack onder bepaalde omstandigheden nog onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn zal vallen.³⁴

3.8 *Uitspraken na Smallsteps: Bogra en Tuunte*

Vooralsnog lijkt het erop dat rechters in lagere instantie de aan hen voorgelegde casusposities vooral toetsen op de feitelijke constellatie die aan de Smallsteps-zaak ten grondslag lag, en geen principieel oordeel vellen of ‘de’ prepack of een ‘gewone’ doorstart na faillissement categorisch onder de regels voor overgang van onderneming vallen. In de eerste uitspraak na de Smallsteps-zaak, de zaak van uitvaartkistenfabrikant Bogra, getroostte de kantonrechter van de Rechtbank Noord-Holland zich veel moeite om tot in detail te motiveren waarom de casus bij Bogra afweek van de feiten in de Smallsteps-zaak.³⁵ Zonder hier op al die details in te gaan, was de belangrijkste overweging van de rechter dat in de casus van Bogra niet – zoals bij Smallsteps – sprake was van een prepack die vóór het faillissement tot in de kleinste details was voorbereid. Bovendien had er niet direct na het faillissement een overname plaatsgevonden, maar pas na ongeveer drie weken na faillietverklaring, terwijl een en ander was gebeurd onder toezicht van de rechter-commissaris. De motivering van de kantonrechter was waarschijnlijk zo gede-

30 P.R.W. Schaink, ‘Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?’, *ArbeidsRecht* 2017/34. Stelliger in het oordeel dat de ‘gewone’ doorstart in faillissement ook door het Smallsteps-arrest geraakt wordt, is Ph.W. Schreurs, ‘Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* (11) 2017, afl. 3, p. 9.

31 J.F. Fliet & F.M.J. Verstijlen, ‘De eerste stappen voorbij Estro’, *TvI* 2018/7.

32 J. van der Pijl, ‘Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie’, *TAO* 2017, afl. 3, p. 118-128.

33 Van der Pijl 2017, p. 126.

34 E. Loesberg in zijn noot bij FNV/Smallsteps, *JAR* 2017/187; Spinath 2017, p. 253-256; Tollenaar 2018.

35 Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, *JOR* 2017/338 m.nt. Spinath (Bogra).

tailleerd, omdat Bogra wel degelijk aanvankelijk eind juni 2017 via een prepack wilde doorstarten, maar de onderneming en de curator – hoogstwaarschijnlijk door de Smallsteps-uitspraak – op hun schreden terugkeerden en alsnog tot een biedingsproces in faillissement besloten. Dat daarbij Funico, de partij die al voor het faillissement contact had met Bogra, uiteindelijk toch de overnamepartij werd, terwijl twee andere bidders erover klaagden dat de curator niet eens op hun bod had gereageerd, maakte de conclusie van de kantonrechter niet anders. Loesberg wijst er in zijn bespreking van dit vonnis op dat natuurlijk wel degelijk de vraag kan worden gesteld of Bogra, Funico en de curator niet allang vooraf wisten dat Funico uiteindelijk de koper zou worden van de onderneming, en daarop hebben aangestuurd.³⁶ Dit risico van een ‘opzette’ ligt uiteraard op de loer, al is het de vraag of een curator zo’n geconstrueerd scenario nog kan verantwoorden in de relatieve openbaarheid van een faillissementsprocedure, waarin ook andere bidders zich melden en een rechter-commissaris toezicht uitoefent.

In de uitspraak in de zaak van kledingwinkelketen Tuunte was de kantonrechter beknopter in de motivering, maar de kantonrechter volgde wel dezelfde redenering als zijn collega in de zaak Bogra.³⁷ De feiten leken op het eerste oog ook vergelijkbaar: twee overnamepartijen, waarvan vertegenwoordigers al voor het faillissement contact hadden gehad met Tuunte over overname van de levensvatbare onderdelen, namen op 7 september 2017, ongeveer een maand na het faillissement van Tuunte Fashion, een aantal winkels van Tuunte over. Op grond van de feiten in deze zaak was de kantonrechter van oordeel dat er van een prepacksituatie als in Smallsteps geen sprake was. Uit niets bleek dat het door de werknemers gestelde ‘vooropgezette’ plan meer behelsde dan het bezien welke delen van de onderneming uit de boedel zouden kunnen worden overgenomen en tegen welke prijs, aldus de kantonrechter. De bestuurders hadden zo’n exercitie om de kansen op een doorstart te inventariseren al vóór het faillissement uitgevoerd. Dat vond de kantonrechter echter niet verdacht en zelfs evident, omdat de bestuurders wisten dat een faillissement zou kunnen volgen, nadat (onder meer) op 22 juni 2017 de aan Tuunte verstrekte financiering was opgezegd. Ook hier konden de werknemers daarom geen met Smallsteps vergelijkbare casus aantonen, en daarom wees de kantonrechter hun vorderingen af.

De beide uitspraken laten zien dat lagere rechters tot dusverre tamelijk pragmatisch omgaan met de Smallsteps-uitspraak van het Hof en elke casus op de eigen merites beoordelen. Dat bergt wel het gevaar in zich dat de betrokken partijen in een doorstart alsnog naar een bepaalde uitkomst toewerken, maar daarbij zorgen dat zij wegblijven van al te gedetailleerde voorbereiding. Toekomstige rechtspraak zal moeten uitwijzen hoe het Smallsteps-arrest zal uitwerken in de Nederlandse faillissements- en doorstartpraktijk. Zoals ik hierboven al aangaf, wijst onderzoek uit dat het aantal doorstarts er ook (nog) niet onder lijkt te lijden.³⁸ Vooralsnog

36 E. Loesberg, ‘Bogra: enige beschouwingen over doorstart, stille bewindvoerders (pre-pack) en Smallsteps’, TvC 2017, afl. 5-6, p. 177.

37 Rb. Gelderland 1 februari 2018, JAR 2018/40 (Tuunte).

38 Fliek & Verstijlen 2018, par. 2.

L. Ecker

lijkt het erop dat de prepack weliswaar besmet is geraakt, maar een niet (al te zeer) voorbereide doorstart na faillissement bij de Nederlandse rechter nog steeds veilig is.

4 Conclusie

Uit de hierboven behandelde arresten en geschetste ontwikkelingen blijkt dat werknemersrechten in faillissement een belangrijkere rol zijn gaan spelen. Maar het lijkt er ook op dat rechtspraak en rechtspraktijk hier – op typisch Nederlandse wijze – gematigd en pragmatisch mee omgaan.

De meeste spanning zal zitten in de uitwerking van het Smallsteps-arrest voor de praktijk. Sprengers stelde in dat kader dat het wenselijk is dat de wetgever heroverweegt hoe om te gaan met medezeggenschapsrechtelijke en arbeidsrechtelijke gevolgen van prepack en doorstartbesluiten.³⁹ Ook andere auteurs wijzen op een belangrijke rol voor de wetgever om ongewenste gevolgen van de Smallsteps-uitspraak te voorkomen.⁴⁰ Ik sluit mij in algemene zin bij hen aan. De kans die de opschorting van de behandeling van de WCO I nu biedt, zou daarbij moeten worden benut om tot een bredere visie te komen. Als arbeidsrechtadvocaat ben ik niet blind voor de voordelen die insolventierechtjuristen en curatoren in de prepack zien, met name hun claim dat de prepack de beste kansen biedt op behoud van werkgelegenheid gecombineerd met een optimale opbrengst voor de schuldeisers. Zonder dat de wetgever de gevolgen van de uitspraak van het Hof in de Smallsteps-zaak ondervangt en een coherente visie ontwikkelt over hoe om te gaan met prepack versus werknemersrechten, zou de overwinning van de Smallsteps-zaak voor de positie van werknemers uiteindelijk op een teleurstelling kunnen uitdraaien.

In het adviesrecht voor de ondernemingsraad in faillissement zie ik echter zonder voorbehoud een positieve ontwikkeling. Het valt goed te plaatsen binnen een breder kader waarin versterking van de positie van werknemers in faillissement door rechter en wetgever belangrijk wordt geacht, maar er blijft voldoende ruimte voor de curator om een voortvarende afwikkeling van een faillissement veilig te stellen. En als een curator de ondernemingsraad daadwerkelijk serieus neemt en proactief betreft bij een eventueel doorstartproces, dan kan dat niet alleen de ondernemingsraad, maar ook de curator tot voordeel strekken, met name als het om zijn informatiepositie en de kwaliteit van zijn besluitvorming gaat.

39 L.C.J. Sprengers, 'Kroniek medezeggenschapsrecht 1 juli 2016-1 juli 2017', TRA 2017/90.

40 Zie algemeen en voor uiteenlopende voorstellen op dit gebied onder meer Schaik 2017, par. 7, N.M.Q. van der Neut, 'Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?', TRA 2017/88 en W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voetspoor van Smallsteps', TvI 2018/4.