

Medezeggenschap in de WHOA: een papieren tijger?

Dennis Helmons

De Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna: "WHOA") is per 1 januari 2021 van toepassing. Tot op heden zijn bijna 30 uitspraken gedaan in het kader van een WHOA-procedure. In nog geen enkel geval heeft de medezeggenschap een - zichtbare - rol van betekenis gehad. In dit blog bespreek ik de diverse (on)mogelijkheden voor de ondernemingsraad om te participeren in een WHOA-procedure.

Wettelijke medezeggenschapsbasis

De basis voor het instellen van een ondernemingsraad in een onderneming ligt besloten in de Wet op de ondernemingsraden (hierna: "WOR"). De ondernemingsraad (hierna: "OR") heeft als doel om enerzijds de belangen van de onderneming te behartigen en anderzijds om de belangen van de werkzame personen in de onderneming te behartigen.

In artikel 369 lid 4 Fw staat - verkort weergegeven - dat de WHOA-procedure niet van toepassing is op rechten van werknemers die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten die zij gesloten hebben met de schuldenaar. Kort maar krachtig: in een WHOA-akkoord kunnen de arbeidsrechtelijke afspraken/contracten niet meegenomen worden.

Is de medezeggenschap dan niet van (wezenlijke) betekenis in een WHOA-procedure? In artikel 371 lid 1 Fw is opgenomen dat een OR of personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid heeft om bij de rechtbank te verzoeken tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die een akkoord kan aanbieden aan de betrokken schuldeisers/aandeelhouders. Indien de schuldenaar zelf verzoekt om een

herstructureringsdeskundige in een WHOA-procedure, dan is dit voornemen adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 sub n WOR omdat een externe deskundige wordt aangetrokken. De medezeggenschap heeft daarmee (indirect) invloed op een WHOA-procedure door het adviesrecht van de OR op grond van de WOR.

De ondernemingsraad voorafgaand aan het WHOA-traject

Het informatierecht van de OR ex artikel 31 e.v. WOR in samenhang met de overlegverplichting ex artikel 23 en 24 WOR dienen als basis voor het recht van de OR om die informatie te ontvangen en te vragen die hij nodig heeft om zijn taak goed uit te kunnen oefenen. Bovendien heeft de OR op grond van artikel 25 WOR een adviesrecht over diverse belangrijke besluiten van financieel-economische en bedrijfsorganisatorische aard. Het gevraagde advies van de OR moet van wezenlijke invloed kunnen zijn op het besluit van de ondernemer. Het is daarom zaak om op tijd (het advies van de OR moet immers van wezenlijke invloed kunnen zijn op het besluit) de OR te betrekken bij dergelijke besluiten. Wijkt de ondernemer af van het door de OR gegeven advies, dan kan de OR daar ex artikel 26 WOR tegen in beroep gaan bij de Ondernemingskamer. De, al dan niet bewuste, keuze van een ondernemer om de OR niet om advies te vragen brengt dus een risico met zich mee, waarbij het maar de vraag is hoe vaak dat risico zich verwezenlijkt.

De ondernemingsraad tijdens het WHOA-traject

In artikel 371 lid 1 sub I Fw staat kort de rol van de medezeggenschap omschreven. Interessant is de tekstuele keuze: *“de wijze waarop de bij de door de schuldenaar gedreven onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelvertegenwoordiging overeenkomstig artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden gevraagd is of nog gevraagd zal worden advies uit te brengen.”*

De OR is geen partij die mee mag stemmen in een WHOA-traject en heeft geen adviesrecht over het WHOA-akkoord als geheel. Dit is vergelijkbaar met de rol van de OR bij een eigen aanvraag tot faillissement of surseance. Ook in die situaties heeft de OR immers geen adviesrecht en ik kan begrijpen dat hier voor een WHOA-traject een parallel mee getrokken wordt. De wetgever heeft hierover aangegeven dat het niet aan de OR is om te (be)oordelen of er sprake is van een dreigend faillissement van een nog levensvatbare onderneming dat voorkomen kan worden met een WHOA-akkoord. De wetgever merkt daarbij op dat de herstructureringsoperatie ook een breder karakter kan hebben en dat het bijvoorbeeld ook een reorganisatietraject kan omvatten. In dat geval is wel sprake van een adviesplichtig voorgenomen besluit en moet overeenkomstig art. 25 WOR de OR om advies worden gevraagd. De OR geeft dan alleen advies over dit specifieke onderdeel en niet over het hele WHOA-traject. Mogelijk dat het niet (tijdig) vragen van advies of een negatief advies van de OR wel de herstructureringsoperatie kan beïnvloeden en zelfs tot gevolg hebben dat de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders tegen zullen stemmen bij een voorgesteld WHOA-akkoord.

Een belangrijke vraag die in dit verband bij mij opkomt, is of de zinsnede *“nog gevraagd zal worden advies uit te brengen”* wel rijmt met de verplichting tot het tijdig vragen van advies aan de OR. Een advies van de OR moet immers van

wezenlijke invloed kunnen zijn op de beslissing van de ondernemer. De OR mag weliswaar geen advies geven over het WHOA-traject zelf, maar kan een breed voorstel voor een WHOA-akkoord dat ook een herstructureringsplan omvat dan al wel voorgelegd worden voordat advies aan de OR is gevraagd? Stemmen de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders in met het WHOA-akkoord, dan zal uitvoering gegeven worden aan het herstructureringsplan zoals beschreven in het WHOA-akkoord. De OR heeft dan over dat onderdeel nog geen advies gegeven en kan ook geen wezenlijke invloed meer hebben op dit besluit van de ondernemer. Een mogelijke gang naar de Ondernemingskamer ligt daarbij in het verschieft en kan zorgen voor ongewenste afleiding en vertraging van het WHOA-traject. Ik adviseer daarom om de OR op tijd te betrekken bij een eventueel herstructureringsplan dat opgenomen zal worden in het WHOA-akkoord en om de OR op voorhand om advies te vragen.

Conclusie

De OR heeft weliswaar geen adviesrecht over de WHOA-procedure zelf, het is echter wel mogelijk voor de OR om van invloed te zijn bij een bredere herstructurering voorafgaand aan het WHOA-traject én om indirect van invloed te zijn tijdens het WHOA-traject. De OR moet namelijk in bepaalde situaties tijdig om advies worden gevraagd en wel op een zodanig moment dat zijn advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op de beslissing van de ondernemer. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het verstrekken van een adviesopdracht aan een deskundige, dan wel aan een omvangrijke reorganisatie of het aantrekken van belangrijk krediet voor de onderneming. Laat de ondernemer dit na, of geeft de OR een negatief advies, dan kan dat een aanleiding zijn voor de stemgerechtigde schuldeisers en/of aandeelhouders om te (her)overwegen of het WHOA-akkoord wel de juiste keuze is. Medezeggenschap een papieren tijger? Ik denk van niet.