

## Medezeggenschapsrechtelijke verplichtingen rondom het opdoeken van een vennootschap

### 1. Inleiding

Soms is er geen bestaansrecht meer voor een solvante vennootschap. Bestaat de wens tot het opdoeken van een dergelijke (concern)vennootschap dan kan worden gekozen uit verschillende methoden om de vennootschap op te laten houden te bestaan (hierna: opdoekmethode). In aanmerking komen een juridische fusie, de ontbinding gevolgd door de vereffening conform de regels van Boek 2 BW (hierna: de formele vereffening) en turboliquidatie (een feitelijke vereffening door het bestuur gevolgd door ontbinding).<sup>1</sup>

Bij het bepalen welke opdoekmethode zal worden gevolgd, heeft het bestuur dikwijls behoefte aan een advies van een of meer externe deskundigen. In deze bijdrage ga ik kort in op de Uniface-zaak.<sup>2</sup> Die zaak gaat onder meer over het verstrekken van meerdere adviesopdrachten door de (mede)ondernemer aan diverse externe deskundigen in verband met een mogelijke verkoop van aandelen. Bij een adviesopdracht aan een externe deskundige over de opdoekmethode speelt dezelfde problematiek als in de Uniface-

Rubriek onder verantwoordelijkheid van de Stichting  
www.notarielestichting.nl

## Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



zaak: de inhoud van de adviesopdracht bevat een bepaalde richting (in casu: de wens tot het doen verdwijnen van de vennootschap) waaruit een voorgenomen adviesplichtig besluit voortvloeit. In deze bijdrage behandel ik – summier – enkele medezeggenschapsrechtelijke verplichtingen van de ondernemer rondom het voorgenomen besluit tot fusie of ontbinding. Ik ga ervan uit dat bij de te verdwijnen vennootschap een ondernemingsraad (hierna: OR) is ingesteld.<sup>3</sup>

1. Zie voor turboliquidatie mijn bijdrage in het *Handboek notarieel Ondernemingsrecht B.V. en N.V.*, VDH-serie nr. 132-1, 2016, p. 405-493, te raadplegen via <https://www.recht.nl/nieuws/ondernemingsrecht/144230/turboliquidatie-oorbaar-gebruik-abusievelijk-gebruik-en-misbruik/>.
2. Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123, *JOR* 2017/292, m.nt. D.F. Berkhout. De Uniface-beschikking is besproken door onder meer J.W. Boelhoutwer/E.T. Visser in *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* (TvAO) 2017/afl. 4, p. 173-183, C. Nekeman in *MvO* 2018/1&2, p. 45-49, J.A.C. van Veersen in *TOP* 2018/164 en A. Grimme/B. Kloppert in *Arbeids-Recht* 2018/20.
3. In geval van turboliquidatie zal het bestuur en in geval van een formele vereffening zal de vereffenaar een voorgenomen besluit moeten nemen over de wijze waarop de onderneming wordt geliquideerd. Uit KvK-onderzoek blijkt dat in 2017 slechts vijf rechtspersonen met ten minste 50 werkzame personen in liquidatie verkeerden.

## 2. Medezeggenschapsrechtelijke verplichtingen tijdens het voortraject

In het voortraject van de besluitvorming over een juridische fusie of ontbinding dient het bestuur van de ondernemer rekening te houden met medezeggenschapsrechtelijke verplichtingen. Het gaat dan met name om:

- het vragen van advies van de OR ex art. 25 lid 1 sub n WOR naar aanleiding van het voorgenomen besluit tot het inschakelen van een externe deskundige (zoals een notaris, advocaat, accountant of bank) omdat uit de formulering van de adviesopdracht aan de externe deskundige een ander voorgenomen adviesplichtig besluit voortvloeit;
- het maken van afspraken over het medezeggenschapstraject ex art. 24 lid 1 WOR;
- het verstrekken van informatie aan de OR in de overlegvergadering ingevolge art. 24 jo. art. 31a WOR of daarbuiten ex art. 31 WOR.

Uit de Uniface-beschikking van de Ondernemingskamer volgt dat het voorgenomen besluit tot het inschakelen van een externe deskundige een belangrijk startschot is voor het maken van afspraken over het te volgen medezeggenschapstraject. Het gaat in die zaak weliswaar om een opdracht van de ondernemer aan een financieel adviseur een mogelijke verkoop van aandelen voor te bereiden en om de daarop volgende opdracht aan een accountantskantoor een *vendor due diligence* onderzoek bij Uniface voor te bereiden, maar bij de wens tot het opdoeken van de vennootschap speelt dezelfde samenhang en achterliggende bedoeling: de OR tijdig betrekken in een mogelijk belangrijke aangelegenheid opdat zijn opmerkingen nog van wezenlijke invloed kunnen zijn bij het nemen van besluiten (art. 25 lid 2 WOR). Het zijn de aard en de inhoud van de adviesopdracht die bepalen of er voor de OR een adviesbevoegdheid is. Gaat het advies van de externe deskundige over de meest optimale opdoekmethode dan is de samenhang met een of meer andere adviesplichtige voorgenomen besluiten aanwezig. Immers, te zijner tijd zal de ondernemer<sup>4</sup> naar aanleiding van het advies van de externe deskundige een voorgenomen besluit moeten nemen over de inhoud van het fusievoorstel (art. 2:312 lid 2 BW jo. art. 2:314 lid 4 BW) of over de ontbinding (art. 2:19 lid 1 sub a BW). Kiest de ondernemer voor ontbinding dan zal hij voorafgaand aan of na de ontbinding een adviesplichtig voorgenomen besluit moeten nemen over de verkoop van de onderneming (art. 25 lid 1 sub a WOR) of over de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming (art. 25 lid 1 sub c WOR). In een informeel overleg of in de overlegvergadering met de OR zal de ondernemer dan vanwege de hiervoor weergegeven samenhang met een majeure

aangelegenheid moeten aangeven dat hij – of een concernvennootschap<sup>5</sup> – een adviesopdracht aan een externe deskundige overweegt en daarmee ex art. 25 lid 1 sub n WOR een adviesplichtig besluit in voorbereiding heeft (art. 24 lid 1 WOR).

De medezeggenschap tijdens het voortraject beïnvloedt het vervolg van het medezeggenschapstraject. Met het informeren over de voorgenomen adviesopdracht wordt bereikt dat afspraken kunnen worden gemaakt met de OR wanneer en op welke wijze de OR in de verdere (toekomstig voorgenomen) besluitvorming wordt betrokken. Het voordeel van deze gang van zaken voor de OR is dat het voorgenomen besluit tot het opdoeken van de vennootschap (via juridische fusie of ontbinding) voor de OR geen verrassingsbesluit is. De bekendheid van de OR met de inschakeling van de externe deskundige leidt er tevens toe dat de OR informatie kan vragen van de (mede)ondernemer *voorafgaand* aan het voorgenomen opdoekbesluit. Hierdoor kan hij de vinger aan de pols houden of de “nadenken over-fase” inmiddels is overgegaan in de “besluit tot-fase”. Dat de medezeggenschap meer tot haar recht komt in een eerder stadium, behoeft niet nadelig te zijn voor de ondernemer. Als de OR zich al actief heeft opgesteld in het voortraject beschikt hij wellicht al over voldoende essentiële informatie om binnen een relatief kort tijdsbestek tot een zorgvuldig advies te kunnen komen in het vervolgetraject waarin hem om advies wordt gevraagd over het voorgenomen opdoekbesluit.

4. Een complicatie ontstaat indien de ondernemer die het voorgenomen besluit in de zin van art. 25 WOR neemt (bijvoorbeeld de topholding) niet samenvalt met de ondernemer die de onderneming in stand houdt en waar bij een OR is ingesteld (de dochter). Oplossingen voor deze problematiek zijn: het sluiten van een medezeggenschapsconvenant, het toerekenen van voorgenomen besluiten en – als ultimum remedium – het bestempelen van de concerngenoot tot medeondernemer, waarover meer in noot 5.
5. In de SHL Engineering-zaak zijn het twee indirecte buitenlandse aandeelhouders die een opdracht tot ‘price check’ verstrekken aan Goldman Sachs. Op een gegeven moment wordt een managementpresentatie gehouden voor potentiële kopers van de aandelen in de buitenlandse grootmoeder van SHL Engineering BV. Nu het gaat om een voorgenomen besluit tot overdracht van de aandelen, komt toerekening niet in aanmerking. De twee indirecte buitenlandse aandeelhouders worden als medeondernemer van de Nederlandse onderneming aangemerkt. Hof Amsterdam (OK) 19 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4156, JOR 2017/63, m.nt. R.G.J. de Haan, *Ondernemingsrecht* 2017/10, m.nt. J.J.M. van Mierlo (Seaway Heavy Lifting Engineering c.s.).

### 3. Medezeggenschapsrechtelijke verplichtingen n.a.v. het voorgenomen opdoekbesluit

De ondernemer bepaalt mede aan de hand van het advies van de externe deskundige welke opdoekmethode voor hem de beste (goedkoopste, snelste) oplossing is. Is gekozen voor een juridische fusie, dan zal in de ideale situatie de OR om advies worden gevraagd voordat het fusievoorstel tot stand komt.<sup>6</sup>

Het voorgenomen ontbindingsbesluit is mijns inziens geen adviesplichtig besluit. Dit besluit valt niet onder art. 25 lid 1 sub e WOR, omdat het ontbindingsbesluit niet beoogt een belangrijke wijziging aan te brengen in de organisatie van de onderneming.<sup>7</sup> Het ontbindingsbesluit strekt er toe de vennootschap te doen verdwijnen uit het economisch verkeer en ziet op de structuur van de vennootschap (de juridische jas) en niet op de onderneming (de inhoud van de juridische jas).<sup>8</sup> De ontbinding als zodanig tast geen rechten van werknemers aan. Belangrijker nog is dat het adviesrecht na de ontbinding of vooruitlopend op de ontbinding onder omstandigheden in stand blijft.

Of sprake is van adviesrecht hangt, gelet op het bepaalde in de DA-beschikking, af van de wijze van liquideren van de onderneming: is er vooruitzicht op het behoud van arbeidsplaatsen? Voor de curator en de vereffenaar geldt dezelfde maatstaf: het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst en een voortvarende afwikkeling van de boedel. De door de Hoge Raad in de DA-beschikking gegeven richtsnoeren voor vereffening in faillissement lenen zich daardoor naar mijn mening voor overeenkomstige toepassing in geval van een vereffening buiten faillissement.<sup>9</sup> De Hoge Raad maakt een onderscheid tussen enerzijds de 'liquidatie' van de onderneming en anderzijds de verkoop van de activa in het kader van de voortzetting van (delen van) de onderneming.

Is gekozen voor het liquideren in de zin van het ontmantelen van de onderneming<sup>10</sup>, dan brengt de vereffeningstaak van de vereffenaar naar mijn mening mee dat hij op één lijn kan worden gesteld met de curator. Dit standpunt brengt mee dat een (feitelijk/formele) vereffenaar niet gehouden is advies te vragen over de wijze waarop hij de vermogensbestanddelen afzonderlijk denkt te gaan verkopen, ook al is sprake van een voorgenomen besluit tot het beëindigen van de onderneming. De handelingen van de vereffenaar zijn, net als die van de curator, gericht op liquidatie van het (ondernemings)vermogen, waartoe Boek 2 BW hem (als bestuurder respectievelijk formele vereffenaar) bevoegd maakt en waarvoor naar mijn mening geen beleidsvrijheid geldt. Dit be-

tekent dat de door het adviesrecht beschermde belangen moeten wijken voor de belangen van de schuldeisers<sup>11</sup> bij een voortvarende en voor de boedel zo voordelig mogelijke afwikkeling.

Dit is anders indien sprake is van het voortzetten van (een deel van) de onderneming door een ander. Bestaat vóór of na de datum van ontbinding het vooruitzicht op behoud van arbeidsplaatsen omdat de verkoop van de activa plaatsvindt buiten insolventie in het kader van een voortzetting van (delen van) de onderneming, dan is een op doorstart gericht voorgenomen besluit van de ondernemer adviesplichtig op grond van art. 25 lid 1 sub a of c WOR.<sup>12</sup>

#### Tot slot

Hetgeen in een gedocumenteerde adviesaanvraag van de ondernemer staat, zal voor de OR duidelijk en toereikend dus verifieerbaar moeten zijn. Desgewenst kan de OR vragen om de stukken die de grondslag vormden voor het voorgenomen besluit tot het inschakelen van een externe deskundige respectievelijk voor het voorgenomen opdoekbesluit (art. 31 WOR). De (mede)ondernemer zal de onderliggende stukken onder geheimhouding aan de (externe adviseur en/of de voorzitter van de) OR ter hand moeten stellen (art. 20 WOR). Dit geldt dus ook voor het opdoekadvies van de externe deskundige, zoals een notaris.

Mw. mr. M.Y. Nethe\*

6. M.G. Vrieling/C.W. Kuipers, Voorjaarssschoonmaak, *Bb* 2017/26, noot 8.
7. In geval van turboliquidatie zijn de bestuurders tevens de feitelijke vereffenaars. Is sprake van een formele vereffening, dan treden in vrijwel alle gevallen de bestuurders als (formele) vereffenaars op.
8. Ten aanzien van een voorgenomen surseance-aanvraag heeft de Hoge Raad in de IJsselwerf-beschikking bepaald dat de OR geen adviesrecht toekomt ex art. 25 lid 1 sub e WOR. HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477. Op basis van de literatuur en de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 1996/97, 24615, 28, p. 30-31) wordt hetzelfde standpunt ingenomen ten aanzien van een voorgenomen verzoek tot faillissementsaanvraag.
9. Evenals de curator is de formele/feitelijke vereffenaar op één lijn te stellen met de ondernemer in de zin van de WOR. Ook hij kan worden aangemerkt als bestuurder in de zin van de WOR. Zie voor wat betreft de curator: HR 2 juni 2017, *ECLI:NL:HR:2017:982*, *NJ* 2017/453, m.nt. B. Barentsen, *JOR* 2017/248, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (DA Retailgroep c.s.), r.o. 3.3.3.
10. In die zin dat er geen enkele activiteit meer overblijft en geen enkele activiteit door een ander wordt overgenomen.
11. Onder schuldeisers versta ik mede de aandeelhouders als achtergestelde schuldeisers.
12. Hof Amsterdam (OK) 21 mei 1987, *NJ* 1988/518, m.nt. J.M.M. Maeijer (CITO). De toepassing van art. 2:107a lid 3 BW, art. 7:662 e.v. BW, de SER-Fusiegedragsregels en (als slechts een deel van de onderneming wordt voortgezet) de Wet melding collectief ontslag (WCMO) laat ik buiten beschouwing.

\* Verbonden aan de sectie Handelsrecht en Arbeidsrecht, Rijksuniversiteit Groningen. (m.y.nethe@rug.nl)