

Herstructureren in tijden van crisis

RENATE VINK-DIJKSTRA EN GUUS WIFE

Nood aan de man of van de nood een deugd maken? De afgelopen maanden is de hele wereld geconfronteerd met de gevolgen van COVID-19. Veel werkgevers zijn genoodzaakt geweest gebruik te maken van de noodmaatregelen om het hoofd boven water te kunnen houden. Maar liefst 114.000 werkgevers hebben in de periode 6 tot 30 april jl. de zogenaamde NOW-aanvraag ingediend bij UWV. De NOW is een tijdelijke loonsubsidie om de grootste nood weg te nemen. Werkgevers zullen nu alvast moeten nadenken over de toekomst en de benodigde structurele maatregelen. Een herstructurering van de onderneming is daar meestal onderdeel van. Dit kan leiden tot uiteenlopende besluiten en uiteenlopende personele gevolgen. In dit artikel zullen wij ingaan op die verschillende mogelijkheden.

Noodzaak of efficiëncyslag?

Eerst moet worden vastgesteld welk doel de herstructurering heeft. Zet de werkgever de herstructurering in als maatregel om de onderneming gezond te houden? Of heeft de herstructurering tot doel de onderneming klaar te stomen voor de toekomst en is een efficiëncyslag daarbij noodzakelijk? Met andere woorden: is de herstructurering uit nood geboren of nodig om mee te kunnen met de huidige tijd?

Als gevolg van COVID-19 hebben de eerste faillissementen inmiddels plaatsgevonden. Het is de verwachting dat nog veel meer ondernemingen genoodzaakt zullen zijn faillissement aan te vragen. Dit is te voorkomen door de onderneming tijdig te herstructureren. Voor iedere ondernemer is de beslissing om in te grijpen lastig. Daarom wordt dit besluit het liefst zo lang mogelijk uitgesteld. Dit kan echter grote gevolgen hebben voor de toekomst van de onderneming en de medewerkers daarvan. Het is daarom van belang dat tijdig wordt ingegrepen. Zo kan men de financiën op orde brengen en de continuïteit van de onderneming waarborgen.

Daarnaast kan een herstructurering gewenst zijn om werkprocessen efficiënter in te richten en kosten te besparen. In korte tijd is iedereen geconfronteerd met een digitale werkelijkheid. Ook dit zal binnen ondernemingen tot de nodige inzichten hebben geleid. Digitalisering is aan de orde van de dag en is zelfs noodzakelijk voor het overleven van de toekomstige onderneming. Dat heeft de wereld aan den lijve ondervonden. Ondernemers en werkgevers kunnen niet achterblijven. Zij moeten ervoor zorgen dat de diensten, producten en processen aansluiten op de steeds meer digitale en geautomatiseerde wereld. Ook dit kan

ingrijpende gevolgen hebben voor de organisatie én de medewerkers. Wij beperken ons tot de personele gevolgen. De personele gevolgen zijn afhankelijk van de herstructureringvorm. Over het algemeen zijn er drie 'smaken' bij een herstructurering:

- › Een fusie of overname;
- › Een reorganisatie;
- › Een faillissement met (mogelijk een) doorstart.

Fusie of overname

Allereerst kan een herstructurering zien op een fusie of een overname. Daarbij komt het vaak voor dat de gezonde onderdelen uit de bestaande onderneming worden gehaald. Vervolgens vindt een overname door of een fusie met een andere onderneming plaats. Doel daarvan is het voortbestaan van een gezonde onderneming. Arbeidsrechtelijk zal dan vaak sprake zijn van een 'overgang van onderneming'.

Criteria overgang onderneming

Er is sprake van een overgang van onderneming indien aan de volgende criteria wordt voldaan:

- er is sprake van een overgang, fusie of splitsing;
- op grond van een overeenkomst;
- van een economische eenheid;
- die haar identiteit behoudt.

De vraag of aan deze criteria wordt voldaan, is niet eenvoudig te beantwoorden. Daarvoor moet gekeken worden naar de in de rechtspraak ontwikkelde uitgangspunten.

Kwalificeert een overname of fusie arbeidsrechtelijk gezien als een overgang van onderneming? Dan gaan de medewerkers in principe van rechtswege over naar de verkrijgende werkgever. Alle rechten en plichten die op grond van de bestaande arbeidsovereenkomst gelden, gaan in dat geval over naar de verkrijgende werkgever. Voor de medewerkers is een overgang van onderneming hierdoor vaak het minst ingrijpend. Zij krijgen formeel een andere werkgever, maar behouden hun arbeidsvoorwaarden. En ook op de werkvloer zijn de gevolgen niet altijd direct zichtbaar. Uitzonderingen daarop zijn natuurlijk denkbaar.

Deze hoofdregel kan voor de verkrijgende werkgever wel nadelige gevolgen hebben. Hij kan te maken krijgen met arbeidsvoorwaardelijke regelingen die niet in de eigen onderneming gelden. Toch zal men deze regelingen in eerste instantie moeten respecteren. De verkrijgende werkgever moet deze regeling dus nakomen. Het harmoniseren van arbeidsvoorwaarden wegens een overgang van onderneming is namelijk niet toegestaan. Harmonisering van arbeidsvoorwaarden is wel mogelijk als hieraan zogeheten ETO-redenen ten grondslag liggen (economische, technische of organisatorische redenen). Het is aan de verkrijgende werkgever om dit zorgvuldig te onderbouwen. Vaak bespreken de partijen de intentie tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden al vooraf. Zij zullen dit ook meenemen in de afspraken over de overgang, waarbij ook de medezeggenschap is betrokken.

Reorganisatie

Een herstructurering van de onderneming kan ook bestaan uit het doorvoeren van een reorganisatie. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij het wijzigen van de (gebruikelijke) werkzaamheden, het afstoten van delen van de onderneming of het invoeren van een andere organisatiestructuur. Dit kan ertoe leiden dat de organisatie en het aantal medewerkers inclusief de samenstelling daarvan niet meer op elkaar aansluiten. Het aanpassen of vervallen van functies wordt dan onvermijdelijk.

Als bij een reorganisatie functies (gedeeltelijk) verdwijnen en medewerkers boventallig worden, mag de werkgever niet zelf bepalen welke medewerkers voor ontslag in aanmerking komen. Aan de hand van wet- en regelgeving moet hij vaststellen welke functies onderling uitwisselbaar zijn. Daarnaast moet de werkgever onderzoeken wie als eerst voor ontslag in aanmerking komt.

Voor de medewerkers die voor ontslag in aanmerking komen moet de werkgever in principe bij UWV toestemming vragen om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen. Een uitzondering geldt als de medewerker bereid is het dienstverband middels een vaststellingsovereenkomst te beëindigen. Dat heeft uiteraard de voorkeur. Dit voorkomt namelijk procedures, biedt duidelijkheid en zekerheid én is doorgaans minder kostbaar.

Als bij een reorganisatie sprake is van een collectief ontslag, moet de werkgever een officiële melding van collectief ontslag doen bij UWV en de vakbonden.

Collectief ontslag

De Wet Melding Collectief Ontslag schrijft voor dat een werkgever onder omstandigheden is verplicht zijn voornemen tot het collectieve ontslag te melden. Dit is het geval als hij in een periode van drie maanden in één werkgebied 20 dienstverbanden of meer beëindigt. De werkgever zal dan mogelijk met de vakbonden in overleg moeten treden over het opstellen van een sociaal plan. De vakbonden kunnen ook verklaren dat dit niet nodig is en zich kunnen vinden in het beëindigen van de dienstverbanden.

Faillissement en doorstart

In sommige gevallen is een faillissement onvermijdelijk. Ook een herstructurering kan dit niet altijd voorkomen. In dat geval kan men wel beoordelen of een doorstart noodzakelijk of gewenst is. Indien dat het geval is, kan de curator de arbeidsovereenkomsten van de betrokken medewerkers beëindigen. Daarbij moet hij een opzegtermijn van maximaal zes weken in acht nemen. Vervolgens kan men een geschikte koper voor de onderneming zoeken, die de failliete onderneming of delen daarvan opkoopt. Eventueel kan de koper met de (delen van) de failliete onderneming een doorstart maken.

De regels die gelden bij overgang van onderneming zijn bij een doorstart niet van toepassing als de curator de arbeidsovereenkomsten beëindigt. Dit betekent dat de verkrijger kan bepalen welke onderdelen hij aankoopt. Hij krijgt dan niet te maken met medewerkers die recht hebben op een dienstverband.

Vaak is er voorafgaand aan het faillissement al een partij geïnteresseerd in de aankoop van (delen van) de onderneming. De partijen zullen dan een doorstart voorbereiden voorafgaand aan het faillissement. Dit noemt men ook wel een pre-pack genoemd. In 2018 heeft de Hoge Raad bepaald dat in beginsel ook bij een pre-pack de regels die gelden voor overgang van onderneming onverkort van toepassing zijn. Dit betekent dat de arbeidsrechtelijke gevolgen van een pre-pack ingrijpender zijn dan die bij een faillissement. Dit is belangrijk om mee te wegen in de overweging om al dan niet een doorstart te maken en op welk moment.

Momenteel wordt het wetsvoorstel 'Wet overgang van onderneming in faillissement' in de Tweede Kamer behandeld. Dit wetsvoorstel werpt een heel nieuw licht op deze situatie. De nieuwe wet kan tot gevolg hebben dat de verkrijgende werkgever aan een (groot) deel van de medewerkers een arbeidsovereenkomst moet aanbieden.

Rol van de medezeggenschap

Bij de hierboven beschreven herstructureringsvormen is een belangrijke rol voor de medezeggenschap weggelegd. Deze voorgenomen besluiten kwalificeren in de regel namelijk als adviesplichtige besluiten in de zin van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). De ondernemer zal het voorge-

nomen besluit tot herstructurering (in welke vorm dan ook) daarom tijdig aan de ondernemingsraad moeten voorleggen. Dit geldt uiteraard voor ondernemingen die verplicht zijn een ondernemingsraad te hebben.

Ondernemingsraad verplicht

Op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) is het instellen van een ondernemingsraad verplicht voor ondernemingen waarin in de regel 50 of meer personen werkzaam zijn. Wanneer binnen de onderneming 10 tot <50 personen werkzaam zijn, is een personeelsvertegenwoordiging (PVT) verplicht. Tenminste, als de meerderheid van de medewerkers hierom verzoekt. In dat geval rust op de ondernemer dus de taak om een PVT in te stellen.

Het advies van de ondernemingsraad of PVT moet op een dusdanig tijdstip worden gevraagd dat het advies nog van 'wezenlijke invloed' kan zijn op het besluit. Concreet betekent dit dat het besluit niet al in beton gegoten behoort te zijn. Men moet alternatieve opties die de ondernemingsraad voorstelt, serieus in overweging nemen. De ondernemer stelt bijvoorbeeld een fusie of overname voor, terwijl de ondernemingsraad goede argumenten aanvoert voor een reorganisatie. In dat geval moet de ondernemer onderzoeken of moet hij in ieder geval gemotiveerd kunnen aangeven waarom een fusie of overname de voorkeur heeft. Aan de andere kant moet op het moment van het raadplegen van de ondernemingsraad wel inzicht bestaan in de belangrijkste gevolgen van het besluit. Dit geldt zowel voor de organisatie als voor de medewerkers. Alleen dan kan de ondernemingsraad een gedegen advies verstrekken. Het adviestraject ziet er in het kort als volgt uit:

1. Een schriftelijke adviesaanvraag voor de ondernemingsraad, waarin de beweegredenen, de personele gevolgen en de personele maatregelen zijn beschreven;
2. Een overlegvergadering met de ondernemingsraad, waarin de adviesaanvraag wordt besproken;
3. Een advies van ondernemingsraad, waarin de ondernemingsraad ofwel positief adviseert ofwel negatief adviseert (eventueel met voorwaarden);
4. Een definitief besluit van de ondernemer, waarin hij het advies van de ondernemingsraad al dan niet opvolgt;
5. Uitvoering van het besluit:
 - a. Indien de ondernemingsraad positief heeft geadviseerd of als de ondernemer het advies van de ondernemingsraad opvolgt: directe uitvoering van het besluit is mogelijk.
 - b. Indien de ondernemingsraad negatief heeft geadviseerd en de ondernemer het advies van de ondernemingsraad niet opvolgt: opschorting van de uitvoering van het besluit met één maand.

6. Eventueel een beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, indien de ondernemingsraad van oordeel is dat sprake is van een kennelijk onredelijk besluit van de ondernemer.

Conclusie

De gevolgen van COVID-19 zorgen ervoor dat ondernemers kritisch naar hun onderneming moeten kijken. Ingrijpende maatregelen zijn in veel gevallen niet te voorkomen. Een herstructurering ligt dan voor de hand. Dit kan in verschillende vormen, met uiteenlopende gevolgen voor de organisatie én de medewerkers. Niet altijd is de herstructurering uit directe nood geboren, maar wel nodig om de onderneming gezond te houden voor de toekomst. Maak dan van de nood een deugd en investeer in de toekomst van de onderneming. Zorg dat men als werkgever en ondernemer de regie houdt en tijdig een herstructurering – in welke vorm dan ook – voorbereidt. Dan blijft men zoveel als mogelijk aan het roer en valt de basis te leggen voor een toekomstbestendige onderneming.

Bronnen

Wet: art. 25 en 35b WOR, art. 7:662 BW, art. 7:663 BW, art. 7:664 BW, art. 3 WMCO.

Jurisprudentie: Hoge Raad 2-6-2017, nr. 16/04301 (ECLI:NL:HR:2017:982) (DA-beschikking)



Over de auteurs



Mr. R.E.M. Vink-Dijkstra
de Clercq Advocaten Notariaat, www.declercq.com



Mr. G. Wife
de Clercq Advocaten Notariaat, www.declercq.com