

Internetconsultatie: Wet overgang van onderneming bij faillissement – reactie Universiteit van Amsterdam

Dr. N. Jansen, mr. N.M.Q. van der Neut en dr. I. Zaal¹

1. Inleiding

In het algemeen vinden wij het consultatiewetsvoorstel Wet overgang van onderneming bij faillissement (hierna: het consultatiewetsvoorstel) een positieve ontwikkeling. De uitgangspunten van dit consultatiewetsvoorstel ondersteunen wij. Hoewel wij positief zijn gestemd, stippen wij in deze reactie nog een aantal – in onze ogen te verbeteren – aspecten aan van dit consultatievoorstel op het gebied van onderneming en medezeggenschap van de ondernemingsraad (OR). Naar onze mening zal de invoering van het consultatiewetsvoorstel er niet toe leiden dat er geen doorstarts meer kunnen (en zullen) plaatsvinden. In de meeste omringende landen is de regeling inzake overgang van onderneming immers ook van toepassing in geval van faillissement en in deze landen ² heeft de toepasselijkheid niet geleid tot het buitenspel zetten van de doorstart.³

2. Overgang van onderneming

2.1 Inleiding

Het voorgestelde art. 7:666b BW ziet op alle soorten doorstarts waarbij sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:662 e.v. BW. Dit is naar onze mening niet meer dan logisch om twee redenen. Ten eerste is de rechtszekerheid hierbij gebaat. Ten tweede wordt in zowel het arrest Smallsteps⁴ als Plessers⁵ de drie voorwaarden om de beschermende bepalingen inzake overgang van onderneming buiten toepassing te kunnen laten, gekoppeld aan art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de richtlijn) door deze expliciet cumulatief te stellen.⁶

¹ Dr. N. Jansen, mr. N.M.Q. van der Neut en dr. I. Zaal zijn alle drie als onderzoeker en docent verbonden aan de Universiteit van Amsterdam. Zij publiceren veelvuldig over dit onderwerp.

² In bijv. Duitsland heeft de toepassing van de regels inzake overgang van onderneming gedurende faillissement niet geresulteerd in het einde van de doorstartpraktijk, noch tot (vergaande) consequenties voor de werkgelegenheid. Zie in dit kader ook W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', *TAP* 2016/4. Overigens pretenderen wij hier niet mee dat de Duitse onderzoeksresultaten één-op-één voor Nederland gelden.

³ Zie voor een rechtsvergelijking: P. Hufman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking*, diss. 2015 en W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, maart 2015. Daarbij realiseren wij ons uiteraard dat voor een doorstart meerdere omstandigheden van belang zijn dan alleen de toepasselijkheid van de regeling inzake overgang van onderneming.

⁴ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV e.a./Smallsteps*), punt 44.

⁵ HvJ EU 16 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*), punt 40.

⁶ Zie hierover uitgebreid N.M.Q. van der Neut, 'De doorstartpraktijk na Smallsteps: door het 'oog' van de naald?', *ArbeidsRecht* 2018/40.

2.2 ETO-redenen

Het voorgestelde art. 7:666b BW is onzes inziens in lijn met de richtlijn. Ondanks dat art. 4 van de richtlijn strikt genomen alleen ontslag wegens ETO-redenen toestaat en het hier gaat om selectie door de verkrijger, leiden wij uit het Plessers-arrest af dat deze ruimte wel degelijk bestaat. Het Hof van Justitie overweegt in deze zaak:

“Weliswaar zijn de werknemers die de betrokken verkrijger niet kiest en die dus worden ontslagen, impliciet maar noodzakelijkerwijs de werknemers voor wie geen enkele technische, organisatorische of economische of organisatorische reden de overgang van de arbeidsovereenkomst gebiedt in de ogen van deze verkrijger, maar dit neemt niet weg dat op deze verkrijger geenszins de verplichting rust om aan te tonen dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan technische, economische en organisatorische redenen.”⁷

De Belgische regeling die in deze zaak aan de orde was, creëert ook de mogelijkheid voor de verkrijger te selecteren op grond van ETO-redenen. Naar het oordeel van het Hof van Justitie was deze regeling niet in overeenstemming met de richtlijn, maar een scherpe lezing van de hierboven geciteerde rechtsoverweging leert dat het daarbij gaat om de omstandigheid dat de verkrijger niet verplicht is aan te tonen dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan ETO-redenen en volledige vrijheid heeft te selecteren. De voorgestelde regeling in het consultatiewetsvoorstel voorziet juist wel in een uitgebreide motiveringsverplichting voor de verkrijger.⁸ Bovendien verschilt het consultatiewetsvoorstel in zoverre met de Belgische regeling dat de verkrijger voor het merendeel geen keuze heeft wie hij ontslaat door het inspiegelingsbeginsel ex art. 7:666b lid 2 BW. In dat opzicht wijkt de regeling zodanig van de Belgische regeling af dat deze naar onze mening een voldoende waarborg oplevert en de toets van het Hof van Justitie zal kunnen doorstaan.

Een punt waar wij op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie onze vraagtekens bij zetten, is de (te) ruime reikwijdte die de minister toekent aan het begrip ETO-redenen. In de memorie van toelichting wordt aangesloten bij het begrip bedrijfseconomische omstandigheden uit art. 7:669 lid 3 sub a BW, maar niet iedere omstandigheid die leidt tot bedrijfseconomische reden voor ontslag, betreft per definitie ook een ETO-reden in de zin van de richtlijn. Doorslaggevend voor het Hof van Justitie is immers dat de omstandigheid geen intrinsiek verband houdt met de overgang.⁹ Het is dan ook aan de Nederlandse rechter om bij de beoordeling van ETO-redenen steeds te toetsen of al dan niet sprake is van een intrinsiek verband tussen de aangevoerde ETO-red(en) en de overgang.

⁷ HvJ EU 16 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*), punt 58.

⁸ Dit blijkt uit zowel p. 1 (“Alleen als (...) niet meegaan”) als p. 12 (“De verkrijger (...) van arbeidsplaatsen”) van de toelichting.

⁹ HvJ EU 16 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*), punt 54.

2.3 Cao-problematiek

Het consultatiewetsvoorstel bepaalt in art. 7:666b lid 6 BW dat de verkrijger en een of meer vakbonden in overleg de arbeidsvoorwaarden die van toepassing waren op de arbeidsovereenkomsten tussen de werknemers en de gefailleerde werkgever, kunnen aanpassen als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming. Dit lijkt een verruiming van de huidige wijzigingsmogelijkheden in de context van een overgang ten opzichte van het huidige recht en tevens een oplossing voor botsende cao's bij een overgang, maar schijn bedriegt. Uit de toelichting volgt namelijk dat geen enkele wijziging van het huidige systeem van het cao-recht bij een overgang is beoogd. Zo blijft het uitgangspunt de in art. 14a Wet Cao geregelde handhavingplicht voor de verkrijger van de cao die gold voor de gefailleerde werkgever. De verkrijger mag gedurende deze periode geen met de cao (van de gefailleerde werkgever) strijdige arbeidsvoorwaarden overeenkomen. De overgang van rechten en plichten uit een cao is dwingend en afwijkingen zijn nietig, aldus de toelichting. De uit het voorgestelde art. 7:666b lid 6 BW voortvloeiende wijzigingsbevoegdheid is dus kennelijk beperkt tot arbeidsvoorwaarden die niet voortvloeien uit een cao, maar dan komt de vraag op hoe deze wijzigingsbevoegdheid zich verhoudt tot de rechtspraak van het Hof van Justitie over wijzigingen in de context van een overgang. Daarover zwijgt de memorie van toelichting.

Daarnaast lost deze regel de problematiek rondom botsende cao's niet op. In de memorie van toelichting wordt in paragraaf 3.6 enkel aangestipt dat cao's kunnen botsen bij overgang, maar daar wordt vervolgens geen oplossing voor geboden. Dat in het consultatiewetsvoorstel geen oplossing wordt gegeven voor deze problematiek, is naar onze mening een gemiste kans. Voordat wij verder ingaan op een mogelijke oplossing, merken wij eerst nog op dat in de toelichting geen volledig juist beeld wordt gegeven van het huidige leerstuk van botsende cao's en dat die uitleg – ten behoeve van de praktijk – beter geschrapt kan worden als toch geen oplossing wordt gegeven. In de toelichting wordt zonder meer op een juiste wijze beschreven dat op grond van het huidige cao-recht bepalingen van een cao van de gefailleerde werkgever door lidmaatschap of incorporatie onderdeel zijn geworden van de individuele arbeidsovereenkomst – beter bekend onder de naam doorwerking – en dat de verkrijger ook na afloop van deze cao gehouden is deze oude nawerkende cao-bepalingen na te leven. Daarna volgt echter een passage die voor discussie vatbaar is. In de toelichting wordt namelijk gesteld dat wanneer de verkrijger reeds gebonden is aan een andere cao, hij gehouden is gunstigere of in de cao van de gefailleerde werkgever ontbrekende bepalingen toe te passen op overgegangene werknemers. Wij geven een aantal voorbeelden waaruit de onjuistheid van deze stelling volgt. Als op het moment van de overgang de cao van de gefailleerde werkgever is afgelopen en bij de verkrijger een cao geldt waaraan overgegangene werknemers via art. 9 Wet Cao gebonden raken, dan gelden niet alleen gunstigere bepalingen uit die cao, maar kunnen ook ongunstigere bepalingen gaan gelden. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de cao van de verkrijger een standaard-cao is of wanneer in die cao expliciet iets is geregeld over nawerkende cao-bepalingen. Als het in dit voorbeeld een niet-gebonden werknemer betreft, dan zal de verkrijger een aanbod moeten doen (op grond van art. 14 Wet Cao) om zijn cao toe te passen. Dat aanbod zal moeten bestaan uit zowel gunstige als

ongunstige bepalingen. Als een ongebonden werknemer dat aanbod niet aanvaardt, houdt hij wat hij had, maar kan hij ook geen aanspraak maken op gunstige bepalingen uit de cao van de verkrijger. Naast deze twee voorbeelden zijn nog een aantal scenario's te bedenken die niet rijmen met de uitleg in de toelichting.

De praktijk is zoals gezegd niet gebaat bij de uitleg die in de memorie van toelichting wordt gegeven over botsende cao's, omdat die uitleg veel te kort door de bocht is. Als niet de bereidheid bestaat om in dit consultatiewetsvoorstel een oplossing te bedenken voor de problematiek rondom botsende cao's, dan verdient het aanbeveling daarover ook niets op te merken in de toelichting. Het schept nu louter verwarring voor verkrijgers. Het is mogelijk dat ervoor is gekozen in dit consultatiewetsvoorstel de problematiek rondom botsende cao's niet op te lossen, aangezien deze problematiek ruimer is en speelt bij elke overgang. Die keuze is verdedigbaar, maar wij raden aan toch in overweging te nemen om in dit consultatiewetsvoorstel een regeling te ontwerpen waardoor in elk geval voor de doorstarts deze problematiek wordt opgelost. De oplossing die wij voorstaan, is die van de eenvoud met de volgende uitgangspunten. Verduidelijk dat art. 14a Wet Cao een conflictregel is in geval van botsende cao's. Die conflictregel brengt mee dat de cao van de gefailleerde werkgever altijd prevaleert boven de cao van de verkrijger. Daarnaast kan in het voorgestelde art. 7:666b BW tot uitgangspunt worden genomen dat overgegangene werknemers, eventueel na afloop van een toepasselijke handhavingsplicht ex art. 14a Wet Cao, van rechtswege worden gebonden aan een ten tijde van de overgang voor de verkrijger geldende cao door welke binding aanspraken op arbeidsvoorwaarden uit eerdere cao's vervallen. Deze binding van rechtswege volgt niet uit de Wet Cao en verdient dus een aparte regeling.

2.4 Overgang van 'oude' schulden

Ten aanzien van de overgang van 'oude' schulden die zijn ontstaan voor overgang, is onduidelijk of de minister doelt op schulden die opeisbaar zijn of vorderingen die slechts bestaan. In de toelichting op de regeling is te lezen dat "(...) de schulden (...) al voor de faillietverklaring bestonden bij de overgang niet mee overgaan op de verkrijger."¹⁰ Bestaan is echter niet per definitie hetzelfde als opeisbaar. Een schuld kan immers ook in de toekomst liggen (bijvoorbeeld januari 2021), maar wel al vaststaan. Dit zou betekenen dat een niet-opeisbare schuld niet mee overgaat. De werknemer kan zijn vordering vanaf januari 2021 dan alleen verhalen bij de vervreemder, maar die zal doorgaans niet meer bestaan. Ook kan hij voor deze vordering niet aankloppen bij het UWV. Naar onze mening wordt het woord 'bestaan' abusievelijk gelijkgesteld met 'opeisbaar'.

¹⁰ Toelichting Regeling overgang van onderneming in faillissement, p. 9.

3. Medezeggenschap

3.1. Inleiding

Met het voorgestelde art. 25 lid 7 WOR wordt de DA-beschikking van de Hoge Raad gecodificeerd.¹¹ Dat is noodzakelijk, nu de uitspraak van de Hoge Raad nog onduidelijkheid laat bestaan over een aantal aspecten.¹² In het algemeen staan wij dan ook positief ten aanzien van de voorgestelde wijzigingen van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Wij ondersteunen ook de gedachte dat specifieke ‘insolventiemedezeggenschap’ nodig is en dat niet kan worden volstaan met de onverkorte toepassing van de WOR. Het consultatiewetsvoorstel is daarmee een belangrijke ontwikkeling van het medezeggenschapsrecht als geheel. Voor een aantal elementen is naar onze mening echter verbetering mogelijk.

In algemene zin merken wij op dat het consultatiewetsvoorstel alleen voorziet in een specifiek adviesrecht voor de ondernemingsraad bij bepaalde (voorgenomen) besluiten die de curator neemt. Moet het consultatiewetsvoorstel zo worden gelezen dat de OR geen andere bevoegdheden heeft ten aanzien van de curator dan art. 25 lid 7 WOR? Als dit het geval is, dan is het consultatiewetsvoorstel op dit punt niet in overeenstemming met de DA-beschikking. De Hoge Raad heeft in deze zaak namelijk overwogen dat de curator gezien moet worden als ondernemer c.q. bestuurder in de zin van de WOR (hetgeen ook in dit consultatiewetsvoorstel wordt erkend). Dit betekent dat hij in beginsel de gehele WOR dient na te leven. Het adviesrecht is daarvan – zeker in faillissement – de belangrijkste bevoegdheid van de OR, maar het is niet uitgesloten dat de curator ook instemmingsplichtige besluiten voorneemt – bijvoorbeeld indien hij de onderneming voortzet – of sprake is van een voorgenomen besluit in de zin van art. 30 WOR. In beginsel geldt geen uitzondering in geval van faillissement. De OR kan deze bevoegdheden dan ook uitoefenen jegens de curator.¹³ Het verdient aanbeveling dat in het consultatiewetsvoorstel ook iets wordt geregeld over de andere bevoegdheden van de OR, zodat de onduidelijkheid die dit consultatiewetsvoorstel creëert, wordt weggenomen.

3.2 De adviesplichtige (voorgenomen) besluiten

Op grond van het voorgestelde art. 25 lid 7 WOR heeft de OR in twee gevallen adviesrecht: (i) indien sprake is van een voorgenomen besluit dat noodzakelijk is om de onderneming voort te zetten en (ii) indien sprake is van een voorgenomen besluit tot overgang van een onderneming die tot de boedel behoort als bedoeld in het voorgestelde art. 7:666b lid 2 BW. In de memorie van toelichting van het voorontwerp staat onder andere het volgende over het adviesrecht:

¹¹ OK 19 februari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD0089 (*Packard Bell*).

¹² Zie hierover o.m.: P. Hufman, ‘Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement’, *TvI* 2017/27; S.H.J. Hoogendoorn en G.R.R. Cederburg, ‘De toepassing van het adviesrecht bij een doorstart na faillissement’, *TAP* 2018/317; W. Schreurs, ‘De curator en de ondernemingsraad’ in: E.J.R. Verwey en M.A. Broeder, *De curator en het personeel (Insolad jaarboek 2018)*, Deventer: Kluwer 2018.

¹³ Zie ook: P. Hufman, ‘Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement’, *TvI* 2017/27

“De curator moet de OR advies vragen als sprake is van een van de volgende twee scenario’s: de curator zet de onderneming zelf enige tijd voort en in dat kader heeft hij het voornemen om een besluit te nemen dat genoemd is in artikel 25, eerste lid, WOR, of de curator heeft het voornemen om de onderneming aan een derde te verkopen en bij de doorstart die daarmee wordt beoogd blijven arbeidsplaatsen behouden.”¹⁴

Op twee belangrijke punten verschillen het consultatiewetsvoorstel en de toelichting van elkaar. Ten eerste spreekt het consultatiewetsvoorstel van voorgenomen besluiten die het noodzakelijk maken de onderneming voort te zetten. Dit suggereert dat het voortzetten van de onderneming door de curator adviesplichtig is, maar dat is onjuist, nu er immers niets wijzigt. Indien de curator echter – als bestuurder in de zin van de WOR – besluiten neemt die adviesplichtig zijn, bijvoorbeeld een organisatiewijziging in de zin van art. 25 lid 1 sub e WOR, moet hij uiteraard wel advies vragen. De tekst van de toelichting is scherper geformuleerd en sluit beter aan bij het begrippenkader van de WOR.

Ten tweede sluit de voorgestelde wettekst aan bij een overgang van onderneming in de zin van het voorgestelde art. 7:666b lid 2 BW. Gezien de aanleiding van dit consultatiewetsvoorstel – een regeling treffen voor overgang van onderneming in geval van faillissement – ligt dit wellicht voor de hand, maar deze formulering beperkt het adviesrecht van de OR. Het adviesrecht van de OR buiten faillissement ziet namelijk niet alleen op een overdracht van de zeggenschap die onder de reikwijdte van de richtlijn overgang van onderneming valt, aangezien iedere overdracht van de zeggenschap van de onderneming adviesplichtig is (vgl. art. 25 lid 1 sub a WOR). De tekst van de toelichting lijkt ook deze bredere toepassing te suggereren en hetzelfde geldt voor de Hoge Raad, die in de DA-beschikking spreekt van ieder voorgenomen besluit van de curator tot overdracht van de onderneming waarbij voortzetting van de onderneming wordt beoogd. Bij een overdracht van de onderneming die niet onder de regeling inzake overgang van onderneming valt, bijvoorbeeld omdat het een aandelentransactie is of geen materiële activa zijn overgedragen bij een kapitaalintensieve onderneming, is betrokkenheid van de OR wellicht juist nog wenselijker, nu de personele gevolgen in dat geval niet zijn geregeld. Door te kiezen voor een wat ruimere formulering wordt tevens voorkomen dat de OR en de ondernemer in onwenselijke (juridische) discussies verzanden over de vraag of een doorstart al dan niet een overgang van onderneming is of niet. Wij raden dan ook aan de tekst van de toelichting over te nemen in het consultatiewetsvoorstel. De koppeling met het eerste deel van het consultatiewetsvoorstel gaat dan enigszins verloren, maar het consultatiewetsvoorstel sluit op die manier wel beter aan bij de WOR en de beschikking van de Hoge Raad.

Het consultatiewetsvoorstel ziet alleen in een adviesrecht ten aanzien van het voortzetten van de onderneming en niet in een adviesrecht wanneer de curator de onderneming besluit te liquideren en al het personeel ontslaat. Het consultatiewetsvoorstel volgt hier het onderscheid dat de Hoge Raad heeft gemaakt in de DA-beschikking. Voor dit onderscheid is geen rechtvaardiging te

¹⁴ Memorie van toelichting voorontwerp Wet overgang van onderneming, p. 34.

vinden in de WOR. Het adviesrecht van de OR ziet niet alleen op besluiten die betrekking hebben op de continuïteit van de onderneming. Ook een (voorgenomen) besluit tot inkrimping of zelfs sluiting is adviesplichtig. Juist in het geval dat de continuïteit van de onderneming bedreigd wordt, is het belang van medezeggenschap groot. Wij adviseren de minister dan ook het liquideren van de onderneming na faillissement adviesplichtig te maken. Tegen een dergelijke uitbreiding van het adviesrecht bestaan weinig bezwaren, nu de termijnen kort zijn en er geen beroep bij de Ondernemingskamer openstaat betreffende het adviesrecht van de OR jegens de curator.

3.3. De reikwijdte van het advies van de OR

Een advies van de OR ten aanzien een voorgenomen besluit van de curator kan zeer nuttig zijn. In dit kader bepaalt de toelichting het volgende over het advies van de OR:

“Is de curator voornemens om de onderneming aan een beoogd verkrijger over te dragen, dan kan het advies van de OR er bijvoorbeeld op zien dat de curator wordt opgeroepen om ook nog eens met een andere partij te praten.”¹⁵

Of het adviesrecht van de OR zich uitstrekt over de keuze voor een bepaalde partij, is de vraag,¹⁶ maar de OR zal ook vooral – in het kader van art. 25 lid 3 WOR – de personele gevolgen in het advies willen betrekken. Daarbij doet zich de gecompliceerde factor voor dat de wijze van selectie wordt bepaald door de verkrijger en niet door de curator. Omdat de curator het plan van de verkrijger moet goedkeuren, zal hij dit wel met de OR kunnen bespreken. Zeker bij een van de inspiegelingmethode afwijkende selectiemethode ligt het voor de hand dat daarover uitgebreid wordt gesproken met de OR. Van de verkrijger mag worden verwacht dat hij (snel) informatie deelt met de OR. Het zou wellicht goed zijn daarover iets op te nemen in de toelichting.

3.4. Het afwijken van de procedurevoorschriften

Het consultatiewetsvoorstel maakt het mogelijk dat de curator een aantal van de procedurevoorschriften niet (onverkort) hoeft te volgen. Er is een kortere adviestermijn, de opschortingstermijn geldt niet en de commissarissen hoeven niet aanwezig te zijn op de overlegvergadering. Hiermee wordt een deel van de DA-beschikking gecodificeerd. De uitspraak van de Hoge Raad is echter ruimer, nu deze de curator de ruimte biedt van alle procedurevoorschriften uit art. 25 WOR af te wijken op grond van (de derogerende werking van) de redelijkheid en billijkheid. Het consultatiewetsvoorstel regelt de belangrijkste procedurevoorschriften, maar er zijn er meer die op gespannen voet staan met de belangen van de boedel en de gezamenlijke schuldeisers. Te denken valt aan de motiveringsverplichtingen van art. 25 lid 3 en 5 WOR, de vergaande

¹⁵ Memorie van toelichting voorontwerp Wet overgang van onderneming, p. 35.

¹⁶ OK 19 februari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD0089 (*Packard Bell*).

informatieverplichting van art. 31 WOR en de mogelijkheid van de OR om deskundigen in te huren.¹⁷

3.5 Het beroep bij de R-C en niet bij de OK

Er staat geen beroep bij de Ondernemingskamer open. Hiermee wijkt het consultatiewetsvoorstel in belangrijke mate af van de beschikking van de Hoge Raad inzake DA. De toelichting geeft slechts summierlijk aan waarom ervoor is gekozen het beroepsrecht bij de OK niet van toepassing te verklaren. In plaats daarvan dient de OR door de R-C te worden gehoord en staat binnen vijf dagen beroep open. Onduidelijk is wat er in dat geval getoetst wordt. Toetst de R-C of het adviestraject zorgvuldig is verlopen? En wat gebeurt er als de OR in het geheel niet om advies is gevraagd? Geeft de R-C dan geen toestemming? Of wordt schending van de medezeggenschap niet gesanctioneerd? Dit onderdeel verdient naar onze mening nog enige uitwerking.

4. Overig

Gezien de onderwerpen is dit consultatiewetsvoorstel een mooie gelegenheid ook de positie van de OR na overgang van onderneming te regelen. Deze aangelegenheid is geregeld in art. 6 van de richtlijn, welke door Nederland niet is geïmplementeerd. In de literatuur zijn verschillende suggesties gedaan om dit te regelen.¹⁸

Het voorstel regelt niets over de Wet melding collectief ontslag (WMC0), terwijl het niet overnemen van het personeel wegens ETO-redenen wel een collectief ontslag kan zijn. De WMC0 is (gedeeltelijk) van toepassing tijdens faillissement, waardoor de curator de vakbonden zal moeten raadplegen indien van minstens 20 werknemers de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Op basis van het systeem van het consultatiewetsvoorstel is het echter niet de curator die beslist of sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden en welke werknemers worden ontslagen, maar de verkrijger. Hierdoor ligt het voor de hand om de verplichting tot raadpleging ook bij de verkrijger neer te leggen.

¹⁷ Zie voor meer: P.A.M. Witteveen en I. Zaal, 'Medezeggenschap en doorstart (ii): toch een adviesrecht voor de OR bij een doorstart', *TAO* 2017/3.

¹⁸ P.H. Burger en L.C.J. Sprengers, 'Behoud van medezeggenschap bij overgang van onderneming', *TAP* 2009/special 2; R.M. Beltzer en I. Zaal, 'Medezeggenschap na overgang van onderneming', *Ondernemingsrecht* 2009/7.