

27 469

Uitvoering van de Richtlijn 98/50/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 tot wijziging van de Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE¹

Vastgesteld 11 september 2001

Het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel heeft de commissie aanleiding gegeven tot het stellen van de volgende vragen en het maken van de navolgende opmerkingen.

De leden van de **CDA**-fractie deelden mee met belangstelling te hebben kennisgenomen van het voorliggende wetsvoorstel dat de uitvoering regelt van de richtlijn tot wijziging van de richtlijn die de rechten van werknemers bij overgang van (onderdelen van) ondernemingen en vestigingen waarborgt.

De richtlijn verduidelijkt een aantal begrippen en wijzigt verder ook inhoudelijk de eerdere richtlijn op een enkel onderdeel.

Het onderhavige wetsvoorstel gaat nog een stap verder en regelt (niet verplicht door de richtlijn) ook de overgang van pensioenrechten van werknemers bij overgang van de onderneming of vestiging (of onderdelen daar van).

Deze leden zeiden later in dit verslag nog een enkele vraag ter verduidelijking te zullen stellen.

De leden van de **VVD**-fractie deelden mee met instemming kennis te hebben genomen van het bovengenoemde wetsvoorstel en wilden van de gelegenheid gebruik maken de minister nog enkele vragen te stellen. Heeft de minister kennis genomen van het artikel van R.M. Beltzer en M. Holtzer in SMA 2001 pp. 298–313? De leden van deze fractie zouden gaarne de opvatting van de minister vernemen over de opmerkingen die deze auteurs maken met betrekking tot (de brede werking van) artikel 4 lid 2 van Richtlijn 98/50 (mede in het licht van de uitspraak van het Hof van Justitie inzake *Europièces*) in relatie tot (het beperktere) artikel 7:665 BW (pp. 310).

De auteurs constateren dat op twee punten de richtlijn ruimer is dan de Nederlandse wettekst namelijk:

- 1) op het punt van het ontbreken van de verplichting voor de werknemer om mee over te gaan in geval van aanmerkelijke nadelige wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden en

¹ Samenstelling: Holdijk (SGP), Rensema (VVD), Jurgens (PvdA), Le Poole (PvdA), Ruers (SP), Rosenthal (VVD), (plv. voorzitter), Dölle (CDA), Kohnstamm (D66), Kneppers-Heijnert (VVD), Timmerman-Buck (CDA), (voorzitter), De Wolff (GL) en V.d. Beeten (CDA).

2) het niet beperkt zijn tot de mogelijkheid te verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst (met vergoeding)

Wat vindt de minister van de opvatting van de auteurs dat de inhoud van artikel 7:665 BW moet worden aangepast aan artikel 4 lid 2 van de Richtlijn?

Wat vindt de minister van de opvatting van genoemde auteurs (p. 306) dat het voorgestelde artikel 7:665a als nieuw lid aan artikel 35 b WOR moet worden toegevoegd?

Is de minister het met hen eens

- 1) dat er dan een duidelijkere systematiek wordt gecreëerd (de motivering in de memorie van toelichting met betrekking tot de plaatsing van artikel 665a in het BW in plaats van in de WOR is niet overtuigend, aangezien artikel 35 b WOR ook de medezeggenschap regelt in de situatie dat een onderneming geen OR of personeels-vertegenwoordiging heeft ingesteld) en
- 2) de dan van toepassing zijnde geschillenregeling ex artikel 36 WOR een betere oplossing is dan de thans gekozen constructie van een onrechtmatige daad jegens de werknemers?

Kan de minister helderheid verschaffen over de reikwijdte van artikel 7:666 lid 1 BW? Is de conclusie van genoemde auteurs juist dat er thans vanuit gegaan moet worden dat (ook) de OR en de personeels-vertegenwoordiging een adviesrecht terzake van en faillissementsaanvraag toekomt (p.307)?

De leden van de **PvdA**-fractie merkten op de volgende vragen over dit wetsvoorstel te hebben. De overige leden van de commissie sloten zich bij deze vragen aan.

Hoe wordt de opdracht van artikel 5 van RL98/50, dat expliciet bepaalt, dat de lidstaten ervoor moeten zorgen, dat de werknemers van een onderneming, die niet als eenheid blijft bestaan, vertegenwoordigd blijven, geïmplementeerd?

Deze leden hadden het gevoel dat de uitbreiding van de verplichtstelling van pensioenen zoals in onderhavig wetsvoorstel is uitgewerkt niet goed is doordacht. Als in het overgenomen bedrijf geen pensioenregeling geldt is de overnemer verplicht het personeel van de overgenomen onderneming onder dezelfde pensioenregeling onder te brengen. Een zelfde gelijke behandeling bestaat niet per definitie wanneer de overnemende partij geen pensioenregeling heeft en de werknemer wel. Alsdan is de nieuwe werkgever gehouden de pensioenopbouw van de werknemer voort te zetten. Zal alsdan vanuit de gelijke behandeling/gelijk loon systematiek niet welhaast automatisch voortvloeien dat ook de zittende werknemers een dergelijk pensioen zal moeten worden toegekend? Is het geen merkwaardige figuur dat werknemers die wel pensioenrechten hebben bij overname van hun onderneming door een ander in geval van geen pensioen bij de overnemende partij hun pensioenrechten behouden maar in geval van een slechtere pensioenregeling bij de overnemende partij deel moeten nemen aan deze slechtere regeling?

Het leek de leden van de PvdA-fractie wijsheid dit artikel thans nog even buiten werking te laten en eerst de verschillende knelpunten die kunnen ontstaan nader te beschouwen.

Graag voegden deze leden dan ook nog een aantal meer technische detailvragen toe betreffende de pensioenproblematiek.

Zo vroegen zij met betrekking tot artikel 663/664 of de overgang van pensioenaanspraken (voortzetting pensioenregeling) ingevolge de hoofdregel van artikel 663 betekent:

- a. dat de nieuwe werkgever aansprakelijk wordt voor de affinanciering van alle backservice-verplichtingen die bestaan op het moment van de overgang en die nog niet door de vorige werkgever zijn voldaan?
- b. dat de nieuwe werkgever bij de verdere voortzetting voor wat betreft de opbouw van de pensioengrondslag (voldoening backservice-verplichtingen) tevens rekening moet houden met de deelnemingsjaren die de werknemer reeds bij zijn vorige werkgever(s) had?
- c. dat er altijd waardeoverdracht (inkoop deelnemingsjaren) zal moeten plaats vinden? Zo nee, waarom niet? Wanneer wel, wanneer niet? Staat vraag b los van de problematiek van waarde overdracht?
- d. dat een werknemer door overgang nooit een pensioenbreuk kan lijden?

Over de antwoorden op deze vragen, die immers de hoofdregel van artikel 663 betreffen, dient duidelijkheid te bestaan, alvorens men kan beoordelen wat nu precies de werking van artikel 664 is.

Artikel 664 bepaalt nu dat die hoofdregel *niet* geldt, dus de antwoorden op de hiervoor gestelde vragen *gelden niet*, althans niet met betrekking tot pensioentoezeggingen als bedoeld in artikel 1 lid 1 sub a van de PSW (dat roept al meteen de vraag op: zijn er nog andere pensioentoezeggingen mogelijk, waarop de hoofdregel van artikel 663 dus wel van toepassing is?) *indien*:

- a. de nieuwe werkgever zijn eigen regeling toepast (die eventueel minder kan zijn) en dus een eigen «toezegging» doet en niet de oude toezegging voortzet. Maar wat betekent dat nu precies? Dan geen overgang backserviceverplichtingen? Geen meetellen oude jaren? Geen waarde overdracht?
- b. de nieuwe werkgever onder verplichte deelneming valt en de werknemer daarin kan deelnemen. Ook hier kunnen dezelfde vragen als onder a. worden gesteld.
- c. bij CAO-afspraken worden gemaakt dat de nieuwe werkgever mag afwijken van de toezegging van de oude werkgever. Ook hier kunnen dezelfde vragen als onder a. worden gesteld.
 Relatie 664, lid 1 sub c en artikel 36 PSW en artikel 14a lid 3 Wet CAO. Artikel 664 lid 1 sub c geeft een uitzondering op de hoofdregel dat ook pensioenaanspraken als arbeidsvoorwaarden krachtens artikel 663 overgaan. De overgang van pensioenaanspraken vindt niet krachtens artikel 663 plaats «indien bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is afgeweken van de toezegging omtrent pensioen, bedoeld in de aanhef». Deze uitzondering is nog tijdens de mondelinge behandeling opgenomen door aanneming van amendement op stuk no. 10. De «pensioentoezegging, bedoeld in de aanhef» is de pensioentoezegging van de overdragende ondernemer. Bedoeld is hier een mogelijkheid te bieden aan de sociale partners om in het kader van een bedrijfs-overname een maatwerkoplossing te leveren en concrete afspraken te maken omtrent de toezegging die de nieuwe werkgever zal moeten doen in verband met de overgang van pensioenrechten. De gedachte daarachter is dat vooral voorkomen moet worden dat werknemers door de overgang er op achteruit zouden gaan in hun pensioenvoorziening. De inschatting is dat hiermee de verplichting om dezelfde pensioentoezegging te doen voor driekwart dwingend recht is, aldus de toelichting bij genoemd amendement. Wordt in het arbeidsvoor-

waardenoverleg inderdaad een specifieke regeling getroffen, dan heeft de verkrijgende ondernemer dus niet zonder meer de mogelijkheid ex artikel 664 lid 1, sub a om voor de overgenomen werknemers zijn eigen reeds bestaande (en wellicht iets slechtere) pensioenregeling toe te passen. Met betrekking tot deze uitzondering rijzen de volgende vragen:

- a) De verhouding tot artikel 3b PSW.
De hier besproken uitzondering om bij CAO een specifieke regeling te treffen ziet door zijn plaatsing in artikel 664 alleen op de situatie dat er door de oude werkgever reeds pensioentoezeggingen aan zijn personeel waren gedaan. Zij is niet van toepassing op de situatie geregeld in artikel 3b sub a PSW, waarin door de oude werkgever geen pensioentoezegging was gedaan en de nieuwe werkgever, die wel een pensioenregeling kent, verplicht is zijn regeling dan ook op de overgenomen werknemers toe te passen. Maar waarom zou het niet mogelijk zijn om ook in dat geval bij CAO een specifieke van deze hoofdregel afwijkende voorziening overeen te komen? Wellicht is men bij het voorstellen van het amendement vergeten ook even naar het voorgestelde artikel 3b PSW te kijken. Of is artikel 3b PSW van dwingend recht en kan men daar niet van afwijken?
- b) De verhouding tot artikel 14a Wet CAO
Hoe verhoudt deze mogelijkheid van afwijking van artikel 663 bij CAO, voor zover het de pensioenaanspraken betreft, zich tot artikel 14a lid 3 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst? Dat artikel verplicht de nieuwe werkgever om voor de overgenomen werknemers vooralsnog hun CAO-arbeidsvoorwaarden te handhaven. Lid 3 bepaalt dat de overgang van uit de CAO voortvloeiende rechten en verplichtingen uit pensioen- en spaarregelingen echter *niet* door dit artikel wordt voorgeschreven, maar dat daarop de artikelen 663 en 664 van toepassing zijn. Het thans nog geldende artikel 14a lid 3 zondert CAO-afspraken inzake pensioentoezegging uit van de hoofdregel van artikel 14a lid 1 dat bepaalt dat CAO-arbeidsvoorwaarden door de overgang materieel over gaan. Die uitzondering hield verband met het feit dat de RL 1977 immers overgang van pensioenaanspraken van de werking van de RL uitsloot. Artikel 14a lid 3 wordt bij dit wetsvoorstel gewijzigd. De uitzondering van lid 1 wordt gehandhaafd: de overgang van pensioen-aanspraken uit CAO vindt niet van rechtswege krachtens artikel 14a Wet CAO plaats, maar valt onder de regeling van de artikelen 663/664. Op zich zelf is het helder dat lid 3 de overgang van CAO-voorzieningen ter zake door de artikelen 663 en 664 laat regelen, waar immers een gedetailleerde uitwerking wordt gegeven. Maar door de invoering van de «CAO-uitzondering» van artikel 664 lid 1, sub c is nu de merkwaardige situatie ontstaan dat artikel 14a Wet CAO voor de overgang van uit de CAO voortvloeiende aanspraken uit pensioen- en spaarregelingen naar de artikelen 663 en 664 verwijst, terwijl artikel 664 lid 1 sub c, *althans voor wat de overgang van pensioentoezeggingen betreft*, nu juist weer de mogelijkheid biedt om dat wél bij CAO te regelen. Hoewel de praktijk zich daarmee wel zal redden en per saldo ook wel duidelijk is welke mogelijkheid de wetgever heeft willen bieden, lijkt dit geen staaltje van fraaie wetgeving. Heeft men bij het opnemen van bedoelde uitzondering in artikel 664 artikel 14a Wet CAO dat nota bene juist bij hetzelfde wetsvoorstel wordt aangepast, over het hoofd gezien?

Of is de verhouding tussen artikel 664 lid 1 sub c en artikel 14a lid 3 Wet CAO toch consistent? Betekent een en ander soms het volgende?: CAO-aanspraken met betrekking tot pensioen- en spaarregelingen gaan niet van rechtswege krachtens artikel 14a lid 1 Wet CAO over; in beginsel

wordt de materie van overgang van dergelijke aanspraken uit CAO geregeld door de artikelen 663 en 664. Dat betekent inderdaad voortzetting van rechtswege krachtens artikel 663, tenzij: 664, a, b, c. Letter c betekent dan: de bestaande CAO-aanspraken gaan niet van rechtswege over, voor zover daarvan in een – nieuwe apart te sluiten? – CAO van afwijkt.

Had de mogelijkheid van afwijking bij CAO die artikel 664 lid 1 sub c nu met betrekking tot de overgang van pensioenaanspraken geeft, dan niet ook gegeven moeten worden in artikel 664 lid 3 met betrekking tot de overgang van CAO-aanspraken uit een spaarregeling?

De argumentatie voor opnemning van de regel van artikel 665a betreffende medezeggenschap van werknemers in een situatie, waar er geen ondernemingsraad is, in het BW in plaats van in de WOR, vergt nadere argumentatie. Immers, de WOR regelt ook medezeggenschap in situaties, waar er geen OR is. Ware het niet beter geweest deze regeling op te nemen in de WOR, omdat zodoende ook de geschillenregeling van de WOR (artikel 36 vv.) van toepassing zou zijn geweest?

Waarom heeft de regering geen aanleiding gezien om artikel 7:665 BW te wijzigen ter implementatie van artikel 4, lid 2 van Richtlijn 98/50? Genoemd artikel impliceert, dat een werknemer eerst over moet gaan, voordat hij kan verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst en een vergoeding, waarbij de rechter rekening houdt met artikel 7:665. Is deze regel wel te verenigen met het Europièces-arrest (HvJ EG 12 november 1998, JAR 1999/15), waarin is beslist, dat de werknemer niet gehouden is mee over te gaan? Verder spreekt artikel 7:665 BW van ontbinding, terwijl artikel 4, lid 2 het ruimere woord «verbreking» bezigt, waaronder ook begrepen is opzegging door de werknemer.

A. Artikel 6:670 lid 8 bepaalt dat de werkgever geen ontslag kan verlenen wegens het enkele feit van de overgang. Een ontslag in strijd daarmee is niet nietig, maar vernietigbaar. Artikel 6:677 lid 5 bepaalt dat de werknemer tot twee maanden na de opzegging de vernietiging kan invoeren. Na vernietiging van een faillissement, *waarbij vanuit de boedel een bedrijfsonderdeel is overgedragen aan een derde*, kan een door de curator ontslagen werknemer, die in het desbetreffende onderdeel te werk was gesteld, achteraf krachtens artikel 13a Fw alsnog een beroep doen op het buiten faillissement geldende artikel 6:677 lid 8. Hij kan dan dus de vernietiging van zijn ontslag invoeren, stellende dat de voorgenomen overgang van het betreffende bedrijfsonderdeel de enige reden voor het ontslag was. Is het juist dat hij ook nu daarvoor *twee maanden* de tijd heeft, zij het nu twee maanden vanaf het moment van de vernietiging van het faillissement (artikel 6:677 lid 8 juncto 13a Fw)? Tot wie moet die werknemer zich dan richten? Tot de – aanvankelijk failliet verklaarde werkgever, nu het ontslag door de curator achteraf als ontslag door die werkgever buiten faillissement wordt gezien? Of kan hij zich ook, onder het invoeren van de vernietiging, rechtstreeks tot de koper van het bedrijfsonderdeel wenden, stellende dat hij door de overgang bij deze in dienst is getreden en zich daarbij dan meteen ter beschikking stellen voor werkzaamheden en tevens een loonvordering bij deze indienen? Wat is in dit verband precies de betekenis van artikel 6:683 lid 2: iedere rechtsvordering «in verband met» de vernietiging van de opzegging verjaart na verloop van 6 maanden? Betekent dit dat een werknemer in elk geval binnen 2 maanden na vernietiging van het faillissement de opzegging moet vernietigen, maar dat hij voor alle daarmee verband houdende vorderingen, zoals loonvordering, 6 maanden de tijd heeft? B) is het juist dat een door de curator ontslagen werknemer, die *niet* was aangesteld in het door de curator overgedragen bedrijfsonderdeel, na vernietiging van

het faillissement geen beroep kan doen op artikel 6:670 lid 8? Immers, dit artikel ziet blijkens de tekst uitdrukkelijk slechts op de werknemer die in de over te dragen onderneming (c.q. het over te dragen bedrijfsonderdeel) werkzaam is. Is het juist dat, in het geval de curator de opzegging heeft gedaan, maar niet of niet duidelijk op de beroepsmogelijkheid of de termijn heeft gewezen, de werknemer weliswaar 14 dagen de tijd heeft om die opzegging te vernietigen, maar dat hij, indien hij in beroep wil gaan tegen de machtiging door de RC dát in ieder geval binnen 5 dagen moet doen? (artikel 67 lid 2 Fw). Is het niet vreemd dat de werknemer in het geval van artikel 67 lid 2 (opzegging met machtiging, maar ondeugdelijke mededeling) 14 dagen de tijd heeft om de opzegging te vernietigen, terwijl hij in het geval van artikel 72 lid 2 (opzegging zonder machtiging RC), slechts 5 dagen de tijd heeft om de opzegging te vernietigen? Stel dat een curator niets zegt over machtiging RC en niets over beroepsmogelijkheid en beroepstermijn, hoe kan een werknemer dan weten of hij met het ene geval dan wel met het andere geval te doen heeft? Zou niet bepaald moeten worden dat de curator, indien hij een machtiging van de RC heeft, daarvan ook melding maakt in zijn opzegging aan de werknemer?

Samenloop opzeggingen

De leden van de fractie van de PvdA merkten op dat het hierboven besprokene los staat van de vraag of het faillissement wordt vernietigd of niet. Stel nu dat de werknemer zelf inderdaad ook het faillissement wil vernietigen. Hij dient dan binnen 8 dagen na de dag van faillietverklaring een verzetrekest in te dienen bij de Rb. die het faillissement heeft uitgesproken (artikel 10 Fw). Daarbij is overigens wel rechtsbijstand verplicht (artikel 5 lid 1 Fw).

Kan de Minister ten behoeve van de praktijk bevestigen dat we hier uitdrukkelijk met twee verschillende procedures te maken hebben? Enerzijds vernietiging van het faillissement; anderzijds vernietiging van de opzegging door de curator c.q. beroep tegen de beschikking van de RC. Werknemers moeten niet de illusie krijgen, nu een en ander in verband met elkaar bij dit wetsvoorstel wordt geregeld, dat ze door beroep tegen de beschikking van de RC c.q. vernietiging van de opzegging van de curator, daarmee ook het faillissement aantasten. Stel dus dat een curator binnen 8 dagen na de faillietverklaring al met een machtiging van de RC en een opzegging komt, dan zal de werknemer, die overweegt ook het faillissement te laten vernietigen, zich moeten realiseren, dat hij voor die laatste actie inderdaad maar 8 dagen na faillissementsdatum de tijd heeft.

De leden van de **CDA**-fractie vroegen afzonderlijk aandacht voor de regeling van artikel 67 lid 2 Fw, zoals neergelegd in dit voorstel. Begrijpen deze leden het goed, dat de vijf-dagentermijn zal worden toegepast op basis van de ontvangsttheorie en wel in de objectieve variant? Zijn omstandigheden denkbaar, dat de werknemer ondanks de ontvangst en het verloop van de vijfdagentermijn nog ontvangen kan worden in een beroep? Zo ja, kan de minister daarvan voorbeelden noemen? Nog weer anders gesteld: wordt enkel «aangesloten» bij artikel 3: 37 lid 3 BW of is deze wetsbepaling hier gewoon van toepassing? In betreffende artikellid wordt de werknemer gedurende een termijn van veertien dagen na opzegging (v.d. arbeidsovereenkomst) de gelegenheid geboden de nietigheid van de opzegging in te roepen. Onduidelijk is voor de leden van de CDA-fractie of ook hier de (objectieve) ontvangsttheorie van toepassing is. En ook hier de vraag of omstandigheden denkbaar zijn waarbij de veertiendagentermijn kan worden doorbroken en, zo ja, kan de

minister daarvan voorbeelden noemen, zulks mede in het licht van artikel 3:37 lid 3 BW?

De voorzitter van de commissie,
Timmerman-Buck

De griffier van de commissie,
Janssen