

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

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 10 december 2001

Algemeen

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van de opmerkingen en vragen van de leden van de vaste commissie voor Justitie in verband met dit wetsvoorstel. Voor de volledigheid kan worden opgemerkt dat Richtlijn 77/187/EEG en Richtlijn 98/50/EG inmiddels zijn ingetrokken en zijn vervangen door een nieuwe doorlopende tekst (Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001, L82/16). Deze nieuwe tekst laat de termijnen voor de omzetting in het nationale recht van de richtlijn uit 1977, met inbegrip van de wijzigingen uit 1998, onverlet (artikel 12 van Richtlijn 2001/23/EG).

De leden van de VVD-fractie hebben ons standpunt gevraagd naar aanleiding van het artikel van R. M. Beltzer en M. Holtzer (SMA juni 2001/6) waarin zij stellen dat de inhoud van artikel 7:665 BW moet worden aangepast aan artikel 4 lid 2 van de richtlijn. De auteurs menen dat de richtlijn ruimer is dan de Nederlandse regeling omdat in de richtlijn:

1. een verplichting voor de werknemer ontbreekt om mee over te gaan met de onderneming bij aanmerkelijk nadelige wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden en
2. een beperking tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (met vergoeding) in een dergelijk geval van aanmerkelijk nadelige wijzigingen niet is opgenomen.

Zij verwijzen met betrekking tot punt 1 naar de uitspraak van het Hof van Justitie inzake *Europièces* (JAR 1999, 15). De uitspraak houdt in dat artikel 3 lid 1 van de richtlijn er niet aan in de weg staat dat een werknemer kan weigeren mee over te gaan in het kader van een overgang van onderneming. Als de reden voor weigering is gelegen in een aanmerkelijke voor de werknemer nadelige wijziging van de arbeidsvoorwaarden door de overgang, wordt de arbeidsovereenkomst geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever.

In tegenstelling tot hetgeen Beltzer en Holtzer stellen, houdt artikel 7:665 BW niet in dat de werknemer eerst met de onderneming moet overgaan voordat hij om ontbinding van de arbeidsovereenkomst en een vergoe-

¹ De eerder verschenen stukken inzake dit wetsvoorstel zijn gedrukt onder EK nrs. 287 en 287a, vergaderjaar 2000–2001.

ding kan verzoeken. In het artikel kan niet worden gelezen dat de werknemer deze acties niet jegens de vervreemder kan ondernemen voorafgaand aan de overgang van onderneming. De werknemer die al voor de overgang weet dat hij niet over wil gaan naar de rechtsopvolger, kan er afhankelijk van de omstandigheden van het geval goed aan doen de overgang niet af te wachten en te vragen om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de vervreemder, alsmede een beroep te doen op artikel 7:665 BW voor een vergoeding op grond van artikel 7:685 lid 8 BW. Een en ander sluit aan bij zowel de richtlijn als de Europiëes zaak. De voornoemde auteurs stellen dat opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer in het genoemde geval van nadelige wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden voor rekening van de werkgever moet komen. Artikel 4 lid 2 van de richtlijn maakt het voor Nederland echter niet nodig in het Burgerlijk Wetboek te bepalen dat een opzegging door de werknemer onder omstandigheden geldt als opzegging door de werkgever. Anders dan bij ontbinding het geval is, worden er in het arbeidsovereenkomstenrecht geen rechtsgevolgen verbonden aan de opzegging door de werknemer die noodzakelijk maken dat in het Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat die opzegging geldt als opzegging door de werkgever. Artikel 7:665 BW is derhalve terecht beperkt tot het geval van ontbinding. De leden van de VVD-fractie hebben een vraag gesteld over het plaatsen van de regeling van artikel 7:665a in het Burgerlijk Wetboek, in plaats van in de Wet op de ondernemingsraden (Wor). Deze leden informeerden voorts of toepassing van de geschillenregeling in de Wet op de ondernemingsraden te prefereren zou zijn boven de thans gekozen constructie van een onrechtmatige daad.

In de memorie van toelichting is aangegeven dat artikel 7:665a BW de informatieplicht jegens (individuele) werknemers regelt in het geval dat in de onderneming die zal overgaan geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld. Dit kan zich voordoen bij kleine ondernemingen met tussen de 1 en 49 werknemers. Op grond van de Wet op de ondernemingsraden geldt het volgende. Indien geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld en in de onderneming ten minste 10 maar minder dan 50 werknemers werkzaam zijn, dient de ondernemer op grond van artikel 35b lid 1 Wor ten minste twee maal per jaar met de in de onderneming werkzame personen te overleggen (personeelsvergadering). De personeelsvergadering heeft echter geen recht op informatie (artikel 31 lid 1 Wor); dat recht is uitsluitend toegekend aan de ondernemingsraad en de personeelsvertegenwoordiging (vgl. artikel 35c lid 3 Wor). Artikel 35b van de Wet op de ondernemingsraden (personeelsvergadering) houdt voorts geen verplichting in voor de ondernemer om de overleggen met de werknemers indien er sprake is van een overgang van de onderneming. Artikel 35b van de Wor is niet van toepassing op ondernemingen met minder dan 10 werknemers. Voor deze kleine ondernemingen bestaat geen verplichting de werknemers te informeren.

Er is gekozen voor een regeling in het Burgerlijk Wetboek waar de informatieplicht geldt jegens individuele werknemers. De Wet op de ondernemingsraden regelt uitsluitend een informatieplicht jegens een vertegenwoordigend overleg. Het opnemen van een individueel recht past daarom niet in het kader van de Wet op de ondernemingsraden. Het Burgerlijk Wetboek is de juiste plaats om individuele rechten van de werknemer te regelen die niet via het vertegenwoordigend overleg tot stand komen. De handhaving van de individuele informatierechten via de geschillenregeling van de Wet op de ondernemingsraden is op grond van het voorgaande niet aan de orde. De handhaving van artikel 7:665a BW via een beroep op een onrechtmatige daad actie sluit overigens aan bij de andere bepalingen in het Burgerlijk Wetboek die betrekking hebben op de relatie individuele werknemer en zijn werkgever.

De leden van de VVD-fractie vroegen helderheid over de reikwijdte van

artikel 7:666 lid 1 BW. Tevens is gevraagd of er thans vanuit gegaan moet worden dat de OR en de personeelsvertegenwoordiging een adviesrecht terzake van een faillissementsaanvraag toekomt. Deze leden verwezen daarbij naar het eerdergenoemde artikel van Beltzer en Holtzer.

Zoals in de memorie van toelichting is vermeld, bepaalt artikel 5 van de richtlijn dat de artikelen 3 en 4 van de richtlijn niet van toepassing zijn op een overgang in geval van faillissement, tenzij de lidstaat anders bepaalt. Artikel 7, met betrekking tot de informatie- en raadplegingsverplichting, is wel van toepassing op een overgang in geval van faillissement. In verband met de omzetting van de voornoemde artikelen van de richtlijn is in artikel 7:666 lid 1 BW geregeld dat de toepassing van een aantal artikelen is uitgesloten in geval van faillissement, met uitzondering echter van artikel 7:665a BW. Ook in geval van faillissement moeten de eigen werknemers tijdig in kennis worden gesteld van a) het voorgenomen besluit tot overgang, b) de voorgenomen datum van overgang, c) de reden van de overgang, d) de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers, en e) de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

Door de onderhavige wijziging van het Burgerlijk Wetboek is geen adviesrecht ontstaan voor de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging voor de aanvraag van een faillissement of surseance van betaling. De Wet op de ondernemingsraden is evenmin gewijzigd en de ondernemingsraad heeft uitsluitend de adviesrechten van artikel 25 Wor of die op basis van een CAO of een ondernemingsovereenkomst (zie artikel 32 WOR) zijn afgesproken. Het recht op informatie in het geval van faillissement valt onder het algemene informatierecht van artikel 31 jo. artikel 24 WOR. Voor de volledigheid kan in dit verband nog worden verwezen naar de uitspraak van de Hoge Raad van 6 juni 2001 (Ijsselwerf), waarin een adviesrecht van de ondernemingsraad bij het aanvragen van surseance van betaling is ontkend.

De leden van de PvdA-fractie hebben een aantal vragen gesteld over dit wetsvoorstel. De overige leden van de commissie hebben zich bij deze vragen aangesloten. Allereerst is gevraagd naar de omzetting van artikel 5 van de richtlijn, met name voor zover het betreft de vertegenwoordiging van werknemers in de overnemende onderneming indien de onderneming waar zij werkzaam waren niet als zelfstandige eenheid blijft bestaan. Indien een (deel van een) onderneming ten gevolge van een overgang van onderneming niet als eenheid blijft bestaan, worden de desbetreffende werknemers – gedurende de periode die noodzakelijk is voor de totstandkoming van de nieuwe samenstelling van de werknemersvertegenwoordiging – vertegenwoordigd door de werknemersvertegenwoordiging van de onderneming die de «ontvanger» of «verkrijger» is van het bedrijfs-onderdeel. In een zeer uitzonderlijk geval kan het zich voordoen dat een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wordt overgedragen en niet als zelfstandige eenheid blijft bestaan, en er bovendien bij de overdragende onderneming wel een ondernemingsraad bestaat maar bij de verkrijgende onderneming niet. De verkrijgende onderneming heeft dan minder dan vijftig werknemers en heeft op basis van een collectieve arbeidsovereenkomst geen verplichting om een ondernemingsraad in te stellen. Het is gebruikelijk dat in deze situaties op basis van artikel 32 Wor «ondernemingsovereenkomsten» worden gesloten over de vorm van de medezeggenschap bij de verkrijger totdat er een nieuwe ondernemingsraad is gekozen. Indien het aantal werknemers bij de verkrijger als gevolg van de overgang groter dan vijftig wordt, ontstaat de verplichting een ondernemingsraad in te stellen. Aan deze verplichting kan binnen korte tijd worden voldaan. Stijgt het aantal werknemers als gevolg van de overgang boven de tien, maar blijft het onder de vijftig, dan kan een personeelsvertegenwoordiging worden ingesteld. Ook dat kan op korte termijn worden gerealiseerd.

Pensioenen

De leden van de PvdA-fractie hebben voorts een aantal vragen gesteld over pensioenen in verband met een overgang van onderneming. De overige leden van de commissie hebben zich daarbij aangesloten. Gerefereerd is aan het geval dat de verkrijger verplicht is het personeel van de vervreemder onder dezelfde pensioenregeling te brengen als zijn eigen werknemers omdat in het overgenomen bedrijf geen pensioenregeling geldt. Een zelfde gelijke behandeling bestaat niet per definitie wanneer de overnemende partij geen pensioenregeling heeft en de vervreemder wel. De verkrijger dient dan de pensioenregeling van de vervreemder voort te zetten. Gevraagd wordt of vanuit de gelijke behandeling/gelijk loon systematiek niet welhaast automatisch voortvloeit dat ook de zittende werknemers een dergelijk pensioen moet worden toegekend. Voorts vragen deze leden of het niet merkwaardig is dat werknemers die wel pensioenrechten hebben bij overname van hun onderneming door een ander hun pensioenrechten behouden in het geval er geen pensioenregeling is bij de overnemende partij, terwijl zij bij een slechtere pensioenregeling bij de overnemende partij deel moeten nemen aan deze slechtere regeling. Deze leden stellen voor artikel 3b Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) nog even buiten werking te laten en eerst de verschillende knelpunten die kunnen ontstaan nader te beschouwen. In de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 5, p. 2) is aangegeven dat een werkgever niet verplicht is om de eigen werknemers en de overgenomen werknemers in alle situaties gelijk te behandelen. Het wetsvoorstel beoogt met artikel 3b PSW alleen in die situaties waarin de vervreemder géén pensioenregeling heeft en de verkrijger wel, de werknemers van de vervreemder en de werknemers van de verkrijger gelijk te behandelen. Deze gelijke behandeling wordt in het wetsvoorstel gerealiseerd door de pensioenregeling van de verkrijger na de overgang van onderneming ook van toepassing te laten zijn op de werknemers die zijn overgegaan naar de verkrijger. Er geldt daarentegen geen algemene wettelijke eis tot gelijke behandeling van werknemers met betrekking tot pensioen. Op grond van artikel 2 lid 2 PSW geldt dat een werkgever wordt geacht een toezegging omtrent pensioen te hebben gedaan aan een persoon verbonden aan zijn onderneming, indien die persoon behoort tot een groep personen voor wie in de onderneming een regeling betreffende pensioen geldt, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk blijkt. Ook deze bepaling verplicht de werkgever niet om iedereen in de(zelfde) pensioenregeling op te nemen. Wel geldt bijvoorbeeld op grond van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen respectievelijk artikel 2a PSW dat onderscheid tussen mannen en vrouwen respectievelijk tussen werknemers die in deeltijd werken en werknemers die voltijd werken, niet is toegestaan.

Het is aannemelijk dat de werknemers van de verkrijger en de vakbonden waarbij deze werknemers aangesloten zijn, in de praktijk niet zonder meer akkoord zullen gaan met een situatie waarin op de werknemers van de vervreemder na overgang van de onderneming wel een pensioen-toezegging van toepassing is en op de werknemers van de verkrijger niet. De pensioenregeling zal in het arbeidsvoorwaardenoverleg van de sociale partners ongetwijfeld aan de orde worden gesteld. Het is goed voorstelbaar dat de pensioenregeling vervolgens met overeenstemming van de bij het arbeidsvoorwaardenoverleg betrokken sociale partners gelijk wordt getrokken voor alle werknemers. Dat kan al gedurende het onderhandelingsproces over de overgang van de onderneming gebeuren, maar ook in toekomstig arbeidsvoorwaardenoverleg ná de overgang van de onderneming.

Ten aanzien van de vraag waarom het zo kan zijn dat werknemers die overgaan naar een werkgever zonder pensioenregeling beter af kunnen zijn dan werknemers die overgaan naar een werkgever met een slechtere

pensioenregeling, kan worden verwezen naar de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 5, p. 4 en 5). Daar is aangegeven dat het uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat werknemers worden beschermd bij overgang van een onderneming. Het uitgangspunt van die bescherming is niet dat de pensioenregeling van werknemers er nooit op achteruit mag gaan. Het wetsvoorstel heeft tot doel te voorkomen dat de pensioenregeling van werknemers door een overgang, zoals op grond van de huidige wettelijke regeling mogelijk is, zonder meer beëindigd wordt of dat de overgenomen werknemers die geen pensioenregeling hebben, worden uitgesloten van deelneming in de in de verkrijgende onderneming geldende pensioenregeling. Met de genoemde uitgangspunten wordt een minimumwaarborg gerealiseerd.

De kwaliteit van pensioenregelingen is bovendien niet altijd goed vergelijkbaar, terwijl daarbij ook de individuele, persoonlijke situatie van de werknemer een rol speelt. Verder zou een garantie dat werknemers er in hun pensioenregeling nooit op achteruit gaan te zeer een inbreuk betekenen op de onderhandelingsvrijheid van sociale partners ten aanzien van arbeidsvoorwaarden. Mede in verband met het voorgaande is – via een amendement – aan artikel 7:664 lid 1 Burgerlijk Wetboek de mogelijkheid toegevoegd om bij CAO af te wijken van de hoofdregel dat de pensioentoezegging van de vervreemder van rechtswege overgaat op de verkrijger. De sociale partners kunnen hierdoor voor het over te nemen personeel een passende regeling treffen, in het bijzonder wanneer dit bij de overgang van de onderneming in een ongunstigere positie zou komen te verkeren voor wat betreft de pensioenvoorziening. Wij achten het dan ook niet nodig artikel 3b PSW nog even buiten beschouwing te laten.

De vraag is gesteld of de overgang van pensioenaanspraken (voortzetting pensioenregeling) ingevolge de hoofdregel van artikel 7:663 BW betekent 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.

Op grond van artikel 7:663 BW gaan bij een overgang van een onderneming alle rechten en verplichtingen die op dat moment voortvloeien uit de pensioentoezegging die de vervreemder aan zijn werknemers heeft gedaan, van rechtswege over op de verkrijger. Daartoe behoren ook de backservice-verplichtingen die bestaan op het moment van de overgang en die nog niet door de vervreemder zijn afgefinancierd. Met dit aspect dient de verkrijger bij de onderhandelingen over de overgang van de onderneming rekening te houden. Daarnaast is de vervreemder nog gedurende één jaar na de overgang van de onderneming op grond van artikel 7:663, tweede zin BW naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de pensioentoezegging. Inmiddels is de kans dat bij de overgang van een onderneming een financieringsachterstand bij de vervreemder bestaat overigens aanzienlijk verkleind door het afschaffen van de mogelijkheid van uitstelfinanciering. In dat verband kan worden verwezen naar de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 11).

In aansluiting op het voorgaande vragen deze leden of overgang van pensioenaanspraken (voortzetting pensioenregeling) ingevolge de hoofdregel van artikel 7:663 BW betekent dat de nieuwe werkgever bij de verdere voortzetting voor wat betreft de opbouw van de pensioengrondslag (voldoening backserviceverplichtingen) tevens rekening moet houden met de deelnemingsjaren die de werknemer reeds bij zijn vorige werkgever(s) had.

Voortzetting van de pensioenregeling van de vervreemder betekent dat de verkrijger rekening dient te houden met de deelnemingsjaren van de werknemer bij de vervreemder, tenminste bij pensioenregelingen waar het aantal deelnemersjaren/dienstjaren relevant is voor de toekomstige pensioenopbouw/het totale pensioenresultaat. Alleen bij pensioenregelingen waar het aantal dienstjaren/deelnemersjaren niet relevant is,

zoals bijvoorbeeld beschikbare premiereregelingen, hoeft de verkrijger met die jaren geen rekening te houden.

Er is een aantal vragen gesteld over waardeoverdracht bij overgang van een onderneming. Gevraagd is of overgang van pensioenaanspraken (voortzetting pensioenregeling) ingevolge de hoofdregel van artikel 7:663 BW betekent dat er altijd waardeoverdracht (inkoop deelnemingsjaren) zal moeten plaatsvinden. Mocht er niet altijd waardeoverdracht behoeven plaats te vinden, dan is de vraag waarom dat zo is. Voorts wordt gevraagd wanneer er wel en wanneer er geen waardeoverdracht behoeft plaats te vinden. Ook willen deze leden graag weten of het rekening houden met de deelnemingsjaren die de werknemer reeds bij zijn vorige werkgever(s) had, los staat van de problematiek van waardeoverdracht.

De hoofdregel van artikel 7:663 BW dat de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit een arbeidsovereenkomst tussen de vervreemder en zijn werknemer(s) van rechtswege overgaan op de verkrijger, houdt in dat de verkrijger de pensioenregeling van de vervreemder dient voort te zetten. Deze bepaling betekent niet dat er waardeoverdracht *moet* plaatsvinden. Ook zonder waardeoverdracht kan de verkrijger de pensioenregeling voortzetten en de daaraan verbonden backserviceverplichtingen ten aanzien van eerdere deelnemingsjaren financieren. De verkrijger heeft de mogelijkheid om de backserviceverplichtingen – afhankelijk van de specifieke situatie – onder te brengen bij zijn eigen pensioenuitvoerder of een andere pensioenuitvoerder. Waardeoverdracht is dus geen voorwaarde om backserviceverplichtingen te kunnen financieren. In dat opzicht kan gesteld worden dat de problematiek van waardeoverdracht los staat van de verplichting tot voortzetting van de pensioenregeling. Waardeoverdracht maakt de uitvoering van backserviceverplichtingen wel eenvoudiger voor de verkrijger. Het ligt derhalve voor de hand dat verkrijger en vervreemder in overleg met hun pensioenuitvoerders tijdens de onderhandelingen over de overgang van de onderneming afspraken maken over waardeoverdracht. Bovendien bestaat er geen recht op collectieve waardeoverdracht.

De leden van de commissie hebben geïnformeerd of overgang van pensioenaanspraken (voortzetting pensioenregeling) ingevolge de hoofdregel van artikel 7:663 BW betekent dat een werknemer door overgang nooit een pensioenbreuk kan lijden.

Op grond van de hoofdregel van artikel 7:663 BW gaan rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een pensioentoezegging van de vervreemder van rechtswege over op de verkrijger. Dit betekent dat de verkrijger in beginsel de pensioenregeling van de vervreemder moet voortzetten, tenzij een van de in artikel 7:664 BW genoemde uitzonderingen geldt. De pensioenregeling blijft op grond van de hoofdregel van artikel 7:663 BW gelijk, maar het is wel mogelijk dat deze na de overgang door een andere pensioenuitvoerder wordt uitgevoerd. De werknemer kan in een dergelijke situatie door de enkele overgang van de onderneming geen pensioenbreuk leiden. De verkrijger is immers verplicht de pensioenregeling van de vervreemder voort te zetten. Voortzetting van een pensioenregeling betekent voorts dat er rekening moet worden gehouden met de deelnemingsjaren die de werknemer bij de vervreemder heeft doorgebracht. Voortzetting van een pensioenregeling en rekening houden met deelnemersjaren bij de vervreemder voorkomen een pensioenbreuk door de overgang van de onderneming. Zoals hiervoor is aangegeven is daarmee niet uitgesloten dat de pensioenregeling in toekomstig arbeidsvoorwaardenoverleg ter discussie wordt gesteld en daardoor, met overeenstemming van de bij het arbeidsvoorwaardenoverleg betrokken sociale partners, wordt versoerd.

Voorts is een aantal vragen gesteld over artikel 7:664 BW, waarin een uitzondering is bepaald op de hoofdregel van artikel 7:663 BW dat de rechten en verplichtingen die voortkomen uit een pensioentoezegging van

de vervreemder van rechtswege overgaan op de verkrijger, te weten wanneer:

- de verkrijger en de vervreemder beide een pensioenregeling hebben en de verkrijger ervoor kiest om zijn eigen pensioenregeling toe te passen;
- de verkrijger onder een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds valt en de werknemer daarin gaat deelnemen omdat hij onder de werkings-sfeer van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds valt;
- bij CAO andere afspraken worden gemaakt over de pensioen-toezegging.

Gevraagd is naar de betekenis van deze regeling en of er een overgang is van backserviceverplichtingen. Verder is gevraagd of oude jaren meetellen en of er waardeoverdracht plaatsvindt.

Op grond van artikel 7:664 lid 1 onderdeel a BW geldt dat de rechten en verplichtingen uit de pensioentoezegging van de vervreemder *niet* van rechtswege overgaan op de verkrijger indien de verkrijger en de vervreemder beide een pensioenregeling hebben en de verkrijger ervoor kiest om zijn eigen pensioenregeling toe te passen op de werknemers van de vervreemder. Dat geldt op grond van artikel 7:664 lid 1 onderdeel b BW ook voor de situatie waarin de verkrijger onder een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds valt en de werknemer daarin gaat deelnemen omdat hij onder de werkings-sfeer van het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds valt. Op grond van artikel 7:664 lid 1 onderdeel c BW geldt ook voor de situatie waarin bij CAO andere afspraken worden gemaakt over de pensioentoezegging, dat de rechten en verplichtingen uit de pensioentoezegging van de vervreemder niet van rechtswege overgaan op de verkrijger.

In de drie genoemde gevallen ontstaat een nieuwe pensioentoezegging van de verkrijger aan de overgegangene werknemers waarbij geen rekening behoeft te worden gehouden met aspecten uit de «oude» pensioentoezegging van de vervreemder, zoals backserviceverplichtingen en bij de vervreemder doorgebrachte dienstjaren. Dit betekent overigens niet dat uitgesloten is dat er rechten en verplichtingen uit de pensioentoezegging van de vervreemder *kunnen* overgaan op de verkrijger. Dat is echter afhankelijk van de afspraken die de vervreemder en de verkrijger daaromtrent maken. Er bestaat in de drie bedoelde situaties voorts geen recht op waardeoverdracht, hoewel waardeoverdracht wel mogelijk is wanneer alle betrokken partijen daartoe overeenstemming bereiken.

De leden van de commissie hebben opgemerkt dat de uitzondering om bij CAO een specifieke regeling te treffen, door zijn plaatsing in artikel 7:664 BW alleen ziet op de situatie dat er door de oude werkgever reeds pensioentoezeggingen aan zijn personeel waren gedaan. Zij constateren dat deze uitzondering niet van toepassing is 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. De leden vragen waarom het niet mogelijk zou zijn om ook in dat geval bij CAO een specifieke, van de hoofdregel afwijkende voorziening overeen te komen. Zij vragen naar de verhouding van deze regeling ten opzichte van artikel 3b PSW.

Artikel 7:664 BW voorziet in een aantal specifieke situaties waarin kan worden afgeweken van de hoofdregel van artikel 7:663 BW dat rechten en verplichtingen uit een pensioentoezegging van de vervreemder van rechtswege overgaan op de verkrijger. Deze twee artikelen van het Burgerlijk Wetboek hebben betrekking op de situatie waarin de vervreemder een pensioentoezegging aan zijn werknemers heeft gedaan. Artikel 3b PSW heeft betrekking op de situatie waarin de vervreemder *geen* pensioenregeling voor zijn werknemers heeft en de verkrijger wel. Er is dan dus geen sprake van een overgang van rechten en verplichtingen uit

een pensioentoezegging en ook niet van een uitzonderingsmogelijkheid daarop.

Artikel 3b PSW heeft tot doel de werknemers van de vervreemder en de werknemers van de verkrijger gelijk te behandelen. Het artikel houdt een fictie in; een onweerlegbaar rechtsvermoeden waarop geen afwijking of uitzondering kan worden gecreëerd. Dat neemt niet weg dat in het vervolg op de door artikel 3b PSW ontstane situatie, namelijk dat de overgenomen werknemers dezelfde pensioenregeling krijgen als de werknemers van de verkrijger, tussen sociale partners kan worden onderhandeld over een eventuele aanpassing van de pensioenregeling in de toekomst.

De leden van de commissie geven aan dat artikel 14a van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet op de CAO) de nieuwe werkgever verplicht om voor de overgenomen werknemers vooralsnog hun CAO-arbeidsvoorwaarden te handhaven. Het derde lid, zo stellen deze leden, bepaalt dat de overgang van uit de CAO voortvloeiende rechten en verplichtingen uit pensioen- en spaarregelingen niet door dit artikel wordt voorgeschreven, maar dat daarop de artikelen 663 en 664 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn. Deze leden willen weten hoe de mogelijkheid van afwijking van artikel 7:663 BW bij CAO, zich verhoudt tot artikel 14a lid 3 van de Wet op de CAO.

Rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst die betrekking heeft op een pensioenvoorziening op grond van artikel 14a lid 3 Wet op de CAO gaan niet van rechtswege over krachtens artikel 14a lid 1 Wet CAO. De overgang van dergelijke rechten en verplichtingen wordt geregeld door de artikelen 7:663–664 BW. Dat betekent dat de verkrijger de pensioenregeling op grond van artikel 7:663 BW moet voortzetten, tenzij er sprake is van één van de uitzonderingsgronden in artikel 7:664 lid 1 BW. Een van de uitzonderingsgronden wordt gevormd door bij CAO gemaakte afspraken over de pensioenregeling. Het gaat daarbij om *nieuwe*, in het kader van de overgang gemaakte CAO-afspraken waarmee kan worden gestreefd naar een maatwerkoplossing. De CAO-afspraken, waarop artikel 14a van de Wet op de CAO doelt, zijn CAO-afspraken die al vóór de overgang zijn gemaakt.

In aanvulling hierop vragen deze leden of de mogelijkheid van afwijking bij CAO die artikel 7:664 lid 1 onderdeel c BW met betrekking tot de overgang van pensioenaanspraken geeft, niet ook gegeven had moeten worden in artikel 7:664 lid 3 BW met betrekking tot de overgang van CAO-aanspraken uit een spaarregeling.

Het was misschien consistenter geweest om voor spaarregelingen op grond van artikel 3 lid 1 van de PSW (spaarregeling bij wijze van oudedagsverzorging in de vorm van een spaarfonds) een vergelijkbare uitzonderingsbepaling op te nemen als voor pensioenregelingen. Hierbij dient echter bedacht te worden dat er op dit moment slechts zes van dergelijke spaarfondsen bestaan met in totaal 117 actieve deelnemers. Daardoor is de kans dat er sprake zal zijn van een overgang van een onderneming waarbij vervreemder en/of de verkrijger een dergelijk spaarfonds hebben, zeer klein.

In verband met de vragen van de PvdA-fractie over de plaats van de regel van artikel 7:665a in het Burgerlijk Wetboek in plaats van de Wet op de ondernemingsraden alsmede de vraag over de implementatie van artikel 4 lid 2 van de richtlijn en het Europiëces-arrest, kan worden verwezen naar de antwoorden op vergelijkbare vragen van de leden van de VVD-fractie. De overige leden van de commissie hebben zich bij deze vragen aangesloten.

Faillissementswet

De leden van de PvdA-fractie stellen voorts enkele vragen in verband met de nieuwe regeling in de Faillissementswet ter zake van de overgang van ondernemingen. Ook bij deze vragen hebben de overige leden van de commissie zich aangesloten. Allereerst is gevraagd binnen welke termijn en vanaf welk moment de vernietiging van een ontslag kan worden ingeroepen in het geval dat ontslag is verleend vanwege het enkele feit van de overgang. Tevens is geïnformeerd tot wie de werknemer zich dan moet wenden en wat de verhouding is tussen de hiervoor bedoelde bepalingen en artikel 7:683 lid 2 BW.

Buiten een faillissementssituatie geldt artikel 7:670 lid 8 van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer niet kan opzeggen vanwege een overgang van onderneming. In een faillissementssituatie is opzegging door de curator wel mogelijk, indien hij daartoe is gemachtigd door de rechter-commissaris.

In het geval dat een faillietverklaring achteraf wordt vernietigd omdat het is aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer, wordt de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator met terugwerkende kracht beheerst door de regels die gelden buiten faillissement. Het verbod van artikel 7:670 lid 8 geldt dan – achteraf gezien – ook weer. De werknemer dient op grond van artikel 7:677 lid 5 BW binnen twee maanden na de opzegging door de curator een beroep te doen op de vernietigingsgrond dat ontslag is verleend in strijd met artikel 7:670 lid 8. Daarnaast zal hij beroep moeten doen op artikel 13a van de Faillissementswet, omdat de opzegging alleen op grond daarvan onderworpen kan worden aan de regels die gelden buiten faillissement. Een en ander betekent dat de werknemer zal moeten verzoeken om de vernietiging van de faillietverklaring.

Artikel 7:677 lid 5 BW houdt in dat het beroep op een vernietigingsgrond geschiedt door kennisgeving aan de werkgever. In het geval dat een opzegging tijdens faillissement plaatsvindt, kan de werknemer zich richten tot de curator. Voorts kan de werknemer zich melden bij de overnemer van de onderneming, stellende dat zijn beroep op een vernietigingsgrond ten aanzien van de opzegging in samenhang met de (beoogde) vernietiging van de faillietverklaring tot gevolg (zullen) hebben, dat het dienstverband van de werknemer van rechtswege is overgegaan op de overnemer. De rechter zal dan moeten bepalen of de werknemer met recht beroep heeft gedaan op artikel 13a Faillissementswet.

Artikel 7:683 lid 2 BW bepaalt dat iedere rechtsvordering van de werknemer in verband met de vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst krachtens artikel 7:677 lid 5, verjaart na verloop van zes maanden. Artikel 13a van de Faillissementswet geeft in afwijking op deze hoofdregel aan dat de termijn van zes maanden in het geval van vernietiging van de faillietverklaring pas begint te lopen vanaf het moment waarop die vernietiging wordt uitgesproken. Deze regeling houdt er rekening mee dat er enige tijd zal verlopen tussen het indienen van een verzoek om vernietiging en de uitspraak door de rechter. De werknemer kan de uitspraak afwachten voordat hij zijn vordering in verband met de vernietiging nader formuleert en in dat verband kosten maakt.

De leden hebben voorts de vraag gesteld of een door de curator ontslagen werknemer die niet was aangesteld in het door de curator overgedragen bedrijfsonderdeel, na vernietiging van het faillissement beroep kan doen op artikel 7:670 lid 8 van het Burgerlijk Wetboek. De vraag is ingegeven door de omstandigheid dat het artikel uitsluitend refereert aan de werknemer die in het over te dragen bedrijfsonderdeel van de onderneming werkzaam is.

Artikel 670 lid 8 beschermt de werknemer uitsluitend tegen de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst in verband met een overgang van onderneming. In het door de leden van de PvdA-fractie geschetste geval is de

aanleiding voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst van een werknemer kennelijk niet de overgang van (een deel van) de onderneming; de werknemer was niet werkzaam in het overgedragen deel. Lid 8 gaat dan niet op. Wellicht kan de werknemer wel beroep doen op een van de andere opzegverboden van artikel 7:670 van het Burgerlijk Wetboek. Ook kan de werknemer zich beroepen op de overige wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn op een opzegging buiten faillissement, mits de faillietverklaring wordt vernietigd op de grond dat het faillissement is aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer (artikel 13a Faillissementswet).

De leden hebben gevraagd naar de verhouding tussen de termijn voor hoger beroep tegen de machtiging van de curator tot opzegging van de arbeidsovereenkomst en de termijn voor het vernietigen van de opzegging zoals bepaald in artikel 67 lid 2 Faillissementswet, alsmede de termijn voor vernietiging van een opzegging waarvoor geen machtiging is verleend in de zin van artikel 72 lid 2 Faillissementswet.

De curator behoeft een machtiging van de rechter-commissaris voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst (artikel 40 en 68 lid 2 Faillissementswet). Indien de curator niet zou beschikken over een machtiging en toch tot opzegging overgaat, is hij jegens de gefailleerde en de werknemer aansprakelijk (artikel 72 lid 2 Faillissementswet). In de praktijk ligt het daarom niet voor de hand dat een curator zonder machtiging tot opzegging overgaat. De curator heeft voorts belang bij rechtszekerheid ten aanzien van de opzegging. Hij zal bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst naar de machtiging willen verwijzen omdat dat noodzakelijk is voor het gaan lopen (en verstrijken) van de termijn voor hoger beroep. Ter voorkoming van een vernietiging zal hij bij de kennisgeving van de machtiging ook willen wijzen op de mogelijkheid van hoger beroep en de daarvoor geldende termijn. Ten behoeve van de rechtszekerheid is gekozen voor korte termijnen waarin hoger beroep kan worden ingesteld of de opzegging kan worden vernietigd. Werknemers worden in een faillissementssituatie veelal goed begeleid door vakverenigingen en/of eigen adviseurs, zodat zij door de korte termijnen niet onnodig in hun belangen worden geschaad.

In het geval de rechter-commissaris de curator heeft gemachtigd tot opzegging van een arbeidsovereenkomst, kan de werknemer tegen de machtiging hoger beroep instellen bij de rechtbank, binnen vijf dagen nadat de werknemer van de machtiging kennis heeft kunnen nemen. Deze regeling ter bepaling van het begin van de verjaringstermijn – het kennis kunnen nemen van de machtiging – heeft tot gevolg dat de periode waarin de werknemer hoger beroep kan instellen niet wordt verkort met de termijn die de curator laat verstrijken tussen de machtiging en de opzegging. Daarnaast is van belang dat de curator de werknemer dient te wijzen op de mogelijkheid van beroep en de termijn die daarvoor geldt. Laat hij dit laatste na, dan kan de werknemer de opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigen. Daarvoor geldt een termijn van veertien dagen vanaf de dag waarop de arbeidsovereenkomst is opgezegd.

Artikel 72 lid 2 Faillissementswet regelt een ander geval. De opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator, zonder dat de rechter-commissaris een machtiging heeft gegeven is vernietigbaar door een buitengerechtelijke verklaring aan de curator, mits de vernietiging binnen vijf dagen na de opzegging is ingeroepen.

De opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator terwijl een machtiging geheel ontbreekt is niet rechtsgeldig. Indien een werknemer wordt geconfronteerd met een opzegging zonder dat op enigerlei wijze kennis wordt gegeven van een machtiging, dient hij ervan uit te gaan dat de opzegging vernietigd kan worden op grond van artikel 72 lid 2 Faillissementswet. Het ligt niet voor de hand dat deze situatie zich vaak zal

voordoen. Als dat op enig moment toch het geval zou zijn, mag in het belang van de rechtszekerheid van de werknemer worden verwacht dat hij de vernietiging binnen vijf dagen inroept.

Deze leden vragen voorts hoe een werknemer kan weten of de voor hem geldende termijn voor vernietiging van de opzegging vijf dagen of veertien dagen is, in het geval de curator geen mededeling doet over de machtiging tot opzegging, de beroepsmogelijkheid en -termijn. Gevraagd is of bepaald moet worden dat de curator melding maakt van de machtiging in de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

De curator heeft belang bij rechtszekerheid ten aanzien van de opzegging van een arbeidsovereenkomst. De curator heeft derhalve ook belang bij een juridisch correct gevolgde procedure tot opzegging, dat wil zeggen op basis van een machtiging en met mededeling van de beroepsmogelijkheid en de daarvoor geldende termijn aan de werknemer. Daardoor kan hij een vernietiging van een opzegging voorkomen. Een werknemer dient ervan uit te gaan dat een machtiging ontbreekt indien hij niet van de machtiging in kennis wordt gesteld door de curator, maar wel met een opzegging van zijn arbeidsovereenkomst wordt geconfronteerd. Gezien het hiervoor genoemde belang van de curator bij een correcte opzegging, is een aanvullende wettelijke regeling ten aanzien van de melding van de machtiging naar onze mening niet nodig.

De leden hebben aangegeven dat de procedure tot vernietiging van een faillietverklaring los gezien moet worden van de mogelijkheid hoger beroep in te stellen tegen de machtiging van de curator om een arbeidsovereenkomst op te zeggen alsmede de mogelijkheid een opzegging te vernietigen. Voor de verschillende procedures en handelingen gelden de daarvoor specifiek in de wet bepaalde termijnen. Deze leden hebben gevraagd te bevestigen dat een hoger beroep tegen de machtiging tot opzegging en de vernietiging van een opzegging niet leiden tot aantasting van het faillissement.

De gevraagde bevestiging wordt hierbij gegeven.

De leden van de CDA-fractie hebben ten aanzien van de vijf dagen termijn in artikel 67 lid 2 van de Faillissementswet, voor het instellen van hoger beroep tegen een machtiging tot opzegging, gevraagd of de objectieve variant van de ontvangsttheorie van toepassing is. Zij informeren of er omstandigheden denkbaar zijn waardoor de werknemer ondanks de ontvangst nog kan worden ontvangen in het hoger beroep als de termijn is verstreken.

Voor de termijn van artikel 67 lid 2 Faillissementsrecht is doorslaggevend of de werknemer die het beroep instelt tegen de machtiging «kennis heeft kunnen nemen» van de machtiging. Deze regeling is opgenomen omdat de machtiging aan de curator wordt verstrekt door de rechter-commissaris en de werknemer niet automatisch van de machtiging op de hoogte behoeft te zijn. Of een werknemer van de machtiging kennis heeft kunnen nemen, hangt af van de omstandigheden van het geval. Voor de vraag of een mededeling van de curator werking heeft, is artikel 3:37 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing. Op grond van artikel 3:59 kan artikel 3:37 lid 3 ook buiten het vermogensrecht toepassing hebben, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

In de praktijk zal de beroepstermijn uiterlijk beginnen te lopen op de datum waarop de werknemer kennis heeft kunnen nemen van de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst. Op dat moment zal hij ook kennis hebben kunnen nemen van de machtiging. Voorshands zijn geen gevallen denkbaar waarin een werknemer nog hoger beroep kan instellen als hij kennis heeft kunnen nemen van de machtiging en de termijn van vijf dagen is verstreken.

De leden van de CDA-fractie vragen in verband met de vorige vraag of de objectieve ontvangsttheorie ook van toepassing is op de mogelijkheid om

een opzegging te vernietigen krachtens artikel 67 lid 2 Faillissementswet. Zij stellen de vraag of de veertien dagen termijn onder omstandigheden kan worden doorbroken.

De opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator is doorslaggevend voor de vraag of de termijn waarin de opzegging kan worden vernietigd is verstreken. Ook voor de opzegging geldt de regeling van artikel 3:37 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek, inhoudende dat een verklaring die tot een bepaalde persoon is gericht, in beginsel pas werkt als de verklaring die persoon heeft bereikt. Een niet of niet tijdig ontvangen verklaring heeft echter ook werking, indien de persoon tot wie de verklaring was gericht deze ten gevolge van een de eigen handeling niet heeft ontvangen of een ander in artikel 3:37 lid 3 van het Burgerlijk Wetboek genoemd geval van toepassing is. Indien eenmaal is vastgesteld dat de termijn voor de vernietiging van een opzegging is gaan lopen en die termijn inmiddels is verstreken, is de mogelijkheid voor een werknemer om nog tot vernietiging over te gaan, vervallen. Uitzonderingen op deze regel liggen niet voor de hand.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
W. A. F. G. Vermeend