

Vergaderjaar 2000–2001

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 de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen

Nr. 5

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 16 februari 2001

Algemeen

Met genoegen hebben wij kennisgenomen van de instemming van de leden van de PvdA-fractie met de hoofdlijnen van dit wetsvoorstel. Deze leden hebben nog verschillende vragen.

De leden van de PvdA-fractie vragen of bij het opstellen van dit wetsvoorstel rekening is gehouden met de aangekondigde wijzigingen van de Faillissementswet. Voorts vragen zij of het zinvol is de wijzigingen van dit wetsvoorstel op te schorten totdat er meer duidelijkheid is over de tranches van de te wijzigen Faillissementswet die nog bij de Tweede Kamer moeten worden ingediend. Ook informeren deze leden of advies over dit wetsvoorstel is gevraagd aan Insolad.

Ter uitvoering van Richtlijn 98/50/EG wordt het Nederlandse recht op verschillende plaatsen aangepast. Het wetsvoorstel leidt tot een beperkte wijziging van de Faillissementswet. Deze wijziging kan goed naast de beoogde herziening van de Faillissementswet worden behandeld. De Tweede Kamer heeft op 20 november 2000 over het wetsvoorstel tot herziening van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit in surseance van betaling en faillissement een verslag uitgebracht (Kamerstukken II, 2000–2001, 27 244, nr. 4). Een mdw-werkgroep die zich buigt over eventueel andere wijzigingen van het insolventierecht (tweede tranche), heeft haar werkzaamheden nog niet voltooid. Naar verwachting zal zij in het voorjaar van 2001 een tussenrapportage uitbrengen. Op grond van artikel 2 van de wijzigingsrichtlijn dient de regelgeving waarmee de richtlijn wordt omgezet reeds voor 17 juli 2001 in werking te zijn getreden. Naar verwachting kan het genoemde wetsvoorstel niet in werking treden voor de datum waarop de omzetting van de richtlijn moet zijn geschied.

Het wetsvoorstel bepaalt een regeling voor het geval dat misbruik wordt gemaakt van faillissement. Voorkomen moet worden dat een faillissement wordt aangevraagd om de bescherming van werknemers bij de overgang van een onderneming te ontwijken. De beperkte wetswijziging waartoe de richtlijn verplicht, raakt de Faillissementswet niet wezenlijk, zodat een advies van Insolad niet nodig is geoordeeld.

De leden van de PvdA-fractie vragen of de werknemers die in dienst zijn van de verkrijger voorafgaand aan een bedrijfsfusie, nadat de fusie heeft plaatsgevonden automatisch op grond van de regeling omtrent gelijke behandeling hetzelfde recht op pensioenvergoeding krijgen als werknemers van de vervreemder.

Het bestaande artikel 663 en het voorgestelde artikel 664 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek hebben te zamen tot gevolg dat verplichtingen uit hoofde van pensioenen in beginsel automatisch overgaan van de vervreemder op de verkrijger. Daardoor kan het voorkomen dat een verkrijger verschillende pensioenregelingen naast elkaar moet voortzetten ten behoeve van de overgenomen werknemers en de eigen werknemers. Een uitzondering geldt wanneer de verkrijger aan de nieuwe werknemers een pensioentoezegging doet die gelijk is aan de toezegging die hij heeft gedaan aan de werknemers die reeds bij de verkrijger in dienst zijn. De verplichting tot voortzetting geldt ook wanneer de werknemers van de vervreemder wel een pensioenregeling hebben, maar de werknemers van de verkrijger niet.

Een werkgever is niet verplicht om de eigen werknemers en de overgenomen werknemers in alle situaties gelijk te behandelen. Het wetsvoorstel beoogt alleen in die situaties waarin de vervreemder geen pensioenregeling heeft en de verkrijger wel, de werknemers van de vervreemder gelijk te behandelen met de werknemers van de verkrijger door de pensioenregeling van de verkrijger na de overgang van onderneming, ingaande de datum van overgang, ook van toepassing te laten zijn op de werknemers die zijn overgegaan naar de verkrijger.

Verder geldt het bepaalde in artikel 2 lid 2 van de Pensioenen spaarfondsenwet. 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. Deze bepaling verplicht de werkgever derhalve niet om iedereen in de(zelfde) pensioenregeling op te nemen. Uit deze bepaling blijkt wel dat het belangrijk is duidelijk te omschrijven voor wie de pensioenregeling geldt en op welke voorwaarden.

Voorts wensen deze leden duidelijkheid omtrent de vraag in hoeverre de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie over het begrip «overgang» wordt gevolgd en waarom bepaalde aspecten van die jurisprudentie wel zijn overgenomen en andere niet.

Overweging 4 van de richtlijn houdt in dat het begrip overgang ten behoeve van de rechtszekerheid en de juridische transparantie verduidelijkt moet worden in het licht van de jurisprudentie van het Hof. Voorts wordt in die overweging aangegeven dat een dergelijke verduidelijking geen wijziging vormt van de werkingssfeer van de richtlijn uit 1977 zoals uitgelegd door het Hof. Artikel 1 lid 1 sub b van de richtlijn bepaalt vervolgens dat, tenzij de richtlijn anders inhoudt, als overgang wordt beschouwd: de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan. De Raad van de Europese Unie heeft met deze formulering de jurisprudentie van het Hof over het begrip overgang in grote lijnen vastgelegd.

Overeenkomstig de oude richtlijn (artikel 1 lid 1) bepaalt de wijzigingsrichtlijn dat een overgang plaatsvindt ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie (artikel 1 lid 1a). De jurisprudentie van het Hof geeft aan deze criteria een ruime uitleg die de Raad niet heeft willen wijzigen. Een aanvullend criterium is achterwege gelaten omdat een nieuw criterium wellicht voedsel zou kunnen geven aan de gedachte dat verandering is beoogd van de werkingssfeer van de richtlijn.

De leden van de PvdA-fractie steunen het uitgangspunt van het kabinet ten aanzien van een faillissement dat is aangevraagd met het oog afbreuk

te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming, maar informeren hoe dat oogmerk in de praktijk kan worden aangetoond. Ook wordt verzocht voorbeelden te geven van gevallen waarin van dat oogmerk sprake is. De richtlijn verplicht de lidstaten maatregelen te nemen tegen misbruik van faillissementsprocedures. Misbruik treedt op wanneer een faillissementsprocedure wordt gebruikt met het doel werknemers te beroven van de rechten die voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst. Van strijd met de elementaire beginselen van behoorlijk ondernemerschap is sprake wanneer een werkgever welbewust afstevent op de beëindiging van een door hem gedreven onderneming teneinde hoge afvloeiingskosten te vermijden (ondernemingskamer van het Hof Amsterdam 21 oktober 1999, JOR 1999, 228). In het hiervoor genoemde geval hadden de bewindvoerders in hun verslag gemeld dat dit oogmerk een van de redenen was geweest van de werkgever om surseance aan te vragen (eventueel gevolgd door een faillissement). Er waren op het moment van de aanvraag geen klemmende redenen, zoals een zeer moeilijke financiële situatie, die de surseance konden rechtvaardigen. Afhankelijk van de concrete omstandigheden kan een dergelijk geval aanleiding geven tot de conclusie dat misbruik van faillissement is gemaakt. Misbruik van faillissement was eveneens aan de orde in het geval dat een werkgever het eigen faillissement had aangevraagd toen bleek dat de kantonrechter niet op voorhand bereid was mee te werken aan zijn verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met zijn werknemers onder toekenning van een kleine vergoeding (Hof Den Haag 10 januari 1996, NJ 1997, 75). Uit deze uitspraken blijkt dat naast het feitelijke optreden van een werkgever voorafgaand aan de aanvraag van een faillissement, ook de verslaglegging door bewindvoerder of curator van belang is voor het bewijs dat van een misbruikgeval sprake is.

Deze leden verzoeken voorts toe te lichten op welke wijze werknemers in de praktijk kennis kunnen nemen van de beschikking van de rechter-commissaris houdende machtiging aan de curator tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.

Het nieuwe artikel 67 lid 2 Faillissementswet bepaalt dat de termijn waarbinnen een werknemer beroep kan aantekenen tegen de bedoelde beschikking tot machtiging, aanvangt op het moment dat de werknemer van de machtiging kennis had kunnen nemen. Deze regeling wijkt af van de regeling in lid 1 van artikel 67 dat bepaalt dat van alle beschikkingen van de rechter-commissaris gedurende vijf dagen hoger beroep op de rechtbank mogelijk is, te rekenen vanaf de dag waarop de beschikking is gegeven. Lid 2 komt tegemoet aan het belang van de werknemers, doordat de termijn voor hoger beroep later kan beginnen te lopen dan de dag van de beschikking. Lid 2 bepaalt voorts dat de curator de werknemer bij de opzegging moet wijzen op de mogelijkheid van hoger beroep tegen de machtiging en op de termijn daarvan. Indien de curator verzuimt de werknemer van de mogelijkheid tot hoger beroep op de hoogte te stellen, kan de werknemer de opzegging van de arbeidsovereenkomst door een buitengerechtelijke verklaring aan de curator vernietigen.

De leden van de PvdA-fractie verwijzen naar de memorie van toelichting waarin onder ad 1 is gemotiveerd waarom is gekozen voor wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en niet tevens voor wijziging van het Burgerlijk Wetboek wanneer het gaat om het geval dat de vervreemder geen pensioenregeling heeft en de verkrijger wel. De verkrijger is dan gehouden de overgenomen werknemers ten minste de in de eigen cao vastgelegde arbeidsvoorwaarden te bieden. Zij vragen of de wijzigingen niet tevens in het Burgerlijk Wetboek moeten worden doorgevoerd omdat het om een arbeidsvoorwaarde gaat.

In artikel 3b van de Pensioen- en spaarfondsenwet wordt bepaald dat bij de overgang van een onderneming zoals bedoeld in artikel 662 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, een toezegging die de verkrijger aan de eigen

werknemers heeft gedaan omtrent pensioen geacht wordt tevens te zijn gedaan ten aanzien van de overgenomen werknemers, mits aan de laatstgenoemde werknemers nog geen toezegging is gedaan door de vervreemder. Deze regeling sluit aan op de voorafgaande bepalingen in de Pensioen- en spaarfondsenwet, welke betrekking hebben op de verplichtingen van de werkgever bij toezeggingen omtrent pensioen (artikel 2) alsmede de werkgeversbijdrage aan een pensioenfonds (artikel 3). De regeling in het Burgerlijk Wetboek heeft betrekking op situaties waarin sprake is van het overgaan van de vervreemder naar de verkrijger van rechten en verplichtingen die voortvloeien uit arbeidsvoorwaarden. In de situatie waarnaar de leden van de PvdA-fractie verwijzen, heeft de vervreemder geen pensioenregeling en is er derhalve geen sprake van overgang van de vervreemder naar de verkrijger van rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een toezegging omtrent pensioen. Voor een regeling van deze situatie is het Burgerlijk Wetboek minder aangewezen. Deze leden vragen voorts een toelichting op de opmerking onder ad 2 dat in de «toekomst» de verplichting om de pensioenregeling van overgenomen werknemers voort te zetten niet moet blijven bestaan, omdat deze leden hechten aan de bescherming van werknemers bij een bedrijfsfusie. In reactie hierop kan het volgende worden opgemerkt. De vraag van de leden van de PvdA-fractie heeft betrekking op de situatie waarin de vervreemder een pensioenregeling heeft, maar de verkrijger niet. De verkrijger is in die situatie verplicht de pensioenregeling ten behoeve van de overgenomen werknemers voort te zetten. Met de opmerking dat het niet zo is dat de verplichting tot voortzetting ook in de toekomst altijd moet blijven bestaan, wordt bedoeld op het feit dat de pensioenregeling onderdeel uitmaakt van het arbeidsvoorwaardenoverleg tussen sociale partners. Het kan derhalve voorkomen dat de pensioenregeling in toekomstig arbeidsvoorwaardenoverleg ter discussie wordt gesteld en daardoor, met overeenstemming van de bij het arbeidsvoorwaardenoverleg betrokken sociale partners, uiteindelijk komt te vervallen. De leden van de PvdA-fractie willen onder verwijzing naar de memorie van toelichting graag weten of het uitgangspunt van dit wetsvoorstel is dat de pensioenregeling van werknemers er bij een overgang nooit op achteruit mag gaan, of dat er uitzonderingen zijn. Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat werknemers worden beschermd in de situatie dat de verkrijger geen pensioenregeling heeft. Indien de vervreemder geen pensioenregeling heeft, maar de verkrijger wel, beoogt het wetsvoorstel te bereiken dat de werknemers van de vervreemder gelijk behandeld worden met de werknemers van de verkrijger. Het uitgangspunt bij deze bescherming is niet dat de pensioenregeling van werknemers er nooit op achteruit mag gaan, maar dat de pensioenregeling van werknemers door een overgang niet, zoals op grond van de huidige wettelijke regeling mogelijk is bij overgang, zonder meer beëindigd wordt of dat overgenomen werknemers die geen pensioenregeling hebben, worden uitgesloten van deelneming in de in de verkrijgende onderneming geldende pensioenregeling. Door het hanteren van deze uitgangspunten wordt een minimumwaarborg gerealiseerd.

In aansluiting op het voorgaande wordt gevraagd of het juist is dat werknemers van een vervreemder er op achteruit kunnen gaan doordat de verkrijger er voor kan kiezen zijn eigen pensioenregeling ook toe te passen op overgenomen werknemers. Voorts wordt gevraagd of een situatie overwogen is waarin werknemers er nooit op achteruit gaan bij een fusie alsmede of en wanneer de inspraak van werknemers is gegarandeerd. In antwoord hierop wordt opgemerkt dat het doel van de wet is dat werknemers met een pensioenregeling altijd een pensioenregeling behouden bij overgang naar een andere onderneming en dat werknemers zonder pensioenregeling die overgaan naar een onderneming met pensioenregeling gelijk worden gesteld met de werknemers van de verkrijger. De

kwaliteit van pensioenregelingen is echter niet altijd goed vergelijkbaar, terwijl daarbij ook de individuele, persoonlijke situatie van de werknemer een rol speelt. Verder zou een garantie dat werknemers er qua pensioenregeling nooit op achteruit gaan te zeer een inbreuk betekenen op de onderhandelingsvrijheid van sociale partners ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden. Voor wat betreft de inspraak van werknemers, wil het kabinet niet afwijken van hetgeen op dat terrein gebruikelijk is. Met het voorliggende wetsvoorstel worden alleen de overgang van de pensioenregeling en het moment van overgang van de pensioenregeling geregeld. De leden van de PvdA-fractie vragen, de aan de memorie van toelichting toegevoegde alinea naar aanleiding van de opmerkingen van de Raad van State ten spijt, naar de argumenten waarom het wetsvoorstel niet zo is geformuleerd dat de regeling zich ook uitstrekt tot ambtenaren. Ook de leden van de VVD-fractie en de leden van de SP-fractie vragen hoe de positie van ambtenaren is.

De richtlijn verplicht Nederland ertoe het beginsel van behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming vast te leggen in wetgeving. In dit kader zijn werknemers personen die krachtens de Nederlandse arbeidswetgeving bescherming genieten als werknemer. Gelet daarop is de verplichting uitgevoerd ten aanzien van personen met een arbeidsovereenkomst als bedoeld in het Burgerlijk Wetboek. Wij onderkennen dat onder andere uit de juridische vakliteratuur de opvatting van sommigen naar voren komt dat de richtlijn ook betrekking heeft op personen die werkzaam zijn op basis van een aanstelling door een overheidsorgaan, ofwel ambtenaren.

In het advies van de Raad wordt gerefereerd aan het bestaan van uiteenlopende standpunten en argumenten voor de opvatting dat de richtlijn mede ambtenaren betreft. Die argumenten zijn in het nader rapport en in de memorie van toelichting besproken. In het bijzonder is verwezen naar de tekst van de richtlijn en het Mikkelsen-arrest. In dat arrest wordt geoordeeld dat het begrip werknemer van de richtlijn betrekking heeft op een ieder die in de betrokken lidstaat bescherming geniet uit hoofde van de nationale arbeidswetgeving. Met de toevoeging «of een arbeidsverhouding» in het arrest, respectievelijk «of een arbeidsbetrekking» in de gewijzigde richtlijn is niet beoogd ambtenaren onder de reikwijdte van de richtlijn te brengen. De toevoegingen hebben een andere betekenis, zoals uiteengezet in de memorie van toelichting. Zij betreffen arbeidsposities in de private sector die wel worden beschermd door nationale arbeidswetgeving, maar niet uit hoofde van een arbeidsovereenkomst zoals in sommige landen het geval is. Voorts wordt gewezen op de bepaling in de richtlijn dat «een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overheidsdiensten geen overgang is in de zin van de richtlijn». Die bepaling heeft betrekking op het begrip overgang. De stelling van de Raad van State dat de bepaling niet of nauwelijks nodig zou zijn geweest, indien de richtlijn in haar geheel geen betrekking zou hebben op eenzijdig aangestelde ambtenaren wordt door ons niet onderschreven, omdat ook personen die op grond van het nationale recht als werknemer worden beschouwd bij een dergelijke overgang betrokken kunnen zijn.

Aangezien ambtenaren naar Nederlands recht geen werknemers zijn, strekt de uitvoering van de richtlijn zich niet uit tot ambtenaren. Dit is in de eerste plaats gebaseerd op het begrip werknemer van de richtlijn, dat voor deze kwestie het meest wezenlijke is. Dat hiermee een juiste uitvoering is gegeven aan de richtlijn, vindt bevestiging in het arrest Collino en Chiappero-Telecom Italia, waarnaar reeds is verwezen in de memorie van toelichting op blz. 4 onderaan. In punt 36 van dat arrest herinnert het Hof eraan dat op de richtlijn slechts een beroep kan worden gedaan door personen die in de betrokken lidstaat uit hoofde van de nationale arbeidswetgeving als werknemer bescherming genieten. Daartoe behoren niet

personen die op het moment van de overgang onder een publiekrechtelijk statuut vallen (punt 40 van het arrest).

De leden van de PvdA-fractie willen weten waarom dit wetsvoorstel (of enig ander) geen regeling bevat op grond waarvan bij privatisering een gelijkwaardige bescherming wordt toegekend aan ambtenaren. Voorts vragen zij naar de stand van zaken inzake het met de betrokken sectorwerkgevers te voeren overleg.

De gelijkwaardige bescherming is als uitgangspunt op Rijksniveau neergelegd in de nota «Personele aspecten van privatisering» die medio jaren '80 door de ministerraad is vastgesteld. Deze nota is ook toegezonden aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II, 1985–1986, 17 938, nr. 15). Aan dat uitgangspunt pleegt uitvoering te worden gegeven door het garanderen van «*in totaliteit gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden bij de overgang*», veelal bij de desbetreffende privatiseringswet. Als gezegd in de memorie van toelichting, blz. 6, is de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties bereid te bezien of het uitgangspunt in een voor alle privatiseringen geldende wettelijke bepaling kan worden neergelegd. Dat is in het bijzonder van belang voor privatiseringen bij de andere overheden dan het Rijk. De zaak is onlangs voorgelegd aan het Verbond Sectorwerkgevers Overheid (VSO). Thans kan nog geen uitspraak worden gedaan over het tijdsverloop en de resultaten van het overleg.

Deze leden vragen ook de voor- en nadelen toe te lichten van een regeling op grond waarvan de overgang plaatsvindt wanneer de verkrijger daadwerkelijk, ingevolge een daartoe strekkende levering, de beschikking krijgt over de middelen tot voortzetting van de onderneming en een regeling op grond waarvan de overgang plaatsvindt bij het sluiten van een overeenkomst.

De Nederlandse regeling voor de overdracht van een goed heeft als uitgangspunt dat het rechtsgevolg – de verkrijging van de eigendom of het worden van de rechthebbende – pas optreedt wanneer wordt voldaan aan de volgende eisen: een rechtsgeldige titel, beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder en de levering van het goed. Een koopovereenkomst is een titel tot overdracht. In een koopovereenkomst die op 1 januari 2001 is gesloten kan worden bepaald dat de levering plaatsvindt op 1 mei 2001. Op zijn vroegst op 1 mei 2001 wordt de verkrijger drager van alle rechten en verplichtingen die met het overgedragen goed samenhangen. Indien een onderneming wordt overgedragen op basis van bijvoorbeeld een activa-passiva transactie geldt het voorgaande eveneens. De desbetreffende activa en passiva worden verkregen door overdracht, contracts-overname etc. In dit systeem past het niet te bepalen dat de verkrijger verplichtingen heeft jegens de werknemers voordat de levering plaatsvindt. Afwijking van dit systeem zou ertoe leiden dat de verkrijger reeds onmiddellijk na het sluiten van een overeenkomst tot het overnemen van de onderneming van de vervreemder verplichtingen zou hebben jegens (een deel van) diens werknemers, hoewel de verkrijger eventueel nog niet kan beschikken over de onderneming die overeenkomstig de overeenkomst op een later tijdstip aan hem zal worden overgedragen.

De leden van de VVD-fractie vragen hoe vaak elk van de drie in de memorie van toelichting geschetste situaties bij de overgang van pensioenregelingen zich in de praktijk voordoen.

In reactie hierop kan worden gemeld dat hierover geen concrete gegevens beschikbaar zijn. Gezien het feit dat veel bedrijfstakingen een (verplichte) pensioenregeling kennen en gezien het grote aantal ondernemingspensioenregelingen, zal de derde situatie, namelijk dat zowel de verkrijger als de vervreemder een eigen pensioenregeling hebben, het meeste voorkomen. Ook de andere situaties kunnen zich echter voordoen.

Deze leden informeren voorts wanneer de verplichting tot voortzetting van een pensioenregeling kan eindigen in het geval de verkrijger geen regeling kent maar de vervreemder wel. In dat verband wordt gevraagd of

daarvoor specifieke omstandigheden zijn aan te wijzen en of daarvoor een bepaalde termijn moet zijn verstreken.

Het onderhavige wetsvoorstel regelt het moment van de overgang van pensioenregelingen. Na de overgang van rechtswege en de daaruit voortvloeiende verplichting tot voortzetting van een pensioenregeling, kan de verkrijger in het arbeidsvoorwaardenoverleg met werknemersorganisatie(s) afspraken maken over het al dan niet voortzetten van de pensioenregeling of het wijzigen daarvan. Dit volgt uit de omstandigheid dat de inhoud van een pensioenregeling onderdeel is van het totale arbeidsvoorwaardenpakket. In dat verband geldt geen termijn.

De leden van de VVD-fractie vragen wanneer de resultaten van het onderzoek van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties naar de wenselijkheid ambtenaren onder hetzelfde beschermingsregime te brengen als werknemers, naar de Kamer worden gestuurd. Ook wordt de vraag gesteld of het uitgangspunt «behoud van rechten materieel zoveel mogelijk» voldoende bescherming en of dit meer flexibiliteit biedt en of hoe vaak van dit uitgangspunt wordt afgeweken.

Voor het antwoord op de eerste vraag wordt verwezen naar het antwoord op een gelijke vraag van de leden van de PvdA-fractie. De vraag over de mate van bescherming en flexibiliteit van het uitgangspunt «behoud van rechten materieel zoveel mogelijk» beantwoorden wij bevestigend. Het uitgangspunt pleegt, zoals eerder in deze nota aangegeven, te worden vastgelegd in privatiseringswetten, waarmee in totaliteit gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden bij de overgang worden gegarandeerd. Het uitgangspunt biedt flexibiliteit in die zin dat de formule «in totaliteit gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden bij overgang» aan betrokken partijen onderhandelingsruimte geeft. Voorzover bekend wordt het uitgangspunt ook steeds door de andere overheden gevolgd.

Deze leden informeren voorts wanneer de mdw-werkgroep voor de modernisering van de Faillissementswet zijn werkzaamheden zal afronden.

De werkgroep zal naar verwachting in het voorjaar een tussenrapport presenteren. Gestreefd wordt naar afronding van het eindrapport voor het einde van 2001.

De leden van de SP-fractie verzoeken aan te geven op welke wijze het kabinet vorm denkt te geven aan het uitgangspunt dat de materiële rechten van ambtenaren bij privatisering worden gehandhaafd. Ook wordt gevraagd naar de termijn waarop dat zal plaatsvinden en naar de gevolgen voor ambtenaren die met een privatisering worden geconfronteerd voor en na het treffen van een regeling.

Ter beantwoording van de vragen van de leden van de SP-fractie over de materiële rechten van ambtenaren bij privatisering verwijzen wij allereerst naar onze antwoorden op overeenkomstige vragen van de leden van de fracties van de PvdA en de VVD. Aangezien het «behoud van rechten materieel zoveel als mogelijk» een bestaand uitgangspunt van beleid is bij een privatisering, zijn er materieel geen gevolgen voor ambtenaren die in een privatiseringstraject terecht komen na het in werking treden van de onderhavige wet en voordat een nadere regeling voor deze groep is getroffen.

Artikelen

Artikel I (wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek)

Artikel 662

De leden van de VVD-fractie vragen hoe rechtsongelijkheid wordt voorkomen wanneer ambtenaren niet onder de werking van de wet vallen en

hun collega's die op basis van een arbeidscontract bij dezelfde instelling werkzaam zijn wel.

De door de leden van de VVD-fractie bedoelde ongelijkheid zou zich wellicht kunnen voordoen wanneer de overgang van een overheidsinstelling met een economische activiteit plaatsvindt en daarbij zowel ambtenaren als werknemers met een arbeidscontract werkzaam zijn. In een overgangsfase zal het uitgangspunt «behoud van rechten» voor hun andere collega's wellicht enig verschil in rechtspositie kunnen betekenen. Dat kan zich echter ook voordoen bij een overgang van onderneming ten gevolge van een samenvoeging van ondernemingen waarbij de nieuwe werknemers andere arbeidsvoorwaarden hebben dan de oude.

De leden van de RPF- en GPV-fracties menen dat het wetsvoorstel het begrip overgang beperkt tot gevallen van overeenkomst, fusie of splitsing en suggereren de wettekst zo aan te passen dat ook andere rechtsfiguren onder dat begrip kunnen vallen, welk uitgangspunt de memorie van toelichting ook aangeeft. Deze leden informeren voorts of ter wille van de duidelijkheid nodig is in de wet te bepalen dat ook sprake kan zijn van een overgang zonder rechtstreekse overeenkomst of indien er helemaal geen overeenkomst is, omdat de memorie van toelichting deze mogelijkheid uitsluitend baseert op de jurisprudentie.

Artikel 662 lid 2 sub a bepaalt dat het begrip «overgang» voor de toepassing van de desbetreffende afdeling van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek inhoudt, de overgang met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, ten gevolge van een overeenkomst, fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. De richtlijn is van toepassing op de overgang van een onderneming die het gevolg is van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie (artikel 1 lid 1 onder a). Dit laatste is gelijk aan de regeling in de richtlijn van 1977. Aan deze richtlijn is een ruime uitleg gegeven door het Europese Hof, welke uitleg de Raad van de Europese Unie wenst te behouden. Dit is veiliggesteld door geen wijziging in de criteria aan te brengen. In navolging van de richtlijn houdt het onderhavige wetsvoorstel op dit punt slechts een beperkte wijziging in. Uitsluitend is toegevoegd dat ook bij de splitsing van een rechtspersoon een overgang van onderneming kan plaatsvinden. Dit is bepaald teneinde op dit punt geen onderscheid te maken tussen fusie en splitsing.

Overeenkomstig de richtlijn wordt de mogelijkheid dat een overgang plaatsvindt zonder rechtstreekse overeenkomst of indien er helemaal geen overeenkomst is, gehandhaafd. Er is geen afwijking beoogd van de jurisprudentie op basis van de oude richtlijn (en daarmee de huidige wetgeving).

Artikel 664

De leden van de fracties van RPF en GPV vragen of een toezegging van de verkrijger als bedoeld in artikel 664 lid 1 onder a nietig is op grond van artikel 3 Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, omdat een werknemer dan na de overgang verplicht blijft deelnemen aan een bedrijfspensioenfonds. Voorts wordt in dit verband gevraagd naar de ratio van artikel 664 lid 2.

Artikel 664 lid 1 onder a ziet op de situatie dat de verkrijger aan de overgaande werknemers dezelfde pensioenregeling biedt als aan zijn eigen werknemers. In dat geval geldt een uitzondering op artikel 663. Artikel 664 lid 1 onder b ziet op de situatie dat de verkrijger onder een verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds valt en de overgaande werknemers ook zullen gaan deelnemen in dat fonds. Artikel 664 lid 2 ziet op de situatie dat een overgaande werknemer reeds verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds voorafgaand aan de overgang en ook na de overgang daartoe verplicht is. De verkrijger heeft dan niet de

vrijheid om een andere toezegging aan de overgaande werknemer te doen. Door de inwerkingtreding van de nieuwe Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 per 1 januari 2001 is de (gewijzigde) inhoud van artikel 3 van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds thans opgenomen in artikel 2 van de nieuwe Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (zie artikel V, onderdeel A, van het wetsvoorstel).

Om te voorkomen dat er eventueel onduidelijkheid ontstaat over de verhouding tussen de verplichtingen uit hoofde van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds ten opzichte van het bepaalde in het Burgerlijk Wetboek, is dit expliciet in het wetsvoorstel geregeld.

Artikel 665a

De leden van de VVD-fractie willen graag vernemen wat de gevolgen zijn indien niet wordt voldaan aan de informatieplicht jegens werknemers en in de onderneming geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging aanwezig is.

Artikel 665a verplicht werkgevers de werknemers die betrokken zijn bij de overgang van de onderneming tijdig te informeren over (onder meer) het voorgenomen besluit tot overgang in het geval dat geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld. De werknemers moeten op een zodanig tijdstip in kennis worden gesteld van de voorgenomen overgang dat zij nog hun mening kunnen geven voordat de overgang zijn beslag krijgt. Zoals in de memorie van toelichting is opgemerkt betekent dit voor de verkrijger dat hij de informatie moet verstrekken voordat de werknemers rechtstreeks door de overgang in hun arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden worden getroffen. Indien de voorgescreven informatie niet of niet tijdig wordt verstrekt aan de werknemers, is dat een onrechtmatige daad in relatie tot hen. De werknemers kunnen vergoeding van de door hun geleden schade vorderen. De overgang als zodanig kan niet worden aangetast.

De leden van de RPF- en GPV-fractie zijn van mening dat ook werknemers van ondernemingen die geen personeelsvertegenwoordiging hebben, op grond van de wet in staat moeten zijn de werkgever te adviseren over een voorgenomen besluit tot overgang dan wel verwerving.

In artikel 7 lid 6 van de richtlijn is bepaald dat de werknemers geïnformeerd moeten worden over de overgang. Deze bepaling is met name van toepassing indien er geen personeelsvertegenwoordiging in de onderneming aanwezig is. De informatie moet tijdig worden geleverd zodat de werknemers in de gelegenheid zijn om hierop te reageren. Zij kunnen dit doen door hun vakbond te informeren of te overleggen met hun werkgever over de consequenties van de overgang. Ondernemingen zonder personeelsvertegenwoordiging zullen in het algemeen kleine bedrijven zijn met maximaal tien werknemers en in sommige situaties bedrijven met maximaal 49 werknemers, aangezien grotere bedrijven werknemers de gelegenheid moeten geven een ondernemingsraad in te stellen. Voor kleine bedrijven geldt deze verplichting niet, maar is het gebruikelijk dat indien informatie wordt verstrekt er ook met de werknemers wordt overlegd over de situatie. In dit overleg kunnen de werknemers hun standpunten en adviezen naar voren brengen. Er is geen aanleiding om een adviesrecht voor kleine ondernemingen in de wet op te nemen.

Artikel 670

De leden van de VVD-fractie vragen of de overeenkomst die een uitzendbureau aangaat met een inhurend bedrijf van rechtswege overgaat naar de verkrijgende onderneming, aangezien een uitzendkracht bij overgang

van een uitzendbureau mee overgaat naar de nieuwe onderneming. Deze leden stellen voorts de vraag wat de gevolgen van een overgang zijn voor werknemers met flexibele arbeidscontracten, zoals uitzendkrachten en gedetacheerde werknemers.

In het door deze leden geschetste geval zal er een arbeidsovereenkomst bestaan tussen het uitzendbureau en de persoon die uitgeleend kan worden. Voorts zal er een uitleenovereenkomst bestaan tussen het uitzendbureau en het inhurende bedrijf. Indien de onderneming van het uitzendbureau overgaat op een andere onderneming, is het gevolg dat (de arbeidsovereenkomst van) de uitzendkracht van rechtswege overgaat op de verkrijgende onderneming. Het rechtsgevolg van de overgang van onderneming kan verschillen ten aanzien van de uitleenovereenkomst. Deze overeenkomst kan onder algemene titel worden verworven bijvoorbeeld in het geval van een juridische fusie tussen het uitzendbureau en de verkrijgende vennootschap. In dat geval wordt het gehele vermogen van het uitzendbureau – inclusief de uitleenovereenkomst – verworven door de verkrijger. Indien een activa-passiva overeenkomst is gesloten door het uitzendbureau en de verkrijger gaat de uitleenovereenkomst niet van rechtswege over. In dat geval moet de verkrijger de uitleenovereenkomst overnemen, hetgeen de instemming van het inlenende bedrijf behoeft. Het voorgaande geldt ook voor gedetacheerde werknemers.

Artikel II (Wijziging van de Faillissementswet)

Artikel 5

De leden van de SP-fractie stellen een aantal vragen naar aanleiding van artikel 5 lid 2 onderdeel a (na vernummering artikel 4 bis lid 2 onder a) van de gewijzigde richtlijn, welk artikel de mogelijkheid geeft te bepalen dat schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding en die verschuldigd zijn voor de overgang of een insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger. Gevraagd wordt of deze schulden vervallen of dat de oude werkgever daarvoor verantwoordelijk blijft. Ook wordt gevraagd naar de rechten van de oude werknemer. Voorts wordt gevraagd naar de casus waarin een dergelijk geval speelt en hoe de huidige regeling luidt.

Artikel 4bis van de richtlijn heeft een facultatief karakter. De lidstaten mogen bepalen dat – samengevat – schulden van een werkgever aan een werknemer die reeds bestaan voor de datum van de overgang van een onderneming – niet overgaan op de verkrijger. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat op dit punt een beslissing zal worden genomen in het kader van de tweede fase van de herziening van de Faillissementswet. Onder de huidige regeling gaan alle bestaande verplichtingen van de vervreemder jegens zijn werknemers op de verkrijger over wanneer een overgang van onderneming plaatsvindt. Voorts bepaalt artikel 663 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek dat de vervreemder nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden is voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan voor de overgang.

Indien de wet alsnog zou bepalen dat bestaande schulden van de vervreemder die verband houden met een arbeidsovereenkomst niet overgaan op de verkrijger, dan zouden deze schulden niet automatisch vervallen. De schulden vloeien voort uit de arbeidsovereenkomst die voor de overgang is gesloten met de vervreemder. De werknemer kan eisen dat hetgeen aan hem verschuldigd is door de oorspronkelijke werkgever alsnog wordt voldaan. Hiervoor geldt de reguliere verjaringstermijn.

De leden van de PvdA-fractie vragen of de regeling dat een faillissement kan worden vernietigd omdat het is aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming, de werknemer uiteindelijk ten goede komt, dan wel dat hij van de regen in de drup geraakt omdat de werknemer dan terug komt in een bedrijf dat aan de rand van een faillissement stond.

In het geval van een overgang van onderneming na faillietverklaring kunnen werknemers geen beroep doen op de bescherming van artikel 663 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Werknemers kunnen derhalve door de curator worden ontslagen. Wanneer aan de aanvraag van het faillissement misbruik ten grondslag ligt, kan de faillietverklaring worden vernietigd. De opzegging door de curator van de arbeidsovereenkomst wordt in dat geval beheerst door het recht dat van toepassing is buiten faillissement. De werknemer kan als gevolg daarvan een schadevergoeding vorderen, maar kan zich desgewenst ook beroepen op de nietigheid van het ontslag. Welke keuze hij maakt, zal afhangen van de omstandigheden waarin de werknemer zich bevindt. Indien hij reeds een andere werkkring heeft gevonden zal hij bijvoorbeeld geen behoefte hebben aan een nietigverklaring van het ontslag. Indien de werknemer geen ander werk heeft en de curator de onderneming van de failliet heeft overgedragen, kan het voor de werknemer echter aantrekkelijk zijn dat de faillietverklaring wordt vernietigd. De werknemer kan zich dan alsnog beroepen op de bescherming van artikel 663 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 13a van de Faillissementswet voorkomt dat een werknemer in een misbruikgeval geen middelen heeft om zijn recht te halen.

Deze leden wilden overigens graag vernemen of er in het kader van de sociale verzekeringswetgeving (Werkloosheidswet) consequenties zijn wanneer een werknemer nalaat de nietigheid van een opzegging in te roepen dan wel schadevergoeding te vorderen.

De Werkloosheidswet (WW) verplicht de werknemer te voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt. Deze verplichting houdt onder meer in dat de werknemer moet voorkomen dat zijn arbeidsovereenkomst eindigt zonder dat aan de voortzetting ervan zodanige bezwaren zijn verbonden, dat deze voortzetting niet van hem kan worden gevegd. De werknemer die door het inroepen van de nietigheid van de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst kan voorkomen dat hij werkloos wordt, behoort dit in het algemeen te doen.

De werknemer kan de nietigheid van de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst inroepen als hij in een faillissementssituatie is ontslagen en vervolgens de faillietverklaring op grond van artikel 13a Faillissementswet wordt vernietigd. Bij de toepassing van de WW zal van geval tot geval beoordeeld moeten worden of de werknemer gehouden is de nietigheid van de opzegging in te roepen.

Voor het vorderen van een schadevergoeding geldt mutatis mutandis hetzelfde. Vernietiging van de faillietverklaring op de in artikel 13a FW genoemde grond heeft tot gevolg dat voor de opzegging weer de reguliere (wettelijke of contractuele) opzegtermijnen gelden. Indien de curator tegen een kortere termijn heeft opgezegd, kan de werknemer op grond van artikel 677 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek een schadevergoeding vorderen. De toewijzing van deze vordering leidt tot een latere ingangsdatum van de werkloosheid. Afzien van een schadevergoeding kan daarmee een overtreding opleveren van de verplichting om de WW-fondsen niet te benadelen (artikel 24, zesde lid, WW). Of de werknemer in de hier beschreven situatie gehouden is de vordering in te stellen, zal ook van geval tot geval beoordeeld moeten worden.

Artikel IV (Wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet)

De leden van de PvdA-fractie vragen een reactie op het advies van de Raad van State om nader te bezien of artikel 36 moet worden gehandhaafd.

Deze leden stellen hun vraag – zo wordt afgeleid uit de tekst van het advies van de Raad van State – ten aanzien van artikel 3b van de Pensioen- en spaarfondsenwet. In het nader rapport is aangegeven dat het kabinet niet beoogt te regelen dat de pensioentoezegging voor de werknemers van de vervreemder met terugwerkende kracht wordt gedaan. De pensioentoezegging gaat gelden vanaf het moment van overname. De verkrijger behoeft derhalve geen pensioen toe te kennen over de dienstjaren van de werknemers bij de vervreemder. Hierdoor kan er geen sprake zijn van backserviceverplichtingen, die voortvloeien uit de arbeidsrelatie van de overgenomen werknemers met de vervreemder. Er kan echter wel een financieringsachterstand ontstaan. Door het verbieden van de zogenaamde uitstelfinanciering via de wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet bij wet van 22 december 1999, dient uiterlijk 13 weken na het einde van een kalenderjaar elke pensioenverplichting te zijn gefinancierd, tenzij gebruik kan worden gemaakt van de door de wet geboden overgangstermijn. Bovendien geldt op grond van artikel 663, tweede zin, dat de vervreemder nog gedurende een jaar na de overgang hoofdelijk verbonden is voor wat betreft de nakoming van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan voor de overgang van de onderneming. Dat geldt ook voor de pensioenregelingen en eventuele financieringsachterstanden die, ondanks de inwerkingtreding van de wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet, nog zouden bestaan. Het risico waarop de Raad van State wijst is hierdoor acceptabel. Bovendien zal in de onderhandelingen die de verkrijger en de vervreemder over de overname voeren rekening kunnen worden gehouden met een eventuele financieringsachterstand.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

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