Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://hdl.handle.net/11245/2.24645

File ID uvapub:24645
Filename 83_-_QI_september_2001.pdf
Version unknown

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):
Type article - letter to the editor
Title Commentaar bij JAR 2002/198
Author R.M. Beltzer
Faculty FdR: Hugo Sinzheimer Instituut (HSI)
Year 2002

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://hdl.handle.net/11245/1.201159

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)
(pagedate: 2014-08-14)

Wetsvoorstel overgang van ondernemingen

Op het moment van schrijven van deze bijdrage (7 september 2001) ligt wetsvoorstel 27 469 ter uitvoering van de EU-Richtlijn 98/50 van 29 juni 1998 (kortweg: Richtlijn overgang van ondernemingen) ter behandeling bij de Eerste Kamer. Stemt de Eerste Kamer met dit wetsvoorstel in (en dat ligt in de verwachting) dan brengt dit een aantal veranderingen mee ten aanzien van de bestaande wetgeving met betrekking tot overgang van ondernemingen. In onderstaand overzicht staan de belangrijkste wijzigingen opgenomen.

1. Restyling van het ondernemingsbegrip

Artikel 7:662 BW bevat momenteel geen definitie van het ondernemingsbegrip, anders dan dat het bepaalt dat onder een onderneming tevens een dienst of instelling valt. Dat is niet vreemd, nu de oude Richtlijn overgang van ondernemingen (77/187), waar de huidige artikelen 7:662 e.v. BW op zijn gebaseerd, ook geen definitie bevatte. Het begrip is in de loop der jaren door overvloedige rechtspraak van het Hof van Justitie ingekleurd.[1] Deze inkleuring heeft vervolgens haar beslag gekregen in Richtlijn 98/50. Het voorgestelde, nieuwe art. 7:662 BW neemt die definitie over. Een overgang van onderneming wordt omschreven als

> "de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, ten gevolge van een overeenkomst, fusie of splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt."[2]

Inhoudelijke wijziging ten opzichte van het verleden is niet beoogd. Helder is de bepaling niet (evenmin als zij dat in de Richtlijn is), dus wie alle ins en outs van het ondernemingsbegrip wil weten, doet er nog steeds verstandig aan de rechtspraak op dit punt te lezen.

2. Wie worden beschermd?

De plaatsing van de artikelen 7:662 e.v. BW geeft reeds aan dat alleen werknemers worden beschermd. Vorig jaar bepaalde het Hof van Justitie dat een uitbreiding van de werkingssfeer tot ambtenaren ("zij, die onder een publiek statuur vallen") niet is beoogd, al staat het lidstaten vrij zulks toch te doen. Dit brengt mee dat ambtenaren die met een privatisering te maken krijgen, zich niet op de artikelen 7:662 e.v. BW kunnen beroepen.[3] Werknemers die als gevolg van een deprivatisering ambtenaar worden, kunnen dat wel.[4] De wetgever gaat in de MvT uitgebreid in op het feit dat voor ambtenaren in het wetsvoorstel dus niets hoeft te worden geregeld,[5] maar is tegelijkertijd vergeten iets voor deprivatisering te regelen. Wel heeft de wetgever op een ander punt strijd met Richtlijn 98/50 opgelost: in het eerste lid van het voorgestelde artikel 7:662 BW is bepaald dat de artikelen 7:662 e.v. BW, in afwijking van artikel 7:615 BW, ook van toepassing zijn op arbeidscontractanten.

---

[1] Zie o.a. HvJEG 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502 (Spijkers), HvJEG 14 april 1994, *JAR* 1994/107 (Schmidt), HvJEG 12 november 1992, *JAR* 1993/15 (Watson Rask), HvJEG 19 september 1995, *NJ* 1996, 520 (Rygaard), HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91 (Süzen) en HvJEG 25 januari 2001, JAR 2001/68 (Oy Liikenne Ab).
[2] De definitie wijkt op enkele, hier niet nader te noemen punten af van de richtlijntekst.
[3] HvJEG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 (Collino & Chiappero).
[4] HvJEG 26 september 2000, *JAR* 2000/239 (Mayeur).
[5] *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 469, nr. 3, p. 4-6 en 9.

3. Opzegverbod

Ontslag wegens de overgang is niet toegestaan, aldus het Hof van Justitie, en, in navolging daarvan, de Hoge Raad.[6] Dat zou immers het doel van de artikelen 7:662 e.v. BW – automatische overgang van de werknemers met behoud van al hun rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst – frustreren. Dit verbod krijgt in het voorgestelde artikel 7:670 lid 8 BW een wettelijke basis.[7] De werknemer heeft twee maanden de tijd zich op deze grond te beroepen. Niet in de wet is opgenomen dat ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen (kortweg "ETO-redenen") nochtans is toegestaan. Nu de wetgever hierover zwijgt, mag aangenomen worden dat hij niet heeft beoogd op dit punt van Richtlijn 98/50 af te wijken.

4. Pensioen

Van oudsher waren pensioenrechten en –verplichtingen van de verplichte overgang uitgesloten. Artikel 7:664 BW bepaalt dat expliciet voor pensioenen in de zin van de PSW. Hoewel Richtlijn 98/50 op dit punt niets voorschrijft, komt daar verandering in. Het voorgestelde artikel 7:664 BW bepaalt dat de door de vervreemder gedane pensioentoezegging in principe overgaat op de verkrijger. Belangrijkste uitzondering op die regel is dat de verkrijger aan de werknemers die overgaan dezelfde pensioentoezegging doet als hij aan zijn reeds zittende werknemers heeft gedaan (ook als die toezegging slechter is dan de regeling die voor eerstgenoemde werknemers vóór de overgang hadden). De uitzondering die voorheen voor directeuren-grootaandeelhouders gold (artikel 7:664 lid 3 BW), vervalt. Zij worden gelijk behandeld als 'gewone' werknemers. Artikel 14a Wet CAO (dat ziet op de overgang van rechten en verplichtingen in een CAO) wordt aangepast in die zin, dat uitkomt dat ook in een CAO opgenomen pensioenrechten en –verplichtingen overgaan.

5. Medezeggenschap

Richtlijn 98/50 schrijft informatieverstrekking aan de werknemers voor. In Nederland geldt die plicht voor de werkgever tot nu toe alleen ten aanzien van de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging. Door de introductie van een nieuw artikel 7:665a BW wordt deze lacune aangevuld: indien in een onderneming geen ondernemingsraad en geen personeelsvertegenwoordiging aanwezig zijn, de werkgever zijn werknemers die betrokken zijn bij een overgang van onderneming van een aantal zaken op de hoogte stelt. Het gaat hier onder meer om de voorgenomen datum van overgang, de reden ervan en de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen. Opmerkelijk is de plaatsing van het artikel: niet in de WOR, maar in het BW.

6. Faillissement

De toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW, ongeacht de feitelijke situatie bij vervreemder of verkrijger, heeft geleid tot het zoeken naar wegen om deze toepasselijkheid te voorkomen. Een rigoureuze manier is het bewerkstelligen van het faillissement van de vervreemder: ingevolge artikel 7:666 BW zijn de artikelen 7:662-665 BW alleen dan niet van

---

[6] HvJEG 15 juni 1988, *NJ* 1990, 247 (Bork) en HR 29 december 1995, *JAR* 1996/29 (Buyck/Van den Ameele).

[7] Het huidige achtste lid wordt vernummerd tot lid 9.

toepassing. In de bekende Ammerlaan-zaak[8] is het aanvragen van faillissement met als doel de automatische overgang van werknemers te voorkomen als misbruik bestempeld. Dergelijk misbruik kan tot vernietiging van het faillissement leiden. Werknemers ontlenen aan deze vernietiging echter niet het recht terug in dienst te keren, nu door de curator verrichte handelingen – zoals gedane opzeggingen – ingevolge artikel 13 Fw. niet kunnen worden teruggedraaid. Richtlijn 98/50 verplicht in artikel 5 lid 4 de lidstaten de nodige maatregelen te treffen 'om frauduleuze insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen." De Nederlandse wetgever is van mening dat artikel 13 Fw. onvoldoende waarborgen biedt om aan de richtlijnbepaling te voldoen. Daarom heeft hij een nieuw artikel 13a Fw. voorgesteld:

> "Indien de faillietverklaring wordt vernietigd wordt de opzegging van een arbeidsovereenkomst door een curator, in afwijking van artikel 13, eerste lid, met terugwerkende kracht beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement, met dien verstande dat de termijnen, bedoeld in artikel 683 leden 1 en 2 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en in artikel 9, derde lid, van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, aanvangen op het tijdstip waarop het faillissement wordt vernietigd."

Opmerkelijk is dat het er niet toe doet waarom het faillissement wordt vernietigd. In de eerste versie van het artikel stond nog als eis opgenomen dat het faillissement was aangevraagd "met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer". Misbruik of niet, na vernietiging worden gedane opzeggingen met terugwerkende kracht beheerst door ' de normale regels'. Dat brengt mee dat een werknemer zicht er na vernietiging van het faillissement op kan beroepen dat voor hem ten onrechte geen ontslagvergunning is gevraagd.

De Faillissementswet wordt op nog drie punten gewijzigd. Aan de artikelen 5 en 72 Fw. wordt een tweede lid toegevoegd, artikel 67 Fw. wordt gewijzigd. Deze wijzigingen zijn vanuit materieelrechtelijk oogpunt niet interessant; ik ga er derhalve niet op in.[9] Niet gewijzigd is een onderwerp dat vanuit praktijk en wetenschap nogal eens als een probleem is ervaren: de aansprakelijkheid van de vervreemder voor alle schulden, ook die, die vóór de overgang zijn ontstaan (denk aan niet-betaald loon). Richtlijn 98/50 biedt lidstaten de mogelijkheid te bepalen dat in geval van overgang van onderneming van een insolvente onderneming (in Nederland: ondernemingen aan wie surseance van betaling is verleend of die failliet zijn verklaard) de verkrijger niet aansprakelijk is voor oude schulden. In verband met het lopende MDW-project "modernisering Faillissementswetgeving" heeft de wetgever ervoor gekozen deze mogelijkheid (vooralsnog) niet in wetgeving om te zetten.[10]

Ten slotte

Al met al brengt het wetsvoorstel een aantal nuttige correcties mee: het ondernemingsbegrip loopt nu redelijk in de pas met dat uit Richtlijn 98/50, het werknemersbegrip is verduidelijkt, 'misbruik van faillissementsrecht' wordt in zekere zin geredresseerd en de informatieplicht wordt uitgebreid. Grootste verandering is de overgang van pensioenrechten en –plichten, een verandering die niet door de Europese wetgever wordt geëist.

---

[8] Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *JOR* 1996/16.
[9] Geïnteresseerden verwijs ik naar *SMA* 2001, p. 299-314.
[10] De werkgroep die zich met dit project bezighoudt zal zich ook buigen over Richtlijn 98/50.