

(door overlegging van de beschikking en zonodig verzoekschrift en verweerschrift) in antwoord op de vraag in het aanvraagformulier voor de WW-uitkering naar de wijze waarop het dienstverband is geëindigd. Ook hetgeen de overeenkomst als eigenlijke overeenkomst bevat - de gevolgen van het einde van het dienstverband vallen, zoals hierboven aangegeven niet onder de hiervoor geciteerde 'feiten en omstandigheden'.

Ook al is er ten aanzien van de overeenkomst geen spontane informatieplicht aan de bedrijfsvereniging, wanneer de bedrijfsvereniging de overeenkomst opvraagt, bestaat er geen bezwaar tegen die overeenkomst over te leggen. Hoewel de werknemer op grond van art. 25 WW daartoe, onzes inziens, niet gehouden is, heeft hij terzake ook niets te verbergen en worden door overlegging van de overeenkomst onnodige geschillen met de bedrijfsvereniging vermeden. Tenslotte merken wij, mede in het kader van de informatieplicht, op dat indien de bedrijfsverenigingen zouden vragen overlegging van alle stukken en correspondentie welke met het ontslag te maken hebben of daaraan vooraf zijn gegaan, de werknemer uitsluitend die correspondentie en stukken behoeft over te leggen die, 'waarvan hem redelijkerwijs duidelijk moet zijn dat zij van invloed kunnen zijn op het recht op uitkering (etc.)' als hierboven geciteerd uit art. 25 WW. Daaronder valt in ieder geval niet de correspondentie tussen de werknemer en zijn advocaat en tussen de advocaten onderling, omdat zich dat niet verdraagt met de vertrouwensrelatie tussen cliënt en advocaat en de geheimhoudingsplicht van de advocaat. Dat is tot nu toe ook, steeds voorzover ons bekend, door de bedrijfsverenigingen onder de vigeur van het oude art. 50a Organisatiewet Sociale Verzekeringen, dat eenzelfde informatieplicht reeds bevatte, aanvaard.

Wij hopen met het bovenstaande de praktijk een middel te hebben aangereikt om, door de wetwijziging onbedoelde, nodeloze geschillen en procedures tussen werkgevers en werknemers te voorkomen danwel in ieder geval te beperken.

De werknemer die weigert over te gaan

W.J.M. van Tongeren*

55 Onder de titel: Opdracht + enige werknemers is 'onderneming'? bespreekt mr. M.O. Meulenbelt in ArbeidsRecht 1996 6/7, nr. 39, pag. 5 het arrest van het Hof van Justitie EG van 7 maart 1996, (Merckx / Ford), intussen gepubliceerd in JAR 16 augustus 1996/196.

Mr. Meulenbelt bespreekt met name het aspect van de overgang van een onderneming. Aan het eind staat hij even stil bij de weigerende werknemer, de werknemer die zich verzet tegen de overgang van rechtswege. Ik wil daar wat langer bij stil staan.

— Een weigering...

Ingeval van een overgang van een onderneming of een onderdeel daarvan treden de in die onderneming of de bij dat onderdeel werkzame werknemers van rechtswege in dienst van de verkrijger van de onderneming of het onderdeel. In het verlengde van art. 3, lid 1 van de Richtlijn 77/188/EEG is met het oog op het behoud van de rechten van de werknemers in art. 7A:1639bb BW een contractsovername geformuleerd. In het algemeen zal een werknemer geen reden hebben om de verkrijger van de onderneming niet te accepteren als zijn (toekomstige) werkgever. Toch is dat wel denkbaar; de werknemer moet gaan reizen omdat de verkrijger na de overgang de onderneming verplaatst en/of samenvoegt met de zijne; de werknemer wordt geconfronteerd met een bedrijfscultuur die hij verwerpt; de werknemer ziet dat hij vanwege de grootte van de organisatie van de verkrijger minder promotiekansen heeft etc. Art. 7A:1639dd BW - dat mede dient om de aanspraken van de werknemer op een WW-uitkering veilig te stellen, de betekenis waarvan na het in werking treden van de Wet boeten per 1 augustus 1996 is toegenomen - bepaalt dat als de overgang van de onderneming een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en vervolgens de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden de ontbinding met het oog op het toekennen van een vergoeding voor rekening van de werkgever komt. De werkgever in art. 7A:1639dd BW zal de verkrijger van de onderneming zijn. Eerst

* Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat bij Derks, Star Busmann, Hanotiau te Utrecht.

na indiensttreding bij de verkrijger van de onderneming – zo veronderstelt kennelijk de wetgever in art. 7A:1639dd BW – zullen de omstandigheden ten nadele van de werknemer voor de werknemer zichtbaar worden.

Het is ook denkbaar dat de omstandigheden ten nadele van de werknemer op voorhand zichtbaar zijn. En dat de werknemer op voorhand bezwaar maakt tegen het als werknemer mee overgaan, en uiteindelijk besluit om niet mee over te gaan. De vraag is dan of die werknemer een beroep kan doen op art. 7A:1639dd BW. Het Europese Hof heeft meer dan eens, ook weer in de zaak Merckx/Ford overwogen dat werknemers niet kunnen worden gedwongen in dienst te treden bij de verkrijger van de onderneming. In het arrest van het Europese Hof van 16 december 1992, de zaak Katsikas/Konstantinidis, (gepubliceerd in JAR 1993/64) heet het dat een verplichting van de werknemer om in dienst te treden bij de verkrijger van de onderneming een aantasting zou zijn van de *droits fondamentaux du travailleur*, die immers vrij moet zijn zijn werkgever te kiezen. In het Merckx/Ford-arrest wordt overwogen dat als de werknemer weigert in dienst van de verkrijger van de onderneming te treden het aan de lidstaten is te beslissen wat er met de arbeidsovereenkomst met de vervreemder dient te geschieden. De lidstaten kunnen bepalen dat de arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn opgezegd op initiatief van hetzij de werknemer, hetzij de werkgever en wat verder de rechtsgevolgen zijn.

— En dan...

De Nederlandse wetgever heeft niet de rechtsgevolgen geregeld van de weigering van de werknemer om in dienst te treden van de verkrijger van de onderneming. Dat heeft in feite de Hoge Raad – later – wel gedaan. In zijn arrest van 7 oktober 1988 (NJ 1989, 240) overweegt de Hoge Raad dat als de werknemer niet in dienst wil treden bij de verkrijger van de onderneming de arbeidsovereenkomst met de overdragende werkgever per het tijdstip van de overgang van de onderneming van rechtswege een einde neemt. De Kantonrechter te Arnhem, in zijn Beschikking van 14 februari 1995 (NJ 1995, 508), gaat eveneens van die opvatting uit. Nadat een werknemer aanvankelijk uitdrukkelijk, had geweigerd om bij de verkrijger van de onderneming in dienst te treden – een weigering is alleen een weigering als die uitdrukkelijk is – vroeg die werknemer later ontbinding zowel van de met de overdrager van de onderneming in zijn ogen nog bestaande arbeidsovereenkomst als ook van de met de verkrijger van de onderneming bestaande arbeidsovereenkomst. De kantonrechter oordeelde dat er niets meer te ontbinden was en verklaarde de werknemer

niet-ontvankelijk in zijn verzoeken. De gedachte moet zijn dat de overdragende werkgever zijn onderneming kwijt is en de werknemer niet langer tewerk kan stellen en dat bij degene die de werknemer wel tewerk kan stellen de werknemer niet in dienst wil zijn. De uitkomst van deze logisch wel verdedigbare redenering is weinig bevredigend. Het gaat aan de ene kant in de Richtlijn 77/188/EEG om het behoud van de rechten van de werknemers terwijl vervolgens de *droits fondamentaux* de werknemer de das omdoen. Het ligt voor de hand om ervan uit te gaan dat als de werknemer constateert dat er sprake is van een wijziging na de omstandigheden ten nadele van hem de werknemer kan kiezen bij de overdrager in dienst te blijven. Het is dan aan de overdrager van de onderneming om naar een oplossing te zoeken.

— Wat is verstandig?

Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad doet een werknemer in Nederland er niet verstandig aan te weigeren in dienst te treden van de verkrijger van de onderneming. Weigeren betekent het verlies van de arbeidsovereenkomst. En als gevolg daarvan het verlies van (eventuele) actiemogelijkheden op grond van de (immers van rechtswege geëindigde) arbeidsovereenkomst. Een actie op grond van onrechtmatig handelen aan de kant van de overdrager of verkrijger van de onderneming zal immers hoge uitzondering zijn. Een werknemer doet er verstandig aan om *het* – de overgang – allemaal maar te laten gebeuren en in het voorkomende geval ontbinding te vragen van de met de verkrijger van de onderneming bestaande (aanstaande) arbeidsovereenkomst, in welk geval, ervan uitgaande dat er sprake is van een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer, de ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor rekening van de (nieuwe) werkgever komt.

Wat verandert er na het Merckx/

Ford-arrest?

In het Merckx/Ford-arrest lijkt het Europese Hof de weigerende werknemer tegemoet te komen. Overwogen wordt dat als de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding wordt verbroken wegens een wijziging van het niveau van het aan de werknemer toegekende loon de lidstaten *verplicht* zijn op grond van art. 4, lid 2 van de Richtlijn te bepalen dat de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding wordt verbroken door toedoen van de werkgever. De werkgever in art. 4, lid 2 en in het arrest Merckx/Ford is de overdrager van de onderneming. Immers, hij draagt over en veroorzaakt aldus de wijziging van het niveau van het aan de werknemer toegekende loon. Omdat de werknemer – ook – niet gedwongen kan worden in

dienst te treden van de verkrijger van de onderneming heeft de werknemer op de verkrijger geen aanspraak. Het ging in het arrest van het Hof over een wijziging van het niveau van het aan de werknemer toegekende loon. Blijkens de toelichting op art. 7A:1639dd BW – welke bepaling de werknemer (slechts) een aanspraak geeft op de verkrijger van de onderneming – werd daarbij gedacht aan ‘lichtere’ gevallen. Kennelijk werd een wijziging van het niveau van het loon, gelet op de strekking van de Richtlijn, het behoud van de rechten van de werknemers, niet waarschijnlijk verondersteld. Ik moet aannemen dat de jurisprudentie van de Hoge Raad in zoverre niet langer verenigbaar is met de jurisprudentie van het Europese Hof dat als de werknemer weigert om in dienst te treden bij de verkrijger van de onderneming omdat er sprake is van een wijziging van het niveau van het aan de werknemer toegekende loon, de met de overdrager van de onderneming bestaande arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt, maar moet worden beschouwd als door de overdrager van de onderneming te zijn opgezegd, tenzij zou moeten worden aangenomen dat de werknemer in dat geval in dienst blijft van de overdrager van de onderneming. Als wordt uitgegaan van een opzegging dan zal die opzegging in beginsel als kennelijk onredelijk moeten gelden. Het in dienst komen van de werknemer, ondanks zijn weigering, bij de verkrijger van de onderneming, tegen wie hij dan in de zin van art. 7A:1639dd BW een actie zou hebben, is geen optie.

Ten slotte

In Nederland is de positie van de weigerende werknemer niet geregeld. De jurisprudentie van de Hoge Raad, die inhoudt dat de arbeidsovereenkomst met de overdrager van de onderneming per het tijdstip van de overgang van rechtswege een einde neemt, is niet bevredigend en niet verenigbaar met het Merckx/Ford-arrest, ten minste in zoverre het gaat om een werknemer die te maken krijgt met een lager loon. Art. 7A:1639dd BW zou op eenvoudige wijze kunnen worden aangepast in die zin dat ingeval van een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer de werknemer kan kiezen bij de overdrager van de onderneming in dienst te blijven. Uiteindelijk zal ingeval van geschil de rechter moeten oordelen of er inderdaad sprake is van een wijziging in de omstandigheden ten nadele van de werknemer, die de weigering rechtvaardigde – welke wijziging dan voor rekening van de overdrager van de onderneming is.

OUDERSCHAPSVERLOF

J.J. Dijk*

- 56 Momenteel staat het recht op parttime werk volop in de (politieke) discussie. Een goed moment om eens te kijken welke problemen het recht op ouderschapsverlof ex art. 7A:1638oo BW, dat op 1 januari 1991 is ingevoerd, met zich mee heeft gebracht. Hieronder volgt een overzicht van de jurisprudentie met betrekking tot ouderschapsverlof. Dit overzicht wordt voorafgegaan door een korte behandeling van de hoofdlijnen van het recht op ouderschapsverlof.**

Art. 7A:1638oo BW

Het recht op ouderschapsverlof geeft werknemers de mogelijkheid om gedurende een periode van maximaal zes maanden onbetaald verlof op te nemen ten behoeve van de verzorging van jonge kinderen. Dit verlof dient aaneengesloten te worden opgenomen en de werktijd kan niet verder worden teruggebracht dan tot 20 arbeidsuren per week. Gedurende het verlof blijft de bestaande arbeidsovereenkomst ongewijzigd voortbestaan. Dit betekent dat de werknemer zijn normale functie tijdens (en na) het verlof moet kunnen blijven vervullen en dat ook de arbeidsvoorwaarden in beginsel gelijk blijven, met dien verstande dat de verlofuren niet worden uitbetaald.

Recht op ouderschapsverlof heeft de werknemer die in een familierechtelijke betrekking staat tot het te verzorgen kind, alsook de werknemer die op hetzelfde adres woont als het kind en duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind als eigen kind op zich heeft genomen. Dit betekent dat meerdere personen ten aanzien van één kind aanspraak kunnen maken op ouderschapsverlof: de vader van het kind dat staande het huwelijk is geboren, maar die niet op hetzelfde adres als het kind woont, en ook de nieuwe partner van de moeder die wel op hetzelfde adres woont als het kind en die de verzorging van het kind op zich heeft genomen. Verder geldt als vereiste dat het kind ten behoeve van wiens verzorging het verlof wordt gevraagd jonger moet zijn dan vier jaar (kind is nog niet toegelaten tot de basisschool) en dat de werknemer minstens een jaar bij dezelfde werkgever in Nederland heeft gewerkt.

Het verlof dient twee maanden voor de ingangsdatum

* Mevr. mr. drs. J.J. Dijk is advocaat bij Boekel de Nerée te Amsterdam.