

## EG-richtlijn mist horizontale werking: pensioenregeling gaat niet over bij bedrijfs-overgang

W.P.M. Thijssen<sup>1</sup>

**18 De Rechtbank Amsterdam heeft in een vonnis van 14 december 1994 (JAR 1995/14) beslist dat de EG-richtlijn voor overgang van ondernemingen geen horizontale werking heeft. Deze EG-richtlijn heeft in Nederland geleid tot de Wet overgang van ondernemingen (Wet van 15 mei 1981, Stb. 1981, 400). Het gevolg is dat werknemers geen rechten aan de EG-richtlijn kunnen ontlenen ten opzichte van hun werkgever. Het vonnis van de rechtbank had betrekking op de wettelijke uitzondering voor pensioen.**

### De richtlijn en de Wet overgang van ondernemingen

De EG-richtlijn waar het om gaat is de 'Richtlijn van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Statens betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan' (RL 77/187/EEG; Pb. EG L 61 van 15 maart 1971, blz. 26). De Richtlijn heeft betrekking op activa/passiva-transacties (bedrijfsfusies). Doel van de Richtlijn is om de rechtspositie van werknemers ingeval van bedrijfsfusie te versterken, met name door het behoud van rechten veilig te stellen. Doel was tevens om verschillen in de nationale wetgevingen van de Lid-Statens op dit punt te verkleinen.

### Inhoud van de richtlijn

De richtlijn geeft voorschriften voor de inhoud van de wetgeving van de Lid-Statens. Verplichtingen van de vervreemder uit hoofde van op het tijdstip van de bedrijfsovergang bestaande arbeidsovereenkomsten gaan over op de verkrijger. De Lid-Statens mogen in hun nationale wetgeving bepalen dat de vervreemder van een onderneming na de overgang naast de verkrijger aansprakelijk is voor verplichtingen uit hoofde

van de arbeidsovereenkomsten die op de verkrijger zijn overgegaan (art. 3, lid 1 van de Richtlijn).

Een uitzondering op de overgang van rechtswege geldt voor pensioenaanspraken uit hoofde van aanvullende pensioenregelingen. De Richtlijn beperkt zich daarbij tot ouderdomspensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen en nabestaandenpensioen. Verder beperkt de Richtlijn zich tot pensioenaanspraken die 'voor één of meer bedrijfstakken' gelden. De Lid-Statens moeten in hun wetgeving bepalingen opnemen dat opgebouwde aanspraken op ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen niet vervallen ten gevolge van de overgang van de onderneming waaraan deze aanspraken worden ontleend (art. 3, lid 3 van de Richtlijn).

De Richtlijn heeft in Nederland geresulteerd in de al genoemde Wet overgang van ondernemingen. Deze wet heeft geleid tot de invoering van de artt. 7A:1639aa-7A:1639dd BW (in de huidige nummering); art. 14a Wet op de CAO en art. 2a van de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van CAO's.

### Inhoud van de Wet overgang van ondernemingen

Verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten gaan ingeval van een overgang van een onderneming over van de vervreemder op de verkrijger. Van de mogelijkheid om aansprakelijkheid van de vervreemder voor de verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten na de bedrijfsovergang te laten voortbestaan is gebruik gemaakt. De vervreemder blijft voor een periode van één jaar naast de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten die zijn overgegaan, voorzover deze verplichtingen zijn ontstaan vóór de overgang van de onderneming (art. 7A:1639bb BW). Er geldt een uitzondering voor pensioenen: de overgang van rechtswege en de in de tijd beperkte hoofdelijkheid gelden niet voor pensioenen waarop de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) van toepassing is (art. 7A:1639cc, lid 1 BW). Er geldt in de tijd onbeperkte hoofdelijkheid voor de nakoming van pensioentoezeggingen die niet volgens het bepaalde in art. 2, lid 1 van de PSW hoeven te worden verzekerd bij een bedrijfspensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of een verzekeraar (art. 7A:1639cc, lid 2 BW).

Voor een goed begrip van het hierna te behandelen vonnis van de rechtbank Amsterdam is het van belang om van de inhoud van de Richtlijn en de Wet overgang van ondernemingen het volgende vast te houden:

1. Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Nauta Dutilh te Rotterdam.

- de uitzondering voor pensioenen in de Richtlijn strekt zich uit tot 'voor één of meer bedrijfstakken' geldende aanvullende pensioenregelingen terwijl de uitzondering voor pensioenen in art. 7A:1639cc, lid 1 BW geldt voor 'pensioen' in de zin van de PSW;
- aan de hoofdelijkheid voor vervreemder en verkrijger is in de richtlijn geen beperking gesteld, op grond van art. 7A:1639cc, lid 2 BW geldt in de tijd onbeperkte hoofdelijkheid voor pensioenen, die niet volgens het in de PSW bepaalde hoeven te worden verzekerd.

#### — Het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 14 december 1994

De uitspraak van de rechtbank is in hoger beroep gedaan. Het ging om een weinig gebruikelijke regeling. De werkgever had (voorzover relevant) aan de werknemer toegezegd (op de pensioendatum?) een bepaald bedrag te zullen betalen ter zake door de werknemer verkregen pensioenrechten. Er was een bepaald bedrag beschikbaar gesteld. Dit bedrag zou jaarlijks worden aangevuld. Het totaalbedrag zou worden vermeerderd met rente op rente. De jaarlijkse stortingen en rentebijdragen zouden voortduren totdat het dienstverband met de werkneemster zou worden beëindigd.

De beëindiging van het dienstverband deed zich voor in verband met een bedrijfsovergang die door de werkgever werd aangegaan. Werkneemster vorderde van de verkrijger (van rechtswege haar nieuwe werkgeefster) betaling van een zeker bedrag. De hoogte van het gevorderde bedrag correspondeerde (naar het lijkt) met het saldo van inleg en de daarover gekweekte interest. Aangenomen moet worden dat de eis inhield dat werkneemster de tot de datum van de overgang van de onderneming waarbinnen zij werkzaam was gereserveerde bedragen en de rente-opbrengst aan haar wenste te doen zien uitgekeerd door de verkrijger.

#### — Het vonnis van de kantonrechter

De kantonrechter wees de vordering af. De kantonrechter stelde dat de in de tijd onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid van 7A:1639cc, lid 2 BW ten aanzien van op de datum van de bedrijfsovergang op de vervreemder rustende pensioenverplichtingen niet gold voor de door de vervreemder ten behoeve van werkneemster getroffen regeling.

#### — Aangevoerde grieven

Werkneemster voerde tegen het vonnis van de kantonrechter twee grieven aan. De eerste grief hield in dat de kantonrechter ten onrechte zou hebben aangenomen dat de uitzondering voor pensioenen van art.

7A:1639cc, lid 1 BW van toepassing was. Deze uitzondering zou te ruim zijn geformuleerd en zou daarom in strijd zijn met art. 3, lid 3, laatste volzin van de Richtlijn. Ter herinnering: daar is bepaald dat de Lid-Staten moeten bewerkstelligen dat in de nationale wetgeving bepalingen worden opgenomen die op de datum van een bedrijfsovergang bestaande pensioenrechten beschermen. De tweede grief hield in dat de kantonrechter art. 7A:1639cc, lid 2 BW, de in de tijd onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid van vervreemder en verkrijger voor de nakoming van tot de datum van de bedrijfsovergang opgebouwde pensioenrechten, had moeten toepassen. In dit verband stelde werkneemster dat op de aan haar toegezegde pensioenrechten de verzekeringsverplichting van art. 2, lid 1 PSW niet van toepassing was, zodat de verkrijger de toezegging van de vervreemder moest nakomen op grond van art. 7A:1639cc, lid 2 BW.

#### — Het vonnis van de rechtbank

De rechtbank maakte korte metten met beide grieven. De rechtbank stelde met betrekking tot de eerste grief dat de Richtlijn geen horizontale werking heeft zodat de rechter art. 7A:1639cc, lid 1 BW niet kan toetsen aan de Richtlijn. Met betrekking tot de tweede grief stelde de rechtbank dat de verzekeringsverplichting van art. 2, lid 1 PSW wél van toepassing was op het aan werkneemster toegezegde pensioen. Van (hoofdelijke) aansprakelijkheid van de verkrijger voor de nakoming van de door de vervreemder toegekende pensioenrechten kon daarom geen sprake zijn.

#### — Het vonnis van de rechtbank getoetst

Hierna wordt ingegaan op de directe en horizontale werking van EG-richtlijnen; het begrip 'pensioen' in de PSW en de 'pensioenregeling' waar het in het berechte geval om ging en de in de tijd onbeperkte hoofdelijkheid.

#### — Directe en horizontale werking van EG-richtlijnen

EG-richtlijnen hebben in het algemeen wél directe, maar géén horizontale werking. Wat de Richtlijn met betrekking tot de overgang van ondernemingen betreft verwijs ik naar E. Lutjens en N.O.P. Roché, *Pensioen en overgang van ondernemingen*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1986, blz. 25-27. Deze auteurs stellen dat Richtlijnen wel reflexwerking kunnen hebben. Dat dit standpunt juist is, blijkt uit latere jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (HvJ EG 13 november 1990, Jur. 1991 I, blz. 4156-4161 inzake *Marleasing S.A.*).

Aan de eerste grief lag de gedachte ten grondslag dat de uitzondering voor pensioenen van art. 7A:1639cc, lid 1

BW te ruim zou zijn geredigeerd. De grief faalde. Zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat de uitzondering voor pensioenen in art. 7A:1639cc, lid 1 BW zich niet zou mogen uitstrekken tot op de datum van de bedrijfsovergang bestaande pensioenrechten, kan een werknemer geen vorderingsrechten aan de Richtlijn ontnemen tegen (in dit geval) de verkrijger. De verkrijger kan niet rechtstreeks op grond van de Richtlijn zijn gehouden om pensioenrechten te handhaven die in overeenstemming met de Wet overgang van ondernemingen ten gevolge van de bedrijfsovergang zijn komen te vervallen.

#### — Het pensioenbegrip in de Pensioen- en spaarfondsenwet

De toezegging van de vervreemder aan werknemster hield in dat aan haar (op de pensioendatum?) een bedrag ineens zou worden betaald. Beoogd werd om een zeker vermogen ten behoeve van werknemster te vormen als een soort (primitieve) oudedagsvoorziening. Werknemster had de procedure misschien op eenvoudige wijze kunnen winnen. Zij zou hebben kunnen stellen dat de toezegging waar het om ging geen pensioentoezegging was en in het verlengde daarvan dat de PSW niet van toepassing was. Vervolgens zou zij hebben kunnen concluderen dat niet de uitzondering voor pensioenen van art. 7A:1639cc, lid 1 BW van toepassing was, maar de hoofdregel van art. 7A:1639bb BW die inhoudt dat verplichtingen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst van rechtswege van de vervreemder op de verkrijger overgaan. Een beroep op directe en horizontale werking van de Richtlijn zou in dat geval achterwege hebben kunnen blijven.

#### — In de tijd onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid

De in de tijd onbeperkte hoofdelijkheid van art. 7A:1639cc, lid 2 BW geldt slechts wanneer de verzekeringsverplichting van art. 2, lid 1 PSW niet van toepassing is. Daarom had de werknemster er belang bij om te stellen dat de verzekeringsverplichting niet van toepassing zou zijn. De stelling dat de verzekeringsverplichting niet zou gelden ging echter niet op. Mogelijk verwachtte werknemster dat haar oude werkgever, de vervreemder, niet meer over de benodigde financiële middelen zou beschikken om aan een eventueel veroordelend vonnis te kunnen voldoen. Een procedure tegen de oude werkgever, de vervreemder, was blijkbaar zinloos. Om het gewenste resultaat te bereiken moest daarom een beroep worden gedaan op hoofdelijke aansprakelijkheid van de verkrijger. Omdat die hoofdelijkheid slechts geldt wanneer de verzekeringsverplichting niet van toepassing is, moest worden gesteld dat deze verplichting in dit geval niet gold.

De gekozen strategie is gestrand op het feit dat niet aannemelijk kon worden gemaakt dat de verzekeringsverplichting niet zou gelden. De rechtbank maakte hierover dan ook nauwelijks worden vuil.

#### — Conclusie

Werknemster had in de procedure misschien met meer kans op succes kunnen stellen dat de toezegging geen pensioentoezegging in de zin van de PSW bevatte, zodat de hoofdregel van art. 7A:1639bb BW van toepassing was. Deze hoofdregel houdt in dat de op de vervreemder rustende verplichtingen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst op de verkrijger overgaan in geval van een bedrijfsovergang. Het beroep op art. 7A:1639cc, lid 2 BW (de in de tijd onbeperkte hoofdelijkheid) moest haast wel mislukken omdat niet aannemelijk kon worden gemaakt dat de verzekeringsverplichting van art. 2, lid 1 PSW niet van toepassing was, aannemende dat van een pensioentoezegging sprake was.

Al met al een curieuze procedure met een voorspelbare uitspraak! Ten tijde van het afsluiten van de tekst van dit artikel was (nog) geen cassatie ingesteld.