

Zoekterm: JAR 2020/254

Er is gezocht met juridische thesaurus op: JAR 2020
254

Er is gezocht op: *publicatie JAR 2020/254*

Gebruikte voorspecificaties:

Inclusief woordvariaties en synoniemen

Over dit document:

Informatiesoort: Jurisprudentie

Subtype: Tijdschriften

Datum uitspraak: 2020-09-09

Nummer: JAR2020/254

Uitgavenummer: JAR 2020/14

Zaaknummer: nrs. C-674/18 en C-675/18

Toegevoegd: 2020-10-07

JAR 2020/254, Hof van Justitie EU 09-09-2020, ECLI:EU:C:2020:682, nrs. C-674/1...

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:EU:C:2020:682](#), [AR-Updates.nl 2020-1106](#)

JAR 2020/254, Hof van Justitie EU, 09-09-2020, ECLI:EU:C:2020:682, nrs. C-674/18
en C-675/18 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Pensioenverplichtingen, Overgang van onderneming, Insolventieprocedure, Beperking verplichtingen van de verkrijger

Ga direct naar

[Samenvatting](#)
[Uitspraak](#)
[Beslissing/besluit](#)
[Noot](#)

Gegevens

Instantie	Hof van Justitie EU
Datum uitspraak	09-09-2020
Publicatie	JAR 2020/254 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 14, 2020
Annotator	Kanen, B.C.L.
ECLI	ECLI:EU:C:2020:682
Zaaknummer	nrs. C-674/18 en C-675/18
Rechter(s)	mr. Regan mr. Jarukaitis mr. Juhász mr. Ilešič

	mr. Lycourgos
Partijen	EM tegen TMD Friction GmbH en FL tegen TMD Friction EsCo GmbH.
Regelgeving	Richtlijn 2001/23/EG art. 3 Richtlijn 2001/23/EG art. 5 Richtlijn 2008/94/EG art. 8
Overige publicaties	ECLI:EU:C:2020:682
Rechtsgebied	Arbeidsrecht

Samenvatting

Twee werknemers zijn in dienst van de vervreemder en hebben op basis van een overeenkomst met de ondernemingsraad recht op een ouderdomspensioen uit hoofde van een bedrijfstakpensioenstelsel. Op enig moment worden de bedrijfsactiviteiten door de vervreemder overgedragen aan de verkrijger. De curator draagt de activiteiten van de verkrijger vervolgens in 2009 over aan een derde. De werknemers vorderen een verklaring voor recht inhoudende dat de verkrijger gehouden is om aan hen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een ouderdomspensioen te betalen waarbij de diensttijd van vóór de inleiding van de insolventieprocedure bij de vervreemder wordt meegenomen. De verkrijger meent uitsluitend aansprakelijk te zijn voor het gedeelte van het pensioen dat betrekking heeft op de diensttijd na de insolventieprocedure. De vorderingen van de werknemers worden in eerste aanleg en in hoger beroep afgewezen. Het Bundesarbeitsgericht stelt daarop vragen aan het Hof van Justitie EU over de verenigbaarheid met het EU-recht van de nationale regeling die beperkingen stelt aan de aansprakelijkheid van de verkrijger voor pensioenrechten in wording die berusten op de diensttijd vóór de inleiding van de insolventieprocedure.

Het Hof stelt voorop dat de procedure zoals hier aan de orde niet gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder maar op voortzetting van de activiteiten door middel van een doorstart. De regels inzake overgang van onderneming zijn derhalve van toepassing. Lidstaten hebben op grond van art. 3 lid 4 sub a van de richtlijn evenwel de mogelijkheid om te bepalen dat rechten van de werknemers ten aanzien van ouderdomsuitkeringen volledig overgaan op de verkrijger, dan wel niet overgaan op de verkrijger. Lidstaten kunnen bij de uitoefening van die discretionaire bevoegdheid bepalen dat de verkrijger alleen aansprakelijk is voor de rechten in wording van een werknemer op een ouderdomspensioen die betrekking hebben op de diensttijd na de inleiding van de insolventieprocedure. Wel verplicht art. 8 Richtlijn 2008/94/EG lidstaten om ervoor te zorgen dat werknemers ten minste de helft van de ouderdomsuitkeringen ontvangen die voortvloeien uit de in het kader van een aanvullend stelsel van sociale voorzieningen opgebouwde pensioenrechten. De Duitse regeling is niet in strijd met dit Unierecht.

NB. Art. 3 lid 4 sub a Richtlijn 2001/23/EG geeft de lidstaten de vrijheid om te bepalen of pensioenrechten mee overgaan bij overgang van onderneming. In het Nederlandse recht geldt als hoofdregel dat dit het geval is (vgl. [ECLI:NL:GHAMS:2020:575](https://eur-lex.europa.eu/eli/ce/2020/575)), maar bestaan hierop wel enkele uitzonderingen op grond van art. 7:664 BW. Zie over het minimumvereiste van art. 8 Insolventierichtlijn [ECLI:EU:C:2019:1128](https://eur-lex.europa.eu/eli/ce/2019/1128) (Pensions-Sicherungs-Verein).

Uitspraak

1. De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van de artikelen 3 en 5 van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 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 (PB 2001, L 82, blz. 16), en van artikel 8 van richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB 2008, L 283, blz. 36).

2. Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van twee gedingen, het eerste (zaak C-674/18) tussen EM en TMD Friction GmbH, en het tweede (zaak C-675/18) tussen FL en TMD Friction EsCo GmbH, over de rechten die met het oog op een ouderdomsuitkering uit hoofde van een bedrijfspensioenstelsel zijn opgebouwd bij een overgang van vestiging die plaatsvindt in het kader van een insolventieprocedure.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2001/23

3. In de overwegingen 3, 4 en 6 van richtlijn 2001/23 staat te lezen:

“(3) Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.

(4) In de lidstaten bestaan nog verschillen inzake de mate van de bescherming van de werknemers op dit gebied en het is dienstig deze verschillen kleiner te maken.

[...]

(6) In 1977 heeft de Raad richtlijn 77/187/EEG [van de Raad van 14 februari 1977 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 daarvan (PB 1977, L 61, blz. 26)] vastgesteld teneinde de harmonisatie te bevorderen van de nationale wetgevingen waarbij het behoud van de rechten van de werknemers wordt gewaarborgd en van vervreemders en verkrijgers wordt verlangd dat zij de vertegenwoordigers van de werknemers tijdig voorlichten en raadplegen.”

4. Luidens artikel 1, lid 1, onder a), van richtlijn 2001/23 is deze richtlijn van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

5. Artikel 3 van deze richtlijn bepaalt:

“1. De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

[...]

3. Na de overgang handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder, tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.

De lidstaten kunnen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak niet korter is dan één jaar.

4. a) Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de leden 1 en 3 niet van toepassing op de rechten van de werknemers op ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten

betrekkingen uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de wettelijke stelsels van sociale zekerheid van de lidstaten.

b) Zelfs indien zij overeenkomstig het bepaalde onder a) niet bepalen dat de leden 1 en 3 van toepassing zijn op dergelijke rechten, stellen de lidstaten de nodige maatregelen vast om de belangen van de werknemers, alsmede van de personen die de vestiging van de vervreemder reeds hebben verlaten op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten of rechten in wording op ouderdomsuitkeringen, met inbegrip van uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, uit hoofde van de in het bepaalde onder a) van dit lid bedoelde aanvullende stelsels.”

6. Artikel 5 van richtlijn 2001/23 luidt:

“1. Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).

2. Indien de artikelen 3 en 4 van toepassing zijn op een overgang tijdens insolventieprocedures die zijn ingeleid ten aanzien van een vervreemder (ongeacht de vraag of deze procedures al dan niet zijn ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) en die onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie (die een door de nationale wetgeving omschreven curator mag zijn) kan een lidstaat bepalen dat:

a) onverminderd artikel 3, lid 1, de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die verschuldigd zijn vóór de overgang of voor de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger, indien dergelijke procedures uit hoofde van de in de betrokken lidstaat geldende wetgeving een bescherming bieden die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever [(PB 1980, L 283, blz. 23)], [...]

[...]

4. De lidstaten treffen de nodige maatregelen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen.”

Richtlijn 2008/94

7. Overweging 3 van richtlijn 2008/94 is als volgt verwoord:

“Er zijn voorzieningen nodig om werknemers bij insolventie van de werkgever te beschermen en hun een minimum aan bescherming te bieden, in het bijzonder om de honorering van hun onvervulde aanspraken te garanderen met inachtneming van de noodzaak van een evenwichtige economische en sociale ontwikkeling in de Gemeenschap. Daartoe moeten de lidstaten een fonds oprichten dat de honorering van de onvervulde loonaanspraken van de betrokken werknemers waarborgt.”

8. Volgens artikel 1, lid 1, van richtlijn 2008/94 is deze van toepassing op uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voortvloeiende aanspraken van werknemers tegenover werkgevers die in staat van insolventie in de zin van artikel 2, lid 1, van die richtlijn verkeren.

9. Artikel 2 van deze richtlijn bepaalt in lid 1:

“Voor de toepassing van deze richtlijn wordt een werkgever geacht in staat van insolventie te verkeren wanneer is verzocht om opening van een in de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat neergelegde, op de insolventie van de werkgever berustende collectieve procedure die ertoe leidt dat deze het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of ten dele verliest en dat een curator of een persoon met een vergelijkbare functie wordt aangewezen, en wanneer de uit hoofde van de genoemde wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen bevoegde autoriteit:

a) hetzij heeft besloten tot opening van de procedure;

b) hetzij heeft geconstateerd dat de onderneming of de vestiging van de werkgever definitief is gesloten, en dat het beschikbare vermogen ontoereikend is om opening van de procedure te rechtvaardigen.”

10. In artikel 2, lid 2, eerste alinea, van die richtlijn staat te lezen:

“Deze richtlijn doet geen afbreuk aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van de termen ‘werknemer’, ‘werkgever’, ‘bezoldiging’, ‘verkregen recht’ of ‘recht in wording.’”

11. Artikel 8 van richtlijn 2008/94 luidt:

“De lidstaten vergewissen zich ervan dat de nodige maatregelen worden getroffen om de belangen van de werknemers en die van de personen die de onderneming of vestiging van de werkgever op de datum van het intreden van de insolventie van de werkgever reeds hebben verlaten, te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten of hun rechten in wording op ouderdomsuitkeringen, met inbegrip van uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de nationale wettelijke stelsels van sociale zekerheid.”

Duits recht

12. Het Bürgerliche Gesetzbuch (burgerlijk wetboek), in de op de hoofdgedingen toepasselijke versie (hierna: “BGB”), bepaalt in § 613a, met als opschrift “Rechten en verplichtingen bij overgang van ondernemingen”:

“(1) Indien een onderneming of een onderdeel van een onderneming door een rechtshandeling overgaat op een andere eigenaar, volgt deze laatste op in de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsverhoudingen. Als deze rechten en verplichtingen worden geregeld door de bepalingen van een collectieve overeenkomst of een bedrijfsovereenkomst, worden ze onderdeel van de arbeidsverhouding tussen de nieuwe eigenaar en de werknemer. [...]

[...]

(4) Het ontslag van een werknemer door de voormalige werkgever of de nieuwe eigenaar uit hoofde van de overgang van een onderneming of een onderdeel daarvan is nietig. Dit laat het recht om een werknemer op andere gronden te ontslaan onverlet.”

13. De Insolvenzordnung (insolventiewet) van 5 oktober 1994 (BGBl. 1994 I, blz. 2866), zoals gewijzigd bij de wet van 23 juni 2017 (BGBl. 2017 I, blz. 1693), bepaalt in § 45, met als opschrift “Omzetting van vorderingen”:

“Vorderingen die niet van geldelijke aard zijn of waarvan het bedrag onbepaald is, worden geldend gemaakt tegen de geraamde waarde ten tijde van de inleiding van de insolventieprocedure. [...]

[...]”

14. In § 108 van die wet, met als opschrift “Voortbestaan van bepaalde verplichtingen”, staat te lezen:

“(1) [...] De door de schuldenaar aangegane arbeidsverhoudingen blijven voortbestaan en hebben gevolgen voor de failliete boedel. [...]

[...]

(3) Rechten voor de periode vóór de inleiding van de insolventieprocedure kan de andere partij enkel als schuldeiser in die procedure doen gelden.”

15. § 191 van de Insolvenzordnung, met als opschrift “Inaanmerkingneming van vorderingen onder opschortende voorwaarde”, bepaalt:

“Een vordering onder opschortende voorwaarde wordt bij een gedeeltelijke verdeling in haar geheel in aanmerking genomen. Het gedeelte dat bij die vordering hoort, wordt bij de verdeling ingehouden.”

16. Volgens § 198 van die wet, met als opschrift “Depot van de ingehouden bedragen”, dient de curator de bedragen die bij de definitieve verdeling worden ingehouden bij het bevoegde orgaan te deponeren.

17. Het Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz) [wet ter verbetering van de bedrijfspensioenvoorziening (wet inzake de bedrijfspensioenen)] van 19 december 1974 (BGBl. I, blz. 3610), zoals gewijzigd bij de wet van 17 augustus 2017 (BGBl. 2017 I, blz. 3214) (hierna: “BetrAVG”), bepaalt in § 1b, met als opschrift “Definitieve verwerving en uitvoering van de bedrijfspensioenvoorziening”:

“(1) Een werknemer aan wie uit hoofde van de bedrijfspensioenvoorziening uitkeringen zijn toegezegd, blijft die rechten behouden indien het dienstverband wordt beëindigd vóór zich een gebeurtenis voordoet die recht geeft op een uitkering maar nadat hij de leeftijd van 21 jaar heeft bereikt, en de pensioentoezegging ten minste drie jaar vóór de beëindiging van het dienstverband had plaatsgevonden (definitieve rechten). [...]

[...]”

18. § 9 BetrAVG bepaalt:

“Bij een insolventieprocedure gaan de rechten of rechten in wording van degene die recht heeft op uitkeringen uit de aanvullende ouderdomsverzekering van de werkgever, waarop de vordering tegen het waarborgorgaan bij insolventie is gebaseerd, bij de inleiding van de procedure over op dit orgaan [...]. [...] De rechten in wording die bij de inleiding van de insolventieprocedure zijn overgedragen worden tijdens de insolventieprocedure ingediend als onvoorwaardelijke vorderingen in de zin van § 45 van de insolventiewet[, zoals gewijzigd bij de wet van 23 juni 2017]. [...]”

19. § 30f van die wet bepaalt in lid 1, eerste volzin:

“Voor uitkeringen uit hoofde van het bedrijfspensioenstelsel die vóór 1 januari 2001 zijn toegezegd, moet § 1b, lid 1, worden toegepast in die zin dat de rechten in wording behouden blijven indien het dienstverband wordt beëindigd vóór zich een gebeurtenis voordoet die recht geeft op een uitkering, maar nadat de werknemer de leeftijd van 35 jaar heeft bereikt, en de pensioentoezegging op dat moment

1. ten minste tien jaar eerder had plaatsgevonden;

[...]

In die gevallen blijven de rechten in wording eveneens behouden wanneer de toezegging na 1 januari 2001 vijf jaar heeft bestaan en de werknemer op de datum van de beëindiging van het dienstverband de leeftijd van 30 jaar heeft bereikt. [...]”

Hoofdingingen en prejudiciële vragen

Zaak C-674/18

20. EM is geboren in 1980 en was in dienst bij Textar GmbH sinds 1 augustus 1996. Die vennootschap zegde haar werknemers op basis van een bedrijfsbrede ondernemingsraadovereenkomst een pensioen toe uit hoofde van een bedrijfspensioenstelsel. Volgens dit stelsel bedraagt het bedrag van het ouderdomspensioen voor elk dienstjaar tussen 0,2 % en 0,55 % van het brutosalaris dat die werknemer op een bepaalde datum vóór uitdiensttreding ontving, met een maximum van 20,25 % na 45 dienstjaren.

21. Bij de overdracht van de activiteiten van Textar is de arbeidsovereenkomst van EM overgedragen aan TMD Friction. Op 1 maart 2009 is een insolventieprocedure ingeleid met betrekking tot het vermogen van TMD Friction, maar haar activiteiten zijn voortgezet.

22. Uit het bij het Hof ingediende dossier blijkt dat de curator in april 2009 bepaalde activiteiten van TMD Friction heeft overgedragen aan een entiteit die daarna op 4 juni 2009 zelf is omgedoopt tot TMD Friction.

23. Pensions-Sicherungs-Verein (waarborgorgaan voor bedrijfspensioenen; hierna: "PSV"), een privaatrechtelijk orgaan dat belast is met de betaling van bedrijfspensioenen bij insolventie van een werkgever in Duitsland, heeft EM meegedeeld dat hij volgens § 1b, lid 1, BetrAVG, gelezen in samenhang met § 30f, lid 1, eerste volzin, punt 1, van die wet, vanwege zijn leeftijd – namelijk 29 jaar op het moment van de inleiding van de insolventieprocedure – nog geen definitieve rechten op ouderdomsuitkeringen had verkregen, zodat hij geen uitkering van PSV zou ontvangen wanneer zich een gebeurtenis zou voordoen die in theorie recht geeft op uitkeringen ten laste van dat orgaan.

24. Daarop heeft EM een vordering ingesteld tegen TMD Friction die ertoe strekte haar te laten veroordelen om hem in de toekomst, wanneer hij de leeftijd die recht geeft op pensioenuitkeringen zou hebben bereikt, een ouderdomspensioen te betalen waarbij ook de dienstdtijd die vóór de inleiding van de insolventieprocedure is vervuld, in aanmerking zou worden genomen.

25. TMD Friction GmbH is tegen die vordering opgekomen en heeft daarbij aangevoerd dat de verkrijger bij overgang van een onderneming na de inleiding van de insolventieprocedure met betrekking tot het vermogen van de vervreemder, enkel aansprakelijk is voor het gedeelte van het ouderdomspensioen dat berust op de na de inleiding van die insolventieprocedure vervulde dienstdtijd.

26. Aangezien de vordering van EM zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is afgewezen, heeft EM beroep in *Revision* ingesteld bij het Bundesarbeitsgericht (hoogste federale rechter in arbeidszaken, Duitsland).

27. In deze omstandigheden heeft het Bundesarbeitsgericht de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

"1) Is het op grond van artikel 3, lid 4, van [richtlijn 2001/23] toegestaan dat bij overgang van een onderneming nadat met betrekking tot het vermogen van de vervreemder van de onderneming een insolventieprocedure is ingeleid, volgens het nationale recht, dat artikel 3, leden 1 en 3, van [richtlijn 2001/23] in beginsel ook van toepassing verklaart op de rechten van werknemers op ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen, een beperking geldt die inhoudt dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor pensioenrechten in wording die berusten op de dienstdtijd vóór de inleiding van de insolventieprocedure?

2) Indien de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord:

Is voor de maatregelen die op grond van artikel 3, lid 4, onder b), van [richtlijn 2001/23] moeten worden getroffen om de belangen van de werknemers te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten of rechten in wording op ouderdomsuitkeringen uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen, bij overgang van een onderneming nadat met betrekking tot het vermogen van de vervreemder van de onderneming een insolventieprocedure is ingeleid, het beschermingsniveau relevant dat vereist is op grond van artikel 8 van [richtlijn 2008/94]?

3) Indien de tweede prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord:

Dient artikel 3, lid 4, onder b), van [richtlijn 2001/23] aldus te worden uitgelegd dat de nodige maatregelen ter bescherming van de belangen van de werknemers met betrekking tot hun verkregen rechten of rechten in wording op ouderdomsuitkeringen uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen zijn getroffen als het nationale recht bepaalt dat

– de verplichting om aan de werknemer die betrokken is bij de overgang van een in staat van insolventie verkerende onderneming uit hoofde van het voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsel van sociale voorzieningen in de toekomst een ouderdomsuitkering toe te kennen, in beginsel overgaat op de verkrijger van de onderneming;

– de verkrijger van de onderneming aansprakelijk is voor toekomstige pensioenrechten voor zover deze berusten op de dienstdtijd die na de inleiding van de insolventieprocedure wordt vervuld;

- het volgens het nationale recht aangewezen waarborgorgaan bij insolventie in dit geval niet hoeft in te staan voor het vóór de inleiding van de insolventieprocedure opgebouwde deel van de toekomstige pensioenrechten, en
- de werknemer in het kader van de insolventieprocedure van de vervreemder aanspraak kan maken op de waarde van het vóór de inleiding van de insolventieprocedure opgebouwde deel van zijn toekomstige pensioenrechten?

4) Als het nationale recht de artikelen 3 en 4 van [richtlijn 2001/23] in het geval van een overgang van een onderneming ook gedurende een insolventieprocedure van toepassing verklaart, is artikel 5, lid 2, onder a), van [richtlijn 2001/23] dan van toepassing op pensioenrechten in wording van werknemers uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen die weliswaar al vóór inleiding van de insolventieprocedure waren ontstaan, maar voor werknemers pas leiden tot uitkeringsrechten op het moment van de gebeurtenis die recht geeft op pensioen, dus pas op een later tijdstip?

5) Indien de tweede of de vierde prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord:

Strekt de minimumbescherming die de lidstaten op grond van artikel 8 van [richtlijn 2008/94] moeten bieden zich tevens uit tot de verplichting om pensioenrechten in wording te waarborgen die volgens het nationale recht bij de inleiding van een insolventieprocedure nog niet rechtens onvoorwaardelijk waren en die hoe dan ook alleen rechtens onvoorwaardelijk worden omdat het dienstverband naar aanleiding van de insolventie niet wordt beëindigd?

6) Indien de vijfde prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord:

Onder welke omstandigheden kunnen de verliezen die de voormalige werknemer ten gevolge van de insolventie van de werkgever lijdt bij de uitkeringen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen worden geacht kennelijk onevenredig te zijn, zodat de lidstaten verplicht zijn om een minimale bescherming overeenkomstig artikel 8 van [richtlijn 2008/94] te waarborgen, hoewel de werknemer minstens de helft van de uitkeringen zal ontvangen die uit zijn opgebouwde pensioenrechten zullen voortvloeien?

7) Indien de vijfde prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord:

Wordt een op grond van artikel 3, lid 4, onder b), van [richtlijn 2001/23] of [artikel 5], van [richtlijn 2001/23] vereiste – aan artikel 8 van [richtlijn 2008/94] gelijkwaardige – bescherming voor pensioenrechten in wording van werknemers ook dan gewaarborgd als zij niet voortvloeit uit het nationale recht, maar enkel uit de rechtstreekse toepassing van artikel 8 van [richtlijn 2008/94]?

8) Indien de zevende prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord:

Heeft artikel 8 van [richtlijn 2008/94] ook rechtstreekse werking, waardoor een individuele werknemer zich voor de nationale rechter op die bepaling kan beroepen, wanneer deze werknemer weliswaar minstens de helft van de uitkeringen ontvangt die voortvloeien uit zijn opgebouwde pensioenrechten, maar zijn door de insolventie van de werkgever geleden verliezen niettemin onevenredig moeten worden geacht?

9) Indien de achtste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord:

Is een privaatrechtelijke instelling een openbaar lichaam van de betrokken lidstaat indien zij door deze lidstaat – voor de werkgevers verplicht – is aangewezen als waarborgorgaan bij insolventie voor het voor de bedrijfstak vastgestelde aanvullende stelsel van sociale voorzieningen, is onderworpen aan het toezicht van de toezichthoudende autoriteit voor de financiële markten, die voor de waarborg bij insolventie vereiste premies krachtens publiekrecht invordert bij de werkgevers en als een overheidsorgaan door middel van een bestuurshandeling de voorwaarden voor gedwongen tenuitvoerlegging kan vaststellen?"

Zaak C-675/18

28. FL is geboren in 1950 en was sinds 1 oktober 1968 in dienst bij Textar. Die vennootschap zegde haar werknemers op basis van een bedrijfsbrede ondernemingsraadovereenkomst een pensioen toe uit

hoofde van een bedrijfspensioenstelsel. Volgens dat stelsel bedraagt het bedrag van het ouderdomspensioen voor elk dienstjaar 0,5 % van het brutosalaris dat die werknemer op een bepaalde datum vóór uitdiensttreding ontving, met een maximum van 22,5 % na 45 dienstjaren.

29. Bij de overdracht van de activiteiten van Textar is de arbeidsovereenkomst van FL overgedragen aan TMD Friction, waarvan de activiteiten zijn voortgezet nadat de op haar betrekking hebbende insolventieprocedure op 1 maart 2009 was ingeleid.

30. Uit het bij het Hof ingediende dossier blijkt dat de curator in april 2009 bepaalde activiteiten van TMD Friction heeft overgedragen aan TMD Friction EsCo, die op 22 april 2009 de vestiging heeft verworven waarbij verzoeker in het hoofdgeding in dienst was.

31. FL ontvangt sinds 1 augustus 2015 een ouderdomspensioen van 145,03 EUR per maand ten laste van TMD Friction EsCo uit hoofde van het bedrijfspensioenstelsel en 816,99 EUR per maand van PSV. PSV heeft zich voor de berekening van dat pensioen gebaseerd op het brutomaandsalaris dat FL ontving op het moment van de inleiding van de insolventieprocedure zodat de datum 1 maart 2009 van doorslaggevend belang was.

32. FL heeft een vordering ingesteld tegen TMD Friction EsCo die ertoe strekte TMD Friction EsCo te laten veroordelen tot betaling van een hoger bedrijfspensioen. Volgens FL had het bedrag van zijn bedrijfspensioen, rekening houdend met de 45 dienstjaren die hij bij TMD Friction EsCo of haar rechtsvoorganger had vervuld en met het feit dat zijn brutomaandsalaris vóór zijn uitdiensttreding 4 940 EUR bedroeg, moeten worden vastgesteld op 1 111,50 EUR per maand. Volgens FL mag TMD Friction EsCo alleen de door PSV betaalde uitkering van 816,99 EUR van dat bedrag aftrekken. Hij vordert dus een aanvullend bedrag van 149,48 EUR per maand ten laste van TMD Friction EsCo, bovenop het maandelijkse pensioen van 145,03 EUR dat door haar wordt betaald.

33. Net zoals TMD Friction in zaak C-674/18 heeft TMD Friction EsCo tegengeworpen dat de verkrijger bij overgang van een onderneming na de inleiding van een insolventieprocedure met betrekking tot het vermogen van de vervreemder enkel aansprakelijk is voor dat deel van het ouderdomspensioen dat berust op de na de inleiding van de insolventieprocedure vervulde diensttijd.

34. Aangezien de vordering van FL zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is afgewezen, heeft hij beroep in *Revision* ingesteld bij de verwijzende rechter, het Bundesarbeitsgericht.

35. In deze omstandigheden heeft het Bundesarbeitsgericht de behandeling van de zaak geschorst en het Hof negen prejudiciële vragen gesteld, waarvan de eerste, de tweede, de vierde en de zesde tot en met de negende vraag overeenkomen met de vragen in zaak C-674/18:

“1) [...]

2) [...]

3) Indien de tweede prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord:

Dient artikel 3, lid 4, onder b), van [richtlijn 2001/23] aldus te worden uitgelegd dat de nodige maatregelen ter bescherming van de belangen van de werknemers met betrekking tot hun verkregen rechten of rechten in wording op ouderdomspensioen uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen zijn getroffen als het nationale recht bepaalt dat

– de verplichting om aan de werknemer die betrokken is bij de overgang van een in staat van insolventie verkerende onderneming uit hoofde van het voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsel van sociale voorzieningen in de toekomst een ouderdomspensioen toe te kennen, in beginsel overgaat op de verkrijger van de onderneming;

– de verkrijger van de onderneming aansprakelijk is voor pensioenrechten in wording waarvan de hoogte onder meer wordt bepaald door de duur van het dienstverband en het salaris op het moment van de gebeurtenis die recht geeft op pensioen, voor zover die berusten op de diensttijd die na de inleiding van de insolventieprocedure wordt vervuld;

– het volgens het nationale recht aangewezen waarborgorgaan bij insolventie in dit geval moet instaan voor het vóór de inleiding van de insolventieprocedure opgebouwde deel van de pensioenrechten, voor

zover de hoogte daarvan wordt berekend op basis van het salaris dat de werknemer ontving toen de insolventieprocedure werd ingeleid, en

– noch de verkrijger noch het waarborgorgaan bij insolventie aansprakelijk is voor verhogingen van de pensioenrechten in wording als gevolg van salarisverhogingen die weliswaar na de inleiding van de insolventieprocedure plaatsvinden, maar betrekking hebben op de diensttijd die vóór dat tijdstip is vervuld,

– de werknemer in het kader van de insolventieprocedure van de vervreemder aanspraak kan maken op dit verschil in de waarde van zijn rechten in wording?

4) [...]

5) Indien de tweede of de vierde prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord:

Omvat het minimumbeschermingsniveau dat de lidstaten krachtens artikel 8 van [richtlijn 2008/94] moeten bieden ook het deel van de pensioenrechten in wording dat op de datum van de inleiding van de insolventieprocedure was opgebouwd omdat het dienstverband naar aanleiding van de insolventie niet wordt beëindigd?

6) [...]

7) [...]

8) [...]

9) [...]"

36. Bij beschikking van de president van het Hof van 23 november 2018 zijn de zaken C-674/18 en C-675/18 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling alsmede voor het arrest.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

37. De twee hoofdgedingen hebben betrekking op door de curator bewerkstelligde overdrachten van vestiging nadat een insolventieprocedure was ingeleid. Daarbij zijn zowel de arbeidsovereenkomsten als de verbintenissen uit hoofde van het bedrijfspensioenstelsel dat van toepassing was op basis van een bedrijfsbrede ondernemingsraadovereenkomst overgegaan op de verkrijgers. De werknemers in de hoofdgedingen hebben vorderingen in rechte ingesteld tegen die verkrijgers en voeren daarbij aan dat die verkrijgers hun tevens de pensioenrechten verschuldigd zijn met betrekking tot de diensttijd die vóór de inleiding van de insolventieprocedure is vervuld, aangezien PSV volgens het nationale recht niet of slechts in beperkte mate aansprakelijk is voor die rechten.

38. Volgens de toelichtingen van de verwijzende rechter volgt de verkrijger volgens het Duitse recht overeenkomstig § 613a BGB in beginsel op in de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang van de onderneming bestaande arbeidsverhoudingen, ook wanneer die overdracht plaatsvindt na de inleiding van een insolventieprocedure. De verplichtingen die voortvloeien uit de toekomstige uitkeringen van een ouderdomspensioen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen zijn dan voortaan verschuldigd door de verkrijger. Daarom moet bij de berekening van een dergelijk pensioen tevens rekening worden gehouden met de diensttijd die de betrokken werknemer reeds bij de vervreemder dan wel bij diens rechtsvoorgangers heeft vervuld.

39. Volgens de uitlegging die de verwijzende rechter in zijn arrest van 17 januari 1980 aan het nationale recht heeft gegeven, is het bij overgang van een onderneming na de inleiding van een insolventieprocedure, overeenkomstig het beginsel van de paritas creditorum, echter niet toegestaan dat het overgedragen personeel zijn vorderingen geldend kan maken ten aanzien van een nieuwe solvente schuldenaar en het aldus ten onrechte wordt bevoordeeld ten opzichte van andere schuldeisers, met name ten opzichte van werknemers die niet meer in dienst zijn. Bij een dergelijke overgang van onderneming is de verkrijger dus niet aansprakelijk voor de verkregen rechten noch voor

de rechten in wording op uitkeringen waarvoor de werknemer de vereiste arbeidsperiode of diensttijd reeds heeft vervuld vóór de inleiding van de insolventieprocedure. Voor uitkeringen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen is de aansprakelijkheid van de verkrijger immers beperkt tot het deel dat de werknemer heeft verworven op basis van de diensttijd die hij na de inleiding van de insolventieprocedure heeft vervuld.

40. Zoals de verwijzende rechter uiteenzet, moet het bedrag van het ouderdomspensioen dat uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen door de verkrijger aan de werknemer moet worden betaald wanneer zich een gebeurtenis voordoet die recht geeft op een uitkering bijgevolg op de eerste plaats worden berekend op basis van de vereisten van dat pensioenstelsel, waarbij wordt uitgegaan van de gehele diensttijd die de werknemer tijdens het dienstverband heeft vervuld en eventueel van het brutosalaris dat de werknemer vóór uitdiensttreding ontving, dat van doorslaggevend belang is. Op de tweede plaats dient het bedrag dat uit die berekening voortvloeit te worden gesplitst in het deel dat betrekking heeft op de diensttijd die vóór de inleiding van de solvabiliteitsprocedure in het kader van het dienstverband bij de onderneming is vervuld en het deel dat betrekking heeft op de diensttijd die na de inleiding van die procedure is vervuld.

41. Voorts zij benadrukt dat PSV enkel hoeft in te staan voor het deel van de pensioenrechten die de door de verkrijger overgenomen werknemers vóór de inleiding van de insolventieprocedure hebben opgebouwd tijdens hun diensttijd bij de vervreemdende onderneming indien die werknemers, zoals FL, op die datum aanspraak kunnen maken op definitieve rechten. Bovendien zou het bedrag van de uitkeringen ten laste van PSV, zelfs in een dergelijk geval en anders dan het fictieve bedrag dat wordt gebruikt bij de berekening van het aandeel van de verkrijger, worden berekend op basis van het brutomaandsalaris van de werknemer op de datum van de inleiding van de insolventieprocedure.

42. Bijgevolg kan er sprake zijn van een verschil – dat door de verwijzende rechter in casu wordt geraamd op 142,22 EUR per maand – tussen de som van de bedragen die daadwerkelijk door PSV en de verkrijger worden betaald en het fictieve bedrag van het totale pensioen waarop FL in normale omstandigheden recht zou hebben. Niettemin zou een dergelijke werknemer in dat geval kunnen verzoeken om zijn vordering ten belope van dat bedrag in het passief van de boedel op te nemen (zaak C-675/18).

43. In het geval van een werknemer zoals EM (zaak C-674/18), die op het moment van de inleiding van de insolventieprocedure nog geen definitieve rechten op pensioen had verworven, doet PSV geen uitkeringen, maar zou de betrokkene kunnen verzoeken om zijn vordering in het passief van de boedel op te nemen ten belope van het bedrag van die rechten.

44. In herinnering dient te worden gebracht dat het de taak van het Hof is, in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof, om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven, aan de hand waarvan hij het bij hem aanhangige geding kan beslechten. Daartoe dient het Hof de voorgelegde vragen indien nodig te herformuleren (arrest van 28 mei 2020, World Comm Trading Gfz, C-684/18, EU:C:2020:403, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45. In casu moeten de prejudiciële vragen in elk van de gevoegde zaken aldus worden begrepen dat de verwijzende rechter zich om te beginnen afvraagt of de in deze zaken aan de orde zijnde nationale regeling en de nationale rechtspraak verenigbaar zijn met richtlijn 2001/23 en richtlijn 2008/94. Voorts stelt hij zich de vraag of verliezen als de door EM en FL geleden verliezen in het licht van artikel 8 van richtlijn 2008/94 moeten worden geacht kennelijk onevenredig te zijn. Ten slotte wenst hij te vernemen of dat artikel rechtstreekse werking kan hebben en of het kan worden ingeroepen tegen een privaatrechtelijk waarborgorgaan, zoals PSV, dat instaat voor bedrijfspensioenen bij insolventie van werkgevers.

46. Opgemerkt zij dat verzoekers in de hoofdgedingen voor het Hof twijfels hebben geuit over de vraag of de insolventieprocedure in de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde zaken niet ten aanzien van de vervreemder is ingeleid om de overgang van onderneming te kunnen bewerkstelligen zodat de last uit hoofde van de rechten die verzoekers in de hoofdgedingen hebben opgebouwd in hun voor de bedrijfstak geldende aanvullende stelsel van sociale voorzieningen die op de verkrijgers komt te rusten, kan worden verlaagd. In casu maakt de verwijzende rechter in zijn verzoeken om een prejudiciële beslissing echter nergens melding van fraude of misbruik bij de inleiding van de insolventieprocedure ten aanzien van de vervreemder.

Eerste, tweede en vierde vraag in elk van de gevoegde zaken

47. Met zijn eerste, tweede en vierde vraag in elk van de gevoegde zaken wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2001/23, met name gelet op artikel 3, leden 1 en 4, en artikel 5, lid 2, onder a), van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat zij, bij een door de curator van een in een insolventieprocedure verwikkelde onderneming bewerkstelligde overgang van die onderneming, in de weg staat aan een nationale regeling, zoals die in de nationale rechtspraak is uitgelegd, die bepaalt dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor de rechten in wording van een werknemer op een ouderdomspensioen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen die zijn opgebouwd op basis van de diensttijd vóór de inleiding van de insolventieprocedure, wanneer de gebeurtenis die recht geeft op dat ouderdomspensioen intreedt nadat de insolventieprocedure is ingeleid.

48. Voor de beantwoording van deze vragen is het van belang eraan te herinneren dat richtlijn 2001/23, zoals blijkt uit artikel 3 van deze richtlijn, gelezen in het licht van overweging 3 ervan, tot doel heeft de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, door het behoud van hun rechten te verzekeren door mogelijk te maken dat zij onder dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen in dienst van de nieuwe werkgever blijven. Die richtlijn beoogt zo veel mogelijk de ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met de verkrijger te waarborgen, teneinde te voorkomen dat de betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren (zie in die zin beschikking van 28 januari 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés, C-688/13, EU:C:2015:46, punt 34, en arrest van 16 mei 2019, Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49. Zoals blijkt uit de overwegingen 4 en 6 van richtlijn 2001/23 beoogt zij echter de verschillen die in de lidstaten nog bestaan inzake de mate van bescherming van de werknemers op dit gebied kleiner te maken door de nationale wetgevingen onderling aan te passen, zonder evenwel een volledige harmonisatie tot stand te brengen (beschikking van 28 januari 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés, C-688/13, EU:C:2015:46, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50. Voorts moeten overeenkomstig de doelstelling van richtlijn 2001/23 weliswaar de belangen van de bij de overgang betrokken werknemers worden beschermd, maar mag niet worden voorbijgegaan aan de belangen van de verkrijger. Deze richtlijn beoogt bij de overgang van een onderneming niet alleen de belangen van de werknemers te beschermen, maar wil een billijk evenwicht verzekeren tussen hun belangen en die van de verkrijger (arrest van 26 maart 2020, ISS Facility Services, C-344/18, EU:C:2020:239, punt 26).

51. In dit verband is het evenwel belangrijk te verduidelijken dat de regels van richtlijn 2001/23 als dwingend worden beschouwd zodat de lidstaten er niet van mogen afwijken in een voor de werknemers ongunstige zin, behoudens de bij deze richtlijn vastgestelde uitzonderingen (zie in die zin beschikking van 28 januari 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés, C-688/13, EU:C:2015:46, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

52. In artikel 3, lid 1, eerste alinea, van die richtlijn is het beginsel opgenomen dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking op de verkrijger overgaan.

53. Ten eerste volgt evenwel uit artikel 3, lid 4, onder a), van richtlijn 2001/23 dat de leden 1 en 3 van dat artikel, tenzij de lidstaten anders bepalen, niet van toepassing zijn op de rechten van de werknemers op ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de wettelijke stelsels van sociale zekerheid van de lidstaten.

54. Voorts zij erop gewezen dat de lidstaten overeenkomstig artikel 3, lid 4, onder b), van richtlijn 2001/23, zelfs indien zij niet bepalen dat artikel 3, leden 1 en 3, van toepassing zijn op de in het vorige punt van dit arrest bedoelde rechten, de nodige maatregelen moeten vaststellen om de belangen van de werknemers – met inbegrip van de personen die de vestiging van de vervreemder reeds hebben verlaten op het tijdstip van de overgang – te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten of rechten in wording op ouderdomsuitkeringen en uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van de in artikel 3, lid 4, onder a), van deze richtlijn bedoelde aanvullende stelsels (beschikking van 28 januari 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés, C-688/13, EU:C:2015:46, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

55. Ten tweede is in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 bepaald dat de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn, tenzij de lidstaten anders beslissen, niet van toepassing zijn op een overgang van onderneming wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

56. Bovendien preciseert artikel 5, lid 2, van richtlijn 2001/23 dat een lidstaat, indien de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn van toepassing zijn op een dergelijke overgang van onderneming – ongeacht de vraag of de insolventieprocedure is ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder – onder bepaalde voorwaarden kan bepalen dat hij sommige van de in de artikelen 3 en 4 van die richtlijn bedoelde waarborgen niet toepast.

57. Zo kan die lidstaat, in afwijking van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/23, op grond van artikel 5, lid 2, onder a), van deze richtlijn bepalen dat de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die verschuldigd zijn vóór de overgang of vóór de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger, indien dergelijke procedures uit hoofde van de in de betrokken lidstaat geldende regeling een bescherming waarborgen die ten minste gelijkwaardig is aan de door richtlijn 80/987 gewaarborgde bescherming.

58. Opgemerkt zij dat uit de door de verwijzende rechter verstrekte informatie blijkt dat overeenkomstig § 613a BGB bij de overgang van een onderneming de verkrijger opvolgt in de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsverhoudingen en dat in deze bepaling noch uitdrukkelijk is bepaald dat bepaalde soorten rechten niet worden overgedragen noch dat er een onderscheid moet worden gemaakt naargelang de verschillende omstandigheden waarin dergelijke overdrachten plaatsvinden. Bijgevolg heeft de Duitse wetgever artikel 3, lid 1, van deze richtlijn in overeenstemming met de door richtlijn 2001/23 geboden mogelijkheid willen toepassen als een algemene regel met betrekking tot de rechten van werknemers op uitkeringen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen, ook wanneer de overgang plaatsvindt tijdens een insolventieprocedure die is ingeleid ten aanzien van een vervreemder.

59. Derhalve moet worden nagegaan of het, in het kader van het toepassen van artikel 3 van richtlijn 2001/23 als algemene regel, niettemin mogelijk is om op grond van de in deze richtlijn bedoelde afwijkingen te bepalen dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor de pensioenrechten in wording van een werknemer uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen wanneer die rechten berusten op de diensttijd vóór de inleiding van de insolventieprocedure.

60. Met betrekking tot, om te beginnen, artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat, om te bepalen of een overgang van een onderneming onder die uitzondering valt, nagegaan moet worden of voor die overgang is voldaan aan de in deze bepaling gestelde drie cumulatieve voorwaarden, te weten de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, deze procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en deze procedure staat onder het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (zie in die zin arrest van 16 mei 2019, Plessers, C-509/17, EU:C:2019:424, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61. Het Hof heeft met name geoordeeld dat artikel 5, lid 1, van die richtlijn vereist dat de faillissementsprocedure of de soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, vanzelfsprekend niet aan die voorwaarde voldoet (zie in die zin arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, EU:C:2017:489, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62. Derhalve zijn procedures als in de hoofdgedingen aan de orde, die niet de liquidatie van het vermogen van de vervreemder maar de voortzetting van zijn activiteiten gevolgd door de overdracht ervan tot doel hebben, geen procedures die zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 (zie in die zin arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, EU:C:2017:489, punten 51 en 52).

63. Wat vervolgens artikel 5, lid 2, onder a), van richtlijn 2001/23 betreft, moet worden vastgesteld dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde nationale regeling, zoals die in de nationale rechtspraak is

uitgelegd, bepaalt dat de rechten op een ouderdomspensioen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen weliswaar reeds in opbouw waren vóór de inleiding van de insolventieprocedure, maar het ouderdomspensioen pas zal worden uitgekeerd op het moment na de inleiding van die procedure dat de gebeurtenis die recht geeft op uitkering zich voordoet.

64. Bijgevolg kan niet worden gesteld dat deze nationale regeling, zoals die in de nationale rechtspraak is uitgelegd, betrekking heeft op verplichtingen die door de vervreemder verschuldigd zijn vóór de overgang of vóór de inleiding van een insolventieprocedure zonder te miskennen dat die afwijking – zoals de advocaat-generaal in punt 85 van zijn conclusie heeft opgemerkt – strikt moet worden uitgelegd.

65. Hieruit volgt dat de afwijkingen waarin artikel 5 van richtlijn 2001/23 specifiek voorziet, niet van toepassing kunnen zijn op de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde nationale regeling zoals die in de nationale rechtspraak is uitgelegd.

66. Die vaststelling sluit evenwel niet uit dat die regeling onder de in artikel 3, lid 4, van richtlijn 2001/23 bedoelde afwijkingen kan vallen. Opgemerkt moet namelijk worden dat het uitgangspunt van artikel 5, lid 2, onder a), van deze richtlijn, die ziet op een situatie van overgang zoals die in de hoofdgedingen, is dat de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn worden toegepast (arrest van 11 juni 2009, Commissie/Italië, C-561/07, EU:C:2009:363, punt 41).

67. In dit verband blijkt uit punt 58 van het onderhavige arrest dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde nationale regeling zoals die in de nationale rechtspraak is uitgelegd, voorziet in een gedeeltelijke overgang op de verkrijger van de verplichting om uitvoering te geven aan de rechten van de werknemers op een ouderdomspensioen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen.

68. Zoals de Commissie heeft benadrukt, kunnen de lidstaten op grond van artikel 3, lid 4, van richtlijn 2001/23 zowel opleggen dat die verplichting volledig overgaat op de verkrijger als dat die verplichting helemaal niet op de verkrijger overgaat, zodat die bepaling niet aldus kan worden opgevat dat zij in beginsel een nationale regeling waarbij een gedeeltelijke overgang wordt opgelegd verbiedt.

69. Zoals in de punten 49 en 50 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, voorziet die richtlijn immers niet in een volledige harmonisatie en streeft zij ernaar een billijk evenwicht te verzekeren tussen de belangen van de werknemers en die van de verkrijger.

70. In een dergelijk geval moet worden geoordeeld dat de lidstaat enkel “anders [bepaalt]” in de zin van de zinsnede van artikel 3, lid 4, onder a), van richtlijn 2001/23 voor het gedeelte van de rechten van de werknemers op een ouderdomspensioen uit hoofde van een voor een bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen dat op de verkrijger moet worden overgedragen, en dat de verplichting voor die lidstaat om de nodige maatregelen vast te stellen om de belangen van de werknemers te beschermen krachtens artikel 3, lid 4, onder b), van die richtlijn geldt zowel voor het gedeelte van die rechten die overgaan op de verkrijger als voor de rechten die enkel tegen de vervreemder kunnen worden ingeroepen, eventueel in een insolventieprocedure die ten aanzien van hem is ingeleid, zoals het geval is in de hoofdgedingen.

71. Hieruit volgt dat de lidstaten bij de uitoefening van hun discretionaire bevoegdheid kunnen bepalen dat de verkrijger – ook al volgt hij op in de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang van de onderneming bestaande arbeidsverhoudingen – enkel aansprakelijk is voor de rechten in wording van een werknemer op een ouderdomspensioen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen die berusten op de diensttijd na de inleiding van de insolventieprocedure voor zover die lidstaat overeenkomstig artikel 3, lid 4, onder b), van richtlijn 2001/23 de nodige maatregelen vaststelt om de belangen van de werknemers te beschermen.

72. Een dergelijke uitlegging maakt het namelijk in beginsel mogelijk een billijk evenwicht te verzekeren tussen de bescherming van de belangen van de werknemers en die van de verkrijgers bij overgang van een onderneming na de inleiding van een insolventieprocedure, aangezien die uitlegging waarborgt dat de rechten van de werknemers op een ouderdomspensioen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen behouden blijven, terwijl zij tevens voorziet in een beperking van de aansprakelijkheid van de verkrijgers die het mogelijk maakt de overgang van ondernemingen die in een insolventieprocedure verwickeld zijn te vergemakkelijken.

73. In dit verband moet nog worden opgemerkt dat de bewoordingen van artikel 3, lid 4, onder b), van richtlijn 2001/23 in wezen de bewoordingen overnemen van artikel 8 van richtlijn 80/987, dat op dezelfde wijze is verwoord als artikel 8 van richtlijn 2008/94, waarbij richtlijn 80/987 is gecodificeerd. Daarnaast vereist artikel 5, lid 2, onder a), van richtlijn 2001/23, dat betrekking heeft op de overgang van ondernemingen bij insolventieprocedures, uitdrukkelijk dat wordt voorzien in een bescherming die ten minste gelijkwaardig is aan de bescherming die wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder richtlijn 80/987. Hieruit volgt dat de maatregelen die nodig zijn om de belangen van werknemers te beschermen die de lidstaten krachtens artikel 3, lid 4, onder b), van richtlijn 2001/23 dienen vast te stellen, moeten worden opgevat als maatregelen die hoe dan ook de maatregelen omvatten waarin richtlijn 2008/94 voorziet en waarmee wordt beoogd de insolventie van hun werkgever te compenseren, ongeacht of het gaat om de verkrijger – zoals in casu – dan wel om de vervreemder.

74. Daaruit volgt dat bij de overgang van een onderneming nadat een insolventieprocedure is ingeleid, de bescherming van de werknemers met betrekking tot hun verkregen rechten of rechten in wording op ouderdomsuitkeringen uit hoofde van voor een of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen in de zin van artikel 3, lid 4, onder b), van richtlijn 2001/23 ten minste gelijkwaardig moet zijn aan de bescherming die wordt vereist door artikel 8 van richtlijn 2008/94.

75. Gelet op het voorgaande dient op de eerste, de tweede en de vierde prejudiciële vraag in elk van de gevoegde zaken te worden geantwoord dat richtlijn 2001/23, met name gelet op artikel 3, leden 1 en 4, en artikel 5, lid 2, onder a), van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat zij, bij een door de curator van een in een insolventieprocedure verwikkelde onderneming bewerkstelligde overgang van die onderneming, niet in de weg staat aan een nationale regeling, zoals die in de nationale rechtspraak is uitgelegd, die bepaalt dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor de rechten in wording van een werknemer op een ouderdomspensioen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen die zijn opgebouwd op basis van de diensttijd vóór de inleiding van de insolventieprocedure, wanneer de gebeurtenis die recht geeft op dat ouderdomspensioen intreedt nadat de insolventieprocedure is ingeleid, mits de maatregelen die zijn vastgesteld om de belangen van de werknemers te beschermen, wat het deel van het bedrag betreft waarvoor de verkrijger niet aansprakelijk is, ten minste gelijkwaardig zijn aan de bescherming die wordt vereist krachtens artikel 8 van richtlijn 2008/94.

Derde, vijfde en zesde prejudiciële vraag in elk van de gevoegde zaken

76. Met zijn derde, vijfde en zesde vraag, die gezamenlijk dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 4, onder b), van richtlijn 2001/23, gelezen in samenhang met artikel 8 van richtlijn 2008/94, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling, zoals die in de nationale rechtspraak is uitgelegd, die bepaalt dat, bij intreden van een gebeurtenis die recht geeft op ouderdomsuitkeringen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen na inleiding van de insolventieprocedure tijdens welke de overgang van de onderneming heeft plaatsgevonden en voor wat betreft het deel van die uitkeringen dat niet door de verkrijger wordt gedragen, ten eerste het volgens het nationale recht aangewezen waarborgorgaan bij insolventie niet hoeft in te staan voor de rechten in wording op ouderdomsuitkeringen wanneer die nog niet definitief waren geworden op het moment dat die insolventieprocedure werd ingeleid, en ten tweede het bedrag van het deel van die uitkeringen waarvoor dat orgaan aansprakelijk is, wordt berekend op basis van het brutomaandsalaris van de betrokken werknemer op het moment dat de insolventieprocedure werd ingeleid.

77. In dit verband moet in de eerste plaats in herinnering worden gebracht – zoals blijkt uit punt 75 van het onderhavige arrest – dat de waarborg die de betrokken lidstaat moet bieden voor het deel van het bedrag van de ouderdomsuitkeringen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen dat niet door de verkrijger wordt gedragen, ten minste gelijkwaardig moet zijn aan het door artikel 8 van richtlijn 2008/94 opgelegde beschermingsniveau.

78. In die context beschikken de lidstaten bij de omzetting van artikel 8 van richtlijn 2008/94 over een ruime beoordelingsmarge voor de bepaling van zowel het mechanisme als het niveau van bescherming van de door werknemers verkregen rechten op ouderdomsuitkeringen uit hoofde van aanvullende stelsels van sociale voorzieningen. Aangezien die bepaling niet aldus kan worden uitgelegd dat die rechten volledig moeten worden gewaarborgd, staat zij er niet aan in de weg dat de lidstaten bij het

nastreven van legitieme economische en sociale doelstellingen de verkregen rechten van werknemers bij insolventie van hun werkgever beperken, mits zij met name het evenredigheidsbeginsel in acht nemen. De lidstaten dienen dus overeenkomstig de doelstelling van richtlijn 2008/94 de door artikel 8 van deze richtlijn vereiste minimumbescherming voor de werknemers te waarborgen (zie in die zin arrest van 19 december 2019, Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18, EU:C:2019:1128, punten 38-40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

79. Wat de door artikel 8 van richtlijn 2008/94 vereiste minimumbescherming betreft, heeft het Hof reeds geoordeeld dat voor de juiste omzetting van dit artikel vereist is dat een gewezen werknemer bij insolventie van zijn werkgever ten minste de helft van de ouderdomsuitkeringen ontvangt die voortvloeien uit de in het kader van een aanvullend stelsel van sociale voorzieningen opgebouwde pensioenrechten en dat dit artikel de lidstaten verplicht om in dat geval elke gewezen werknemer een vergoeding te waarborgen van ten minste de helft van de waarde van diens verkregen rechten uit hoofde van een dergelijk stelsel (zie in die zin arrest van 19 december 2019, Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18, EU:C:2019:1128, punten 41, 51 en 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

80. Voorts staat die minimumbescherming in de weg aan een kennelijk onevenredige verlaging van de ouderdomsuitkeringen van een werknemer uit hoofde van een bedrijfspensioenstelsel die het vermogen van de betrokkene om in zijn behoeften te voorzien ernstig aantast. Dit zou het geval zijn bij een verlaging van de ouderdomsuitkeringen van een gewezen werknemer die reeds leeft onder de armoederisicodrempel die het Bureau voor de statistiek van de Europese Unie (Eurostat) voor de betrokken lidstaat heeft vastgesteld, of door deze verlaging onder deze drempel zou komen te leven. Die minimumbescherming vereist bijgevolg dat een lidstaat een gewezen werknemer die aan een dergelijke verlaging van zijn ouderdomsuitkeringen is blootgesteld, een vergoeding waarborgt ten belope van een bedrag dat niet noodzakelijkerwijs alle geleden verliezen hoeft te dekken, maar een kennelijk onevenredig verlies kan verhelpen (zie in die zin arrest van 19 december 2019, Pensions-Sicherungs-Verein, C-168/18, EU:C:2019:1128, punten 44 en 45).

81. Hieraan moet nog worden toegevoegd dat met artikel 8 van richtlijn 2008/94 wordt beoogd te zorgen voor een bescherming van de belangen van de werknemers op lange termijn, aangezien die belangen met betrekking tot de verkregen rechten of de rechten in wording zich in beginsel over de gehele duur van het pensioen uitstrekken (arrest van 24 november 2016, Webb-Sämann, C-454/15, EU:C:2016:891, punt 27).

82. In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat de nationale regeling die in de hoofdgedingen aan de orde is voor het geval van de overgang van een onderneming na inleiding van een insolventieprocedure bepaalt dat de verkrijger opvolgt in de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsverhoudingen, zodat met betrekking tot een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen zoals het stelsel dat in de hoofdgedingen aan de orde is, voor de berekening van het bedrag van de ouderdomsuitkeringen wanneer de gebeurtenis die recht geeft op die uitkeringen zich voordoet, moet worden uitgegaan van de hele diensttijd die de werknemer tijdens de arbeidsverhouding heeft vervuld, daaronder begrepen de diensttijd bij de vervreemder, alsook van het brutosalaris dat de werknemer vóór uitdiensttreding ontving.

83. Voorts blijkt uit de door de verwijzende rechter verstrekte informatie, die in de punten 20 en 28 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, dat het bedrag van het ouderdomspensioen volgens het voor de bedrijfstak geldende aanvullende stelsel van sociale voorzieningen dat in de hoofdgedingen aan de orde is, voor elk dienstjaar een bepaald percentage bedraagt van het brutosalaris dat die werknemer op het moment van de gebeurtenis die recht geeft op die uitkeringen ontving, met een maximum van een bepaald percentage na 45 dienstjaren.

84. Hieruit volgt dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde nationale regeling de in punt 79 van het onderhavige arrest bedoelde waarborg die voortvloeit uit artikel 8 van richtlijn 2008/94 en die erin bestaat ervoor te zorgen dat een voormalige werknemer ten minste de helft van de ouderdomsuitkeringen ontvangt die voortvloeien uit de pensioenrechten die in het kader van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen zijn opgebouwd, enkel eerbiedigt voor zover wordt gewaarborgd dat de voormalige werknemer de helft van de bedragen die hem verschuldigd zijn op basis van het bij de nationale regeling ingevoerde berekeningsmechanisme – dat in herinnering is gebracht in de punten 82 en 83 van het onderhavige arrest – zal ontvangen.

85. Meer in het bijzonder kan artikel 8 van richtlijn 2008/94 in een geval zoals in het hoofdgeding niet aldus worden uitgelegd dat het bedrag van de uitkering, waarvan ten minste 50 % aan de voormalige werknemer moet worden toegekend, kan worden berekend zonder daarbij naar behoren rekening te houden met de diensttijd die bij de vervreemder is vervuld en gedurende welke de rechten op ouderdomsuitkeringen zijn opgebouwd, alsook met het brutosalaris van de werknemer op het moment dat die rechten ontstonden.

86. Daarnaast zou op basis van een berekening waarbij geen rekening wordt gehouden met de diensttijd en met het brutosalaris zoals in het vorige punt is vermeld, niet kunnen worden bepaald of overeenkomstig het uit artikel 8 van richtlijn 2008/94 voortvloeiende vereiste dat in punt 80 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, iets dient te worden gedaan aan de gevolgen die een verlaging van die uitkeringen met zich meebrengt voor een gewezen werknemer die reeds onder de voor de betrokken lidstaat vastgestelde armoederisicodrempel leeft of door deze verlaging onder deze drempel zou komen te leven.

87. Het argument van de Duitse regering dat in de Duitse taalversie van artikel 8 van richtlijn 2008/94 de zinsnede "ihrer erworbenen Rechte oder Anwartschaftsrechte" wordt gebruikt en dat de uitdrukking "erworbene Anwartschaftsrechte" letterlijk kan worden vertaald als "verkregen rechten in wording", zodat dat artikel enkel betrekking zou hebben op de rechten in wording die overeenkomstig de nationale bepalingen zijn verkregen, met andere woorden definitief zijn geworden, moet in dit verband worden afgewezen.

88. Opgemerkt moet namelijk worden dat, zoals verzoeker in het hoofdgeding in zaak C-674/18 aanvoert, andere taalversies van dit artikel, zoals de Spaanse, de Franse of de Italiaanse taalversie, enkel verwijzen naar "verkregen rechten [en] rechten in wording", zonder te vereisen dat die rechten in wording ook definitief zijn geworden.

89. In herinnering dient te worden gebracht dat de noodzaak van een eenvormige uitlegging van een Unierechtelijke bepaling volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist dat wanneer de verschillende taalversies ervan van elkaar afwijken, bij de uitlegging van de betrokken bepaling wordt gelet op de context en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt (arrest van 23 november 2016, Bayer CropScience en Stichting De Bijenstichting, C-442/14, EU:C:2016:890, punt 84 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

90. Artikel 2, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2008/94 bepaalt dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht met betrekking tot onder meer de definitie van de termen "verkregen recht" en "recht in wording".

91. Deze richtlijn staat er dus niet aan in de weg dat een lidstaat, binnen de rechten in wording, onderscheid maakt tussen rechten in wording die definitief zijn geworden en andere rechten in wording. Een dergelijke aan de lidstaten toegekende beoordelingsmarge kan er evenwel niet toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan de nuttige werking van de bepalingen van richtlijn 2008/94, en met name aan artikel 8 van deze richtlijn. Dat zou het geval zijn indien het een lidstaat werd toegestaan bepaalde categorieën rechten in wording in de zin van zijn nationale recht te onttrekken aan de verplichting om te voorzien in de minimumbescherming die bij artikel 3, lid 4, onder b), van richtlijn 2001/23, gelezen in het licht van artikel 8 van richtlijn 2008/94, is opgelegd voor alle rechten in wording.

92. Uiteindelijk staat het aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met de beginselen uit de vorige punten van het onderhavige arrest, na te gaan of in de hoofdgedingen de verplichting om te voorzien in een minimumbescherming van de werknemer die uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen aanspraak kan maken op uitkeringen, niet in acht is genomen.

93. Gelet op het voorgaande moet op de derde, de vijfde en de zesde vraag in elk van de gevoegde zaken worden geantwoord dat artikel 3, lid 4, onder b), van richtlijn 2001/23, gelezen in samenhang met artikel 8 van richtlijn 2008/94, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling, zoals die in de nationale rechtspraak is uitgelegd, die bepaalt dat, bij intreden van een gebeurtenis die recht geeft op ouderdomsuitkeringen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen na inleiding van de insolventieprocedure tijdens welke de overgang van de onderneming heeft plaatsgevonden en voor wat betreft het deel van die uitkeringen dat niet door de verkrijger wordt gedragen, ten eerste het volgens het nationale recht

aangewezen waarborgorgaan bij insolventie niet hoeft in te staan voor de rechten in wording op ouderdomsuitkeringen wanneer die nog niet definitief waren geworden op het moment dat die insolventieprocedure werd ingeleid, en ten tweede het bedrag van het deel van die uitkeringen waarvoor dat orgaan aansprakelijk is, wordt berekend op basis van het brutomaandsalaris van de betrokken werknemer op het moment dat de insolventieprocedure werd ingeleid, indien daaruit volgt dat de werknemers de door die bepaling gewaarborgde minimumbescherming wordt ontzegd, wat aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.

Zevende tot en met negende prejudiciële vraag in elk van de gevoegde zaken

94. Met zijn zevende tot en met negende vraag in elk van de gevoegde zaken wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 8 van richtlijn 2008/94, voor zover dat artikel voorziet in een minimumbescherming van de verkregen rechten of van de rechten in wording van werknemers op ouderdomsuitkeringen, rechtstreekse werking heeft waarop de betrokkene zich kan beroepen tegenover een privaatrechtelijk waarborgorgaan dat is belast met de invordering bij de werkgevers van de vereiste premies en dat daartoe kan overgaan tot gedwongen tenuitvoerlegging, maar onderworpen is aan het prudentieel toezicht van een overheidsinstantie van de betrokken lidstaat.

95. Het Hof heeft in zijn arrest van 19 december 2019, Pensions-Sicherungs-Verein (C-168/18, EU:C:2019:1128), reeds geantwoord op de vraag of artikel 8 van richtlijn 2008/94 rechtstreekse werking kan hebben, zodat het kan worden ingeroepen tegen een privaatrechtelijk orgaan dat door de betrokken lidstaat is aangewezen als het waarborgorgaan voor bedrijfspensioenen bij insolventie van werkgevers. In de punten 52 tot en met 57 van dat arrest heeft het Hof op die vraag in wezen bevestigend geantwoord voor zover dat orgaan, gelet op de daaraan toevertrouwde waarborgopdracht en de voorwaarden waaronder het deze opdracht uitvoert, kan worden gelijkgesteld met de staat, en die waarborgopdracht zich daadwerkelijk uitstrekt tot de soorten ouderdomsuitkeringen waarvoor om de in artikel 8 bedoelde minimumbescherming wordt verzocht.

96. Gelet op een en ander dient op de zevende tot en met de negende vraag in elk van de gevoegde zaken te worden geantwoord dat voor zover artikel 8 van richtlijn 2008/94 voorziet in een minimumbescherming van de verkregen rechten of van de rechten in wording van werknemers op ouderdomsuitkeringen, dat artikel rechtstreekse werking kan hebben, zodat het kan worden ingeroepen tegenover een privaatrechtelijk orgaan dat door de betrokken lidstaat is aangewezen als het waarborgorgaan voor bedrijfspensioenen bij insolventie van werkgevers, voor zover dat orgaan, gelet op de daaraan toevertrouwde waarborgopdracht en de voorwaarden waaronder het deze opdracht uitvoert, kan worden gelijkgesteld met de staat, en die waarborgopdracht zich daadwerkelijk uitstrekt tot de soorten ouderdomsuitkeringen waarvoor om de in artikel 8 bedoelde minimumbescherming wordt verzocht, wat aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.

Kosten

97. Ten aanzien van de partijen in de hoofdgedingen is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

1) Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 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 moet, met name gelet op artikel 3, leden 1 en 4, en artikel 5, lid 2, onder a), van deze richtlijn, aldus worden uitgelegd dat zij, bij een door de curator van een in een insolventieprocedure verwikkelde onderneming bewerkstelligde overgang van die onderneming, niet in de weg staat aan een nationale regeling, zoals die in de nationale rechtspraak is uitgelegd, die bepaalt dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor de rechten in wording van een werknemer op een ouderdomspensioen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen die zijn opgebouwd op basis van de diensttijd vóór de inleiding van de insolventieprocedure, wanneer de gebeurtenis die recht geeft op dat

ouderdomspensioenen intreedt nadat de insolventieprocedure is ingeleid, mits de maatregelen die zijn vastgesteld om de belangen van de werknemers te beschermen, wat het deel van het bedrag betreft waarvoor de verkrijger niet aansprakelijk is, ten minste gelijkwaardig zijn aan de bescherming die wordt vereist krachtens artikel 8 van richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever.

2) Artikel 3, lid 4, onder b), van richtlijn 2001/23, gelezen in samenhang met artikel 8 van richtlijn 2008/94, moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling, zoals die in de nationale rechtspraak is uitgelegd, die bepaalt dat, bij intreden van een gebeurtenis die recht geeft op ouderdomsuitkeringen uit hoofde van een voor de bedrijfstak geldend aanvullend stelsel van sociale voorzieningen na inleiding van de insolventieprocedure tijdens welke de overgang van de onderneming heeft plaatsgevonden en voor wat betreft het deel van die uitkeringen dat niet door de verkrijger wordt gedragen, ten eerste het volgens het nationale recht aangewezen waarborgorgaan bij insolventie niet hoeft in te staan voor de rechten in wording op ouderdomsuitkeringen wanneer die nog niet definitief waren geworden op het moment dat die insolventieprocedure werd ingeleid, en ten tweede het bedrag van het deel van die uitkeringen waarvoor dat orgaan aansprakelijk is, wordt berekend op basis van het brutomaandsalaris van de betrokken werknemer op het moment dat de insolventieprocedure werd ingeleid, indien daaruit volgt dat de werknemers de door die bepaling gewaarborgde minimumbescherming wordt ontzegd, wat aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.

3) Voor zover artikel 8 van richtlijn 2008/94 voorziet in een minimumbescherming van de verkregen rechten of van de rechten in wording van werknemers op ouderdomsuitkeringen kan dat artikel rechtstreekse werking hebben, zodat het kan worden ingeroepen tegenover een privaatrechtelijk orgaan dat door de betrokken lidstaat is aangewezen als het waarborgorgaan voor bedrijfspensioenen bij insolventie van werkgevers, voor zover dat orgaan, gelet op de daaraan toevertrouwde waarborgopdracht en de voorwaarden waaronder het deze opdracht uitvoert, kan worden gelijkgesteld met de staat, en die waarborgopdracht zich daadwerkelijk uitstrekt tot de soorten ouderdomsuitkeringen waarvoor om de in artikel 8 bedoelde minimumbescherming wordt verzocht, wat aan de verwijzende rechter staat om na te gaan.

Noot

In deze zaak gaat het om de verhouding tussen een insolventieprocedure en de richtlijn overgang van onderneming (Richtlijn 2001/23/EG, hierna 'de richtlijn').

Duits recht bepaalt dat wanneer een werkgever pensioenuitkeringen toezegt die via een externe pensioeninstelling worden betaald maar de pensioenuitkeringen lager zijn, de werkgever zelf het tekort moet aanvullen. Zo'n standaard bijstortingsplicht voor werkgevers geldt in Nederland niet. Deze kunnen wel contractueel zijn overeengekomen.

Naar Duits recht rust er bij insolventie van de werkgever geen verplichting op het orgaan dat belast is met de betaling van bedrijfspensioenen bij insolventie van een werkgever ('PSV') in te staan voor het tekort dat de werkgever had moeten aanvullen. In Nederland geldt dat als werkgevers geen pensioenpremies meer betalen, dat pensioenfondsen uiteindelijk (onder strikte voorwaarden) tot pensioenkorting kunnen overgaan en pensioenverzekeraars tot premievrijmaking.

In Nederland geldt verder dat pensioen mee over gaat bij overgang, behoudens situaties als genoemd in art. 7:664 BW. Het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf bevat bovendien specifieke regelingen voor de gevolgen van fusie of splitsing. In geval van faillissement gelden de regels rond overgang (vooralsnog) echter niet. Dat is in Duitsland anders waar pensioen ook bij faillissement mee overgaat, zij het dat aansprakelijkheid voor de verkrijger beperkt is tot de toekomstige pensioenopbouw.

De prejudiciële vragen gaan over de vraag of art. 5 dan wel art. 3 van de richtlijn toestaat dat nationaal recht de aansprakelijkheid voor de verkrijger beperkt tot het gedeelte van het ouderdomspensioen dat berust op toekomstige diensttijd.

Art. 5 lid 1

Lid 1 bepaalt dat automatische overgang van rechten en plichten niet aan de orde is als (1) de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure (2) met het oog

de liquidatie van het vermogen van de vervreemder (3) onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

De pre-pack was volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ), gelet op de intentie waarmee die procedure in een concrete situatie is toegepast, niet op liquidatie gericht (*Smallsteps*-arrest, «JAR» 2017/189). De Hoge Raad overwoog in *Heiploeg* («JAR» 2020/125) dat het doel en de inrichting van een pre-pack niet in volle omvang aan het HvJ was voorgelegd. De Hoge Raad overwoog dat een faillissementsprocedure in Nederland op liquidatie is gericht (r.o. 3.5.3) en heeft het HvJ gevraagd te beoordelen of het doel van een pre-pack wezenlijk anders is. In *Heiploeg* betrof het een onafwendbaar faillissement en een verkrijger die niet op enigerlei wijze aan Heiploeg was gelieerd. Bovendien stond in de brief van de rechtbank dat het doel was een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers te realiseren. Onder meer Van der Pijl in zijn noot bij *Heiploeg en Beltzer* (R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming', *Corel* 2020, p.290) zijn kritisch omdat de faillissementsprocedure in Nederland niet (meer) enkel op liquidatie zou zijn gericht.

Voor beide kanten valt wat te zeggen. Het probleem is dat het objectiveren van het doel dat voorop heeft gestaan lastig is omdat een doorstart veelal zowel tot behoud van werkgelegenheid als een hogere opbrengst voor de schuldeisers zal leiden.

Het onderhavige arrest biedt evenmin duidelijkheid over deze belangwekkende vraag voor de Nederlandse praktijk. Het HvJ oordeelt dat de Duitse procedures de voortzetting van activiteiten tot doel hebben, maar dat lijkt niet ter discussie te hebben gestaan in de procedure. In de schriftelijke opmerkingen van Duitsland werd namelijk gesteld dat behoud van werkgelegenheid het doel is van het Duitse recht, in zijn huidige vorm.

Art. 5 lid 2 richtlijn

In Nederland beoogt het Voorontwerp overgang van onderneming bij faillissement (het Voorontwerp) een einde te maken aan de onzekerheid die *Smallsteps* heeft veroorzaakt. Uitgangspunt is dat ook bij faillissement de regels van overgang gelden, maar tegelijkertijd wordt de aansprakelijkheid van de verkrijger beperkt.

Art. 5 lid 2 van de richtlijn bepaalt dat als lidstaten de regels rond overgang van toepassing hebben verklaard op een insolventieprocedure, zij ook kunnen bepalen dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor schulden van de vervreemder die verschuldigd zijn vóór de overgang of voor de inleiding van de insolventieprocedure.

Het HvJ oordeelt in dit arrest dat deze aansprakelijkheidsbeperking geen betrekking kon hebben op pensioenaanspraken omdat dit geen schulden zijn van vóór overgang of de inleiding van de insolventieprocedure. Het betrof rechten op *nog niet ingegaan* pensioen; het uitkeringsmoment ligt na de overgang.

Ook het Voorontwerp regelt dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor door de vervreemder onbetaald gelaten pensioenpremies, maar is hiermee ook de aansprakelijkheid uitgesloten voor opgebouwd pensioen berustend op de diensttijd voor de overgang? Bij een uitkeringsovereenkomst lijkt dit niet het geval. Net als in de Duitse situatie is een *pensioenuitkering* toegezegd. Hoewel ook bij een beschikbare premieregeling pensioen pas na de overgang tot uitkering komt, zou beperking van de aansprakelijkheid van de verkrijger wellicht wel verdedigbaar zijn. Er is immers alleen een premie toegezegd en geen specifieke pensioenuitkering waardoor het toch een schuld uit het verleden lijkt te zijn.

Overigens, vanuit de door het HvJ voorgestane strikte uitleg, kunnen opgebouwd maar nog niet-uitbetaald vakantiegeld of vakantiedagen evenmin worden uitgesloten van de aansprakelijkheid van de verkrijger; uitkering vindt ook dan na overgang plaats. Het Voorontwerp zou op dit punt dan ook nog eens tegen het licht moeten worden gehouden.

Art. 3 lid 4

Voor pensioen blijkt er toch een mogelijkheid om de aansprakelijkheid voor de verkrijger te beperken tot toekomstige schulden. Het HvJ oordeelt via art. 3 lid 4 van de richtlijn dat ouderdomspensioen van de regels rond overgang – volledig of gedeeltelijk – kan worden uitgesloten. Duitsland (en dus ook

Nederland) mocht bepalen dat de verkrijger enkel aansprakelijk is voor toekomstige pensioenrechten berustend op de diensttijd na inleiding van de insolventieprocedure.

Wel moet een lidstaat maatregelen vaststellen om de belangen van de werknemers te beschermen(art. 3 lid 4 onder b van de richtlijn). Het HvJ knoopt aan bij Insolventierichtlijn en oordeelt dat het pensioenverlies niet groter mag zijn dan 50% met inachtneming van de armoededrempel (vgl. HvJ EU 19 december 2019, C-168/18, ECLI:EU:C:2019:1128 (*Pensions-Sicherungs-Verein*)).

Voor Nederland zal dit niet snel spelen. Zoals Heemskerk al in 2014 stelde, komt het (nog) niet voor dat Nederlandse pensioenuitvoerders minder dan 50% van het opgebouwd pensioen overhouden na faillissement (*FIP* 2014(8), 366).

mr. B.C.L. Kanen, advocaat/partner bij Liber Dock