

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
S. ALBER

van 17 juni 2003<sup>1</sup>

I — Inleiding

II — Juridisch kader

A — *Gemeenschapsrechtelijke bepalingen*

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op het behoud van rechten van werknemers bij vervroegd pensioen in het kader van de overgang van een onderneming. Om te beginnen wordt de vraag gesteld, of de voorziene uitkeringen als „ouderdomsuitkeringen” moeten worden beschouwd in de zin van artikel 3, lid 3, van 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 (hierna: „richtlijn 77/187”)<sup>2</sup>. Indien dit niet het geval is, vraagt de verwijzende rechter zich af, of de rechten op uitkeringen berusten op verplichtingen van de werkgever in de zin van artikel 3, lid 2, en derhalve bij een overgang van de onderneming op de verkrijger daarvan overgaan. Voorzover de rechten op uitkeringen bij de overgang van de onderneming op de verkrijger overgaan, wordt ten slotte de vraag gesteld in hoeverre een werknemer in voorkomend geval van zijn rechten kan afzien.

2. Richtlijn 77/187

3. *Artikel 1*

„1. Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie.

[...]”

4. *Artikel 3*

„1. De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Duits.

<sup>2</sup> — PB L 61, blz. 26.

op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

keringen 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.

De lidstaten mogen bepalen dat de vervreemder ook na het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, en naast de verkrijger aansprakelijk is voor de verplichtingen welke voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding.

[...]"

## B — Nationale bepalingen

### 1. Wettelijke bepalingen

2. Na de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als deze voorwaarden in deze overeenkomst waren vastgesteld voor de vervreemder tot het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.

5. Richtlijn 77/187 is in het Verenigd Koninkrijk omgezet bij de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (Regeling inzake de overgang van ondernemingen [bescherming van de werkgelegenheid]) van 1981 (hierna: „TUPE”).

6. De artikelen 5, 6 en 7 van de TUPE luiden, voorzover relevant:

De lidstaten mogen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken mits dit tijdvak niet korter wordt dan een jaar.

„5. Gevolgen van de betrokken overgang voor arbeidsovereenkomsten, enz.

3. De leden 1 en 2 zijn niet van toepassing op de rechten van de werknemers op ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuit-

1. [...] door overgang komt geen einde aan de arbeidsovereenkomst van werknemers

die in de overgegangene onderneming of een onderdeel daarvan in dienst waren van de vervreemder, doch overeenkomsten waaraan anders door de overgang een einde zou zijn gekomen, blijven gelden na de overgang alsof zij oorspronkelijk waren gesloten door deze werknemers en de verkrijger.

door de vervreemder erkende vakbond gesloten collectieve overeenkomst bestaat ten aanzien van werknemers wier arbeids-overeenkomst ingevolge artikel 5, lid 1, supra bescherming geniet

2. Onverminderd lid 1 supra [...] wanneer de overgang voltooid is,

— gaan alle rechten, bevoegdheden en verplichtingen van de vervreemder krachtens of in verband met een dergelijke overeenkomst ingevolge dit artikel over op de verkrijger; en

— worden alle handelingen die door of met betrekking tot de vervreemder vóór de overgang zijn verricht ten aanzien van deze overeenkomst of een werknemer in dienst van die onderneming of een onderdeel ervan, geacht te zijn verricht door of met betrekking tot de verkrijger [...]

6. Gevolgen van de overgang voor collectieve overeenkomsten

Wanneer ten tijde van de overgang een door of namens de vervreemder met een

a) [...] zal die collectieve overeenkomst, wat de toepassing ervan op de werknemer betreft, na de overgang gelden als ware zij door of namens de verkrijger met die vakbond gesloten en zullen dienovereenkomstig alle verrichtingen krachtens die overeenkomst of in verband daarmee, voor bovenbedoelde toepassing, door of met betrekking tot de vervreemder gedaan, na de overgang worden geacht te zijn gedaan door of met betrekking tot de verkrijger [...]

7. Uitsluiting van bedrijfspensioenregelingen

1. De artikelen 5 en 6 supra zijn niet van toepassing op:

a) arbeidsovereenkomsten of collectieve overeenkomsten voorzover zij betrekking hebben op een bedrijfspensioenregeling in de zin van de Social Security

Pensions Act 1975 of de Social Security Pensions (Northern Ireland) Order 1975; of

8. Artikel 45 van de GWC-arbeidsvoorwaarden voorziet in een eenmalige afvloeiingsuitkering („lump sum redundancy payment”) die moet worden uitbetaald wanneer een werknemer met een bepaalde minimumdiensttijd:

b) rechten, bevoegdheden of verplichtingen krachtens of in verband met een dergelijke overeenkomst of die van kracht blijven krachtens een dergelijke overeenkomst en betrekking hebbend op een dergelijke regeling of anderszins voortvloeiend uit de arbeidsverhouding van die werknemer en betrekking hebbend op een dergelijke regeling.

— wordt ontslagen wegens personeelsinkrimping, of

— met vervroegd pensioen gaat bij reorganisatie.

2. Wat lid 1 supra betreft, worden alle voorzieningen van een bedrijfspensioenregeling die geen betrekking hebben op ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen geacht geen onderdeel van de regeling te vormen.”

Ingevolge lid 12 van dit artikel is de werkgever (contractueel) verplicht zijn werknemers deze uitkering te betalen.

2. Bepalingen van de collectieve overeenkomst

9. Artikel 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden voorziet in de onmiddellijke uitbetaling van een verhoogd pensioen en een vergoeding in de drie volgende gevallen van pensionering:

7. In de onderhavige procedure dient, behalve met de wettelijke bepalingen, ook met de arbeidsvoorwaarden van de General Whitley Council rekening te worden gehouden. Op de tussen verzoekers in het hoofdgeding en de National Health Service (hierna: „NHS”) gesloten arbeidsovereenkomst zijn de General Whitley Council Conditions of Service (arbeidsvoorwaarden van de General Whitley Council; hierna: „GWC”) van toepassing verklaard.

— wegens personeelsinkrimping,

— in het belang van de goede werking van de dienst,

— bij reorganisatie.

10. Het begrip „reorganisatie” („organisational change”) in artikel 45 wordt gedefinieerd als vrijwillig vervroegd pensioen teneinde ontslag wegens personeelsinkrimping te voorkomen, en staat in wezen gelijk aan vrijwillige pensionering. Artikel 46 bepaalt dat de daar gebruikte uitdrukking „organisational change” dezelfde betekenis heeft als in artikel 45.

11. De uitdrukking „in het belang van de goede werking van de dienst” moet in haar normale betekenis worden verstaan. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de richtsnoeren van de NHS van 1995, waarin staat dat de werkgevers van de NHS voor een werknemer in het belang van de goede werking van de dienst vervroegd pensioen kunnen aanvragen wanneer de prestaties van dat personeelslid, ofschoon voorheen aanvaardbaar, over een bepaalde periode constant en tot een onaanvaardbaar niveau zijn gedaald en verbetering, ook na passende maatregelen, onwaarschijnlijk wordt geacht.

### III — De feiten

12. Tot 1 november 1994 waren verzoekers in het hoofdgeding, mevrouw Martin en de heren Daby en Willis, als docenten verpleegkunde in dienst bij het Redwood College of Health Studies. In hun arbeidsovereenkomst was bepaald: „Op uw

arbeidsverhouding zijn de voorwaarden van de General and Nurses and Midwives Whitley Council (hierna: „GWC-arbeidsvoorwaarden”) van toepassing.”

13. In het kader van de plannen van de regering om de opleiding tot verpleegkundige naar het hoger onderwijs over te hevelen, werd voorgesteld het Redwood College onder te brengen bij verweerster, de South Bank University.

14. De South Bank University deelde het personeel van het Redwood College bij schrijven van 27 oktober 1994 mee, dat het met ingang van 1 november 1994 bij haar in dienst zou treden en dat het in november een arbeidsovereenkomst zou worden aangeboden. Het personeel was niet verplicht de arbeidsvoorwaarden van de South Bank University te aanvaarden. Aansluiting van het personeel bij het National Health Service Pension Scheme (pensioenregeling van de NHS) was niet langer mogelijk; de medewerkers hadden wat het ouderdomspensioen betreft de keuze uit drie opties:

- i) Optie 1: uit de pensioenregeling van de NHS treden en zich bij een nieuwe pensioenregeling aansluiten;
- ii) Optie 2: overheveling van de rechten uit het NHS Pension Scheme naar een van de pensioenregelingen van verweerster;

iii) Optie 3: uit de pensioenregeling van de NHS treden zonder zich evenwel bij een andere pensioenregeling aan te sluiten.

15. Bij brief van 31 oktober 1994 aan de vakbondsvertegenwoordiger van verzoekers in het hoofdgeding deelde de South Bank University mede:

„In geval van pensioen bij blijvende invaliditeit bepalen zowel het Teachers' Scheme als het Local Government Scheme dat de betrokkene de maximale verhoging ontvangt waarop hij recht heeft. Deze verhoging is niet facultatief, maar verplicht.

In geval van vervroegd pensioen om een andere reden is de verhoging facultatief.

Zoals gezegd, zal de universiteit echter, indien een van Redwood overgegangene werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst een in rechte invorderbare aanspraak heeft op deze uitkering, haar wettelijke verplichtingen nakomen, zoals overigens altijd in dergelijke aangelegenheden.”

16. Op 1 november 1994 is het Redwood College onderdeel geworden van de South Bank University. Martin, Daby en Willis werden werknemers van de South Bank

University. Op die dag eindigde hun dienstverband met de NHS.

17. Zowel Martin als Willis uitten begin november 1994 schriftelijk hun ongerustheid omdat de arbeidsvoorwaarden van de South Bank University, met name ten aanzien van de pensioenregeling, minder gunstig zouden zijn dan die van het Redwood College; zij vroegen om zekerstelling van hun bestaande rechten.

18. Bij schrijven van 24 november 1994 bood de South Bank University Martin, Daby en Willis ieder een contract aan op haar eigen arbeidsvoorwaarden. In de brief was een contractformulier bijgesloten waarin de verschillende arbeidsvoorwaarden werden uiteengezet.

19. Geen van verzoekers aanvaardde de arbeidsvoorwaarden van de South Bank University, zodat op hen de in hun arbeidsovereenkomst vermelde arbeidsvoorwaarden van kracht bleven zoals deze ten tijde van de overgang golden. In het geval van Martin werd dit bevestigd in een brief van 21 februari 1995.

20. Martin, Daby en Willis sloten zich bij het Teachers' Superannuation Scheme aan. Tevens verzochten zij om overschrijving van hun bestaande NHS-pensioenrechten naar het Teachers' Superannuation Scheme. Alleen Daby en Willis konden hun NHS-

pensioenrechten laten overschrijven; Martin kon dit niet, omdat zij op het moment van de overgang van de onderneming ouder dan 60 jaar was.

21. Op 22 oktober 1996 heeft het Department for Education and Employment voorstellen gedaan waarvan de uitvoering tot gevolg zou hebben, dat een gedeelte van de kosten van de vervroegde pensionering niet langer ten laste van het Teachers' Superannuation Scheme doch voor rekening van de South Bank University zou komen. Meer in het bijzonder hielden de voorstellen in, dat de toepasselijke bepalingen in die zin zouden worden gewijzigd, dat docenten die met vervroegd pensioen waren gegaan, vanaf 1 april 1997 een lager pensioen zouden ontvangen en dat de werkgever die docenten een aanvulling zou moeten betalen. De Vice Chancellor van de South Bank University richtte op 16 december 1996 een memorandum tot het universiteitspersoneel ouder dan 50 jaar, waarin hij te kennen gaf dat de South Bank University bij uitvoering van die voorstellen na 31 maart 1997 geen vervroegd pensioen meer zou kunnen aanbieden.

22. Op 14 januari 1997 zond de Vice Chancellor opnieuw een memorandum aan het universiteitspersoneel ouder dan 50 jaar, waarbij hij de laatste ontwikkelingen met betrekking tot de voorstellen uiteenzette en vervroegd pensioen aanbood, met de keuze uit twee regelingen. Voor iedereen die voor vervroegd pensioen in aanmerking wilde komen werd een tijdschema opgesteld, om te verzekeren dat dit pensioen uiterlijk op 31 maart 1997 zou kunnen ingaan.

23. Bij schrijven van 20 januari 1997 gaf Daby te kennen voor vervroegd pensioen in aanmerking te willen komen. Martin maakte haar wens daartoe kenbaar bij schrijven van 17 januari 1997.

24. Bij brief van 12 februari 1997, respectievelijk 3 maart 1997, werden Daby en Martin op de hoogte gesteld van de voorwaarden voor vrijwillige uittreding per 31 maart 1997.

25. Daby verklaarde bij brief van 17 februari 1997, met vervroegd pensioen overeenkomstig deze bepalingen te willen gaan, en Martin gaf dezelfde wens schriftelijk te kennen op 7 maart 1997. Bij schrijven van 5, respectievelijk 7 maart 1997, ontvingen Daby en Martin een formeel aanbod tot vrijwillige uittreding ter ondertekening. Daby aanvaardde het aanbod op 8 maart 1997 en Martin op 10 maart 1997.

26. Zo kwam op 31 maart 1997 een eind aan de arbeidsverhoudingen van Daby en Martin en gingen zij, zoals de verwijzende rechter heeft vastgesteld, overeenkomstig artikel 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden met vervroegd pensioen in het belang van de goede werking van de dienst.

27. Willis bleef in dienst bij de South Bank University.

28. Alle drie verzoekers in het hoofdgeding vorderen toepassing van de artikelen 45 en 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden op hun dienstverband met de South Bank University. Daby en Martin stellen met name dat zij volgens deze artikelen bepaalde aanspraken geldend hadden kunnen maken op het tijdstip van hun vervroegde pensionering. Willis verzoekt vast te stellen dat artikel 46 ook op zijn dienstverband met verweerster van toepassing blijft. De South Bank University erkent dat de rechten krachtens artikel 45 van de GWC-arbeidsvoorwaarden tegelijk met verzoekers zelf bij de overgang van de onderneming zijn overgegaan.

29. Gedurende hun dienstverband bij het Redwood College werden de arbeidsvoorwaarden van verzoekers overeenkomstig de National Health Service (Remuneration and Conditions of Service) Regulations 1991 (NHS-verordening [beloning en overige arbeidsvoorwaarden] 1991) door de minister van volksgezondheid vastgesteld. Krachtens deze verordening werden verhogingen van lonen en salarissen bekendgemaakt na onderhandelingen hierover binnen de Whitley Council. Het Royal College of Nursing, de vakbond waarvan verzoekers lid waren, was in de Whitley Council vertegenwoordigd en nam derhalve actief deel aan deze onderhandelingen. De South Bank University maakt daarentegen geen deel uit van de NHS en is op geen enkele wijze bij de salarisonderhandelingen binnen de Whitley Council betrokken. De lonen en salarissen van haar personeel worden via een eigen onderhandelingsprocedure herzien.

30. De verwijzende rechter stelt de volgende kwesties („issues”) — wel te onderscheiden van de prejudiciële vragen — aan de orde, teneinde de TUPE in het licht van het gemeenschapsrecht uit te leggen:

- „i) zijn de rechten van verzoekers ontleend aan artikel 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden op 1 november 1994 overgegaan en kunnen deze ook na die datum geldend gemaakt worden?
- ii) hebben verzoekers gedurende hun dienstverband met het Redwood College rechten krachtens artikel 46 verworven en, zo ja, zijn die rechten met name gelet op artikel 7, leden 1 en 2, van de TUPE tegelijk met verzoekers overgegaan bij de overgang van de onderneming in november 1994?
- iii) zijn de aanvragen van verzoekers om aansluiting bij het Teachers' Superannuation Scheme (pensioenregeling voor onderwijzend personeel) of de overheveling van opgebouwde rechten van invloed op de beantwoording van deze vragen?
- iv) wat zijn de gevolgen van het feit dat verzoekers voorwaarden voor vervroegd pensioen hebben aanvaard die minder gunstig zijn dan die krachtens artikel 45, respectievelijk 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden?”



31. Volgens de verwijzende rechter hangt het antwoord op deze vragen af van de werking van de TUPE. Een verdere complicatie is dat verzoekers zich bij het Teachers' Superannuation Scheme hebben aangesloten en dat hun bepaalde mededelingen zijn gedaan die inhielden, dat de mogelijkheden van vervroegd pensioen in de toekomst beperkt zouden kunnen zijn wegens een wijziging in de financiering ervan.

32. Onder verwijzing naar de uitspraken van het Employment Appeal Tribunal in de zaak Frankling/BPS Public Sector Limited en van de High Court of Justice in de zaak Beckmann/Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd alsmede naar het verzoek om een prejudiciële beslissing in de zaak Beckmann<sup>3</sup>, acht de verwijzende rechter zich niet in staat de gerezen vragen met zekerheid te beantwoorden.

#### IV — Prejudiciële vragen

33. Bij deze stand van zaken heeft het Employment Tribunal het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

- „1) Vallen rechten die verbonden zijn aan ontslag of vervroegd pensioen met wederzijds goedvinden, onder de definitie van ‚rechten en verplichtingen‘ in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn?
- 2) Is het recht van de werknemer op uitkeringen van vervroegd pensioen en een vaste vergoeding bij ontslag wegens personeelsinkrimping, in het belang van de dienst of bij reorganisatie, een recht op ouderdomsuitkering, invaliditeitsuitkering of uitkering aan nagelaten betrekkingen in de zin van artikel 3, lid 3, van de richtlijn?
- 3) Indien en voorzover de tweede vraag ontkennend wordt beantwoord: is er een verplichting van de vervreemder uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, de arbeidsverhouding of de collectieve overeenkomst in de zin van artikel 3, lid 1, en/of artikel 3, lid 2, die door de overgang van onderneming overgaat, waardoor de verkrijger bij ontslag de uitkeringen aan de werknemer moet betalen?
- 4) Indien het antwoord op de tweede vraag ontkennend luidt en dat op de derde vraag bevestigend, kan de werknemer dan niettemin afzien van zijn of haar recht op vervroegde betaling van het pensioen en het vaste bedrag bij pensionering en/of de jaarlijkse toelage en de vaste vergoeding, wanneer de pensioenregeling van de verkrijger hem

<sup>3</sup> — Arrest van 4 juni 2002, Beckmann (C-164/00, Jurispr. blz. I-4893).

of haar geen recht geeft op dezelfde uitkeringen en dezelfde voorwaarden of in het geheel geen recht geeft op uitkering, en hij of zij

kering die minder gunstig is dan waarop zij volgens de richtlijn recht hebben?

- i) zich aansluit bij de pensioenregeling van de verkrijger, waarvoor hij of zij premie betaalt en/of voor hem of haar premie wordt betaald door de verkrijgende werkgever;
  - ii) zich aansluit bij de pensioenregeling van de verkrijger, waarvoor hij of zij premie betaalt en/of voor hem of haar premie wordt betaald door de verkrijgende werkgever, en zijn opgebouwde rechten op zijn verzoek van de pensioenregeling van de vervreemder worden overgebracht naar die van de verkrijger?
- 5) Zo ja, volgens welke criteria moet de nationale rechter dan uitmaken of de werknemer in die omstandigheden daarmee heeft ingestemd?
- 6) Moet artikel 3, leden 1 en/of 2, van de richtlijn aldus worden uitgelegd, dat het de verkrijger verbiedt, aan overgegangene werknemers de mogelijkheid te bieden om met vervroegd pensioen te gaan op basis van een pensioenuitkering die minder gunstig is dan waarop zij volgens de richtlijn recht hebben?
- 7) Luidt het antwoord op de vorige vraag anders indien de verkrijger, wanneer hij de overgegangene werknemers de mogelijkheid biedt, met vervroegd pensioen te gaan op minder gunstige voorwaarden dan waarop zij volgens de richtlijn recht hebben, verklaart dat er in de toekomst geen mogelijkheid van vervroegd pensioen meer zal bestaan?
- 8) Wanneer partijen zijn overeengekomen dat de werknemer met vervroegd pensioen zal gaan op de door de werkgever aangeboden voorwaarden, welke criteria moet de nationale rechter dan hanteren om te bepalen of de overgang van onderneming de reden is waarom die overeenkomst is gesloten, overeenkomstig het door het Hof geformuleerde beginsel in het arrest Tellerup, „Daddy’s Dance Hall”?<sup>4</sup>
- 9) Indien artikel 3 van de richtlijn tot gevolg heeft dat de verkrijger overgegangene werknemers niet de mogelijkheid mag bieden, met vervroegd pensioen te gaan op basis van een pensioenuitkering die minder gunstig is dan waarop zij volgens de richtlijn recht hebben?

4 — Arrest van 10 februari 1988 (324/86, Jurispr. blz. 739).

hebben, wat zijn dan de consequenties voor werknemers die vervroegd pensioen op de door de werkgever aangeboden basis aanvaarden?”

bedoeld in artikel 46 uitgezonderd van de uitzonderingsbepalingen van artikel 7, lid 2. Uitkeringen in de zin van artikel 46 kunnen om drie redenen niet als „ouderdomsuitkeringen” worden beschouwd: ten eerste is het doel van artikel 46 de gevolgen van tijdelijke werkloosheid op te vangen. Ten tweede ontstaan de rechten niet door het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, maar door de vroegtijdige beëindiging van het dienstverband, hetzij wegens personeelsinkrimping, hetzij in het belang van de goede werking van de dienst, hetzij wegens reorganisatie. Ten slotte hebben de rechten naar hun aard meer weg van een compensatie dan van een pensioen of een ouderdomsuitkering.

## V — Argumenten van partijen

### A — *Prejudiciële vragen 1 tot en met 3*

#### 1. Verzoekers in het hoofdgeding en Verenigd Koninkrijk

34. Volgens Martin, Daby en Willis en ook het Verenigd Koninkrijk valt het recht op een jaarlijkse uitkering en een eenmalige vergoeding in de zin van artikel 46 binnen de werkingssfeer van artikel 5 TUPE. De uitkeringsrechten op grond van de GWC-arbeidsvoorwaarden maakten deel uit van de arbeidsovereenkomsten van verzoekers en zijn krachtens artikel 5 op de nieuwe werkgever overgegaan. Het Verenigd Koninkrijk merkt bovendien op, dat de rechten op de verkrijger van de onderneming zijn overgegaan, ook al waren zij vóór de overgang nog niet opeisbaar.

35. Wat de gevolgen van artikel 7 TUPE betreft, zijn de rechten op een uitkering als

36. Huns inziens moet artikel 3, lid 3, beperkt worden uitgelegd; het heeft slechts betrekking op uitkeringen die in verband staan met het risico van ouderdom, maar niet op die welke uitsluitend op de leeftijd en het aantal dienstjaren berusten.

#### 2. De South Bank University

37. De South Bank University is daarentegen de mening toegedaan dat artikel 46, door naar de wettelijke regeling te verwijzen, enerzijds uitkeringsaanspraken en anderzijds verplichtingen van het desbetreffende pensioenstelsel vastlegt, maar geen verplichtingen van de werkgever van verzoekers. De TUPE regelt in artikel 5 de overgang van de verplichtingen van de

werkgever die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien of daarmee verband houden. Omdat artikel 46 de werkgever geen verplichtingen oplegt, zijn deze ook niet op de South Bank University overgegaan.

sinds verzoekers niet langer bij het NHS Pensions Scheme maar bij het Teachers' Superannuation Scheme zijn aangesloten.

38. Verweerster bestrijdt niet dat uitkeringen die verband houden met ontslag en vervroegde pensionering in beginsel ingevolge artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187 op de verkrijger overgaan. In de onderhavige zaak is echter geen sprake van overdraagbare rechten, daar de werknemers (verzoekers in het hoofdgeding) op het tijdstip van de overgang van de onderneming nog geen enkel recht hadden verworven. Alleen hun werkgever had hun afhankelijk van de eisen van zijn bedrijfsvoering een al dan niet vervroegd pensioen kunnen aanbieden.

### 3. De Commissie

41. Evenals verzoekers in het hoofdgeding en het Verenigd Koninkrijk beschouwt de Commissie de litigieuze uitkeringen als „rechten en verplichtingen” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187, die bij de overgang van een onderneming op de verkrijger overgaan.

39. In ieder geval valt artikel 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden, voorzover het betrekking heeft op een bedrijfspensioenregeling, onder de definitie van de arbeidsovereenkomst of de collectieve overeenkomst en daarmee onder artikel 7, lid 1, TUPE. Rechten die krachtens of in verband met bedrijfspensioenregelingen zijn opgebouwd, worden niet overgedragen. De in artikel 46 bedoelde uitkeringen worden bij vervroegd pensioen tegen een hoger bedrag toegekend en dienen dus als „ouderdomsuitkeringen” te worden aangemerkt.

42. Zij bepleit echter met de South Bank University een ruime uitlegging van artikel 3, lid 3, van richtlijn 77/187. Onder „ouderdomsuitkeringen” vallen haars inziens ook uitkeringen met dezelfde kenmerken. Het criterium om zulks te beoordelen dient daarbij onder meer te zijn, of de uitkeringen op eigen bijdragen van de werknemers berusten, dan wel afkomstig zijn van een speciaal daarvoor opgericht fonds.

40. De South Bank University stelt dat eventuele „rechten” die vóór 1 november 1994 op grond van artikel 46 zijn ontstaan, niet zijn overgedragen, maar zijn bevroren

43. Volgens de Commissie moet echter de vraag of de litigieuze uitkeringen onder artikel 3, lid 3, vallen, door de nationale rechter worden beantwoord.

B — *Prejudiciële vragen 4 tot en met 9*

1. Verzoekers in het hoofdgeding, Verenigd Koninkrijk en Commissie

44. Martin, Daby en Willis zetten de werking van artikel 46 ten tijde van hun dienstverband met de NHS uiteen, derhalve vóór 1 november 1994. In wezen hadden zij recht gekregen op verdubbeling van de toe te rekenen dienstjaren en dus op een hoger pensioen en hogere eenmalige uitkeringen in het kader van de vervroegde pensionering in de zin van artikel 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden.

45. Zij zijn van mening, daarin gesteund door het Verenigd Koninkrijk en de Commissie, dat zij, door zich bij het Teachers' Superannuation Scheme aan te sluiten, niet hebben afgezien van hun contractuele rechten krachtens artikel 46. Het was niet mogelijk de aansluiting bij het NHS-stelsel na de overgang te continueren. De enige optie die verzoekers op dat moment feitelijk hadden, was om zich hetzij bij het Teachers' Superannuation Scheme aan te sluiten en zo hun nieuwe werkgever te laten bijdragen aan hun ouderdomsverzekering, hetzij in het geheel niet bij een pensioenstelsel te zijn aangesloten.

46. Bovendien blijkt uit zowel de antwoorden op de door het personeel op 9 oktober 1994 gestelde vragen als de omvangrijke briefwisseling in de periode van de bedrijfs-overgang, dat medewerkers die overeen-

komstig de GWC-arbeidsvoorwaarden werkzaam bleven, allen, ongeacht of zij zich bij het Teachers' Superannuation Scheme hadden aangesloten, hun rechten hadden behouden.

47. Ter beantwoording van de vraag welke rechten Martin en Daby bij de beëindiging van hun arbeidsverhouding hadden, verwijzen zij naar de arresten Tellerup, „Daddy's Dance Hall”<sup>5</sup> en Watson Rask en Christensen<sup>6</sup>. Daaruit vloeit voort dat werknemers niet van rechten afstand kunnen doen die hun overeenkomstig de richtlijn inzake het behoud van rechten toekomen, en dat die rechten ook met hun toestemming niet kunnen worden beperkt. Hetzelfde principe geldt ook voor de gevallen waarin vervroegde pensionering weliswaar wordt aangeboden, maar het aanbod zich niet tot de door de richtlijn beschermde rechten uitstrekt.

48. De wijzigingen in hun arbeidsovereenkomsten berusten huns inziens uitsluitend op de overgang van de onderneming. Wegens deze overgang moesten zij voor een ander pensioenstelsel opteren. De South Bank University heeft ook geen andere redenen, bijvoorbeeld van economische, technische of organisatorische aard, voor de wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden aangevoerd.

<sup>5</sup> — Aangehaald in voetnoot 4.

<sup>6</sup> — Arrest van 12 november 1992 (C-209/91, Jurispr. blz. I-5755).

49. Noch bij de overgang van de onderneming in november 1994, noch in het kader van de vervroegde pensionering in maart 1997 hebben zij van hun rechten uit hoofde van artikel 46 daadwerkelijk afstand gedaan of zelfs maar kunnen doen. Ook in maart 1997 waren de veranderingen uitsluitend het voortvloeisel van de overgang van de onderneming. De South Bank University is er bij haar aanbiedingen van uitgegaan, dat verzoekers in het hoofdgeding door de overgang van de onderneming hun rechten hadden verloren.

50. Martin, Daby en Willis geven toe dat volgens de rechtspraak hun arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate mogen worden gewijzigd als hun vroegere werkgever, het Redwood College, dat had kunnen doen, althans voorzover de overgang van de onderneming op zich niet de reden was voor de wijziging. Het doel van richtlijn 77/187 is om de werknemer tegen voor hem ongunstige wijzigingen bij de overgang van de onderneming te beschermen. Hoewel ook de nieuwe werkgever de arbeids-overeenkomst volgens het nationale recht kan wijzigen, mag het doel van de richtlijn daardoor niet worden omzeild. Het nuttig effect van artikel 3 van de richtlijn zou worden uitgehold, indien wijzigingen werden toegestaan die een voortvloeisel zijn van de overgang van de onderneming.

51. In de onderhavige zaak zijn volgens de drie verzoekers in het hoofdgeding — daarin gesteund door het Verenigd Koninkrijk — de wijzigingen in de arbeidsovereenkomsten enkel het gevolg van de overgang van de onderneming. De South Bank University was niet bereid of in staat vergelijkbare voorwaarden als de

NHS aan te bieden. Indien verzoekers in het hoofdgeding bij de NHS in dienst waren gebleven, zouden er geen wijzigingen zijn geweest. Martin, Daby en Willis zouden zonder de overgang van de onderneming geen reden hebben gehad om akkoord te gaan met een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden met betrekking tot de uitkeringen bij vervroegde pensionering.

52. Zij stellen derhalve voor de vragen 4 tot en met 9 aldus te beantwoorden, dat de door de richtlijn gewaarborgde rechten ook niet met toestemming van de werknemers kunnen worden gewijzigd, voorzover de wijzigingen het gevolg zijn van de overgang van de onderneming.

## 2. De South Bank University

53. De South Bank University is daarentegen van mening dat Martin, Daby en Willis ermee hebben ingestemd dat de NHS-pensioenregeling niet meer op hen van toepassing zou zijn. Zij zijn daarom conform de regeling van het Teachers' Superannuation Scheme vervroegd gepensioneerd. Naar nationaal recht stond het hun vrij in te stemmen met een afwijkende regeling, hetgeen zij ook hebben gedaan.

54. Zij hebben hun instemming kenbaar gemaakt na de overgang van de onderneming. Het betreft hier een wijziging van de arbeidsverhouding die niet het gevolg is van de overgang van de onderneming. Volgens het arrest Tellerup, „Daddy's

Dance Hall”, moet een onderscheid worden gemaakt tussen het behoud van de rechten van de werknemers bij de overgang van de onderneming, dat ook niet met instemming van de werknemers kan worden uitgesloten, en de wijziging van de arbeidsverhouding tussen de werknemers en de nieuwe werkgever in onderlinge overeenstemming. De toelaatbaarheid van een dergelijke wijziging moet uitsluitend naar nationaal recht worden beoordeeld. Het Hof zou zich in het kader van de beantwoording van de vierde vraag hoogstens kunnen uitspreken over de criteria aan de hand waarvan moet worden uitgemaakt of een wijziging van de arbeidsverhouding voortvloeit uit de overgang van de onderneming.

55. De South Bank University is van mening dat zij gerechtigd was een aanbod met betrekking tot de voorwaarden voor vrijwillige vervroegde pensionering te doen. Indien Martin en Daby daarentegen op een andere regeling hadden aangedrongen, zou hun geen vervroegde pensionering zijn aangeboden. In dat geval had hun arbeidsverhouding tot de normale pensionering voortgeduurd. Zij hebben echter de door de South Bank University aangeboden voorwaarden aanvaard, zodat zij thans niet kunnen stellen dat de overeenkomsten door andere voorwaarden worden beheerst.

56. Het stond ook aan de South Bank University om te bepalen onder welke voorwaarden zij vrijwillige vervroegde pensionering aanbood. Martin en Daby waren vrij dit aanbod te aanvaarden dan wel af te wijzen.

57. Bovendien hebben verzoekers in het hoofdgeding nimmer recht op vervroegde pensionering met hogere uitkeringen gehad. De aangeboden voorwaarden zijn zonder tegenspraak aanvaard. Martin en Daby hebben met de vervroegde pensionering volgens de aangeboden voorwaarden ingestemd. Deze afspraken zijn niet „enkel op grond van de overgang” gemaakt.

58. Volgens de South Bank University dienen de prejudiciële vragen 4 tot en met 9 aldus te worden beantwoord, dat wijzigingen in een arbeidsovereenkomst geoorloofd zijn voorzover zij in het nationale recht geoorloofd zijn. Er kan alleen van door de richtlijn toegekende rechten worden afgezien op grond van de overgang van de onderneming, indien een werknemer erin toestemt niet onder de bestaande arbeidsvoorwaarden door de verkrijger te worden overgenomen.

## VI — Beoordeling

59. Het geschil betreft de juridische kwalificatie van de in artikel 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden voorziene uitkeringen. Partijen in het hoofdgeding zijn het oneens over de vraag, in hoeverre de daar vermelde uitkeringen als „ouderdomsuitkeringen” in de zin van artikel 3, lid 3, van richtlijn 77/187 moeten worden beschouwd en of dus de verplichting tot uitbetaling daarvan al dan niet op de verkrijger van een onderneming overgaat. Voorzover de litigieuze uitkeringen geen „ouderdomsuitkeringen” zijn, verschillen partijen in het hoofdgeding van mening over de vraag, of de uitkerin-

gen hun juridische grondslag vinden in de arbeidsovereenkomsten, de arbeidsverhouding of een collectieve overeenkomst en of dus de uitkeringsverplichtingen bij de overgang van de onderneming overeenkomstig artikel 3, lid 1 of lid 2, van richtlijn 77/187 op de verkrijger overgaan, dan wel op een wettelijke grondslag berusten, zodat een overgang daarvan is uitgesloten. Voorzover de uitkeringsverplichting op de verkrijger van de onderneming overgaat, twisten partijen ten slotte over de vraag of werknemers de mogelijkheid hebben van hun rechten afstand te doen en of en in hoeverre de verkrijger van de onderneming de arbeidsvoorwaarden kan wijzigen.

vanaf het moment waarop de werknemer het in de algemene opzet van het betrokken pensioenstelsel voorziene normale einde van zijn loopbaan bereikt. Daarentegen vallen uitkeringen die in geval van ontslag wegens personeelsinkrimping worden betaald niet onder deze bepaling, zelfs indien zij aan de hand van de berekeningswijze van de gewone pensioenen worden vastgesteld. Derhalve zijn vervroegde pensioenen alsmede uitkeringen die bedoeld zijn om de voorwaarden van een dergelijke vervroegde pensionering te verbeteren, die in geval van ontslag worden betaald aan werknemers vanaf een bepaalde leeftijd, geen ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen zoals bedoeld in artikel 3, lid 3, van de richtlijn.<sup>8</sup>

#### A — *Prejudiciële vragen 1 tot en met 3*

60. De prejudiciële vragen 2 en 3 komen inhoudelijk overeen met de twee in de zaak Beckmann<sup>7</sup> voorgelegde vragen. In het arrest in die zaak heeft het Hof geoordeeld dat artikel 3, lid 3, van richtlijn 77/187 als uitzonderingsbepaling strikt moet worden uitgelegd. De rechten van de werknemers gaan alleen dan niet op de verkrijger van de onderneming over, indien het een van de in deze bepaling limitatief opgesomde uitkeringen betreft, waarbij de in de bepaling gebruikte begrippen in enge zin moeten worden begrepen.

61. „Ouderdomsuitkeringen” in de zin van artikel 3, lid 3, van richtlijn 77/187 zijn enkel die uitkeringen die worden uitbetaald

62. In de hoofdgedingen hangt het recht op de uitkeringen van artikel 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden weliswaar af van een bepaalde minimumleeftijd (50 jaar), alsmede van een minimumaantal dienstjaren waarin premie is betaald, maar het recht op uitkering ontstaat niet door het bereiken van een bepaalde leeftijd, maar op grond van werkloosheid.

63. Ook al worden de uitkeringen enkel aan personen uitbetaald die een bepaalde minimumleeftijd hebben bereikt, dit betekent nog niet dat het bereiken daarvan automatisch recht geeft op deze uitkeringen. Niet iedereen die de leeftijd van 50

<sup>7</sup> — Aangehaald in voetnoot 3.

<sup>8</sup> — Arrest Beckmann, aangehaald in voetnoot 3, punten 29-32.



jaar bereikt, heeft recht op deze uitkeringen, maar alleen degene die na het bereiken van deze minimumleeftijd ophoudt met werken om de redenen genoemd in artikel 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden.

64. Verder stelt het arrest Beckmann onder verwijzing naar het arrest Abels<sup>9</sup> vast, dat het niet relevant is of de rechten en verplichtingen die ingevolge artikel 3, leden 1 of 2, van de richtlijn op de verkrijger overgaan, hun oorsprong vinden in handelingen van de overheid, of welke praktische uitvoeringsregels daartoe zijn vastgesteld.<sup>10</sup> Het is derhalve irrelevant of de rechten van verzoekers tijdens hun dienstverband bij het Redwood College ook bij wet waren geregeld.<sup>11</sup> De verplichtingen van de voormalige werkgever berusten op de arbeidsverhouding en op de collectieve overeenkomst en gingen dus ingevolge artikel 3, leden 1, en 2, van richtlijn 77/187 op de verkrijger over.

65. Op grond van de aangehaalde rechtspraak dienen de prejudiciële vragen 2 en 3 van de onderhavige procedure dus als volgt te worden beantwoord:

Vraag 2: Vervroegde pensioenen alsmede uitkeringen die bedoeld zijn om de voorwaarden van een vervroegde pensionering

te verbeteren, die in geval van ontslag worden uitbetaald aan werknemers vanaf een bepaalde leeftijd, zoals die waarover het in de hoofdgedingen gaat, zijn geen ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen zoals bedoeld in artikel 3, lid 3, van 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.

Vraag 3: Artikel 3 van richtlijn 77/187 dient aldus te worden uitgelegd, dat de in geval van ontslag van een werknemer bestaande verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst, een arbeidsverhouding of een collectieve overeenkomst waardoor de vervreemder ten aanzien van deze werknemer is gebonden, op de verkrijger overgaan onder de voorwaarden en binnen de grenzen van dat artikel, ongeacht of die verplichtingen hun oorsprong vinden in handelingen van de overheid of door dergelijke handelingen worden geïmplementeerd en ongeacht de daartoe vastgestelde praktische uitvoeringsregels.

66. Het antwoord op de eerste vraag vloeit uit het bovenstaande voort. De litigieuze uitkeringen in de onderhavige procedure komen overeen met die waarom het in de zaak Beckmann ging. In die procedure zag het Hof geen beletsel voor de overgang van rechten die ten tijde van de overgang van de onderneming nog niet opeisbaar waren. Ook het doel van de richtlijn, namelijk bescherming van de rechten van de werk-

9 — Arrest van 7 februari 1985 (135/83, Jurispr. blz. 469, punt 37).

10 — Arrest Beckmann, aangehaald in voetnoot 3, punten 37 e.v.

11 — Zie hierover de uiteenzetting in punt 81 van mijn conclusie van 13 december 2001 in de zaak Beckmann, aangehaald in voetnoot 3.

nemers bij de overgang van een onderneming, pleit ervoor de uit de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding voortvloeiende rechten die nog niet opeisbaar zijn omdat betrokkenen, zoals in casu, nog niet vervroegd zijn gepensioneerd, als „rechten en verplichtingen” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187 te beschouwen. Derhalve dient als volgt op de eerste prejudiciële vraag te worden geantwoord:

Vraag 1: Rechten die verbonden zijn aan ontslag of vervroegd pensioen met wederzijds goedvinden, vallen onder het begrip „rechten en verplichtingen” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187.

#### B — *Prejudiciële vragen 4 tot en met 9*

67. De prejudiciële vragen 4 tot en met 9 hebben betrekking op de mogelijkheid dat een werknemer bij de overgang van de onderneming afstand doet van de rechten die krachtens richtlijn 77/187 in beginsel overgaan. Zij hebben tevens betrekking op de afbakening tussen een dergelijke afstand en de algemene mogelijkheid om een arbeidsverhouding met wederzijds goedvinden te wijzigen.

68. Ook inzake deze problematiek heeft het Hof zich reeds uitgesproken. In de zaak Tellerup, „Daddy’s Dance Hall”, heeft het vastgesteld dat een werknemer geen afstand kan doen van de rechten die hij aan richtlijn 77/187 ontleent, ook niet wanneer de nadelen die voor hem uit die afstand voortvloeien, door zulke voordelen worden gecompenseerd dat hij er globaal gezien niet op achteruit gaat. Artikel 3 van richtlijn 77/187 is dwingend recht, zodat partijen hiervan niet bij overeenkomst kunnen afwijken. Een inperking van de rechten die richtlijn 77/187 de werknemer toekent, is zelfs met zijn instemming niet toegestaan.<sup>12</sup>

69. Het Hof heeft er in dat arrest echter ook op gewezen, dat richtlijn 77/187 de betrokken materie slechts gedeeltelijk wil harmoniseren. In wezen breidt zij de bescherming die de werknemers aan de wetgeving van de verschillende lidstaten ontlenen, uit tot het geval van overgang van de onderneming. Zij wil geen uniforme bescherming op grond van gemeenschappelijke criteria voor de gehele Gemeenschap invoeren. Volgens de rechtspraak kan op richtlijn 77/187 dus slechts een beroep worden gedaan om te verzekeren dat de betrokken werknemer ten opzichte van de verkrijger dezelfde rechtsbescherming geniet als hij ingevolge het recht van de betrokken lidstaat ten opzichte van de vervreemder had.

12 — Arrest Tellerup, „Daddy’s Dance Hall”, aangehaald in voetnoot 4, punt 15.

70. Op grond hiervan heeft het Hof geoordeeld dat — voorzover volgens nationaal recht in andere gevallen dan de overgang van de onderneming de arbeidsverhouding in een voor de werknemers minder gunstige zin kan worden gewijzigd — een dergelijke wijziging niet valt uit te sluiten op de enkele grond dat de onderneming inmiddels is overgedragen en de overeenkomst dus met de nieuwe ondernemer is gesloten. Waar immers de verkrijger ingevolge artikel 3, lid 1, van de richtlijn in de rechten en verplichtingen treedt die voor de vervreemder uit de arbeidsverhouding voortvloeien, kan die arbeidsverhouding ten opzichte van de verkrijger worden gewijzigd binnen dezelfde grenzen als ten opzichte van de vervreemder mogelijk was geweest, met dien verstande evenwel dat de overgang van een onderneming nooit op zich grond voor een dergelijke wijziging kan opleveren.<sup>13</sup> Deze rechtspraak is bevestigd in de arresten *Watson Rask en Christensen*, en *Collino en Chiappero*.<sup>14</sup>

71. Op grond van de aangehaalde rechtspraak moet om te beginnen worden vastgesteld, dat Martin, Daby en Willis op geen enkel ogenblik van hun rechten krachtens de artikelen 45 en 46 van de GWC-arbeidsvoorwaarden konden afzien. De overgang van deze rechten op de South Bank University is dwingend recht.

72. Het antwoord op de vierde prejudiciële vraag moet derhalve zijn, dat een werknemer niet kan instemmen met een afstand van zijn rechten uit de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding.

73. Een antwoord op de vijfde vraag is niet nodig, aangezien deze vraag ervan uitgaat dat een dergelijke instemming mogelijk is.

74. Er moet echter een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de principiële onmogelijkheid af te zien van de overgang van de rechten uit de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding, en anderzijds de mogelijkheid om — los van een eventuele overgang — in te stemmen met een wijziging van de arbeidsverhouding. Een dergelijke instemming is geoorloofd, zoals uit de aangehaalde rechtspraak blijkt, indien het op de arbeidsverhouding toepasselijke nationale recht een dergelijke wijziging toestaat. Derhalve moet onderzocht worden of de door de South Bank University doorgevoerde wijziging met betrekking tot de uitkeringen bij vervroegd pensioen door het Redwood College had kunnen worden aangebracht. Deze vraag dient door de nationale rechter op grond van de toepasselijke nationale bepalingen te worden beantwoord.

75. Voorzover een wijziging van de arbeidsverhouding naar nationaal recht, los van een eventuele overgang van de onderneming, in beginsel is toegestaan, is

13 — Arrest *Tellerup*, „Daddy's Dance Hall”, aangehaald in voetnoot 4, punten 16 e.v.

14 — Arrest *Watson Rask en Christensen*, aangehaald in voetnoot 6, punten 27 e.v., en arrest van 14 september 2000, *Collino en Chiappero* (C-343/98, Jurispr. blz. I-6659, punt 52).

deze wijziging volgens de hiervoor aangehaalde rechtspraak niet reeds uitgesloten omdat de onderneming inmiddels is overgedragen en de overeenkomst dus met de South Bank University is gesloten. De arbeidsverhouding kan namelijk ten opzichte van de verkrijger in dezelfde mate worden gewijzigd als ten opzichte van de vervreemder. Zoals het Hof reeds in de zaak Tellerup, „Daddy’s Dance Hall” heeft onderstreept, „[kan] de overgang van de onderneming nooit op zich grond voor de wijziging [...] opleveren.”<sup>15</sup>

76. Bij deze laatste uitspraak sluit de achtste prejudiciële vraag aan, waarmee de verwijzende rechter de criteria wenst te vernemen die hij moet hanteren om te bepalen, wanneer een wijziging op een overgang van de onderneming berust. In de drie aangehaalde arresten, waarin het Hof dit beginsel heeft geformuleerd, heeft het zich niet uitgelaten over de criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald of een wijziging op de overgang van een onderneming berust.

77. Deze vraag moet met inachtneming van de omstandigheden van het onderhavige geval worden beantwoord. Zo kan het tijdsverband tussen de wijziging en de overgang van de onderneming er wellicht op duiden dat de wijziging op de overgang van de onderneming berust. Ook de omstandigheid dat de arbeidsvoorwaarden worden aangepast aan die welke voorheen

reeds voor het personeel van de nieuwe ondernemer golden, is een aanwijzing dat de wijziging op de overgang berust. Daarentegen kan het feit dat het aanbieden van vervroegde pensionering op grond van toekomstige wetswijzigingen tot hogere financiële lasten voor de verkrijger van de onderneming leidt, waardoor hij wegens zijn economische situatie niet in staat is om zijn werknemers in de toekomst de mogelijkheid van vervroegde pensionering aan te bieden, erop duiden, dat niet de overgang van de onderneming de reden is voor de naar nationaal recht toegestane wijziging van de arbeidsvoorwaarden, maar de economische positie van de nieuwe werkgever. Een uitputtende opsomming van de criteria lijkt onmogelijk. Een antwoord op deze vraag vergt veeleer een beoordeling van alle omstandigheden van het individuele geval.

78. Het zal echter weinig voorkomen, dat er één enkele reden voor een wijziging van de arbeidsvoorwaarden is. In het algemeen zullen er meer redenen zijn om de arbeids-overeenkomsten of arbeidsverhoudingen van de overgenomen werknemers te wijzigen. Het doel van artikel 3 van de richtlijn, te weten de bescherming van de werknemer, impliceert dat in een dergelijk geval de overgang van de onderneming bij de motivering niet de doorslag mag geven, dus niet de voornaamste reden voor de wijziging mag zijn. Het lijkt echter geen problemen op te leveren indien de naar nationaal recht toegestane wijziging om andere redenen — bijvoorbeeld economische, technische of organisatorische — noodzakelijk is en er enkel een chronologisch doch geen inhoudelijk verband met de overgang van de onderneming bestaat.

15 — Arrest aangehaald in voetnoot 4, punt 17, bevestigd door de arresten Watson Rask en Christensen (aangehaald in voetnoot 6, punt 17) en Collino en Chiappero (aangehaald in voetnoot 14, punt 52).

79. Op grond van bovenstaande overwegingen dient derhalve op de vragen 6 tot en met 8 te worden geantwoord als volgt:

Vraag 6: Artikel 3, leden 1 en/of 2, van richtlijn 77/187 belet de verkrijger van een onderneming om aan overgenomen werknemers de mogelijkheid te bieden om met vervroegd pensioen te gaan op basis van vervroegde pensioenuitkeringen die minder gunstig zijn dan die waarop zij ingevolge de richtlijn recht hebben, wanneer een dergelijke wijziging voor de vervreemder van de onderneming niet mogelijk zou zijn geweest en zij op de overgang van de onderneming zelf berust.

Vraag 7: De omstandigheid dat de verkrijger van de onderneming zelf verklaart dat hij in de toekomst geen uitkeringen wegens vervroegde pensionering zal kunnen uitbetalen, dient bij de beoordeling van alle omstandigheden van het individuele geval in aanmerking te worden genomen, ten einde vast te stellen of de wijziging op de overgang van de onderneming berust.

Vraag 8: Of een wijziging op de overgang van de onderneming zelf berust, dient aan de hand van alle omstandigheden van het individuele geval te worden beoordeeld: een korte tijdsspanne tussen de wijziging en de overgang van de onderneming, de aanpassing aan de arbeidsvoorwaarden van de werknemers die reeds voor de overgang van de onderneming bij de verkrijger van de onderneming in dienst waren, of toekomstige wetswijzigingen die gevolgen hebben

voor de verdeling van de financiële lasten van een regeling van vervroegd pensioen, kunnen aanwijzingen zijn waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling of een wijziging uitsluitend of hoofdzakelijk op de overgang van de onderneming berust.

80. Het antwoord op de negende prejudiciële vraag hangt ervan af, of de wijziging van de arbeidsvoorwaarden naar nationaal recht toelaatbaar is. Indien dit het geval is en de wijziging bovendien niet of in elk geval niet hoofdzakelijk op de overgang van de onderneming berust, zijn er geen beletsels voor de geldigheid van de tussen de werknemer en de nieuwe werkgever gesloten overeenkomst. Zo niet, dan is de overeenkomst volgens de rechtspraak ongeldig.

81. Op de negende prejudiciële vraag dient derhalve te worden geantwoord als volgt:

Vraag 9: Indien de wijziging van de arbeidsvoorwaarden naar nationaal recht is toegestaan en zij niet of in elk geval niet hoofdzakelijk op de overgang van de onderneming berust, is de tussen de werknemer en de nieuwe werkgever gesloten overeenkomst houdende wijziging van de arbeidsvoorwaarden geldig.

## VII — Conclusie

82. Op grond van bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging, beantwoording van de vijfde prejudiciële vraag achterwege te laten en de overige vragen te beantwoorden als volgt:

- „1) Rechten die verbonden zijn aan ontslag of vervroegd pensioen met wederzijds goedvinden, vallen onder het begrip ‚rechten en verplichtingen‘ in de zin van artikel 3, lid 1, van 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.
  
- 2) Vervroegde pensioenen alsmede uitkeringen die bedoeld zijn om de voorwaarden van een vervroegde pensionering te verbeteren, die in geval van ontslag worden uitbetaald aan werknemers vanaf een bepaalde leeftijd, zoals die waarover het in de hoofdgedingen gaat, zijn geen ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen zoals bedoeld in artikel 3, lid 3, van richtlijn 77/187.
  
- 3) Artikel 3 van richtlijn 77/187 dient aldus te worden uitgelegd, dat de in geval van ontslag van een werknemer bestaande verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst, een arbeidsverhouding of een collectieve overeenkomst waardoor de vervreemder ten aanzien van deze werknemer is gebonden, op de verkrijger overgaan onder de voorwaarden en binnen de grenzen van dat artikel, ongeacht of die verplichtingen hun oorsprong vinden in handelingen van de overheid of door dergelijke handelingen worden geïmplementeerd en ongeacht de daartoe vastgestelde praktische uitvoeringsregels.

- 4) Een werknemer kan er niet mee instemmen om van zijn rechten uit de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding af te zien.
  
- 5) Artikel 3, leden 1 en/of 2, van richtlijn 77/187 belet de verkrijger van een onderneming om aan overgenomen werknemers de mogelijkheid te bieden om met vervroegd pensioen te gaan op basis van vervroegde pensioen-uitkeringen die minder gunstig zijn dan die waarop zij ingevolge de richtlijn recht hebben, wanneer een dergelijke wijziging voor de vervreemder van de onderneming niet mogelijk zou zijn geweest en zij op de overgang van de onderneming zelf berust.
  
- 6) De omstandigheid dat de verkrijger van de onderneming zelf verklaart dat hij in de toekomst geen uitkeringen wegens vervroegde pensionering zal kunnen uitbetalen, dient bij de beoordeling van alle omstandigheden van het individuele geval in aanmerking te worden genomen, teneinde vast te stellen of de wijziging op de overgang van de onderneming berust.
  
- 7) Of een wijziging op de overgang van de onderneming zelf berust, dient aan de hand van alle omstandigheden van het individuele geval te worden beoordeeld: een korte tijdsspanne tussen de wijziging en de overgang van de onderneming, de aanpassing aan de arbeidsvoorwaarden van de werknemers die reeds voor de overgang van de onderneming bij de verkrijger van de onderneming in dienst waren, of toekomstige wetswijzigingen die gevolgen hebben voor de verdeling van de financiële lasten van een regeling van vervroegd pensioen, kunnen aanwijzingen zijn waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling of een wijziging uitsluitend of hoofdzakelijk op de overgang van de onderneming berust.
  
- 8) Indien de wijziging van de arbeidsvoorwaarden naar nationaal recht is toegestaan en zij niet of in elk geval niet hoofdzakelijk op de overgang van de onderneming berust, is de tussen de werknemer en de nieuwe werkgever gesloten overeenkomst houdende wijziging van de arbeidsvoorwaarden geldig.