

Pensioen bij de overgang van een onderneming

Ook een goede pensioenregeling (zie Advocatenblad 2001-21, p. 810-813) sluit niet alle problemen uit. Zo kan bij de overgang van een onderneming de pensioenregeling van de werknemers gevaar lopen. Een nieuw, niet vlekkeloos wetsvoorstel beoogt de gevaren te beperken. Maar als er bij fusies en overnames niet goed wordt gekeken naar de pensioenregelingen van vervreemder en verkrijger, 'komt er niet een enkel lijk maar een heel kerkhof uit de kast.'

mr. H.M.J. van den Hurk
advocaat te Tilburg



Foto's: ANP

In Afdeling 8 van Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek zijn de rechten van de werknemers bij overgang van een onderneming geregeld. Op grond van art. 7:663 BW gaan de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang van de onderneming voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeids-

overeenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege over op de verkrijger. Ten aanzien van pensioentoezeggingen is er echter een uitzondering gemaakt in de wet. De wetgever heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid opgenomen in de EG-richtlijn van 14 februari 1977 (Richtlijn 77/189/EEG). Volgens art. 7:664 BW gaan de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een pensioentoezegging of spaarregeling waarop de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) van toepassing is niet van rechtswege over op de verkrijger.

De hoofdelijke aansprakelijkheid van vervreemder en verkrijger (art. 7:663 BW) zou ook in geval van pensioentoezeggingen moeten gelden

Wetsvoorstel

Het wetsvoorstel van november 2000 wijzigt art. 7:664 BW:

1. Art. 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een toezegging omtrent pensioen als bedoeld in art. 1, eerste lid, onderdeel a van de Pensioen- en spaarfondsenwet indien:
 - a. de verkrijger aan de werknemer, bedoeld in art. 663, dezelfde toezegging doet, die hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gedaan aan zijn werknemers;
 - b. de verkrijger op grond van art. 3 van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, verplicht is deel te nemen in een bedrijfspensioenfonds en de werknemer, bedoeld in art. 663, gaat deelnemen in dat fonds;
 - c. bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is afgevoerd van de toezegging omtrent pensioen, bedoeld in de aanhef.
2. Het eerste lid is niet van toepassing indien de werknemer, bedoeld in art. 663, voor de overgang op grond van art. 3 van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, verplicht is deel te nemen in een bedrijfspensioenfonds en deze zelfde verplichting blijft gelden na de overgang.

3. Art. 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een spaarregeling als bedoeld in art. 3, eerste lid van de Pensioen- en spaarfondsenwet indien de verkrijger de werknemer, bedoeld in art. 663, opneemt in de spaarregeling die reeds voor het tijdstip van overgang gold voor zijn werknemers.'

Bovendien introduceert het wetsvoorstel een nieuw artikel, 3b, in de PSW:

'Door de overgang van een onderneming, bedoeld in art. 662 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, waarbij ten aanzien van de aan die onderneming verbonden werknemers geen toezegging omtrent pensioen is gedaan en geen spaarregeling geldt, wordt:

- a. indien de verkrijger ten aanzien van de aan zijn onderneming verbonden werknemers voor het tijdstip van de overgang reeds een toezegging heeft gedaan, hij geacht deze tevens te hebben gedaan ten aanzien van de in de aanhef genoemde werknemers; dan wel
- b. indien ten aanzien van de aan de verkrijgende onderneming verbonden werknemers voor het tijdstip van de overgang reeds een spaarregeling van toepassing was, deze regeling tevens van toepassing op de in de aanhef genoemde werknemers.'

van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan. Hiermee wordt er onder andere naar gestreefd om de zogenaamde witte vlekken op het terrein van de pensioenen terug te dringen. Met deze Richtlijn wordt bewerkstelligd dat rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen behouden blijven. De in het wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen laten pensioenregelingen bij een overgang van een onderneming niet onberoerd.

Vier situaties

Bij de overgang van een onderneming zijn meerdere situaties te onderscheiden, doch de meest belangrijke zijn de navolgende vier:

1. De vervreemder noch de verkrijger heeft een pensioenregeling;
2. De vervreemder heeft geen pensioenregeling maar de verkrijger wel;
3. De vervreemder heeft wel een pensioenregeling maar de verkrijger niet;
4. Beiden hebben een pensioenregeling maar er zijn inhoudelijke verschillen tussen beide regelingen.

In situatie 1. spelen geen rechten van de werknemers uit pensioentoezeggingen. Situatie 2. heeft tot gevolg dat de werknemers van de vervreemder, die op het moment van de overgang van de onderneming nog geen pensioentoezegging hebben, recht krijgen op dezelfde pensioentoezegging als de werknemers van de verkrijger, mits zij gaan behoren tot de groep van werknemers waarvoor de pensioenregeling geldt. In het genoemde art. 3b PSW en in de voorgestelde wijzigingen van Boek 7 van het BW (art. 661, 664 en 665a) wordt dit tot uitdrukking gebracht. Er wordt dus een soort pensioenplicht op de verkrijger gelegd; een duidelijk voorbeeld van terugging van bestaande witte vlekken.

Situatie 3. heeft tot gevolg dat de werknemers van de vervreemder van de verkrijger kunnen afdwingen de pensioenregeling zoals die voor hen bij de vervreemder bestond op dezelfde voorwaarden voort te zetten. De verkrijger is hiertoe op grond van de wet verplicht. Logischerwijze vloeit

Op grond van de PSW wordt gewaarborgd dat de voor een pensioentoezegging beschikbare gelden moeten worden ondergebracht bij een bedrijfspensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of bij een verzekeringsmaatschappij of een spaarfonds. Dit leidt ertoe dat de pensioentoezeggingen gestand kunnen worden gedaan, onafhankelijk van de vervreemding van de onderneming.

Voor pensioentoezeggingen waarop de PSW niet van toepassing is, is volgens lid 2 van art. 7:664 de verkrijger naast de vervreemder hoofdelijk aansprakelijk. Voor de

werknemer-grotoaandeelhouder geldt een aparte regeling op grond van lid 3. Deze werknemers worden gezien hun zeggenschap in de onderneming geacht zelf hun pensioentoezeggingen te beveiligen bij de overgang van de onderneming.

Witte vlekken wegwerken

Wetsvoorstel nr. 27 469, dat in november 2000 openbaar werd, voert de EG-richtlijn uit van 29 juni 1998 (Richtlijn 98/50) tot wijziging van Richtlijn 77/189/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende het behoud

De begrippen

Affinanciering: het systeem van financiering waarmee alle pensioenaanspraken op het moment van toezegging worden ingekocht. Om dit te bereiken wordt bij een verhoging van de pensioengrondslag tegelijk de backserviceverplichting volledig gefinancierd. Een consequentie hiervan is dat de pensioenlasten nogal kunnen stijgen en dalen. Op grond van het verbod op uitstelfinanciering wat per 1 januari 2000 in de PSW is ingevoerd moeten de pensioenaanspraken aan het einde van ieder kalenderjaar en bij tussentijdse beëindiging van het deelnemerschap zijn gefinancierd. Dit systeem van financiering wordt ook wel het koopsomsysteem genoemd.

Backservice: de verhoging van pensioenaanspraken over reeds verstreken dienstjaren welke ontstaat bij een verhoging van de pensioengrondslag. Dit komt met name voor bij zogenaamde eindloonregelingen.

Deelnemer: ieder ten bate van wie gelden in een pensioenfonds (bedrijfspensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds of een ondernemings spaarfonds) worden bijeengebracht (art. 1 PSW). In het algemeen wordt in het pensioenreglement een definitie opgenomen van het begrip deelnemer, waarbij wordt omschreven dat het om personen gaat die deelnemen in een pensioenregeling en op grond van die

deelname pensioenaanspraken verwerven. De uitvoering is dan in handen van een pensioenfonds of een levensverzekeringsmaatschappij.

Pensioenaanspraak: het recht om in de toekomst uitkeringen te ontvangen uit het opgebouwde pensioenkapitaal.

Pensioengrondslag: dat gedeelte van het loon van een deelnemer, dat de grondslag vormt voor zijn pensioenopbouw.



hieruit voort, dat de werknemers van de verkrijger, mits zij behoren tot de groep van werknemers waarvoor de regeling geldt, op grond van artikel 2 lid 2 PSW eenzelfde of gelijkwaardige pensioenregeling zouden kunnen afdwingen. Immers, die werknemers zullen in beginsel een succesvol beroep kunnen doen op de geldende bepalingen met betrekking tot de gelijke behandeling. In het Afga-arrest (Hoge Raad, 8 april 1994, *RvdW* 1994, 88) bepaalde de Hoge Raad namelijk dat het een algemeen erkend rechtsbeginsel is dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en dus dat

gelijke arbeid onder gelijke omstandigheden op dezelfde wijze moet worden beloond.

Situatie 4. ten slotte heeft tot gevolg dat er twee verschillende pensioenregelingen naast elkaar in één onderneming bestaan. Het is ook mogelijk, dat de werknemers van de vervreemder worden opgenomen in de pensioenregeling van de verkrijger, zelfs als dat een slechtere regeling is. De verkrijger kan hiervoor kiezen, maar moet dat wel doen vóór de datum waarop de overgang effectief wordt. De reeds opgebouwde pensioenaanspraken kunnen niet worden aangetast. Het

nadeel van twee naast elkaar bestaande regelingen is dat nieuwe werknemers die gaan behoren tot de dezelfde groep van werknemers waarvoor de regeling geldt uiteraard zullen verlangen dat op hen de meest gunstige regeling van toepassing zal zijn. Dit zal er vervolgens wel weer toe leiden dat de 'oude' werknemers zich op gelijke behandeling kunnen beroepen, mits zij behoren tot dezelfde groep van werknemers waarvoor de regeling geldt.

In situatie 4. kan zich het geval voordoen dat de pensioentoezegging aan de werknemers van de vervreemder is onderge-

bracht bij een verplicht bedrijfs- of beroepspensioenfonds. Indien de verkrijger niet onder een zodanige verplichtstelling valt (bijvoorbeeld een andere bedrijfstak) kan voor de overgenomen werknemers bij het pensioenfonds een vrijstelling worden verzocht en kunnen zij worden ondergebracht in de pensioenregeling van de verkrijger. Ook kan er niet voor de vervreemder, maar wel voor de verkrijger een verplicht bedrijfs- of beroepspensioenfonds gelden. In dat geval gaan de overgenomen werknemers, al dan niet vrijwillig, deelnemen in de voor de verkrijger verplicht gestelde regeling.

Opgepast

Het wetsvoorstel als genoemd voorziet ook in een hoofdelijke aansprakelijkheid gedurende één jaar na de overgang van de vervreemder voor de affinanciering van de reeds opgebouwde pensioenaanspraken. Dit betekent dat de verkrijger naast de vervreemder aansprakelijk is voor de achterstand in financiering van de pensioenregeling.

Door het verbod op uitstelfinanciering dat per 1 januari 2000 in werking is getreden zullen de financieringslasten voor de back-serviceverplichtingen beperkter zijn voor de verkrijger. De vervreemder mag de financiering niet meer uitsmeren over de toekomst, maar moet 'meteen' betalen. Dat beperkt wel het risico voor de overgedragen werknemers, maar neemt het niet geheel weg.

In geval van een *due diligence* onderzoek in het kader van fusies en overnames zal dus de nodige aandacht moeten worden besteed aan zowel de pensioenregeling van de vervreemder als aan die van de verkrijger. Indien hierbij zaken over het hoofd worden gezien is er vaak geen sprake van een 'enkel lijk' in de kast, maar van een heel 'kerkhof'.

Een ander heikel punt waar in het kader van de overgang van een onderneming de nodige aandacht aan besteed zal moeten worden is de eigendom van de overschotten van pensioenfondsen. Ook op dit punt is er in het genoemde wetsvoorstel geen regeling getroffen. In de jurisprudentie is dit ele-

ment al wel aan de orde geweest (Bensdorparrest van de Hoge Raad van 25 november 1995, *NJ* 1995, 323). In dit arrest waren de pensioenaanspraken van de overgenomen werknemers ondergebracht in een nieuw opgericht pensioenfonds bij de verkrijger. De overgenomen werknemers waren van mening dat zij recht hadden op een evenredig deel van de overschotten van het pensioenfonds van de vervreemder. De vervreemder had deze overschotten onder zich gehouden. De vordering van de werknemers is uiteindelijk gestrand op een uitleg van het onder de vervreemder geldende pensioenreglement; toch blijkt uit het arrest duidelijk dat de slaagkans van een dergelijke vordering in het algemeen niet moet worden onderschat. Ook op dit punt zou in het wetsvoorstel een voorziening moeten worden getroffen. ■

(advertentie)

Regelgeving genotmiddelen

Deze complete losbladige uitgave bevat alle informatie over de Drank- en horecawet en aanpalende wetgeving:

- de tekst van de Drank- en horecawet met inhoudsopgave en lijst van wijzigingswetten
- alle relevante uitvoeringsvoorschriften opgevoerd per thema (bijvoorbeeld aanbesteding en formulieren, aanmelding, toelating, afzetbeleid, verpakkingen, eisen, redelijk gedrag, inrichtingen en vergunningen, ontbeffingen, verbodswaarschuwingen en toezicht en opsporing)
- Code voor alcoholhoudende dranken met de bijzondere gedragsregelen voor reclame-uitingen en andere verkoopbevorderende activiteiten voor alcoholhoudende dranken
- tekst van de Alkohowet met een korte toelichting en de relevante uitvoeringsvoorschriften
- tekst van de Wet op de loterijen en uitvoeringsvoorschriften


Auteurs: drs. M.I. van Iwaarden

Losbladig: 1 bund

Prijs: hoofdwerk € 59,-

aanvullingen € 0,50 (excl. BTW) per pagina

Bestelcode: D06HW

koninklijke vermande 

Voor bestellingen of meer informatie belt u:
Servicecentrum Uitgeverij
Telefoon: (070) 378 06 60 • Fax: (070) 378 07 63
Email: adu@eduk.nl of <http://www.eduk.nl>
Prijswijzigingen voorbehouden
Ook verkrijgbaar via de boekhandel