

Genoteerd



Pensioen bij overgang van onderneming

In deze uitgave

- Inleiding
- Overgang van onderneming
- Welke pensioenrechten en -verplichtingen gaan over?
- De (pensioen)uitzonderingssituaties
- Overzicht van de verschillende situaties bij overgang van onderneming
- Uitvoering van de pensioenregeling na overgang
- Afsluiting en praktische aanbevelingen

1 Inleiding

De laatste jaren worden de pensioenaanspraken van werknemers gezien als één van de belangrijkste (secundaire) arbeidsvoorwaarden.¹ Om die reden komt (veelvuldig) de vraag op wat de gevolgen en implicaties zijn van een fusie of overname op de (uitvoering van de) pensioenregeling voor de werkgever en de werknemer. De wijze waarop een overname van een onderneming plaatsvindt is in dat kader essentieel voor de duiding van de consequenties op de pensioenregeling.

Bij een aandelentransactie worden de aandelen in de te vervreemden vennootschap overgedragen. In feite verandert er dan niets op het niveau van de te vervreemden vennootschap en wordt er geen wijziging veroorzaakt in de arbeidsverhouding tussen de vennootschap en de werknemers. De met de werknemers gesloten pensioenovereenkomst blijft als gevolg van de aandelentransactie dus onverkort in stand.

Dit is anders bij (onder andere) een activa/passivatransactie (de bedrijfsfusie) of bijvoorbeeld de uitbesteding van activiteiten. Kenmerkend voor deze overname is dat de activa en passiva van de overdragende partij (de vervreemder) worden overgedragen aan de overnemende partij (de verkrijger). Het leerstuk van overgang van onderneming speelt in dit kader een belangrijke rol. In de wettelijke bepalingen die zien op overgang van onderneming is een specifieke bepaling met betrekking tot pensioen opgenomen.

In deze bijdrage van Genoteerd wordt een toelichting gegeven op de (on)mogelijkheden en implicaties van pensioen bij overgang van onderneming. Gemakshalve worden de verschillende situaties die zich op pensioenvlak bij overgang van onderneming kunnen voordoen, onderscheiden, zodat dit de verkrijgende partij in de praktijk inzicht en meer houvast kan bieden voor de (on)mogelijkheden om de arbeidsvoorwaarden, waaronder de pensioenregeling, te harmoniseren ofwel: zijn eigen pensioenregeling op de werknemers die zijn overgegaan toe te passen.

2 Overgang van onderneming

Het begrip overgang van onderneming vindt zijn oorspronkelijke basis in de EU-richtlijn² en is thans geïmplementeerd in de artikelen 7:662 - 7:666 BW. De wet overgang van onderneming regelt de bescherming van de werknemers bij de overgang van een onderneming, vestiging of onderdelen van een onderneming of vestiging op een andere onderneming tegen de achteruitgang van arbeidsvoorwaarden en ontslag. Deze wettelijke bescherming houdt (kort samengevat) in dat alle rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege over gaan op de verkrijger bij overgang van een onderneming.

Wil sprake zijn van de bescherming van de werknemer zoals hierboven benoemd dan dient een economische eenheid met behoud van identiteit ten gevolge van een overeenkomst, fusie of splitsing over te gaan.³ Voor de beoordeling of al dan niet sprake is van een overgang van onderneming zijn drie kernelementen van belang:

- i. een economische eenheid;
- ii. identiteitsbehoud; en
- iii. overeenkomst, fusie of splitsing.

2.1 Ad (i) Economische eenheid

In feite wordt met een economische eenheid een "onderneming" bedoeld, welk begrip ruim wordt uitgelegd. Hierbij moet worden gedacht aan alle organisaties die zijn gericht op het leveren van goederen of verlening van diensten, ongeacht of winststreven daarbij een rol speelt.⁴ Niet is vereist dat een commerciële onderneming overgaat; ook een non-profitorganisatie kan een onderneming zijn in de zin van art. 7:662 BW. Het ondernemingsbegrip is aldus niet gebonden aan een bepaalde rechtsfiguur, zoals een besloten of naamloze vennootschap. Ten overvloede volgt uit de wet dat ook een vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging als onderneming (of: economische eenheid) kan worden beschouwd.⁵

1 *Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 2-3.*

2 EU-richtlijn 2001/23 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.

3 Art. 7:662 lid 2 onder a BW en zie T&C bij art. 7:662 BW.

4 *Kamerstukken II 1980/81, 15 940, nr. 3 p. 4/5.* De wetgever heeft voor het ondernemingsbegrip bewust niet willen aansluiten bij het ondernemingsbegrip uit de Wet op de ondernemingsraden. Het is dus niet vereist dat sprake is van een in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband.

5 Art. 7:662 lid 3 BW.

2.2 Ad (ii) Identiteitsbehoud

Bij de “overgang” van de onderneming is van belang dat er een lopend bedrijf, al dan niet met een korte onderbreking van de activiteiten, met behoud van identiteit wordt overgedragen. Bij de beoordeling of sprake is van identiteitsbehoud wordt blijkens de criteria van het *Spijkers*-arrest⁶ gekeken naar de feitelijke omstandigheden die de betrokken overgang kenmerken, meer in het bijzonder (i) de aard van de betrokken onderneming, (ii) de overdracht van materiële activa, (iii) de waarde van immateriële activa, (iv) de overdracht van personeel, qua aantal en deskundigheid, (v) de klantenkring en (vi) de mate waarin de activiteiten voor en na overgang met elkaar overeenkomen, met inbegrip van een eventuele onderbreking van de activiteiten.⁷ Deze omstandigheden moeten altijd in onderling verband worden beoordeeld.

De laatste jaren wordt in het kader van identiteitsbehoud steeds meer de nadruk gelegd op de aard van de sector, namelijk arbeids- of kapitaalintensief. Dit onderscheid wordt gemaakt om de hoofdactiviteit van de onderneming vast te stellen: de activa of de mensen. Is arbeid de belangrijkste productiefactor, zoals bijvoorbeeld in de schoonmaaksector, dan zal voor een overgang van onderneming een wezenlijk deel van de werknemers moeten worden overgedragen en is de overdracht van de materiële activa minder van belang voor de vaststelling van identiteitsbehoud. Brengt de aard van de onderneming echter mee dat de materiële activa kenmerkend zijn voor de onderneming, zoals dit het geval is bij cateringactiviteiten, dan kan deze onderneming niet haar identiteit behouden indien zij zonder activa (of in ieder geval een deel daarvan) overgaat.

2.3 Ad (iii) De juridische titel voor overgang van onderneming

Voor de overgang van een onderneming is tenslotte een juridische titel noodzakelijk. De wet refereert aan een fusie, splitsing of overeenkomst. Uit de rechtspraak blijkt echter dat rechtstreeks contractuele betrekkingen tussen partijen niet zijn vereist; het is voldoende dat de overgang plaatsvindt in het kader van – zelfs indirecte – contractuele

betrekkingen.⁸ Dit is bijvoorbeeld het geval bij overgang van een onderneming door de ontbinding van een overeenkomst door een rechterlijke uitspraak, het intrekken van een subsidie of aanbesteding en het vervolgens toekennen van die subsidie of (her)aanbesteding aan een derde partij.⁹ Het begrip overeenkomst heeft daarmee een (zeer) ruim toepassingsbereik.

3 Welke pensioenrechten en -verplichtingen gaan over?

3.1 Wettelijk kader

Het Burgerlijk Wetboek (**BW**) en de Pensioenwet (**PW**) geven het wettelijk kader voor de rechten en verplichtingen van de werkgever, de werknemer en de pensioenuitvoerder bij overgang van onderneming.

Art. 7:663 BW bevat de essentie van de bescherming van de werknemers bij overgang van onderneming. Dit artikel bepaalt dat *“door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over gaan op de verkrijger. Evenwel is die werkgever nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip.”*

3.2 De hoofdregel

De *eerste volzin* geeft de hoofdregel bij overgang van onderneming, namelijk: dat alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan op de verkrijger. De hier bedoelde overgang van de rechten en verplichtingen is een breed begrip. Zowel schriftelijke als mondelinge afspraken in het kader van de arbeidsovereenkomst met de werknemer gaan mee over. Hieronder vallen ook de afspraken die tussen een werkgever en een werknemer zijn gemaakt op het gebied van pensioen (de pensioenovereenkomst).¹⁰

6 HvJ EG 18 maart 1986, C-24/85, NJ 1987, 502 (*Spijkers/Benedik*).

7 HvJ EG 6 september 2011, C-108/10, JAR 2011/262 (*Scattolon*); HvJ EG 18 maart 1986, C-24/85, NJ 1987, 502 (*Spijkers/Benedik*); HvJ EG 11 maart 1997, C 13-95 (*Suzen*); HvJ EG 25 januari 2001, C-172/99, JAR 2001/68 (*Finse Bussen*).

8 HvJ EG, JAR 2002/47 (*Temco*).

9 HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992/476 (*Sophie Redmond Stichting*).

10 *Kamerstukken II* 2000/01, 27469, nr. 3, p. 2-3.

3.3 Reikwijdte van de pensioenovereenkomst

Het Nederlandse pensioenstelsel bestaat uit drie pijlers. De eerste pijler ziet op de wettelijke sociale zekerheidsregelingen betreffende pensioen, zoals de AOW. De tweede pensioenpijler omvat de (collectieve) pensioenregelingen waar een werknemer in deelneemt op grond van het verrichten van arbeid. In dit kader kan een werkgever met een werknemer een pensioenovereenkomst sluiten. De laatste en derde pijler betreft de individuele pensioenarrangementen die een persoon op eigen initiatief tot stand kan brengen.

Bij overgang van onderneming is enkel relevant het pensioen wat in de tweede pijler in het kader van de arbeidsovereenkomst wordt opgebouwd. Hierbij wordt opgemerkt dat Nederland geen pensioenplicht kent. In zijn algemeenheid staat het de werkgever vrij om de werknemer wel of geen aanbod te doen om deel te nemen in een pensioenregeling. Indien de werkgever de werknemer een aanbod heeft gedaan om deel te nemen in een pensioenregeling komt er een pensioenovereenkomst tot stand. Deze overeenkomst houdt in hetgeen tussen de werkgever en de werknemer is overeengekomen betreffende pensioen.¹¹ Zulks geldt *idem dito* in het geval de werkgever onder de werkingssfeer van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds (**Bpf**) valt, met dien verstande dat de werkgever dan niet de vrijheid heeft om geen aanbod te doen tot deelname in de (verplicht gestelde) pensioenregeling.¹² Dit is in de rechtspraak bevestigd.¹³

Bij het sluiten van een pensioenovereenkomst worden (onder meer) afspraken gemaakt over de pensioensoorten, het karakter van de pensioenregeling, het opbouwpercentage en/of de hoogte van de pensioenpremie. Dit zijn rechten waar de werknemer aanspraak op maakt uit hoofde van de pensioenovereenkomst. De werkgever aan de andere kant conformeert zich bij het aangaan

van een pensioenovereenkomst aan allerlei verplichtingen, waaronder het onderbrengen van de pensioenovereenkomst bij een (externe) pensioenuitvoerder¹⁴ en een premiebetalingsplicht. Voornoemde rechten en verplichtingen gaan op basis van de hoofdregel over van de overdragende werkgever op de verkrijger, tenzij een van de (pensioen)uitzonderingen als bedoeld in art. 7:664 BW van toepassing is.

In het kader van de deelname in de pensioenregeling van de werkgever kan de werknemer voorwaardelijke aanspraken hebben op ouderdomspensioen en partnerpensioen (een zogeheten VPL-regeling)¹⁵. Deze voorwaardelijke pensioenaanspraken kwalificeren op basis van de wet- en regelgeving niet als 'pensioen' in de zin van de PW zolang deze aanspraken nog niet zijn gefinancierd.¹⁶ Uit de rechtspraak blijkt dat de VPL-regeling niet onder de definitie van pensioenovereenkomst valt, maar wel een arbeidsvoorwaarde is die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit. Met andere woorden, de rechten en verplichtingen van dergelijke (voorwaardelijke) aanspraken gaan van rechtswege over op de verkrijger en vallen niet onder de reikwijdte van de pensioenuitzondering als bedoeld in artikel 7:664 BW, waarover hierna meer.¹⁷

3.4 Hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder en de verkrijger

Uit de *tweede volzin* van art. 7:663 BW volgt dat de vervreemder voor de rechten en verplichtingen ontstaan in de periode tot de overgang nog een jaar na de overgang (naast de verkrijger) hoofdelijk aansprakelijk blijft. De aansprakelijkheid van de vervreemder is dus beperkt tot die verplichtingen die bestaan op het tijdstip van de overgang van de onderneming.

Voor alles wat daarna uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit is enkel de verkrijger aansprakelijk. De verkrijger is daarnaast echter nog gehouden tot nakoming van de verplichtingen die zijn ontstaan vóór het tijdstip van de overgang. De werknemer die is overgegaan kan dus in

11 Art. 1 PW juncto art. 2 lid 2 PW.

12 Dit volgt uit art. 2 lid 2 PW. Met de pensioenovereenkomst (art. 1 PW) wordt gelijkgesteld de uit de dienstbetrekking voortvloeiende rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling.

13 HR 14 oktober 2016, *PJ* 2016/156 (*Bpf Schoonmaak/GOM Schoonhouden*).

14 De onderbrengingsplicht van art. 23 PW.

15 Het gaat hier om voorwaardelijk pensioen als bedoeld in het Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004. Dergelijke VPL-regelingen komen voornamelijk voor in pensioenregelingen die worden uitgevoerd door bedrijfstakpensioenfonds.

16 Art. 65 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet juncto art. 4 Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten Sociaal Akkoord 2004.

17 Rechtbank Rotterdam, 26 februari 2014, *PJ* 2014/67 (*Smit/Boskalis*).

feite nog een jaar na de overgang kiezen of hij zijn oude of nieuwe werkgever aanspreekt.

3.5 De overgang van financieringsachterstanden

Financieringsachterstanden die zijn ontstaan bij de vervreemder over de periode tot de overname gaan op basis van de wettelijke bepalingen van overgang van onderneming van rechtswege over op de verkrijger, met als rechtsgevolg dat de verkrijger hiervoor aansprakelijk is jegens de pensioenuitvoerder, tenzij de verkrijger met succes een beroep kan doen op een van de (pensioen)uitzonderingen als genoemd in art. 7:664 BW. Dergelijke financieringsachterstanden kunnen achterstallige pensioenpremiebetalingen betreffen¹⁸, maar ook backserviceverplichtingen die nog niet door de vervreemder waren afgefinancierd.¹⁹ De Hoge Raad heeft dit (recent) ook nog bevestigd in het GOM-arrest waarbij er bij de vervreemder een betalingsachterstand voor pensioenpremies was ontstaan.²⁰

4 De (pensioen) uitzonderingssituaties

De wetgever heeft voor wat betreft pensioen een uitzondering gecreëerd op de hoofdregel. Dit houdt in dat de rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst niet over gaan in de gevallen als bedoeld in art. 7:664 lid 1 onderdeel a, b en c en lid 2 BW. Het derde lid geeft tevens een uitzondering voor de overgang van de spaarregeling²¹, maar wordt in deze bijdrage verder buiten beschouwing gelaten.²²

4.1 Reikwijdte van de uitzonderingen

De uitzonderingen die zijn gemaakt betreffende pensioen zien enkel op de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de pensioenovereenkomst (zoals die is gesloten tussen de overdragende werkgever en zijn werknemer). Dit betekent dat de uitzonderingen niet gelden voor de eventueel voorwaardelijke (pensioen)aanspraken, zoals een VPL-regeling. Immers, zoals reeds toegelicht onder

3.3., kwalificeren deze aanspraken op basis van de wet- en regelgeving niet als pensioen zolang deze nog niet zijn gefinancierd. Het gevolg is dat voor dergelijke voorwaardelijke aanspraken de hoofdregel van toepassing is en de verkrijger op basis daarvan gehouden is om zo een VPL-regeling te continueren na de overname.²³

4.2 Drie uitzonderingssituaties nader bezien

In de navolgende drie situaties geldt dat de rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst niet over gaan op de verkrijger:

- (a) De verkrijger doet een zelfde aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst, als hij reeds voor het tijdstip van de overgang heeft gedaan aan zijn eigen werknemers.
- (b) De verkrijger is verplicht deel te nemen in een Bpf en de werknemer gaat deelnemen in dat Bpf.
- (c) Bij cao is afgeweken van de pensioenovereenkomst.

4.2.1 Ad (a) – aanbod pensioenovereenkomst

Een (ook voor de praktijk) belangrijke uitzondering bestaat in de situatie dat de verkrijger aan de werknemers die overgaan hetzelfde pensioenaanbod doet als het aanbod dat hij aan de reeds zittende werknemers heeft gedaan voor de overgang (lid 1 onder a). Het enkele doen van het aanbod is in dit geval al voldoende, ook als de overgegangene werknemers het aanbod niet aanvaardden. Evenmin is de kwaliteit – beter of slechter – van de pensioenregeling van de verkrijger relevant. Deze uitzonderingsgrond kan een mooie oplossing zijn voor de verkrijger om niet geconfronteerd te worden met de (mogelijk duurdere) pensioenregeling van de vervreemder.

In de praktijk komt het ook voor dat de vervreemder geen pensioenovereenkomst heeft gesloten met zijn werknemers, maar de verkrijger wel. In dat geval geldt art. 9 PW. Op basis hiervan wordt de verkrijger geacht wordt aan de werknemers die overgaan dezelfde pensioenregeling aan te bieden als aan zijn eigen werknemers.²⁴

18 HR 14 oktober 2016, *PJ* 2016/156 (*Bpf Schoonmaak/GOM Schoonhouden*) en zie nadien: Rechtbank Rotterdam, 31 augustus 2017, *PJ* 2018/10, Hof Den Haag, 3 oktober 2017, *PJ* 2018/9 en Rechtbank Rotterdam, 27 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6205.

19 Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p.11.

20 HR 14 oktober 2016, *PJ* 2016/156 (*Bpf Schoonmaak/GOM Schoonhouden*).

21 Als bedoeld in art. 3 lid 1 PSW (zoals die gold op 31 december 2006).

22 Uit de praktijk blijkt dat er nog nauwelijks spaarregelingen voorkomen.

23 Zie in dit verband de afwijkende uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant, 27 september 2018, *PJ* 2018/82.

24 Het vermoeden van het doen van een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst.

4.2.2 Ad (b) – werknemers gaan deelnemen in een Bpf

Is de verkrijger op basis van de wet- en regelgeving verplicht om deel te nemen in een Bpf, dan geldt de hoofdregel evenmin (lid 1 onder b). In dat geval – ervan uitgaande dat na de overgang van de werknemers de verplichtstelling blijft gelden – gaan de overgenomen werknemers deelnemen in het Bpf van de verkrijger. De rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst met de vervreemder gaan in dat geval niet mee over op de verkrijger.

Het is door een overgang van onderneming goed mogelijk dat de hoofdactiviteit van de verkrijger wijzigt. Dit kan gevolgen hebben voor een eventuele verplichtstelling om deel te nemen in een Bpf. Zo kan de situatie zich voordoen dat de verkrijger na de overgang (i) niet langer onder de verplichtstelling van het desbetreffende Bpf valt, of (ii) juist onder (een ander) Bpf valt c.q. gaat vallen (bijvoorbeeld die van de vervreemder).

4.2.3 Ad (c) – afwijking bij cao

Een uitzondering op de hoofdregel geldt tevens indien bij collectieve arbeidsovereenkomst (of: regeling van een daartoe bevoegd bestuursorgaan) is afgeweken van de pensioenovereenkomst (lid 1 onder c). De gedachte achter deze uitzondering is dat sociale partners de mogelijkheid moeten hebben om afwijkende afspraken te maken over het onderwerp pensioen.

4.3 De uitzondering op de uitzondering – art. 7:664 lid 2 BW

Van de uitzonderingen zoals hiervoor genoemd ((a) t/m (c)) kan geen gebruik worden gemaakt als de vervreemder en de verkrijger voor en na de overgang onder hetzelfde Bpf vallen en de werknemers uit dien hoofde hierin (blijven) deelnemen. In dat geval geldt de hoofdregel, namelijk dat alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, inclusief de pensioenovereenkomst van rechtswege over gaan op de verkrijger. In deze situatie geldt tevens dat eventueel achterstallige pensioenpremies van de vervreemder jegens het Bpf over gaan naar de verkrijger.

Tot voor kort was onduidelijk bij wie het Bpf de achterstallige betalingen kon vorderen nadat de overgang van onderneming had plaatsgevonden. Op basis van de uitspraak van de Hoge Raad (het GOM-arrest) heeft het Bpf thans voor de situatie dat beide ondernemingen in hetzelfde Bpf deelnemen de mogelijkheid om zowel de vervreemder als de verkrijger zelfstandig aan te spreken voor de achterstanden die bij de vervreemder voor de overgang zijn ontstaan.²⁵

5 Overzicht van de verschillende situaties bij overgang van onderneming

Het is duidelijk dat zich meerdere situaties kunnen voordoen bij de overgang van de rechten en verplichtingen betreffende pensioen. Niet één situatie is leidend; zo kan er bij de vervreemder en de verkrijger een verschillende pensioenregeling gelden, heeft enkel de vervreemder een pensioenregeling en de verkrijger niet of andersom, of geldt er de situatie dat er een verplichte deelname in een Bpf is voor één of beide partijen. De verschillende situaties, inclusief de rechtsgevolgen, zijn hieronder schematisch weergegeven.²⁶

25 HR 14 oktober 2016, PJ 2016/156 (Bpf Schoonmaak/GOM Schoonhouden).

26 Asser/Lutjens, hoofdstuk 15, nr. 825.

Pensioenregeling bij vervreemder (A)	Pensioenregeling bij verkrijger (B)	Rechtsgevolg
Pensioenovereenkomst	Geen pensioenovereenkomst	De rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst gaan van rechtswege over op (B)
Pensioenovereenkomst	Pensioenovereenkomst	De rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst met (A) gaan van rechtswege over op (B), tenzij (B) een aanbod doet voor deelname in de pensioenregeling van (B)
Geen pensioenovereenkomst	Pensioenovereenkomst	(B) wordt geacht een aanbod tot deelname in de pensioenregeling te doen (art. 9 PW).
Pensioenovereenkomst	Verplichte deelneming in Bpf	De rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst gaan niet van rechtswege over op (B). De werknemers gaan deelnemen in het Bpf van (B).
Verplichte deelneming in Bpf	Pensioenovereenkomst	De rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst gaan niet van rechtswege over op (B). ²⁷
Verplichte deelneming in Bpf	Geen pensioenovereenkomst	De rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst gaan niet van rechtswege over op (B).
Verplichte deelneming in Bpf	Verplichte deelneming in <i>hetzelfde</i> Bpf	De rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst gaan van rechtswege over op (B)
Verplichte deelneming in Bpf	Verplichte deelneming in een <i>ander</i> Bpf	De rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst gaan niet van rechtswege over. Het Bpf van (B) wordt van toepassing op de werknemers.
Geen pensioenregeling	Verplichte deelneming in Bpf	De werknemers gaan verplicht deelnemen in het Bpf van (B)

27 Dit ziet op de situatie dat de vervreemder onder een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds viel, maar de verkrijger niet valt onder de verplichtstelling van deelneming in een Bpf. Voor deze situatie bestaat niet een expliciete wettelijke regeling. Op basis van artikel 2 Wet Bpf 2000 geldt dat de overdragende werkgever gehouden was tot naleving van deze wet omdat de werkingssfeer van het desbetreffende Bpf van toepassing was en uit dien hoofde is een pensioenovereenkomst gesloten met de werknemers. De wet- en regelgeving geeft geen juridische grondslag om de verkrijger aan de verplichtstelling tot deelneming in een Bpf van de vervreemder te houden na de overgang als hij zelf niet onder de werkingssfeer valt. Dit betekent dat in deze situatie de rechten en verplichtingen uit de verplichte deelneming in een Bpf niet overgaan op de verkrijger van de onderneming. Het feit dat de verkrijger een eigen pensioenregeling heeft, maakt dit niet anders. Art. 9 PW is op deze situatie niet van toepassing, omdat dit ziet op het geval dat de vervreemder geen pensioenovereenkomst met zijn werknemers had gesloten en de verkrijger voor overgang wel.

6 Uitvoering van de pensioenregeling na overgang van onderneming

Bij toepassing van de hoofdregel is de verkrijger gehouden alle rechten en verplichtingen uit (o.a.) de pensioenovereenkomst na te komen. Hieronder valt mede de onderbrenging van de pensioenovereenkomst bij een (externe) pensioenuitvoerder. In het kader van de overgang van onderneming zal niet ook automatisch de (rechten en verplichtingen uit de) uitvoeringsovereenkomst tussen de vervreemder en de pensioenuitvoerder mee over gaan op de verkrijger. Dientengevolge zal de verkrijger (i) de uitvoeringsovereenkomst middels contractoverneming in de zin van art. 6:159 BW over moeten nemen van de vervreemder, of (ii) een nieuwe overeenkomst moeten sluiten ter uitvoering van de overgenomen pensioenovereenkomst.

In de praktijk blijkt dat veelal aanvullende afspraken noodzakelijk zijn over de uitvoering van de pensioenovereenkomst. In het geval er een uitvoeringsovereenkomst bestaat met een verzekeraar, een algemeen pensioenfonds of een premiepensioeninstelling zullen er weinig belemmeringen zijn voor een dergelijke contractoverneming, behoudens het feit dat die pensioenuitvoerders zich vaak de mogelijkheid voorbehouden om de voorwaarden opnieuw uit te onderhandelen.

6.1 Bpf en ondernemingspensioenfonds

Voor een Bpf en een ondernemingspensioenfonds is dit echter anders. Bij een bedrijfstakpensioenfonds geldt immers dat de werkgever onder de specifieke bedrijfstak moet vallen om deel te mogen (blijven) nemen; is dit niet langer het geval na overname, dan zal de verkrijger de verplichting hebben om de pensioenovereenkomst onmiddellijk onder te brengen bij een andere pensioenuitvoerder.²⁸

Ook bij ondernemingspensioenfonds gelden bepaalde restricties. Immers kan het door een overgang van onderneming zo zijn dat de overgegangene werknemers niet langer onder een bepaalde groep vallen waarvoor het ondernemingspensioenfonds is ingesteld en derhalve buiten de reikwijdte komen te vallen. Ook in dat geval zal de verkrijger in beginsel de pensioenovereenkomst onmiddellijk onder moeten brengen bij een andere

pensioenuitvoerder. In de praktijk worden er in deze specifieke gevallen nog wel pogingen gedaan om voor een bepaalde duur nog te kunnen blijven deelnemen in een ondernemingspensioenfonds, maar dit is puur ter discretie van het bestuur en dus afhankelijk van de bereidheid van het ondernemingspensioenfonds om de overgegangene werknemers nog langer in zo een ondernemingspensioenfonds te laten deelnemen.

7 Afsluiting en praktische aanbevelingen

In deze bijdrage voor Genoteerd is ingegaan op de pensioenaspecten bij overgang van onderneming. Voor de praktijk is het van belang om de verschillende situaties die zich op het gebied van pensioen bij overgang van onderneming voordoen, te onderscheiden, zodat ondernemingen een juiste analyse en inschatting kunnen maken van de (on)mogelijkheden, maar ook: van de (grote) financiële gevolgen en aansprakelijkheidsrisico's in dat verband. Ter voorkoming dat de verkrijgende partij (later) wordt geconfronteerd met verschillende pensioenregelingen en/of aansprakelijkstelling van een pensioenuitvoerder voor financieringsachterstanden die zijn ontstaan bij de overdragende werkgever voor het moment van de overgang, worden de volgende aanbevelingen gedaan:

- Breng in kaart welke rechten en verplichtingen uit de pensioenovereenkomst van de werknemer overgaan.
- Vraag door welke eventuele (financierings) achterstanden de overdragende werkgever nog heeft jegens een pensioenuitvoerder op het moment van overgang en hecht dit af in de overeenkomst.
- Analyseer welke situatie op de specifieke overname van toepassing is en bekijk of een van de (drie) uitzonderingssituaties als bedoeld in art. 7:664 BW uitkomst kan bieden.
- Bekijk de mogelijkheden voor een eventuele harmonisatie van de verschillende pensioenregelingen na de overname.
- Heb scherp welke acties er na de overgang van onderneming nog ondernomen moeten worden, met name jegens de pensioenuitvoerder.

²⁸ Op grond van art. 23 PW.

Over Loyens & Loeff

Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen, waar de civiele en fiscale dienstverlening geïntegreerd wordt aangeboden. De advocaten en notarissen enerzijds en de belastingadviseurs anderzijds hebben binnen het kantoor een gelijkwaardige positie. Met deze opzet en haar omvang is Loyens & Loeff N.V. uniek in de Benelux en Zwitserland.

De praktijk is vooral gericht op het (internationale) bedrijfsleven en de overheid. Loyens & Loeff N.V. is een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van onder meer belastingrecht, ondernemingsrecht, fusies en overnames, beursnoteringen, privatiseringen, bank- en effectenrecht, commercieel onroerend goed, arbeidsrecht, bestuursrecht, technologie, media en procesrecht, EU en mededinging, bouwrecht, energierecht, insolventie, milieurecht, pensioenrecht en ruimtelijke ordening.

loyensloeff.com

Genoteerd

Genoteerd is een periodieke nieuwsbrief voor relaties van Loyens & Loeff N.V. Genoteerd verschijnt sinds oktober 2001.

Auteur van deze bijdrage is Laurie Kuijpers (laurie.kuijpers@loyensloeff.com).

Redactie

drs. P.G.M. Adriaansen
prof. dr. R.P.C. Cornelisse
mr. E.H.J. Hendrix
mr. drs. A.N. Krol
prof. mr. C.W.M. Lieverse
mr. P.E. Lucassen
mr. W.C.M. Martens
prof. mr. W.J. Oostwouder
prof. mr. D.F.M.M. Zaman

Uiteraard kunt u zich ook wenden tot uw eigen contactpersoon binnen Loyens & Loeff N.V.

Als toonaangevend kantoor is Loyens & Loeff de logische keuze als juridisch en fiscaal partner wanneer u in of via Nederland, België, Luxemburg of Zwitserland, onze thuismarkten, zaken doet. Met onze vestigingen in de Benelux, Zwitserland en kantoren in de belangrijke financiële centra kunt u wereldwijd rekenen op een persoonlijk advies van een van onze 900 adviseurs. Dankzij onze full-service praktijk, specifieke sectorbenadering en diepgaande kennis van de markt, begrijpen onze adviseurs precies waaraan u behoefte heeft.

Amsterdam, Brussel, Hong Kong, Londen, Luxemburg, New York, Parijs, Rotterdam, Singapore, Tokio, Zürich