

Pensioenen en overgang van onderneming

Inleiding

Op 1 juli 2002 is de Wet van 18 april 2002, Stb. 215 (hierna: de Wet) in werking getreden. De Wet bevat een aantal wijzigingen op het gebied van overgang van ondernemingen en pensioenen. De wijzigingen vloeien voort uit de wijziging van de Europese richtlijn inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming, 77/187/EEG (hierna: de Richtlijn). Dit artikel gaat in op deze wijzigingen op het gebied van pensioenen en overgang van ondernemingen en zet de aandachtspunten uiteen voor de ondernemingsrechtelijke praktijk. De overige wijzigingen die voortvloeien uit de Wet, komen in dit artikel niet aan de orde.

Achtergrond Wet

Het oude artikel 7:664 BW bepaalde dat pensioentoezeggingen expliciet niet behoorden tot de rechten van de werknemer die van rechtswege overgingen van de vervreemder op de verkrijger in geval van overgang van onderneming zoals gedefinieerd in artikel 7:662 BW. Dit was een uitzondering op de hoofdregel dat alle arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, bij overgang van onderneming van rechtswege overgaan op de verkrijger. De wetgever had hier gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de Richtlijn biedt te bepalen om pensioentoezeggingen uit te zonderen van de overgang van rechtswege. De werknemers waren tot 1 juli 2002 op pensioengebied derhalve niet beschermd bij overgang van onderneming. Dit kon voor werknemers die betrokken waren bij een overgang van onderneming, dan ook leiden tot een pensioenbreuk.

In de memorie van toelichting bij de Wet (TK 2000-2001, 27 469, nr. 3, p. 3) stelt de regering dat er aanleiding is de uitzonderingspositie van pensioenen bij de overgang van onderneming te herzien. Als aanleiding wordt onder andere genoemd 'het streven om de zogeheten witte vlekken op pensioenterrein terug te dringen'. Ook de wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW), waarin uitstelfinanciering wordt verboden, speelt hierbij een rol. Deze wetswijziging van de PSW heeft de kans verkleind op het ontstaan van een financieringsachterstand op pensioengebied bij de vervreemder. De kans dat een bedrijfsfusie derhalve niet doorgaat omdat de verkrijger het risico van de financieringsachterstand op het gebied van pensioenen niet voor zijn rekening wenst te nemen, is daardoor afgenomen.

Het uitgangspunt van de Wet is dat werknemers worden beschermd in de situatie dat de verkrijger geen pensioenregeling heeft, maar de vervreemder wel.

Daarnaast dienen werknemers van de vervreemder onder bepaalde voorwaarden gelijk te worden behandeld met de werknemers van de verkrijger. De Wet beoogt expliciet *niet* dat de werknemers die overgaan van vervreemder naar verkrijger bij een overgang van onderneming, er nooit op achteruit mogen gaan.

De wetgever heeft bij het opstellen van de Wet drie situaties voor ogen:

1. de vervreemder heeft wel een pensioenregeling en de verkrijger niet;
2. de verkrijger heeft wel een pensioenregeling, maar de vervreemder niet;
3. zowel de vervreemder als de verkrijger heeft een pensioenregeling, maar niet dezelfde.

Zie voor een meer uitgebreid onderscheid: E. Lutjens, *Pensioen bij overgang van een onderneming*, SMA 2002, p. 464 e.v.

In de Wet is vastgelegd welke uitgangspunten in deze drie situaties dienen te worden gehanteerd.

Hoofdregel en uitzonderingen

Hoofdregel

De hoofdregel van de Wet is neergelegd in artikel 7:663 BW. Deze hoofdregel houdt in dat de rechten en verplichtingen van de werkgever die onder meer voortvloeien uit een toezegging omtrent pensioen, van rechtswege mee overgaan naar de verkrijger in geval van overgang van onderneming (conform de overige rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst). De anciënniteit van de werknemers gaat derhalve ook mee over. Dit is met name van belang bij pensioenregelingen waarbij de pensioentoezegging is gebaseerd op het aantal dienstjaren dat een werknemer bij de werkgever heeft gewerkt (met name bij eindloonregelingen). De verkrijger kan dan worden geconfronteerd met backserviceverplichtingen.

De Wet geeft een aantal uitzonderingen op deze hoofdregel in artikel 7:664 BW.

Uitzondering 1

De verkrijger (die zelf een pensioenregeling heeft) is niet verplicht de pensioenregeling die de betrokken werknemers hebben bij de vervreemder voort te zetten, indien de

verkrijger de betrokken werknemers dezelfde pensioen-toezegging doet als de verkrijger aan zijn eigen werknemers heeft gedaan vóór de overgang van de onderneming. Dit is een uitdrukkelijke keuze die de verkrijger kan maken.

Deze keuze dient wel vóór de overgang van onderneming te worden gemaakt. Indien de keuze niet wordt gemaakt vóór de overgang van onderneming, geldt de hoofdregel.

Indien de werknemers bij de vervreemder een pensioenregeling hebben die 'beter' is dan de pensioenregeling zoals die geldt bij de verkrijger, kan dit ertoe leiden dat de werknemers die overgaan erop achteruitgaan. Dit is des te opvallender daar de rechten van dezelfde werknemers wel in hun geheel overgaan indien de verkrijger geen pensioenregeling heeft en dus niet voor de uitzonderingsmogelijkheid kan kiezen.

Hier is tijdens de behandeling van de Wet expliciet over gesproken (TK 2000-2001, 27 469, nr. 5, p. 4 en EK 2001-2002, 27 469, nr. 163, p. 4). Uitgangspunt van de Wet is dat de betreffende werknemers gelijk worden behandeld met de werknemers bij de verkrijger. Er worden dan ook geen eisen gesteld aan de pensioenregeling zoals die geldt bij de verkrijger. 'Verslechtering' van de pensioenregeling voor de werknemers die overgaan, kan dus voorkomen. De Wet geeft slechts een minimumwaarborg en laat ruimte over voor de sociale partners om te onderhandelen over de pensioenen (zie hierna bij uitzondering 3).

Uitzondering 2

De hoofdregel geldt niet indien de verkrijger verplicht deelneemt in een bedrijfstakpensioenfonds en de betrokken werknemer gaat deelnemen in dat fonds. De wetgever hecht zodanige waarde aan de wettelijk verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (WBPF), dat deze regeling een uitzondering vormt op de hoofdregel.

Ook hier geldt dat de werknemers die overgaan, kunnen worden geconfronteerd met een 'slechtere' pensioenregeling dan voor hen gold bij de vervreemder.

Uitzondering 3

Bij CAO of bij een regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan van de hoofdregel worden afgeweken. Deze mogelijkheid is naar aanleiding van een amendement opgenomen en bewerkstelligt dat de sociale partners passende regelingen kunnen treffen in het kader van de overgang van onderneming.

Uitzondering 4

De hoofdregel gaat niet op indien de werknemers die overgaan, bij de vervreemder verplicht deelnamen aan een bedrijfstakpensioenfonds op grond van de WBPF en deze verplichting ook geldt na de overdracht. Ook in dit geval gaan volgens de wetgever de verplichtingen onder de WBPF boven de hoofdregel.

Pensioen- en spaarfondsenwet

Naar aanleiding van de Wet is eveneens een nieuw artikel toegevoegd aan de PSW: artikel 3b. Dit artikel ziet op de rechten van de werknemers *na* de overgang van onderneming en niet zozeer op het behoud van rechten *bij* de overgang van onderneming.

Het artikel geeft een regeling voor werknemers zonder pensioentoezegging die door de overdracht van onderneming overgaan naar een verkrijger die aan zijn werknemers wel een pensioentoezegging heeft gedaan. In dat geval wordt de pensioentoezegging van de verkrijger ook geacht te zijn gedaan aan de werknemers die overgaan (wettelijk vermoeden).

De achterliggende gedachte van artikel 3b PSW is volgens de wetgever gelijke behandeling. Opvallend is dat deze gelijke behandeling slechts geldt voor één onderdeel van het arbeidsvoorwaardenpakket. Voorts geldt de gelijke behandeling niet in de omgekeerde situatie: indien de werknemers van de vervreemder een pensioentoezegging hebben, en de werknemers van de verkrijger niet, dan blijven de werknemers die overgaan hun rechten behouden. De werknemers van de verkrijger hebben geen recht op een dergelijke toekenning, ook niet op grond van het wettelijke vermoeden van artikel 2 lid 2 PSW (EK 2001-2002, 27 469, nr. 163, p. 4). Overigens kan op grond van het gelijkheidsbeginsel anders worden betoogd (R.M. Beltzer & Mr. H. Holtzer, Het wetsvoorstel overgang van onderneming: de niet te onderschatten invloed van richtlijn 98/50 EG, SMA 2001, p. 304).

De pensioenregeling van de verkrijger geldt vanaf het moment van de overgang en derhalve niet met terugwerkende kracht. Over de dienstjaren van de werknemers bij de vervreemder behoeft de verkrijger geen pensioen toe te kennen, indien de verkrijger zijn eigen regeling toepast.

In het stroomschema op de volgende pagina wordt hetgeen hiervoor is beschreven, kort samengevat.

Hoofdelijke aansprakelijkheid

Door het vervallen van de uitzonderingssituatie voor pensioenen bij overgang van onderneming geldt de algemene regel bij overgang van onderneming nu ook voor pensioenen: de vervreemder blijft naast de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk voor het nakomen van de verplichtingen op het gebied van pensioenen die zijn ontstaan voor het tijdstip van de overgang van onderneming, gedurende een jaar na de overgang.

De verkrijger dient dus rekening te houden met eventuele werknemersaanspraken op pensioengebied uit het verleden. De mogelijkheid tot regres op de vervreemder, voorzover al mogelijk, is beperkt. Het is dan ook aan te raden afspraken hieromtrent te maken in de activa-passiva-overeenkomst.

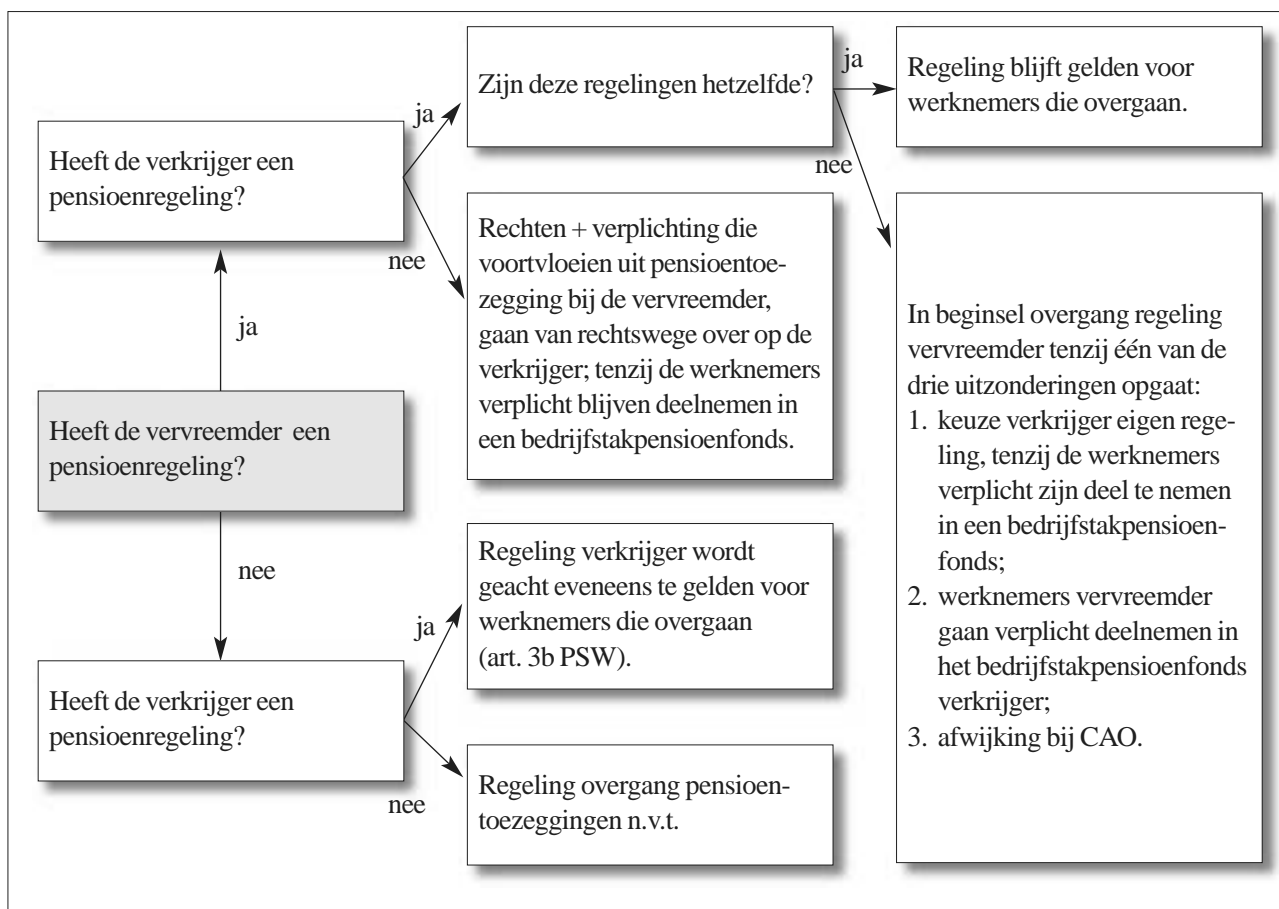
Praktijk

Uitgaande van de meest gebruikelijke situatie waarin zowel de vervreemder als de verkrijger een pensioenregeling heeft, maar niet dezelfde, springt een aantal aandachtspunten bij overgang van onderneming in het oog.

Ten eerste dient de verkrijger te onderzoeken of alle pensioenpremies die betrekking hebben op de periode vóór de overdracht van de onderneming, en/of de affinancieringspremies zijn betaald door de vervreemder. Als er nog openstaande verplichtingen zijn, kan de vervreemder hiermee worden geconfronteerd (hoofdelijke aansprakelijkheid).

Overigens is vanaf 1 januari 2000 het verbod op uitstelfinanciering in werking getreden en is het risico dat de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor niet-afgefinancierde pensioenverplichtingen die dateren van na januari 2000, daardoor verkleind.

Ten tweede heeft de verkrijger nu een keuzemogelijkheid. De verkrijger kan óf de bestaande pensioenregeling van de werknemers bij de verkrijger voortzetten óf ervoor kiezen de regeling zoals die bij de verkrijger zelf geldt, toe te passen op de werknemers die overgaan. De verkrijger dient dan ook te onderzoeken wat gunstiger voor hem is. Het kan gunstiger zijn om de werknemers te laten deelnemen in de eigen regeling, indien de verkrijger bij het behoud van de oude regeling zoals deze geldt bij de vervreemder, geconfronteerd wordt met backserviceverplichtingen over de periode die de werknemer bij de vervreemder heeft gewerkt (anciënniteit gaat namelijk mee over onder de hoofdregel). Ook is het administratief wellicht gemakkelijker om één regeling voor alle werknemers te hebben.



Het derde aandachtspunt is het volgende. Mocht de verkrijger toch besluiten om de regeling van de werknemers die overgaan te continueren, naast zijn eigen regeling, dan dient de verkrijger te onderzoeken of deze regeling wel kan worden voortgezet bij dezelfde pensioenuitvoerder. Indien dit niet mogelijk is, kunnen er voor de verkrijger risico's ontstaan indien de nieuwe pensioenuitvoerder nieuwe eisen stelt, terwijl de verkrijger wel de rechten van de werknemers dient te waarborgen. Dit kan een financieel risico zijn voor de verkrijger.

Concluderend kan worden gezegd dat de Wet de verkrijger stof tot nadenken geeft op het gebied van pensioenen bij overgang van onderneming. De verkrijger dient te onderzoeken welke verplichtingen hij overneemt op het gebied van pensioenen bij een overgang van onderneming, of dat het wellicht gunstiger is om te opteren voor het toepassen van de eigen regeling op de werknemers die overgaan. Deze keuze dient bewust en tijdig te worden gemaakt en vereist derhalve een grondig onderzoek van de verkrijger.

*Mr. drs. J.L.H. Winnubst
Allen & Overy*