

---

Mr W.P.M. Thijssen

## De gevolgen van fusie voor pensioenrechten

---

Mr W.P.M. Thijssen is Hoofd Juridische Zaken van Delta Lloyd Pensioenen, onderdeel van Delta Lloyd Levensverzekering N.V.

---

Een fusie heeft niet alleen gevolgen voor de bedrijfsvoering binnen een onderneming. Ook voor de werknemers van een fuserende onderneming kan een fusie ingrijpende gevolgen hebben. Vaak wordt er naar gestreefd de arbeidsvoorwaarden van fuserende ondernemingen te integreren. Op 27 juli 1981 is in Nederland een wettelijke regeling voor de overgang van ondernemingen in werking getreden.<sup>1</sup> In dit artikel staan de gevolgen voor pensioenrechten van werknemers van een fuserende onderneming centraal.

### 1. Inleiding

Met ingang van 1 januari 1993 vervallen in Europa de grenzen. Vanaf die datum bestaat binnen de Europese Gemeenschap naast het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal tevens het vrije verkeer van goederen. Nu al kunnen Europese ingezetenen hun diensten in elk land van de EG aanbieden. Een vergunning om in enig land van de EG te mogen werken is voor Europeanen niet meer nodig. Ook geld kan zonder belemmeringen binnen de landen van de EG circuleren. Vanaf 1 januari 1993 geldt zulks ook voor de meeste goederen. De internationale handel is vanaf die datum bevrijd van allerlei formele procedures voor de in- en uitvoer van goederen. Invoerrechten behoren tot het verleden. Algemeen wordt een grote fusiegolf verwacht. Ondernemingen worden door concentratie en internationalisering weerbaarder tegen de eisen die de ene grote Europese markt aan het ondernemen stelt. Een in-

ternationale fusie is een uiterst ingewikkelde zaak.<sup>2</sup> De verwachte concentratietendens zal ook fusies binnen Nederland tot gevolg hebben.<sup>3</sup> Hierna worden de gevolgen van fusie voor pensioenrechten van de werknemers die bij een fusie betrokken zijn behandeld. Daarbij beperk ik mij tot fusies binnen Nederland. De lezer zal merken dat een nationale fusie evenmin een eenvoudige zaak is als een internationale fusie.<sup>4</sup> Om de problematiek rondom fusie duidelijk te presenteren, behandel ik dit onderwerp aan de hand van een voorbeeld van een veel voorkomende vorm van overgang van een onderneming.

### 2. Een veel voorkomende vorm van overgang van ondernemingen

Vele ingewikkelde fusies zijn te herleiden tot een betrekkelijk eenvoudige grondvorm: de afsplitsing van een onderneming uit het ene concern die wordt opgenomen in een ander concern. Met andere woorden: ontvlechting van het eerstgenoemde concern gevolgd door vervlechting van het als tweede genoemde.

Het overdragende concern bestaat uit een houdstermaatschappij H1 met twee dochterondernemingen, A en B. De pensioenregeling van het concern is ondergebracht bij P1, de pensioenuitvoerder van het concern. Het verkrijgende concern heeft dezelfde structuur, een houdstermaatschappij H2 met een dochter C. Ten gevolge van een fusie gaat B over van het overdragende concern naar het verkrijgende concern. De bij het verkrijgende concern geldende pensioenregeling is ondergebracht bij pensioenuitvoerder P2.

De structuur van het overdragende en het verkrijgende concern is weergegeven in het bij dit artikel opgenomen schema.

---

1. Wet van 15 mei 1981, Stb. 1981, nr 400.

2. Vgl. W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Kluwer, Deventer, 1990, p. 470-472.

3. Recent kondigden de coöperatieve verzekeraars Interpolis en Avero/Centraal Beheer een fusie aan die in nauwe samenwerking met de Rabobank Nederland zal plaatshebben, zie *Het Financiële Dagblad* van 28 november 1991.

4. De belangrijkste problemen die rijzen bij een fusie zijn beschreven door Slagter, a.w. p. 448-449.

### 3. Drie vormen van fusie en de Wet overgang van ondernemingen

De drie in de praktijk veel voorkomende vormen van fusie kunnen aan de hand van de hiervoor geschetste concernstructuren worden verduidelijkt. Deze drie vormen van fusie zijn de bedrijfsfusie, de aandelenfusie en de juridische fusie.<sup>5</sup>

Een *bedrijfsfusie* houdt in dat het bedrijf van de over te dragen onderneming door de verkrijger wordt overgenomen. Met andere woorden: de goederen van de over te dragen onderneming worden stuk voor stuk door de overdragende onderneming aan de verkrijger overgedragen.<sup>6</sup> Toegespitst op de situatie die zich bij het hiervoor geschetste concern voordoet, houdt een bedrijfsfusie in dat de bedrijfsmiddelen van B worden overgedragen aan een tot concern 2 behorende onderneming. B wordt een lege dochter van concern 1. Deze dochter kan desgewenst worden ontbonden.<sup>7</sup>

Een *aandelenfusie* houdt in dat de aandelen van de over te dragen onderneming door de verkrijgende onderneming worden overgenomen.<sup>8</sup> In het geschetste voorbeeld brengt aandelenfusie mee dat de aandelen van B door H1 worden overgedragen aan H2.

Een *juridische fusie* komt tot stand doordat ondernemingen een overeenkomst sluiten op grond waarvan een of meerdere ondernemingen versmelten met een andere onderneming, zodat slechts één onderneming resteert. Juridische fusie brengt een overgang van alle vermogensbestanddelen van de verdwijnende onderneming of ondernemingen naar de verkrijgende onderneming teweeg. In juridisch jargon: juridische fusie bewerkstelligt een overgang onder algemene titel van het vermogen van de verdwijnende onderneming(en) naar de verkrijgende onderneming.<sup>9</sup>

De in de aanhef van dit artikel genoemde wettelijke regeling voor de overgang van ondernemingen is de "Wet van 15 mei 1981 tot aanpassing van de wetgeving aan de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, van 14 februari 1977".<sup>10</sup> Deze wet wordt hierna de "Wet overgang van ondernemingen" genoemd.<sup>11</sup> De essentie van de wettelijke regeling is dat in geval van een overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die uit hoofde van arbeidsovereenkomsten op de over te dragen onderneming rusten van die onderneming overgaan op de verkrijgende onderneming.<sup>12</sup> Een uitzondering geldt voor pensioenverplichtingen. Pensioenverplichtingen waarop de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) van toepassing is, gaan niet automatisch over op de verkrijgende onderneming.<sup>13</sup>

Welke van de hiervoor genoemde vormen van fusie leidt tot de overgang van een onderneming waarop de Wet overgang van ondernemingen van toepassing is? In geval van een bedrijfsfusie is de Wet overgang van ondernemingen van toepassing.<sup>14</sup> Een bedrijfsfusie dient als een overgang van een onderneming te worden beschouwd. Gevolg is dat de verkrijgende onderneming de rol van werkgever van de werknemers die bij de overgedragen onderneming in dienst waren krijgt opgedrongen. In geval van een aandelenfusie is de wet niet van toepassing.<sup>15</sup> Een aande-

lenfusie heeft immers niet tot gevolg dat de onderneming die door de overgedragen vennootschap wordt gedreven, aan een andere onderneming wordt overgedragen. Ook in geval van een juridische fusie is de Wet overgang van ondernemingen niet van toepassing. In geval van juridische fusie treedt de verkrijgende onderneming reeds uit hoofde van de fusie als nieuwe werkgever van de werknemers van de verdwijnende onderneming(en) op. Van toepassing van de Wet overgang van ondernemingen kan in geval van een juridische fusie uit de aard der zaak geen sprake meer zijn.<sup>16</sup>

### 4. De toepassing van de Pensioen- en spaarfondsenwet in geval van fusie

In de PSW komt een aantal bepalingen voor die in geval van fusie van belang kunnen zijn. Het betreft in de eerste plaats de bepalingen in verband met beëindiging van de deelneming aan een pensioenregeling.<sup>17</sup> In de tweede plaats is een bepaling in verband met de overdracht van het verzekeringnemerschap en wijziging van de begunstiging van pensioenverzekeringsovereenkomsten van belang.<sup>18</sup>

#### 4.1. Beëindiging van het deelnemerschap aan een pensioenregeling

De PSW komt aan bod wanneer de overgang van een onderneming voor de werknemers leidt tot beëindiging van de deelneming aan de pensioenregeling van het pensioenfonds waarbij de overgedragen onderneming aangesloten was. Voorts speelt de PSW een rol wanneer de overdracht voor de werknemers van de overgedragen onderneming ontslag tot gevolg heeft. Ontslag in het kader van een overgang wordt vaak gevolgd door indienstreding bij de verkrijgende onderneming.

In art. 8 van de PSW is bepaald dat in geval van beëindiging van de deelneming aan de regeling van een pensioenfonds de deelnemer recht heeft op het tot de datum van beëindiging van de deelneming

5. Zie voor een korte beschrijving Slagter, a.w. p. 449.

6. P. van Schilfgaarde, Van de naamloze en de besloten vennootschap, Gouda Quint B.V. Arnhem, 1990, p. 291-292. Vgl. art. 2:168 BW voor de naamloze vennootschap en art. 2:276 BW voor de besloten vennootschap.

7. Kort beschreven door Van Schilfgaarde, a.w. p. 292-295.

8. Hierover Van Schilfgaarde, a.w. p. 298-301.

9. De richtlijn is opgenomen in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 5 maart 1979, nr L61/26.

10. De wettelijke regeling heeft geleid tot toevoeging van de art. 1639aa-1639dd aan het BW, art. 14a aan de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst en art. 2a aan de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

11. Art. 1638bb BW.

12. Art. 1639cc lid 1 BW.

13. Zie onder ander Van Schilfgaarde, a.w. p. 292.

14. Aldus onder andere Van Schilfgaarde, a.w. p. 294. 16. Van Schilfgaarde, a.w. p. 300 stelt dat de Wet overgang van ondernemingen niet van toepassing is omdat geen sprake is van een overeenkomst. De overgang van rechten en verplichtingen uit hoofde van gesloten arbeidsovereenkomsten op de verkrijgende onderneming volgt uit de wettelijke fusieregeling zelf.

17. Art. 5 PSW voor pensioenfondsen en art. 10 van de op art. 2 van de PSW gebaseerde Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW voor bij een levensverzekeringmaatschappij met vergunning als bedoeld in art. 10 Wet toezicht verzekeringsovereenkomsten PSW.

18. Art. 17 en 18 Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW.

opgebouwde, premievrije pensioen. Indien het premievrije pensioen minder bedraagt dan het tijdsevenredige pensioen, dient affinanciering plaats te hebben tot het tijdsevenredige pensioen. Het tijdsevenredige pensioen is gelijk aan het pensioen dat zou kunnen worden opgebouwd wanneer de deelneming aan de regeling tot de pensioendatum zou worden voortgezet, verminderd met het pensioen dat zou kunnen worden opgebouwd tussen de datum van beëindiging van de deelneming en de pensioendatum.<sup>19</sup>

Voor de situatie waarin een pensioenregeling hetzij door de werkgever (B-polis), hetzij door de werknemers ieder voor zich (C-polis) rechtstreeks is verzekerd bij een verzekeringsmaatschappij is in art. 10 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW (de Regelen) een bepaling opgenomen. Die bepaling houdt in dat een werknemer die ophoudt verbonden te zijn aan de onderneming van de werkgever recht heeft op het tot de betreffende datum opgebouwde, premievrije pensioen. Ook deze werknemer heeft ten minste recht op het tijdsevenredige pensioen. In deze situatie dient het tijdsevenredige pensioen te worden berekend per de datum waarop de verbondenheid met de onderneming van de werkgever eindigt, namelijk de ontslagdatum.<sup>20</sup>

Hierna zal blijken dat in geval van een fusie toepassing van de voor pensioenfondsen geldende regeling tot andere resultaten kan leiden dan toepassing van de voor rechtstreeks verzekerde pensioenregelingen geldende regeling. De consequenties voor de pensioenrechten van werknemers kunnen afhangen van de gekozen wijze van uitvoering van de pensioenregeling.<sup>21</sup>

#### 4.2. De overdracht van een pensioenpolis

In art. 17 van de Regelen is voorzien in een bijzondere bepaling met het oog op overdracht van een B-polis, een pensioenpolis waarbij de werkgever als verzekeringnemer optreedt.<sup>22</sup> De bepaling heeft betrekking op de situatie waarin een werknemer bij de ene werkgever met ontslag gaat, en bij een andere werkgever in dienst treedt. Wanneer de verzekerde werknemer en de verzekeraar daarmee instemmen, kan de oude werkgever een door hem ten behoeve van de werknemer gesloten B-polis overdragen aan de nieuwe werkgever. Dergelijke overdracht heeft tot gevolg dat het verzekeringsnemerschap van de oude op de nieuwe werkgever overgaat. Wanneer de nieuwe werkgever bij een pensioenfonds is aangesloten is het mogelijk dat het verzekeringsnemerschap door de oude werkgever aan het pensioenfonds waarbij de nieuwe werkgever is aangesloten wordt overgedragen. Het pensioenfonds kan in deze situatie als begunstigde uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst worden aangewezen. Ook voor de overdracht van een B-polis aan een pensioenfonds en de wijziging van de begunstiging is de instemming van de verzekeraar van de oude werkgever en de verzekerde werknemer vereist.<sup>23</sup>

### 5. Praktijkvoorbeelden van fusie en de gevolgen voor pensioen

In de onderdelen 3 en 4 zijn de belangrijkste wet-

telijke bepalingen die in geval van fusie van toepassing kunnen zijn behandeld. In dit onderdeel wordt op de toepassing van deze regels in de praktijk ingegaan aan de hand van de in onderdeel 2 geschetste overgang van een onderneming. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin een bedrijfsfusie plaatsheeft (5.1), de situatie waarin een aandelenfusie plaatsheeft (5.2) en de situatie waarin de overgang door middel van een juridische fusie wordt bewerkstelligd (5.3).

#### 5.1. Overgang van een onderneming ten gevolge van bedrijfsfusie

Wanneer de in het voorbeeld geschetste overgang van B door middel van een bedrijfsfusie wordt gerealiseerd, gaan de bedrijfsmiddelen van B over naar concern 2, laten we aannemen naar C. In principe blijft B als onderdeel van concern 1 bestaan. Desgewenst kan tot ontbinding van B worden overgegaan. De gevolgen voor de werknemers en hun pensioenrechten hangen af van het antwoord op de vraag bij welk onderdeel van concern 1 de werknemers in dienst waren: bij H1 of bij B.

##### 5.1.1. Werknemers in dienst van B

Wanneer de werknemers in dienst van B zijn, is sprake van een overgang van een onderneming in de zin van de Wet overgang van ondernemingen. Met de bedrijfsmiddelen van B gaan ook de rechten en verplichtingen van B uit met de werknemers gesloten arbeidsovereenkomsten over op de verkrijger, C. De werknemers komen als het ware automatisch bij C in dienst. Het door de overgang veroorzaakte ontslag heeft tot gevolg dat zonnig affinanciering van de pensioenrechten van de werknemers moet plaatshebben. Het doet daarbij niet ter zake of B zelf de pensioentoezegging heeft gedaan, en ter uitvoering van die toezegging B- of C-polissen gesloten zijn, of dat B was aangesloten bij een ondernemingspensioenfonds. De situatie ligt anders wanneer B was aangesloten bij een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds.

Op grond van de Wet overgang van ondernemingen gaan pensioenverplichtingen van B niet over op C.<sup>24</sup> Bij C heeft geen verdere opbouw van pensioenrechten plaats, zodat zich een klassiek geval van pensioenbreuk voordoet wanneer P1 een verzekeraar of een ondernemingspensioenfonds is. Dit is slechts anders wanneer C zich bereid verklaart de pensioenop-

19. Zie W.P.M. Thijssen. Het SER-Advice pensioenproblematiek, een "tussenbalans" in de discussie over pensioenen. Het Verzekerings-Archief 1991, p. 222-223 en de door deze auteur in nt. 8 aangehaalde literatuur.

20. Hierover E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, diss. 1989, p. 558-558.

21. Lutjens, diss. 1989, p. 559 maakt het onderscheid niet.

22. Hierover Lutjens, diss. p. 577.

23. Vgl. art. 3:94 lid 1 van het nieuwe BW en art. 7.17.3.7d invoeringswet NBW.

24. E. Lutjens en W. van Zeist. Pensioenproblematiek bij overgang van ondernemingen. Publikaties van de Vereniging voor Pensioenrecht nr 1. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991, p. 2. In verband met de daar gemaakte uitzondering voor partnerpensioen merk ik op dat de rechter op grond van de redelijkheid en billijkheid zou kunnen oordelen dat de Wet overgang van ondernemingen ondanks de letterlijke tekst van art. 1639cc BW gezien de strekking van de regeling óók voor partnerpensioen geldt.

bouw voort te zetten.<sup>25</sup> Pensioenbreuk wordt slechts volledig voorkomen wanneer C daarbij de bij B doorgebrachte dienstjaren mede in aanmerking neemt. Ongewijzigde voortzetting van de pensioenopbouw kan op eenvoudige wijze worden gerealiseerd wanneer B ter uitvoering van de door hem toegezegde pensioenregeling B-polissen gesloten heeft. In dat geval kan op grond van de in 4.2 behandelde regeling voor de overdracht van het verzekeringnemerschap uit hoofde van een pensioenpolis het verzekeringnemerschap aan C of H2 worden overgedragen. Daarvoor is wel toestemming van B en de verzekeraar van de pensioenregeling van B nodig.<sup>26</sup> Overigens is C op grond van de Wet overgang van ondernemingen naast B aansprakelijk voor de verplichtingen van B uit hoofde van de door B toegezegde pensioenregeling. Voor eventuele achterstallige pensioenpremie én de affinancieringspremie zijn B en C derhalve volledig aansprakelijk. Men spreekt van hoofdelijke aansprakelijkheid.<sup>27</sup> Opgemerkt moet worden dat C tevens gedurende een periode van één jaar naast B hoofdelijk aansprakelijk is voor de verplichtingen van B uit hoofde van de door B met de werknemers aangegane arbeidsovereenkomsten. Het betreft eventueel achterstallig loon en andere verplichtingen verschuldigd over de periode tot de datum van de fusie.<sup>28</sup>

Ondanks het bepaalde in de Wet overgang van ondernemingen wordt de pensioenopbouw voor de werknemers die naar concern 2 overgaan ongewijzigd voortgezet wanneer deze werknemers deelnemen aan de pensioenregeling van een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds. Of deelneming aan de regeling van een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds plaats moet hebben hangt immers niet af van het antwoord op de vraag bij welke werkgever een werknemer in dienst is. Deelneming aan de regeling van een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds hangt uitsluitend af van de aard van de verrichte werkzaamheden.<sup>29</sup> Slechts wanneer de fusie tot gevolg heeft dat de aard van de verrichte werkzaamheden wijzigt, kan de verplichting tot deelneming aan de pensioenregeling van een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds eindigen. De nieuwe werkgever, C of H2, zal de aan het bedrijfspensioenfonds verschuldigde premie moeten voldoen. De bedrijfsfusie brengt in deze situatie financiële lasten voor concern 2 mee.<sup>30</sup> Bij het bepalen van de prijs die concern 2 voor B betaalt zou daarmee rekening kunnen worden gehouden.

#### 5.1.2. *Werknemers in dienst van H1*

Wanneer de werknemers die bij B tewerkgesteld zijn bij H1 in dienst zijn, heeft de overgang van de bedrijfsmiddelen van B geen gevolgen voor de rechtspositie van de werknemers die feitelijk bij B werkzaam zijn. Het is echter mogelijk dat de bedrijfsmiddelen zijn overgedragen in verband met het staken van de bedrijfsactiviteit van B binnen concern 1. In dat geval kunnen de werknemers allemaal of voor een deel overbodig zijn geworden. H1 zal in dat geval tot ontslag willen overgaan. Voor ontslag heeft H1 een ontslagvergunning nodig van de Regionale Directeur voor de Arbeidsvoorziening.<sup>31</sup> Een ontslagvergunning wordt in geval van het staken van de ondernemingsactiviteit in het algemeen wel verkre-

gen.<sup>32</sup> Het is mogelijk dat de werknemers direct aansluitend op het ontslag bij concern 1 bij concern 2 in dienst treden, bij C of H2. Ook is het mogelijk dat slechts een deel van de werknemers bij concern 2 terecht kan.

Werknemers die van concern 1 overgaan naar concern 2 kunnen met de transactie instemmen. In dat geval is geen ontslagvergunning nodig.<sup>33</sup> Een werknemer doet er goed aan de gevolgen van een dergelijke overgang nauwkeurig te (laten) bestuderen. Het dienstverband bij concern 2 en de arbeidsvoorwaarden aldaar moeten vaststaan alvorens een werknemer uit zichzelf ontslag neemt bij concern 1. Een werknemer die ontslag neemt bij concern 1, maar vervolgens niet bij concern 2 terecht kan, kan zijn recht op een werkloosheidsuitkering namelijk hebben verpleeld.<sup>34</sup>

In de hier beschreven situatie is de Wet overgang van ondernemingen niet van toepassing. Aan concern 2 kunnen slechts pensioenrechten worden ontleend wanneer door het concern een pensioentoezegging wordt gedaan. Er kan zich pensioenbreuk voordoen. Ook wanneer binnen concern 2 een pensioenregeling geldt, doet zich in beginsel pensioenbreuk voor, tenzij de bij H1 doorgebrachte dienstjaren voor de berekening van de pensioenrechten bij concern 2 mede in aanmerking worden genomen en de daar geldende regeling ten minste gelijkwaardig is aan de bij H1 geldende regeling.

#### 5.2. *Overgang van een onderneming ten gevolge van aandelenfusie*

Een andere mogelijkheid is dat de overgang van B wordt bewerkstelligd door een aandelenfusie. Laten we aannemen dat de aandelen van B worden overgedragen aan H2. De gevolgen voor toegezegde pensioenrechten hangen ook in deze situatie af van het antwoord op de vraag waar de werknemers in dienst zijn: bij B of bij H1.

##### 5.2.1. *Werknemers in dienst van B*

Wanneer de werknemers bij B in dienst zijn, wordt hun rechtspositie niet beïnvloed door de fusie. Het dienstverband loopt immers ongewijzigd door.<sup>35</sup> Verleende pensioenrechten hoeven daarom niet tot het tijdsevenredige niveau te worden afgefinancierd. Toch kan de aandelenfusie gevolgen hebben voor de pensioenregeling.

Wanneer P1 een verzekeraar is, kan met die verzekeraar een groeps pensioenverzekeringsovereenkomst tot stand gekomen zijn, op grond waarvan voor de individuele werknemers tegen vaststaande condities

25. Lutjens en Van Zeist, a.w. p. 11.

26. Lutjens en Van Zeist, a.w. p. 11-12.

27. Art. 1639cc lid 2 BW, vgl. Lutjens en Van Zeist, a.w. p. 2-3.

28. Art. 1639bb BW.

29. Lutjens en Van Zeist, a.w. p. 4.

30. Vgl. C.J. Kraaiveld. Enkele aspecten van vrijstelling van verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds. Tijdschrift voor verenigingen, vennootschappen en stichtingen TVVS 1991, p. 256 en 258-259.

31. Art. 6 lid 1 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945.

32. Bakels, a.w. p. 92.

33. Bakels, a.w. p. 89.

34. Art. 24 lid 2 onder b Werkloosheidswet.

35. In dezelfde zin Lutjens en Van Zeist, a.w. p. 4.

verzekeringsovereenkomsten volgens het B- of C-principe worden gesloten.<sup>36</sup> De fusie heeft tot gevolg dat B tot een ander concern gaat behoren. In geval van fusie wordt wel de wens geuit dat de pensioenregeling van B niet meer door P1, maar door P2 zou moeten worden uitgevoerd. De overgang van P1 naar P2 kan worden gerealiseerd doordat B de groepsverzekeringsovereenkomst na het verstrijken van de contracttermijn opzegt. Vervolgens kan met P2 een nieuwe groepsverzekeringsovereenkomst worden gesloten. Een andere mogelijkheid is dat B met P1 in onderhandeling treedt over voortijdige beëindiging van de met P1 gesloten overeenkomst. Uiteraard zal P1 slechts bereid zijn tot voortijdige beëindiging van de groepsverzekering wanneer B bereid is tot schadeloosstelling. In de praktijk gelden groepsverzekeringsovereenkomsten vaak voor een geheel concern. Zo kan een groepsverzekering door H1 gesloten zijn. Ook in deze situatie kan in verband met de fusie de wens leven dat de regeling van B na de overgang naar concern 2 door P2 wordt uitgevoerd. Voor concern 1 kan deze wens nadelig zijn omdat op grond van schaalgrootte verkregen financiële voordelen verloren kunnen gaan. Om dezelfde reden kan deze wens voor concern 2 voordelig zijn. De schaalgrootte van de groepsverzekeringsovereenkomst neemt immers toe. Ook hier geldt dat B tot het einde van de contracttermijn aan P1 gebonden is, tenzij overeenstemming over voortijdige beëindiging kan worden bereikt.

Een geheel andere situatie doet zich voor wanneer de bij B geldende pensioenregeling door een ondernemingspensioenfonds wordt uitgevoerd. Omdat B ten gevolge van de aandelenfusie niet meer tot concern 1 behoort, kunnen de werknemers van B niet blijven deelnemen aan de regeling van het pensioenfonds. Een ondernemingspensioenfonds kan op grond van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf immers slechts de pensioenregeling voor een groep ondernemingen die op een of andere wijze bij elkaar horen uitvoeren. Zo kan P1 een ondernemingspensioenfonds zijn ten behoeve van de uitvoering van de pensioenregeling voor werknemers van H1 en de dochterondernemingen van H1, namelijk A en B. P1 kan echter niet als uitvoerder voor de pensioenregeling van B optreden, nadat B naar concern 2 is overgegaan.<sup>37</sup> B zal voor de uitvoering van de voor haar werknemers geldende pensioenregeling een nieuwe uitvoerder moeten zoeken. Het ligt voor de hand dat de keuze op P2 valt. In de hier beschreven situatie doet zich nog een ander belangrijk fenomeen voor: omdat de deelneming aan de pensioenregeling die door P1 wordt uitgevoerd stopt, moeten de bij P1 achterblijvende pensioenrechten van de werknemers van B zonnodig tot het tijdsevenredige niveau worden gefinancierd volgens het in het pensioenreglement van het desbetreffende ondernemingspensioenfonds bepaalde. Er doet zich aldus een belangrijk verschil voor tussen de situatie waarin P1 een verzekeraar is en de situatie waarin P1 een ondernemingspensioenfonds is.<sup>38</sup> Met deze situatie zou bij de onderhandelingen over de aandelenfusie rekening kunnen worden gehouden. Wanneer B bij een ondernemingspensioenfonds is aangesloten heeft een aandelenfusie tot gevolg dat op B een financieringslast komt te liggen.

De kosten die de bij B geldende pensioenregeling meebrengt worden naar voren gehaald indien een financieringsachterstand bestaat. Dit verschijnsel zou invloed kunnen hebben op de prijs van de aandelen van B.

Weer een andere situatie doet zich voor wanneer B is aangesloten bij een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds. In dat geval heeft de fusie geen enkel gevolg voor de pensioenrechten van de werknemers van B. Doorslaggevend voor de verplichte deelneming aan een bedrijfspensioenfonds is immers de aard van de binnen de door B gedreven onderneming verrichte werkzaamheden.<sup>39</sup> Een aandelenfusie heeft in beginsel geen invloed op de aard van die werkzaamheden.

### 5.2.2. *Werknemers in dienst van H1*

Wanneer de werknemers in dienst zijn van H1 doet zich een soortgelijke situatie voor als beschreven onder 5.1.2. Het verschil tussen de in onderdeel 5.1.2 en in dit onderdeel behandelde situatie is dat in geval van een bedrijfsfusie B als "leeg" concernonderdeel tot concern 1 blijft behoren, terwijl in geval van een aandelenfusie B daadwerkelijk tot concern 2 gaat behoren. De gevolgen van een aandelenfusie zijn voor de werknemers die feitelijk bij B tewerkgesteld waren maar bij H1 in dienst zijn identiek aan de gevolgen van een bedrijfsfusie.

### 5.3. *Overgang van een onderneming ten gevolge van juridische fusie*

De laatste te behandelen mogelijkheid voor de overgang van een onderneming is een juridische fusie. Wanneer B op basis van een juridische fusie met bijvoorbeeld C, wordt overgedragen aan concern 2 versmelten B en C. B houdt op te bestaan en C treedt in de plaats van B. C neemt als verkrijgende onderneming op grond van de wettelijke regeling voor juridische fusie in het Burgerlijk Wetboek alle rechten en plichten van B over.<sup>40</sup> In dit onderdeel wordt nagegaan welke de gevolgen van juridische fusie zijn wanneer de feitelijk bij B tewerkgestelde werknemers voor de fusie in dienst van B waren, of in dienst van H1 zijn.

#### 5.3.1. *Werknemers in dienst van B*

Wanneer de werknemers in dienst van B zijn gaat de totale arbeidsverhouding van de werknemers van B over op C. Dat geldt óók voor pensioenverplichtingen.<sup>41</sup> In de uitvoering treden echter wijzigingen op die afhangen van de wijze van uitvoering van de pensioenregeling.<sup>42</sup> Dezelfde situatie als behandeld in 5.2.1 doet zich voor.

Wanneer P1 een verzekeraar is waarbij ter uitvoering van de bij B geldende pensioenregeling B- of

36. Over dergelijke overeenkomsten P.M. Tuller, *Pensioenen*, Kluwer, Deventer, 1985, p. 105-111.

37. Zo ook Lutjens en Van Zeist, a.w. p. 5.

38. Vgl. Lutjens en Van Zeist, a.w. p. 7.

39. Lutjens en Van Zeist, a.w. p. 4.

40. Art. 2:309 BW.

41. Lutjens, diss. p. 586.

42. Lutjens en Van Zeist, a.w. p. 6.

C-polissen zijn gesloten op basis van een groepsverzekeringsovereenkomst doet zich het verschijnsel voor dat de wederpartij van P1 heeft opgehouden te bestaan. De verplichtingen uit hoofde van de groepsverzekering zijn echter op C overgegaan, zodat C jegens P1 gebonden is. C zal of de met P1 lopende verzekeringsovereenkomst moeten uitdienen tot het einde van de contracttermijn, of met P1 in onderhandeling moeten treden over voortijdige contractbeëindiging.

Wanneer P1 een ondernemingspensioenfonds is, eindigt het deelnemerschap van de werknemers van B aan de door P1 uitgevoerde pensioenregeling. Zoals hiervoor al bleek, dient alsdan zonnodig tot affinanciering van de pensioenrechten van de werknemers die bij B in dienst waren te worden overgegaan. C zal zijn van B afkomstige werknemers elders, bijvoorbeeld bij P2, ter verzekering moeten aanbieden. De regeling moet ten minste gelijkwaardig zijn.

In de situatie waarin P1 een verplichtgesteld bedrijfspensioenfonds is treden geen wijzigingen in de pensioenrechten van de bij B afkomstige werknemers op, tenzij de aard van de werkzaamheden bij C in zodanige mate wijzigt, dat C voor deze werknemers niet onder de werkingssfeer van het bedrijfspensioenfonds valt.<sup>43</sup>

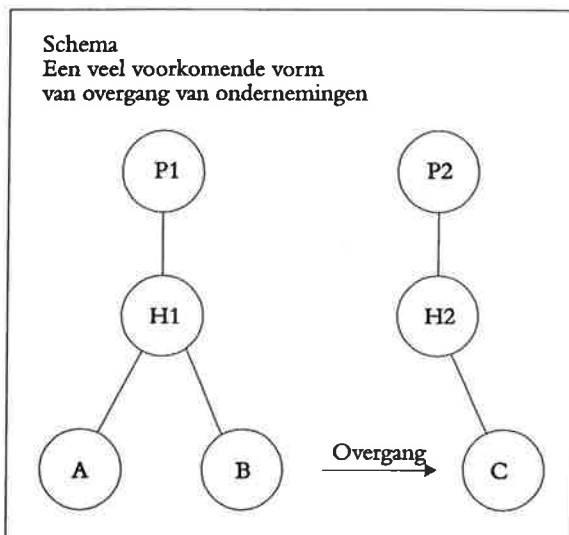
### 5.3.2. *Werknemers in dienst van H1*

De situatie waarin B op basis van een juridische fusie overgaat naar concern 2 verschilt waar het gaat om de rechtspositie van de werknemers die bij B werkzaam zijn, maar in dienst zijn van H1, niet wezenlijk van de in 5.2.2 behandelde situatie waarin B op basis van een aandelenfusie naar concern 2 overgaat. Die situatie bleek al niet wezenlijk te onderscheiden van de in 5.1.2 behandelde situatie waarin B op basis van een bedrijfsfusie door concern 2 werd overgenomen. Voor de rechtspositie van die werknemers maakt het niet uit of B onderdeel blijft van concern 1, onderdeel wordt van concern 2, of opgaat in C en ophoudt te bestaan.

## Afsluitende opmerkingen

Een fusie kan drie verschillende gedaanten aannemen en pensioenregelingen kunnen op meerdere, sterk verschillende wijzen worden uitgevoerd.<sup>44</sup> In verband met deze feiten konden de gevolgen voor pensioenrechten van werknemers die bij een fusie worden betrokken slechts worden verduidelijkt door tal van varianten op systematische wijze te behandelen.

Uit de beschouwingen volgt dat bij onderhandelingen over een fusie ook met de gevolgen voor pensioenrechten van werknemers rekening moet worden gehouden. Het hangt van de contractuele inbedding van de pensioenrechten in de arbeidsverhouding tussen de over te dragen en de verkrijgende onderneming af welke die gevolgen exact zijn. Onderhandelaars moeten voorkomen dat zij voor onaangename verrassingen komen te staan.



43. Zo ook Lutjens en Van Zeist, a.w. p. 8.

44. Die wijzen worden beschreven door Tuller, a.w. p. 92-113 en Lutjens, diss. p. 264-292.