

Wet Overgang van Onderneming aangescherpt voor pensioen

OP 1 JULI 2002¹ IS VERSCHERPTE WETGEVING² IN WERKING GETREDEN DIE DWINGT TOT HET BEHOUD VAN ARBEIDSVOORWAARDEN BIJ OVERGANG VAN ONDERNEMINGEN. DE NIEUWE WETGEVING HEEFT GELEID TOT AANPASSING VAN DE REEDS BESTAANDE REGELING OPGENOMEN IN DE ARTIKELEN 7:662 TOT EN MET 7:666 BW, DE INVOERING VAN ART. 5, LID 2, ART. 13A EN 72, LID 2 IN EN DE WIJZIGING VAN ART. 67 VAN DE FAILLISEMENTSWET, DE INVOERING VAN ARTIKEL 3B PSW EN VOORZIET IN OVERGANGSRECHT. IN DIT ARTIKEL WORDEN ENKELE GEVOLGEN VOOR PENSIOENTOEZEGGINGEN EN VOOR HET VERZEKEREN VAN PENSIOENTOEZEGGINGEN GEANALYSEERD.

Pensioentoezeggingen

Het systeem van de nieuwe wet is dat de hoofdregel die al vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet voor arbeidsvoorwaarden in het algemeen gold (maar uitdrukkelijk niet voor pensioen³, ook voor pensioentoezeggingen is gaan gelden. Dat betekent dat de hoofdregel nu inhoudt dat indien voor de werknemers die bij een bedrijfsovergang zijn betrokken bij de vervreemder een pensioenregeling gold, de verkrijger (in tegenstelling tot de uitzonderingsregeling die voorheen gold) verplicht is deze voort te zetten⁴. Het overgangsrecht regelt dat deze nieuwe hoofdregel geldt indien de overeenkomst die tot de bedrijfsovergang leidt op of na 1 juli 2002 wordt gesloten, of de bedrijfsovergang feitelijk op of na die datum wordt gerealiseerd⁵. Hierna wordt op deze nieuwe hoofdregel voor 'pensioen', en de uitzonderingen op die regel, ingegaan.

ANCIËNNITEIT

In dit verband rijst meteen de vraag of het van toepassing worden van de hoofdregel voor 'pensioen' betekent dat de verkrijger in geval van verhoging van de pensioengrondslag door de verkrijger op of na de datum van de overgang ook over deelnemingsjaren doorgebracht bij de vervreemder backservice dient toe te kennen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze vraag bevestigend dient te worden beantwoord⁶. Ook uit het systeem van de wet volgt dat de opgeworpen vraag bevestigend dient te worden beantwoord. Anciënniteitsrechten dienen immers onder art. 7: 662 BW in het algemeen te worden erkend⁷ en artikel 7: 662 BW is onverkort voor 'pensioen' gaan gelden.

Deze conclusie is van belang indien bij de vervreemder:

- een pensioenregeling volgens het eindloon-systeem gold (in dat geval dient de verkrijger niet uitsluitend over bij hem doorgebrachte deelnemingsjaren, maar daarnaast over bij de vervreemder doorgebrachte deelnemingsjaren backservice toe te kennen);

- een pensioenregeling volgens een geïndexeerd middelloon-systeem gold (in dat geval dient de verkrijger het indexerende van de pensioenaanspraken opgebouwd bij de vervreemder voort te zetten).

Voor (zuivere) beschikbare premiereregelingen heeft deze conclusie geen belang omdat op grond van een (zuivere) beschikbare premiereregeling geen backservice behoeft te worden toegekend⁸.

UITZONDERINGEN OP DE HOOFDREGEL

Onder de nieuwe wetgeving geldt een aantal uitzonderingen voor 'pensioen' op de hoofdregel van art. 7:663 BW⁹ met het oog op de situatie dat bij de verkrijger vóór de datum van overgang een pensioenregeling geldt. Deze uitzonderingen komen er op neer dat een bij de verkrijger geldende pensioenregeling een bij de vervreemder geldende pensioenregeling, die volgens de hoofdregel zou moeten worden voortgezet voor de werknemers die overgaan, opzij zet.

De eerste uitzondering op de hoofdregel is dat de verkrijger de bij de vervreemder geldende pensioenregeling niet hoeft voort te zetten indien bij de verkrijger vóór de overgang een pensioenregeling gold en de verkrijger deze pensioenregeling vanaf de datum van overgang toezeit aan de werknemers die van de vervreemder afkomstig zijn. Deze bepaling heeft in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer tot de discussie geleid of het wel de bedoeling en of het wel wenselijk is

Mr. W.P.M. Thijssen is advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten te Amstelveen.

1. Besluit van 17 mei 2002, Stb. 245.
2. Kamerstukken 27 469.
3. Art. 7:664, lid 1 BW in de oude tekst.
4. Art. 7:663 BW; tekst niet gewijzigd.
5. Art. 7:662 BW in de gewijzigde tekst jo. art. VIII van de nieuwe harmonisatiewet (EK 27 469, nr. 287).
6. EK 27 469, nr. 163, blz. 5.
7. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, diss., Kluwer, Deventer, 2000, blz. 68.
8. Art. 8, lid 10 PSW; in dezelfde zin EK 27 469, nr. 163, blz. 5-6.
9. Art. 7:664 BW in de gewijzigde tekst.

dat, in de situatie waarin de bij de verkrijger geldende pensioenregeling 'slechter' is dan de pensioenregeling die bij de vervreemder gold, de slechtere regeling zal gaan gelden voor de werknemers die van de vervreemder overgaan op de verkrijger. De uitkomst van de discussie was dat de strekking van het wetsvoorstel niet is dat de rechtspositie van de werknemers die bij de overgang zijn betrokken in geen geval zou kunnen worden verslechterd, maar dat de strekking is de werknemers die bij de overgang zijn betrokken vanaf de datum van de overgang gelijk te behandelen met werknemers die op die datum al bij de verkrijger in dienst zijn. Deze strekking van het wetsvoorstel rechtvaardigt in de visie van de wetgever de verslechtering van de pensioenregeling voor werknemers die van de vervreemder overkomen naar de verkrijger in de gegeven situatie dat de bij de verkrijger geldende pensioenregeling 'slechter' is dan de pensioenregeling die bij de vervreemder gold. Mij lijkt in dit kader dat de hogere pensioenaanspraken bij de vervreemder opgebouwd tot de datum van overgang als extra pensioenaanspraken dienen te worden gehandhaafd. Backservice aanspraken toe te kennen door de verkrijger vanaf de datum van overgang over bij de vervreemder doorgebrachte dienstjaren mogen, deze opvatting volgend, niet worden 'verrekend' door middel van 'inloop' met deze extra pensioenaanspraken. Dergelijke inloop zou betekenen dat de extra pensioenaanspraken feitelijk alsnog komen te vervallen en dat zou mijns inziens in strijd zijn met het algemene afkoopverbod¹⁰. Mij lijkt verder dat deze extra pensioenaanspraken vanaf de eventuele datum van uitdiensttreding bij de verkrijger vóór de pensioendatum als slapersaanspraken dienen te worden beschouwd. Het gevolg is dat deze extra pensioenaanspraken vanaf de datum van uitdiensttreding dienen te worden geïndexeerd volgens de regeling voor indexering als geldend voor slapers bij de verkrijger (aannemend dat bij de verkrijger een regeling voor indexering geldt). Na pensionering dienen de extra pensioenaanspraken op overeenkomstige wijze te worden geïndexeerd als de pensioenrechten van gepensioneerden opgebouwd onder de regeling van de verkrijger worden geïndexeerd. Het voorafgaande is van praktisch belang indien bij de vervreemder en de verkrijger pensioenregelingen volgens het eindloonsysteem of het (geïndexeerd) middelloonsysteem gelden.

De tweede uitzondering op de hoofdregel doet zich voor indien bij de vervreemder niet de verplichting gold de werknemers die bij de overgang zijn betrokken aan de pensioenregeling van een bedrijfstakpensioenfonds te doen deelnemen, maar de verkrijger wel verplicht is de werknemers die van de vervreemder afkomstig zijn te doen deelnemen aan de pensioenregeling van een

bedrijfstakpensioenfonds. De oorzaak voor deze verschillende situaties kan zijn gelegen in het feit dat voor de vervreemder vrijstelling van de verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds gold, de werknemers na de overgang onder de werkingssfeer van dat bedrijfstakpensioenfonds blijven vallen maar de vrijstelling vervalt¹¹. De oorzaak kan ook zijn gelegen in wijziging van de door werknemers die bij de overgang zijn betrokken te verrichten werkzaamheden, waardoor zij onder de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds komen te vallen. Het systeem van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 is nu eenmaal dat verplicht gestelde pensioenregelingen van bedrijfstakpensioenfonds een contractuele pensioenregeling opzij zetten. Het komt mij daarom voor dat de betreffende bepaling in de harmonisatiewet slechts declaratoir karakter heeft. Indien de bepaling niet zou zijn opgenomen, zouden de rechtsgevolgen van de overgang dezelfde zijn op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000¹².

De derde uitzondering op de hoofdregel doet zich voor indien op grond van een voor de verkrijger geldende CAO voor de werknemers die overkomen van de vervreemder wordt afgeweken van de bij de vervreemder geldende pensioenregeling. Deze uitzondering lijkt mij te liggen in lijn van en in overeenstemming te zijn met de strekking van de harmonisatiewet, te weten: gelijke behandeling van werknemers die bij de overgang zijn betrokken met werknemers die al vóór de datum van de overgang bij de verkrijger in dienst waren¹³. Dit geldt met name indien voor de werknemers die ten tijde van de overgang bij de verkrijger in dienst waren al vóór de overgang een CAO gold of in het kader van de overgang zowel voor de werknemers die al bij de verkrijger in dienst waren als voor de werknemers die bij de overgang zijn betrokken een CAO wordt gesloten. Uit de wetgeschiedenis blijkt voorts dat is bedoeld de mogelijkheid te bieden aan de partijen bij het arbeidsvoorwaardenoverleg 'om in het kader van een bedrijfsovername een maatwerkoplossing te leveren en concrete afspraken te maken omtrent de toezegging die de nieuwe werkgever zal moeten doen in verband met de overgang van pensioenrechten'¹⁴. Afwijking van de hoofdregel is kennelijk gerechtvaardigd indien inspraak van de betrokken werknemers via (een) werknemersvakvereniging(en) die partij zijn bij de CAO is gewaarborgd.

De vierde uitzondering op de hoofdregel doet zich voor indien de werknemers die bij de overgang zijn betrokken bij de vervreemder verplicht waren deel te nemen aan de pensioenregeling van een bedrijfstakpensioenfonds en deze verplichting na de overgang blijft gelden. Deze bepaling lijkt mij op grond van een overeenkomstige redenering als door mij aangevoerd ten aanzien van de tweede uitzondering op de hoofdregel slechts declaratoir¹⁵.

Met het oog op de situatie dat bij de vervreemder geen pensioenregeling gold, maar bij de verkrijger wel reeds voor de overgang een pensioenregeling gold, is geregeld dat de verkrijger de 'eigen' pensioenregeling dient toe te zeggen aan de werknemers die van de vervreemder over-

10. Art. 32, lid 4 PSW.

11. In het kader van dit artikel wordt niet ingegaan op het behoud respectievelijk verval van vrijstelling van verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds. Zie over de problematiek bij wijze van voorbeeld recent J.P. van der Meer, Bpf-vrijstelling bij fusies: ook werknemersbelangen spelen een rol, Pensioen Magazine 2002, nr. 4, blz. 12-15 en HR 23 oktober 1998, PJ 1999/3 met nt. Klaassen.

12. Het betreft het nieuwe artikel 7:664, lid 1, aanhef en onder b BW.

13. EK 27 469, nr. 163, blz. 4.

14. EK 27 469, nr. 287a, blz. 3.

15. Het betreft het nieuwe artikel 7:664, lid 2 BW.

komen¹⁶. Ook in verband met deze regeling rijst de vraag of voor de toepassing van de bij de verkrijger geldende pensioenregeling de dienstjaren doorgebracht bij de vervreemder mede als deelnemingsjaren in aanmerking dienen te worden genomen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat in geval van *voortzetting* van de pensioenregeling van de vervreemder de dienstjaren bij de vervreemder doorgebracht als deelnemingsjaren in aanmerking moeten worden genomen¹⁷. Uit de wetsgeschiedenis volgt daarom dat in de situatie waarin bij de vervreemder geen pensioenregeling gold, de verkrijger kan volstaan als deelnemingsjaren aan de bij hem geldende pensioenregeling de feitelijk bij hem doorgebrachte dienstjaren in aanmerking te nemen. Deze conclusie is ook in overeenstemming met de strekking van de harmonisatiewet zoals die uit de wetsgeschiedenis blijkt, te weten: gelijke behandeling van werknemers afkomstig van de vervreemder met werknemers die op de datum van overgang bij de verkrijger in dienst waren¹⁸. Voor werknemers van de verkrijger die afkomstig waren van een andere werkgever dan de verkrijger, behoeften de bij die andere werkgever doorgebrachte dienstjaren ook niet mede als deelnemingsjaren aan de bij de verkrijger geldende pensioenregeling in aanmerking te worden genomen. Dit zou slechts anders zijn indien de pensioenregeling van de verkrijger een bepaling bevat die het tegendeel inhoudt, maar dat is, afgezien van het in aanmerking nemen van fictieve dienstjaren in het kader van waardeoverdracht, niet gebruikelijk.

Tijdens de behandeling van de harmonisatiewet in de Eerste Kamer werd geconstateerd dat geen regeling is getroffen voor de situatie dat bij de vervreemder een pensioenregeling geldt, maar bij de verkrijger niet. De verkrijger is dan verplicht voor werknemers die bij de overgang zijn betrokken de voorheen bij de vervreemder geldende pensioenregeling voort te zetten¹⁹. De vraag rees of de strekking van de harmonisatiewet, te weten: gelijke behandeling van werknemers die bij de overgang zijn betrokken met werknemers die al vóór de datum van de overgang bij de verkrijger in dienst waren, ook 'andersom' werkt in die zin dat de verkrijger verplicht is de bij de vervreemder geldende pensioenregeling vanaf de datum van overgang ook te laten gelden voor de werknemers die al vóór de datum van de overgang bij hem in dienst waren en voor werknemers die na die datum bij hem in dienst zullen treden. Het antwoord luidde dat de harmonisatiewet niet op deze situatie ziet en daarom geen oplossing biedt voor het gesignaleerde probleem. De verkrijger is ook niet op grond van artikel 2, lid 2 PSW verplicht de pensioenregeling die bij de vervreemder gold vanaf de datum van overgang aan de werknemers die al vóór die datum bij hem in dienst waren toe te zeggen. Reden daarvoor is dat het onder dit artikellid is toegestaan aan verschillende groepen werknemers verschillende pensioenregelingen toe te zeggen of aan bepaalde groepen werknemers geen pensioenregeling toe te zeggen terwijl voor andere groepen wel een pensioenregeling geldt (mits geen verboden onderscheiden worden gemaakt tussen bijvoorbeeld voltijdwerkers en deeltijdwerkers). Het is volgens de wetgever aannemelijk dat het probleem in het kader van het arbeidsvoorwaarden overleg zal worden opgelost²⁰. In het verlengde van de hiervoor opgeworpen vraag rijst de vraag of de reeds

bij de verkrijger vóór de datum van overgang doorgebrachte dienstjaren mede in aanmerking zouden moeten worden genomen voor de toekenning van pensioenaanspraken aan de werknemers die al bij de verkrijger in dienst waren. Gezien het feit dat de verkrijger op grond van de wetsgeschiedenis niet verplicht blijkt te zijn de pensioenregeling van de vervreemder voor zijn werknemers te laten gelden die al vóór de datum van overgang bij hem in dienst waren, blijkt de verkrijger vanzelfsprekend ook niet verplicht te zijn de bedoelde dienstjaren in aanmerking te nemen.

HOOFDELIJKE AANSPRAKELIJKHEID

Met het vervallen van de algemene uitzondering voor pensioenregelingen in de oude regeling voor overgang van ondernemingen is ook de regeling voor hoofdelijke aansprakelijkheid voor de nakoming door de vervreemder van de bij de vervreemder geldende arbeidsvoorwaarden gewijzigd voor zover het 'pensioen' betreft.

Onder de oude wet gold dat werknemers die bij een overgang betrokken waren de nakoming van de verplichtingen van de vervreemder, die op het tijdstip van overgang bestonden, niet uitsluitend van de vervreemder konden afdwingen, maar ook van de verkrijger. Het betrof in de tijd onbeperkte hoofdelijkheid van verkrijger en vervreemder²¹.

Deze bijzondere regeling voor 'pensioen' is vervallen, met als gevolg dat de hoofdregel voor arbeidsvoorwaarden is gaan gelden. Die regeling houdt voor de nakoming door de vervreemder van de bij de vervreemder geldende arbeidsvoorwaarden in de tijd beperkte hoofdelijkheid in, te weten hoofdelijkheid voor een periode van een jaar.

In dit opzicht houdt de nieuwe wetgeving een verslechtering in van de rechtspositie van de werknemers die bij een overgang zijn betrokken.

WAARDEOVERDRACHT

In de praktijk van bedrijfsovergang is vaak de vraag gerezen of recht bestaat op collectieve waardeoverdracht in die zin dat alle bij een overgang betrokken werknemers individueel gebruik zouden kunnen maken van het wettelijk recht op waardeoverdracht en daarmee feitelijk een collectieve waardeoverdracht zouden kunnen afdwingen.

Bij de behandeling in de Eerste Kamer van de harmonisatiewet is opgemerkt dat het voor de hand ligt dat een collectieve waardeoverdracht wordt overeengekomen. In dit verband werd echter uitdrukkelijk gesteld dat geen recht op collectieve waardeoverdracht bestaat²². Kennelijk kan de pensioenuitvoerder van de vervreemder verzoeken om waardeoverdracht van individuele werknemers weigeren indien (grote groepen van) bij een bedrijfsovergang betrokken werknemers om waardeoverdracht per de datum van of in verband met de overgang verzoeken.

16. Art. 3b PSW.

17. EK 27 469, nr. 163, blz. 5.

18. EK 27 469, nr. 163, blz. 4 en blz. 7.

19. Op grond van de hoofdregel van artikel 7:663 BW.

20. EK 27 469, nr. 163, blz. 4.

21. Art. 7:664, lid 2 BW volgens de oude regeling.

22. EK 27 469, nr. 163, blz. 6.

Het verzekeren van pensioentoezeggingen

Hierna wordt gewezen op risico's voor de verkrijger bij het onderbrengen van de pensioenregeling die bij hem vanaf de datum van overgang gaat gelden voor de werknemers die overkomen. Deze risico's kunnen zich in de praktijk met name voordoen indien:

- de verkrijger de pensioenregeling die voor de bij de overgang betrokken werknemers bij de vervreemder gold dient voor te zetten;
- voortzetting bij de pensioenuitvoerder van de vervreemder niet mogelijk is²³;
- de uit hoofde van de pensioenregeling van de vervreemder vanaf de datum van overgang op te bouwen pensioenaanspraken door de verkrijger bij een verzekeraar dienen te worden ondergebracht.

Daarnaast kunnen deze risico's zich voordoen indien de verkrijger de eigen regeling voor de werknemers die overkomen toepast en hij de daaruit voor deze werknemers voortvloeiende pensioenaanspraken en de daarmee samenhangende verzekeringstechnische risico's (overlijdensrisico en arbeidsongeschiktheidsrisico) bij een verzekeraar dient onder te brengen.

Het betreft de overlijdensrisico's en de arbeidsongeschiktheidsrisico's op het leven van de werknemers die bij de overgang zijn betrokken. Met het oog op de dekking van deze risico's rijzen voor de verkrijger de volgende praktische vragen:

- kan de verkrijger zich wat de acceptatie van deze risico's door de verzekeraar betreft beroepen op de Wet op de medische keuringen (hierna: 'de WMK');
- hanteert de verzekeraar uitsluitingen of carenztijden²⁴ als voorwaarden voor de acceptatie van deze risico's?

Voor de beantwoording van de vraag of de verkrijger zich voor de acceptatie van de overlijdensrisico's en arbeidsongeschiktheidsrisico's door de verzekeraar op de WMK kan beroepen, is doorslaggevend of de overgang van (de dienstverbanden van) de werknemers van de vervreemder naar de verkrijger voor de toepassing van de WMK als de indienstreding van 'nieuwe' werknemers dient te worden beschouwd. Daartegen pleit dat niet van indienstreding in de normale betekenis van dat woord sprake is omdat sprake is van overgang van rechtswege van (de dienstverbanden van) de betreffende werknemers²⁵. Daarvoor pleit dat de werknemers die bij de overgang betrokken zijn voor de verkrijger feitelijk

gelijk te stellen zijn met nieuw in dienst tredende werknemers, met dien verstande dat anciënniteitsrechten door de verkrijger moeten worden erkend.

Een wetsinterpretatie in lijn met de strekking van de harmonisatiewet, te weten: behoud van arbeidsvoorwaarden voor de werknemers die door middel van een bedrijfs-overgang bij de verkrijger in dienst komen, dwingt er van uit te gaan dat de werknemers die overgaan voor de toepassing van de pensioenwetgeving als uit dienst tredende werknemers van de vervreemder, en als nieuwe werknemers van verkrijger dienen te worden beschouwd. Deze werknemers dienen als uit dienst tredende werknemers te worden beschouwd voor de toepassing van de affinancieringsverplichting voor pensioenaanspraken opgebouwd vóór 1 januari 2000. Deze werknemers dienen, deze lijn volgend, als in dienst tredende werknemers te worden beschouwd voor de toepassing van de WMK. Dat betekent dat de verzekeraar die pensioenverzekeringen op het leven van deze werknemers met de verkrijger aangaat uit hoofde van de WMK een acceptatieplicht heeft. Uitsluitend deze wetsinterpretatie garandeert dat de verkrijger zijn wettelijke verplichting de pensioenregeling die bij de vervreemder gold voort te zetten, of de eigen regeling toe te zeggen aan de werknemers die overkomen, daadwerkelijk hard kan maken. Indien het verbod op pensioenkeuringen niet van toepassing zou zijn ten behoeve van de verkrijger uit bedrijfsovergang, zou de situatie kunnen ontstaan dat de verkrijger verplicht is de pensioenregeling van de vervreemder voort te zetten of de eigen pensioenregeling toe te zeggen aan werknemers die in dienst komen op grond van bedrijfsovergang, maar de verkrijger niet in staat is te voldoen aan zijn verplichting de toegezegde pensioenaanspraken te verzekeren²⁶, omdat de werknemers die overgaan niet door de pensioenkeuring van de verzekeraar komen.

Voor de beantwoording van de vraag of de verzekeraar van de verkrijger ten aanzien van de werknemers die uit hoofde van een bedrijfsovergang bij de verkrijger in dienst komen uitsluitingen²⁷ mag hanteren, is van belang dat enerzijds de WMK het hanteren van uitsluitingen uitdrukkelijk verbiedt²⁸, maar dat anderzijds uit de wetgeschiedenis van de WMK zou kunnen worden afgeleid dat het hanteren van uitsluitingen onder omstandigheden zou zijn toegestaan²⁹. De belangrijkste van die omstandigheden is het 'oversluiten' van een verzekeringsovereenkomst, dat wil zeggen dat de pensioenaanspraken die werknemers aan een bepaalde pensioenregeling ontlenen vanaf een bepaald moment gedurende de deelneming bij een andere verzekeraar worden verzekerd. Daarvan is feitelijk ook sprake indien de verkrijger de pensioenregeling van de vervreemder voortzet, maar de verkrijger de pensioenaanspraken die vanaf de datum van overgang onder deze pensioenregeling worden opgebouwd door de werknemers die naar de verkrijger overgingen bij een (andere) verzekeraar moet verzekeren. Ook uit recente jurisprudentie blijkt dat het hanteren van uitsluitingen onder omstandigheden zou zijn toegestaan³⁰.

De vraag rijst of een werknemer die uit hoofde van bedrijfsovergang bij de verkrijger in dienst kwam na ingetreden arbeidsongeschiktheid, of diens nabestaande

23. Bijvoorbeeld omdat de pensioenregeling door de vervreemder was verzekerd bij een ondernemingspensioenfonds.

24. Uitsluitingen plegen te zijn beperkt tot bepaalde aandoeningen (bijvoorbeeld een rugklachtenuitsluitingsclausule), carenztijden plegen niet tot bepaalde aandoeningen te zijn beperkt maar zijn in de tijd beperkt (bijvoorbeeld: 'geen dekking indien de werknemer binnen 3 jaar na het aangaan van de verzekering overlijdt of arbeidsongeschikt wordt').

25. In die zin: Beltzer, a.w., blz. 64.

26. Art. 2, lid 1 PSW.

27. Waaronder begrepen: carenztijden, die als een bijzondere vorm van uitsluitingen kunnen worden beschouwd.

28. Zie art. 4, lid 6 van de WMK.

29. EK 23 259, nr. 91c, blz. 12-13.

30. Rb. Zutphen 28 februari 2002, PJ 2002/42 en Rb. Zutphen 7 maart 2002, PJ 2002/43, beiden met nt. Tulfer.

na het overlijden van de werknemer, schade die voor hem ontstaat indien de verzekeraar van de verkrijger zich op een uitsluiting beroept en vaststaat dat dit beroep rechtsgeldig is, op de verkrijger kan verhalen, indien geen beroep op de uitsluiting mogelijk zou zijn geweest in geval van continuatie van het dienstverband bij de vervreemder. In dit verband is relevant dat uit de wetsgeschiedenis van de harmonisatiewet blijkt dat het algemene uitgangspunt van de harmonisatiewet is dat werknemers worden beschermd bij overgang van een onderneming, maar dat het uitgangspunt van de harmonisatiewet niet is dat de pensioenregeling van werknemers er 'nooit op achteruit mag gaan'³¹. De harmonisatiewet letterlijk volgend komt het gesignaleerde risico voor rekening van de verkrijger. De harmonisatiewet dwingt de verkrijger immers naar de letter de bij de vervreemder geldende arbeidsvoorwaarden te continueren. Aan het hiervoor weergegeven uitgangspunt uit de wetsgeschiedenis kan een argument worden ontleend voor de stelling dat de vervreemder de bedoelde schade niet zou hoeven te vergoeden. Deze argumentatie is mogelijk sterker indien de verkrijger bij het doen van de pensioentoezegging aan de werknemers die bij de overgang waren betrokkenen, de voorwaarde heeft verbonden dat de toegezegde pensioenen niet tot uitkering zouden komen, indien en voor zover de verzekeraar zich rechtsgeldig op een uitsluiting zou kunnen beroepen. De rechter zal zich over deze kwestie moeten uitspreken.

Aandachtspunten voor vervreemder, verkrijger en werknemers die overgaan

Uit het voorafgaande volgt dat vervreemder, verkrijger en de werknemers die bij een bedrijfsovergang zijn betrokken aan de volgende aspecten aandacht zou moeten besteden in het kader van overgang van onderneming.

Het *eerste* aspect betreft de betaling van de reguliere pensioenpremie en de eventueel nog verschuldigde affinancieringspremie voor pensioenaanspraken bij de vervreemder opgebouwd vóór 1 januari 2000³². De verkrijger dient er in zijn belang voor te waken dat deze premie is betaald in verband met de op hem rustende hoofdelijke aansprakelijkheid. De bij de overgang betrokken werknemers die constateren dat de door de vervreemder verschuldigde pensioenpremie niet (volledig) is voldaan, kunnen betaling van deze premie gedurende een periode van 1 jaar na de overgang niet uitsluitend van de vervreemder, maar ook van de verkrijger vorderen. Deze mogelijkheid is met name van praktisch belang indien de financiële situatie van de vervreemder zwak is. Indien het er naar uitziet

dat de vervreemder deze premie niet zelf zal (kunnen) betalen, doet de verkrijger er in zijn belang goed aan met deze financiële last van de vervreemder rekening te houden bij het vaststellen van de koopprijs, omdat deze financiële last door de werknemers op hem kan worden afgewenteld.

Het *tweede* aspect betreft de toekomstige pensioenlasten voor de verkrijger. Wat deze pensioenlasten betreft dient de verkrijger zich te realiseren dat hij met backservicelasten ten aanzien van door de werknemers die bij de overgang zijn betrokken bij de vervreemder doorgebrachte dienstjaren zal worden geconfronteerd. Deze consequentie van de harmonisatiewet doet zich voor indien de wettelijke hoofdregel dient te worden gevolgd die inhoudt dat de verkrijger de bij de vervreemder geldende pensioenregeling dient voor te zetten, en wel indien bij de vervreemder een pensioenregeling volgens het eindloonstelsel of het geïndexeerd middelloonstelsel gold. Indien de verkrijger de vóór de datum van overgang bij hem geldende pensioenregeling van toepassing doet zijn of de verplicht gestelde pensioenregeling van een bedrijfstakpensioenfonds van toepassing wordt op de werknemers die overkomen, heeft de verkrijger deze lasten niet. Dit is een wat vreemde consequentie van het gekozen stelsel voor harmonisatie dat er toe leidt dat werknemers die bij overgang zijn betrokken worden beschermd indien bij de verkrijger géén pensioenregeling geldt, maar de verkrijger in staat stelt de binnen zijn onderneming geldende arbeidsvoorwaarden te harmoniseren door de vóór de datum van de overgang geldende pensioenregeling ook te laten gelden voor de werknemers die bij de overgang zijn betrokken, ook in de situatie waarin deze pensioenregeling slechter is dan de pensioenregeling die bij de vervreemder gold.

Het *derde* aspect betreft waardeoverdracht. Uit de wetsgeschiedenis blijkt te volgen dat collectieve waardeoverdracht in de vorm van het verzoeken om individuele waardeoverdracht door de bij de bedrijfsovergang betrokken werknemers door de pensioenuitvoerder van de vervreemder kan worden geweigerd.

Het *vierde* aspect betreft uitsluitingen gehanteerd door de verzekeraar van de verkrijger. De verkrijger dient in zijn belang de pensioentoezegging aan de werknemers die bij de overgang zijn betrokkenen te doen onder de voorwaarde dat de toegezegde pensioenen niet tot uitkering komen, indien en voor zover de verzekeraar zich rechtsgeldig op een uitsluiting zou kunnen beroepen.

31. EK 27 469, nr. 163, blz. 5.

32. Zie art. 2, lid 5 PSW, art. 3a PSW, art. 8 PSW in de vóór 1 januari 2000 geldende tekst, art. 7a jo. 8 PSW zoals deze met ingang van 1 januari 2000 zijn gaan gelden en de overeenkomstige bepalingen in de Regelen verzekeringsovereenkomsten PSW.