

**PENSIOEN BIJ OVERGANG VAN
ONDERNEMING, AANDELENOVERDRACHT
EN JURIDISCHE FUSIE OF SPLITSING**

NEDERLANDS PENSIOENBUREAU - LEGAL

13 SEPTEMBER 2018

Mr. WIM P.M. THIJSSSEN

Deze presentatie is te vinden op www.thijssen-pensioen-informatie.nl

Hageveld 22
2102 LN Heemstede

tel: +31 (0)85 – 303 62 16

www.pensioenadvocaten.nl
wt@pensioenadvocaten.nl

Begrip overgang van onderneming

- Art. 7:662, lid 2, onder a BW
 - Overgang op basis van een overeenkomst (bedrijfsfusie)
 - Fusie
 - Splitsing
- Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 91: fusie en splitsing genoemd om informatieplichten (art. 7:665a BW) van toepassing te laten zijn
- Regeling voor overgang onderneming in BW beperkt tot bedrijfsfusie
- Gevolg: uitzondering voor pensioen niet van toepassing bij fusie en splitsing

**BEDRIJFSFUSIE
PENSIOENOVEREENKOMST**

Kern wettelijke regeling

Hoofregel (art. 7:663 BW):

Verplichtingen uit hoofde pensioenovereenkomst gaan over bij overgang onderneming (uitzondering voor pensioen in EU-Richtlijn in Nederlandse wetgeving vervallen met ingang van 1 juli 2002)

Nevenregel (art. 7:664 BW):

- Verkrijger biedt de eigen pensioenovereenkomst aan
- Voor de overgang niet bestaande verplichte deelneming BPF wordt van toepassing
- Bestaande verplichte deelneming BPF blijft van toepassing
- Afwijking bij CAO

Nevenregel (art. 7:666, lid 1, aanhef en onder a BW):

Faillissement

Nevenregel (art. 9 Pensioenwet):

Indien vervreemder geen pensioenovereenkomst kent, geldt pensioenovereenkomst verkrijger

Situatie 1

- Bij vervreemder geldt een pensioenovereenkomst
 - Bij verkrijger geldt geen pensioenovereenkomst
 - Overgang van rechtswege zodat pensioenovereenkomst vervreemder blijft gelden
 - Art. 7:663 BW
-

Situatie 2

- Bij vervreemder geldt een pensioenovereenkomst
 - Bij verkrijger geldt een pensioenovereenkomst
 - Overgang van rechtswege zodat pensioenovereenkomst vervreemder blijft gelden
 - Verkrijger bevoegd de eigen pensioenovereenkomst in de plaats te stellen (ook indien dat neerwaartse wijziging van de pensioenregeling impliceert)
 - Verkrijger zonder eigen of afwijkende pensioenovereenkomst bevoegd af te wijken van pensioenovereenkomst vervreemder op grond van CAO
 - Art. 7:663 BW, art. 7:664, lid 1, onder a en c BW
-

Situatie 3

- Bij vervreemder geldt geen pensioenovereenkomst
 - Bij verkrijger geldt een pensioenovereenkomst
 - Leemte in BW
 - Aangevuld in art. 9 PW
 - Rechtsvermoeden van aanbod eigen pensioenovereenkomst verkrijger
 - Niet weerlegbaar rechtsvermoeden
-

Situatie 4

- Bij vervreemder geldt een pensioenovereenkomst
- Verkrijger valt onder verplicht gesteld BPF
- Geen overgang pensioenovereenkomst
- Overkomende werknemers gaan verplicht deelnemen in pensioenregeling BPF
- Als verkrijger collectieve vrijstelling van verplichte deelneming aan het BPF heeft, geldt die vrijstelling ook voor de bij overgang betrokken werknemers
- Als verkrijger afwikkelvrijstelling van verplichte deelneming aan het BPF heeft, geldt de vrijstelling niet, bij overgang betrokken werknemers gaan verplicht deelnemen in pensioenregeling BPF

Situatie 5

- Bij vervreemder geldt verplichte deelneming in een BPF
- Bij verkrijger geldt een pensioenovereenkomst
- Geen overgang van rechtswege
- Leemte in de wetgeving
- Variant:
 - Bij vervreemder geldt verplichte deelneming in een BPF, maar vervreemder geniet vrijstelling op grond van eigen pensioenovereenkomst
 - Regels situatie 2 van toepassing omdat de pensioenregeling dan op “arbeidsovereenkomst” berust (art. 7:663 BW)
 - Pensioenovereenkomst is onderdeel van arbeidsovereenkomst

Situatie 6

- Bij vervreemder geldt verplichte deelneming in een BPF
- Bij verkrijger geldt verplichte deelneming in hetzelfde BPF
- Geen overgang van rechtswege (deelneming berust niet op arbeidsovereenkomst maar heeft wettelijke grondslag)
- Verplichte deelneming aan BPF blijft gelden (art. 7:664, lid 1, aanhef en onder b BW)
- Doorlopende deelneming
- Anders: Lutjens in Asser/Lutjens 2016/825 die een overgang van rechtswege veronderstelt
- Variant:
 - Bij verkrijger geldt verplichte deelneming in een ander BPF
 - Bij verkrijger gaat de pensioenregeling van dat andere BPF gelden (art. 7:664, lid 1, aanhef en onder b BW) als werknemers vervreemder onder werkingssfeer vallen

Situatie 7

- Bij vervreemder geldt geen pensioenovereenkomst
- Bij verkrijger geldt verplichte deelneming in een BPF
- Bij verkrijger gaat de pensioenregeling van het BPF gelden (art. 2 Wet BPF 2000)
- Variant:
 - verkrijger heeft vrijstelling van verplichte deelneming aan het BPF
 - Rechtsvermoeden van aanbod eigen pensioenovereenkomst van toepassing (art. 9 Pensioenwet)

Situatie 8

- Bij vervreemder geldt verplichte deelneming in een BPF
- Bij verkrijger geldt geen verplichte deelneming in een BPF en geldt geen pensioenovereenkomst
- Geen overgang van rechtswege omdat verplichte deelneming in een BPF niet op “arbeidsovereenkomst” (lees: “pensioenovereenkomst”) berust (art, 7:663 BW)
- Variant:
 - Vervreemder geniet vrijstelling van de verplichte deelneming aan het BPF op basis van eigen pensioenovereenkomsten
 - Overgang van rechtswege

Hoofdelijkheid

Hoofdregel: indien sprake is van overgang van de pensioenovereenkomst gaan alle rechten en verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst over op de verkrijger (denk ook aan anciënniteitsrechten bij eindloonsysteem en indexering rechten uit hoofde van middelloonregeling)

Nevenregel: verkrijger nog één jaar na de overgang hoofdelijk aansprakelijk voor de verplichtingen uit hoofde van de pensioenovereenkomst ontstaan vóór de overgang

Zie art. 7:663 BW

Hoofdelijkheid

- Rechten en verplichtingen jegens de werknemers die bij de overgang zijn betrokken gaan over
 - Contractuele verplichtingen van de verkrijger jegens derden (verplichting tot premiebetaling) gaan over
 - Contractuele vorderingsrechten van derden op de vervreemder gaan over, omdat die het complement zijn van de contractuele verplichting van de verkrijger jegens de derde
-

Hoofdelijkheid

- Wettelijke verplichting van de vervreemder jegens een derde
- Wettelijk vorderingsrecht van de derde op de vervreemder dat daartegenover staat
- Deze verbintenis berust niet op “arbeidsovereenkomst”

Concreet: premieachterstand van vervreemder aan verplicht gesteld
BPF

Hoofdelijkheid

HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 inzake GOM:

- Overweging 3.1:
 - Overgang onderneming waarbij hetzelfde BPF van toepassing bleef
 - Vervreemder had premieachterstand en failleerde na de overgang
- Overweging 3.4.4:
 - Uit wetsgeschiedenis volgt dat wanneer bij overgang onderneming dezelfde BPF-pensioenregeling blijft gelden de verkrijger de rechten en verplichtingen uit de pensioenregeling moet overnemen (Kamerstukken II, 2000-2001, 27 469, nr. 3, p. 12)
- Overweging 3.5. tot en met 3.8:
 - Pensioenpremieschuld vervreemder gaat op grond van wetssystematische interpretatie over op verkrijger
- Extensieve werking overnemingsverplichting tot schulden vervreemder ten behoeve van werknemers aan derden

Hoofdelijkheid

Belang BPF groot vanwege de regel “geen premie, toch pensioen”

HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462

- Overweging 3.6
 - Pensioenaanspraken ontstaan rechtstreeks op grond van het vervuld zijn van de in het pensioenreglement gestelde voorwaarden
 - Premiebetaling gold niet als voorwaarde voor het verkrijgen van pensioenaanspraken
 - Daarom “geen premie, toch pensioen”
- Overweging 3.5:
 - Geen verjaring van de vordering tot toekenning van pensioenaanspraken op de voet van art. 3:307 BW omdat voor het verkrijgen van de vordering geen toekenningshandeling van het BPF was vereist

**BEDRIJFSFUSIE
UITVOERINGSOVEREENKOMST**

Uitvoeringsovereenkomst:

- Toekomstige verplichtingen van vervreemder uit hoofde van uitvoeringsovereenkomst gaan niet over
 - Bestaande verplichtingen (bijvoorbeeld premieachterstand) onder omstandigheden mogelijk wel (hiervoor behandeld) indien parallel te trekken zou zijn met verplichte deelneming – vervolgrechtspraak moet duidelijkheid brengen
-

**AANDELENOVERDRACHT
PENSIOENOVEREENKOMST**

Aandelenoverdracht:

- beïnvloedt de arbeidsovereenkomst en de pensioenovereenkomst die daarvan onderdeel is niet
 - Anciënniteitsrechten blijven intact
 - Indien de pensioenuitvoerder is benoemd maar na de aandelenoverdracht niet meer als pensioenvoerder blijft fungeren of mag fungeren, is op dat punt regelingswijziging noodzakelijk
-

**AANDELENOVERDRACHT
UITVOERINGSOVEREENKOMST**

Bij aandelenoverdracht eindigt de uitvoeringsovereenkomst:

- Met een verzekeraar of PPI indien de vennootschap door de aandelenoverdracht de groep verlaat
 - Met een ondernemingspensioenfonds (OPF) of algemeen pensioenfonds (APF) indien de vennootschap geen aangesloten onderneming meer is
-

Uitvoeringsovereenkomst

Met **ondernemingspensioenfonds** of **APF**:

- Herstelpremie

Met **verzekeraar** of **PPI**:

- Verborgen kosten
 - Garantiekosten
 - Beheerkosten
 - Administratiekosten
 - Waardeoverdracht
 - Inlooprisico en uitlooprisico
-

Uitvoeringsovereenkomst met (algemeen) pensioenfonds

Gerechtshof Den Haag 9 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2873 inzake PF Alcatel-Lucent:

- Werkgever zegde uitvoeringsovereenkomst met PF op
- “derisking” (overweging 9.2)
- Uitvoeringsovereenkomst voorzag in mogelijkheid van opzegging en bepaalde dat partijen hun verplichtingen tot datum beëindiging behielden
- Werkgever was bereid herstellpremie tot 2023 te blijven voldoen, ook als het PF de verplichtingen in het kader van liquidatie aan een verzekeraar zou overdragen (overweging 4)
- Vordering PF strekkend tot betaling extra premie naast wat was overeengekomen om rechtenkorting te voorkomen afgewezen

Uitvoeringsovereenkomst met (algemeen) pensioenfonds

- In HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1134, PJ 2016/101 werd het arrest van het Hof gecasseerd en volgde verwijzing naar Gerechtshof Amsterdam
- Reden: onvoldoende was door het Hof rekening gehouden met mogelijke aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid; en/of
- de mogelijkheid dat de opzegging van de uitvoeringsovereenkomst door de werkgever deze verplichtte tot schadevergoeding
- overweging 4.5
- let op extensieve interpretatie van art. 25, lid 1, aanhef en onder h PW in overweging 4.4.3

Uitvoeringsovereenkomst met (algemeen) pensioenfonds

Rechtbank Amsterdam 2 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9387

Inloopriscico en uitloopriscico/pijplijnproblematiek

- Ziekmelding tijdens dienstverband
- Dienstverband eindigt tijdens ziekteperiode door opzegging door curator na faillissement werkgever
- Werknemer vorderde WIA-hiaatpensioen en premievrije pensioenopbouw wegens arbeidsongeschiktheid
- Werknemer voldeed niet aan reglementaire voorwaarden
- Beroep op hardheidsclausule afgewezen
- Feit dat waarschijnlijk zonder faillissement wel recht op WIA-hiaatpensioen en premievrije pensioenopbouw wegens arbeidsongeschiktheid zou zijn ontstaan betekende niet dat de hardheidsclausule diende te worden toegepast/Precedentwerking

Consequentie:

- Uitloopriscico over op verkrijger na overgang andere pensioenuitvoerder als vervreemder bij pensioenfonds was aangesloten

Uitvoeringsovereenkomst met verzekeraar of PPI

Rechtbank Zutphen 9 januari 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BC8800 inzake Washington:

- Tariefgrondslagverzwaring
- Overwegingen 5.15 en 5.21 – tariefgrondslagverzwaring ten laste van de extra reserve in een gesepareerd beleggingsdepot is toegestaan (contractvrijheid)
- Overweging 5.16 – deling in negatief TR ten laste van de extra reserve in een gesepareerd beleggingsdepot is geoorloofd
- Overweging 5.22 – tariefgrondslagverzwaring niet strijdig met uitvoeringsverplichting
- Overweging 5.27 – tariefgrondslagverzwaring toegestaan binnen garantiecontract

Uitvoeringsovereenkomst met verzekeraar of PPI

Rechtbank Zutphen 9 januari 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BC8800 inzake Washington (vervolg):

Essentie:

- Het recht op premievrije handhaving van pensioenverzekeringen uit het algemene verzekeringsrecht en de uitvoeringsverplichting uit het pensioenrecht beschermen uitsluitend de werknemer, niet de werkgever
- De bescherming betekent niet méér dan dat het insolventierisico van de werkgever bij de verzekeraar ligt

Consequentie:

- verkrijger kan met deze kosten worden geconfronteerd
-

Uitvoeringsovereenkomst met verzekeraar of PPI

Verzekeraars/Garantieplicht/Derisking/Rechtbank Amsterdam 28 augustus 2013,
ECLI:NL:RBAMS:2013:6239 inzake Srlev:

- Verzekeraar wenste risicovolle beleggingen te liquideren in verband met garantieplicht (afdekken renterisico in verband met rekenrentegarantie)
- Werkgever wenste dat niet en stelde bankgaranties
- Verzekeraar handelde in strijd met contractuele beleggingsrichtlijn en moest beleggingsschade vergoeden
- Algemeen: twee soorten bankgaranties (bankgarantie houdt stand bij faillissement of vervalt bij faillissement)
- Geen grens aan beleggen in de verzekeringnemer vanwege garantieplicht

Consequentie:

- risico van onderdekking in GBD gaat over van vervreemder op verkrijger

Uitvoeringsovereenkomst met verzekeraar of PPI

- Verzekeraars plegen kosten voor individuele wettelijke waardeoverdracht door te belasten aan de werkgever
 - Verdedigbaar is dat dit slechts rechtsgeldig is indien vooraf overeengekomen
 - Zie TPV 2014/22 (“Wie betaalt de rekening voor waardeoverdracht”)
-

Uitvoeringsovereenkomst met verzekeraar of PPI

- Inlooprisico bij pensioenuitvoerder verkrijger
- Uitlooprisico bij pensioenuitvoerder vervreemder
- Van Leeuwen Convenant
 - Uitlooprisico gedekt
 - Geen carenztijden

**JURIDISCHE FUSIE OF
SPLITSING
PENSIOENOVEREENKOMST**

Juridische fusie of splitsing:

- Overgang van rechten en verplichtingen onder algemene titel
 - Gevolgen voor pensioenovereenkomst komen de facto overeen met de gevolgen van een aandelenoverdracht
 - Verhaalspositie van werknemers uit hoofde van de pensioenovereenkomst kan wijzigen, afhankelijk van de financiële posities van verdwijnende en verkrijgende vennootschap(pen) bij fusie respectievelijk de afstotende vennootschap en de vennootschap ontstaan door splitsing
-

**JURIDISCHE FUSIE OF SPLITSING
UITVOERINGSOVEREENKOMST**

Gevolgen juridische fusie of splitsing voor vrijstelling verplichting deelneming aan BPF:

- Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 bevat specifieke regelingen voor de gevolgen van fusie of splitsing voor vrijstelling van verplichte deelneming aan een BPF in specifieke situaties
 - Artt. 7a tot en met 7e Vrijstellingsbesluit
-

Artikel 7a. Fusie werkgevers met vrijstellingen van zelfde bedrijfstakpensioenfondsen

- Vrijstellingen blijven in stand
 - Bestaande pensioenregelingen worden voortgezet
 - Werkgever kan verzoeken één van de bestaande pensioenregelingen voor alle werknemers te gaan toepassen
 - BPF moet “verzoek” (aanvraag in de zin van de Awb) toewijzen als aan vrijstellingsvoorwaarden wordt voldaan
-

Artikel 7b. Fusie werkgevers met en zonder vrijstelling van zelfde bedrijfstakpensioenfondsen

- Vrijstelling vervalt
 - Op “verzoek” (aanvraag in de zin van de Awb) alsnog collectieve vrijstelling indien voor 50% of meer van de werknemers vóór de fusie vrijstelling gold
 - BPF bevoegd om aan vrijstelling de voorwaarde van betaling van VTN te verbinden
-

Artikel 7c. Fusie werkgevers met en zonder vrijstellingen van verschillende bedrijfstakpensioenfondsen

- Op verzoek (aanvraag in de zin van de Awb) wordt een bestaande vrijstelling een collectieve vrijstelling voor het totaal; of
- Op verzoek (aanvraag in de zin van de Awb) wordt één van de bestaande vrijstellingen een afwikkelvrijstelling voor de groep waarvoor deze vóór de fusie gold (de overige werknemers sluiten aan bij het BPF of genieten op aanvraag collectieve vrijstelling van deelneming aan dat BPF); of
- Op verzoek (aanvraag in de zin van de Awb) worden bestaande vrijstellingen binnen de nieuwe entiteit naast elkaar collectieve vrijstellingen voor de werknemers die onder de betreffende werkingssfeer vallen

Artikel 7d. Vrijstelling na splitsing

- Zuivere splitsing: vrijstellingen blijven op verzoek (*aanvraag* in de zin van de Awb) in stand
 - Afsplitsing: bestaande vrijstelling voor oorspronkelijke vennootschap blijft in stand mits de bestaande pensioenregeling wordt voortgezet (*mededeling* aan BPF is voldoende)
 - Afsplitsing: bestaande vrijstelling voor afgesplitste vennootschap blijft op verzoek (aanvraag in de zin van de Awb) in stand
-

Artikel 7e. Vrijstelling na doorstart

Vrijstelling bij doorstart na faillissement op verzoek (aanvraag in de zin van de Awb) gehandhaafd, mits:

- Doorstart binnen één jaar na faillissement
 - Ten minste 50% van de werknemers in het kader van de doorstart in dienst blijft
-

Due diligence:

- Onderzoek naar pensioenovereenkomsten
 - Compliance
 - Niet aangemelde deelnemers
 - Onderzoek naar uitvoeringsovereenkomsten
 - compliance
 - premieachterstand
 - Verborgene kosten
 - Inlooprisico en uitlooprisico
-

BEDANKT VOOR UW AANDACHT

DEZE PRESENTATIE IS IN TE ZIEN OP WWW.THIJSSEN-PENSIOEN-INFORMATIE.NL ONDER DE TAB LEZINGEN
