



prof. mr. dr. Mark Heemskerk EPP CFP®

Hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit, advocaat-partner bij held law en raadsheer-plaatsvervanger in het hof Den Bosch



mr. drs. Corey Dekkers MFP CFP®

Senior pensioenjurist bij Pensioennavigator

In deze bijdrage analyseren wij de pensioengevolgen van een fusie of overname na introductie van de Wet toekomst pensioenen (Wtp). Wij concluderen dat de fusieregels over pensioen botsen met de Wtp. Na de Wtp zijn er vanaf uiterlijk 1 januari 2027 in beginsel alleen nog premieovereenkomsten met een vlakke premie mogelijk. Maar op 1 juli 2023 bestaande premiestaffels mogen worden voortgezet voor bestaand personeel. De Wtp leidt tot situaties waarbij onduidelijk is welke pensioenregelingen na fusie en overname kunnen of moeten worden overgenomen, inclusief compensatieverplichtingen. Dat maakt een fusieroute aantrekkelijk waarbij verkrijgers een goedkopere pensioenvoorziening treffen.

Fusieregels pensioen botsen met de wet toekomst pensioenen: lonkt de fusieroute?

1 FUSIE EN OVERNAME

1.1 INLEIDING

Een fusie is het samenvoegen van min of meer gelijkwaardige rechtspersonen of ondernemingen. Een overname doet zich voor wanneer een (kleinere) rechtspersoon of onderneming opgaat in een andere (grotere) rechtspersoon of onderneming.¹ Een fusie in ruime zin is het zodanig samenvoegen van rechtspersonen en/of ondernemingen dat zij in economisch opzicht een geheel gaan vormen. Er zijn verschillende methoden om tot een fusie te komen. De voorname fusievormen zijn: (1) de aandelenfusie, (2) de bedrijfsfusie en (3) de juridische fusie.

1.2 AANDELENFUSIE

De meest voorkomende fusievariant is de aandelenfusie.² Een aandelenfusie vindt plaats door overdracht van (een meerderheid) van de aandelen. De aandelenfusie kan onderhands zijn of openbaar (een openbaar bod). Die fusie komt normaliter tot stand door (1) een koopovereenkomst gevolgd door (2) overdracht van de aandelen tegen betaling van een geldsom. De koopovereenkomst wordt wel aangeduid als de *share and purchase agreement* (SPA). De overdracht van aandelen kan vorm krijgen door aandelenruil. De fuserende rechtspersonen blijven in stand. Na de overdracht is meestal een groepsverhouding tot stand gebracht. De overgenomen vennootschap is een dochter-

maatschappij (art. 2:24a BW) en een groepsmaatschappij (art. 2:24b BW). De aandelenfusie is niet afzonderlijk in de wet geregeld.

1.3 JURIDISCHE FUSIE

Een juridische fusie is de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe rechtspersoon die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, hun vermogen onder algemene titel verkrijgt (art. 2:309 BW). Het vermogen is activa en passiva.

1.4 BEDRIJFSFUSIE

Bij bedrijfsfusie is er sprake van overdracht van een onderneming of een deel daarvan. De activa en passiva die samen een (deel van de) onderneming vormen, worden overgedragen. Daarom wordt deze fusievorm aangeduid als activa/passiva-transactie.

De onderneming zelf wordt niet overgedragen als goed of als eenheid. De overdracht bestaat uit meerdere rechtshandelingen. De activa van de onderneming, zoals zaken en vermogensrechten, moeten worden overgedragen op de wijze die de wet voor die goederen voorschrijft. Zo moeten contracten worden overgedragen. Schulden moeten worden overgenomen. Daarbij kan instemming van een derde zijn vereist.³ De bedrijfsfusie is niet in de wet geregeld. Normaliter komt de bedrijfsfusie tot stand door (1) een koopovereenkomst gevolgd door (2) overdracht van de

1 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2015/426.

2 Asser/Maeijer, van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009/605.

3 Art. 6:159 BW; art. 6:155 BW.

activa en/of passiva tegen de betaling van een geldsom (en soms in ruil voor bijvoorbeeld aandelen).⁴ In veel gevallen kwalificeert een bedrijfsfusie als overgang van onderneming (ovo). Voor zo'n overgang van onderneming gelden bijzondere regels, onder andere uitgewerkt in een Europese Richtlijn. Wij volstaan op deze plaats met de opmerking dat bij een onderneming sprake moet zijn van een economische eenheid.⁵ Overgang van onderneming vereist dat de identiteit van de overgedragen onderneming is behouden.⁶ Er is uitgebreide en nog steeds uitdijende Europese en nationale rechtspraak over het antwoord op de vraag wanneer voldaan is aan de voorwaarden voor een overgang van onderneming.⁷ Een overgang van onderneming kan zelfs aan de orde zijn indien de economische activiteit niet daadwerkelijk wordt voortgezet, maar dit wel mogelijk is. Dit blijkt uit het arrest Klarenberg: *“De handhaving van een dergelijke functionele band tussen de verschillende overgegangene factoren biedt de verkrijger immers de mogelijkheid om deze, zelfs na hun integratie, na de overgang, in een nieuwe, verschillende organisatorische structuur, te gebruiken om dezelfde of soortgelijke economische activiteit voort te zetten”*.⁸

Dankzij de bedrijfsfusie kan pensioencompensatie ontlopen worden

2 PENSIOENGEVOLGEN VAN FUSIE EN OVERNAME

2.1 PENSIOENOVEREENKOMST BLIJFT GELIJK BIJ AANDELENFUSIE

Bij een aandelenfusie verandert de zeggenschap. De aandelen komen in handen van een andere (rechts)persoon. De werknemers behouden dezelfde arbeidsovereenkomst en dezelfde arbeidsvoorwaarden. De pensioenovereenkomst van werknemers blijft hetzelfde. In uitzonderlijke gevallen kan de pensioenovereenkomst toch wijzigen. Dat is bijvoorbeeld het geval indien de aandelenfusie ertoe leidt dat werknemers juist wel of niet onder de werkingssfeerbepaling van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen.⁹ Beslissend kan zijn of de werkingssfeer bepaalt

dat de werknemers 'in dienst zijn' van de onderneming of dat de werknemers 'werkzaam' moeten zijn in de onderneming die zelf de bedrijfsactiviteiten verricht.¹⁰

2.2 PENSIOENOVEREENKOMST BIJ OVERGANG VAN ONDERNEMING KAN WIJZIGEN

2.2.1 HOOFDREGEL BIJ OVERGANG VAN ONDERNEMING: PENSIOENOVEREENKOMST GAAT MEE OVER

Uitgangspunt bij een overgang van onderneming is dat de rechten en plichten uit een bestaande arbeidsovereenkomst overgaan op de verkrijger (koper) van de onderneming.¹¹ Dat is de hoofdregel (default) van de wetgeving. Heeft de koper geen pensioenovereenkomst en de vervreemder (verkoper) wel, dan behouden de werknemers van de verkoper hun pensioenovereenkomst.

2.2.2 UITZONDERINGEN VOOR DE ARBEIDSVOORWAARDE PENSIOEN

Voor de arbeidsvoorwaarde pensioen¹² gelden bij overgang van onderneming specifieke uitzonderingen.¹³ De belangrijkste uitzondering is het zogenoemde keuzerecht van de verkrijger (koper). De wet biedt een koper de mogelijkheid om zijn eigen pensioenovereenkomst aan te bieden aan de werknemers die hij overneemt. Hij hoeft dan niet de pensioenovereenkomst van de vervreemder over te nemen. Doordat de verkrijger zijn eigen pensioenovereenkomst mag aanbieden aan de werknemers van de vervreemder klinkt het logisch om de overgenomen werknemers als nieuwe deelnemer te kwalificeren.¹⁴ De deelname aan hun 'oude' pensioenovereenkomst eindigt want die gaat niet over bij het keuzerecht. Of zij nieuwe deelnemer zijn is belangrijk bij het beantwoorden van de vraag welke mogelijkheden de verkrijger heeft bij overgang van onderneming na de invoering van de Wtp (zie paragraaf 5). Verdedigbaar is dat een aantal arbeidsvoorwaarden van de vervreemder op grond van het anciënniteitsbeginsel kunnen doorwerken in de aangeboden pensioenovereenkomst. Denk aan het arbeidsverleden van de overgenomen deelnemers voor bijvoorbeeld het partnerpensioen. Of het overnemen van zieke deelnemers waarvan de loondoorbetalingsplicht bijna voorbij is en er recht ontstaat op premievrijstelling bij ar-

4 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/606.

5 Art. 7:662 lid 3 BW; art. 1 lid 1 onder a Richtlijn 2003/21/EG.

6 HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127, NJ 1987/502 (*Spijkers*); art. 7:662 lid 2 onder a BW.

7 Asser/Heerma van Voss 7 V 2020/290 e.v. R. Beltzer, Overgang van onderneming.

8 HvJ EG 12 februari 2009, ECLI:EU:C:2009:85, r.o. 48, (*Klarenberg*).

9 M. Heemskerck, Pensioenrecht, BJU 2020, p. 484; Asser-Lutjens 7-XI 2019/886-888.

10 HR 10 januari 1986, NJ 1986/476 (*Heineken/Bpf Drankindustrie*).

11 Richtlijn 2001/23/EG; art. 7:663 BW.

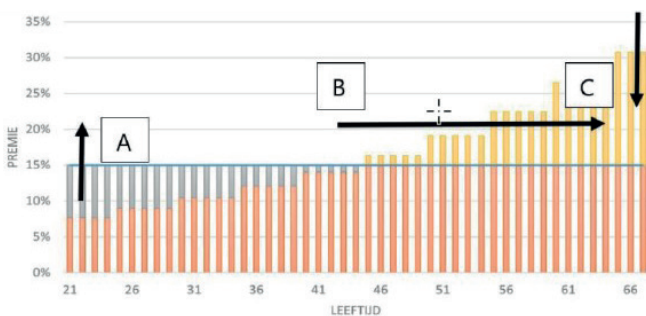
12 Die uitzondering dient beperkt te worden uitgelegd tot de arbeidsvoorwaarde pensioen (HvJ 4 juni 2002, NJ 2003/121 (*Beckmann*) en HvJ 6 november 2003 JAR 2003/297. VUT en niet gefinancierd voorwaardelijk pensioen lijken niet onder de uitzondering te vallen, vgl. hof Den Haag 18 augustus 2015 en 31 mei 2016, PJ 2016/121; Anders v.w.b. voorwaardelijk pensioen Rb. Oost-Brabant 27 september 2018, PJ 2018/182.

13 De cao-uitzondering van art. 7:664 lid 1 onder c BW laten wij verder onbesproken.

14 Art. 7:664 lid 1 sub a BW.

beidsongeschiktheid. In de pensioenovereenkomst van de verkrijger die onder het overgangsrecht valt kan staan op welke deelnemers de overeenkomst van toepassing is. Dit kan voor de actieve deelnemer zijn, de deelnemer die op 30 juni 2023 deelnemer was in de pensioenovereenkomst. Het anciënniteitsbeginsel en een dergelijke bepaling in de pensioenovereenkomst maken het verdedigbaar dat de aangeboden pensioenovereenkomst die onder het overgangsrecht valt toepassing kan worden verklaard op een deel van de werknemers omdat hun deelname aan het overgangsrecht (premiestaffel) wordt voortgezet (zie paragraaf 5). Uitzondering op die uitzondering is dat een eventuele verplichtstelling voorgaat. Dat is relevant omdat de werknemers die worden overgenomen onder de verplichtstelling kunnen blijven vallen. De overgang van onderneming kan er zelfs voor zorgen dat de koper onder de werkingssfeer van een verplichtstelling gaat vallen, ook voor zijn bestaande personeel. Dat kan bijvoorbeeld doordat hij vóór de overname niet voldeed aan het hoofdzakelijkheids criterium voor bedrijfsactiviteiten (bijvoorbeeld < 50 % arbeidsuren in de metaalsector) en daarna wel. Het tegenovergestelde – niet langer onder de werkingssfeer vallen door de overname – is eveneens mogelijk.¹⁵ Heeft de verkoper geen pensioenovereenkomst en de koper wel, dan wordt hij bij een overname geacht dezelfde pensioenovereenkomst te hebben aangeboden (aanbiedingsplichtfictie).¹⁶ Figuur 1 bevat een overzicht van verschillende pensioengevolgen bij overgang van onderneming.

Figuur 1 Pensioengevolgen bij overgang van onderneming



2.3 PENSIOENOVEREENKOMST BLIJFT GELIJK BIJ JURIDISCHE FUSIE

Bij een juridische fusie gaan de rechten en verplichtingen onder algemene titel over (art. 2:309 BW). Dat geldt ook voor de pensioenovereenkomst van werknemers. In de praktijk was lange tijd omstreden of het keuzerecht van de koper ook gold bij een juridische fusie. Het woord fusie staat namelijk eveneens genoemd in de regels voor overgang van onderneming. Dat voedde de gedachte dat ook bij een juridische fusie het keuzerecht van toepas-

sing was. In de literatuur werd dat al betwijfeld.¹⁷ Artikel 7:662 lid 2 onder a BW definieert overgang als de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Het woord fusie is vanaf 1 juli 2002 toegevoegd om de informatieplichten bij overgang van onderneming van toepassing te laten zijn bij een fusie.¹⁸ De kantonrechter Amsterdam oordeelde in 2019 mede om die reden dat een werkgever bij een juridische fusie niet het keuzerecht van een koper mag toepassen.¹⁹ Bij een juridische fusie blijft de pensioenovereenkomst zoals die gold bij de vervreemder dus onveranderd gelden bij de verkrijger.

3 NIEUWE PENSIOENOVEREENKOMSTEN IN DE WET TOEKOMST PENSIOENEN

3.1 SOLIDAIRE OF FLEXIBELE PREMIEOVEREENKOMST MET VLAKKE PREMIE

Vanaf uiterlijk 1 januari 2027 zijn alle uitkeringsovereenkomsten gewijzigd naar een premieovereenkomst met een vlakke premie (art. 17 Wtp). Sociale partners en werkgevers kunnen kiezen voor een solidaire premieovereenkomst of een flexibele premieovereenkomst (art. 10a en b Wtp). Verzekeraars mogen ook een premie-uitkeringsovereenkomst aanbieden. Daarbij wordt deelnemers in de laatste 15 jaar voor de AOW-leeftijd de mogelijkheid geboden om een pensioenuitkering aan te kopen (art. 10c Wtp). De wijziging naar de vlakke premieovereenkomst en de interne collectieve waardeoverdracht bij pensioenfondsen (invaren) leiden tot grote veranderingen en herverdeling. De transitie-effecten zijn een verplicht onderdeel van het wettelijk verplichte transitieplan.²⁰ Afschaffing van de doorsneesystematiek zonder compensatie is niet goed voorstelbaar. Ook die compensatie-afspraken komen in het transitieplan. Bij de solidaire premieovereenkomst is een solidariteitsreserve verplicht met vul- en uitdeelregels (art. 10d Wtp). De flexibele premieovereenkomst kan een risicodeingsreserve bevatten (art. 10e Wtp). Hoewel de contouren geschetst worden in de Wtp, is het nog een *black box* wat voor pensioen er exact uitrolt en wat het betekent voor werkgevers, (ex-)werknemers en pensioenuitvoerders.

15 M. Heemskerk, Pensioenrecht, BJU 2020.

16 Art. 9 Pw.

17 M. Heemskerk, Pensioenrecht, BJU 2020, p. 510-511; Asser-Lutjens 7 XI 2019/862; M. Holtzer, B. Degelink, in: L. Verburg, Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie, Kluwer 2015; A. Boutens, Overgang van onderneming en pensioen: tijd voor herziening van art. 7:664 BW?, TPV 2014/45.

18 Kamerstukken II 2000-2001, 27 469, 3, p. 91.

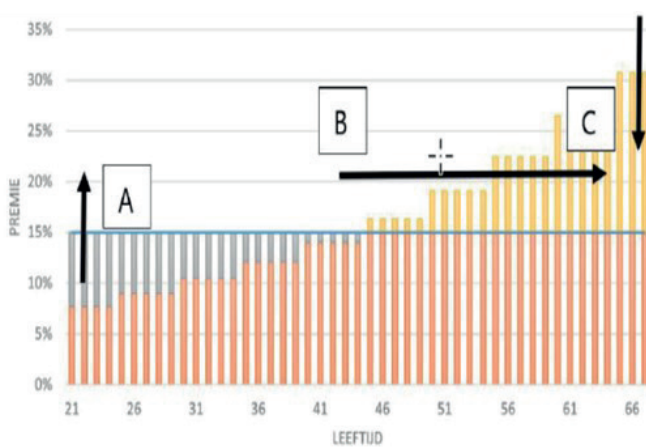
19 Rb. Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7617 (IBM).

20 Dat geldt voor werkgevers die de pensioenovereenkomst moeten wijzigen en voldoen aan art. 150 b Wtp.

3.2 HANDHAVING PREMIESTAFFEL OP GROND VAN OVERGANGSRECHT: 2 PENSIENREGELINGEN

Werkgevers met een bestaande premiestaffel kunnen kiezen voor een overstap naar de vlakke premieovereenkomst (art. 220e Wtp). Die overstap van een premiestaffel naar vlakke premie maakt compensatie in loon of pensioen wenselijk en wellicht noodzakelijk om juridische claims te beperken van werknemers die zich anders tegen een pensioenverslechtering verzetten (zie figuur 2).

Figuur 2 Effect overstap van premiestaffel naar vlakke premie



Oudere werknemers (groep C) gaan er bij introductie van de vlakke premie direct op achteruit. Ook het pensioenvooruitzicht van groep B (jongere ouderen) gaat er op achteruit.

Compensatie in pensioen moet de werkgever ook aanbieden aan nieuwe werknemers (art. 150 f Wtp). Compensatie in loon niet.

Een vóór inwerkingtreding van de Wtp (beoogd per 1 juli 2023) bestaande premiestaffel kan worden voortgezet voor bestaand personeel dat in dienst is vóór uiterlijk 1 januari 2027.²¹ Dat betekent dat er op termijn twee pensioenregelingen ontstaan: een premiestaffel voor bestaand personeel en een vlakke premieovereenkomst voor nieuw personeel. Die ongelijke behandeling moet bij indirect leeftijdsonderzoek objectief gerechtvaardigd worden.²²

21 Dat is niet mogelijk bij een solidaire premieovereenkomst (art. 220^e lid 1 onder c Wtp).

22 C. Dekkers, M. Heemskerck, Handhaving van progressieve premiestaffels tot 2037 nader toegelicht, P&P 2022/1, S. Zandvoort-Faneyte, Loon als compensatie bij de overstap van progressieve premie naar leeftijdsonafhankelijke premie: gedoe op de werkvloer door ongelijke compensatie, TPV 2022/21.

4 FUSIES EN OVERNAMESCENARIO'S NA DE WTP

4.1 KOPER EN VERKOPER KUNNEN VERSCHILLENDE PENSIENREGELINGEN ÉN COMPENSATIE HEBBEN

Na de Wtp ontstaan verschillende scenario's. Vervreemder (verkoper) en verkrijger (koper) kunnen beiden een vlakke premieovereenkomst hebben of beiden een premiestaffel (overgangsrecht) en geen vlakke premieovereenkomst (tot uiterlijk 2027). Eveneens mogelijk is dat koper en/of verkoper 1 of 2 pensioenregelingen hebben, een vlakke premieovereenkomst én/of een premiestaffel. Daarnaast kan er compensatie zijn in loon of in pensioen. Is de pensioenovereenkomst van de vervreemder nog niet 'Wtp-proof' gemaakt dan weet de verkrijger dat er nog een transitie aankomt. Tot 2027 kan dit nog een uitkeringsovereenkomst zijn. Maakt de verkrijger gebruik van het overgangsrecht (handhaven premiestaffel) en heeft de vervreemder een uitkeringsovereenkomst dan verkrijgt de koper de uitkeringsovereenkomst die gewijzigd moet worden.

Voortzetting van de uitvoeringsovereenkomst is eveneens van belang. Een controle naar de uitvoerbaarheid en contractuele mogelijkheden is geen overbodige luxe. Dat geldt uiteraard eveneens voor de verplichtstellingscheck na de fusie. Relevant is eveneens welke compensatie-afspraken er gelden of naar verwachting komen te gelden. De koper weet immers dat hij een nog niet Wtp-proof gemaakte pensioenovereenkomst 'erft'. Hij mag dan het transitieplan gaan opstellen, en de transitie vormgeven, inclusief de communicatie met werknemers.²³ Of wellicht is hij afhankelijk van de *black box* indien sociale partners aan zet zijn om afspraken te maken die van invloed kunnen zijn op de prijs en/of pensioenclaims.²⁴ Vanzelfsprekend kunnen partijen voor of bij de fusie zelf afspraken maken in de overnameovereenkomst, koopovereenkomst (SPA) of anderszins zaken verdisconteren in de prijs of garantiebepalingen. De wetgever biedt in enkele scenario's geen duidelijkheid welke pensioenregelingen gelden na de fusie of overname doordat de fusieregels botsen met de Wtp. Dat illustreren wij hieronder met enkele voorbeelden.

4.2 VERVREEMDER ÉN VERKRIJGER HEBBEN PREMIESTAFFEL EN VLAKKE PREMIE

Stel dat zowel de verkrijger als de vervreemder tijdens de transitiefase gekozen hebben voor het overgangsrecht voor bestaande deelnemers (premiestaffel) en een vlakke premie voor nieuwe deelnemers. Dan kan de verkrijger na overname vier verschillende pensioenregelingen hebben: zijn eigen premiestaffel en zijn

23 De medezeggenschap, waaronder evt. adviesrecht OR bij fusie en overname (art. 25 WOR) en instemmingsrecht bij pensioenwijzigingen (art. 27 WOR) laten wij in deze bijdrage buiten beschouwing.

24 De situatie van vrijstellingen van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen en kwesties als actuariële en financiële gelijkwaardigheid laten wij hier buiten beschouwing.

eigen vlakke premieovereenkomst en daarnaast de oude premiestaffel en de oude vlakke premieovereenkomst van de vervreemder.

4.2.1 JURIDISCHE FUSIE

Bij een juridische fusie ontstaan in dat geval die vier pensioenregelingen (zie figuur 3).

Figuur 3 Verschillende pensioenovereenkomsten verkrijger bij overname zonder aanbiedingsplicht of keuzerecht, de juridische fusie



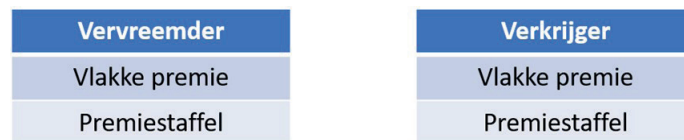
De verkrijger heeft dan geen keuzerecht. Hij neemt van rechtswege onder algemene titel over. Harmonisatie voor of na 2027 van beide premiestaffels tot één gemeenschappelijke premiestaffel is riskant omdat de Wtp daar knelt. Onduidelijk is of de pensioenovereenkomsten die onder het overgangsrecht vallen geharmoniseerd kunnen worden tot één nieuwe premiestaffel bij de verkrijger. De deelneming in de oude premiestaffel wordt namelijk beëindigd (vgl. art. 220e Wtp). Wij kunnen ons voorstellen dat dit een onwenselijke uitkomst is en dat voortzetting van de premiestaffel toelaatbaar kan zijn. Dat vereist verduidelijking van de wetgever of creativiteit van de rechter, bijvoorbeeld door te overwegen dat de voortzetting van een andere premiestaffel niet gezien hoeft te worden als een beëindiging.

Bij een latere overstap van de premiestaffel naar een vlakke premie moet de verkrijger de transitie-effecten voor deelnemers, slapers en pensioengerechtigden per leeftijdscohort inzichtelijk maken. Dat moet via de netto- of brutoprofijtmethode.²⁵

4.2.2 BEDRIJFSFUSIE

Bij een bedrijfsfusie heeft de verkrijger keuzerecht. Als de verkrijger zijn eigen pensioenovereenkomst wil aanbieden is relevant (1) welke pensioenovereenkomst hij mag aanbieden en (2) aan welke werknemers. De verkrijger mag de over te nemen werknemers eenzelfde aanbod doen tot het sluiten van een pensioenovereenkomst als hij vóór tijdstip van overgang heeft gedaan aan zijn eigen werknemers (art. 7:664 lid 1 onder a BW).²⁶ Ingewikkeld is het indien de verkrijger zowel een vlakke premieovereenkomst heeft als een premiestaffel (zie figuur 4).

Figuur 4 Situatie van vervreemder en verkrijger met zowel een vlakke premieovereenkomst als premiestaffel voorafgaand aan de bedrijfsfusie



Mag hij dan zijn premiestaffel aanbieden aan over te nemen werknemers? Dat lijkt ons niet het geval omdat de verkrijger al een vlakke premieovereenkomst heeft. Op grond van artikel 220e Wtp moet de deelneming van de deelnemer aan de premiestaffel zijn aangevangen voordat de verkrijger een vlakke premieovereenkomst had (zie lid 1 onder b). Zoals eerder vermeld nemen wij aan dat de deelnemers van de vervreemder na het keuzerecht als nieuwe deelnemers worden beschouwd in de pensioenovereenkomst bij de verkrijger en dat hun deelname aan de 'oude' pensioenovereenkomst van de vervreemder eindigt. Zolang de verkrijger tijdens de transitiefase nog geen vlakke premie heeft ingevoerd lijkt verdedigbaar dat de overgenomen deelnemers kunnen deelnemen in de premiestaffel van de verkrijger. Dit geldt immers ook voor de individuele werknemer die in dienst komt.²⁷ Hoe zit het in de situatie na 2027? Tegen het mogen aanbieden door de verkrijger van zijn premiestaffel pleit dat dit een beëindiging is van de deelneming aan de 'oude' premiestaffel (zie lid 1 eerste zin). De premiestaffel van de verkrijger kan afwijken van die van de vervreemder zodat het geen voortzetting is.

Zoals het er nu naar uitziet is bij een overgang van onderneming waar beide partijen het overgangsrecht van de premiestaffel toepassen en een vlakke premie hanteren voor nieuwe deelnemers, mogelijk dat de verkrijger de oude situatie handhaaft of zijn vlakke premieovereenkomst toezegt aan deelnemers van de vervreemder (keuzerecht bedrijfsfusie). Hij dient de eigen pensioenovereenkomst aan te bieden, waarbij zeker is dat dit de vlakke premie kan zijn. Niet duidelijk is of dit ook de premiestaffel mag zijn. Als de verkrijger de vlakke premie aanbiedt is het onduidelijk of hij deze alleen mag aanbieden aan deelnemers die bij de vervreemder onder het overgangsrecht vallen. We benadrukken dat het mogelijk is dat de verkrijger tijdens de transitiefase de premiestaffel aanbiedt aan de deelnemers van de vervreemder zolang de verkrijger geen vlakke premie heeft ingevoerd. Het is dan niet relevant dat de vervreemder zelf al gekozen heeft voor de vlakke premie. Tevens is niet duidelijk of de verkrijger in de situatie waar beide partijen zowel een premiestaffel als een vlakke premie hebben kan bepalen welke pensioenovereenkomst hij aanbiedt aan welke groep deelnemers. Denk

²⁵ Art. 220e lid 3/4 Wtp.

²⁶ Maakte de verkrijgende werkgever functie-onderscheid, bijvoorbeeld middelloon voor stafpersoneel en premieovereenkomst voor technisch personeel, dan biedt hij bij gebruikmaking van het keuzerecht dezelfde groepen werknemers die pensioenovereenkomst aan.

²⁷ Art. 220e lid 1 onderdeel a en b Wtp.

aan de situatie dat de verkrijger de premiestaffel wil aanbieden aan een vervreemder met een premiestaffel. Of de situatie waarin hij juist alleen de vlakke premieovereenkomst wil aanbieden aan de deelnemers die bij de vervreemder een vlakke premieovereenkomst hebben.

In artikel 220e Wtp wordt deelname aan het overgangsrecht beperkt tot deelnemers die voorafgaand aan de invoering van de vlakke premie deelnemer zijn in ‘de’ premiestaffel. Niet helder is of dat de premiestaffel van de verkrijger en/of vervreemder is. Als het mogelijk is dat de verkrijger zijn premiestaffel mag aanbieden aan de deelnemers van de vervreemder, dient bepaald te worden aan welke deelnemers dit kan. Is dat mogelijk aan de werknemers van de vervreemder die deelnemen in de premieregeling die onder het overgangsrecht valt? Of doet dit niet ter zake en is het mogelijk dat alle deelnemers van de vervreemder in aanmerking komen die ten tijde van invoering van de vlakke premie door de verkrijger in dienst waren bij de vervreemder.

Vier pensioenregelingen binnen één organisatie

Gelet op het wettelijk uitgangspunt van de Wtp voor een vlakke premie vinden wij de meest voor de hand liggende uitleg dat de verkrijger de vlakke premie aanbiedt aan alle deelnemers van de vervreemder. De premiestaffel van de verkoper wordt dan ‘vervangen’ door de vlakke premieovereenkomst van de koper. Dit is inherent aan het wettelijk keuzerecht van de verkrijger, namelijk het aanbieden van de eigen pensioenovereenkomst, ook als deze slechter is. Bij dit alles dient bedacht te worden dat de verkrijger een keuzerecht heeft maar daartoe niet verplicht is. Doet hij geen aanbod, dan neemt hij de pensioenovereenkomst van de vervreemder van rechtswege over. Merkwaardig oogt dat zonder aanbieding (keuzerecht) door de verkrijger de oude premiestaffel wel dient te worden voortgezet door de verkrijger op grond van artikel 7:663 BW. Gold bij de vervreemder (tevens) een vlakke premieovereenkomst met compensatie-afspraken, dan neemt de verkrijger die compensatie-afspraken over. Leuker kon of wilde de wetgever het blijkbaar niet maken.

4.2.3 PREMIESTAFFEL VERVREEMDER, VERKRIJGER VLAKKE PREMIE ÉN PREMIESTAFFEL

Stel: de vervreemder heeft een bestaande premiestaffel en het voornemen het overgangsrecht toe te passen. De verkrijger heeft deze keuze al gemaakt en naast een premiestaffel een vlakke premieovereenkomst (zie figuur 5).

Figuur 5 Situatie van vervreemder met premiestaffel en verkrijger met vlakke premie en premiestaffel

Vervreemder	Verkrijger
Premiestaffel	Vlakke premie
	Premiestaffel

Onzeker is of de verkrijger bij een bedrijfsfusie via het keuzerecht de premiestaffel kan aanbieden aan de overgenomen werknemers. Nieuwe werknemers die na de invoering van de vlakke premie in dienst treden bij de verkrijger komen in aanmerking voor de vlakke premieregeling. Want, zoals onze redenering, alleen die deelnemer die op het moment dat de vlakke premie zijn intrede doet een deelnemer is in de progressieve premieregeling komt in aanmerking voor het overgangsrecht.²⁸ Voor deelnemers die na dit tijdstip in dienst treden geldt de vlakke premie. Weliswaar vielen de overgenomen werknemers onder een premiestaffel. Zij vielen niet onder de premiestaffel van de verkrijger. Met deze uitleg vermoeden wij dat het niet mogelijk is alsnog overgangsrecht toe te passen op de premiestaffel van de vervreemder. Zelfs niet voor die werknemers die voor de invoering van de vlakke premie bij de verkrijger in dienst waren bij de vervreemder. Indien die uitkomst onwenselijk is – dat kunnen wij ons voorstellen – dan dient de wetgever het begrip ‘deelneming’ in artikel 220e lid 1 sub 2 te verruimen voor situaties bij overgang van onderneming en/of dat toe te lichten bij de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer, al dan niet via een novelle.

De verkrijger is niet verplicht zijn pensioenregeling aan te bieden. Hij kan ervoor kiezen de pensioenovereenkomst van de vervreemder in stand te houden. In deze casus heeft de vervreemder nog geen keuze gemaakt terwijl de verkrijger dit wel heeft gedaan. Onduidelijk is het of het voor de verkrijger mogelijk wordt het overgangsrecht toe te passen op de overgenomen pensioenovereenkomst van de vervreemder nu de verkrijger al een vlakke premie binnen de organisatie heeft ingevoerd.

Bij een juridische of aandelenfusie behouden de overgenomen werknemers hun oude premiestaffel. Bij de aandelenfusie verandert er niets aan de pensioenovereenkomst. De nieuwe aandeelhouder (eigenaar/werkgever) kan nog steeds het overgangsrecht toepassen door te kiezen voor de premiestaffel. Bij de juridische fusie is dit niet mogelijk. De verkrijger dient een pensioenovereenkomst te handhaven die niet langer door de Wtp is toegestaan. De premiestaffel valt niet onder het overgangsrecht, terwijl dit wel wenselijk kan zijn. Door deze wetgevingslacune zal de werkgever bij een juridische fusie de premiestaffel moeten wijzigen.

28 Art. 220e lid 1 onderdeel b Wtp.

gen naar een vlakke premie inclusief compensatie. Dit kan alleen voorkomen worden doordat verkrijgers kiezen voor een bedrijfsfusie en de vlakke premieovereenkomst aanbieden.

4.2.4 VERVREEMDER GEEN PENSIOEN, VERKRIJGER WEL (AANBIEDINGSPLICHT)

Hoe zit het indien de vervreemder geen pensioenovereenkomst heeft maar de verkrijger wel (zie figuur 6)?

Figuur 6 Situatie van vervreemder zonder pensioenregeling en verkrijger met pensioenregeling

Vervreemder	Verkrijger
Geen pensioenregeling	Wel pensioenregeling

Op grond van artikel 9 Pw dient de verkrijger dan zijn pensioenovereenkomst aan te bieden aan de werknemers van de vervreemder. Conform de Wtp dient iedereen na 2027 die in dienst treedt een vlakke premie te krijgen. Heeft de verkrijger na 2027 nog geen vlakke premie ingevoerd, bijvoorbeeld omdat er geen nieuwe deelnemers in dienst zijn gekomen met het zicht op de overname. Op grond van artikel 9 Pw dient hij zijn pensioenovereenkomst aan te bieden. De Wtp en artikel 9 Pw zijn dan onverenigbaar. Wij voorzien twee pragmatische oplossingen. Voorstelbaar is dat de verkrijger een vlakke premieovereenkomst introduceert die qua pensioenresultaat het meest overeenkomt met de gemiddelde deelnemers populatie van de verkrijger. Denkbaar is eveneens een vlakke premieovereenkomst met compensatie.

5 OVERNAME VAN LOON- EN/OF PENSIOENCOMPENSATIE WORDT NIEUW AANDACHTSPUNT

Een bijzonder aandachtspunt van fusie en overnames voor de arbeidsvoorwaarde pensioen is de compensatie. Introductie van de nieuwe pensioenovereenkomsten onder de Wtp gaat in veel gevallen gepaard met compensatie. Wij verwachten dat dit een nieuw aandachtspunt gaat worden bij de *due diligence* en/of de keuze voor een bedrijfsfusie of juridische/aandelenfusie. Op deze plaats volstaan wij met enkele voorbeelden ter illustratie.

Heeft de verkrijger na de Wtp een vlakke premie-overeenkomst met compensatie-afspraken dan kan hij bij een bedrijfsfusie in beginsel zijn eigen pensioenovereenkomst aanbieden aan werknemers die hij overneemt. De verkrijger moet zich wel realiseren dat de pensioenuitzondering alleen bedoeld is voor de arbeidsvoorwaarde pensioen.

Stel dat de vervreemder een vlakke pensioenovereenkomst heeft met looncompensatie. De verkrijger heeft een compensatie in de vorm van pensioenaanspraken (zie figuur 7).

Figuur 7 Situatie van vervreemder met compensatie in loon en verkrijger met pensioencompensatie

Vervreemder	Verkrijger
Compensatie in loon	Compensatie in pensioen

Dan loopt de verkrijger het risico dat hij de vlakke premieovereenkomst met pensioencompensatie aanbiedt maar dat de werknemer ook nog de looncompensatie vordert. Die looncompensatie is geen pensioen en gaat van rechtswege mee over (art. 7:663 BW), zo zal de werknemer bepleiten.

Indien de verkrijger compenseert in pensioen en de vervreemder in loon loopt de verkrijger het risico op pensioencompensatie én looncompensatie. De werkgever zal bepleiten dat de looncompensatie niet mee overgaat omdat het bedoeld is als compensatie voor pensioen en de werknemer anders ‘dubbel vangt’. Als wij de *mer á boire* aan parlementaire stukken goed hebben gelezen dan is dit probleem – looncompensatie valt niet onder de pensioenuitzondering – niet onderkend door de wetgever. Toch is dit relevant voor verkrijgers, vervreemders en werknemers. Dat geldt ook voor de spiegelbeeldige situatie. Daarin heeft de verkrijger een vlakke premieovereenkomst met looncompensatie en de vervreemder een vlakke premieovereenkomst met pensioencompensatie (zie figuur 8).

Figuur 8 Situatie van vervreemder met compensatie in pensioen en verkrijger met looncompensatie

Vervreemder	Verkrijger
Compensatie in pensioen	Compensatie in loon

In dat geval zal de werkgever bij een bedrijfsfusie bij aanbidding van zijn pensioenovereenkomst betogen dat hij niet verplicht is de looncompensatie aan te bieden maar alleen zijn pensioenovereenkomst. Zo ontloopt de verkrijger de pensioencompensatie die de wetgever juist wenselijk achtte.

6 DE (BEDRIJFS)FUSIEROUTE

De nieuwe onduidelijkheden die ontstaan na de Wtp kunnen de nu al bestaande fusieroute aanjagen. Daaronder verstaan wij de mogelijkheid voor verkrijgers om bij bedrijfsfusies gebruik te maken van het keuzerecht om als werkgever de eigen pensioenovereenkomst aan te bieden. Meer specifiek doelen wij op het benutten van een nieuwe of bestaande vennootschap met een karige pensioenvoorziening voor enkele werknemers, zoals een vlakke

premieovereenkomst met een lage premie.²⁹ Zo kan een werkgever in een zogeheten *Special Purpose Vehicle* vóór de overname³⁰ een pensioenvoorziening treffen met het oog op een bedrijfsfusie waarbij de overgenomen werknemers een karige vlakke premieovereenkomst wordt aangeboden. De onzekerheden en complicaties die de Wtp brengt voor fusies en overnames kan een extra trigger zijn om gebruik te maken van het keuzerecht. Het creëren van een goedkope pensioenovereenkomst om de dure pensioenovereenkomst te ontgaan is op zichzelf niet verboden. Werknemers dienen dan aan te tonen dat sprake is van misbruik van recht of strijd met goed werkgeverschap. Duidelijke richtlijnen zijn er niet. Wij vermoeden dat de periode vóór oprichting/benutting van de vennootschap en het aantal werknemers met een pensioenvoorziening gezichtspunten kunnen opleveren voor de aan- of afwezigheid van misbruik. Het vlak vóór de beoogde bedrijfsfusie oprichten van een vennootschap met één werknemer met een pensioenvoorziening zal eerder als verdacht worden aangemerkt dan bij een lange periode en veel werknemers.

oevereenkomst te creëren zonder enige vorm van compensatie. Door het oprichten van een nieuwe vennootschap wordt het mogelijk de transitie- en communicatieplan te ontlopen, net als pensioencompensatie. Zal de bedrijfsfusieroute onder de Wtp toenemen of gaat de wetgever verduidelijking brengen en piketpalen slaan. Wij vrezen dat het aan de praktijk wordt overgelaten.

Na de fusie is overgangsrecht voor vervreemder niet meer mogelijk

7 CONCLUSIE

De fusieregels over pensioen botsen met de Wtp. Er komen uiterlijk 2027 solidaire of flexibele vlakke premieovereenkomsten met solidariteits- of risicodelingsreserves en compensatieregelingen in loon of pensioen. Tegelijkertijd is soms handhaving van premiestaffels voor bestaande werknemers mogelijk. Fusiepartijen gaan een scenarioset voor pensioen krijgen met soms vier verschillende pensioenovereenkomsten, vele opties en valkuilen. Boekenonderzoek en *due diligence* bij pensioen wordt extra belangrijk. De Wtp is niet afgestemd op de bepalingen omtrent overgang van onderneming. In deze bijdrage hebben wij laten zien dat dit leidt tot situaties waarin niet duidelijk is welke pensioenovereenkomst uitgevoerd kan of mag worden. De Eerste Kamer kan gewenste verduidelijkingen nog aanbrengen. Zonder verduidelijkingen kan de (bedrijfs)fusieroute extra aantrekkelijk zijn. Daarin heeft de verkrijger (koper) keuzevrijheid om een kwalitatief magere pensi-

29 Wij tekenen daarbij aan dat dit niet mogelijk is bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen of andere gevallen waarin de inhoud van de pensioenvoorziening op collectief niveau is uit onderhandeld.

30 Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB0038, *PJ* 2007/114 (*Astron*); Ktr. Amsterdam 10 november 2008, *JAR* 2008/302 (*Astron*).