

# Pensioen en overgang van onderneming: the devil is in the details

TPV 2020/50

## 1. Inleiding

Transacties in de fusie- en overnamepraktijk komen in verschillende varianten voor. Denk hierbij aan een aandelen-transactie, een activa-passivatransactie, een fusie of een splitsing.<sup>2</sup> Bij deze laatste drie varianten kan sprake zijn van een overgang van onderneming, zoals bedoeld in art. 7:662 BW e.v. Art. 7:664 BW regelt een aantal pensioenuitzonderingen bij overgang van onderneming. Voor de fusie- en overnamepraktijk is het belangrijk dat dit wetsartikel een helder rechtskader schept. Er zitten echter meerdere haken en ogen aan dit wetsartikel, die niet direct uit de wettekst te halen zijn. In 2018 schreef ik reeds over een paar door mij voorgestelde aanpassingen.<sup>3</sup> Inmiddels zijn we twee jaar verder. Het wetsartikel is tot op heden ongewijzigd gebleven. De laatste wijziging dateert van 2008.<sup>4</sup> De jurisprudentie over dit onderwerp is over het algemeen vrij beperkt. Er is echter wel een aantal interessante uitspraken geweest over pensioen en overgang van onderneming in de afgelopen twee jaren. Deze zien op de onderwerpen: (1) fusie en splitsing, (2) voorwaardelijk pensioen, en (3) deelname in een verplicht bedrijfstakpensioenfonds (hierna: 'Bpf'). In de navolgende paragrafen zal ik deze onderwerpen in het licht van deze nieuwe jurisprudentie bespreken. Ik eindig met een aantal observaties.

## 2. Geen gebruikmaken van de pensioenuitzondering bij een fusie of een splitsing

### 2.1 Introductie

Fusie en splitsing staan genoemd in art. 7:662 lid 1 sub a BW bij 'overgang'. Hierdoor vallen fusie en splitsing volledig binnen het bereik van afdeling 8 over de rechten van de werknemer bij overgang van onderneming. Art. 7:663 BW regelt het algemene rechtsgevolg bij een overgang van onderneming, namelijk dat in beginsel alle rechten en verplichtingen mee overgaan naar de verkrijger.

Art. 7:664 BW geeft vervolgens een belangrijke uitzondering voor pensioenen aan. Heel kort gezegd zijn dit:<sup>5</sup> (1) Zowel de vervreemder als de verkrijger hebben een eigen

pensioenregeling. De verkrijger doet voor de overgang van onderneming hetzelfde aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst als hij reeds had gedaan aan de eigen werknemers. (2) De verkrijger is verplicht deel te nemen in een Bpf en de overgaande werknemers vallen ook onder dit Bpf. Het desbetreffende Bpf is in deze situatie niet van toepassing bij de vervreemder. (3) Bij cao worden andere afspraken gemaakt.

Met name uitzondering 1 is voor de fusie- en overnamepraktijk interessant en wel om twee belangrijke redenen: (1) Een verkrijger mag deze pensioenregeling ook aanbieden als die pensioenregeling als minder goed en/of goedkoper kan worden bestempeld in vergelijking met de pensioenregeling die de overgaande werknemers hebben bij de vervreemder.<sup>6</sup> (2) Wanneer een pensioenuitzondering ex art. 7:664 lid 1 BW geldt, is ook de aansprakelijkheid voor eventuele achterstallige pensioenpremies op grond van art. 7:663 BW niet meer van toepassing.<sup>7</sup> Dit kunnen aldus belangrijke afwegingen zijn bij een – structurering van een – fusie of overname.

In de literatuur wordt erover gediscussieerd in hoeverre je bij een fusie en splitsing gebruik zou moeten kunnen maken van art. 7:664 BW, met name gegeven optie 1, omdat deze optie mogelijk afbreuk doet aan de positie van de werknemers. Deze afbreuk staat haaks op de rechtsfiguren van de fusie en de splitsing, waarbij het uitgangspunt is dat het vermogen onder algemene titel overgaat. Kort gezegd zijn er twee opvattingen. Verreweg de meeste auteurs vinden dat er bij een fusie of splitsing geen gebruik kan worden gemaakt van art. 7:664 BW.<sup>8</sup> De voornaamste argumenten zijn: (1) de samenloop bij fusie en splitsing tussen overgang onder algemene titel en overgang van onderneming is door de wetgever hoogstwaarschijnlijk niet onder ogen gezien, (2) art. 7:664 BW kan niet worden gezien en/of zijn bedoeld als een afwijking van het algemene kenmerk van de overgang onder algemene titel en (3) uit de wetsgeschiedenis volgt dat de 'fusie' en 'splitsing' zijn toegevoegd ter bescherming van de werknemers en juist niet om een verminderde bescherming mogelijk te maken. Van Kampen denkt hier anders over en meent dat ook bij een fusie art. 7:664 BW onverkort van toepassing is.<sup>9</sup> Ik kom hier zo dadelijk op terug.

1 Mr. A.A. Boutens is CPL en (senior) advocaat arbeidsrecht/pensioenrecht bij Houthoff te Amsterdam.

2 In dit artikel wordt met 'fusie' de fusie ex art. 2:309 BW bedoeld. Met splitsing bedoel ik de splitsing zoals omschreven in art. 2:334a BW.

3 A.A. Boutens, 'Overgang van onderneming en pensioen: tijd voor een herziening van artikel 7:664 BW?', *TPV* 2018/45.

4 Wet van 2 juli 2009 tot wijziging van een aantal wetten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Verzamelwet SZW-wetgeving 2009). De wijziging (met terugwerkende kracht tot 1 augustus 2008) betrof een verduidelijking in art. 7:664 lid 1 onderdeel a BW, namelijk dat het enkel doen van een aanbod voldoende is om van de uitzondering in art. 7:664 lid 1 onderdeel a BW gebruik te maken.

5 Zie uitgebreid over de pensioenuitzonderingen van art. 7:664 BW: *Asser/Lutjens 7-XI* 2009/872 e.v.

6 *Kamerstukken II* 2000/01, 27469, nr. 3, p. 4.

7 Zie uitgebreid over overgang van onderneming en pensioenpremieschulden: B. Degelink, 'Overgang van onderneming en pensioenpremieschulden', *ArbeidsRecht* 2020/14.

8 Onder andere: Beltzer, Zwemmer, Van Straalen, Degelink, Lutjens (en ikzelf). Voor een nuttig en beknopt overzicht van de standpunten in de literatuur, zie: E.K.W. van Kampen, 'De toepasselijkheid van art. 7:664 BW bij een overgang van onderneming ten gevolge van een juridische fusie of splitsing', *ArbeidsRecht* 2020/18. Zie ook de annotatie van Van Heest (*PJ* 2019/142).

9 E.K.W. van Kampen, 'De toepasselijkheid van art. 7:664 BW bij een overgang van onderneming ten gevolge van een juridische fusie of splitsing', *ArbeidsRecht* 2020/18.

Tot oktober 2019 was er voor zover mij bekend nog geen jurisprudentie over en bleef het vooral een discussie in de literatuur. Inmiddels is er één vonnis gepubliceerd over dit onderwerp, in de zaak X/IBM.<sup>10</sup> Let wel: dit betreft een tussenvonnis. Het is dus nog steeds mogelijk dat hier hoger beroep tegen wordt ingesteld na een eindvonnis of nadat er tussentijds appel wordt opengesteld.

## 2.2 De zaak: X/IBM

De voor dit artikel relevante feiten zijn samengevat als volgt: het ging hier om een fusie tussen IBM en IBM BCS in 2003. Het was een omvangrijk proces en IBM had om haar moverende redenen belang bij een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden. Een ex-werknemer is deze procedure begonnen waarin zij stelt dat (ex-werkgever) IBM haar heeft bewogen om, alhoewel daar juridisch geen noodzaak voor bestond, akkoord te gaan met nieuwe arbeidsvoorwaarden ten tijde van de overgang. Dit betrof tevens een andere pensioenregeling. Nu blijkt dat zij vooral een veel lager (pre)pensioen heeft opgebouwd bij IBM dan zij zou hebben opgebouwd bij haar voorganger IBM BCS. Hiertegen voert IBM onder meer aan dat IBM gebruikt heeft gemaakt van de pensioenuitzondering in art. 7:664 lid 1 sub a BW en dat zij – los van de discussie over de andere arbeidsvoorwaarden – in ieder geval rechtsgeldig haar eigen pensioenregeling heeft aangeboden. Dat betekent volgens IBM dat de pensioenregeling hoe dan ook op eiseres van toepassing zou zijn geworden, óók als zij geen nieuwe arbeidsovereenkomst had getekend. De kantonrechter gaat hier niet in mee. Hierbij vindt de kantonrechter met name steun in de wetsgeschiedenis. Daartoe is het volgende uit de wetsgeschiedenis redenevend:

“[...] Met betrekking tot de fusie is opgemerkt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn van 1977, dat deze leidt tot <een overgang van rechtswege van het vermogen en van de rechten en de verplichtingen>. In de huidige wet hoefde geen bepaling te worden opgenomen om de overgang van rechten en verplichtingen te bewerkstelligen (*Kamerstukken II* 1979-80, 15 940, nr. 3, blz. 4). Om die reden is destijds de rechtsfiguur van fusie niet afzonderlijk vermeld in het toenmalige artikel 1639aa. In het wetsvoorstel wordt het nieuwe artikel 665a opgenomen; dit artikel heeft geen betrekking op de overgang van rechten en verplichtingen, maar legt op de werkgever de verplichting de werknemers in kennis te stellen van de overgang. Deze verplichting bestaat niet van rechtswege bij fusie. Om die reden wordt thans de fusie uitdrukkelijk genoemd als een wijze van overgang die onder de artikelen 662 en volgende valt. [...]”<sup>11</sup>

Het verweer van IBM op dit specifieke punt is tevergeefs geweest. Volgens de kantonrechter zijn er geen gronden om art. 7:664 BW voor te laten gaan op art. 2:309 BW.

Lees ik het hiervoor aangehaalde artikel van Van Kampen goed, dan vindt hij dit onjuist. Hij baseert zich voornamelijk op de opbouw en structuur van de boeken in het BW in combinatie met (de interpretatie van) de Europese richtlijnen over fusie en splitsing. Het komt erop neer dat er naar zijn oordeel, mede gezien de bedoeling van de wetgever, geen grond is om werknemers bij een fusie en splitsing méér bescherming toe te kennen dan bij een 'gewone' overgang van onderneming.<sup>12</sup> Bij de bedoeling van de wetgever kijkt hij met name naar de Kamerstukken behorend bij de (oude) Europese richtlijnen over fusie en splitsing.<sup>13</sup>

Wat mij betreft is het vonnis van deze kantonrechter juist. De kantonrechter legt met bovenstaand citaat uit dat Kamerstuk de vinger op de zere plek. Hieruit blijkt duidelijk dat het niet de bedoeling is geweest om voor pensioen bij een fusie (of splitsing) af te wijken van de hoofdregel omtrent de algehele overgang van rechten en verplichtingen. Het is dan ook niet zozeer de vraag, conform de vraagstelling van Van Kampen, of de Nederlandse wetgever voor ogen heeft gehad om werknemers betrokken bij een fusie of splitsing meer rechten toe te kennen dan werknemers bij een 'gewone' overgang van onderneming. De vraag is mijns inziens eerder of de Nederlandse wetgever voor ogen heeft gehad om voor werknemers betrokken bij een fusie of splitsing een afwijking op te nemen van de hoofdregel dat alle rechten en verplichtingen mee overgaan conform art. 7:663 BW en daarmee ook van het concept 'overgang onder algemene titel'. Dat is mijns inziens niet het geval en daar wringt de schoen hier. Het pijnpunt blijft desalniettemin dat door de toevoeging van 'fusie' en 'splitsing' in art. 7:662 BW, art. 7:664 BW strikt genomen ook toegepast kan worden voor de fusie en splitsing.

## 2.3 Voorstel aanpassing artikel 7:664 BW

Een welkome aanpassing van art. 7:664 BW zou zijn om te verduidelijken dat fusie en splitsing niet onder art. 7:664 lid 1 sub a BW kunnen vallen. Sub b kan mijns inziens ook van toepassing zijn bij een fusie of een splitsing, omdat dit onderdeel ziet op een overgang waarbij de werknemers na de overgang (moeten) gaan deelnemen in een Bpf en dat heeft voorrang boven een bestaande pensioenregeling. De werkingssfeer van een Bpf is hiervoor leidend. Over sub c kan je nog van mening verschillen. Het gaat hier namelijk om specifieke cao-afspraken gemaakt in het kader van de overgang en waarbij sociale partners zijn betrokken om maatwerk te kunnen leveren.<sup>14</sup> Door deze betrokkenheid zijn er wel voldoende waarborgen voor de (bescherming van de) werknemers, meen ik.

Eerder betoogde ik dat het huidige art. 7:664 lid 3 BW geen toevoegde waarde meer heeft en kan vervallen.<sup>15</sup> In plaats

10 Rb. Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7617.

11 Rb. Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7617, r.o. 7.

12 Zie uitgebreid: E.K.W. van Kampen, 'De toepasselijkheid van art. 7:664 BW bij een overgang van onderneming ten gevolge van een juridische fusie of splitsing', *ArbeidsRecht* 2020/18, par. 5.2 en par 5.3.

13 *Kamerstukken II* 1980/81, 16453, nr. 3-4, p. 3-4 en *Kamerstukken II* 1995/96, 24702, nr. 3, p. 14. Het gaat hier om Richtlijn 78/855/EEG (fusie) en Richtlijn 82/891/EEG (splitsing) (thans Richtlijn (EU) 2017/1132).

14 *Kamerstukken II* 2000/01, 27469, nr. 163, p. 8.

15 Zie A.A. Boutens, 'Overgang van onderneming en pensioen: tijd voor een herziening van artikel 7:664 BW?', *TPV* 2018/45, p. 7.

daarvan zou dan een nieuw lid 3 kunnen worden toegevoegd. Bijvoorbeeld:

"lid 1 aanhef en sub a van dit artikel is niet van toepassing in geval van een overgang van onderneming ten gevolge van een fusie of een splitsing".

Dit zijn dan gelijk twee vliegen in één klap: het huidige gedateerde lid 3 is dan opgeruimd en het nieuwe lid 3 geeft duidelijkheid over het niet kunnen gebruiken van dit lid bij fusie en splitsing.

### 3. Voorwaardelijk pensioen en art. 7:664 BW

In september 2018 is er een uitspraak gewezen door de rechtbank Oost-Brabant over art. 7:664 BW en voorwaardelijk pensioen.<sup>16</sup> Het Radboud UMC heeft met ingang van 1 september 2015 besloten om de patiëntenvoeding uit te besteden aan FoodforCare. Dit betrof een overgang van onderneming. Radboud UMC (vervreemder) is aangesloten bij ABP. FoodforCare (verkrijger) is verplicht aangesloten bij Bpf Horeca en Catering. Twee werknemers hebben FoodforCare gedagvaard en gevorderd dat FoodforCare een zodanige voorziening treft dat zij alsnog aanspraak kunnen maken op het voorwaardelijke pensioen (van ABP) (hierna: 'VPL-pensioen'). Het kernargument is dat zij aangeven dat het VPL-pensioen een arbeidsvoorwaarde is die valt onder art. 7:663 BW en deze daardoor ook is overgegaan. FoodforCare beroept zich daartegen op art. 7:664 lid 1 sub b BW. FoodforCare stelt hierbij dat art. 7:663 BW voor pensioen niet geldt nu de overgaande werknemers verplicht moeten gaan deelnemen in Bpf Horeca en Catering. Simpel gezegd was er in geschil of het VPL-pensioen onderdeel is van "rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst als bedoeld in art. 1 Pensioenwet" (zoals omschreven in art. 7:664 lid 1 aanhef BW). De kantonrechter overweegt dat nu de financiering van het VPL-pensioen nog niet heeft plaatsgevonden, dit geen pensioen is 'in strikte zin' in de zin van art. 1 PW.<sup>17</sup> Dat is juist; art. 65 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet geeft aan dat het geen pensioen is zolang de aanspraken niet zijn gefinancierd. De overweging 'strikte zin' wordt vervolgens gebruikt om aan te geven dat het VPL-pensioen weliswaar niet kwalificeert als 'pensioen', maar wel onderdeel is van de ABP-regeling en dat dit daarom in zijn geheel moet worden aangemerkt als een 'pensioenovereenkomst'. Nu partijen daarover geen andersluidende afspraken hebben gemaakt in het overgangsprotocol en enkel hebben verwezen naar art. 7:664 BW voor de nieuwe pensioenregeling, is er volgens de kantonrechter geen recht op compensatie ex art. 7:663 BW voor het VPL-pensioen.

Mijns inziens beroepen de werknemers zich terecht op het punt dat het VPL juist nog geen pensioen is en daarom niet onder art. 7:664 BW kan vallen. Art. 65 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet bepaalt dat het vooruitzicht op voorwaardelijk pensioen geen pensioen is in de zin van de

Pensioenwet zolang dit niet is gefinancierd. Kortom: niet gefinancierd is nog geen pensioen in de zin van de Pensioenwet. Daarom heet het ook voorwaardelijk pensioen.<sup>18</sup> Dezelfde lijn hanteert Degelink in zijn noot bij deze uitspraak.<sup>19</sup> Lutjens heeft wel enigszins begrip voor deze denklijn van de rechtbank en kan begrijpen dat het minder voor de hand ligt om bij de overgang van onderneming een scheiding te maken tussen de reguliere pensioenregeling en het VPL-pensioen, onder meer omdat er vaak een nauwe samenhang is tussen beide regelingen.<sup>20</sup> Echter, Lutjens signaleert tegelijkertijd terecht dat het VPL-pensioen niet valt onder het bereik van art. 7:664 BW en benoemt tevens het eigen juridische karakter van het VPL-pensioen, het zelfstandige belang van de werknemer en de visie (gebaseerd op Europese jurisprudentie) dat art. 7:664 BW beperkt moet worden uitgelegd als punten die zich verzetten tegen deze denkwijze van de rechtbank.

Ik voeg hier graag aan toe dat de rechtbank verder belang lijkt te hechten aan het feit dat partijen een overgangsprotocol hebben afgesproken en dat over (het einde van) het VPL-pensioen geen afspraken zijn gemaakt. Dit zou mijns inziens niet ter zake moeten doen. Op grond van art. 7:664 lid 1 sub c BW kunnen er enkel bij cao afwijkende afspraken worden gemaakt, maar dat geldt alleen voor "rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst als bedoeld in art. 1 Pensioenwet". Het gaat hier niet om een cao en het VPL-pensioen is zoals gezegd juist geen pensioenovereenkomst. Het is in de praktijk niet ongebruikelijk om bij een overgang van onderneming – net zoals hier – een overgangsprotocol op te stellen. Alhoewel dit behulpzaam kan zijn voor een praktische invulling van de overgang van onderneming in de bedrijfsvoering bij de verkrijger, kan dit vanuit juridisch perspectief wel gevaarlijk zijn. Een dergelijk protocol zet namelijk niet de hoofdregel van art. 7:663 BW opzij. Ook niet als de ondernemingsraad en vakbonden hierbij zijn betrokken. Als bepaalde arbeidsvoorwaarden niet over kunnen gaan, bijvoorbeeld omdat het feitelijk onmogelijk is om dit aan te bieden door de verkrijger of omdat nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dienen de desbetreffende werknemers te worden gecompenseerd.<sup>21</sup> Dat is hier mijns inziens ten onrechte niet gebeurd.

Tot slot, het is in dit kader wellicht nog goed om op te merken dat in het algemeen langzaam maar zeker de einddatum van financieringen voor VPL-pensioenen in zicht komt. Op grond van art. 4 lid 2 Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten SA 2004 moet het VPL-pensioen uiterlijk

<sup>16</sup> Rb. Oost-Brabant 27 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4667.

<sup>17</sup> Rb. Oost-Brabant 27 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4667, r.o. 5.3.

<sup>18</sup> Zie ook en meer uitgebreid over VPL-pensioen: *Asser/Lutjens 7-XI 2009/96*.

<sup>19</sup> Annotatie van B. Degelink (*PJ 2018/182*).

<sup>20</sup> *Asser/Lutjens 7-XI 2009/873*.

<sup>21</sup> Zie ook: ECLI:NL:GHSHE:2007:BB0038. In deze zaak speelde overigens ook een pensioengeschil. De eisers (werknemers) hadden het standpunt dat de verkrijger (Astron) ten tijde van het sluiten van het "Employment Protocol" geen werknemers in dienst had, zodat de pensioenregeling van de vervreemder (ING) wel mee over is gegaan. Dit is afgewezen, omdat ingevolge art. 7:664 BW niet beslissend is het moment waarop partijen overeenstemming hebben bereikt, maar het moment van de overgang. Zie uitgebreid r.o. 4.6.

binnen 15 jaar na de toezegging worden gefinancierd.<sup>22</sup> Een toezegging kon tot uiterlijk 29 december 2009 worden gedaan.<sup>23</sup> Financiering moet dus uiterlijk 29 december 2024 worden gedaan. Daarnaast zullen ook verschillende VPL-pensioenregelingen reeds voor 29 december 2009 zijn toegezegd, waardoor de financiële einddatum reeds voor 29 december 2024 zal liggen (namelijk maximaal 15 jaar na toezegging).

#### 4. **Recht op deelname in een verplicht bedrijfstakpensioenfonds na de overgang?**

De derde en laatste uitspraak is geweest door het Hof Amsterdam in februari 2020.<sup>24</sup> De feiten zijn samengevat de volgende: eiser was sinds februari 2010 in dienst bij Stichting Cordaan Thuiszorg. Eiser doet receptiewerkzaamheden in een wooncentrum. In 2012 eindigt de samenwerking tussen het wooncentrum en Cordaan. De receptie- en alarmeringsdiensten worden overgenomen door SDS. Deze overgang is een overgang van onderneming. Cordaan valt onder de verplichtstelling van Bpf PFZW. De nieuwe werkgever SDS valt hier echter niet onder en heeft ook geen (andere) pensioenregeling. Eiser vordert dat SDS alsnog zorgt voor vrijwillige aansluiting bij Bpf PFZW. De rechtbank heeft deze eis toegewezen. SDS komt in hoger beroep, maar tevergeefs. Het Hof Amsterdam bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

De hoofdvraag hier was of SDS gehouden was tot nakoming van de verplichtingen die voor Cordaan voortvloeiden uit haar ingevolge de Wet Bpf 2000 verplichte deelneming in het Bpf PFZW.<sup>25</sup> Het hof beantwoordt die vraag bevestigend op grond van het bepaalde in art. 7:663 BW aangezien de uitzonderingen uit art. 7:664 lid 1 onder a tot en met c BW niet van toepassing zijn.

In het GOM-arrest<sup>26</sup> is duidelijk geworden dat verplichtingen van een werkgever die voortvloeien uit de Wet Bpf 2000 moeten worden aangemerkt als 'verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst' zoals bedoeld in art. 7:663 BW. De Hoge Raad baseert deze conclusie op het samenstel van art. 7:663 en art. 7:664 lid 1 en lid 2 BW en de daarop gegeven toelichting.<sup>27</sup>

Degelink maakt in zijn noot onderscheid tussen enerzijds de periode vóór de overgang van onderneming en anderzijds de periode ná de overgang van onderneming. Het komt erop neer dat de rechten en verplichtingen voor de overgang (voornamelijk relevant voor een eventuele pensioenpremieschuld) wel mee overgaan, maar dat er na de overgang van onderneming in beginsel geen recht is in deze situatie om pensioen op te blijven bouwen in het Bpf. Lutjens heeft een vergelijkbaar standpunt.<sup>28</sup> Beiden verwij-

zen naar art. 4 Wet Bpf 2000. Aan deelname via art. 4 Wet Bpf 2000 is de – belangrijke – voorwaarde gebonden dat de werkgever onder de verplichtstelling valt. Als een werkgever niet meer onder de verplichtstelling valt, dan geldt er heel kort gezegd geen recht voor de werknemer meer op deelname in het Bpf (tenzij er een andere contractuele afspraak is).

Dit bovenstaande is een interessante splitsing met betrekking tot de periode voor en na de overgang, welke niet specifiek aan de orde is gekomen in de onderhavige zaak bij het Hof Amsterdam. Deze vraag is overigens ook niet in deze hoedanigheid in het GOM-arrest voorbijgekomen. Dat is begrijpelijk, nu het daar immers zag op de situatie dat voor én na de overgang hetzelfde Bpf van toepassing was. Dit betreft de situatie als bedoeld in art. 7:664 lid 2 BW. Ik ben het eens met het onderscheid dat hierboven door Degelink en Lutjens wordt gemaakt. Men zou zich hierbij echter kunnen afvragen of dit wel past bij de bedoeling van de wetgever, onder meer omdat de wetgever aan heeft gegeven "dat het doel van de wet is dat werknemers met een pensioenregeling altijd een pensioenregeling behouden bij een overgang van onderneming [...]".<sup>29</sup> Ik denk echter niet dat de wetgever hiermee ook heeft bedoeld om de regeling van de overgang van onderneming zo op te rekken dat dit het systeem van de Wet Bpf 2000 zou kunnen doorkruisen. Lutjens en Degelink wijzen expliciet op het feit dat een bepaling conform art. 2a Wet Avv cao ontbreekt bij de regeling bij overgang. Een bevestiging voor het voorgaande zou mijns inziens daarnaast ook kunnen worden gevonden in de overweging van de wetgever bij art. 7:664 lid 2 BW, dat art. 7:664 lid 2 BW expliciet is toegevoegd aan het BW om te voorkomen dat er eventueel onduidelijkheid over de verhouding tussen de Wet Bpf 2000 ten opzichte van het bepaalde in het BW ontstaat.<sup>30</sup> Ik lees dit zo dat aldus voor deelname in een Bpf de werkings sfeer/art. 4 Wet Bpf 2000 leidend blijft. Met andere woorden: in de verhouding art. 4 Wet Bpf 2000 versus art. 7:663/art. 7:664 BW gaat art. 4 Wet Bpf 2000 voor. De bevestiging in het GOM-arrest past hier ook bij, omdat er tot de overgang in een dergelijke situatie sprake is van binding. Dat (art. 4 van) de Wet Bpf 2000 voorrang heeft, heb ik overigens ook specifiek betoogd ten aanzien van art. 7:664 lid 1 sub b BW in het licht van een fusie of splitsing (zie par. 2).

Daarnaast merkt Degelink in zijn noot terecht op dat er een tweede grondslag voor een deelneming kan zijn, bijvoorbeeld de individuele arbeidsovereenkomst en/of cao. Dit kan veelal het geval zijn in de praktijk, waardoor het bovengenoemde onderscheid dan minder ter zake zal doen. In deze specifieke zaak vraagt Degelink zich af of de tekst uit de cao en arbeidsovereenkomst niet zozeer moet worden gelezen als een verplichting tot deelname in PFZW, maar wellicht eerder als een 'feitelijke mededeling'. In een dergelijke mededeling zou dan moeten zijn te lezen dat de deelname alleen geldt voor zover dit geldt op grond van art. 4 Wet Bpf 2000. Dit zal dan een uitlegkwestie betref-

22 En, op grond van hetzelfde artikel, zelfs eerder als de ingangsdatum van het pensioen voor het verstrijken van de termijn van 15 jaar ligt.

23 Art. 4 lid 3 Uitvoeringsbesluit pensioenaspecten SA 2004.

24 Hof Amsterdam 25 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:575.

25 Hof Amsterdam 25 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:575, r.o. 3.15.

26 HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375.

27 Zie in het bijzonder r.o. 3.4.1-3.4.4. en 3.5.

28 Asser/Lutjens 7-XI 2009/880.

29 Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 5, p. 4.

30 Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 5, p. 9.

fen. Hiervoor geldt de Haviltex-norm.<sup>31</sup> Indien een werkgever dit voor ogen staat, dan is het zeer raadzaam om dit onomwonden en met een duidelijke verwijzing naar art. 4 Wet Bpf 2000 op te nemen (in casu niet het geval). In de praktijk gebeurt dit mijns inziens echter tot op heden bijna niet. Dit zou mede kunnen komen doordat werkgevers dit wellicht minder wenselijk vinden: is eenmaal een Bpf van toepassing, dan wordt de pensioenregeling als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden beschouwd.

## 5. Tot slot

The devil is in the details bij dit onderwerp en zeker niet alle details komen goed uit de verf in de huidige wettekst van art. 7:663 en 7:664 BW. Dat vraagt om zorgvuldig onderzoek bij een fusie of overname waarbij een overgang van onderneming speelt.

Het is goed voor de rechtsontwikkeling dat er inmiddels een eerste uitspraak is over het gebruik van de pensioenuitzondering ex art. 7:664 lid 1 sub a BW bij een fusie. Het bevestigt de lijn die grotendeels in de literatuur wordt geschetst: bij een fusie (of splitsing) kan er geen gebruik worden gemaakt van de pensioenuitzondering(en) uit art. 7:664 BW. Een aanpassing in de wet zou mijn voorkeur hebben.

Ook is er een uitspraak gewezen over een VPL-regeling waarin de kantonrechter heeft geoordeeld dat het VPL-pensioen als onderdeel van de 'gewone' pensioenregeling onder art. 7:664 BW valt. De redenering van de kantonrechter is technisch gezien niet juist, want het past niet in de huidige systematiek van art. 7:664 BW en het eigen karakter dat het VPL-pensioen heeft op grond van art. 65 Invoerings- en aanpassingswet Pensioenwet. Alhoewel dit onderwerp met de jaren minder relevant zal worden in verband met het aflopen van de uiterlijke financieringstermijn, blijft het tot die tijd wel belangrijk om aandacht te besteden aan dergelijke regelingen bij een overgang van onderneming. Het belang voor sommige werknemers kan hierbij groot zijn.

Tot slot heeft het Hof Amsterdam zich gebogen over de situatie dat een verplicht Bpf na de overgang niet meer van toepassing is. Deze situatie is niet expliciet geregeld in art. 7:663 en 7:664 BW. Het is verdedigbaar dat er in een dergelijke situatie enkel een overgang van de rechten en verplichtingen geldt tot de overgang, dus inclusief een eventuele premieachterstand. Als de verkrijger niet onder de werkingssfeer valt, zal de verkrijger in principe niet gebonden zijn aan dit Bpf. Echter, veelal zal er in de praktijk (ook) sprake kunnen zijn van een (separate) grondslag voor de deelname op grond van een individuele arbeidsovereenkomst of een cao. Voor deze grondslag geldt dan wel de hoofdregel van art. 7:663 BW.

<sup>31</sup> HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.