

Overgang van onderneming en pensioen: tijd voor een herziening van artikel 7:664 BW?

TPV 2018/45

1. Inleiding

Fusies en overnames kunnen op verschillende manieren worden gestructureerd. Bij de keuze voor een activa/passivatransactie² of een juridische fusie of splitsing komen de regels omtrent het leerstuk overgang van onderneming uit art. 7:663 BW e.v. om de hoek kijken. Art. 7:664 BW kent een specifieke bepaling voor pensioenen. De laatste wetwijziging van art. 7:664 BW dateert van bijna tien jaar geleden.³ Gezien de (mogelijke) financiële en/of organisatorische impact van het onderwerp 'pensioen' op een fusie of overname (hierna ook: 'transactie') is het belangrijk dat dit wetsartikel volledige duidelijkheid schept over mogelijke uitzonderingen op de hoofdregel van art. 7:663 BW, alsmede over de rechtsgevolgen bij de toepassing hiervan. De vraag rijst of het inmiddels niet tijd wordt voor een herziening van art. 7:664 BW. Na een korte uiteenzetting van het juridisch kader zal in dit artikel worden gekeken naar de volgende vragen: is het mogelijk om bij een fusie of een splitsing gebruik te maken van de uitzonderingen van art. 7:664 lid 1 BW? Is het GOM-arrest⁴ van betekenis voor art. 7:664 BW? Wat gebeurt er met achterstallige pensioenpremies bij toepassing van art. 7:664 lid 1 en lid 2 BW? Is art. 7:664 lid 3 BW nog relevant anno 2018, aangezien dit lid verwijst naar de oude Pensioen- en Spaarfondsenwet ('PSW')? Tot slot zal worden geëindigd met mijn conclusie(s).

2. Artikel 7:663 en 7:664 BW: juridisch kader

In deze paragraaf wordt kort stilgestaan bij het huidige art. 7:664 BW. Voor de leesbaarheid van deze publicatie zal waar nodig, ook art. 7:663 BW worden betrokken. Art. 7:663 en 7:664 BW luiden momenteel:

“Artikel 7:663 BW

Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger.

Evenwel is die werkgever nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip.

Artikel 7:664 BW

1. Artikel 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet indien:
 - a. de verkrijger aan de werknemer, bedoeld in artikel 663, een zelfde aanbod doet tot het sluiten van een pensioenovereenkomst, als hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gedaan aan zijn werknemers;
 - b. de verkrijger op grond van artikel 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds en de werknemer, bedoeld in artikel 663, gaat deelnemen in dat fonds;
 - c. bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is afgeweken van de pensioenovereenkomst, bedoeld in de aanhef.
2. Het eerste lid is niet van toepassing indien de werknemer, bedoeld in artikel 663, voor de overgang op grond van artikel 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds en deze zelfde verplichting blijft gelden na de overgang.
3. Artikel 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een spaarregeling als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Pensioen- en spaarfondsenwet zoals de Pensioen- en spaarfondsenwet luidde op de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Pensioenwet indien de verkrijger de werknemer, bedoeld in artikel 663, opneemt in de spaarregeling die reeds voor het tijdstip van overgang gold voor zijn werknemers.”

De eerste zin uit art. 7:663 BW geeft de hoofdregel bij overgang van onderneming, namelijk dat de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan op de verkrijger. De tweede zin van art. 7:663 BW regelt een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de werkgever (naast de verkrijger) tot een jaar na de overgang. Art. 7:664 BW trad in werking op 1 april 1997. In eerste instantie bepaalde dit artikel dat art. 7:663 BW in zijn geheel niet van toepassing was op een pensioentoezegging (zoals

1 Mw. mr. A. Boutens is (senior)advocaat arbeidsrecht/pensioenrecht bij Houthoff te Amsterdam.

2 Ook wel een 'bedrijfsfusie' genoemd. Waar in dit artikel over 'fusie' wordt gesproken wordt de 'juridische fusie' ex. art. 2:306 BW bedoeld, tenzij anders aangegeven.

3 Wet van 2 juli 2009 tot wijziging van een aantal wetten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Verzamelwet SZW-wetgeving 2009). Dit was de wijziging van 28 juli 2009 (met terugwerkende kracht tot 1 augustus 2008) en betrof een verduidelijking van de tekst in art. 7:664 lid 1 onderdeel a BW, namelijk dat het enkele doen van het aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst door de verkrijger al voldoende is om de eerste zin van art. 7:663 BW opzij te doen zetten.

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

gedefinieerd in de toenmalige PSW).⁵ Dit is per 1 juli 2002 aangepast naar een artikel wat enigszins vergelijkbaar is met het huidige art. 7:664 BW. Het belangrijkste gevolg van het huidige art. 7:664 BW is dat als uitgangspunt geldt dat art. 7:663 BW tegenwoordig óók geldt voor de rechten en verplichtingen uit een pensioenovereenkomst (als bedoeld in art. 1 Pensioenwet ('PW')). De achtergrond hiervan is dat ook een pensioenregeling een arbeidsvoorwaarde is en op basis van de geldende bescherming ten aanzien van arbeidsvoorwaarden zou dit ook zoveel mogelijk moeten gelden voor pensioenregelingen.⁶ Echter, er is een drietal – voor de transactiepraktijk belangrijke – uitzonderingen op deze hoofdregel opgenomen. De drie mogelijke uitzonderingen worden benoemd in lid 1 van art. 7:664 BW. Het gaat hierbij om de volgende drie situaties:⁷

- a. De verkrijger heeft reeds een pensioenregeling en doet voor de overgang van onderneming eenzelfde aanbod aan de overgaande werknemers tot het sluiten van een pensioenovereenkomst.
- b. De verkrijger is verplicht deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds en de overgenomen werknemers gaan deelnemen in dat verplichtgestelde pensioenfonds (welk pensioenfonds nog niet van toepassing was op de overgenomen werknemers voor de overgang).
- c. Bij CAO worden in het kader van de overgang andere afspraken gemaakt.⁸

Lid 2 is een uitzondering op de uitzonderingen van lid 1 en ziet op de situatie dat de werkingssfeer van hetzelfde verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds voor én na de overgang van toepassing is. In deze situatie wordt weer teruggevallen op de hoofdregel van art. 7:663 BW (zie hierover ook par. 5). Lid 3 is een uitzondering op de hoofdregel van art. 7:663 BW voor 'spaarregelingen' uit de PSW en komt uitgebreider in par. 6 aan de orde.

3. **Splitsing en fusie in het licht van artikel 7:664 BW**

In art. 7:662 lid 2 onder a BW is opgenomen dat onder overgang tevens een 'splitsing' of 'fusie' wordt verstaan. Het betreft de splitsing als bedoeld in art. 2:334a BW en de fusie als bedoeld in art. 2:309 BW.

De splitsing is toegevoegd in art. 7:662 BW in 1998 tegelijkertijd met het moment dat het juridisch mogelijk werd gemaakt in Boek 2 BW om rechtspersonen te splitsen.⁹ Uit de memorie van toelichting volgt dat de splitsing

is toegevoegd in het artikel omtrent overgang van onderneming omdat art. 11 uit de richtlijn over splitsing¹⁰ (de 'Zesde Richtlijn') hierover bepaalt dat bij splitsing de werknemers van de splitsende vennootschap worden beschermd overeenkomstig de richtlijn overgang ondernemingen en aangezien toentertijd alleen de overgang op grond van een overeenkomst was opgenomen, is de 'splitsing' expliciet toegevoegd.¹¹

Het is enigszins opvallend dat de fusie toentertijd nog niet was opgenomen. De Zesde Richtlijn volgt waar mogelijk de Derde Richtlijn;¹² de richtlijn die al van kracht was voor fusies van naamloze vennootschappen. Art. 11 over de bescherming van werknemers uit de Zesde Richtlijn is nagenoeg gelijk aan art. 12 uit de Derde Richtlijn. Het had voor de hand gelegen dat de fusie daarom reeds in de titel 'overgang van onderneming' was opgenomen – de Derde Richtlijn bestond immers al – als de wetgever nu de splitsing aan dit artikel wilde toevoegen. Echter, ten tijde van de implementatie van de richtlijn van de fusie werd het juist expliciet niet nodig geacht om de fusie toe te voegen in het toenmalige artikel over overgang van onderneming, omdat een fusie leidt tot 'een overgang van rechtswege van het vermogen'.¹³ Desalniettemin wilde de wetgever de splitsing kennelijk nu volledigheidshalve toch wel benoemen, ondanks dat een splitsing ook leidt tot een overgang van rechtswege van het vermogen.

De fusie is vervolgens pas toegevoegd in art. 7:662 BW per 1 juli 2002; hetzelfde moment als de toevoeging van art. 7:665a BW inzake de informatieverplichting.¹⁴ In de memorie van toelichting staat over deze informatieverplichting:

"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. Daarenboven wordt de splitsing ook uitdrukkelijk genoemd als een wijze van overgang die onder afdeling 8 valt; voor de helderheid verdient het dan de voorkeur ook de fusie te noemen."¹⁵

5 De richtlijn inzake overgang van onderneming (momenteel Richtlijn 2001/23/EG, oorspronkelijk Richtlijn 77/187/EEG, gewijzigd bij Richtlijn 98/50/EG) biedt daartoe (nog steeds) de mogelijkheid (zie art. 3 lid 4 onderdeel a).

6 Zie uitgebreid: *Kamerstukken II 2000/01, 27469*, 3, p. 2 en 3.

7 Deze paragraaf is enkel bedoeld om kort de achtergrond van art. 7:664 BW uit te leggen. Zie meer uitgebreid over de pensioenuitzonderingen: *Asser/Lutjens 7-XI 2016/818* e.v. alsmede E. Lutjens, 'Pensioen bij overgang van een onderneming', *SMA 2002*, p. 464 e.v.

8 Zie uitgebreid over deze uitzondering: Mr. V. Gerlach, 'De cao-uitzondering van art. 7:664 BW bij overgang van onderneming', *TAP*, 2012/6.

9 Wet van 24 december 1997 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de regeling van de splitsing van rechtspersonen.

10 Richtlijn 82/891/EEG betreffende splitsingen van naamloze vennootschappen.

11 *Kamerstukken II 1995/96, 24702*, 3, p. 28.

12 Richtlijn 78/855/EEG betreffende fusies van naamloze vennootschappen. Zie ook: *Kamerstukken II 1995/96, 24702*, 3, p. 4, waarin wordt aangegeven dat 'Niettegenstaande dat de belangen die door fusie enerzijds en splitsing anderzijds worden geraakt, veelal elkaars spiegelbeeld zijn, kan de procedure die tot splitsing leidt in belangrijke mate overeenstemmen met die, welke voor fusie is voorgeschreven. De zesde richtlijn volgt op dat punt overwegend de derde richtlijn over juridische fusie. Ook het wetsvoorstel zoekt voor de splitsingsregeling nauwe aansluiting bij de fusieregeling in Boek 2 BW met afwijkingen alleen daar waar dat, in verband met de andere aard van de splitsing, geboden is.'

13 *Kamerstukken II 1979/80, 15940*, 3, p. 5.

14 Dit betrof de wetswijziging bij Wet van 18 april 2002 tot uitvoering van de Richtlijn 98/50/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 tot wijziging van de Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

15 *Kamerstukken II 2000/01, 27469*, 3, p. 9.

Door de fusie en splitsing in art. 7:662 BW op te nemen, is het rechtsgevolg dat dit niet enkel van toepassing is op de beschermende hoofdregel van art. 7:663 BW en/of de informatieverplichtingen uit art. 7:665a BW, maar ook op de rest van deze afdeling, inclusief de pensioenuitzonderingen uit art. 7:664 BW. De fusie en splitsing zijn op verschillende vlakken elkaars spiegelbeeld, maar hebben ook een aantal gemene delers, zoals dat het vermogen onder algemene titel overgaat. En juist dat laatste punt is ook van belang voor de werknemers en de arbeidsvoorwaarden, inclusief pensioen. Ik zou verwachten hebben dat de bedoeling achter de toevoeging van fusie en splitsing in art. 7:662 BW gelijklopend zou (moeten) zijn (geweest), maar dit is kennelijk niet het geval. Het concept van overgang onder algemene titel bij niet met de (beschermende) hoofdregel van art. 7:663 BW en de informatieverplichtingen uit art. 7:665a BW, maar wel met de pensioenuitzondering van art. 7:664 lid 1 onder a BW waarin de verkrijger de eigen pensioenregeling kan aanbieden. Dit kan zelfs als de pensioenregeling bij de verkrijger als 'slechter' kan worden betiteld.¹⁶

Gezien de bedoeling van de wetgever, zoals hierboven toegelicht, is het mijns inziens niet de intentie geweest dat bij een fusie of splitsing gebruik kan worden gemaakt van de mogelijkheid van art. 7:664 lid 1 onder a BW.¹⁷ Deze uitzondering staat namelijk haaks op het concept van de overgang onder algemene titel en doet afbreuk aan de bescherming van de werknemers. Hier zou allereerst tegen in kunnen worden gebracht dat art. 7:664 lid 1 BW is toegestaan op grond van de Europese richtlijn over overgang van onderneming en dat de pensioenuitzondering dus conform de beoogde mate van 'bescherming' van deze richtlijn is. Echter, uit de wetsgeschiedenis, zeker bij de fusie, lijkt nergens uit te volgen dat ook eventuele uitzonderingen op de daadwerkelijke bescherming van werknemers beoogd zijn als rechtsgevolg bij een fusie of splitsing en dat dit boven de overgang onder algemene titel zou moeten gaan. Rechtspraak inzake dit punt is mij overigens onbekend.

Als tweede tegenargument kan worden gedacht aan een wetssystematische interpretatie en zou kunnen worden gewezen op de structuur van het Burgerlijk Wetboek. Nu het Burgerlijk Wetboek een gelaagde structuur kent, zou betoogd kunnen worden dat de pensioenuitzonderingen uit art. 7:664 BW moeten worden gezien als een *lex specialis* ten opzichte van art. 6:249 BW, hetgeen dan zou meebrengen dat art. 7:664 BW voorgaat. Echter, dit acht ik voor deze specifieke situatie niet overtuigend genoeg. Een *lex specialis* is mijns inziens bedoeld om maatwerk te leveren voor een specifieke situatie. Uit de memories van toelichting blijkt nergens dat dit als zodanig moet worden geïnterpreteerd voor de fusie en splitsing. Een verminderde bescherming van werknemers wordt, zoals gezegd, niet benoemd of erkend als beoogd rechtsgevolg bij een

fusie of splitsing. Integendeel zelfs, juist de bescherming van werknemers in absolute zin lijkt centraal te staan bij de toevoegingen van fusie en splitsing in art. 7:662 BW. Het lijkt eerder een aanpassing die wellicht enigszins gemakshalve is toegevoegd aan art. 7:662 BW, maar waarbij vervolgens over het hoofd is gezien dat hierbij ook (de uitzonderingen van) art. 7:664 BW wordt binnengehaald.

3.1 Tussenconclusie

Het is momenteel niet geheel duidelijk of bij een fusie en splitsing gebruik kan worden gemaakt van de pensioenuitzonderingen ex art. 7:664 BW. Op basis van de wetsgeschiedenis ben ik van mening dat dit niet de bedoeling zou moeten zijn. Bij een herziening van art. 7:664 BW zou moeten worden verduidelijkt dat de fusie en splitsing buiten het bereik van art. 7:664 lid 1 BW vallen, in ieder geval van onderdeel a. Met onderdeel b van de uitzondering heb ik geen moeite, omdat dit ziet op de situatie dat de werknemers na de overgang (moeten) gaan deelnemen in een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds dat van toepassing is bij de verkrijger. Ook bij een fusie of splitsing zou de verplichte werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds prioriteit moeten hebben boven een bestaande pensioenovereenkomst. Met onderdeel c heb ik ook minder moeite, omdat het hier moet gaan om nieuwe, in kader van de overgang, te maken cao-afspraken waarmee de sociale partners desgewenst een maatwerkoplossing kunnen overeenkomen.¹⁸ Door de betrokkenheid van de sociale partners zou de bescherming van de werknemers mijns inziens voldoende moeten kunnen worden gewaarborgd, ook in geval van fusie of splitsing.

4. GOM-arrest en artikel 7:664 BW

Het GOM-arrest is een veelvuldig besproken en geannoteerd arrest,¹⁹ met name in het licht van art. 7:663 BW. In deze paragraaf zal de focus echter liggen op art. 7:664 BW. Ter oprissing van het geheugen volgt een zeer summiere weergave van de feiten: VBG verkocht haar schoonmaakonderneming aan GOM. Het betrof een overgang van onderneming. Zowel VBG als GOM namen verplicht deel aan het Bedrijfstakpensioenfonds voor het glazenwassers- en schoonmaakbedrijf ('BPF'). Ten tijde van de overname was bekend dat VBG een betaalachterstand had bij het bedrijfstakpensioenfonds en hierover waren afspraken gemaakt in de koopovereenkomst. Na de overname wordt VBG echter failliet verklaard en vordert het BPF de niet-betaalde pensioenpremies door VBG bij GOM.²⁰ De volgende vragen stonden centraal:

1. Behoort een op de Wet Bpf 2000 gebaseerd pensioen tot de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:663 BW?

¹⁶ Kamerstukken II 2000/01, 27469, 3, p. 4.

¹⁷ Aldus ook: Asser/Lutjens 7-XI 2016/806. Zie ook: Holtzer & Degelink, 'Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie 2015', par. 6.10.7.5 ('uitzonderingen niet van toepassing bij fusie'), die een vergelijkbaar standpunt innemen met betrekking tot enkel de 'fusie' (en niet ook de splitsing), waarbij wordt aangegeven dat verkrijger en vervreemder geen beroep kunnen doen op heel art. 7:664 BW.

¹⁸ Kamerstukken I 2000/01, 27469, 163, p. 8.

¹⁹ Zie onder andere de annotaties van mr. E. Loesberg (JOR 2017/57), mr. T. Huijg (PJ 2016/156) en prof. mr. L.G. Verburg (Ondernemingsrecht 2017/19).

²⁰ HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, NJB 2016/1950. Voor een uitgebreide weergave van de feiten, zie onder meer de (zeer lezenswaardige) conclusie van mr. Hartlief (PHR 12 augustus 2016, ECLI:NL:PHR:2016:851).

2. Gaat op grond van art. 7:663 BW de verplichting van VBG tot betaling van de voor de overgang van de onderneming onbetaald gelaten pensioenpremies (voor de werknemers die van VBG in dienst van GOM zijn overgegaan) over op GOM?
3. Heeft het BPF op grond van art. 7:663 BW een zelfstandig vorderingsrecht jegens GOM?

Deze vragen zijn alle drie bevestigend beantwoord. Vraag 1 zal hieronder verder worden besproken. Vraag 2 komt zijdelings aan de orde in par. 5. Vraag 3 is het meest interessante punt uit de GOM-zaak voor de pensioenpraktijk, maar valt buiten het bestek van dit artikel, omdat dit geen betrekking heeft op art. 7:664 BW.

Met een bevestigend antwoord op vraag 1 is het duidelijk geworden dat ook verplichtingen van een werkgever die voortvloeien uit een verplichte deelneming op grond van de Wet Bpf 2000²¹ moeten worden aangemerkt als 'verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst' als omschreven in art. 7:663 BW. De Hoge Raad citeert hierbij het doel van de richtlijn over overgang van onderneming en de memorie van toelichting bij art. 7:663 BW en baseert deze conclusie op het samenstel van art. 7:663, 7:664 lid 1 en lid 2 BW en de daarop gegeven toelichting.²² Dit zal voor velen niet als een verrassing zijn gekomen.

Het is interessant om met deze uitspraak ook nog eens nader te kijken naar de tekst van art. 7:664 lid 1 BW dat onder meer aangeeft dat (cursivering auteur):

“Artikel 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een *pensioenovereenkomst als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet.*”

Hoe breed zou 'pensioenovereenkomst' uit dit artikel kunnen worden geïnterpreteerd (mede) naar aanleiding van de GOM-zaak?

Een pensioenovereenkomst is in art. 1 PW gedefinieerd als:

“hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen”.

Naar de letter van de tekst zou betoogd kunnen worden dat art. 7:664 lid 1 BW niet geldt voor eventuele rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de Wet Bpf 2000 die bij een mogelijke vervreemder gelden. Dit is namelijk geen pensioenovereenkomst in de zin van art. 1 PW. Bij een verplichte deelneming hoeft in principe niets te worden overeengekomen tussen werkgever en werknemer; de verplichting tot deelname geldt van rechtswege op grond van art. 4 Wet Bpf 2000. Weliswaar bevat art. 2 lid 2 onder a PW een gelijkstelling met een pensioenovereenkomst in geval van verplichte deelneming, maar art. 7:664 lid 1 BW verwijst enkel en alleen naar art. 1 PW en refereert niet naar een gelijkstelling ermee en/of naar art. 2 PW. Nu in het GOM-arrest expliciet is geoordeeld dat ook de

verplichtingen van de werkgever volgend uit een verplichte deelneming op grond van de Wet Bpf 2000 worden geacht te horen bij de arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:663 BW, zou een vergelijkbare redenering kunnen gelden voor de 'pensioenovereenkomst' als omschreven in art. 7:664 lid 1 BW. Met andere woorden: art. 7:664 lid 1 BW zou ook betrekking moeten kunnen hebben op verplichtingen van een werkgever die voortvloeien uit een verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds.

Dit volgt mijns inziens ook uit de overweging van de Hoge Raad in r.o. 3.5 waarin onder meer is opgenomen:

“Dit strookt met het stelsel van de Pensioenwet (Pw), waarin een pensioenovereenkomst wordt gedefinieerd als 'hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen' (art. 1 Pw) en met een pensioenovereenkomst wordt gelijkgesteld 'de uit de dienstbetrekking voortvloeiende rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling' (art. 2 lid 1,²³ aanhef en onder a, Pw).”

De voorgestelde verduidelijking zou van nut kunnen zijn voor een situatie waarbij voor de vervreemder een verplichte deelname geldt en bij de verkrijger een pensioenregeling geldt op basis van een pensioenovereenkomst ex. art. 1 PW. Voor deze situatie zou moeten gelden dat een op de Wet Bpf 2000 gebaseerd pensioen behoort tot art. 7:663 BW (in lijn met het GOM-arrest).²⁴ Vervolgens zou de verkrijger dan ook gebruik moeten kunnen maken van de uitzonderingen genoemd in art. 7:664 lid 1 BW, indien van toepassing.

4.1 Tussenconclusie

In art. 7:664 lid 1 BW zou tekstueel mogen worden verduidelijkt dat het niet enkel gaat om *rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst als bedoeld in art. 1 PW* maar ook om rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de Wet Bpf 2000. Dit zou eventueel kunnen door een expliciete verwijzing naar art. 2 lid 2 onder a PW op te nemen.

5. Achterstallige pensioenpremies en artikel 7:664 lid 1 versus lid 2 BW

Het rechtsgevolg van het gebruik van een van de pensioenuitzonderingen uit art. 7:664 lid 1 BW is dat, zoals

23 De verwijzing naar lid 1 is een verschrijving en zou mijns inziens lid 2 moeten zijn.

24 Zie tevens ook: *Asser/Lutjens 7-XI 2016/823*, waarin Lutjens heeft aangegeven dat voor (onder meer) deze situatie (vervreemder valt onder een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds en bij de verkrijger is geen verplichtstelling van toepassing) geen expliciete wettelijke regeling is getroffen. Lutjens beschrijft hierin dat de gedachte zou kunnen zijn dat voor deze situatie ook art. 7:663 BW zou gelden (hetgeen mijns inziens inderdaad de bedoeling lijkt te zijn geweest), maar beschrijft ook waarom dat wringt en waarom er geen grondslag lijkt te zijn om de verkrijger aan de verplichtstelling (als de verkrijger dus niet onder de werkingssfeer valt) gebonden te achten. Het verdient aanbeveling om deze situatie en de verhouding tot de Wet Bpf 2000 te verduidelijken in (bijvoorbeeld) art. 7:663 BW.

21 De GOM-zaak ging over de Wet Bpf 2000; ik beperk me in deze paragraaf dan ook enkel tot deze wet.

22 Zie. r.o. 3.4.2-3.5.

de eerste zin aangeeft, de hoofdregel van art. 7:663 BW niet van toepassing is. De rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst gaan dan niet mee over. Dit brengt voor de verkrijger als belangrijk bijkomend voordeel mee dat ook eventueel achterstallige pensioenpremies niet mee overgaan. Dat achterstallige pensioenpremies geen fictie zijn, blijkt wel uit het *GOM*-arrest waarbij immers een premieachterstand bestond van bijna € 2 mln.

De situaties in art. 7:664 lid 1 BW moeten worden onderscheiden van een overgang van onderneming waarbij vóór en na de overgang hetzelfde verplichte bedrijfstakpensioenfonds van toepassing is, zoals bij de *GOM*-zaak. In dat laatste geval geldt namelijk art. 7:664 lid 2 BW en dan is de hoofdregel van art. 7:663 BW van toepassing. Er is aldus een wrang onderscheid tussen art. 7:664 lid 1 en lid 2 BW als men de situatie vergelijkt dat enerzijds na de overgang een *ander* verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds van kracht wordt, waarbij de achterstallige premies bij het eerdere verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds niet mee overgaan op grond van art. 7:664 lid 1 onder b BW en anderzijds de situatie dat vóór en na de overgang *hetzelfde* verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds van toepassing blijft, waardoor de achterstallige premies wel mee overgaan op grond van art. 7:664 lid 2 BW jo. art. 7:663 BW. Zoals ook opgemerkt door Lutjens lijkt de regeling omtrent achterstallige premies bij verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds niet heel consequent.²⁵ De vraag kan worden gesteld of het onderscheid tussen art. 7:664 lid 1 BW en art. 7:664 lid 2 BW met betrekking tot achterstallige premies bij de vervreemder gerechtvaardigd is. Voor alle duidelijkheid: dit onderscheid is dus geen gevolg van de *GOM*-uitspraak, maar een gevolg van de huidige systematiek van art. 7:664 BW. Was in de *GOM*-zaak art. 7:664 lid 1 BW wel van toepassing geweest, dan had *GOM* geen last gehad van de premieachterstand van ongeveer € 2 mln.

Zoals opgemerkt in par. 2 is in 2002 als nieuwe pensioenhoofdregel opgenomen dat ook pensioenregelingen van rechtswege mee overgaan op grond van art. 7:663 BW, tenzij een van de drie uitzonderingen uit art. 7:664 lid 1 BW van toepassing is. In de wetsgeschiedenis is hierbij expliciet overwogen dat bij de nieuwe hoofdregel meespeelt dat het afschaffen van de uitstelfinanciering hierbij van belang is, omdat daardoor de kans op een financieringsachterstand bij een overgang van onderneming wordt verkleind. Daardoor wordt de kans dat een transactie wordt belemmerd door financieringsachterstand die de verkrijger voor zijn rekening moet nemen, aanzienlijk beperkt.²⁶ Dat een financieringsachterstand mee over kan gaan op de verkrijger wordt aldus door de regering expliciet erkend, maar op grond van de wetsgeschiedenis lijkt het niet dat de regering zich destijds heeft gerealiseerd dat met de toepassing van art. 7:664 lid 1 BW er een andere behandeling is ontstaan met betrekking tot achterstallige premies, welke vrij willekeurig en inconsequent overkomt. De wetsgeschiedenis hierom-

trent blinkt ook zeker niet uit in duidelijkheid, maar het doel van de wetsaanpassing lijkt (voornamelijk) een minimum waarborg te zijn geweest, namelijk dat werknemers met een pensioenregeling bij een vervreemder in ieder geval altijd een pensioenregeling behouden (ook na de overgang).²⁷ Nergens blijkt dat het de bedoeling zou zijn om in bepaalde situaties achterstallige premies van de oude regeling af te schudden.

Wat mij betreft is er geen goede rechtvaardiging te vinden voor het feit dat bij toepassing van art. 7:664 lid 1 BW achterstallige premies niet mee overgaan.²⁸ Zeker niet als men de beschermingsgedachte van werknemers centraal stelt. Dit zou bij een herziening kunnen worden aangepast. Daarbij zou ook moeten worden nagedacht op welke grond een dergelijke premieachterstand dan kan worden geïnd bij de verkrijger door de pensioenuitvoerder. Een uitvoeringsovereenkomst van de vervreemder (welke de verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder regelt) gaat namelijk niet van rechtswege mee over naar de verkrijger bij een overgang van onderneming. Zonder verdere wetsaanpassing is daarnaast ook geen reden om aan te nemen dat het zelfstandig vorderingsrecht voor de pensioenuitvoerder bij een situatie ex art. 7:664 lid 2 BW, zoals is geoordeeld bij de *GOM*-zaak, ook kan worden toegepast bij art. 7:664 lid 1 BW. Het oordeel van de Hoge Raad is in de *GOM*-zaak namelijk beperkt tot de situatie dat vóór en na de overgang dezelfde verplichtstelling geldt en kan wat mij betreft niet zomaar worden toegepast op art. 7:664 lid 1 BW.

Als de wetgever overigens zou menen dat het echter in beginsel wel expliciet de bedoeling zou zijn om bij art. 7:664 lid 1 BW achterstallige premies niet mee over te laten gaan, dan zou eventueel kunnen worden gepleit om in ieder geval dan een onderscheid te maken tussen pensioenfonds enerzijds en verzekeraars en premiepensioeninstellingen anderzijds. Dit onderscheid heeft dan als doel dat in ieder geval bij pensioenfonds de achterstallige premies wel mee overgaan (ook bij toepassing van art. 7:664 lid 1 BW). Bij een pensioenfonds geldt immers als hoofdregel 'geen premie, maar wel een recht' (art. 28 PW jo. art. 134 PW). Een werknemer heeft daardoor minder direct belang om zelf een premieachterstand aan te kaarten en actie te ondernemen. Echter, deze premieachterstanden zullen uiteindelijk wel het gehele deelnemersbestand kunnen raken met daarbij het risico dat het pensioenfonds uiteindelijk maatregelen moet nemen, zoals een korting toepassen over de pensioenen of geen (of minder) indexatie toekennen. Dit raakt aan de beschermingsgedachte van werknemers. Een verzekeraar of premiepensioeninstelling is een dusdanig ander type pensioenuitvoerder dat geen kortingsmaatregelen kan treffen. Het kan daarentegen wel een beroep doen op art. 29 PW inzake premievrijmaking.

²⁷ *Kamerstukken II* 2000/01, 27469, 5, p. 4.

²⁸ Voor de duidelijkheid: het niet mee overgaan van achterstallige pensioenpremies geldt enkel bij overgang van onderneming waarbij een uitzondering art. 7:664 lid 1 BW van toepassing is. Dit geldt in ieder geval niet bij een aandelenovername. Een aandelenovername heeft in beginsel geen invloed op de pensioenregeling die geldt bij de vennootschap die wordt overgedragen.

²⁵ *Asser/Lutjens* 7-XI 2016/817.

²⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 27469, 3, p. 3.

5.1 *Tussenconclusie*

Op grond van art. 7:664 lid 1 BW gaan achterstallige pensioenpremies niet mee over. Hier is echter geen goede rechtvaardiging voor te vinden. Daarbij is de behandeling omtrent achterstallige premies op grond van art. 7:664 lid 1 BW versus art. 7:664 lid 2 BW willekeurig en inconsequent te noemen. Bij een herziening van art. 7:664 BW zou wat mij betreft aangepast mogen worden dat de eventuele premieachterstanden voor de overgang altijd mee overgaan, ook bij toepassing van art. 7:664 lid 1 BW.²⁹ Er kan dan nog steeds een andere pensioenregeling vanaf de overgang van toepassing worden op grond van art. 7:664 lid 1 BW en de werknemer is zeker dat hij een pensioenregeling houdt (conform de bedoeling van de wetgever), maar de verkrijger ontkomt echter niet zomaar aan een eventuele premieachterstand. Indien gewenst zullen partijen hier in de koopovereenkomst contractuele afspraken over moeten maken, zoals een vrijwaring of garantie, en/of een premieachterstand verdisconteren in de koopprijs (voor de koper het liefst bij voorbaat).³⁰ Bij een dergelijke wetsaanpassing zal tevens moeten worden vastgelegd op welke manier de pensioenuitvoerder de achterstallige premie bij de verkrijger zal kunnen innen. Wat mij betreft dient de voorgestelde aanpassing voor art. 7:664 lid 1 BW bij voorkeur voor alle pensioenuitvoerders te gelden, maar in ieder geval voor pensioenfondsen, omdat met name bij een pensioenfonds de collectieve belangen van de werknemers kunnen worden geraakt door een betalingsachterstand.

6. **Spaarregelingen uit de PSW: artikel 7:664 lid 3 BW**

Art. 7:664 lid 3 BW geeft aan dat de hoofdregel van art. 7:663 BW niet geldt bij een spaarregeling als bedoeld in art. 3 lid 1 PSW (zoals die gold op 31 december 2006) als de verkrijger de werknemer opneemt in de spaarregeling die reeds voor het tijdstip van overgang gold voor zijn werknemers. Heeft dit lid nog een functie anno 2018 of is het inmiddels een dode letter geworden?

De spaarregeling zoals bedoeld in art. 3 lid 1 PSW, moet op grond van art. 3 PSW verbonden zijn aan een spaarfonds. Uit art. 5 Invoerings- en aanpassingswet PW volgt dat, indien op 31 december 2006³¹ een spaarfonds als bedoeld in PSW werkzaam is, de PSW op dit spaarfonds van

toepassing blijft, met dien verstande dat vanaf een jaar na de datum van inwerkingtreding van art. 1 PW geen bijdragen meer aan het spaarfonds kunnen worden gedaan. Uit het voorgaande volgt dat bestaande spaarfondsen op 31 december 2006 aldus wel mochten blijven bestaan, maar sinds een jaar na de inwerkingtreding van de Pensioenwet (dus per 1 januari 2008) mag er geen nieuwe inleg van spaarpremies in dat soort fondsen meer plaatsvinden.³² Het zijn aldus zogenoemde 'gesloten fondsen'. Uit de memorie van toelichting bij de Invoerings- en aanpassingswet PW volgt dat op bestaande spaarfondsen de PSW van toepassing blijft en dat deze spaarfondsen onder het toezicht van DNB blijven vallen.³³ Uit het huidige pensioenregister van de DNB volgt dat momenteel nog slechts drie spaarfondsen bestaan.³⁴

Kijkend naar art. 7:664 lid 3 BW zie ik in ieder geval de volgende twee voorwaarden voor de toepassing van dit lid:

1. zowel bij vervreemder als verkrijger moet op het moment van de overgang een spaarregeling gelden; en
2. de verkrijger moet de werknemers vervolgens in zijn eigen spaarregeling (kunnen) opnemen.

De kans dat anno 2018 nog sprake zal zijn van een overgang van onderneming waarbij een spaarregeling betrokken is bij zowel de vervreemder als bij verkrijger is – gezien het aantal van drie bestaande spaarfondsen (waaraan een spaarregeling immers aan verbonden moet zijn) – zeer miniem. Daarbij geldt ook nog eens dat vanwege het feit dat dit drie gesloten fondsen moeten zijn, sinds 1 januari 2008 een verkrijger sowieso geen nieuwe werknemers meer kan opnemen in een spaarregeling, hetgeen ook een voorwaarde is voor toepassing van lid 3. Nu lid 3 niet meer toegepast kan worden heeft het wat mij betreft ook geen relevantie meer. Indien en voor zover een werkgever überhaupt anno 2018 nog bestaande rechten en verplichtingen uit een spaarregeling heeft, dient enkel de hoofdregel van art. 7:663 BW te gelden.

6.1 *Tussenconclusie*

Art. 7:664 lid 3 BW kan mijns inziens vervallen. Het lid 3 is gedateerd en het kan worden verwijderd uit art. 7:664 BW.

7. **Conclusie**

Een make-over voor art. 7:664 BW op sommige punten zou niet misstaan. Volstreekte duidelijkheid over de toepassing van dit artikel is voor de fusie- en overnamepraktijk van groot belang. Gepleit kan worden voor in ieder geval de volgende aanpassingen/verduidelijkingen:

- Bij een overgang op grond van splitsing en fusie zou geen gebruik mogen worden gemaakt van de pensioenuitzondering in art. 7:664 lid 1 onder a BW.
- In art. 7:664 lid 1 BW zou volledigheidshalve kunnen worden verduidelijkt dat het bij *rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pen-*

29 Zie ook T. Huijg die een vergelijkbaar standpunt inneemt in zijn annotatie bij het GOM-arrest (PJ 2016/156).

30 In de GOM-zaak waren ook maatregelen voor de koper getroffen tegen de premieachterstand, waaronder een vrijwaring en een 'korting' op de koopprijs ter hoogte van de premieachterstand. De premieachterstand was echter bij het tekenen van de koopovereenkomst nog niet volledig duidelijk en partijen hadden een verplichting opgenomen om een opgave van de exacte betalingsachterstand zo spoedig mogelijk op te vragen. Dit heeft kennelijk bijna drie jaar geduurd (waarom zo lang is mij onduidelijk). Echter, door het faillissement van de vervreemder na de verkoop had de koper niks meer aan dergelijke contractuele afspraken uit de koopovereenkomst. Zie uitgebreid over de bepalingen in de koopovereenkomst o.a. par. 1.6 uit de conclusie van A-G mr. T. Hartlief.

31 Het artikel spreekt over 'de peildatum'. Op grond van art. 1 Invoerings- en aanpassingswet PW is 'de peildatum': 'de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 1 van de Pensioenwet.' De inwerkingtreding van art. 1 PW is 1 januari 2007, dus de peildatum is 31 december 2006.

32 Kamerstukken II 2005/06, 30655, 3, p. 24.

33 Kamerstukken II 2005/06, 30655, 3, p. 24.

34 Te raadplegen via: www.dnb.nl/toezichtprofessioneel/openbaar-register/PWPNF/index.jsp?filter_value=Spaarfonds&naam=Statutair+naam+%2F+Handelsnaam#overzicht (geraadpleegd op 7 november 2018).

sioenovereenkomst als bedoeld in art. 1 PW ook gaat om rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de Wet Bpf 2000;

- Net zoals bij art. 7:664 lid 2 BW zouden ook bij art. 7:664 lid 1 BW eventueel achterstallige pensioenpremies die ontstaan bij een vorige pensioen-uitvoerder (in ieder geval bij een pensioenfonds) mee over moeten gaan; en
- Art. 7:664 lid 3 BW kan vervallen, omdat dit tegenwoordig geen relevantie meer heeft.