



Pensioenconsultancy

Pensioenpresentatie Verdiepingsworkshop Onderlinge 's Gravenhage

Fusie en pensioen

Wilfred H. Korthouwer MPLA CCFP

ONDERWERPEN

1. Fusie en pensioen

- fusievormen
- overgang onderneming
 - ✓ wettelijk kader
 - ✓ uitzonderingen
 - ✓ mogelijke situaties
 - ✓ belang overnameovereenkomst
- aandelenfusie
- juridische fusie

2. Aandachtsgebieden voor pensioenadvies bij bedrijven met BPF regeling

N.B. deze presentatie is op persoonlijke titel

FUSIEVORM

BASIS VOOR WIJZIGING PENSIOEN

1. **Bedrijfsfusie**, art. 7:662 BW, activa/passiva transactie ofwel overgang onderneming; alle rechten en verplichtingen van werknemers gaan over, tenzij...
2. **Aandelenoverdracht**, art 2:86BW en 2:196BW, wijziging van eigenaar geen gevolgen voor pensioenrechten werknemers, tenzij wijziging werkingssfeer CAO/BPF, mogelijke wijziging uitvoering bestaande pensioenovereenkomsten
3. **Juridische fusie of splitsing**, art. 2:309BW en 2:334a BW, vermogensovergang onder algemene titel pensioenverhouding werkgever/werknemer wijzigt in beginsel niet

BEDRIJFSFUSIE OVERGANG ONDERNEMING (1)

Kern wettelijke regeling:

- Burgerlijk Wetboek, afd. 8 rechten, art. 7:662 – art.7:666 bescherming werknemer bij overgang onderneming, gebaseerd op EU Richtlijn 2001/23/EG
- Pensioenwet, art. 9, pensioenovereenkomst bij overgang onderneming, art. 83 lid 1 PW collectieve waardeoverdracht
- Wet CAO, art. 14a
- Wet op de Ondernemingsraden (WOR), art. 25 sub. a en b

N.B. dwingend recht



OVERGANG VAN ONDERNEMING (2)

- **Definitie 7:662 BW** overgang als gevolg van:
 1. een overeenkomst;
 2. een fusie of splitsing;
 3. economische eenheid met behoud identiteit
- **Hoofregel 7:663 BW** gevolgen van overgang

Alle rechten en verplichtingen gaan van rechtswege over op verkrijger, overdrager nog één jaar hoofdelijk verbonden voor nakoming verplichtingen die zijn ontstaan vóór de overdracht
- **Anciënniteit;**

verkrijger moet rekening houden met deelnemingsjaren/dienstjaren overgenomen werknemer
- **Niet-betaalde premies** vallen onder verplichtingen

pensioenuitvoerder heeft rechtstreeks vorderingsrecht bij verkrijger (HR/2016/2375)

OVERGANG VAN ONDERNEMING (3)

- **Uitzonderingen** (nevenregels 7:664 BW en 9 PW):
 1. Verkrijgende werkgever doet 'hetzelfde' aanbod voor een betere of slechtere pensioenregeling
 2. Verkrijgende werkgever zit in verplichte Bpf en overnemende werknemers gaan hierin deelnemen
 3. CAO verkrijger wijkt af van regel dat bestaande pensioenregeling overgaat naar verkrijgende werkgever
 4. Overgedragen werknemers zonder pensioenregeling *naar* verkrijger met pensioenregeling gaan deelnemen in bestaande pensioenregeling van verkrijger
- **Faillissement** (nevenregel 7:666 BW)
 - Bescherming werknemer vervalt bij staat van faillissement, arbeidscontracten kunnen door curator na machtiging rechter worden opgezegd o.b.v. art. 40 Fw
 - Art. 7:666 BW interessante optie bij (op handen zijnde) reorganisatie.
 - Ontslag o.b.v. art. 40 Fw vaak misbruikt bij doorstarts met als doel dezelfde operationele activiteiten in andere entiteit voort te zetten met versoering van arbeidsvoorwaarden, zgn. pré-pack-doorstart. Voorbeeld Estro kinderopvangbedrijf die in 2013 na mislukte financiering doorstart in Smallsteps.

OVERGANG VAN ONDERNEMING (4)

- Uitspraak HvJ EU 22 juni 2017 na prejudiciële vragen rechtbank Midden-Nederland; ‘gepre-pakte’ Estro faillissementsprocedure in strijd met Richtlijn
- Uitspraak Ktr. Noord-Holland 12 okt 2017 (Bogra) eerste Nederlandse uitspraak na Estro zonder succes. Voorlopige conclusie huidige wetgeving schiet nog tekort.
- **Informatieplicht werkgever zonder OR (art. 7:665a BW):**
 1. In kennis stellen van besluit tot overgang
 2. Voorgenomen datum tot overgang
 3. Reden van overgang
 4. Juridische, economische en sociale gevolgen van overgang voor werknemers
 5. De ten aanzien van werknemers overwogen maatregelen
- **Informatieplicht werkgever met OR (art. 25):**
 - Adviesrecht over voorgenomen besluit tot overdracht van zeggenschap onderneming of onderdeel daarvan (in ruime zin).

OVERGANG VAN ONDERNEMING (5)

- **Uitvoering van pensioenregeling**
 - uitvoeringsovereenkomst gaat niet automatisch over bij ondernemings- en bedrijfstakpensioenfondsen i.v.m. domeinafbakening in de PW art. 118-120
 - vraag is of verplichtstelling BPF na overgang behouden blijft
 - toekomstige verplichtingen van vervreemder gaan niet over
 - bestaande verplichtingen, bijv. premieachterstanden, gaan in beginsel wel over
- **Onderzoek (behoud) vrijstelling van belang**
 - werkingssfeer van ‘in hoofdzaak criterium’ activiteiten in relatie tot werkelijke activiteiten o.b.v. omzet, loon of aantal werknemers
 - vaak mismatch tussen werkelijke activiteiten en geregistreerde activiteiten bij KvK en Belastingdienst

MOGELIJKHEID 1

Vervreemder > pensioenovereenkomst
Verkrijger > pensioenovereenkomst

overgang van rechtswege op de verkrijger, art. 7:633 BW
tenzij art. 7:664 BW lid 1 sub a en c



pensioenovereenkomst vervreemder blijft gelden

- Verkrijger kan slechtere regeling in de plaats stellen
- In CAO verkrijger wordt afgeweken van pensioenregeling

MOGELIJKHEID 2

Vervreemder	>	pensioenovereenkomst
Verkrijger	>	geen pensioenregeling

overgang van rechtswege op de verkrijger, art. 7:633 BW



pensioenovereenkomst vervreemder blijft gelden

- Vervreemder nog 1 jaar hoofdelijk verbonden

MOGELIJKHEID 3

Vervreemder	>	geen pensioenregeling
Verkrijger	>	pensioenovereenkomst

leegte in BW, vermoeden van een aanbod, art. 9 PW



verkrijger wordt geacht dezelfde pensioenregeling
aan te bieden als eigen werknemers

- Art. 9 PW berust op fictie, d.w.z. een niet met bewijsmiddelen te weerleggen aanname.

MOGELIJKHEID 4

Vervreemder > pensioenovereenkomst
Verkrijger > verplichte deelname BPF

geen overgang pensioenovereenkomst



overgenomen werknemers verplicht in BPF

- Indien verkrijger collectieve vrijstelling (niet voor afwikkelvrijstelling) BPF heeft geldt deze ook voor overgenomen werknemers



MOGELIJKHEID 5

Vervreemder	>	verplichte deelname in BPF
Verkrijger	>	pensioenovereenkomst

geen overgang van rechtswege, leegte in wetgeving,
art. 2 Wet Bpf 2000



overgedragen werknemers gaan deelnemen
in pensioenregeling verkrijger

- Tenzij o.b.v. de werkingssfeer alsnog een verplichte aansluiting bestaat bij de verkrijger
- Pensioenovereenkomst onderdeel arbeidsvoorwaarden

MOGELIJKHEID 6

Vervreemder	>	verplichte deelname in BPF
Verkrijger	>	verplichte deelname in zelfde BPF

geen overgang van rechtswege



verplichte deelneming BPF blijft gelden,
art. 7:664 BW lid 1 sub b

- Doorlopende deelneming



MOGELIJKHEID 7

Vervreemder	>	geen pensioenregeling
Verkrijger	>	verplichte deelname in BPF

verplichte deelname BPF, art. 2 en 4 Wet Bpf 2000



werknemers bij verkrijger gaan verplicht
deelnemen in BPF, tenzij...

- O.b.v. gewijzigd 'in hoofdzaak criterium' toepassing van de verplichte werkingssfeer vervalt

MOGELIJKHEID 8

Vervreemder	>	verplichte deelname BPF
Verkrijger	>	geen pensioenregeling

geen overgang van rechtswege omdat verplichte deelname BPF
niet op arbeidsovereenkomst berust



werknemers bij verkrijger hebben geen pensioen, tenzij...

- O.b.v. gewijzigd 'in hoofdzaak criterium' toepassing van de verplichte werkingsfeer vervalt

MOGELIJKHEID 9

Vervreemder	>	verplichte deelname BPF
Verkrijger	>	verplichte deelname in ander BPF

geen overgang van rechtswege, art. 7:664 BW lid 1 sub b



werknemers vervreemder gaan over naar ander BPF, tenzij...

- O.b.v. gewijzigd 'in hoofdzaak criterium' toepassing van de verplichte werkingssfeer vervalt

MOGELIJKE SITUATIES OVERGANG VAN ONDERNEMING (6)

Pensioenregeling bij overdragende werkgever voor overgang	Pensioenregeling bij verkrijgende werkgever na overgang	Gevolg voor rechten en verplichtingen ten aanzien van pensioen	Wettelijke grondslag
1. pensioenovereenkomst	pensioenovereenkomst	overgang van rechtswege, tenzij aanbod pensioenovereenkomst door verkrijger of afwijkende cao	art. 7:663 jo. 7:664 lid 1, onder a en c, BW
2. pensioenovereenkomst	geen pensioenregeling	overgang van rechtswege	art. 7:663 BW
3. geen pensioenregeling	pensioenovereenkomst	vermoeden van een aanbod	art. 9 PW
4. pensioenovereenkomst	verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds	geen overgang van rechtswege. Werknemers gaan deelnemen in verplicht bedrijfstakpensioenfonds	art. 7:664 lid 1, onder b, BW
5. verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds	pensioenovereenkomst	geen overgang van rechtswege	geen
6. verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds	verplichte deelneming in zelfde bedrijfstakpensioenfonds	overgang van rechtswege geen overgang van rechtswege*	art. 7.663 BW jo. 7:664 BW lid 2 art. 7:664 lid 1b BW*
7. geen pensioenregeling	verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds	verplichte deelneming bedrijfstakpensioenfonds wordt van toepassing	art. 2 en 4 Wet Bpf 2000
8. verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds	geen pensioenregeling	geen overgang rechten en plichten ter zake pensioen	art. 2 Wet Bpf 2000
9. verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds	verplichte deelneming in ander bedrijfstakpensioenfonds	geen overgang van rechtswege. Ander verplicht bedrijfstakpensioenfonds is van toepassing	art. 7:664 lid 1, onder b, BW

OVERGANG VAN ONDERNEMING (7)

Mogelijke situaties samengevat, pensioen gaat mee over, tenzij:

1. verkrijger heeft eigen pensioenregeling ('keuzerecht')
2. verkrijger valt onder een Bpf;
3. afwijkende regeling bij CAO; of
4. vervreemder had geen pensioenregeling / verkrijger wel.

Pensioengevolgen voor arbeidsongeschikte bij overgang:

- geen onderscheid tussen werkende en zieke werknemers (RB Maastricht 6 mrt 2017)
- gedurende 104 weken loondoorbetalingsplicht minimaal 140%
- na 104 weken WIA uitkering mist 35% a.o.
- bij toekenning WIA uitkering bieden meeste uitvoerders PVA en/of AOP
- indien na 104 weken arbeids- en pensioenovereenkomst worden beëindigd
- let op in hoeverre inloop- en uitlooprisico's zijn gedekt

AANDELENOVERDRACHT (1)

- Geen gevolgen voor de arbeids- of pensioenovereenkomst niet wettelijk gedefinieerd
- Gevolgen voor verplichtstelling Bpf:
 - overdracht van aandelen heeft in beginsel geen gevolgen voor verplichtstelling
 - mogelijk wel gevolgen indien werknemers in dienst treden bij een andere onderneming of daar te werk worden gesteld, afhankelijk van bepalingen in verplichtstellingsbesluit, [website Ministerie van Sociale en Werkgelegenheid](#)
- Uitvoeringsovereenkomst eindigt na verbreking groepsverband:
 - bij een verzekeraar of PPI indien de vennootschap de groep verlaat
 - bij een OPF of APF indien de vennootschap geen aangesloten onderneming meer is

AANDELENOVERDRACHT (2)

- Uitvoeringsovereenkomst met verzekeraar of PPI
RB Zutphen 9 jan 2008
 - beschermend recht premievrije handhaving pensioenverzekering geldt alleen voor werknemer en niet voor werkgever
 - werkgever heeft alleen recht op bescherming bij insolventierisico welke door verzekeraar wordt overgenomen
- Verkrijger kan dus met extra kosten worden geconfronteerd

AANDELENOVERDRACHT (3)

- Mogelijke gevolgen voor uitvoeringsovereenkomst:
 - Bij een OPF of APF kan een herstelpremie worden gevraagd
 - Bij een verzekeraar of PPI kans op verborgen kosten (garantie- beheer- en uitvoeringskosten), waardeoverdracht en inloop/uitlooprisico (N.B. Van Leeuwen Convenant alleen dekking uitlooprisico en geen carenzjaren)
- Kans op verplichte deelname BPF indien de arbeidsvoorwaarden wijzigen
- Kans op vervallen van verplichte deelname BPF
- Kans op collectieve waardeoverdracht (art. 83PW, lid 1a) indien de uitvoering elders dient te worden voortgezet

JURIDISCHE FUSIE (1)

- Vermogensovergang onder algemene titel, art 2:309BW
geen wettelijke bepalingen t.a.v. rechten of verplichtingen, bestaande pensioenregeling wordt gecontinueerd
- Mogelijke vormen van samengaan:
 1. de eerste rechtspersoon verdwijnt
 2. de tweede rechtspersoon verdwijnt
 3. twee nieuwe opgerichte rechtspersonen, de oude rechtspersonen verdwijnen

Alle rechten en plichten van de rechtspersoon die ophoudt te bestaan gaan over op de verkrijgende rechtspersoon

JURIDISCHE FUSIE (2)

- Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000, art. 7a – 7d
 - a. Fusie beide werkgevers met vrijstelling zelfde Bpf > geen gevolgen
 - b. Fusie werkgevers met en zonder vrijstelling zelfde Bpf > vrijstellingen vervallen tenzij voor de overgang 50% v.d. werknemers reeds in dienst was bij werkgever met verplichte vrijstelling. Keuze uit uitbreiding vrijstelling tot alle huidige en toekomstige werknemers nieuwe werkgever (N.B. risico op verzekeringstechnisch nadeel) of afloopvrijstelling voor werknemers van oude werkgever.
 - c. Fusie werkgevers met en zonder vrijstelling verschillende Bpf's > uitbreiding vrijstelling bij nieuwe werkgever
 - d. Splitsing > vrijstelling
 - e. Doorstart > vrijstelling mits binnen 1 jaar en 50% v.d. werknemers van gefailleerde werkgever wordt overgenomen

BELANG VAN OVERNAMEOVEREENKOMST

- Wetgeving in hoofdzaak dwingendrechtelijk waar in positieve zin bepalingen kunnen worden opgenomen
- Nadere afspraken rondom pensioen voorkomt in de praktijk problemen bijvoorbeeld bij
 - premieachterstanden
 - vorderingen > 1 jaar
 - waardeoverdracht
- Evt. garantie afspraken
 - helder formuleren HR 21 juni 2013, NJ 2013/446, PJ 2013/158 (Bettinehoeve/Fuel Investments)

AANDACHTSGEBIEDEN PENSIOENADVIES BIJ BEDRIJVEN MET BPF REGELING (1)

- Pensioenuitvoerders geven geen (onafhankelijk) advies
 - werkgevers hebben hier vaak wel behoefte aan
 - pensioencommunicatie PF's teveel gericht op eigen regeling en gaat voorbij aan specifieke gerichte informatie waar WG voor verantwoordelijk is
- Veel PF regelingen beperkt en niet fiscaal optimaal bijv.:
 - BPF horeca; standaard geen PP/WzP pensioen
 - BPF AVH (groente en fruit); verplichte basisregeling max. PS € 37.046 , PP 50% en WzP 10%
 - BpF Stipp, maximaal PS uurloon € 29,17, basis OP 5,4% premie van PG
 - N.B. (excedent) regeling met franchise per uur (zoals horeca en Stipp) weinig mogelijk
- Niet alle BPF's verplicht of zijn gestopt, bijv.:
 - Pensioenfonds TrueBlue indien geen lid werkgeversvereniging ICT NL
 - BpF kunstof- en rubberindustrie, gestopt per 1 jan. 2017
 - BpF Accountancy (gestopt per 1 juli 2017)

KANSEN VOOR PENSIOENADVIES BIJ BEDRIJVEN MET BPF REGELING (2)

- Nog steeds verplicht aangesloten of verplicht vrijgesteld?
 - veel bedrijven met onjuiste SBI registratie(s) KvK, gevolgen.....
 - tussentijds CAO/BPF onderzoek belangrijk, verplichtstellingsbesluiten wijzigen tussentijds
 - due diligence bij accountants/adm. kantoren voorkomt problemen werkgevers en beperkt aansprakelijkheid accountant
 - na bedrijfsherstructurering vergeet men soms opnieuw aan te melden c.q. onderzoek CAO/BPF
- Uitstroming oudere werknemers bij reorganisatie
 - kan werknemer eerder met pensioen, deelname generatiepact?, welke flexibiliseringsmogelijkheden?, deeltijdpensioen mogelijk? Inzicht geven, integraal advies met andere financiële factoren.



Bedankt voor uw aandacht!

Wilfred H. Korthouwer MPLA CCFP

wilfred@wkpensioenconsultancy.nl

T 0251-673633

M 06-19620457