

Keuzerecht werkgever bij overgang van onderneming



**Mrs. F. Doornik, N. Opdam,
W. van Heest, M. Minnaard**

Frank Doornik, Nicolette Opdam, Wouter van Heest en Maarten Minnaard zijn advocaat bij respectievelijk Loyens & Loeff, Holland Van Gijzen, Van Heest Advocatuur en Houthoff Buruma.

Prof. dr. E. Lutjens heeft in *Pensioen & Praktijk*, nr. 5, 2008 een interessante bijdrage geleverd aan het debat over hoe 'keuzerecht' bij overgang van een onderneming ingebed zou moeten worden in het begrippenapparaat van de Pensioenwet waar 'pensioentoezegging' is vervangen door 'pensioenovereenkomst'. Prof. Lutjens geeft in zijn artikel echter een onjuiste interpretatie van het huidige artikel 7:664 BW. Aansluitend op het artikel geeft prof. Lutjens zijn reactie op deze visie.

De hoofdregel bij overgang van een onderneming is dat de rechten en plichten uit een arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan op de verkrijger. Voor pensioen geldt een aantal uitzonderingen, waaronder het recht van de verkrijger om de eigen pensioenregeling toe te passen op de groep overkomende werknemers.

De aftrap van het publieke debat over het keuzerecht in het post-PSW-tijdperk vond plaats door een artikel van mr. Frank Doornik in *het Financieele Dagblad* van 7 februari 2008 onder de prikkelende kop 'Overname wordt dure grap'. Mr. Doornik kwam tot deze conclusie omdat bij een strikte uitleg van de voorgestelde aanpassing van artikel 7:664 lid 1, onderdeel a Burgerlijk Wetboek (BW), de werknemer zou moeten instemmen met de pensioenregeling van de verkrijger bij gebreke waarvan de oude pensioenregeling zou blijven gelden (deel uitmakend van de Veegwet¹). Mrs. Opdam, Van Heest en Minnaard reageerden in *het Financieele Dagblad* van 23 februari 2008. Hoewel wij alle vier verschillende accenten legden, waren wij het in de kern eens; het wetsvoorstel is inhoudelijk onjuist, leidt tot verwarring en dient te worden aangepast omdat het niet in overeenstemming was met het oorspronkelijke doel van het 'keuzerecht'. Dit was daarom ook reden tot het gezamenlijk schrijven van een naschrift² (zie kader) met daarin een oproep aan de Kamerleden om 7:664 BW anders te redigeren. Inmiddels heeft minister Donner na de gerezen commotie in de Eerste Kamer aangegeven

bij de eerstvolgende gelegenheid de aanpassing van artikel 7:664 BW te verbeteren.³ Daarmee lijkt het debat te zijn beslecht. Toch is het goed om nog eens stil te staan bij de bedoeling van het keuzerecht in het licht van de Pensioenwet.

Toezegging wordt overeenkomst

Het oude begrip 'pensioentoezegging' uit de PSW had en heeft een wat diffuse associatie. Het roept een beeld van eenzijdigheid op. Een beeld dat in de meeste gevallen onjuist is, omdat de arbeidsvoorwaarde pensioen is ingebed in de arbeidsovereenkomst en daarmee resultante is van aanbod en aanvaarding.⁴ De Pensioenwet spreekt in artikel 7 lid 1 over het doen van een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst. Daarmee wordt duidelijk dat het gewone verbintenisrechtelijke kader op de totstandkoming van de arbeidsvoorwaarde pensioen van toepassing is en – na aanvaarding van het aanbod – op de ontstane pensioenovereenkomst. Betekent dit dat in wet- en regelgeving pensioentoezegging kan worden vervangen door pensioenovereenkomst? Het antwoord is nee. Toch is dat wat gebeurde bij de Veegwet bij de voorgestelde wijziging van artikel 7:664 BW. In de Memorie van Toelichting⁵ op de Pensioenwet is door de wetgever gesteld:

'Dit begrip [verwezen wordt naar het begrip 'pensioenovereenkomst': schrijvers] vervangt het in de PSW gehanteerde begrip "pensioentoezeg-

ging”. De term pensioenovereenkomst verdient de voorkeur omdat deze, beter dan het in de PSW gehanteerde begrip pensioentoezegging, uitdrukt dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is die werkgever en werknemer samen overeenkomen. De suggestie volgend uit de term pensioentoezegging dat het bij pensioen om een eenzijdige rechtshandeling en dus om een gunst van de werkgever gaat, is daarmee verdwenen. Dit wetsvoorstel beoogt geen inhoudelijke wijzigingen met de keuze voor het begrip pensioenovereenkomst in plaats van pensioentoezegging. *Voor de totstandkoming van de pensioenovereenkomst is aanvaarding van de kant van de werknemer vereist. Hier is geen verschil met het begrip pensioentoezegging: in de literatuur en in jurisprudentie wordt er over het algemeen al vanuit gegaan dat ook een pensioentoezegging aanvaard moet worden door de werknemer.* [cursivering toegevoegd]

De wetgever zegt dus dat pensioentoezegging en pensioenovereenkomst hetzelfde begrip zijn, evenwel uitsluitend voor zover de werknemer de ‘toezegging’ (lees: het aanbod) heeft aanvaard, dus voor zover er sprake is van een overeenkomst. Wat betekent dit nu voor de regeling inzake overgang van onderneming?

De hoofdregel bij overgang van een onderneming (artikel 7:663 BW) is dat de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit een arbeidsovereenkomst tussen de vervreemder en zijn werknemer(s) van rechtswege overgaan op de verkrijger. Tot 1 juli 2002 was de arbeidsvoorwaarde pensioen van deze hoofdregel uitgezonderd. De hoofdregel is sinds de wijziging van artikel 7:664 BW echter evenzeer van toepassing op pensioen.⁶ De uitzondering op de hoofdregel is dat als zowel verkrijger als de vervreemder een eigen pensioenregeling hebben, de verkrijger de beide bestaande regelingen kan voortzetten, maar er ook voor kan kiezen om zijn eigen pensioenregeling op de overgenomen werknemers toe te passen:

‘(..) de verkrijger aan de werknemer, bedoeld in artikel 663, dezelfde toezegging doet, die hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gedaan aan zijn werknemers (...).’

Deze keuzemogelijkheid bestaat alleen niet wanneer de verkrijger onder een verplicht gestelde bedrijfspensioenfondswetgeving valt en de overgenomen werknemers ook onder de werkingssfeer van dat bedrijfspensioenfonds gaan vallen.

Met de Veegwet zou artikel 7:664 BW zo worden aangepast dat bij overgang van een onderneming de verkrijger de oude pensioenregeling niet hoeft voort te zetten als hij met de werknemer ‘dezelfde pensioenovereenkomst sluit’ die hij al voor overgang heeft gesloten met zijn werknemers.

‘(..) de verkrijger met de werknemer, bedoeld in artikel 663, dezelfde pensioenovereenkomst sluit, die hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gesloten met zijn werknemers (...).’

In deze redactie leidt een afwijzing van het aanbod door de werknemer ertoe dat de hoofdregel bij overnames (7:663 BW) in werking treedt. De verkrijger zou dan verplicht zijn om de pensioenregeling van de verkoper voort te zetten. Is dat nu wat werkelijk beoogd is?

Geen inhoudelijke wijziging

Over één ding verschillen prof. Lutjens en wij in ieder geval niet van mening; met de wijziging van artikel 7:664 BW is geen koerswijziging beoogd. Omdat in de parlementaire geschiedenis van de Veegwet nauwelijks iets inhoudelijks te vinden is, zal men moeten teruggrijpen op de wetsgeschiedenis van 7:664 BW om vast te stellen wat de bedoeling van

deze regeling is geweest.⁷ Het huidige artikel 7:664 BW vindt zijn oorsprong in wetsvoorstel 27469 (wet tot uitvoering van EU Richtlijn 98/50, inzake behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming). Blijkens de memorie van toelichting bij artikel 7:664 lid 1 sub a, beoogde dit artikel de volgende situatie te regelen⁸:

‘Ad 3. In de praktijk zal de derde situatie, namelijk dat zowel de verkrijger als de vervreemder een eigen pensioenregeling heeft het meeste voorkomen. In dat geval zal de verkrijger de beide bestaande regelingen – voor de overgenomen werknemers respectievelijk zijn eigen werknemers – moeten voortzetten, maar kan hij er ook voor kiezen om zijn eigen pensioenregeling op de overgenomen werknemers toe te passen.

(...)

Het onderhavige wetsvoorstel houdt in dat de betrokken werknemers wettelijk worden beschermd in de situatie dat de vervreemder of de verkrijger géén pensioenregeling heeft. Wanneer beiden elk wel een pensioenregeling hebben, maar deze onderling afwijkend zijn, kan de overgang onder omstandigheden leiden tot een verslechtering van de pensioenregeling van de overgenomen werknemers. Het betekent echter wel een verbetering van de positie ten opzichte van de huidige wettelijke regeling waarin het mogelijk is dat de pensioenregeling voor de overgenomen werknemers wordt beëindigd.’

Zie ook de Memorie van Antwoord met betrekking tot hetzelfde wetsvoorstel (blz 7):

‘Op grond van artikel 7:664 lid 1 onderdeel a BW geldt dat de rechten en verplichtingen uit de pensioentoezegging van de vervreemder niet van rechtswege overgaan op de verkrijger indien de verkrijger en de vervreemder beide een pensioenregeling hebben en de verkrijger ervoor kiest om zijn eigen pensioenregeling toe te passen op de werknemers van de vervreemder.’

Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat artikel 7:664 lid 1 sub a BW beoogde een eenzijdig keuzerecht te scheppen voor de verkrijger van de onderneming, ongeacht de eventuele wens van de werknemer om zijn oude pensioenregeling te behouden. De werkgever kan er dus voor kiezen om zijn eigen pensioenregeling op de overgenomen werknemers ‘toe te passen’. Voor deze keuze is geen overeenstemming nodig met de werknemer. Dan zou immers niet van ‘toepassen’ worden gesproken. Het feit dat onderkend wordt dat de pensioenregeling van de verkrijger die van zijn keuzerecht gebruik maakt slechter kan zijn, bevestigt nog eens uitdrukkelijk dat sprake is van een keuzerecht voor de werkgever. Welke werknemer zou een mindere pensioenregeling aanvaarden als hij de oude betere pensioenregeling kan behouden door de pensioenregeling van de verkrijger te weigeren? In onze optiek alleen een slecht geïnformeerde werknemer. En dat zou in die situatie op grond van het beginsel van goed werkgeverschap 7:611 BW zowel de vervreemder als de verkrijger (en zelfs de *target*) kunnen worden verweten.

Keuzerecht van de verkrijger

Prof. Lutjens reikt de Kamerleden een vijftal argumenten, inhoudende dat het keuzerecht van de werkgever alleen doorgang zou vinden als de werknemer het pensioenaanbod zou accepteren. Bij gebreke van instemming zou in deze visie de oude pensioenregeling blijven gelden. De vijf argumenten luiden geparafraseerd als volgt:

Ten eerste: de Pensioentoezegging moet ook worden aanvaard. In het Nederlands recht scheppen eenzijdige toezeggingen geen verbin-

Juist is dat een pensioentoezegging moet worden aanvaard, ook bij toepassing van het keuzerecht ingevolge artikel 7:664 lid 1 onderdeel a BW. Aanvaarding kan zoals prof. Lutjens zelf beschrijft op vele manieren; uitdrukkelijk en stilzwijgend. Maar de eis van aanvaarding leidt bij een afwijzing nog niet tot een herleving van de hoofdregel bij overgang van onderneming. In de visie van Lutjens verwordt het keuzerecht tot een vrijblijvend aanbod van de verkrijger. Maar daarvoor was het niet nodig om zoveel woorden te besteden aan een keuzerecht als dat recht zo weinig om het lijf zou hebben. Aan de mogelijkheid om overkomende werknemers een aanbod te doen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, staat niets de verkrijger in de weg.

Zoals hiervoor reeds uiteen is gezet, dient het begrip 'pensioentoezegging' in artikel 7:664 lid 1 sub a BW ook in de context van de PSW te worden uitgelegd als het 'aanbod'. In dezelfde zin stelt overigens ook mr. P.M. Tulfer: 'Een toezegging omtrent pensioen is een aanbod van de werkgever gericht tot een werknemer (...), tot het sluiten van een pensioenovereenkomst'.

Ten tweede: ook uit het Besluit Pensioentoezegging volgt dat een pensioentoezegging in de arbeidsverhouding besloten ligt en dus sprake is van een tweezijdige overeenkomst.

Ook deze vaststelling is juist. Dit levert echter geen argument op waardoor het keuzerecht van de werkgever ten faveure van de werknemer aan kracht zou inboeten.

Ten derde: het oogmerk van de wetgever is dat de bestaande arbeidsovereenkomst inclusief pensioenovereenkomst één op één overgaat op de verkrijger. De bescherming van de werknemer zou ernstig worden geschaad indien de werkgever er eenzijdig voor kan kiezen om de oude pensioenregeling niet voort te zetten.

Dit argument berust op een onjuiste lezing van de wetsgeschiedenis, zo blijkt bijvoorbeeld uit Memorie van Antwoord⁹:

'(..) het uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat werknemers worden beschermd bij overgang van een onderneming. Het uitgangspunt van die bescherming is *niet* dat de pensioenregeling van werknemers er nooit op achteruit mag gaan. Het wetsvoorstel heeft tot doel te voorkomen dat de pensioenregeling van werknemers door een overgang, zoals op grond van de huidige wettelijke regeling mogelijk is, zonder meer beëindigd wordt of dat de overgenomen werknemers die geen pensioenregeling hebben, worden uitgesloten van deelneming in de in de verkrijgende onderneming geldende pensioenregeling. Met de genoemde uitgangspunten wordt een minimumwaarborg gerealiseerd.'

Als het keuzerecht niet het doel heeft om te voorkomen dat de pensioenregeling van werknemers er nooit op achteruit mag gaan, dan kan moeilijk worden betoogd dat de bescherming van de werknemer ernstig zou worden geschaad indien de werkgever er eenzijdig voor kan kiezen om de oude pensioenregeling niet voort te zetten. Deze consequentie is door de wetgever uitdrukkelijk onderkend. Inmiddels heeft minister Donner zich in het wetgevingstraject van de Veegwet ook in deze zin uitgesproken, waarbij hij terugverwees naar de wetsgeschiedenis van 7:664 BW¹⁰:

'Het is, zoals ook duidelijk wordt uiteengezet in de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, blz. 3 en 4) expliciet niet de bedoeling van artikel 7:664 van het BW om de werknemers in deze situatie (waarin zowel de overdragende onderneming als de verkrijgende onderneming een pensioenregeling heeft) het behoud van hun oude pen-

sioenregeling te garanderen. Beoogd is om de overnemende werkgever de mogelijkheid te bieden de nieuw overgekomen werknemers in zijn pensioenregeling op te nemen. Professor Lutjens betoogt in zijn brief van 23 april 2008 dat het nu juist wel de bedoeling zou zijn van artikel 7:664 om de werknemers de keus te laten of zij de pensioenregeling van de nieuwe werkgever prefereren boven hun oude pensioenregeling. Voor dit betoog is evenwel geen steun te vinden in de tekst van het vigerende artikel 7:664 van het BW, noch in de memorie van toelichting op dat artikel.'

Ten vierde: het aannemen van een eenzijdig keuzerecht voor de werkgever zou niet passen in de algemene benadering dat uitzondering op hoofdregels beperkt uitgelegd en toegepast moeten worden.

Het primaat ligt bij de wetgever. Niet valt daarom in te zien waarom een uitdrukkelijk door de wetgever erkend gevolg van het keuzerecht contra legem geïnterpreteerd zou moeten worden. Daartoe dwingt geen enkel rechtsbeginsel.'

Ten vijfde: de mogelijkheid om bij cao af te wijken van de hoofdregel dat de pensioentoezegging van de vervreemder van rechtswege overgaat op de verkrijger (waarbij de betrokkenheid van vakorganisaties een waarborg zou vormen dat er een goede pensioenregeling zou komen), zou in schrill contrast staan bij de aanneming dat de werkgever eenzijdig ervoor zou kunnen kiezen om de oude pensioenregeling niet voort te zetten.

De mogelijkheid om bij cao van de hoofdregel af te wijken, houdt verband met het feit dat de wetgever geen garantie wilde opnemen dat werknemers er niet op achteruit zouden kunnen gaan. Dat laatste zou te zeer een inbreuk betekenen op de onderhandelingsvrijheid van sociale partners ten aanzien van arbeidsvoorwaarden¹¹:

'Sociale partners kunnen hierdoor voor het over te nemen personeel een passende regeling treffen, in het bijzonder wanneer dit bij de overgang van de onderneming in een ongunstigere positie zou komen te verkeren voor wat betreft de pensioenvoorziening.'

Dat sociale partners kunnen besluiten om een passende regeling te treffen, levert geen valide argument op om te betogen dat de werkgever er niet eenzijdig voor zou kunnen kiezen om de oude pensioenregeling niet voort te zetten maar de eigen pensioenregeling aan te bieden.

Conclusie

De Pensioenwet is in veel opzichten een stap vooruit in vergelijking met de oude Pensioen- en spaarfondsenwet. De Pensioenwet is echter een omvangrijke wet geworden met consequenties voor tal van andere wetten en lagere regelgeving. In een poging om weeffouten te herstellen, is bij de Veegwet wel erg rigoureuus te werk gegaan als het gaat om het keuzerecht bij overgang van onderneming. Aan dat keuzerecht is inhoudelijk niets veranderd. In afwijking van de hoofdregel bij overgang van onderneming bestaat er een aantal uitzonderingen, waaronder het recht van de verkrijger om de eigen pensioenregeling toe te passen op de groep overkomende werknemers. Werknemers mogen dat weigeren en zullen dat mogelijk willen doen als de nieuwe pensioenregeling minder is. Een weigering om het aanbod van de verkrijger te aanvaarden, doet aan de werking van het keuzerecht niets af. Dat een en ander ertoe kan leiden dat de werknemers er qua pensioen op achteruit gaan, is een erkend gevolg van het keuzerecht. Wie dit anders zou willen, dient zich tot de politiek te wenden.

Noten

1. *Kamerstukken II* 2007–2008, 31 226, nr. 2.
2. *Het Financieele Dagblad* van 2 april 2008 onder de kop ‘Pensioenadvocaten’.
3. *Kamerstukken I* 2007–2008, 31 226, D, p. 15.
4. Zie uitgebreid prof. E. Lutjens, De PSW, Wethistorisch overzicht en commentaar, Kluwer 1998, 2.2 en door dezelfde auteur in *Sociaal Recht*, 2006, nummer 6, blz. 186.
5. *Kamerstukken II* 2005–2006, 30 413, nr. 3, p. 12.
6. *Kamerstukken II* 2000–2001, 27 469, Stb. 215. Iwtr: 1 juli 2002.
7. Pas bij de nadere Memorie van Antwoord wordt ingegaan op de oorspronkelijke bedoeling van 7:664BW, daarbij verwijzend naar de wetsgeschiedenis van voornoemd artikel.
8. *Kamerstukken II* 2000–2001, 27 469, nr. 3, p. 3.
9. *Kamerstukken I* 2001–2002, 27 469, nr. 163.
10. *Kamerstukken I* 2007–2008, 31 226 A.
11. *Kamerstukken I* 2001–2002, 27 469, nr. 163, p. 5.

Pensioenadvocaten

N. Opdam, F. Doornik, W. van Heest, M. Minnaard

In het *FD* van 7 en 23 februari gaven wij ieder voor zich onze visie op het keuzerecht van de werkgever met betrekking tot de pensioenregeling bij een bedrijfsovername. De lezer, maar ook de wetgever, zou hieruit wellicht kunnen opmaken dat wij het niet met elkaar eens zijn, maar in de kern huldigen wij hetzelfde standpunt.

We zijn het met elkaar eens dat de wetgever het begrip ‘pensioen-toezegging’ heeft vervangen door ‘pensioenovereenkomst’ voor zover daarmee wordt bedoeld dat de werknemer het aanbod van de werkgever voor een pensioenregeling heeft aanvaard. En al heeft de regering geen inhoudelijke wijziging beoogd, in het huidige wetsontwerp van de Veegwet Pensioenwet staat wel degelijk iets anders. We kunnen dan alleen bij de uitleg van deze bepaling naar de oorspronkelijke doelstelling van het keuzerecht teruggrijpen.

Knullige wetgeving bij het pensioenrecht is onwenselijk. Pensioen is mede dankzij de vele ingrepen van de wetgever al ingewikkeld genoeg. Volstrekte duidelijkheid over de positie van werkgever en werknemer bij overnames is vereist. Terecht stelde de Eerste Kamer recentelijk vragen over de wijziging. En de ‘oplossing’ voor deze foutieve wetgeving is eenvoudig. Indien wordt bepaald dat de nieuwe werkgever bij een overgang van onderneming niet verplicht is om de pensioenregeling van de oude werkgever voort te zetten als hij de overgenomen werknemers ‘voor het tijdstip van de overgang van onderneming hetzelfde aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst doet, dat hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gedaan aan zijn werknemers’ (vergelijk artikel 7 Pensioenwet), wordt het keuzerecht van de overnemer wederom vastgelegd, zoals dat voorheen ook gold. De Eerste Kamer moet de minister verzoeken het desbetreffende artikel te wijzigen.

Bron: Het Financieele Dagblad, 2 april 2008

Reactie op artikel**‘Keuzerecht werkgever bij overgang van onderneming’**

Pensioen bij overgang van onderneming

Prof. dr. E. Lutjens

Erik Lutjens is hoofdredacteur van Pensioen & Praktijk, advocaat bij Van Mens en Wisselink, Amsterdam en hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, Expertisecentrum Pensioenrecht.

In het artikel in *P&P* 5-2008 heb ik betoogd dat het in artikel 7:664 lid 1, sub a, bedoelde doen van een toezegging ziet op de contractuele toezegging. Er is dus een overeenkomst. De met de wijzigingswet Pensioenwet beoogde aanpassing van de terminologie (invoegen van het woord ‘pensioenovereenkomst’), is dan ook een juiste en niet tot een materiële wijziging leidende aanpassing van dat artikel. De auteurs van voorgaande reactie bestrijden die opvatting en betogen dat het doen van een toezegging omtrent pensioen het eenzijdige aanbod van de werkgever inhoudt. Een aanpassing zonder materiële wijziging van de bedoeling zou dan ook moeten inhouden dat in artikel 7:664 wordt vastgelegd dat (de uitzondering op de verplichting tot het overnemen van de pensioenverplichtingen van de overdragende werkgever) geldt wanneer de verkrijgende werkgever hetzelfde aanbod doet voor het sluiten van een pensioenovereenkomst dat hij al voor de overgang aan zijn eigen werknemers heeft gedaan. In de publicatie in *het Financieele Dagblad* van 2 april 2008 stellen de auteurs daarbij de eis dat dit aanbod is gedaan vóór het tijdstip van overgang van de onderneming.

Dat laatste lijkt me een toevoeging die de beoogde werking ernstig bemoeilijkt. Voor de overgang, dus voor het moment dat de werknemers zijn overgekomen, moet de werknemer dan een aanbod doen. Dat is een eis die het huidige artikel 7:664 ook niet stelt: voldoende is dat de werkgever dezelfde toezegging doet, maar wanneer dat gebeurt, is niet geduid.

Dat is een detail in vergelijking met de kernvraag: is een aanbod voldoende (heeft de werkgever dus het keuzerecht) of moet er een overeenkomst zijn (en kan de werknemer ervoor kiezen om dit aanbod niet te aanvaarden)? De woorden toezegging omtrent pensioen uit de PSW zijn in de Pensioenwet vervangen door het begrip pensioenovereenkomst, waarmee blijkens de wetsgeschiedenis alleen maar een moderner woord is gekozen, maar niets materiëls is gewijzigd. Dat was ook de overwegende opvatting in de literatuur: de toezegging moest worden opgevat als contractuele toezegging, dus zonder overeenkomst was er geen toezegging omtrent pensioen. Dat geldt dan ook voor artikel 7:664, was mijn betoog.

In de hiervoor genoemde reactie wordt een andere opvatting verdedigd en de auteurs vinden kennelijk de regering aan hun zijde, blijkens de nadere memorie van antwoord aan de Eerste Kamer, zie de tekst in het kader. Dit overtuigt echter niet, gelet op mijn artikel in *P&P* 5-2008, alsmede omdat het doen van een toezegging tekstueel betekent dat er een overeenkomst moet zijn en ook omdat de wetsgeschiedenis niet zo eenduidig is als wordt gesuggereerd. Eens, een garantie aan de werknemers is niet gegeven. Dat betekent dus dat alleen als gevolg van de overgang een afwijkende pensioenregeling overeengekomen kan worden en dat op grond van de geldende procedureregels een – zelfs eenzijdige (indien er bijvoorbeeld een wijzigingsbeding geldt) – wijziging van de pensioenregeling mogelijk is. De wetsgeschiedenis betreffende de invoering van de huidige tekst van artikel 7:664 (vastleggen overgang pensioenregelingen, tenzij voor zover hier relevant de verkrijger dezelfde toezegging doet) is ook helemaal niet zo duidelijk. Op blz. 11/12 van de memorie van toelichting staat slechts een weergave van de tekst van de wet: ‘Dit is op grond van artikel 664, eerste lid, onderdeel a, slechts anders indien de verkrijger aan de betreffende werknemer een zelfde pensioentoezegging doet als die welke al gold ten aanzien van de werknemers die al bij hem in dienst waren. In dat geval gaat de oude pensioenregeling niet van rechtswege over maar gaat er voor de betreffende werknemer een andere pensioenregeling gelden’ (Tweede Kamer, 2000-2001, 27 469, nr. 3). Op blz. 4 van de toelichting wordt over een keuzemogelijkheid gesproken: ‘zal de verkrijger de beide bestaande regelingen – voor de overgenomen werknemers respectievelijk zijn eigen werknemers – moeten voortzetten, maar kan hij er ook voor kiezen om zijn eigen pensioenregeling op de overgenomen werknemers toe te passen. Die keuzemogelijkheid bestaat niet wanneer de verkrijger onder een verplicht gestelde bedrijfspensioenfondswetgeving valt [...]’. Is hier nou een eenzijdig keuzerecht van de werkgever bedoeld? Of is met de keuze voor het toepassen het bieden bedoeld van de mogelijkheid om een overeenkomst ter zake met de werknemers aan te gaan? De Nota naar aanleiding van het verslag geeft steun voor die uitleg: ‘Artikel 664 lid 1 onder a ziet op de situatie dat de verkrijger aan de overgaande werknemers dezelfde pensioenregeling biedt als aan zijn eigen werknemers’ (Tweede Kamer, 2000-2001, 27 469, nr. 5, p. 8). Is met het bieden niet aanbieden bedoeld? Dat lijkt mij, mede gelet op de tekst van de wet, geen onjuiste veronderstelling.

Nadere memorie van antwoord 30 juni 2008

Eerste Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 226

De leden van de fractie van de VVD verzoeken om commentaar op het e-mailbericht van 27 mei 2008 van de heer F. Doornik. In dit e-mailbericht brengt de heer Doornik zijn tekstvoorstel voor wijziging van artikel V (betrekking hebbend op artikel 7:664 van het Burgerlijk Wetboek) onder de aandacht van de leden van uw Kamer. Zoals toegezegd in de memorie van antwoord (pag. 15) zal de regering bij eerstvolgende gelegenheid een voorstel tot aanpassing van artikel 7:664 Burgerlijk Wetboek doen om de ontstane onduidelijkheid over de in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen aanpassing van dit artikel op te lossen. In dit wetsvoorstel is een aanpassing van dit artikel opgenomen, die onbedoeld de indruk wekt van een materiële wijziging van dit artikel. Een materiële wijziging is evenwel niet beoogd. Beoogd is slechts een redactionele verbetering, eruit bestaande dat de bewoordingen, waarin artikel 7:664, lid 1, Burgerlijk Wetboek is gesteld, in overeenstemming worden gebracht met de terminologie van de Pensioenwet.

Op grond van artikel 7:663 en 7:664 BW behouden de werknemers in geval van overgang van hun onderneming hun oude pensioenregeling, tenzij de nieuwe werkgever hen de pensioenregeling toezegt die geldt binnen dit overnemende bedrijf. Door de met dit wetsvoorstel voorgestelde wijziging wordt – onbedoeld – de suggestie gewekt dat de werknemers het recht op hun oude pensioenregeling behouden, ook als de overnemende werkgever hen de in zijn bedrijf geldende pensioenregeling aanbiedt. Het is, zoals ook duidelijk wordt uiteengezet in de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, blz. 3 en 4) expliciet niet de bedoeling van artikel 7:664 van het BW om de werknemers in deze situatie (waarin zowel de overdragende onderneming als de verkrijgende onderneming een pensioenregeling heeft) het behoud van hun oude pensioenregeling te garanderen. Beoogd is om de overnemende werkgever de mogelijkheid te bieden de nieuw overgekomen werknemers in zijn pensioenregeling op te nemen. Professor Lutjens betoogt in zijn brief van 23 april 2008 dat het nu juist wel de bedoeling zou zijn van artikel 7:664 om de werknemers de keus te laten of zij de pensioenregeling van de nieuwe werkgever prefereren boven hun oude pensioenregeling. Voor dit betoog is evenwel geen steun te vinden in de tekst van het vigerende artikel 7:664 van het BW, noch in de memorie van toelichting op dat artikel. In een eerdere publicatie heeft professor Lutjens¹ de inhoud en strekking van artikel 7:664 van het BW wel conform de bedoeling van de wetgever weergegeven.

Noot

1. Lutjens, E. *Pensioen bij overgang van een onderneming*, in: Sociaal Maandblad Arbeid.