

Het mijnenveld van fusies

Mr. drs. Edwin Schop, datum 30-10-2017

Datum

30-10-2017

Auteur

Mr. drs. Edwin Schop^[1]

Vakgebied(en)

Pensioenen (V)

Werknemers hebben een sterk beschermingsrecht waar het gaat om het wijzigen van arbeidsvoorwaarden na (dat wil zeggen: als gevolg van) een fusie. Ook waar het gaat om pensioen, echter de uitwerking van dit beschermingsrecht is afhankelijk van het soort fusie.

De gevolgen voor de arbeidsvoorwaarde pensioen hangen af van het soort fusie. Hierna worden de verschillende vormen van fusie toegelicht. Hierbij wordt aangegeven wat de gevolgen zijn voor de inhoud en uitvoering van de pensioenovereenkomst.

Aandelenfusie

Bij een aandelenfusie gaan de aandelen van de rechtspersoon over op een ander (natuurlijk of rechtspersoon). De arbeidsverhouding tussen de werkgever en de werknemer blijft ongewijzigd en daarmee in beginsel de pensioenregeling. Hoewel de aandelenoverdracht als zodanig geen wijziging brengt in de pensioenovereenkomst, kan een aandelenoverdracht wel degelijk leiden tot een wijziging in de uitvoering ervan. En daarmee tot een wijziging van de pensioenovereenkomst. Wanneer de vennootschap waarvan de aandelen worden overgedragen onderdeel heeft uitgemaakt van een concern van vennootschappen, kan de pensioenregeling van het concern zijn ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds (Opf), een (eigen) kring in een algemeen pensioenfonds (Apf) of bij een verzekeraar of een premiepensioeninstelling (PPI) in een groepscontract.

Bij deelname aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (Bpf) blijft de situatie ongewijzigd. Tenzij de betreffende vennootschap tot een concern van rechtspersonen (ondernemingen) gaat behoren die met haar activiteiten niet valt onder een verplichtgesteld Bpf of komt te vallen onder een ander verplichtgesteld Bpf (zie verderop in deze bijdrage de verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 23 september 2016). Voorts is het mogelijk dat de pensioenregeling voor een groep van rechtspersonen (ondernemingen), waarvan de betreffende vennootschap onderdeel uitmaakte, werd uitgevoerd door een Opf en dat het een gedispenseerde pensioenregeling betrof op basis van een zogenaamde concernvrijstelling (art. 3 Vrijstellings- en Boetebesluit Wet Bpf 2000). Deze vrijstelling vervalt dan na de overdracht van de aandelen, met als mogelijk gevolg dat een vrijstelling kan worden verleend op basis van een andere vrijstellingsgrond (bijvoorbeeld een vrijstelling in verband met bestaande pensioenregeling, art. 2 Vrijstellings- en Boetebesluit Wet Bpf 2000) of de vennootschap verplicht moet gaan deelnemen in dat of een ander verplichtgesteld Bpf.

Bedrijfsfusie

Bij een bedrijfsfusie (ook wel 'activa-passiva transactie' genoemd of 'overgang van onderneming', hierna afgekort als OVO) gaat een 'onderneming' over van de vervreemder op de verkrijger (art. 7:662 BW). Wanneer precies sprake is van een onderneming en van een OVO laat ik hier even rusten, hier bestaat veel (Europese) rechtspraak over. Als hoofdregel geldt: alle rechten en plichten die (op het moment van de OVO) voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de vervreemder gaan van rechtswege over op de verkrijger (art. 7:663 BW). De hoofdregel is echter niet op de arbeidsvoorwaarde pensioen van toepassing als (art. 7:664 BW):

- de verkrijger met de overkomende werknemers, dezelfde pensioenovereenkomsten sluit die hij vóór het tijdstip van overgang ook heeft aangeboden aan zijn eigen werknemers (lid 1 onder a BW);
- de verkrijger verplicht is tot deelname aan een verplichtgesteld Bpf en deze verplichtstelling ook van toepassing is op de werknemers die overkomen (lid 1 onder b BW);
- de arbeidsvoorwaarde pensioen vanwege de overgang door een cao is aangepast (lid 1 onder c BW).

Het eerste lid van art. 7:664 BW is niet van toepassing indien de werknemer, bedoeld in art. 7:663 BW, vóór de OVO op grond van art. 2 Wet Bpf verplicht is deel te nemen in een Bpf en deze zelfde verplichting blijft gelden na de overgang

(7:664 lid 1 BW). Ook is ingeval van een OVO art. 9 PW van toepassing.

Drie nieuwe situaties

De volgende drie situaties kunnen dan ontstaan:

1. de verkrijger heeft een pensioenregeling, de vervreemder niet;
2. de vervreemder heeft een pensioenregeling, de verkrijger niet;
3. de vervreemder en de verkrijger hebben een (verschillende) pensioenregeling.

1. Verkrijger heeft pensioenregeling, vervreemder niet

Heeft de vervreemder geen pensioenregeling dan is art. 7:663 BW (en art. 7:664 BW) niet van toepassing. Wel is op grond van art. 9 PW op de werknemers van de vervreemder vanaf het moment van OVO dezelfde pensioenregeling van toepassing als op de werknemers van de verkrijger. Dit artikel geeft een regeling voor de situatie dat de verkrijger wel en de vervreemder geen pensioenregeling heeft. In dat geval is volgens de wetgever handhaving van de bestaande arbeidsvoorwaardensituatie – overgekomen werknemers *geen* en werknemers van de verkrijger *wel* een pensioenregeling – niet wenselijk. Daarmee wordt de verkrijger geacht de werknemers die overkomen een aanbod tot het sluiten van de pensioenovereenkomst te hebben gedaan, die ook met de bestaande werknemers van de verkrijger is gesloten. De verkrijger zal hier bij de onderhandelingen rekening mee (kunnen) houden. Is er bij de verkrijger sprake van een eindloonregeling (voor opbouw van pensioen of ten aanzien van het nabestaandenpensioen op risicobasis) dan spelen de dienstjaren bij de vervreemder bij de verwerving van pensioenaanspraken geen rol.

2. Vervreemder heeft pensioenregeling, verkrijger niet

In dit geval blijft de pensioenregeling van de overgekomen werknemers ongewijzigd. De pensioenregeling wordt dan niet van rechtswege van toepassing op de werknemers van de verkrijger. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is de vraag gesteld of dat betekent dat de werknemers van de verkrijger op grond van gelijke behandelingsvoorschriften ook deelname aan de pensioenregeling kunnen afdwingen. Deze vraag was ingegeven door het zogenaamde (destijds actuele) *Agfa*-arrest. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat gelijkwaardige arbeid gelijk beloond moet worden, tenzij er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor ongelijke behandeling. In het latere *Parallel Entry*-arrest heeft de Hoge Raad de wijze waarop deze gelijke behandeling in de praktijk moet worden toegepast verder uitgewerkt. Eerst moet worden beoordeeld of het onderscheid door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden. Er is geen wettelijk recht op pensioen en er is geen wet of verdrag die verschillen in pensioenregelingen tussen bepaalde groepen werknemers verbiedt. De vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid kan dan volgens de Hoge Raad slechts worden beoordeeld door het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid 'slechts' mee te nemen als een van de omstandigheden. Daarbij dient de ongelijkheid in beloning dan onder de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te zijn als bedoeld in art. 6:248 lid 2 BW. Deze zogenaamde *Parallel Entry*-toets is later door de Hoge Raad bevestigd en staat nog steeds. Wanneer werknemers zonder pensioenregeling worden geconfronteerd met overgenomen collega's met een pensioenregeling, is dit dus niet snel onaanvaardbaar. Daarnaast is het moment van de fusie snel een objectieve rechtvaardiging voor een onderscheid tussen beide 'groepen' werknemers. De Hoge Raad heeft eerder bevestigd dat het een werkgever is toegestaan een bepaalde arbeidsvoorwaarde aan nieuwkomers niet meer toe te kennen, zonder dat de werkgever hiermee in strijd met de gelijke behandelingswetgeving handelt. Gesteld wordt wel eens dat een werknemer ook met beroep op art. 7 lid 4 PW een gelijke pensioenregeling kan afdwingen. Dit artikel bepaalt dat de werkgever wordt geacht aan de werknemer een onherroepelijk aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst te hebben gedaan, indien de werknemer tot dezelfde groep van werknemers behoort aan wie de werkgever al een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst heeft gedaan. Het uitgangspunt van de wetgever is dat het hier verschillende groepen betreft en art. 7 lid 4 PW niet kan worden ingeroepen.

3. Vervreemder en verkrijger hebben beide een pensioenregeling

Deze situatie komt het meeste voor. De verkrijger kan dan kiezen tussen voortzetting van de regeling van de vervreemder, of toepassing van de eigen regeling (art. 7:664 lid 1 onder a BW). Deze keuzemogelijkheid bestaat niet wanneer de verkrijger onder een verplichtgesteld Bpf valt en de overgenomen werknemers onder de werkingssfeer van dat Bpf gaan vallen (art. 7:664 lid 1 onder b BW). In dat geval eindigt de pensioenregeling van de vervreemder en wordt vanaf dat moment de regeling van het Bpf van toepassing. De keuzemogelijkheid kan ook niet worden ingeroepen als bij collectieve arbeidsovereenkomst anders is besloten (art. 7:664 lid 1 onder c BW). Het komt ook voor dat de verkrijger onder een verplichtgesteld Bpf valt en de overgenomen werknemers onder de werkingssfeer vallen van een ander verplichtgesteld Bpf. Vallen de overgenomen werknemers na de overname ook onder het verplichtgesteld Bpf van de verkrijger, dan is de vraag of de verkrijger de overgenomen werknemers moet compenseren ingeval van een (aanwijsbaar) betere pensioenregeling bij de vervreemder (zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 1 maart

2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1118). Wordt de pensioenregeling van de vervreemder uitgevoerd door een Opf dan is het de vraag of het fonds de pensioenregeling kan blijven uitvoeren. Het kan nodig zijn de statuten en reglementen aan te passen. Gelijk aan de situatie van een aandelenfusie kan, ingeval er sprake is van een concernfonds, ook hier het 'gelieerdheid-criterium' een verdere uitvoering in de weg staan.

Is er sprake van een bij de verkrijger en de vervreemder verschillend verplichtgesteld Bpf dan geldt dat de voortzetting van de verplichte aansluiting afhankelijk is van de werkingssfeerbepalingen van de fondsen, de (samenstelling van de) activiteiten van de verkrijger na de OVO en in hoeverre de onderneming die overgaat in voldoende mate zijn zelfstandigheid behoudt om als eigen onderneming te kwalificeren. Ook is onder voorwaarden aansluiting op vrijwillige basis mogelijk.

Juridische fusie

Bij een juridische fusie (art. 2:309 BW e.v.) versmelt de ene rechtspersoon ('de vervreemder') met de andere ('de verkrijger'), of versmelten meerdere rechtspersonen tot een nieuwe rechtspersoon. De vervreemder verdwijnt dan. Alle rechten en plichten van de vervreemder gaan van rechtswege 'onder algemeen titel' over op de verkrijger. Werknemers van de vervreemder gaan dus met behoud van alle arbeidsvoorwaarden over naar de verkrijger. Bij een juridische fusie doet zich echter de bijzondere omstandigheid voor dat enerzijds alle rechten en plichten overgaan en anderzijds art. 7:662 BW e.v. op de juridische fusie van toepassing zijn. Dit zou afhankelijk van de omstandigheden kunnen leiden tot een verslechtering of tot een verbetering van de pensioenregeling van de overgekomen werknemers. Een verslechtering kan plaatsvinden als de verkrijger het keuzerecht van art. 7:664 lid 1 sub a BW kan toepassen. Voor de overgekomen werknemers vindt verbetering plaats als de verkrijger een pensioenregeling heeft en de vervreemder niet. Nu in art. 9 PW expliciet wordt verwezen naar art. 7:662 BW is ook art. 9 PW van toepassing op de juridische fusie.

Als aangegeven gaan bij een juridische fusie alle rechten en plichten over. Hoe verhouden deze bepaling en de bovengenoemde verslechtering (door de vermeende toepassing van het keuzerecht) zich dan tot elkaar? Rechtspraak op dit punt is mij niet bekend. De overheersende opvatting in de literatuur is dat art. 7:622 BW van toepassing is in geval van een juridische fusie, maar niet het keuzerecht (art. 7:664 lid 2 sub a BW). Een verslechtering kan daarom niet voorkomen, een verbetering dus wel (art. 9 PW).

Ook de rechten en plichten uit de uitvoeringsovereenkomst gaan ongewijzigd mee over. Is de uitvoerder een verzekeraar, een Apf of een PPI dan gaat de uitvoeringsovereenkomst tussen de pensioenuitvoerder en de vervreemder(s) van rechtswege over op de verkrijger. Het kan dan voorkomen dat gelijktijdig twee (of meer) uitvoeringsovereenkomsten van toepassing zijn met daarin de bepaling dat door de werkgever (alle) werknemers die volgens de uitvoeringsovereenkomst kwalificeren als deelnemer bij de betreffende pensioenuitvoerder moeten worden aangemeld. Op grond van de omstandigheden lijkt mij niet dat de pensioenuitvoerders deze verplichting gerechtvaardigd kunnen invoeren. Wel kan na de overgang discussie ontstaan over de aanmelding van nieuwe werknemers van de verkrijger.

Gelijk aan de situatie van een aandelenfusie kunnen, ingeval er sprake is van een concerncontract, ook hier voorwaarden een verdere uitvoering in de weg staan. Wordt de regeling uitgevoerd door een Bpf of een Opf, dan geldt hetzelfde als hiervoor is opgemerkt bij de aandelenfusie. In die zin dat aanvullend geldt dat bij een verleende vrijstelling geldt dat deze van rechtswege overgaat op de verkrijger voorzover de vervreemder(s) en verkrijger vrijstelling hebben van deelname aan hetzelfde Bpf (art. 7a Vrijstellings- en Boetebesluit Wet Bpf 2000). Is echter op een van de rechtspersonen geen vrijstelling van toepassing, dan vervalt de bestaande vrijstelling (art. 7b Vrijstellings- en Boetebesluit Wet Bpf 2000) en kan op verzoek van de nieuwe werkgever de vrijstelling worden gehandhaafd of worden uitgebreid. In dit laatste geval kan het Bpf de voorwaarde verbinden van betaling van een vergoeding voor het eventuele verzekeringstechnische nadeel.

Opletten voor achterstallige premies bij bedrijfsfusie

Bij een OVO waarbij de werknemer zowel voor als na de OVO verplicht deelneemt in hetzelfde Bpf, gaat de verplichting tot betaling van vóór de OVO door de vervreemder onbetaald gelaten pensioenpremies over op de verkrijger. Het Bpf verkrijgt in dat geval een eigen recht tegen de verkrijger tot inning van eventueel achterstallige pensioenpremies. Dat was het oordeel van de Hoge Raad op 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 (*GOM/Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf*). Wat was er aan de hand? In 2008 is de onderneming van schoonmaakbedrijf GOM via een OVO overgegaan op schoonmaakbedrijf VBG. Bij de OVO zijn de werknemers van VBG naar GOM overgegaan. GOM is daarmee de verkrijger in de zin van art. 7:663 BW en VBG de vervreemder. Voor beide ondernemingen is deelneming van de werknemers in het bedrijfstakpensioenfonds voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (Bpf Schoonmaak) verplicht gesteld. VBG heeft in de periode voorafgaand aan de OVO pensioenpremies van ca. € 1,9 miljoen onbetaald gelaten. Na het faillissement van VBG, heeft Bpf Schoonmaak GOM aangesproken tot betaling van de – vóór het moment van de overgang van de onderneming door VBG verschuldigd geworden – achterstallige pensioenpremies. Daarop heeft GOM gesteld dat zij niet gehouden is tot betaling van pensioenpremies die VBG tot het moment van OVO verschuldigd is geworden. Zowel de

rechtbank als het hof hebben de vordering van GOM afgewezen en die van Bpf Schoonmaak toegewezen. GOM heeft daartegen cassatieberoep ingesteld.

GOM bestrijdt het oordeel van het hof dat ook de verplichtingen tot betaling van vóór de OVO onbetaald gelaten pensioenpremies tot de rechten en verplichtingen behoren die op de voet van art. 7:663 BW van rechtswege overgaan op de verkrijgende werkgever. Daarnaast bestrijdt GOM het oordeel van het hof dat Bpf Schoonmaak een eigen recht heeft jegens GOM om de achterstallige premies te innen en dat een op de Wet Bpf 2000 gebaseerd pensioen behoort tot de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:663 BW. De Hoge Raad overweegt dat art. 7:663 BW bepaalt dat de rechten en verplichtingen die op het moment van de OVO voor VBG (de vervreemder) voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan op GOM (de verkrijger), en dat dit ook geldt voor een op de Wet Bpf 2000 gebaseerd pensioen. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de verplichting tot betaling van vóór de OVO door de vervreemder onbetaald gelaten pensioenpremies overgaat op de verkrijger. Omdat art. 7:663 tweede volzin BW bepaalt dat de overdragende werkgever nog gedurende een jaar 'naast de verkrijger' aansprakelijk is voor de nakoming van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen en de vervreemder slechts tot aan het tijdstip van de OVO daarvoor aansprakelijk is, kan die bepaling volgens de Hoge Raad slechts doelen op verplichtingen die zijn ontstaan op het tijdstip voorafgaand aan de OVO. Dat in het bijzonder ook achterstallige pensioenpremies overgaan op de verkrijger volgt aldus de Hoge Raad voorts ook uit de wetsgeschiedenis.

Belangen werknemers geschaad

Tot slot overweegt de Hoge Raad dat een Bpf een eigen recht heeft jegens de verkrijgende werkgever ten aanzien van de inning van de achterstallige pensioenpremies. Daarbij overweegt de Hoge Raad onder meer dat als een Bpf niet over een dergelijk eigen recht zou beschikken, de nakoming van de – voor de dekkingsgraad van het totaal van de verplichtingen van een Bpf belangrijke – verplichting van de verkrijger om eventueel achterstallige premies te betalen, onvoldoende zou zijn gewaarborgd. Indien een Bpf wegens een te lage dekkingsgraad over zou dienen te gaan tot korting op de pensioenen (art. 134 Pw), worden daarmee de belangen van de werknemers (indirect) geschaad. Aldus brengt een redelijke, en uit het oogpunt van een effectieve rechtsbescherming van de werknemers wenselijke, uitleg van de art. 7:663 BW en art. 7:664 BW volgens de Hoge Raad mee dat het Bpf ter zake van de achterstallige pensioenpremies een eigen recht heeft. Een verkrijgende onderneming zal daarmee bij de onderhandelingen over de OVO dus rekening dienen te houden met mogelijk achterstallige pensioenpremies als sprake is van verplichte deelname aan hetzelfde Bpf, aansluitend voor én na de OVO. Is hiervan geen sprake én is 7:664 BW wel van toepassing, dan heeft de uitvoerder van de vervreemder geen zelfstandig vorderingsrecht. Volgens de Hoge Raad volgt zowel uit de wettekst zelf (art. 7:663 BW) als uit de wetsgeschiedenis dat, tot die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen ook hoort de verplichting tot betaling van vóór de overgang door de vervreemder onbetaald gelaten pensioenpremies. In de wettekst wordt immers uitdrukkelijk bepaald dat het gaat om de verplichtingen die zijn ontstaan vóór het moment van overgang waar de oude werkgever naast de nieuwe hoofdelijk aansprakelijk voor is. Is 7:644 BW niet van toepassing (door omstandigheden of doordat de verkrijger geen beroep doet op het keuzerecht) dan gaan de onbetaald gelaten pensioenpremies *wel* over op de verkrijger. Is sprake van een regeling bij een pensioenverzekeraar of een PPI dat zal die achterstand beperkt zijn. Een verzekeraar en een PPI kunnen immers bij premieachterstand de opbouw – met (overigens beperkte) terugwerkende kracht – beëindigen (art. 29 PW).

Voorzichtigheid geboden

Harmonisatie of versoering van de arbeidsvoorwaarden komt veelal na de fusie aan de orde. Bij een aandelen- of juridische fusie zijn hierop 'gewoon' de regels van toepassing van het wijzigingen van arbeidsvoorwaarden. Bij een OVO daarentegen hebben werknemers op grond van Europese richtlijn 2001/23/EG (hierna: de Richtlijn) een sterker beschermingsrecht waar het gaat om het wijzigen van arbeidsvoorwaarden ten tijde van, voor of na (dat wil zeggen: *als gevolg van*) een OVO. Het Europees Hof van Justitie (Hof EU) heeft namelijk meerdere malen blijk gegeven van een (zeer) beperkte uitleg van de arbeidsvoorwaarden die overgaan. Zo kunnen werknemers bij een OVO niet afzien van de rechten die de Richtlijn hen toekent en dat hun rechten niet mogen worden verminderd. Zelfs niet met hun instemming. Het is tevens niet toegestaan andere arbeidsvoorwaarden van gelijke waarde met de arbeidsvoorwaarden van de vervreemder aan te bieden: pakketvergelijking is niet toegestaan. In het arrest *Martin/SBU* werd daarentegen wel compensatie toegestaan: hier paste het HvJ EU niet de sanctie van nietigheid toe, maar van compensatie. Het betrof hier de onmogelijkheid om na overgang als werknemer te blijven deelnemen aan de vroegpensioenregeling van de vervreemder. Nu het HvJ EU eerder pakketvergelijking niet heeft toegestaan lijkt het er meer op dat het HvJ EU (alleen) compensatie toestaat indien het voor de verkrijger niet mogelijk is de arbeidsvoorwaarde aan te (blijven) bieden. Dit doet zich veelal voor bij bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden zoals in dit geval deelname aan een vroegpensioenregeling, maar meer in het algemeen bij kortingen (op hypotheekrente, vliegtickets, verzekeringspremies, eigen producten) of in geval van een winst- of aandelenoptieregeling. Op grond van Nederlandse rechtspraak kan worden geconcludeerd dat de strikte leer van het HvJ EU wordt gevolgd. En de mogelijkheid tot afkoop/afruil van arbeidsvoorwaarden niet het uitgangspunt dient te zijn bij een OVO. Zonder bijkomende

omstandigheden valt, aldus Hof Den Bosch (17 juli 2007, *ING/DockING*), niet in te zien waarom werknemers met het verlies van een deel van hun aanspraken genoeg moeten nemen. Alleen als disproportionele kosten die aanbieder van de arbeidsvoorwaarden voor de verkrijger met zich zouden brengen. De arbeidsvoorwaarde kan (alleen) dan met een financiële compensatie worden gewijzigd.

Geen eenvoudige opgave

Het HvJ EU heeft eerder duidelijk gemaakt dat een wijziging na de OVO niet onmogelijk is maar dat de overgang nooit op zich zelf de reden kan zijn voor een wijziging. Maar dat er een keer sprake moet kunnen zijn van een wijziging is wel als uitgangspunt genomen. Maar wanneer staat een wijziging na een fusie niet meer 'op zich'? Is het niet zo dat – ongeacht het tijdsverschil tussen fusie en wijziging – de wijziging die wordt doorgevoerd altijd is terug te voeren op de fusie? Nog steeds is niet duidelijk wanneer de verkrijger wel mag overgaan tot wijziging, zonder het risico te lopen dat werknemers (mogelijk pas veel later) met succes een beroep doen op de bescherming van de Richtlijn. En dan nog, een wijziging kan slechts plaatsvinden met instemming van de werknemer. Stemt de werknemer niet in dan zal – gezien de beschermingsgedachte van de Richtlijn – de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 BW van toepassing zijn. In dat kader zal wijziging (harmonisatie) vanwege het enkele feit dat er fusie heeft plaatsgevonden niet snel mogelijk zijn. Zo is harmonisatie een te respecteren belang, maar geen belang op zich om de arbeidsvoorwaarden te kunnen wijzigen (zie ook Hof Amsterdam, 21 mei 2013 ECLI:NL:GHAMS:2013:1547).

De werkgever zal naast zijn wens tot harmonisatie dus een (zeer) sterke reden (veelal een financieel of organisatorisch dringende nood om de arbeidsvoorwaarden gelijk te trekken) moeten hebben om zijn vordering toegewezen te zien. Dat blijkt vooralsnog geen eenvoudige opgave. Voor alle soorten fusie geldt dat tevens kritisch moet worden gekeken naar de bedrijfsactiviteiten van het 'fusieproduct'. Zo kan het bij een aandelenfusie vóórkomen dat de overgenomen rechtspersoon onderdeel gaat uitmaken van een concern waarbij het begrip 'onderneming' meer omvat dan alleen rechtspersoon of werkgever. Als gevolg van een juridische of een bedrijfsfusie kan er sprake zijn van een dusdanige wijziging van de activiteit waar de onderneming zich in hoofdzaak mee bezig houdt dat een (ander) verplichtgesteld Bpf van toepassing kan zijn. Het is prettig als de verkrijger en de vervreemder hier vóór de transactie van op de hoogte zijn en de gevolgen hiervan in de onderhandelingen kunnen worden meegenomen.

Voetnoten

[1]

Mr. drs. Edwin Schop cpl directeur Flexis Groep en Meeus Flexis (beide onderdeel van Unirobe Meeus Groep), tevens lid van de redactieraad van dit vakblad.