

Prof. Dr. Erik Lutjens - Hoogleraar Pensioenrecht – Fac.  
Rechtsgeleerdheid – Expertisecentrum Pensioenrecht  
De Boelelaan 1105 - 1081 HV Amsterdam - Tel 020 5986268 -  
mobiel 06 52 418408 - fax 020 5986280 -  
e-mail [e.lutjens@rechten.vu.nl](mailto:e.lutjens@rechten.vu.nl) of [eriklutjens@hetnet.nl](mailto:eriklutjens@hetnet.nl) -  
[www.rechten.vu.nl/expertisecentrum](http://www.rechten.vu.nl/expertisecentrum)

GRIFFIE EERSTE KAMER

NR. 140444.04

RUB. XV

24 APR 2008

DATUM

KOPIE SW

VERW. 31226

Aan Eerste Kamer der Staten Generaal  
T.a.v. de voorzitter en leden van de vaste  
Commissie van Sociale Zaken en  
Werkgelegenheid  
Postbus 20017  
2500 EA Den Haag

**Betreft:** Wetsvoorstel houdende Aanpassingswet Pensioenwet, kamerstuk 31 226  
**Datum:** 23 april 2008

Zeer geachte Dames en Heren,

1. Bij u is in behandeling het wetsvoorstel onder nr. 31 266 houdende enige aanpassingen in de Pensioenwet. Een onderdeel van dat wetsvoorstel betreft de aanpassing van de regeling inzake de rechtsgevolgen van de overgang van een onderneming in artikel 7:664 Burgerlijk Wetboek aan de Pensioenwet. Over de reikwijdte van dit voorstel is in een publicatie in het Financieel Dagblad (FD) verwarring gezaaid en via vragen in het Voorlopig Verslag bouwt Uw Kamer daar op voort. Daarom reageer ik daarop met het verzoek deze brief bij uw verdere beschouwingen te betrekken.

2. Het bedoelde onderdeel betreft artikel V van het wetsvoorstel dat luidt:

**ARTIKEL V**

Artikel 664 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid komt onderdeel a te luiden:

a. 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.

3. In publicaties in het Financieel Dagblad is gesuggereerd dat deze wijziging overnames flink duurder zou maken. In het Voorlopig Verslag heeft Uw Kamer daaromtrent het volgende aan de minister gevraagd inzake de uitleg van de voorgestelde wetswijziging:

Bedoelt de minister hiermee dat de verkrijger de werknemer een aanbod doet tot het sluiten van een pensioenovereenkomst? De werknemer kan dan het aanbod weigeren en aanspraak blijven maken op zijn oude toezegging/zijn oude pensioenovereenkomst (zie artikel mr. F. Doornik in het FD van 7 februari jl.). Of is het de bedoeling dat de oorspronkelijke intentie gehandhaafd blijft (zie MvT 27 649, nr. 3). De verkrijger heeft een keuzerecht of de oude of de nieuwe pensioenregeling; de werknemer moet accepteren?

4. Het artikel in het FD waar in de vraagstelling aan de minister naar wordt verwezen, berust op een onjuiste visie omtrent de werking van de het huidige recht. Gesuggereerd wordt in het artikel dat thans de verkrijger van een onderneming er eenzijdig voor kan kiezen om op de overgenomen werknemers van toepassing te verklaren of de pensioenregeling van de vorige werkgever (de oude pensioenregeling) of de eigen pensioenregeling die de verkrijgende werkgever al voor zijn eigen werknemers kent (de nieuwe pensioenregeling).
5. Dat bij toepassing van de voorgestelde tekst er sprake moet zijn van de situatie dat de werkgever een pensioenovereenkomst *sluit* is duidelijk. Ook is duidelijk dat het sluiten van een overeenkomst – ook deze pensioenovereenkomst – in het Nederlandse rechtstelsel een uitvloeisel is van de contractsvrijheid en dat aanbod en aanvaarding is vereist om een overeenkomst tot stand te brengen. Dat betekent dat in beginsel de werknemer het aanbod voor de nieuwe pensioenregeling kan verwerpen. Dan blijft voor hem de oude pensioenregeling gelden.
6. Het artikel in het FD gaat nu uit van de veronderstelling dat onder het huidige recht de werkgever eenzijdig kan kiezen als onder punt 4 hiervoor bedoeld en dat de werknemer niet de mogelijkheid heeft de keuze te beïnvloeden door het aanbod voor de nieuwe pensioenregeling niet te aanvaarden. Dat is onjuist. Ook onder het huidige recht is aanvaarding van de werknemer vereist.
7. De huidige tekst is nog gebaseerd op de Pensioen- en spaarfondsenwet en formuleert dat de verkrijger van de onderneming de oude pensioenregeling (van de vorige werkgever) moet voortzetten, tenzij (voor zover hier van belang, er gelden meer uitzonderingen die thans niet van belang zijn): “de verkrijger aan de werknemer [...] *dezelfde toezegging doet*, die hij reeds voor het tijdstip van de overgang heeft gedaan aan zijn werknemers”.
8. De formulering “toezegging doen” zou dan duiden op een eenzijdig keuzerecht voor de werkgever. Die opvatting miskent echter dat de pensioentoezegging ook een tweezijdige overeenkomst is waarvoor aanbod en aanvaarding is vereist. Ook zou de opvatting dat de werkgever een eenzijdig keuzerecht heeft ernstig afbreuk doen aan de bescherming van de werknemer. Dit zal ik toelichten met de volgende argumenten:
  - *Ten eerste:* met de vervanging van het begrip pensioentoezegging uit de Pensioen- en spaarfondsenwet door het begrip pensioenovereenkomst in de Pensioenwet is geen materiële wijziging teweeggebracht zoals een en andermaal is gesteld in de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet (kamerstuk 30 413). Onderkend werd (immers) dat eenzijdige toezeggingen in het Nederlandse recht geen verbintenissen scheppen dat de pensioentoezegging als bedoeld in de Pensioen- en spaarfondsenwet ook als overeenkomst tussen werkgever en werknemer moet worden aangemerkt;
  - *Ten tweede:* uit het Besluit pensioentoezegging gebaseerd op de Pensioen- en spaarfondsenwet blijkt het overeenkomst karakter van de pensioentoezegging duidelijk. Dat Besluit (Stb. 1997, 36) stelt in artikel 2: “Er is een toezegging omtrent pensioen indien een arbeidsverhouding bestaat of heeft bestaan tussen een werkgever en een aan zijn onderneming verbonden persoon en voor zover in deze arbeidsverhouding wordt voorzien in pensioen [...]”. In de arbeidsverhouding ligt de afspraak over pensioen dus besloten. De arbeidsverhouding is – dat zal niemand ontkennen – een tweezijdige overeenkomst tussen werkgever en werknemer;
  - *Ten derde:* de hoofdregel bij de overgang van de onderneming is dat de verkrijgende werkgever de oude pensioenregeling moet voortzetten (artikel 7:663 BW). Het oogmerk van de wetgeving is dat de bestaande arbeidsovereenkomst en daarvan een onderdeel uitmakende pensioenovereenkomst één op één overgaan en behouden

blijven voor de werknemer. Deze bescherming van de werknemer zou ernstig geschaad worden indien de werkgever er eenzijdig voor kan kiezen de oude pensioenregeling niet voort te zetten;

- *Ten vierde:* het aannemen van een eenzijdig keuzerecht voor de werkgever zou niet passen in de algemene benadering dat uitzonderingen op hoofdregels beperkt uitgelegd en toegepast moeten worden;
  - *Ten vijfde:* de wet (artikel 7:664 BW) voorziet in nog een andere uitzondering op de hoofdregel. De oude pensioenregeling hoeft door de werkgever namelijk niet voortgezet te worden indien bij CAO afwijkende afspraken zijn gemaakt. Dan zijn de vakbonden betrokken en in betrokkenheid van de vakbonden werd voldoende waarborg gezien dat er een goede pensioenregeling voor de werknemers tot stand zou komen. Onder die omstandigheden werd een uitzondering op de hoofdregel van voortzetting van de oude pensioenregeling door de wetgever aanvaardbaar geacht. Met deze zo vormgegeven bescherming van de werknemers via de vakbonden staat in schril contrast de aanname dat de werkgever eenzijdig – dus zonder instemming van de werknemer, zonder dat enige vakbond daar aan te pas komt – er voor zou kunnen kiezen om de oude pensioenregeling niet voort te zetten. De regel dat via CAO afwijkende afspraken gemaakt kunnen worden, zou dan zelfs een dode letter (kunnen) worden, want waarom zou een werkgever met vakbonden gaan overleggen als hij eenzijdig kan kiezen?
9. Dat de werkgever eenzijdig kan kiezen, kan dus niet de bedoeling zijn. De werkgever moet de oude regeling voortzetten. Indien de werkgever de nieuwe pensioenregeling wil toepassen, kan dat maar niet zonder meer: dan moet hij of daarover met de individuele werknemer overeenstemming bereiken (werknemer moet aanbod aanvaarden) of met de vakbonden via een CAO.
10. Zo luidt het huidige recht en zo blijft het met de voorgestelde wetswijziging. En dat is kennelijk ook zo bedoeld in verband met de rechtsbescherming van de werknemer tegen eenzijdige keuzerechten van de werkgever.



*Prof. dr. Erik Lutjens*