



DOSSIER (2) Fusies en overnames. Harmoniseren na een overname: Welke arbeidsvoorwaarden behouden de overgenomen werknemers?

Timothy Vermeir

Bij een fusie of overname brengen mensen niet alleen knowhow en kennis met zich mee, niet alleen klantenrelaties en marktinzicht, maar ook loon- en arbeidsvoorwaarden en pensioenplannen. Op dat vlak is het een uitdaging om wettelijke bepalingen en goed HR-beleid met elkaar te verzoenen.

Cao 32 bis: voor wie ooit al betrokken was in een fusie of overname, moet dit een belletje doen rinkelen. De titel van deze cao van 7 juni 1985 (voluit de collectieve arbeidsovereenkomst “betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement”) doet vermoeden dat het een recept is dat de HR-verantwoordelijke

stap voor stap kan volgen om na een overname of fusie de meer praktische kant van de zaak in goede banen te leiden.

Zo eenvoudig is het echter niet. Zoals Brecht Cops, gespecialiseerd advocaat bij het kantoor Younity, het uitdrukt: “Er is een verschil tussen het recht en wat in de praktijk goed HR-beleid is. En vaak zie je in ondernemingen dat het HR-element voorrang krijgt op het strikt juridische, omdat de overnemer uiteraard harmonie wil binnen de groep personeelsleden, omdat het laatste wat je wil is dat er ofwel bij de oude groep of bij de groep overgenomen werknemers ontevredenheid ontstaat.”

Vergeet de pensioenen niet

In cao 32 bis staat alvast een duidelijke uitsluiting: deze cao houdt geen regeling in omtrent “de overgang van de rechten der werknemers die voortspuiten uit de stelsels inzake ouderdoms-, overlevings- en invaliditeitsuitkeringen, toegekend uit hoofde van aanvullende regimes van sociale voorzieningen.” Met andere woorden: de collectieve aanvullende pensioenen vallen er niet onder.

Voor Elise Laeremans, bij Younity gespecialiseerd in wettelijke en aanvullende pensioenen, is de conclusie ‘en dus kunnen we met die pensioenen eigenlijk doen wat we willen’ één van de belangrijkste fouten die er gemaakt worden bij fusies of overnames. “Cao 32 bis sluit pensioenen uit, maar dat wil niet zeggen dat je vrij spel hebt. Hoe je je overname doet, bepaalt wat er met de pensioenplannen zal moeten gebeuren.”

Kort gezegd: is het een overname van een volledige juridische entiteit volgens de regels van het vennootschapswetboek, dan is er een automatische overdracht van rechten en plichten van de mensen die daar zijn tewerkgesteld, dus óók voor wat betreft het pensioenplan én de verplichtingen uit het verleden.

Maar er zijn ook ‘cherry picking asset deals’, zoals Laeremans ze noemt – deals waarbij de overnemer kiest welke assets of activa en welke verplichtingen hij wil overnemen. In die situatie is niet de vennootschapswetgeving van toepassing, maar zal de overdracht van de activa en passiva dienen te gebeuren overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels inzake koop-verkoop van het burgerlijk wetboek. In dat geval kan een overnemer juridisch gezien zeggen dat hij het pensioenplan bijvoorbeeld niet overneemt, of dat hij in de toekomst een identiek plan zal voortzetten, maar de verplichtingen uit het verleden niet meeneemt. Men mag echter niet vergeten dat, indien het pensioenplan niet wordt overgenomen, men de betrokken werknemers een ander voordeel zal moeten geven dat gelijkwaardig is met het pensioenplan, zo benadrukt de specialiste.

Brecht Cops illustreert ‘cherry picking’: “Neem nu een grote maatschappij die een kleine IT-afdeling verkoopt of met een outsourcingcontract elders onderbrengt. In dat geval geldt waarschijnlijk cao 32 bis, maar zo’n deal valt niet onder het vennootschapsrecht. En dus zullen in dat geval pensioenplannen a priori niet overgaan, omdat ze niet onder cao 32 bis vallen.”

Ten slotte mag men niet vergeten dat pensioenplannen ook al weleens bij cao zijn vastgelegd. Gelet op het beginsel dat de cao’s automatisch overgaan naar de overnemer, zal de overnemer een pensioenplan dat is opgenomen in een cao moeten voortzetten.

Ander pensioenplan? Discriminatie

Wanneer na een overname verschillende pensioenplannen naast elkaar bestaan, kan er een gevaar van discriminatie opdoemen. Laeremans licht toe: “Als je een groep overneemt met een voordeliger plan, dan zullen die werknemers dat willen behouden. Maar het kan ook andersom: de overgenomen groep kan een minder voordelig of helemaal geen pensioenplan hebben. Indien je het pensioenplan van een overgenomen groep wil behouden, zal je steeds moeten nagaan of de aansluitingsvoorwaarden van het pensioenplan van de overnemer niet moeten worden aangepast om deze overgenomen groep uit te sluiten. Indien de aansluitingsvoorwaarden niet worden aangepast, worden de overgenomen werknemers namelijk automatisch aangesloten bij het plan van de overnemer zodra ze de aansluitingsvoorwaarden vervullen. In dat geval zouden ze dus eventueel kunnen claimen om van twee pensioenplannen te kunnen genieten.”

Kortom, de overnemer zal zijn plan moeten aanpassen, zodat niet langer ‘alle werknemers’ automatisch worden aangesloten, maar ‘alle werknemers behalve de groep die is overgenomen op die datum komende van die vennootschap’.

“Hebben ze een minder voordelig plan, dan zou je kunnen zeggen dat de mensen hun minder voordelige plan behouden en zou je hen kunnen uitsluiten van het bij de overnemer bestaande plan”, vervolgt Laeremans. “In de praktijk echter zal de groep nieuwe medewerkers bijna steeds worden aangesloten bij het bestaande, voordeligere plan.”

Waarom werkgevers dat doen? “Omdat die groep de aansluiting bij dat voordelige plan anders zou kunnen claimen op basis van discriminatie”, verduidelijkt Laeremans. “Ze zullen kunnen stellen dat van alle mensen die hetzelfde werk doen er een aantal zijn – de overgenomen medewerkers – die gediscrimineerd worden en een minder voordelig plan hebben.” En dat kan niet op het gebied van pensioenen.

Maar de discriminatie kan ook in de andere richting gelden. Als de overnemer een minder voordelig plan heeft dan wat in het overgenomen bedrijf was afgesproken, en de groep overgenomen medewerkers behoudt ‘hun’ voordeliger plan, dan kunnen de medewerkers die al vóór de operatie bij de overnemer werkten en dus een minder gunstig plan hebben, discriminatie inroepen. “Neem een overgenomen groep van tien mensen met een schitterend defined benefit plan, terwijl de grote groep van 300 werknemers een middelmatig defined contribution plan heeft, dan kunnen die 300 jaloers kijken naar die tien nieuwe. Nu, er is ondertussen een beperkte rechtspraak die stelt dat zolang er ook op andere vlakken verschillen zijn, bijvoorbeeld op het vlak van salaris, je op middellange termijn het verschil kan behouden. Maar het is niet uit te sluiten dat een rechter ooit dergelijke klagers gelijk geeft.”

Pas op met individuele pensioentoezeggingen

Wat belangrijk is, is het verschil tussen discriminatie in het arbeidsrecht, waarbij er steeds een link moet zijn met geslacht, afkomst, religie, geaardheid of één van de andere ‘grote’ thema’s, terwijl dat in het geval van pensioenen anders ligt. Elise Laeremans: “In het pensioenrecht kennen we een zeer ruim discriminatiebeginsel: elke vorm van discriminatie tussen werknemers, aangeslotenen bij een pensioenplan en begunstigen is verboden. Een onderscheid op het vlak van pensioenen is enkel mogelijk indien het berust op een objectief, geoorloofd criterium dat redelijk verantwoord is zoals je bijvoorbeeld vaak ziet bij kaderleden die een ander aanvullend pensioen hebben, of op basis van de functieclassificatie. Maar zodra

iemand in zo'n categorie terechtkomt door aanwerving, promotie of overname, is die automatisch erbij aangesloten.”

De uitsluiting van pensioenplannen uit cao 32 bis geldt alleen voor collectieve plannen. “Je ziet weleens dat er mensen in een onderneming – vaak de topmensen – een individuele pensioentoezegging krijgen. Wel, die vallen wél onder cao 32 bis. De overnemer is dus verplicht om de individuele pensioentoezeggingen over te nemen en voort te zetten. Gelet op de strikte voorwaarden om een individuele pensioentoezegging te mogen toekennen aan een werknemer, zou dit voor de nieuwe werkgever weleens tot problemen kunnen leiden.”

Onderhandelde oplossing voor loon- en arbeidsvoorwaarden

Terwijl collectieve pensioenplannen uitdrukkelijk níet onder cao 32 bis vallen, doen de loon- en arbeidsvoorwaarden dat wel. En dus, klinkt het bij de specialisten, zouden die allemaal moeten overgaan bij een overname. Strikt gezien kom je dus in een situatie waarbij elke werknemer exact behoudt wat hij had vóór zijn afdeling of bedrijf werd overgenomen.

Maaltijdcheques zijn het meest eenvoudige voorbeeld. Neem een overnemer waar werknemers een maaltijdcheque van 6 euro krijgen, maar de overgenomen werknemers kregen er altijd al van 7 euro. Volgens cao 32 bis behoudt elke werknemer na de overname zijn rechten, en dus krijg je een onderneming waar een deel van de werknemers elke dag een maaltijdcheque van 6 euro krijgt en een ander deel een maaltijdcheque van een euro meer. Daar kunnen wrijvingen ontstaan.

Harmoniseren naar beneden is in dit geval ook niet evident. Stel dat je in dat voorbeeld de maaltijdcheque van de overgenomen werknemers in waarde laat dalen van 7 naar 6 euro, dan zullen zij verre van tevreden zijn. Bovendien hebben die werknemers de wet aan hun zijde: volgens cao 32 bis mogen de rechten en plichten niet eenzijdig gewijzigd worden.

“Zoek een onderhandelde oplossing”, raadt Cops aan. “Zo kan je bijvoorbeeld de voordelen van de overgenomen werknemers op papier zetten en daarnaast de lijst van nieuwe voordelen leggen. Dan kan je duidelijk maken wat het totale verschil is. Wanneer je met de nieuwe medewerkers tot een akkoord komt, kan je een nieuwe arbeidsovereenkomst tekenen waarin de nieuwe arbeidsvoorwaarden staan. Dat vervangt het vorige, waardoor je als werkgever ook duidelijk weet wat er is overeengekomen. Wat er vroeger rondzweefde, is dan meteen van de baan.”

Wie behoort tot de overgenomen medewerkers?

Juridisch gezien is het als overnemer verboden om na zo'n overname in erg nadelige zin te sleutelen aan de arbeidsvoorwaarden van de werknemers. Dat is juist de essentie van cao 32 bis: de werknemers beschermen tegen druk van hun nieuwe werkgever – ‘aanvaard dit of je staat op straat’. Wanneer een overnemer dus een nieuwe arbeidsovereenkomst wil laten ondertekenen, met nieuwe voorwaarden, gebeurt dit best in alle openheid en transparantie. “Een werknemer zou anders later kunnen claimen dat hij onder druk is gezet om nieuwe voorwaarden te ondertekenen en dat deze dus niet geldig waren.”

Wat ook verandert na een overname, is de functie van de overgenomen medewerker. Brecht Cops: “Het is zoals de plaats van tewerkstelling: ga je de functie van iemand substantieel aanpassen of gaat het om een aanvaardbare aanpassing? Uiteindelijk is het de rechter die dat

bepaalt, maar je moet ook in het contract gaan kijken. De meeste specialisten zullen in het contract opnemen dat de functie van iemand kan gewijzigd worden ‘in functie van de noodwendigheden van de onderneming’. Hetzelfde geldt voor de persoon aan wie gerapporteerd wordt: je legt beter in het contract vast dat die persoon kan wijzigen.”

Zelfs als je een afdeling overneemt en de overgenomen medewerkers zijn tevreden omdat ze op het einde van de rit betere voorwaarden hebben dan bij hun oude werkgever, dan nog kan er een complicatie optreden. De reden? De manier waarop in de overeenkomst tussen de twee ondernemingen de overgenomen afdeling of groep is gedefinieerd. Heb je het over de overname van ‘de IT-afdeling’, dan kunnen daar ook de niet-IT’ers toe behoren die specifiek voor die afdeling werken. Neem je in dat geval alleen de programmeurs mee, maar niet de medewerkers die administratieve ondersteuning bieden, dan zouden zij op basis van cao 32 bis kunnen claimen dat ze bij de overname horen – ze zijn immers net zo goed lid van de IT-afdeling – en tewerkgesteld worden onder de gunstigere voorwaarden die de programmeurs hebben onderhandeld.

Wanneer de afdeling van een minder succesvol bedrijf naar een grote, succesvolle internationale onderneming gaat, is het risico groter. Het niet opnemen in de overnemende onderneming, zou dan zelfs kunnen gezien worden als een eenzijdig ontslag. “Om dat risico te ondervangen, zullen de twee ondernemingen daar afspraken over vastleggen”, aldus Cops. “Niet alleen leggen ze vast wat de precieze scope van de overname is, maar ook wie de verantwoordelijkheid neemt als er een bijkomende werknemer zou zijn die claimt dat hij ook onder de overname valt.”

Conflicterende cao’s

Wanneer een IT-bedrijf een ander IT-bedrijf overneemt, of een transportfirma breidt uit door een concurrent in te lijven, blijven de werknemers binnen dezelfde sector actief en veranderen ze niet van paritair comité. Ingewikkelder wordt het wanneer de twee bedrijven die betrokken zijn in de overname uit verschillende sectoren komen, en dus onder verschillende paritaire comités vallen. Aangezien je strikt gezien de rechten en plichten moet overnemen, geldt dat ook voor die rechten die gebaseerd zijn op sectorale cao’s, zelfs als de werknemer verhuist naar een andere sector. Had hij, dankzij zo’n sectorale cao, recht op een aanzienlijke premie bij overuren, dan blijft hij dat recht behouden, zelfs al is daar in de sector waarin hij terechtkomt geen sprake van.

“Hetzelfde”, zegt Elise Laeremans, “geldt voor sectorale pensioenplannen. Als iemand die genoot van een sectoraal pensioenplan wordt overgedragen naar een werkgever die deel uitmaakt van andere sector, is er een bepaling in de pensioenwetgeving die voorschrijft dat de verandering van paritair comité geen vermindering van de pensioentoezegging mag inhouden. Vraag is dan of de nieuwe werkgever de overgenomen werknemers een pensioenplan moet aanbieden vergelijkbaar met het sectorplan van een sector waar hij zelf geen deel van uitmaakt.”

Bovendien kunnen sectoren conflicterende regelingen hebben: werknemers komen in een andere sector terecht en kunnen dus, terwijl ze rechten behouden uit hun vroegere sector, nieuwe rechten claimen op basis van hun nieuwe sector en de collectieve afspraken die daar gelden.

Ingewikkeld? Brecht Cops wijst op een bijkomende complexiteit: “Er is in onze wetgeving ook sprake van ‘doorwerking’. Die stelt dat specifieke bepalingen van een cao terechtkomen in het individuele arbeidscontract van de werknemer – die zijn juridisch gezien gewoon onderdeel van de overeenkomst. Op dat moment kan de werknemer – zelfs al zitten we met botsende cao’s – argumenteren dat zo’n voordeel in zijn arbeidsovereenkomst zit via die doorwerking, en dat hij er ook na de overname, op basis van cao 32 bis, recht op heeft.”

Een oplossing kan zijn om een bedrijfs-cao te onderhandelen die voor de volledige onderneming geldt, inclusief de nieuwe medewerkers die met de overname in dienst getreden zijn. “In de hiërarchie der bronnen zit zo’n cao op het niveau van het bedrijf hoger dan de individuele arbeidsovereenkomsten. Maar dat effectief doen, is niet evident”, geeft Cops mee. “Het spreekt ook voor zich dat de vakbonden op dat moment kunnen proberen te komen tot een situatie waar ze de ‘best of both worlds’ krijgen.”

Het risico als zaken niet goed geregeld zijn? Dat is er vooral wanneer iemand bijvoorbeeld ontslagen wordt en begint te vergelijken met wat hij had en zou kunnen hebben. Zo’n werknemer kan zijn pensioenplan vergelijken met anderen en claimen dat hij had moeten aangesloten worden, kan naar de verlofregeling kijken, de verzekeringen, de regeling rond overwerk, ... Elise Laeremans: “De problemen ontstaan niet op het moment van de overname, maar op het moment van het ontslag. Dan gaan mensen graven, dan gaan ze vergelijken.”

EXTRA: Wat met ondernemingsraad en comité voor preventie en bescherming op het werk?

Nog een aandachtspunt bij een fusie of overname: het formele sociaal overleg. Hoeveel ondernemingsraden heb je na de operatie? Wat met verkozenen die overgenomen worden? “Dat is redelijk goed geregeld door de wet: alle mogelijke scenario’s zijn daarin opgenomen, inclusief de mogelijkheid om zelf een oplossing op maat uit te werken”, legt Brecht Cops uit. “Als er twee ondernemingsraden zijn en de overgenomen onderneming blijft als aparte technische eenheid bestaan, dan blijft de ondernemingsraad daar gewoon bestaan. Stel echter dat er een onderdeel van een onderneming wordt overgenomen, en een deel van de werknemers die je overneemt maken deel uit van de ondernemingsraad van dat groter geheel ... Dan wordt het complexer.”

Cops wijst op de verplichting om die medewerkers in je eigen ondernemingsraad op te nemen of, als er geen ondernemingsraad is, de mogelijkheid om ze bijvoorbeeld in het comité voor preventie en bescherming op het werk te laten zetelen. Neemt een kleine onderneming – minder dan 50 mensen en dus geen ondernemingsraad of comité – een deel van een grotere onderneming over en ook medewerkers die daar verkozen zijn, dan zal die kleine onderneming in principe een comité of ondernemingsraad moeten oprichten waarin die overgenomen verkozenen zetelen, tot de volgende sociale verkiezingen. In zo’n situatie, waar voordien geen formeel overleg bestond, is het waarschijnlijk beter te zoeken naar een oplossing die beter op maat is van de onderneming.

EXTRA: De ene overname is de andere niet

Juristen Elise Laeremans en Brecht Cops maken een onderscheid tussen een aandelenoverdracht, waarbij de aandelen van een entiteit verkocht worden, en daarnaast een overname of een fusie van een onderneming die opgaat in een andere entiteit.

In het eerste geval verandert er voor de werknemers niets: de juridische entiteit, die hun werkgever is, verandert niet, alleen de controle erover verandert. Bij 'due diligence' in het geval van een aandelenoverdracht ga je kijken naar de onderneming en de 'liabilities'.

In een overname waarbij je geen aandelen overneemt, maar een deel van de activiteit van een onderneming, kijk je naar de juridische risico's, maar ook naar wat er op tafel ligt bij het personeel, want dat moet je integreren in de bestaande structuur. Op dat moment is er een overdracht en speelt cao 32 bis, wat in het geval van een aandelenoverdracht niet het geval is.

Essentie

- Ook al vallen aanvullende, collectieve pensioenplannen niet onder cao 32 bis, dat wil niet zeggen dat bedrijven zomaar gelijk wat kunnen doen.
- Ook al stelt cao 32 bis dat werknemers na een overname dezelfde voorwaarden behouden, in de praktijk trachten werknemers en werkgevers tot een onderhandelde harmonisatie te komen.
- De weg naar een harmonieuze regeling voor alle medewerkers – oud en nieuw – is bezaaid met juridische obstakels en valkuilen.