

JAR 2013/191 Kantonrechter Utrecht, 12-06-2013, 790937 UC EXPL 12-364 SM 4183,

ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3506 Overgang van onderneming, Verplicht bedrijfspensioen is arbeidsvoorwaarde, Achterstallige pensioenpremies komen voor rekening van verkrijger

Publicatie	JAR 2013 afl. 11
Publicatiedatum	30 juli 2013
College	Kantonrechter Utrecht
Uitspraakdatum	12 juni 2013
Rolnummer	790937 UC EXPL 12-364 SM 4183 LJN CA3506 ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3506
Rechter(s)	mr. Pinckaers
Partijen	De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid GOM Schoonhouden BV te Schiedam, verder ook te noemen GOM, eisende partij in conventie, verwerende partij in reconventie, gemachtigde: mr. P.M. Klinckhamers, tegen de stichting Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf te Amsterdam, verder ook te noemen BPF, gedaagde partij in conventie, eisende partij in reconventie, gemachtigde: prof. dr. E. Lutjens.
Noot	prof. mr. drs. M. Heemskerk
Trefwoorden	Overgang van onderneming, Verplicht bedrijfspensioen is arbeidsvoorwaarde, Achterstallige pensioenpremies komen voor rekening van verkrijger,
Regelgeving	BW Boek 7 - 663 BW Boek 7 - 664

Samenvatting

GOM is een schoonmaakbedrijf waarvoor deelneming van de werknemers in het Bedrijfstakpensioenfonds voor het glazenwassers- en schoonmaakbedrijf (BPF) verplicht is gesteld. Op 21 mei 2008 heeft GOM een koopovereenkomst gesloten met VBG. GOM heeft de werknemers die zij van VBG heeft overgenomen aangemeld bij BPF. Bij brief van 25 november 2011 heeft BPF GOM gesommeerd om achterstallige pensioenpremies te voldoen betreffende de van VBG overgenomen werknemers. GOM vordert nu een verklaring voor recht dat GOM niet gehouden is tot betaling aan BPF van de achterstallige pensioenpremies van VBG van vóór de overgang van onderneming.

De kantonrechter overweegt dat als uitgangspunt heeft te gelden dat pensioenregelingen in de zin van de Pensioenwet vallen onder de in art. 7:663 BW bedoelde rechten en verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst die bij overgang van onderneming van rechtswege overgaan van de vervreemder op de verkrijger. Op grond van de wetsgeschiedenis van de Pensioenwet moet

worden geconcludeerd dat, om te kunnen spreken van een pensioenregeling in de zin van de Pensioenwet, sprake moet zijn van een “koppeling met de arbeidsrelatie”. Bij het verplichte bedrijfspensioen is de koppeling met de arbeidsrelatie gebaseerd op de fictie dat de individuele werkgever en de individuele werknemer de pensioenregeling zijn overeengekomen. De omstandigheid dat de verplichtstelling geschiedt bij wet heeft niet tot gevolg dat het verplichte bedrijfspensioen niet aangemerkt kan worden als een arbeidsvoorwaarde. Het verplichte bedrijfspensioen heeft dan ook op dezelfde wijze als de pensioenovereenkomst te gelden als een arbeidsvoorwaarde die op grond van de Wet overgang onderneming van rechtswege overgaat van de vervreemder op de verkrijger. Tot de verplichtingen die overgaan van de vervreemder op de verkrijger op grond van art. 7:664 BW behoort ook de betaling van vóór de overgang van onderneming onbetaald gelaten pensioenpremies. Een redelijke wetsuitleg rechtvaardigt dat een bedrijfspensioenfonds een vorderingsrecht kan ontlenen aan de Wet overgang onderneming voor de inning van onbetaald gebleven premies van het verplichte bedrijfspensioen.

NB. Vóór 2000 gingen pensioenrechten in beginsel niet mee over bij overgang van onderneming en werd wel gebruikgemaakt van de constructie van het derdenbeding («JAR» 2000/8) af van opgewekt gerechtvaardigd vertrouwen («JAR» 2004/84). Sinds de wijziging van de Wet overgang onderneming in 2000 zijn dergelijke constructies niet meer nodig.

Uitspraak

1. De procedure

(...; red.)

2. De feiten

2.1. GOM maakt deel uit van de Facilicom Services Groep (hierna: Facilicom). GOM is een schoonmaakbedrijf dat behoort tot de categorie ondernemingen waarvoor bij besluit van 29 november 1968 (Stcrt. 1968, nr. 247) deelneming van de werknemers in het Bedrijfspensioenfonds voor het glazenwassers- en schoonmaakbedrijf verplicht is gesteld. Het besluit tot verplichtstelling is gebaseerd op de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (oud) (wet Bpf), vervangen door de met ingang van 1 januari 2001 in werking getreden Wet verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds 2000 (hierna: wet Bpf 2000).

2.2. In artikel 4 van de wet Bpf 2000 is bepaald:

“De deelnemers alsmede, voorzover het werknemers betreft, hun werkgevers leven de statuten en reglementen en de daarop gebaseerde besluiten van het bestuur van het bedrijfstakpensioenfonds na”

2.3. In het Uitvoeringsreglement van het BPF geldend vanaf 1 januari 2008 (hierna: UR 2008) is bepaald:

“(…)

Artikel 6 verschuldigdheid van de premie

1. (...)

2. De premie voor de actieve deelnemers is door de werkgever verschuldigd aan het fonds. De werkgever houdt de premiebijdrage van de werknemer in op loon van de deelnemer

3. (...)”

Gelijkkluidende bepalingen zijn opgenomen in artikel 3.1 lid 6 en artikel 3.2 lid 1 van het Uitvoeringsreglement 2012 (UR 2012).

2.4. Op 21 mei 2008 heeft GOM als koper, met Van Berkel Holding B.V en VBG Holding B.V. (hierna gezamenlijk aangeduid als VBG) als verkoper, een overeenkomst tot koop en verkoop van activa (hierna: de koopovereenkomst) gesloten. De in het kader van de overgang van onderneming opgestelde intentieverklaring van 30 januari 2008 vermeldt dat claims van fiscus, bedrijfsvereniging, pensioenuitvoerders of andere stake holders die betrekking hebben op de periode voor transactiedatum voor rekening en risico van VBG zijn en niet worden overgenomen door Facilicom.

In de overeenkomst is opgenomen:

“(…)

6.1. partijen zijn zich ervan bewust dat er per de Effectieve Datum sprake is van een betalingsachterstand met betrekking tot de Pensioenregeling en er daarom sprake is van Pensioenaanspraken van de pensioenuitvoerder(s)

(…)

6.2. Koper zal de pensioenuitvoerder(s) verzoeken om zo spoedig mogelijk een onderbouwde opgave te doen van de in artikel 6.1 genoemde betalingsachterstand met betrekking tot de Werknemers, dit door de pensioenuitvoerder(s) op te geven bedrag hierna: de ‘pensioenachterstand’. (…)

(…)

Artikel 8

8.1. Door vaststelling van de Koopprijs Activa, Goodwill-corectie, Opgebouwde Vankatierechten, de Transitorische omzet en de Pensioenachterstand zal ook de Definitieve Koopprijs zijn vastgesteld

(…)”

2.5. GOM heeft de werknemers die zij van VBG ondernemingen heeft overgenomen aangemeld bij BPF. Met ingang van 19 mei 2008 betaalt GOM de pensioenpremie voor deze werknemers aan BPF.

2.6. Bij brief van 6 april 2011 heeft BPF aan Facilicom opgave gedaan van het totaalbedrag aan premieachterstand betreffende de door Facilicom van VBG overgenomen werknemers.

2.7. Bij aangetekend schrijven van 25 november 2011 heeft BPF GOM gesommeerd om – onder meer – achterstallige pensioenpremies te voldoen.

3. Het geschil

In conventie

3.1. GOM vordert dat de kantonrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, voor recht verklaart

– primair dat GOM niet gehouden is tot betaling aan BPF van de premies die (enig onderdeel van) de VBG Groep tot het moment van de overgang van (een deel van de) onderneming op 19 mei 2008 aan BPF verschuldigd is geworden;

– subsidiair dat GOM ten opzichte van BPF pas in verzuim is nadat BPF haar vordering concreet aan de hand van bescheiden heeft onderbouwd, zodanig dat GOM ten aanzien van iedere deelnemer kan vaststellen dat de ingevorderde premie correct is;

– met veroordeling van BPF in de kosten van deze procedure.

3.2. Ter onderbouwing van die vordering stelt GOM dat artikel 7:633 Burgerlijk Wetboek (BW) slechts ten doel heeft dat bij overgang van onderneming de rechten van de werknemer die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst mee overgaan. Derden, zoals BPF, kunnen volgens GOM geen vorderingsrecht ontleen aan de Wet overgang onderneming.

3.3. GOM betoogt daartoe dat de verplichting tot betaling van de premie ten behoeve van een op de wet Bpf 2000 gebaseerd pensioen weliswaar samenhangt met de arbeidsovereenkomst, maar daar niet uit voortvloeit als bedoeld in artikel 7:633 BW. In dit verband benadrukt GOM, onder verwijzing naar jurisprudentie en literatuur, het verschil tussen een pensioen als bedoeld in de Pensioenwet waarin een pensioenovereenkomst wordt gedefinieerd als “hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende een pensioen”, en de verplichte pensioendeelname die is gebaseerd op de wet Bpf 2000. Nu de grondslag de wettelijke verplichtstelling is en niet de tussen werkgever en werknemer overeengekomen pensioenovereenkomst, maakt het verplichte bedrijfspensioen volgens GOM geen deel uit van de arbeidsovereenkomst.

3.4. Ter onderbouwing van haar betoog dat de rechten en verplichtingen niet op grond van artikel 7:633 BW van rechtswege overgaan op de verkrijger stelt GOM voorts dat de verplichtstelling van de pensioendeelneming op grond van de wet Bpf 2000 verwant is met de algemeen verbindend verklaring van de CAO op grond van de wet Algemeen Verbindend Verklaring (wet AVV). Nakoming van de verplichtingen uit de CAO vloeit voort uit de algemeen verbindend verklaring en niet uit de arbeidsovereenkomst. Om die reden is in artikel 2a wet AVV expliciet bepaald dat bij overname van de onderneming de verplichtingen uit de CAO overgaan op de verkrijger. Een met artikel 2a vergelijkbare bepaling bestaat echter niet in de wet Bpf 2000.

3.5. Ter onderbouwing van haar standpunt dat BPF geen vorderingsrecht aan artikel 7:633 BW kan ontleen voert GOM voorts aan dat de verplichte pensioendeelneming op grond van de wet Bpf 2000 een publiekrechtelijk karakter heeft dat vergelijkbaar is met de verplichting tot afdracht premies werknemersverzekeringen en de verplichting tot afdracht loonbelasting. Het gaat bij deze premieafdracht om verplichtingen die zijn gebaseerd op de wet en om die reden wel samenhangen met de arbeidsovereenkomst, maar daar niet uit voortvloeien. Een aanwijzing voor het publiekrechtelijk karakter van de wet Bpf 2000 ziet GOM ook in het feit dat de in artikel 22 van de wet Bpf 2000 neergelegde hoofdelijke aansprakelijkheid voor de premies overeenkomt met de in de wet Coördinatiewet sociale verzekering (CSV) neergelegde hoofdelijke aansprakelijkheid voor premiebetaling en de hoofdelijke aansprakelijkheid in de Invorderingswet (IW). Ook de in artikel 18 Bpf 2000 aan een bedrijfspensioenfonds toegekende bevoegdheid om de premies te innen bij dwangbevel duidt volgens GOM op een stelsel voor premie-inning dat vergelijkbaar is met de op het publiekrecht gebaseerde bevoegdheden in de CSV en de IW. Zij wijst erop dat vergelijkbare artikelen voor de (inning van) de premie van een pensioenovereenkomst ontbreken.

3.6. Het verweer van BPF komt er op neer dat de verplichting tot betaling van de (achterstallige) premies op grond van artikel 7:633 BW van rechtswege overgaan van de vervreemdende werkgever op de verkrijgende werkgever. BPF stelt daartoe dat de werknemers op grond van hun arbeidsovereenkomst verplicht zijn tot deelneming in het pensioenfonds. De verplichting tot premiebetaling door de werkgever vloeit volgens BPF dan ook voort uit de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:633. BPF heeft de stellingen van GOM gemotiveerd betwist.

In reconventie

3.7. BPF vordert, na wijziging van eis, dat de kantonrechter GOM, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis, veroordeelt:

- A. tot betaling van het bedrag van € 1.922.065,86 aan achterstallige pensioenpremies, te vermeerderen met de wettelijke rente
- B. tot betaling van 15% buitengerechtelijke kosten berekend over € 2.741.196,38, derhalve een bedrag van € 411.165,=;
- C. tot betaling van de achterstallige premies betreffende de werknemers die zijn overgegaan van Basita naar GOM, althans een verklaring voor recht uit te spreken dat GOM tot betaling van deze premies is gehouden en met veroordeling van GOM om aan BPF een opgave te verstrekken van de werknemers die zijn overgegaan;
- D. in de kosten van deze procedure.

3.8. Volgens BPF betreft de vordering de door VBG nog verschuldigde pensioenpremies voor zover de werknemers zijn overgegaan naar GOM. BPF stelt dat bij de overgang van onderneming naar Facilicomgroep een deel van de werknemers van VBG naar GOM ging en een deel naar Basita, een andere onderneming binnen Facilicom. Volgens BPF zijn de werknemers van Basita echter per 1 januari 2012 overgegaan naar GOM, zodat ook de verplichting tot betaling van de (achterstallige) premies voor die werknemers naar GOM is overgegaan. De vordering heeft dan ook betrekking op de pensioenpremies van werknemers die in 2008 bij Schoonmaakbedrijf van Berkel en VBG Schoonmaak in dienst waren. BPF is daarbij uitgegaan van de door Facilicom verstrekte "Lijst van overgenomen personeel". Het betreft de premieschuld voor deze werknemers over de jaren 2006 en 2007.

3.9. GOM voert primair het verweer – onder verwijzing naar haar vordering in conventie – dat zij niet verplicht is de door VBG onbetaald gebleven premies te voldoen. Subsidiair voert GOM het verweer dat ten tijde van overgang van onderneming door BPF aan haar is meegedeeld dat de achterstand in de premiebetaling door VBG van de door GOM over te nemen bedrijven niet meer beliep dan € 600.000,= (exclusief rente). GOM stelt zich op het standpunt dat BPF gehouden is tot een zorgvuldige en voortvarende incasso van de premies en dat daartoe in het uitvoeringsreglement een duidelijke aanpak is voorgeschreven. Volgens GOM kan BPF een ernstig verwijt worden gemaakt van de opgelopen premieachterstand en heeft BPF haar recht

verwerkt om alsnog premieachterstanden te incasseren. Indien GOM wel gehouden zou zijn de achterstallige premies te betalen betoogt zij dat BPF de omvang van de vordering onvoldoende heeft onderbouwd. Zij stelt daartoe dat BPF haar vordering baseert op de volstrekt onbetrouwbare administratie van VBG. Voorts heeft GOM de berekeningswijze van BPF betwist. Wat betreft de gevorderde rente stelt GOM zich met een beroep op artikel 119a lid 5 BW op het standpunt dat de vertraging tot 11 april 2011 niet aan GOM kan worden toegerekend. Verder heeft GOM de hoogte van de gevorderde buitengerechtigde kosten gemotiveerd betwist.

4. De beoordeling

4.1. De artikelen 7:662 BW e.v. zullen hierna worden aangeduid als de Wet overgang van onderneming (WOO).

4.2. In verband met de uitvoering van de Richtlijn 98/50 EG van de Raad van de Europese Unie (inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende het behoud van rechten van de werknemers bij overgang van onderneming, hierna: de Richtlijn) is in 2000 de WOO gewijzigd. In de memorie van toelichting bij deze wet (TK 2000-2001, 27 469 nr. 3, hierna: de wijzigingswet WOO) wordt onder het kopje "pensioenregelingen" aandacht gevraagd voor het feit dat de bescherming van de Richtlijn zich niet uitstrekt tot pensioenregelingen. Als reden dat de eerder in artikel 7:633 BW gemaakte uitzondering voor pensioenaanspraken thans opnieuw wordt bezien, wordt genoemd dat een pensioenregeling ook een arbeidsvoorwaarde is en de op basis van de richtlijnen en de Nederlandse wetgeving geldende bescherming voor werknemers ten aanzien van arbeidsvoorwaarden daarom ook zoveel mogelijk van toepassing zou moeten zijn op pensioenregelingen in de zin van de Pensioen- en Spaarfondswet (hierna: PSW). De toelichting op artikel 7:633 BW vermeldt dat na inwerkingtreding van de wetwijziging ook pensioenen en spaarregelingen in de zin van de PSW vallen onder de in artikel 7:633 BW bedoelde rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst die van rechtswege overgaan van de vervreemder op de verkrijger.

4.3. Tussen partijen is niet in geschil dat de activaovername tussen GOM en VBG op 21 mei 2008 een overgang van onderneming betreft als bedoeld in de WOO. Evenmin is in geschil dat na overgang van onderneming voor de overgenomen werknemers de verplichte pensioendeelname onverkort geldt en dat GOM op grond van artikel 4 van de Wet Bpf 2000 in samenhang met artikel 6 lid 2 van destijds het UR 2008 en thans het UR 2012, verplicht is vanaf de overname pensioenpremie te betalen voor de door haar van VBG overgenomen werknemers. Tussen partijen is in geschil of GOM gehouden is de door de vervreemder vóór de overgang van de onderneming onbetaald gelaten pensioenpremie aan BPF te betalen.

4.4. Het geschil spitst zich toe op de volgende vragen:

– behoort een op de wet Bpf gebaseerd pensioen (hierna aangeduid als "het verplichte bedrijfspensioen") tot de "rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst" als bedoeld in artikel 7:663 BW, of betreft dit artikel slechts pensioenaanspraken die zijn gebaseerd op een tussen werkgever en werknemer tot stand gekomen pensioenovereenkomst (hierna aangeduid als: "de pensioenovereenkomst") en

– kan een bedrijfspensioenfonds een vorderingsrecht ontlenen aan artikel 7:663 BW.

Rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst

4.5. Ten aanzien van de vraag of bij het verplichte bedrijfspensioen sprake is van rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:633BW overweegt de kantonrechter als volgt.

4.6. De PSW is met ingang van 1 januari 2007 vervallen. Uit de memorie van toelichting van de wet van 7 december 2006 houdende regels betreffende pensioenen (hierna: de Pensioenwet, TK 2005/2006 30 413, nr. 3) blijkt dat met de inwerkingtreding van de Pensioenwet geen wijziging is beoogd van de in de PSW geformuleerde uitgangspunten betreffende de toepassing van artikel 7:663 BW. Thans heeft dan ook als uitgangspunt te gelden dat pensioenregelingen in de zin van de Pensioenwet vallen onder de in artikel 7:633 BW bedoelde rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst, die bij overgang van onderneming van rechtswege overgaan van de vervreemder op de verkrijger.

4.7. In artikel 2 lid 2 onderdeel a Pensioenwet is bepaald dat met een pensioenovereenkomst – onder meer – wordt gelijkgesteld: de uit de dienstbetrekking voortvloeiende rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioen op basis van een verplichtstelling. De memorie van toelichting van de PW vermeldt in het artikelsgewijs commentaar bij dit artikel:

“Evenals in de PSW wordt in het wetsvoorstel de situatie waarin de werkgever en de werknemer geen afspraken maken betreffende pensioen, maar wel sprake is van een verplichtstelling op basis van de Wet Bpf 2000, gelijkgesteld met de situatie waarin er sprake is van een pensioenovereenkomst”

De memorie van toelichting bij de Pensioenwet stelt in hoofdstuk 2, getiteld “definities en reikwijdte van de pensioenwet”, voorop dat pensioen volgt uit een overeenkomst gekoppeld aan de arbeidsrelatie en benadrukt dat de term pensioenovereenkomst, beter dan het in de PSW gehanteerde begrip pensioentoezegging, uitdrukt dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is die werkgever en werknemer samen overeenkomen. De memorie van toelichting overweegt dat een werkgever niet altijd volledig vrij is in zijn handelen en dat hij bij het sluiten van een pensioenovereenkomst op verschillende manieren gebonden kan zijn. In de daaropvolgende opsomming van mogelijke gebondenheid van de werkgever wordt met betrekking tot het verplichte bedrijfspensioen vermeld:

“(…) Ten vierde kan een werkgever gebonden zijn aan een al overeengekomen pensioenregeling die niet door hemzelf of namens hem is overeengekomen, namelijk als er sprake is van een verplichtgestelde bedrijfstakpensioenregeling. Niet-georganiseerde werkgevers en hun werknemers in de betreffende bedrijfstak zijn dan op grond van de verplichtstelling gehouden aan de pensioenregeling deel te nemen. Feitelijk wordt er dan dus geen pensioenovereenkomst gesloten tussen de individuele werkgever en de individuele werknemer. Voor de rechten en plichten over en weer tussen werkgever en werknemer maakt het echter niet uit, of zij het pensioen feitelijk zelf overeenkomen, dan wel dat de hun vertegenwoordigende organisaties dat doen. Dit wetsvoorstel gaat uit van de fictie dat de werkgever en werknemer in een bedrijfstak waar een verplichtgestelde regeling geldt een pensioenovereenkomst hebben gesloten”

Dat de koppeling met de arbeidsrelatie bij het verplichte bedrijfspensioen in de Pensioenwet dezelfde is als in het geval er sprake is van een pensioenovereenkomst kan ook worden afgeleid uit de artikelsgewijze toelichting bij de definitiebepaling (artikel 1 van de Pensioenwet) van “Pensioen” waarin nogmaals wordt benadrukt dat bij het begrip pensioen in het kader van de Pensioenwet de afspraak tussen werkgever en werknemer cruciaal is. De volgende toelichting wordt gegeven op de situatie waarbij een “pensioen” niet is gerelateerd aan de arbeidsverhouding:

“In de wet- en regelgeving wordt de term ‘pensioen’ soms ook in een andere betekenis gebruikt. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om uitkeringen bij wijze van inkomensvoorzieningen bij ouderdom, die niet gebaseerd zijn op afspraken tussen werkgever en werknemer, maar die in de wet worden geregeld. Het kan dan gaan om uitkeringen die geen verband houden met een arbeidsverhouding, zoals de Wet buitengewoon pensioen Indisch verzet of de Wet buitengewoon pensioen 1940-1945. Maar het kan ook gaan om uitkeringen die weliswaar verband houden met arbeid die is verricht of een ambt dat is vervuld, maar waarbij het pensioen in de wet is geregeld en derhalve niet rechtstreeks gebaseerd is op afspraken tussen werkgever en werknemer. Dit geldt bijvoorbeeld voor de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers, de Wet schadeloosstelling uitkering en pensioen leden Europees Parlement. Daarom zijn dit geen pensioenen in de zin van dit wetsvoorstel”.

4.8. Op grond van de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis van de Pensioenwet moet worden geconcludeerd dat om te kunnen spreken van een pensioenregeling in de zin van de Pensioenwet er sprake moet zijn van een “koppeling met de arbeidsrelatie”. Bij het verplichte bedrijfspensioen is de koppeling met de arbeidsrelatie gebaseerd op de fictie dat de individuele werkgever en de individuele werknemer de pensioenregeling zijn overeengekomen. Voor de stelling van GOM dat de toepassing van de gelijkstelling van artikel 2 van de Pensioenwet is beperkt tot de op de werkgever rustende informatieplicht ziet de kantonrechter geen aanknopingspunten in de (wets)geschiedenis van de Pensioenwet.

4.9. Ook het hierna volgende citaat uit het “Toetsingskader Wet Bpf 2000” (Staatscourant 2001, nr. 165, pagina 8) waarin de criteria voor toetsing van een aanvraag om verplichtstelling op grond van de Bpf 2000 zijn vastgelegd, bevestigt dat het bij het verplichte bedrijfspensioen, gaat om een arbeidsvoorwaarde en niet om een regeling waarbij de hoogte van de premie en de (eventueel) daar tegenoverstaande aanspraken van de werknemer, zonder bemoeienis van werkgever en werknemer bij de wet is bepaald. Het toetsingskader vermeldt onder punt 2 “Reikwijdte van de verplichtstelling”:

“Een besluit tot verplichtstelling wordt door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid genomen, wanneer sociale partners een aanvraag indienen. Sociale partners zijn primair verantwoordelijk voor de arbeidsvoorwaarden waartoe ook pensioenregelingen behoren. De Minister ondersteunt met het instrument van verplichtstelling die verantwoordelijkheid van de sociale partners”

De omstandigheid dat de verplichtstelling geschiedt bij wet heeft dan ook, anders dan GOM betoogt, niet tot gevolg dat het verplichte bedrijfspensioen niet aangemerkt kan worden als een arbeidsvoorwaarde.

4.10. De vergelijking die GOM maakt voor de betaling van premie voor het verplichte bedrijfspensioen, met de uit de wet voortvloeiende premieafdracht voor de werknemersverzekeringen en de inkomstenbelasting gaat evenmin op. De hoofdelijke aansprakelijkheid (artikel 22 Bpf 2000) en de bevoegdheid tot invordering van premies bij dwangbevel (artikel 18 Bpf 2000) waar GOM in dit kader naar verwijst zijn ingevoerd bij de wet "Nadere wijziging van enige sociale verzekeringswetten, de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioen en enige fiscale wetten". Uit de memorie van toelichting op deze wet (TK 1980-1981 6530 nr. 3) blijkt dat deze wet deel uitmaakt van een drietal wetsontwerpen die erop zijn gericht het misbruik van rechtspersonen te bestrijden. De aard en de grondslag van de verplichting tot betaling van de premie voor het verplichte bedrijfspensioen speelt in de wetsgeschiedenis echter geen rol. Als reden om in de destijds van toepassing zijnde Bpf wat betreft de inning van de premies bij dwangbevel dezelfde regeling te laten gelden als in de CSV en de IW noemt de memorie van toelichting "dat het ook voor het verplichte bedrijfspensioen onaanvaardbaar is als de bijdragen niet worden betaald". Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever, in het kader van de bestrijding van het misbruik door rechtspersonen, belang hecht aan de inning van premies voor het verplichte bedrijfspensioen. Dat de wetgever zich dit maatschappelijke belang aantrekt is echter onvoldoende om te kunnen concluderen dat het bij het verplichte Bedrijfspensioen gaat om een publiekrechtelijke aangelegenheid zoals GOM betoogt.

4.11. Gelet op hetgeen hiervoor in 4.6 tot en met 4.10 is overwogen wordt de verplichting tot premiebetaling bij het verplichte bedrijfspensioen geacht voort te vloeien uit de arbeidsrelatie. Het verplichte bedrijfspensioen heeft dan ook op dezelfde wijze als de pensioenovereenkomst te gelden als een arbeidsvoorwaarde die op grond van de WOO bij overgang van onderneming van rechtswege overgaat van de vervreemder op de verkrijger. Anders dan GOM stelt ontbreekt daarom de noodzaak om in de wet Bpf een (met artikel 22 wet AVV vergelijkbare) regeling op te nemen betreffende de overgang van het verplichte bedrijfspensioen bij overgang van onderneming.

Overgang van onbetaald gebleven premies

4.12. Zoals hiervoor is geconcludeerd gaat bij overgang van onderneming de verplichting van de werkgever tot betaling van de premie voor een pensioen als bedoeld in de Pensioenwet over van de vervreemder op verkrijger. Naar het oordeel van de kantonrechter behoort tot de verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst die overgaan van de vervreemder op de verkrijger, ook de betaling van vóór de overgang van onderneming onbetaald gelaten premies van de pensioenen. Deze conclusie is gebaseerd op de volgende overwegingen, ontleend aan de wetsgeschiedenis van de wijzigingswet Wet WOO.

4.13. De memorie van toelichting bij de wijzigingswet WOO vermeldt dat bij de wens de uitzondering van pensioenregelingen bij artikel 7:663 BW opnieuw te bezien (ook) een rol heeft gespeeld, dat de uitstelfinanciering met de wijziging van de PSW is verboden. Dit wordt als volgt toegelicht:

"Het afschaffen van uitstelfinanciering is in dit kader van belang omdat daardoor de kans dat bij de overgang van een onderneming een financieringsachterstand bij de vervreemder kan bestaan, aanzienlijk wordt verkleind. Daardoor wordt de kans dat de totstandkoming van de bedrijfsfusie wordt belemmerd door een achterstand in de financiering die bij de vervreemder is ontstaan en die de verkrijger voor zijn rekening moet gaan nemen, aanzienlijk beperkt."

Uit het voorgaande citaat kan worden afgeleid dat de wetgever er bij de wijziging van de WOO van uitging, dat de door de vervreemder onbetaald gebleven pensioenpremies voor rekening komen van de verkrijger. Het voorgaande wordt bevestigd door de toelichting bij artikel 7:664 BW waarin is vermeld:

"Artikel 664 is een uitzondering op artikel 663. In artikel 663 is bepaald dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan van de vervreemder op de verkrijger. Dit geldt na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel ook voor pensioenen en spaarregelingen in de zin van de PSW.

(...)

De bepaling van artikel 663, tweede zin, dat de vervreemder nog gedurende een jaar na overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden is voor wat betreft de nakoming van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan voor de overgang van onderneming, geldt in alle situaties onverkort.

De regering acht het wenselijk dat deze bepaling ook van toepassing is op pensioenregelingen zodat de vervreemder aangesproken kan worden voor eventuele financieringsachterstanden voor zover die, ondanks de inwerkingtreding van het wetsvoorstel wijziging Pensioen- en spaarfondsenwet (kamerstukken II 1998/99, 26 415) nog zouden bestaan.

(...)"

Op grond van het feit dat de vervreemder, naast de verkrijger, gedurende het eerste jaar na overgang van ondernemer aansprakelijk is voor betaling van achterstallige premies, moet worden geconcludeerd dat de wetgever er van uitgaat dat de verplichting van de vervreemder om de betalingsachterstand te voldoen, met de overgang van onderneming is overgegaan van de vervreemder op de verkrijger.

Tussenconclusie

4.14. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het verplichte bedrijfspensioen een arbeidsvoorwaarde is, dat de uit deze arbeidsvoorwaarde voortvloeiende rechten en verplichtingen bij overgang van onderneming overgaan van de vervreemder op de verkrijger, inclusief de verplichting om de vóór de overgang van onderneming onbetaald gelaten premies af te dragen.

Het vorderingsrecht van het bedrijfspensioenfonds

4.15. De kantonrechter komt nu toe aan de beantwoording van de tweede in 4.4 geformuleerde vraag of een bedrijfspensioenfonds aan artikel 7:663 BW een eigen vorderingsrecht kan ontlenen tot betaling van de onbetaald gebleven premies.

4.16. De WOO heeft tot doel de rechten van de werknemer te beschermen bij overgang van onderneming. Het recht op pensioen is één van de in dat kader te beschermen rechten van de werknemer. De verplichting tot betaling van de pensioenpremie door de werkgever maakt deel uit van de arbeidsovereenkomst en is onlosmakelijk verbonden met het recht van de werknemer op pensioen. Niet betaling van de pensioenpremie vormt daarom een aantasting van het door de WOO te beschermen recht van de werknemer. Indien, zoals GOM stelt, slechts de werknemer – met uitsluiting van het (bedrijfs)pensioenfonds – een vorderingsrecht zou hebben tot betaling van de achterstallige premies, zou dit tot gevolg hebben dat alle individuele werknemers hun vorderingsrecht jegens de werkgever dienen in te roepen. Dit kan de bedoeling van de wetgever niet zijn. Daar komt nog bij dat bij het verplichte bedrijfspensioen als uitgangspunt geldt dat onbetaald blijven van de pensioenpremie er niet toe mag leiden dat geen pensioen wordt uitgekeerd, zodat de individuele werknemer niet snel een vordering wegens onbetaald gebleven premies zal instellen tegen zijn werkgever. Anders dan GOM betoogt leidt dit uitgangspunt er niet toe dat de werknemer geen belang heeft bij de betaling van de premie. Zoals BPF heeft aangevoerd, zal een tekort aan premiebetaling immers uiteindelijk tot een aantasting van de pensioenrechten leiden.

4.17. Op grond van de voorgaande overwegingen komt de kantonrechter tot het oordeel dat, gelet op het doel van de WOO, een redelijke wetsuitleg de conclusie rechtvaardigt dat een bedrijfspensioenfonds een vorderingsrecht kan ontlenen aan de WOO voor de inning van onbetaald gebleven premies van het verplichte bedrijfspensioen.

Slotsom

4.18. Al hetgeen hiervoor is overwogen leidt tot de slotsom dat aan BPF het recht toekomt om van GOM betaling te vorderen van de vóór de overgang van onderneming onbetaald gelaten premies, voor zover deze betrekking hebben op werknemers die bij overgang van onderneming naar GOM zijn overgegaan. De vordering van GOM onder 1 zal daarom worden afgewezen.

Tussentijds hoger beroep

4.19. De kantonrechter overweegt voorts het volgende. BPF heeft in haar conclusie van antwoord naar voren gebracht dat de vraag naar de hoogte van de vordering in reconventie slechts dan beantwoord hoeft te worden indien de principiële kernvraag bevestigend wordt beantwoord en de kantonrechter verzocht in dat geval bij tussenvonnissen slechts deze kernvraag te beantwoorden en de mogelijkheid van tussentijds hoger beroep open te stellen. GOM heeft ter zitting naar voren gebracht dat zij tussentijds hoger beroep niet noodzakelijk vindt, maar geen inhoudelijk verweer gevoerd tegen het verzoek van BPF.

4.20. De kantonrechter overweegt dat met het oordeel dat aan BPF het recht toekomt om van GOM betaling te vorderen van de vóór de overgang van onderneming onbetaald gelaten premies is beslist op een controversiële rechtsvraag die indringend

doorwerkt in de verdere behandeling van de zaak. Om de hoogte van de vóór de overgang van onderneming onbetaald gebleven premies vast te kunnen stellen dient nader- en tijdrovend onderzoek plaats te vinden. De kantonrechter acht dit voldoende grond om met toepassing van artikel 337 lid 2 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering te bepalen dat van dit tussenvonnissen hoger beroep openstaat.

In conventie verder en in reconventie

4.21. De kantonrechter heeft behoefte aan nadere inlichtingen van partijen over de datum van verzuim en de omvang van de vorderingen van BPF. Daartoe zal een comparitie van partijen worden gelast. Bij de bepaling van de datum voor de comparitie is rekening gehouden met de termijn waarbinnen tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld. De partij die van die mogelijkheid gebruik zal maken dient daarvan onverwijld mededeling te doen aan de afdeling zittingsplanning van deze rechtbank, afdeling civiel recht.

4.22. De kantonrechter houdt iedere verdere beslissing aan.

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. beveelt partijen, in persoon dan wel rechtsgeldig vertegenwoordigd, desgewenst vergezeld van een gemachtigde, om te verschijnen ter terechtzitting van *maandag 14 oktober 2013 van 15.00 uur tot 17.00 uur* in het gerechtsgebouw op het adres *Vrouwe Justitiaplein 1, 3511 EX Utrecht*;

5.2. bepaalt dat van dit vonnis tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld;

5.3. houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

1. In deze principiële uitspraak oordeelt de kantonrechter dat een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds na de overgang van onderneming (ovo) achterstallige pensioenpremies van vóór de transactie mag opeisen bij de koper. De uitspraak is verplichte kost voor iedereen die ovo-trajecten begeleidt en/of pensioen due diligence uitvoert.

2. In de intentieverklaring van 30 januari 2008 tussen GOM en VBG staat dat claims van de pensioenuitvoerder die betrekking hadden op de periode vóór de transactiedatum voor rekening van de verkoper zijn. In de koopovereenkomst van 21 mei 2008 stond dat (1) partijen weten dat er een betalingsachterstand aan de pensioenuitvoerder is, (2) koper de pensioenuitvoerder verzoekt om kwantificering van de betalingsachterstand en (3) de betalingsachterstand mede de definitieve koopprijs bepaalt. Aangezien de verplichtstelling blijft gelden, speelt de vraag naar de toepasselijke pensioenregeling vóór en na de transactie (artikel 7:664 BW) hier niet.

3. GOM betaalt vanaf de transactiedatum pensioenpremies van de overgenomen werknemers aan het bedrijfstakpensioenfonds (hierna: Bpf). In april 2011 doet het Bpf opgave aan GOM van de betalingsachterstand, begroot op €600K zo leid ik af uit de uitspraak. Op 25 november 2011 volgt een sommatie. GOM vordert een verklaring voor recht dat zij geen achterstallige pensioenpremies van vóór de transactie is verschuldigd. Het Bpf vordert in reconventie bijna €2 miljoen achterstallige pensioenpremies van GOM en meer dan €400K buitengerechtelijke kosten. Hoewel het geschil gaat tussen GOM en het Bpf raakt het ook de werknemers en mogelijk de verkoper, afhankelijk van de partijafspraken.

4. GOM stelt dat de achterstallige pensioenpremies niet zijn overgegaan omdat de wettelijk verplichte pensioenpremies niet voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst (vergelijk de tekst van 7:663 BW). Met de kantonrechter meen ik dat de pensioenverplichtingen voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en dus mee overgaan. Op grond van artikel 2 Pensioenwet is de verplichtgestelde pensioenregeling gelijkgesteld met een pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer via een wettelijke fictie. De arbeidsovereenkomst is de bron voor die wettelijke pensioenverplichting. Het op de wet Bpf 2000 gebaseerde pensioen – inclusief onbetaalde pensioenpremies – is een arbeidsvoorwaarde die overgaat.

5. Het oordeel van de kantonrechter dat het bedrijfstakpensioenfonds als derde een vorderingsrecht ontleent aan de Wet Overgang Onderneming (WOO) is voer voor fundamentele discussie. Volgens de kantonrechter is een redelijke wetsuitleg dat

de rechten van de werknemer op grond van de wet overgaan op het bedrijfstakpensioenfonds.

6. Het doel van de ovo-wetgeving is in één woord samengevat werknemersbescherming. Indien alleen de werknemer een vorderingsrecht heeft, moeten alle individuele werknemers hun vorderingsrecht invoeren jegens de werkgever. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn, aldus de kantonrechter. Doordat verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen zich niet kunnen beroepen op het beginsel geen premie, geen recht (Kamerstukken II, 2005-2006, 30 413, nr. 17, p. 37) zouden werknemers geen prikkel hebben om de premieachterstand te melden. Dat zou uiteindelijk leiden tot een lager pensioen bij het collectief van het bedrijfstakpensioenfonds, aldus nog steeds de kantonrechter. Ik vraag mij overigens af of dat niet leidt tot een kleine premieverhoging voor het verplicht solidaire collectief in plaats van pensioenverlaging.

7. Met waardering voor het goed onderbouwde betoog van de kantonrechter is een uitkomst waarbij het bedrijfstakpensioenfonds niet bevoegd is om achterstallige pensioenpremies te vorderen van de koper wat mij betreft ook mogelijk. De wettelijke bescherming van de ovo richt zich tot werknemers. Een (expliciete) wettelijke grondslag dat het bedrijfstakpensioenfonds of andere derden bevoegdheden geeft om te treden in de rechten van de werknemers ontbreekt. Indien de wetgever derden – zoals het bedrijfstakpensioenfonds – rechten wil geven, kan zij dat opnemen in de wet. Dat is gebeurd bij inlenersaansprakelijkheid (art. 7:658 lid 4 BW) of schadevergoeding voor vakbonden (art. 15 WCAO) maar hier niet. Brengt de redelijke wetsuitleg mee dat werknemers hun rechten hebben overgedragen aan het Bpf? De pensioendriehoek werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder is hier niet geregeld. De uitspraak roept vragen op over de betekenis en reikwijdte van derden bij ovo in het bijzonder en voor het arbeidsrecht in het algemeen. Biedt de uitspraak het UWV, de curator en de Belastingdienst perspectief om namens werknemers na ovo van de koper te vorderen?

8. Ontdaan van alle nuances is de kerngedachte van de kantonrechter werknemersbescherming. Door het bedrijfstakpensioenfonds achterstallige pensioenpremies te laten innen, hoeven werknemers dat niet te doen. Daar kan tegenin worden gebracht dat de werknemersbescherming ook bereikt kan worden door de werknemers zelf, zoals de wet ook regelt. Zij kunnen niet alleen hun werkgever maar ook het bedrijfstakpensioenfonds aanspreken. Het Bpf kan zich niet verschuilen achter niet-betaalde pensioenpremies.

9. De kantonrechter biedt in deze uitspraak met name bescherming aan het bedrijfstakpensioenfonds dat premieachterstanden niet wegwerkt. Pensioenaanspraken en -uitkeringen van werknemers zijn beschermd want verjaren in beginsel niet (zie artikel 59 Pensioenwet en HR 3 februari 2012, JAR 2012/7). Pensioenfondsen lopen claimrisico's. Het is dus begrijpelijk dat zij deze kantonrechteruitspraak toejuichen.

10. Hoewel de uitspraak niet alle achtergronden schetst blijft de vraag waarom het Bpf de premie-achterstand niet eerder heeft aangepakt en weggewerkt bij de verkoper.

11. In een lezing waarbij een bedrijfstakpensioenfonds geen zelfstandige rechten jegens de koper ontleent aan de overgang is bepleitbaar dat de verkoper jegens het bedrijfstakpensioenfonds de premies verschuldigd blijft. De verkoper kan zich dan evenmin beroepen op ovo jegens het bedrijfstakpensioenfonds. Zo houdt het bedrijfstakpensioenfonds een middel in handen om pensioenpremies te innen bij de verkoper. De contractuele afspraken tussen koper en verkoper kunnen dan de onderlinge verhoudingen regelen, binnen de grenzen van de wet. Verdere doordenking van deze ovo-problematiek in de pensioendriehoek – wat als de verkoper failliet of ophoudt te bestaan? – is wenselijk maar valt buiten het bestek van deze bijdrage.

12. Pensioen als sluitstuk van de overname beschouwen kan duur zijn. De les uit deze uitspraak is dat achterstallige pensioenpremies mee overgaan naar de koper. Het zou goed zijn voor de rechtspraak indien hoger beroep duidelijkheid brengt over de volgens de kantonrechter controversiële rechtsvraag of het bedrijfstakpensioenfonds zelfstandig rechten ontleent aan de ovo. Met bovenstaande uitspraak in de hand kunnen pensioenfondsen achterstallige pensioenpremies (ook) bij de koper in rekening brengen. Daar kunnen partijen maar beter rekening mee houden – bijvoorbeeld via een vrijwaring – bij het opstellen van verkoopovereenkomsten en bij due diligence onderzoek.

prof. mr. drs. M. Heemskerk,
