

Achterstallige pensioenpremies bij overgang van onderneming

Frederique Hoppers

1 Inleiding

Due diligence op pensioenterrein krijgt bij overgang van onderneming lang niet altijd de aandacht die hij verdient. Jurisprudentie over de gevolgen van overgang van onderneming omtrent pensioen is eveneens schaars. De bestede aandacht staat vaak contrair aan de belangen die met het onderwerp zijn gemoeid. Dat toont het GOM-arrest genoegzaam aan. In dit arrest stond de vraag centraal of de koper van een onderneming door een bedrijfstakpensioenfonds kan worden verplicht tot betaling van de achterstallige pensioenpremies van circa 2 miljoen euro die zijn ontstaan vóór het moment van overname. Een bedrijfstakpensioenfonds dat voor de koper overigens niet onbekend was, nu de koper zelf ook verplicht was aangesloten bij datzelfde fonds. Zowel de Kantonrechter Midden-Nederland als het Hof Arnhem-Leeuwarden beantwoordt deze vraag bevestigend. Volgens de Rechtbank en het Hof gaat ook een verplicht gestelde pensioenregeling in een bedrijfstakpensioenfonds mee over bij overgang van onderneming in de situatie waarin de verkoper verplicht deelnemer is in een pensioenregeling bij een bedrijfstakpensioenfonds. In het verlengde hiervan wordt de vraag of daarmee ook pensioenpremieachterstanden van de verkoper mee overgaan naar de koper, bevestigend beantwoord. Daarbij heeft het bedrijfstakpensioenfonds volgens de Rechtbank en het Hof daadwerkelijk de mogelijkheid om van de koper te verlangen de achterstallige pensioenpremies – die vóór de overgang zijn ontstaan bij de verkoper – te betalen. In het bijzonder deze laatste conclusie is verstrekkend, omdat gesuggereerd wordt dat niet uitsluitend de overgegangene medewerkers rechten kunnen ontleen aan de artikelen 7:663 e.v. van het Burgerlijk Wetboek (BW), maar óók derden zoals een pensioenuitvoerder.

In deze bijdrage worden kritische kanttekeningen geplaatst bij de verschillende overwegingen van de Rechtbank Midden-Nederland en het Hof Arnhem-Leeuwarden, zowel vanuit pensioenrechtelijk perspectief als vanuit het perspectief van de Wet overgang van ondernemingen (WOO).

Speciale aandacht komt toe aan wat de reikwijdte van dit arrest is buiten en binnen het pensioenrecht. Buiten het pensioenrecht speelt de meer algemene vraag of uit dit arrest kan worden geconcludeerd dat aan de regels omtrent overgang van onderneming derdenwerking toekomt. Er zijn verschillende annotaties over het GOM-arrest verschenen, met speciale aandacht voor het onderwerp van der-

denwerking,¹ maar slechts in één annotatie² is aandacht besteed aan de verhouding van dit arrest in relatie tot een belangrijk arrest van het Europese Hof van Justitie (HvJ) van 28 januari 2015, het TGSS-arrest.³ De verhouding komt in deze annotatie uitgebreid aan de orde. Binnen het pensioenrecht werpt bestudering van het GOM-arrest de vraag op of dit arrest uitsluitend relevant is voor zover de verkoper en de koper verplicht zijn aangesloten bij hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds, zoals bij het GOM-arrest feitelijk het geval was. Of kan dit arrest verstrekkendere betekenis hebben en is grondige bestudering van dit arrest ook een *must* voor due diligenceonderzoek in andere pensioensituaties? Komen de overwegingen van het GOM-arrest bijvoorbeeld ook in beeld als de verkoper bij een ander bedrijfstakpensioenfonds aangesloten is dan de koper, of als sprake is van een verzekerde pensioenregeling bij één of beide partijen? In andere annotaties over het GOM-arrest is de pensioenrechtelijke reikwijdte van het arrest niet of zeer beperkt aan de orde gesteld, terwijl die andere situaties veel voorkomen. Het Hof lijkt zelf overigens de reikwijdte van het arrest aanzienlijk te (willen) beperken. Deze bijdrage beperkt zich tot de bedrijfsfusie en gaat niet in op de juridische fusie of de situatie van een aandelenoverdracht.

2 De zaak GOM Schoonhouden/Bpf

2.1 Feiten

De feiten zijn eenvoudig. Van Berkel Holding BV en VBG Holding BV (hierna gezamenlijk aan te duiden als VBG) zijn als schoonmaakbedrijven verplicht deelnemer in het bedrijfstakpensioenfonds voor het glazenwassers- en schoonmaakbedrijf (het Bpf). De verplichte deelneming is gebaseerd op de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). De voorwaarden die tussen VBG als verplicht aangesloten werkgever enerzijds en het Bpf anderzijds gelden, zijn opgenomen in een uitvoeringsreglement. Daarin is onder andere bepaald dat de werkgever de premie voor de actieve deelnemers aan het Bpf verschuldigd is.

Bij overeenkomst van 21 mei 2008 verkoopt VBG de activa aan GOM Schoonhouden (GOM). Ook GOM is als schoonmaakbedrijf verplicht aangesloten bij datzelfde Bpf. VBG en GOM merken deze koop/verkoop aan als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW.

VBG heeft ten tijde van de verkoop een pensioenachterstand bij het Bpf. GOM was hiermee destijds bekend. In de koopovereenkomst is van deze pensioenachterstand ook melding gemaakt. In de overeenkomst staat opgenomen dat bij het vaststellen van de definitieve koopprijs de pensioenachterstand wordt afgetrok-

1 H.W.P. van den Hout, Annotatie Rechtbank Midden-Nederland d.d. 12 juni 2013, TAO 2014/2; PJ 2013/143, m.nt. E. Schop; JAR 2013/191, m.nt. M. Heemskerk; J.W. de Bruin, Van oude premieachterstanden, de vorderingen die overgaan..., TPV 2014/25; B.C.L. Kanen, Annotatie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 september 2015, TAO 2015/4; PJ 2015/157, m.nt. T. Huijg; JAR 2015/273, m.nt. M. Heemskerk.

2 V. Gerlach, Overgang van onderneming en derdenwerking: het GOM-arrest, TAP 2016/76.

3 TGSS-arrest, JAR 2015/279.

ken van de waarde van de onderneming. De hoogte van de pensioenachterstand was destijds echter nog niet bekend. In de koopovereenkomst staat namelijk vermeld dat GOM het Bpf zal verzoeken zo spoedig mogelijk een onderbouwde opgave van de betalingsachterstand aan te leveren. Vervolgens zou GOM binnen één week na ontvangst van die opgave aan VBG de hoogte van de pensioenachterstand moeten mededelen, waarna de definitieve koopprijs kon worden vastgesteld. Ook hebben VBG en GOM in de koopovereenkomst een vrijwaringsclausule opgenomen. Op grond van deze clausule vrijwaart VBG GOM voor alle claims van onder andere pensioenuitvoerders voor zover die betrekking hebben op de periode vóór de transactiedatum.

Voorafgaand aan de koopovereenkomst hebben partijen op 30 januari 2008 een intentieverklaring gesloten, waarin de pensioenachterstand eveneens aan de orde gesteld wordt. Hierin is opgenomen dat claims van onder andere pensioenuitvoerders die betrekking hebben op de periode vóór de transactiedatum voor rekening en risico van VBG als verkopende partij komen en niet worden overgenomen.

Na de koop heeft GOM de overgegangene werknemers aangemeld bij het(zelfde) Bpf. Met ingang van 19 mei 2008 betaalt GOM de pensioenpremies voor deze werknemers aan het Bpf. Pas circa drie jaar later, bij brief van 6 april 2011, verstrekt het Bpf aan GOM (althans aan Falicom, waarvan GOM onderdeel uitmaakt) een opgave van het totaalbedrag aan premieachterstand betreffende de werknemers die door GOM van VBG zijn overgenomen. Het blijkt uiteindelijk om achterstallige pensioenpremies van circa 2 miljoen euro te gaan. Vervolgens wordt GOM op 25 november 2011 door het Bpf gesommeerd om deze achterstallige pensioenpremies te voldoen. VBG is op dat moment failliet.

2.2 Procedure in eerste aanleg en hoger beroep

De vorderingen van GOM, het verweer van het bedrijfstakpensioenfonds en de overwegingen van de Rechtbank Midden-Nederland en het Hof Arnhem-Leeuwarden zijn niet identiek, maar komen in hoofdlijnen wel overeen. De analyse spitst zich daarom toe op de procedure in hoger beroep, met dien verstande dat overwegingen in eerste aanleg, uitsluitend voor zover relevant en afwijkend, aangestipt zullen worden.

Het is GOM die een procedure tegen het bedrijfstakpensioenfonds start. In eerste aanleg vordert GOM (primair) een verklaring voor recht dat zij niet gehouden is pensioenpremies aan het Bpf te voldoen voor zover die verschuldigd zijn geworden tot de transactiedatum, dus tot het moment van overgang van onderneming. Subsidiair vordert GOM een verklaring voor recht dat zij pas in verzuim is ten opzichte van het Bpf nadat het Bpf concreet aan de hand van bescheiden heeft onderbouwd welk premiebedrag bij iedere deelnemer hoort. Het subsidiaire verweer blijft in deze bijdrage buiten beschouwing. Het Bpf komt tegen de vorderingen op en stelt tevens een eis in reconventie in, erop neerkomende dat GOM de achterstallige pensioenpremies moet betalen. Die eis in reconventie is in het tussenvonnissen niet inhoudelijk beoordeeld, omdat het tussenvonnissen zich toespitst op de voorvraag of het fonds überhaupt een premieclaim bij de koper mag neerleg-

gen. De Rechtbank beantwoordt deze voorvraag bevestigend en stelt het bedrijfstakpensioenfonds dus in het gelijk.

In hoger beroep staan (net als in eerste aanleg) drie inhoudelijke argumenten van GOM centraal. Alle drie de argumenten zien op de reikwijdte van de artikelen 7:663 e.v. BW. De discussie komt er in de kern op neer hoe ver de beschermingsgedachte van artikel 7:663 BW reikt én wie hieraan rechten c.q. bescherming kunnen ontleenen, dus of aan artikel 7:663 BW derdenwerking toekomt. Ik bespreek de drie argumenten afzonderlijk.

2.2.1 *Wettelijke pensioenplicht*

Als eerste argument voert GOM aan dat op de wet geënte pensioenrechten en -verplichtingen – zoals op de Wet Bpf 2000 en de Pensioenwet – geen verplichtingen zijn die ‘voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst’ zoals bedoeld in artikel 7:663 BW. Op dit argument heeft de eerste grief in hoger beroep betrekking; meer specifiek richt de grief zich tegen de overweging van de Kantonrechter Midden-Nederland 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’.⁴ Evenmin bestaat volgens GOM een andere wettelijke grondslag, zoals een evenknie van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) die geldt voor algemeen verbindend verklaarde cao-verplichtingen,⁵ voor de overgang van pensioenverplichtingen. De pensioenrechten en -verplichtingen gaan daarvoor niet mee over naar de koper, aldus GOM.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden komt aan de hand van een zestal argumenten (argument a tot en met f) tot de conclusie dat ook een verplichte deelneming in beginsel mee overgaat naar de verkrijger. Bij de uitwerking van deze argumenten wordt door het Gerechtshof veel betekenis toegekend aan de definitie van een pensioenovereenkomst. De pensioenovereenkomst is, getuige de definitiebepalingen in de Pensioenwet, namelijk gekoppeld aan een arbeidsrelatie. Dat een verplichte deelneming gelijk kan worden gesteld met een pensioenovereenkomst, blijkt volgens het Gerechtshof uit de wettelijke gelijkstelling van een verplichte deelneming met een pensioenovereenkomst⁶ en uit verschillende verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de Pensioenwet.⁷ Een en ander heeft tot gevolg dat ook de verplichte deelneming volgens het Hof dient te worden beschouwd als een ‘verplichting die voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst’ en dus via artikel 7:663 BW mee overgaat naar de koper. De pensioenuitzonderingen van artikel 7:664 lid 1 BW zijn daarbij niet van toepassing, nu het tweede lid van artikel 7:664 BW daar een uitzondering op formuleert in de situatie dat de verkrijger bij hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds is aangesloten als

4 R.o. 4.14.

5 Artikel 2a Wet AVV.

6 Artikel 2 lid 2 PW.

7 Kamerstukken II 2005/06, 30413.

de vervreemder. In dat geval valt men terug op de hoofdregel van artikel 7:663 BW. Het Hof gaat daarnaast, net als de Rechtbank Midden-Nederland, niet mee in het betoog van GOM omtrent het ontbreken van een evenknie van artikel 2a Wet AVV. Volgens het Hof is een soortgelijke bepaling niet vereist, omdat artikel 7:664 BW al in de pensioengevolgen voorziet.

2.2.2 *Overdracht onbetaalde pensioenpremies*

Het tweede argument van GOM, eveneens verwerkt in de eerste grief in hoger beroep, komt erop neer dat de verplichting tot premiebetaling geen pensioenverplichting in de zin van artikel 7:663 BW is. GOM maakt hiervoor een vergelijking met de premieafdracht van werknemersverzekeringen en de inkomstenbelasting. Zowel ten aanzien van pensioenpremies bij een bedrijfstakpensioenfonds als ten aanzien van werknemersverzekeringen en inkomstenbelasting geldt dat de uitvoerder bij dwangbevel premies kan incasseren, hetgeen volgens GOM een belangrijk aanknopingspunt oplevert dat het gaat om een publiekrechtelijke aangelegenheid en dus niet om een aangelegenheid tussen werkgever en werknemer. Het Hof gaat evenmin mee in dit betoog van GOM. Het Hof kent hierbij betekenis toe aan het feit dat pensioen, in tegenstelling tot socialeverzekeringspremies en belastingen, een arbeidsvoorwaarde is die door overleg tussen sociale partners tot stand komt. De Rechtbank kwam via een eenvoudigere redenering tot eenzelfde conclusie. De Rechtbank overwoog dat uit het bij dwangbevel kunnen incasseren van gelden slechts blijkt dat de wetgever zich een maatschappelijk belang heeft aangetrokken, maar dat dit aspect onvoldoende is om tot een publiekrechtelijke aangelegenheid te concluderen.

Ook verwijst het Hof naar de tweede volzin van artikel 7:663 BW, waarin de hoofdelijke aansprakelijkheid voor verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan vóór het moment van overgang staat verwoord. Het betreft hier volgens het Hof de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemdende werkgever (gedurende één jaar) naast de verkrijgende werkgever, die (kennelijk) sowieso aansprakelijk is. Vervolgens verwijst het Hof, net als de Kantonrechter, naar de parlementaire geschiedenis bij de WOO en de Pensioenwet, waaruit zou volgen dat ook onbetaald gebleven premies mee overgaan.⁸ In deze parlementaire geschiedenis is ingegaan op de aansprakelijkheid van de vervreemder, naast de aansprakelijkheid van de verkrijger voor affinanciering van de backserviceverplichting en de financieringsachterstanden.

2.2.3 *Zelfstandig vorderingsrecht onbetaalde pensioenpremies (derdenwerking)*

Tot slot betoogt GOM dat aan artikel 7:663 BW geen zelfstandig vorderingsrecht voor het bedrijfstakpensioenfonds kan worden ontleend. Dit argument is verwerkt in de tweede grief en richt zich tot de rechtsoverweging van de Kantonrechter dat 'gelet op het doel van de WOO een redelijke wetsuitleg de conclusie rechtvaardigt dat een bedrijfstakpensioenfonds een vorderingsrecht kan ontleenen aan

8 Zie o.a. Kamerstukken II 1998/99, 26415; Kamerstukken II 2000/01, 27469, B; Kamerstukken I 2001/02, 27469, 163; Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3.

de WOO voor de inning van onbetaald gebleven premies van het verplichte bedrijfspensioen'.⁹

Onder verwijzing naar artikel 4 Wet Bpf 2000, de verplichting van de werkgever om de statuten en reglementen na te leven, en het uitvoeringsreglement van het fonds (betreffende premiebetaling) overweegt het Hof dat de verkoper verplicht was om premie te betalen. Die verplichting is volgens het Hof via artikel 7:664 lid 2 en artikel 7:663 BW mee overgegaan naar GOM als koper. Het Hof neemt hierbij in aanmerking dat in de kwestie die voorlag ook geen wijziging is opgetreden in de uitvoeringsovereenkomst. De koper en verkoper waren immers verplicht hetzelfde pensioen- en uitvoeringsreglement na te leven. De Kantonrechter komt via een andere redenering eveneens tot de conclusie dat het bedrijfstakpensioenfonds een zelfstandig vorderingsrecht heeft. De Kantonrechter zoomt in op de situatie die zou ontstaan als het fonds dit zelfstandig vorderingsrecht niet zou hebben. In dat geval zou iedere individuele werknemer een vorderingsrecht jegens de werkgever moeten invoeren. Dat kan volgens de Kantonrechter niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. Daarnaast kunnen werknemers wel degelijk belang hebben bij het incasseren van de premievordering, omdat in het andere geval de financiële positie van het fonds onder druk komt te staan en dit uiteindelijk tot een aantasting van de pensioenrechten kan leiden.¹⁰ Met andere woorden: het belang van de werknemers wordt volgens de Kantonrechter beschermd als het fonds de premies kan incasseren.

3 Analyse/commentaar

Zowel bij het tussenvonnis in eerste aanleg¹¹ als bij het tussenarrest in hoger beroep¹² zijn noten gepubliceerd. In deze noten vond aan de hand van de drie argumenten van GOM een analyse van de uitspraken plaats, waarbij met name kritiek is geuit op het zelfstandige vorderingsrecht van het fonds (argument 3). Ook ik zal in mijn commentaar de drie argumenten volgen, met dien verstande dat ik meer dan de andere annotatoren belang toeken aan de eerste twee argumenten en bovendien ten aanzien van het derde argument (het zelfstandige vorderingsrecht) het fonds een kansrijkere positie zou hebben toebedeeld indien een beroep zou zijn gedaan op het TGSS-arrest van het HvJ van 28 januari 2015.¹³ Daarnaast volgt in mijn commentaar per argument een uitstapje naar verschillende praktijksituaties. Door de verschillende praktijksituaties in de context van de overwegingen van het HvJ te plaatsen, wordt helder of het arrest ook pensioenrechtelijke betekenis heeft voor andere situaties.

9 R.o. 4.17.

10 Zoals het treffen van kortingsmaatregelen in de zin van artikel 134 PW.

11 Van den Hout 2014; PJ 2013/143, m.nt. E. Schop; JAR 2013/191, m.nt. M. Heemskerk; De Bruin 2014.

12 Kanen 2015; PJ 2015/157, m.nt. T. Huijg; JAR 2015/273, m.nt. M. Heemskerk.

13 HvJ EU 28 januari 2015, JAR 2015, 279 (TGGS).

3.1 *Verplichte deelneming*

Is een verplichte bedrijfstakpensioenregeling een pensioenplicht die 'voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst' en derhalve in beginsel mee overgaat naar de verkrijgende werkgever? Voor een goed begrip van deze discussie is allereerst een analyse van de systematiek van de artikelen 7:663 7:664 BW van belang.

Momenteel¹⁴ geldt Richtlijn 2001/23/EG¹⁵ inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van onderneming (hierna: Richtlijn). De Richtlijn heeft tot doel om het behoud van rechten voor overgegangene medewerkers veilig te stellen. Deze Europese beschermingsgedachte gaat echter niet op voor de pensioenrechten. In artikel 3 lid 4 Richtlijn is bepaald dat pensioenregelingen niet overgaan, tenzij de lidstaten anders bepalen. Ook in de oorspronkelijke Richtlijn waren de pensioenrechten om onduidelijke redenen uitgezonderd, met dien verstande dat eerst vanaf Richtlijn 98/50 EG is opgenomen dat lidstaten van dit uitgangspunt mogen afwijken.

Tot 2002 week de Nederlandse wetgever niet van dit uitgangspunt af en stond in artikel 7:664 BW vermeld dat artikel 7:663 BW niet van toepassing is op rechten en verplichtingen van de werkgever voortvloeiend uit een pensioentoezegging. De in de Richtlijn geboden uitzondering voor pensioenregelingen is zonder noemenswaardige discussie door de Nederlandse wetgever overgenomen. De Nederlandse wetgever heeft echter vanaf 2002 gebruikgemaakt van de door de Richtlijn geboden afwijkmogelijkheid en artikel 7:664 BW aangepast. Hieraan is onder meer de overweging ten grondslag gelegd dat ook pensioen een arbeidsvoorwaarde is en de beschermingsgedachte van werknemers daardoor zo veel mogelijk van toepassing moet zijn op pensioenregelingen.¹⁶ Ook werd ernaar gestreefd het aantal 'witte vlekken' op pensioenterrein zo veel mogelijk terug te dringen. Met de wijziging van artikel 7:664 BW in 2002 is voorts beoogd het artikel van toepassing te laten zijn op alle pensioentoezeggingen in de zin van de Pensioen- en Spaarfondsenwet (PSW), zonder onderscheid te maken tussen waar deze pensioentoezeggingen zijn ondergebracht.¹⁷ Bij deze overweging werd overigens gerefereerd aan de context van de eigenbeheersituaties bij een directeur-groootaandeelhouder en dus niet (expliciet) aan de context van de verplichte bedrijfstakpensioenregeling. Uitgangspunt op basis van het gewijzigde artikel 7:664 BW is dat pensioenrechten en -verplichtingen mee overgaan,¹⁸ tenzij sprake is van rechten en verplichtingen van de werkgever voortvloeiend uit een pensioenovereenkomst¹⁹ die onder een van de navolgende drie situaties kan worden geschaard:²⁰

- 1 De verkrijger doet aan de overgegangene werknemers eenzelfde aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst als hij reeds vóór de overgang aan zijn

14 Voorheen golden Richtlijn 77/187/EEG en Richtlijn 98/50 EEG.

15 Richtlijn van 12 maart 2001, Pb EG 22 maart 2001, L 82/16.

16 Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 3.

17 Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 11.

18 Via artikel 7:663 BW.

19 Als bedoeld in artikel 1 PW.

20 Artikel 7:664 lid 1 sub a tot en met c BW.

- werknemers gedaan heeft (sub a). Met andere woorden: de verkrijger heeft al een eigen pensioenregeling.
- 2 De verkrijger is op grond van de Wet Bpf 2000 verplicht deelnemer in een bedrijfstakpensioenfonds, en ook de overgegangene werknemers gaan deelnemen aan dat fonds (sub b).
 - 3 Bij cao is afgeweken van de pensioenovereenkomst die gold bij de vervreemder (sub c).

Vervolgens formuleert het tweede lid van artikel 7:664 BW weer een uitzondering op deze drie uitzonderingen, namelijk voor de situatie waarin de verkrijger verplicht bij hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds is aangesloten als de vervreemder. Blijkens de toelichting op dit artikellid is deze bepaling opgenomen om te voorkomen dat onduidelijkheid zou bestaan over de verhouding tussen de Wet Bpf 2000 en het BW.²¹ Hoewel niet duidelijk is wat hiermee exact bedoeld is, kan ik mij indenken dat de wetgever heeft willen onderstrepen dat het niet het BW maar de Wet Bpf 2000 in relatie tot de verschillende verplichtstellingsbesluiten van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is, die een verplichte deelneming in een pensioenfonds bewerkstelligt.

De eerste te beantwoorden vraag is of ook verplicht pensioen een pensioenregeling is die via artikel 7:663 BW mee overgaat. In rechtsoverweging 5.15 voert het Hof een zestal argumenten aan waaruit zou blijken dat ook een verplichte pensioendeelneming (in beginsel) via artikel 7:663 BW mee overgaat naar de verkrijgende partij.

Het Hof merkt onder meer op dat in artikel 7:664 lid 2 BW de situatie is omschreven van een verplichte deelneming in een(zelfde) bedrijfstakpensioenfonds bij zowel de verkrijgende als de vervreemdende partij.²² Hieruit kan inderdaad a contrario worden afgeleid dat de wetgever kennelijk bedoeld heeft ook de verplichte pensioenregeling aan te merken als een recht of plicht 'voortvloeiend uit een arbeidsrelatie'. Dit geldt temeer omdat de wetgever in de parlementaire geschiedenis overwogen heeft dat 'de verkrijger dan de rechten en verplichtingen uit hoofde van de pensioenregeling moet overnemen'. Tegelijkertijd echter kan uit artikel 7:664 BW, in het bijzonder het eerste lid onder b, ook het tegengestelde worden geconcludeerd. Waarom een aparte vermelding van een pensioenuitzondering bij een verplichte deelneming in sub b als ook de uitzondering van sub a zou hebben volstaan? De wetgever heeft hierover – ten tijde van de PSW – gesteld dat in de situatie van een verplichte deelneming geen sprake hoeft te zijn van een toezegging.²³ Deze overweging is gedaan terwijl ook in die tijd in de PSW was opgenomen dat met een toezegging gelijk wordt gesteld een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds. Hierop doorredenerend: betwijfeld kan worden of het wettelijke behoud van de arbeidsvoorwaarde pensioen toepassing vindt, omdat een verplichte pensioenregeling mogelijk geen regeling is voortvloeiend uit een pensioenovereenkomst (zoals vermeld in de aanhef van artikel 7:664

21 Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 5, p. 9.

22 Argument b en argument c.

23 Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 11-12.

BW). Mogelijk dat met artikel 7:664 lid 2 BW getracht is slechts te verduidelijken dat als via de Wet Bpf 2000 een pensioenplicht wordt gecreëerd, dit boven het BW prevaleert, omdat het BW als zodanig – gezien de systematiek van de Wet Bpf 2000 – geen pensioenplicht kan creëren. Die systematiek van de Wet Bpf 2000 brengt namelijk met zich dat uitsluitend via de tekst van het verplichtstellingsbesluit van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een pensioenplicht kan worden gecreëerd.²⁴ Wordt daarentegen, net als in de verschenen annotaties, het meer algemene uitgangspunt gehanteerd dat verplichte pensioenregelingen bij overgang van onderneming mee overgaan, dan betekent dat de facto dat ook in situaties waarin de koper (gelet op het verplichtstellingsbesluit) niet valt onder de bedrijfstak van het fonds, deze toch met een verplichte pensioenregeling geconfronteerd kan worden. Het BW prevaleert dan alsnog boven de Wet Bpf 2000, terwijl dat getuige de parlementaire geschiedenis juist niet de bedoeling lijkt.

Of maakt de wettelijke gelijkstelling in de Pensioenwet van een verplichte deelneming met een pensioenovereenkomst de redenering van het Hof alsnog sluitend?²⁵ Ook het Hof refereert aan die wettelijke gelijkstelling,²⁶ maar daarbij plaats ik net als annotator Huijg mijn vraagtekens bij de relevantie van die wettelijke gelijkstelling.²⁷ De wettelijke gelijkstelling is in mijn optiek voor de voorliggende discussie niet relevant. De wettelijke gelijkstelling beoogt immers slechts het verplichte pensioen onder de beschermende werking van de Pensioenwet te laten vallen.²⁸ De redenering van het Hof zou daarentegen betekenen dat juist die wettelijke gelijkstelling in de Pensioenwet het effect van een behoud van pensioenaanspraken ex artikel 7:663 BW – en daarmee een pensioenplicht – zou sorteren. Dat zou de omgekeerde volgorde zijn. De wettelijke gelijkstelling gaat namelijk uit van de situatie dat er (al) een verplichte deelneming via de Wet Bpf 2000 is en niet dat deze (alsnog) door de Pensioenwet gecreëerd wordt.

Overtuigender vind ik een andere overweging van het Hof, namelijk de overweging dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is, dan wel volgt uit een overeenkomst gekoppeld aan een arbeidsrelatie en daarom mee overgaat bij een overgang van onderneming. Toch kunnen ook hier twee nuanceringen bij geplaatst worden. Ik zal niet bestrijden dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is en de parlementaire geschiedenis bevestigt dit uitgangspunt.²⁹ Tegelijkertijd echter is het bestaan van een arbeidsovereenkomst geen constitutief vereiste voor een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, nu de Wet Bpf 2000 aansluiting zoekt bij personen die in de desbetreffende bedrijfstak *werkzaam* zijn en de verplichtstellingsbesluiten binnen dit (ruime) wettelijke kader kunnen concretiseren wat onder een binnen de bedrijfstak werkzaam persoon moet worden verstaan.³⁰ Daarnaast speelt bij een verplichte bedrijfstakpensioenregeling de bijzonderheid

24 Artikel 2 Wet Bpf 2000.

25 Artikel 2 lid 2 sub a PW.

26 R.o. 2.2 en 5.15.

27 TPV 2014/25; PJ 2015/157, m.nt. T. Huijg.

28 Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3.

29 Kamerstukken II 2000/01, 27469, 3.

30 Artikel 2 lid 1 Wet Bpf 2000.

van het feitelijk ontbreken van een overeenkomst. Werkgever en werknemer zijn via de systematiek van de Wet Bpf 2000 verplicht onderworpen aan een fonds; de contractsvrijheid van de werkgever en werknemer omtrent pensioen is dan in de regel nihil. In zoverre onderscheidt de verplichte deelneming zich op een wezenlijk punt van de cao-situatie; een contractuele opname van een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds kan geen verplichte deelneming doen ontstaan, terwijl incorporatie van een cao (ongeacht of de werkgever onder de reikwijdte van de cao valt) wel tot het verplicht toepassen van de cao leidt. Een verplichte deelneming ontstaat immers uitsluitend via de Wet Bpf 2000 en is onderworpen aan de (taakafbakenings)voorschriften die hieraan gesteld worden in pensioenwetgeving,³¹ niet in het BW. Desalniettemin zou ook hier de uitleg van het Hof tot gevolg kunnen hebben dat het BW een pensioenplicht creëert. Dat is specifiek voor de GOM-kwestie niet direct bezwaarlijk, omdat de koper sowieso al onder het verplichtstellingsbesluit viel, maar in situaties waarin de koper in een andere bedrijfstak opereert dan de verkoper en niet verplicht aangesloten is bij een fonds – hetgeen bijvoorbeeld bij uitbestedingsprocessen nog wel eens het geval kan zijn –, vraag ik me af of het Hof tot eenzelfde oordeel had mogen komen.

Deze twijfel wordt versterkt door hoe deze uitleg uitpakt in de situatie waarin de verkoper wel verplicht deelnemer is in een bedrijfstakpensioenfonds en de koper geen pensioenregeling kent. De uitzonderingen van sub a tot en met c vinden dan sowieso geen toepassing. Als vervolgens conform de uitleg van het Hof via de hoofdregel van de artikelen 7:663 e.v. BW geconcludeerd wordt dat de verkrijger de pensioenregeling van de vervreemder moet naleven, ontstaat een zeer merkwaardige situatie. De verkrijger *kán* niet eens de pensioenregeling (integraal) toepassen, omdat hij geen verplicht deelnemer is in het desbetreffende bedrijfstakpensioenfonds. Voor zover dan gesteld wordt dat de verkrijger maar op zoek moet gaan naar een andere pensioenuitvoerder die dezelfde pensioenregeling moet uitvoeren, kan dit in ieder geval op het terrein van de doorsneepremie³² (een van de wezenskenmerken van een bedrijfstakpensioenregeling) niet worden waargemaakt. Verzekeraars en ondernemingspensioenfondsken kennen immers geen doorsneepremie, maar juist een (actuariel berekende) leeftijdsafhankelijke premie.³³ In zoverre verdient de gemaakte koppeling naar de arbeidsrelatie belangrijke nuancerings. Moet het begrip ‘voortvloeiend uit een arbeidsrelatie’ bij pensioen zonder meer worden aangenomen, of mag men hier terughoudender in zijn, daar waar een verplichte pensioenregeling bij de verkoper aan de orde is en de koper sec op basis van de Wet Bpf 2000 juist niet verplicht aangesloten is bij het desbetreffende fonds? Kijkende naar het gevolg van deze aanname, namelijk dat

31 Artikelen 120 e.v. PW.

32 Artikel 8 Wet Bpf 2000.

33 Bij een doorsneepremie is het premiepercentage voor iedere deelnemer, ongeacht de leeftijd, gelijk. Bij een actuariel berekende leeftijdsafhankelijke premie daarentegen neemt het premiepercentage – na toepassing van actuariële factoren – toe naarmate de deelnemer ouder wordt, steeds met de insteek dat het uiteindelijke pensioenresultaat bij een oudere deelnemer gelijk is aan die van een jongere deelnemer.

het BW de Wet Bpf 2000 ‘overrulet’ terwijl dat niet de bedoeling van de wetgever lijkt, is voor een beperktere uitleg van dit begrip wel wat te zeggen.

Een aantal argumenten van het Hof is dus discutabel, maar tegelijkertijd valt niet te ontkennen dat de wetgever het bij de redactie van artikel 7:664 BW ook gemunt had op verplichte bedrijfstakpensioenregelingen en dus kennelijk veronderstelde dat ook deze pensioenaanspraken voortvloeien uit een arbeidsrelatie en dientengevolge wellicht betrokken moeten worden in het behoud van arbeidsvoorwaarden ex artikel 7:663 BW. Het lijkt er daarbij wel op dat het Hof noch de wetgever zich voldoende gerealiseerd heeft wat de implicaties hiervan kunnen zijn. De verplichte deelneming is namelijk gestoeld op de Wet Bpf 2000 en dus niet op een overeenkomst tussen werkgever en werknemer, terwijl die verplichte deelneming nu via een zijweg – de regels omtrent overgang van onderneming – alsnog zou kunnen worden opgelegd aan werkgevers die (in die periode) niet tot de desbetreffende bedrijfstak behoren of in die periode geen werkgever waren van de (inmiddels overgegangene) werknemers waar de premiebetaling op ziet.

3.1.1 *Reikwijdte ten opzichte van andere situaties*

De overwegingen van het Hof met betrekking tot het eerste argument zijn niet zo relevant als de pensioenregeling van de werkgever is ondergebracht bij een andere uitvoerder, zoals een verzekeraar of ondernemingspensioenfonds. In dat geval is de koppeling met de arbeidsrelatie veel eenvoudiger te maken en is het niet de wet die een pensioenplicht creëert, maar een overeenkomst tussen werkgever en werknemer of tussen sociale partners. Uiteraard moet dan nog wel de vraag gesteld worden of een van de uitzonderingen van artikel 7:664 BW zich voordoet (zoals de verkrijger die een eigen pensioenregeling heeft), in welk geval de pensioenverplichtingen toch niet overgaan.

Interessanter wordt het wanneer de situatie niet expliciet geregeld is in artikel 7:664 BW. Gedacht kan worden aan de eerdergenoemde situatie waarin een vreemder wel verplicht deelnam in een bedrijfstakpensioenfonds, terwijl de verkrijger geen (eigen) pensioenregeling kent. Als de redenering van het Hof ook op deze situatie wordt losgelaten, zou dat betekenen dat de verkrijger een pensioenregeling van een bedrijfstakpensioenfonds moet overnemen, terwijl die werkgever niet aangesloten is bij dat fonds. In dat geval moet worden nagegaan of de twee andere argumenten van GOM nog soelaas kunnen bieden aan de koper (waarover in het navolgende meer).

3.2 *Overdracht pensioenpremies*

Het Hof is van oordeel dat de achterstallige pensioenpremies mee overgaan naar de verkrijger. Ter motivering verwijst het Hof naar de tweede volzin van artikel 7:663 BW.³⁴ Daarin staat vermeld dat de overdragende werkgever gedurende een jaar na de overgang *naast* de verkrijger hoofdelijk verbonden is voor de nakoming van de verplichtingen. Hieruit leidt het Hof (kennelijk) af dat de verkrijger, dus GOM, sowieso hoofdelijk aansprakelijk is voor de achterstallige pensioenpremies.

34 R.o. 5.19.

Deze redenering lijkt mij niet juist, omdat niet alle verplichtingen voortvloeiende uit een arbeidsrelatie per definitie mee overgaan naar de verkrijger. Zo voorziet artikel 7:664 BW in een aantal pensioenuitzonderingen. Als een van deze uitzonderingen toepassing vindt, kan de pensioenpremieschuld net zomin overgaan.

De wetgever heeft met de tweede volzin van artikel 7:663 BW niet zozeer de focus op de verkrijger willen leggen, maar op de vervreemder.³⁵ De wetgever heeft verondersteld dat bij een overdracht van rechten en verplichtingen de verkrijger voortaan de debiteur jegens de werknemers is. Met het oog op de situatie waarin die debiteur een stroman blijkt te zijn die geen verhaal biedt, heeft de wetgever het van belang gevonden de vervreemdende werkgever gedurende één jaar na de overgang nog te kunnen aanspreken. Uit de tweede volzin van artikel 7:663 BW kan dus niet zonder meer de algemene conclusie worden getrokken dat bij overgang van onderneming de verkrijger alle schulden overneemt, nu deze tweede volzin door de wetgever vanuit een andere achtergrond – namelijk met de focus op de vervreemder – geïntroduceerd is. Zou deze algemene conclusie overigens wel uit de tweede volzin van artikel 7:663 BW getrokken worden, dan pakt dat weliswaar in de GOM-situatie gunstig voor de crediteuren uit (de vervreemder is immers failliet), maar zou dat juist weer zeer ongunstig hebben uitgepakt op het moment dat niet de vervreemder maar de verkrijger in financiële moeilijkheden zou hebben verkeerd. Bij de vervreemder kan dan immers slechts gedurende één jaar na overgang worden aangeklopt. De verwijzing naar de tweede volzin van artikel 7:663 BW is dus discutabel.

Zelfs indien de verwijzing naar de tweede volzin van artikel 7:663 BW terecht zou zijn, dan nog is daarmee niet de vraag beantwoord of de premiebetaling uit een arbeidsrelatie voortvloeiende rechten en verplichtingen betreft die daadwerkelijk mee zijn overgegaan naar de verkrijger of die juist zijn uitgezonderd (zoals in artikel 7:664 BW). Pas als de rechten en verplichtingen inderdaad mee zijn overgegaan, komt de hoofdelijke aansprakelijkheid in beeld. Aan deze (voor)vraag besteedt het Hof aandacht³⁶ door te verwijzen naar overwegingen in de parlementaire geschiedenis bij de wijziging van artikel 7:664 BW.³⁷ Op inhoudelijk vlak overtuigen deze overwegingen echter niet volledig. Het is op zichzelf juist dat in de parlementaire geschiedenis een aantal malen de vraag is gesteld of de affinancieringsplicht van de backservice die bestaat op het moment van overgang, overgaat naar de verkrijgende werkgever. Die vraag is weliswaar bevestigend beantwoord, maar rechtvaardigt in mijn optiek niet een algemene regel dat iedere premieplicht mee overgaat. Bij een dergelijke algemene regel zijn namelijk verschillende kanttekeningen te plaatsen.

Zo raakt de backserviceverplichting bij een eindloonregeling direct de pensioenovereenkomst. Zonder backservice is de eindloonregeling de facto geen eindloonregeling, maar een middelloonregeling. Die redenering gaat bij GOM, gezien de feitelijke situatie, niet op.

35 Zie o.a. Kamerstukken II 1979/80, 15940, 3, p. 7.

36 R.o. 5.22.

37 Kamerstukken II 2000/01, 27469, 3.

Evenmin worden de belangen van de werknemers (direct) geschaad indien premiebetaling achterwege blijft. De wetgever veronderstelt in de parlementaire geschiedenis bij de Wijzigingswet³⁸ dat de werknemer pensioenaanspraken misloopt als niet afgefinancierd wordt en de werknemers juist daartegen beschermd moeten worden via de bepalingen omtrent overgang van onderneming. Deze beschermingsgedachte gaat bij GOM echter niet op. De Hoge Raad heeft immers beslist dat bij bedrijfstakpensioenfondsen het adagium ‘geen premie, toch pensioen’ geldt,³⁹ en dit uitgangspunt kan bovendien worden afgeleid uit artikel 28 Pensioenwet. De belangen van de werknemers komen dan bij een premieachterstand dus niet (direct) in het gedrang, waardoor sowieso kan worden getwijfeld aan de aanwezigheid van voldoende belang ex artikel 3:303 BW. Daar wordt door annotatoren Kanen en De Bruin tegenover gesteld dat de belangen van de werknemers wel indirect geschaad kunnen worden als de koper niet hoeft te betalen.⁴⁰ Zo zou bij niet-betaling het risico op premieverhoging en kortingsmaatregelen⁴¹ toenemen. Naast het feit dat dit slechts een afgeleid en toekomstig onzeker belang is, kan hier tegenin worden gebracht dat werknemers zelfs ook nadelen kunnen ondervinden als GOM verplicht zou worden gesteld te betalen, dus dat het belang van het fonds niet parallel hoeft te lopen aan het belang van de werknemers. De Bruin noemt in zijn annotatie naar mijn mening ten onrechte dat de belangen van het fonds uiteindelijk parallel lopen aan de belangen van de werknemers.⁴² GOM kan bijvoorbeeld zelf in betalingsmoeilijkheden komen te verkeren (met eventuele reorganisaties en dergelijke van dien) en bovendien kan een verplichte werknemersbijdrage over de achterstallige premiebedragen in beeld komen. Het komt regelmatig voor dat de werknemersbijdrage in hoogte geconcretiseerd en als verplichting verwoord staat in het pensioenreglement.

Het Hof gaat in rechtsoverweging 5.22 kort in op het financieringsaspect en merkt op dat dit niet tot een ander oordeel leidt, omdat de wetgever dit aspect bij de totstandkoming van de Wijzigingswet⁴³ en de Pensioenwet⁴⁴ uitdrukkelijk onder ogen heeft gezien. Bij de Wijzigingswet, die gaat over de artikelen 7:663 e.v. BW, is echter niet stilgestaan bij het ontbreken van een relatie tussen de premiebetaling en pensioenaanspraken bij pensioenfondsen. Eerst hierna, bij de totstandkoming van de Pensioenwet in 2006, is hieraan en bovendien in een andere context, namelijk de procedure die geldt bij verzekeraars en pensioenfondsen bij betalingsachterstanden, aandacht besteed.

De stelregel van de affinancieringsplicht van de verkrijgende werkgever is bovendien sowieso niet algemeen toepasbaar, omdat in de drie uitzonderingssituaties van artikel 7:664 BW (sub a tot en met c) evenmin sprake is van een verplichte affinanciering door de verkrijger. Hantering van deze algemene stelregel zou bovendien de facto betekenen dat de contractsvrijheid van partijen bij een

38 Zie o.a. Kamerstukken II 2000/01, 27469, 3, p. 11; Kamerstukken II 2000/01, 27469, 163.

39 Hoge Raad 3 februari 2012, JAR 2012/7.

40 Kanen 2015; De Bruin 2014.

41 Artikel 134 PW.

42 De Bruin 2014.

43 Kamerstukken II 2000/01, 27469.

44 Kamerstukken II 2005/06, 30413.

bedrijfsfusie op pensioenterrein volledig aan banden wordt gelegd. Dit past onder meer niet bij eerdere overwegingen van het Hof van Justitie in het Parkwoord-arrest dat Richtlijn 2001/23/EG niet alleen beoogt de belangen van de werknemers te beschermen, maar tevens een billijk evenwicht wil verzekeren tussen hun belangen en die van de verkrijger. In dit verband komt ook betekenis toe aan artikel 16 Handvest, dat vrijheid van ondernemerschap en contractsvrijheid van partijen omvat.⁴⁵ Een algemene stelregel die zich daarnaast moeizaam verhoudt met de ontsnapingsmogelijkheden die de wetgever, zoals gezegd, heeft willen bieden via artikel 7:664 BW. De tekst van artikel 7:664 BW biedt op dit punt overigens nog wel wat verwarring, nu hierin slechts de eerste volzin van artikel 7:663 BW wordt uitgezonderd en niet de tweede volzin, die gaat over de hoofdelijke aansprakelijkheid. Als dat echter zou betekenen dat koper en verkoper sowieso hoofdelijk aansprakelijk zijn voor álle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, zonder dat deze allemaal daadwerkelijk mee zijn overgegaan, zou dat de pensioenuitzonderingen van artikel 7:664 BW overbodig maken. Dat kan volgens mij niet de bedoeling van de wetgever geweest zijn.

Hoe had het Hof Arnhem-Leeuwarden dan moeten omgaan met de vraag of de premiebetaling al dan niet mee overgaat? Wat het Hof niet is nagegaan, terwijl dat naar mijn mening wel de kern van het pensioenrecht raakt, is of de premiebetaling al dan niet een (contractuele) verplichting is in de relatie tussen werkgever en werknemer. Met andere woorden: of de premiebetaling al dan niet onderdeel uitmaakt van de pensioenovereenkomst. In de Pensioenwet staat de pensioendriehoek centraal. Uitgangspunt is dat werkgever en werknemer (of sociale partners) een pensioenovereenkomst sluiten die de inhoud van de pensioenregeling betreft. Die pensioenovereenkomst wordt vervolgens uitgevoerd door een externe partij (de pensioenuitvoerder), die een uitvoeringsovereenkomst sluit met de werkgever.⁴⁶ Op grond van de Pensioenwet moet de premiebetalingsplicht in deze uitvoeringsovereenkomst staan.⁴⁷ Vervolgens stelt de pensioenuitvoerder een pensioenreglement vast waarin de rechten en verplichtingen van betrokkenen staan opgenomen.⁴⁸

Evenmin heeft het Hof gekeken naar het karakter van de pensioenovereenkomst. Dit karakter kan ook een belangrijke vingerwijzing zijn of de premiebetaling al dan niet onder de pensioenovereenkomst geschaard kan worden. Betreft het een premieovereenkomst (oftewel beschikbare premieregeling)⁴⁹ waar de premiebetaling de toezegging is en dus ook eerder onderdeel zal uitmaken van de pensioenovereenkomst? Of betreft het juist een uitkeringsregeling⁵⁰ (zoals een middelloonregeling) waar de pensioenaanspraak en niet zozeer de premiebetaling de toezegging is? Bij GOM betrof het een middelloonregeling en toch heeft het Hof zich

45 Zie ook De Bruin 2014.

46 Artikel 21 PW.

47 Artikel 25 PW.

48 Artikel 35 PW.

49 Artikel 10 sub c PW.

50 Artikel 10 sub a PW.

niet de vraag gesteld of, daarvan uitgaande, de premiebetaling daadwerkelijk onderdeel van de pensioenovereenkomst kan uitmaken.⁵¹

Voorgaande pensioensystematiek roept bij mij de vraag op of VBG met haar werknemers een afspraak gemaakt heeft over de premiebetaling aan het fonds en of het de premiebetaling of juist de pensioenaanspraak is die de kern van de pensioenovereenkomst is. Deze vragen zijn niet eens in de procedure aan de orde gesteld geweest. Zou de premiebetaling onderdeel hebben uitgemaakt van de pensioenovereenkomst in de verhouding werkgever-werknemer, dan lijkt mij de overdracht van een premieschuld een gegeven. Maar kan deze overdracht ook verondersteld worden als de vraag ontkennend zou zijn beantwoord, dus indien de premiebetaling geen onderdeel zou hebben uitgemaakt van de pensioenovereenkomst? In dat geval biedt het TGSS-arrest wellicht nog soelaas in het betoog dat de premieplicht (desalniettemin) mee is overgegaan. Een arrest waaraan het Hof geen aandacht besteed heeft.

In de Spaanse zaak TGSS oordeelde het HvJ dat verschuldigde bijdragen aan het wettelijke stelsel van sociale zekerheid mee overgaan, 'aangezien een dergelijke schuld voortvloeit uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen'. Een arrest waaraan, zoals gezegd, het Hof in het GOM-arrest geen aandacht besteedt, sterker nog: het Hof komt tot een tegengestelde overweging door op te merken dat belasting en socialeverzekeringspremies niet mee overgaan, omdat zij voortvloeien uit de wet.⁵² Er wordt door het HvJ dus niet zozeer de focus gelegd op *jegens wie* die schuld is ontstaan, maar meer *waaruit* die schuld is ontstaan. Indien het HvJ reeds bij het wettelijke stelsel van sociale zekerheid aanneemt dat deze voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen, waarom dan niet bij pensioen? Ik kan voor een dergelijk onderscheid geen rechtvaardiging aanwijzen. Socialezekerheidsrechten vloeien altijd voort uit de wet, terwijl dat bij pensioen niet eens altijd het geval hoeft te zijn. Uitgangspunt bij pensioen is namelijk dat werkgever en werknemer of sociale partners een pensioenovereenkomst sluiten. Indien reeds bij socialezekerheidsrechten wordt aangenomen dat deze voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen en daardoor mee overgaan, zal dat dus eens te meer de hoofdregel moeten zijn bij pensioen (uiteraard tenzij een van de pensioenuitzonderingen van artikel 7:664 BW in relatie tot de in de Richtlijn geboden uitzondering voor pensioenregelingen aan de orde is).

Annotatoren Kanen⁵³ en De Bruin⁵⁴ verwijzen niet naar het TGSS-arrest, maar wel naar andere rechtspraak waaruit blijkt dat premieachterstanden mee overgaan naar de koper en hierop betrekking hebbende claims van werknemers toegewezen worden.⁵⁵ In die kwesties echter waren de pensioenaanspraken van de werknemers bij het uitblijven van premiebetaling – en daarmee de pensioenover-

51 Zie ook Van den Hout 2014, p. 52.

52 Zie r.o. 5.17 van het GOM-arrest.

53 Kanen 2015.

54 De Bruin 2014.

55 HR 10 september 1993, NJ 1993/736, r.o. 3.4; Gerechtshof Den Bosch 5 november 2013, JAR 2013/232.

eenkomst zelf – daadwerkelijk in het gedrang. Die redenering gaat, zoals gezegd, niet op bij bedrijfstakpensioenfondsen.

Kortom: een aantal overwegingen is voor wat betreft de relevantie juridisch discutabel, terwijl het Hof een aantal overwegingen die wél juridisch relevant zijn, heeft laten liggen. Overwegingen die de conclusie van een overgang van een achterstallige pensioenpremieplicht in de situatie van GOM eenvoudiger hadden kunnen dragen. In het bijzonder het TGSS-arrest speelt hierin een belangrijke rol. Echter, ook zonder het TGSS-arrest had een overgang van een premieplicht bepleit kunnen worden, zolang maar kan worden aangetoond dat deze premieplicht daadwerkelijk onderdeel uitmaakt van de pensioenovereenkomst in de verhouding tussen werkgever en werknemer. Voor de uitkomst van de procedure maakt het echter weinig verschil, nu het Hof via andere overwegingen tot eenzelfde conclusie (namelijk een overdracht van de premieplicht) is gekomen.

3.2.1 *Reikwijdte andere situaties*

Hoe ver strekken de overwegingen van het Hof voor andere situaties, specifiek betreffende de vraag of ook pensioenpremies mee overgaan? De overwegingen van het Hof zijn algemeen; er wordt immers niet gekeken naar het type pensioenuitvoerder, het karakter van de pensioenregeling en wat de werkgever in de verhouding met de werknemer in de pensioenovereenkomst is overeengekomen. Daardoor zou door het arrest van het Hof de indruk kunnen ontstaan dat voor iedere situatie waarin een (collectieve) pensioenregeling is overeengekomen, achterstallige pensioenpremies mee overgaan naar de koper. Deze conclusie is mijns inziens te verstrekkend. De overgang van achterstallige pensioenpremies is naar mijn mening namelijk sowieso uitsluitend aan de orde voor zover de pensioenuitzonderingen van artikel 7:664 BW géén toepassing vinden. Het TGSS-arrest leidt niet tot een andere inschatting op dit punt, nu in tegenstelling tot bij het wettelijk stelsel van sociale zekerheid de Richtlijn specifiek voor pensioen de mogelijkheid aan lidstaten biedt om een uitzondering op de hoofdregel te formuleren.

Voor zover echter géén pensioenuitzondering toepassing vindt, zouden de navolgende omstandigheden van belang kunnen zijn:

- Wie voert de pensioenregeling uit, een pensioenfonds of een verzekeraar? Bij een pensioenfonds raakt een achterstallige pensioenpremie de aanspraak niet (direct),⁵⁶ terwijl dat bij een verzekeraar wel aan de orde kán zijn.⁵⁷ Anders dan bij pensioenfondsen is er bij verzekeraars doorgaans wel een directe relatie tussen premiebetaling enerzijds en uiteindelijke uitkering anderzijds. Uitgangspunt bij overgang van onderneming is een binding van de nieuwe werkgever aan rechten en plichten voor zover dit noodzakelijk is voor het behoud van deze rechten en plichten.⁵⁸

⁵⁶ Zie ook artikel 28 PW.

⁵⁷ Zie ook artikel 29 PW.

⁵⁸ R.M. Beltzer & E. Verhulp, *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom 2012, p. 47; M. Beltzer, *SDU Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs 2015*, artikel 14a Wet cao, aant. C.2.

- Wat is kenmerkend voor de pensioenregeling in de verhouding werkgever-werknemer en hoe is dit in de pensioenovereenkomst vastgelegd? Zegt de werkgever jegens de werknemer een premiebetalings toe (zoals veelal bij een beschikbare premieregeling) of (juist) een pensioenaanspraak (zoals in de regel bij een middelloonregeling)? Overigens komt in de praktijk een beschikbare premieregeling meer bij verzekeraars voor en een middelloonregeling meer bij pensioenfondsen. Bovendien zijn de afspraken over de premiebetalings bij verzekerde regelingen vaak nadrukkelijker tussen werkgever en werknemer vastgelegd in vergelijking tot fondsregelingen (waar in de arbeidsovereenkomst veelal slechts een verwijzing naar het pensioenreglement plaatsvindt).

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat in het bijzonder bij verzekerde pensioenregelingen (waar bovendien vaak sprake is van een beschikbare premieregeling in plaats van een middelloonregeling) de overdracht van een premiebetalings bij een overgang van onderneming eerder aan de orde is. Als echter, vooral ook in lijn met het TGSS-arrest, meer in zijn algemeenheid moet worden aangenomen dat een premiebetalings vanwege de enkele verwantschap met een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking onder het bereik van artikel 7:663 BW valt, kan voor elk type pensioenregeling en elk type pensioenuitvoerder een overname van de premiebetalings door de verkrijger worden aangenomen. De verkrijger rest dan nog na te gaan of een van de pensioenuitzonderingen van artikel 7:664 BW soelaas biedt en/of dat een zelfstandig vorderingsrecht van de pensioenuitvoerder betwist kan worden. Op dat laatste aspect, dat verband houdt met eventuele derdenwerking van artikel 7:663 BW, wordt in het navolgende ingegaan.

3.3 *Zelfstandig vorderingsrecht bedrijfstakpensioenfondsen*

In de literatuur heeft het door het Hof aangenomen zelfstandig vorderingsrecht van het pensioenfonds het meeste stof doen opwaaien, vermoedelijk ook omdat dit verstrekende consequenties kan hebben voor vorderingen die niets van doen hebben met pensioen. Het Hof kent in een situatie van overgang van onderneming rechten aan anderen dan werknemers toe, terwijl dat tot voor kort vrijwel ondenkbaar was en ook in de rechtspraak geen steun vindt.⁵⁹ Het Hof wijdt weliswaar een tweetal overwegingen⁶⁰ aan het oordeel dat aan het fonds een zelfstandig vorderingsrecht toekomt, maar beantwoordt deze vraag de facto niet.

De eerste overweging,⁶¹ die een verwijzing naar artikel 7:664 lid 2 BW behelst, heeft namelijk betrekking op de voorgaande vraag, te weten of de achterstallige pensioenpremies mee overgaan, en zegt niets over het zelfstandige vorderingsrecht van een derde.

Ten tweede vindt een verwijzing naar verschillende citaten in de parlementaire geschiedenis plaats, maar de relevantie daarvan voor onderhavige discussie ontgaat mij. De citaten zien namelijk op het systeem van de verplichtstelling, onder

59 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 20 mei 2014, JIN 2015/26.

60 R.o. 5.23 en 5.24.

61 R.o. 5.23.

andere dat de werkgever dan geen keuze heeft in pensioenuitvoerder. Het is gissen of het Hof hiermee geprobeerd heeft aan te geven dat aan de betekenis van het arrest vooral niet te veel reikwijdte moet worden toegekend, zoals ten aanzien van ondernemingspensioenfondsen en verzekeraars. Met annotator Gerlach kan ik geen zinnig argument bedenken waarom in geval van een bedrijfstakpensioenfonds wel derdenwerking mag worden aangenomen en in het geval van ondernemingspensioenfondsen of verzekeraars niet.

Voorts valt op dat het Hof geen aandacht besteedt aan de vraag jegens wie die hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 7:663 BW geldt. Uit de parlementaire geschiedenis valt op te maken dat met dit artikel de werknemer beschermd wordt. Gezien het feit dat de werknemer hier niet beschermd hoeft te worden, omdat de werknemer via het bij het fonds geldende adagium van 'geen premie, toch recht' beschermd wordt, lijkt een beroep van de werknemer op artikel 7:663 BW overbodig. Ook in de wettekst van artikel 7:663 BW wordt niet aan derden gerefereerd, terwijl het bij GOM juist niet de werknemer maar een derde (namelijk het fonds) is die een claim neerlegt. Verondersteld mag worden dat derdenwerking, zou daar al sprake van zijn, in de wet geëxpliciteerd wordt, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van vorderingen in verband met de cao wel het geval is.⁶² Als een derde zoals een pensioenuitvoerder aan de hand van artikel 7:663 BW claims bij de werkgever kan neerleggen, wordt daarmee overigens de deur opengezet voor andere derden, zoals een leasemaatschappij. Ik zie daar niet altijd een juridische rechtvaardiging voor, nu met het vorderingsrecht van zo'n derde niet of niet direct het belang van de werknemers beschermd hoeft te worden. Soms kunnen die belangen zelfs contrair zijn.

Het lijkt erop of ook het Hof niet volledig overtuigd is van de vraag of artikel 7:663 jo. artikel 7:664 lid 2 BW voldoende juridische grondslag biedt voor het aannemen van een zelfstandig vorderingsrecht van het pensioenfonds. De tweede overweging van het Hof komt er namelijk op neer dat het Hof 'in aanmerking' heeft genomen het feit dat in de voorliggende kwestie geen wijziging is opgetreden in de uitvoeringsovereenkomst.⁶³ Dit heeft verder niets van doen met de regels omtrent overgang van onderneming. Zowel VBG als GOM was verplicht aangesloten bij het fonds en als gevolg daarvan verplicht om de statuten en reglementen (inclusief premiebetaling) na te leven.⁶⁴ Deze redenering kwam eerder ook al terug in de noot van Schop bij het tussenvonnis in eerste aanleg.⁶⁵ Feitelijk is deze redenering juist, maar het Hof en Schop gaan wel aan een wezenlijk punt voorbij, namelijk dat de premiebetalingsverplichting van artikel 4 Wet Bpf 2000 ziet op de premies die verschuldigd zijn uit hoofde van een verplichte deelneming jegens de betrokken werknemers. GOM was juist in de periode voorafgaand aan overgang geen premies verschuldigd voor werknemers van VBG. De uitleg van het Hof is daarmee in strijd met het wettelijk stelsel van verplichtstelling en de

62 Artikelen 15 en 16 Wet CAO.

63 R.o. 5.24.

64 Artikel 4 Wet Bpf 2000.

65 PJ 2013/143, m.nt. E. Schop.

rechtszekerheid.⁶⁶ Er wordt werkgeverschap verondersteld in een periode waarin GOM geen werkgever van de overgegangene werknemers is. Heemskerk noemt dat het Hof niet is ingegaan op deze temporele werking van de Wet Bpf 2000 en ziet mogelijkheden voor cassatievragen op dit punt.⁶⁷

De inhoudelijke overwegingen van het Hof omtrent het zelfstandig vorderingsrecht van het fonds zijn naar mijn overtuiging dus aanvechtbaar. Ook bij dit argument valt op dat het Hof net als de procespartijen geen aandacht hebben besteed aan het TGSS-arrest. Het TGSS-arrest heeft in mijn optiek een verstrekkender betekenis dan Gerlach in zijn annotatie beweert. Gerlach geeft aan dat het TGSS-arrest inhoudelijk geen gevolgen heeft voor Nederland, omdat het Nederlandse recht – in tegenstelling tot het Spaans recht voor wat betreft het wettelijk stelsel van sociale zekerheid – aan het overgaan van een belastingschuld of socialezekerheidsschuld geen derdenwerking zou toekennen. In de Spaanse wetgeving inzake overgang van onderneming is specifiek opgenomen dat bij de overname de verkrijger de achterstallige premies werknemersverzekeringen overneemt. De vraag rijst of deze specifieke Spaanse bepaling echter daadwerkelijk voor het HvJ doorslaggevend is geweest voor de overgang van de schuld, of dat het de regels omtrent overgang van onderneming zijn die derdenwerking bewerkstelligen. Met andere woorden: moet bijvoorbeeld niet reeds uit de Richtlijn of uit artikel 7:663 BW derdenwerking worden afgeleid, los van de Spaanse wetgeving? In dat geval is een explicitering van derdenwerking in een specifieke situatie immers niet vereist en kan de redenering eventueel analoog worden toegepast op een pensioenschuld die ook uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit.

In de tekst van artikel 7:663 BW is de derdenwerking in ieder geval niet geëxpliciteerd. Tegelijkertijd echter is artikel 7:663 BW geënt op de Europese Richtlijn omtrent overgang van onderneming en heeft het HvJ zich in het TGSS-arrest wel, zij het niet in expliciete bewoordingen, uitgelaten over derdenwerking. Het HvJ geeft in meer algemene bewoordingen aan dat tot de overgegangene schulden niet uitsluitend de salarissen en andere emolumenten die zijn verschuldigd aan de werknemers behoren, maar ook de door de vervreemder verschuldigde bijdragen aan het wettelijk stelsel van de sociale zekerheid, 'aangezien een dergelijke schuld voortvloeit uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen met de vervreemder'.⁶⁸ Er wordt niet verwezen naar de specifieke Spaanse bepaling, hetgeen doet vermoeden – nu de procedure door een derde is ingesteld – dat artikel 3 van de Richtlijn overgang van onderneming derdenwerking heeft. Gerlach geeft daarentegen aan dat het HvJ zich niet heeft uitgelaten over derdenwerking. Gerlach komt vermoedelijk tot deze conclusie omdat reeds op basis van de feitelijke situatie in Spanje, waarin de Spaanse wetgeving de derdenwerking ten aanzien van het wettelijk stelsel van sociale zekerheid geëxpliciteerd had, tot een zelfstandig vorderingsrecht geconcludeerd kon worden. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het HvJ tot een andersluidende uitkomst zou zijn gekomen indien de feitelijke situatie anders zou zijn geweest, meer in het bijzonder als de derdenwerking

66 Zie ook JAR 2015/273, m.nt. M. Heemskerk en PJ 2015/157, m.nt. T. Huijg.

67 M. Heemskerk in zijn noot in JAR 2015/273.

68 R.o. 53.

niet in de Spaanse wetgeving geëxpliciteerd zou zijn. Gelet op de meer algemene overweging van het HvJ dat voor de overgang van schulden bepalend is of deze daadwerkelijk voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen met de vervreemder, betwijfel ik of bij het ontbreken van een explicitering van derdenwerking in nationale wetgeving de uitkomst bij het HvJ daadwerkelijk anders zou zijn geweest. Waarom zou het HvJ anders een dergelijke overweging aan dit vraagstuk wijden, indien reeds de hoofdelijke aansprakelijkheid van de verkrijgende partij in de Spaanse wetgeving afdoende zou zijn geweest?

Ter onderbouwing van zijn standpunt verwijst Gerlach nog naar een eerder arrest van het HvJ, de zaak Kirtruna en Vigano.⁶⁹ De verwijzing van Gerlach vind ik niet overtuigend, nu in de zaak Kirtruna en Vigano aan de orde was of een met een derde gesloten huurovereenkomst die noodzakelijk was voor de bedrijfsvoering mee overging. Reeds het gegeven dat de huurovereenkomst niet voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst, maakt de parallel naar de regels omtrent overgang van onderneming onmogelijk. In tegenstelling tot Gerlach zie ik dus wel degelijk een doorslaggevend verschil en kan uit die zaak daardoor niet de algemene regel worden opgemaakt dat de regels omtrent overgang van onderneming geen derdenwerking hebben.

Het TGSS-arrest lijkt aldus te ondersteunen dat aan artikel 7:663 BW derdenwerking toekomt. Tegelijkertijd echter, doch vanuit een andere invalshoek dan Gerlach, sta ook ik kritisch tegenover het toekennen van derdenwerking aan de regels omtrent overgang van onderneming. Het zonder meer toekennen van derdenwerking kan namelijk de werknemersbescherming in een concrete feitelijke situatie ondermijnen, of kan voor de werknemer ook zonder enig voordeel of nadeel zijn. Het belang van de schuldeiser hoeft namelijk niet parallel te lopen aan het belang van de werknemers, en bovendien kunnen binnen de groep van werknemers tegengestelde belangen ontstaan. Daarnaast kunnen de belangen van de werknemers op de korte termijn weer anders zijn dan op de lange termijn. Ter illustratie: het fonds kan bij een rechter betogen dat het incasseren van achterstallige pensioenpremies ook in het belang van de werknemers is, omdat de financiële positie van het fonds dan steviger wordt en daarmee bijvoorbeeld kortingsmaatregelen voorkomen kunnen worden of indexatiebesluiten genomen kunnen worden. Indien daar echter de gevolgen voor de werknemer van de financieel verslechterde positie van de verkrijgende werkgever tegenover worden gesteld, is het maar zeer de vraag of de werknemers beschermd worden met toekenning van derdenwerking aan de regels omtrent overgang van onderneming. Naar mijn overtuiging zou alleen al dit aspect aanleiding moeten bieden om geen derdenwerking aan de regels omtrent overgang van onderneming toe te kennen.

Die terughoudendheid lees ik echter niet zozeer terug in het TGSS-arrest. In die kwestie is door TGSS als schuldeiser niet betoogd dat werknemers belang hadden bij een incasso van de nog openstaande socialezekerheidsschuld. Ook zonder voldoening van de socialezekerheidsschuld lijken de Spaanse werknemers hun aanspraken op de sociale zekerheid geldend te kunnen maken. Desalniettemin concludeerde het HvJ dat TGSS de schuld mocht incasseren bij de verkrijgende werk-

69 HvJ EG 16 oktober 2008, JAR 2008/295.

gever, met de meer algemene overweging dat dit te maken heeft met het feit dat deze schuld voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst en zonder daarbij aandacht te besteden aan de eventuele belangen van werknemers die dan beschermd worden. En ook niet zozeer doordat de Spaanse wetgeving hoofdelijke aansprakelijkheid omschrijft. Althans, dat lees ik niet met zoveel woorden in het arrest terug.

3.3.1 *Reikwijdte andere situaties*

Het is helaas niet duidelijk of het Hof zonder de omstandigheid van eenzelfde uitvoeringsreglement van het bedrijfstakpensioenfonds voor zowel verkoper als koper nog steeds – via de weg van de artikelen 7:663 e.v. BW – tot een zelfstandig vorderingsrecht zou hebben geconcludeerd. Zou die conclusie dan niet door het Hof getrokken zijn, dan heeft het arrest voor dit vraagstuk sowieso zeer beperkte betekenis, namelijk uitsluitend voor zover koper en verkoper in dezelfde bedrijfstakregeling zitten en zich dientengevolge met hetzelfde uitvoeringsreglement geconfronteerd zien, althans daar waar het de rol van de pensioenuitvoerder bij overgang van onderneming betreft. Die omstandigheid is, zoals toegelicht, echter in mijn optiek ten onrechte aangestipt, dus maakt niet dat het arrest beperkte reikwijdte heeft. De enige reden op basis waarvan beperkte reikwijdte aan het arrest zou kunnen worden toegekend, is dat binnen de woordelijke context van de artikelen 7:663 e.v. BW moeilijk een zelfstandig vorderingsrecht kan worden aangenomen. Zeker indien een werknemer niet (direct en per definitie) met uitoefening van het vorderingsrecht bevoordeeld dan wel beschermd wordt, zal het lastig zijn dit zelfstandig vorderingsrecht aan te nemen.

De conclusie dat als gevolg van sec het GOM-arrest derden, zoals een pensioenuitvoerder, een zelfstandig vorderingsrecht aan de regels omtrent overgang van onderneming kunnen ontlenen, zou ik dan ook niet willen trekken. Het GOM-arrest sterkt, vanwege de specifieke overwegingen, in de overtuiging dat de regels omtrent WOO geen zelfstandig vorderingsrecht aan de pensioenuitvoerder bieden. Tegelijkertijd staat het ontbreken van een zelfstandig vorderingsrecht mogelijk op gespannen voet met het TGSS-arrest en zou het dus interessant zijn geweest indien de discussie tegen het licht van dit arrest gevoerd zou zijn geweest. Aanvullend pensioen vloeit in de regel net als sociale zekerheid voort uit een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, dus dat levert bij de beoordeling van het TGSS-arrest geen wezenlijk verschilpunt op. Een verschilpunt dat wel kan worden aangestipt, is dat iedere verkrijgende werkgever aan het(zelfde) wettelijke stelsel van sociale zekerheid is onderworpen als de vervreemdende werkgever, terwijl niet iedere verkrijgende werkgever aan het(zelfde) pensioenreglement van een bedrijfstakpensioenfonds is onderworpen. Dat maakt het aannemen van een zelfstandig vorderingsrecht van een fonds jegens een werkgever, zeker daar waar de werkgever bijvoorbeeld niet deelneemt in enige pensioenregeling (en daarmee ook geen pensioenuitzondering toepassing vindt), meer discutabel.

4 Slotbeschouwing

Bestudering van het GOM-arrest biedt in situaties waarin zowel de koper als de verkoper verplicht deelneemt in een bedrijfstakpensioenfonds iets meer duidelijkheid over de overname van achterstallige pensioenpremies. Volledig richting heeft het Hof op pensioenterrein echter helaas niet gegeven. Een aantal overwegingen is vanuit pensioenperspectief onjuist en onvolledig, en bovendien is van sommige overwegingen niet duidelijk of deze ten overvloede zijn gedaan of juist van wezenlijke invloed op het uiteindelijke oordeel zijn geweest.

Desalniettemin meen ik een zekere vingerwijzing voor de boekenonderzoekers in overnamesituaties te kunnen geven:

- 1 Heeft de verkoper achterstallige pensioenpremies bij een bedrijfstakpensioenfonds, wees dan vooral alert als de koper deelneemt in datzelfde bedrijfstakpensioenfonds. Die omstandigheid was voor het Hof – hoe discutabel ook – namelijk van belang om een zelfstandig vorderingsrecht van het pensioenfonds voor achterstallige pensioenpremies aan te nemen.
- 2 Voor zover geen sprake is van deelneming in hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds bij koper en verkoper, biedt sec het oordeel van het Hof onvoldoende fundament om een zelfstandig vorderingsrecht van het pensioenfonds te kunnen aannemen. Dat laat onverlet dat de koper dan nog steeds een risico loopt, gelet op het onderbelichte TGSS-arrest. Bovendien loopt een koper het risico dat werknemers zelf (of fondsen na een door de werknemer verleende cessie) betaling van achterstallige pensioenpremies bij de koper gaan claimen. Het Hof zet hiertoe de deur met zijn overwegingen behoorlijk wijd open, hoewel een kritische noot ter zake de inhoud van deze overwegingen op zijn plaats is.
- 3 Heeft de koper in tegenstelling tot de verkoper geen pensioenregeling,⁷⁰ dan moet voor de beoordeling van de vraag of achterstallige pensioenpremies mee overgaan gekeken worden naar wat in de verhouding werkgever-werknemer is overeengekomen. Indien werknemers dan aan hand van de pensioenovereenkomst inzichtelijk kunnen maken dat de premiebetaling hiervan onderdeel uitmaakt (en dat is veelal sowieso het geval bij beschikbare premieregelingen), dan ligt een claim van werknemers tot betaling van achterstallige pensioenpremies door de koper op de loer. Ook indien de premiebetaling in de verhouding werkgever-werknemer niet expliciet is overeengekomen, zouden werknemers via de meer algemene overweging van het TGSS-arrest nog steeds een aardige kans maken. De premiebetaling als zodanig vloeit immers in de regel voort uit een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.
- 4 Is sprake van deelname in een bedrijfstakpensioenfonds bij de koper en is dit een andere pensioenuitvoerder dan bij de verkoper, dan zijn de achterstallige premiebetalingsverplichtingen via de route van de pensioenuitzondering ex artikel 7:664 BW bij de verkoper achtergebleven. Dit geldt evenzeer voor de situatie waarin de koper een verzekerde pensioenregeling heeft (en eenzelfde

⁷⁰ Derhalve een situatie waarin de pensioenuitzondering van artikel 7:664 BW geen toepassing vindt.

aanbod doet aan de overgegangene werknemers) en de verkoper een regeling bij een bedrijfstakpensioenfonds. Een werknemer kan betaling van achterstallige pensioenpremies door de koper immers niet claimen voor zover een van de pensioenuitzonderingen van artikel 7:664 lid 1 BW toepassing vindt en de koper ook niet anderszins deze betaling (contractueel) heeft overgenomen. In dat geval zou een rechter niet eens aan het zelfstandig vorderingsrecht van de pensioenuitvoerder kunnen toekomen, nu er geen premieachterstanden mee zijn overgegaan.

Welke les zouden pensioenuitvoerders uit het GOM-arrest moeten trekken? Wellicht een open deur, maar zowel verzekeraars als pensioenfondsden kunnen de premielast maar beter niet te veel laten oplopen en gebruikmaken van de middelen die de wet hiertoe biedt. De Wet Bpf 2000 kent specifieke bevoegdheden aan het bedrijfstakpensioenfonds toe om de premievordering te kunnen incasseren, zoals de mogelijkheid om dit bij dwangbevel te doen.⁷¹

Het is ook na het GOM-arrest nog steeds geen gegeven dat ze te zijner tijd bij een koper kunnen aankloppen. Toch zou ik ook niet de stelling durven innemen dat kopers zich veilig kunnen wanen wanneer zich achterstallige pensioenpremies bij een verkoper voordoen, in het bijzonder in het licht van het TGSS-arrest. Daarnaast toont het GOM-arrest, dat ogenschijnlijk kansrijk voor GOM was, dat maar weer aan. Bovendien kan een pensioenuitvoerder altijd proberen de vorderingen van de werknemers tot premiebetaling gecedeerd te krijgen en dan wordt het wellicht alsnog een lastige kluit.

71 Artikel 21 Wet Bpf 2000.