

ANNOTATIE

# WHOA en werknemersrechten: vordering achterstallige premies door bedrijfstakpensioenfondsen uitgezonderd van dwangakkoord

*mr. dr. L.C.J. Sprengers*

*Annotatie bij Hoge Raad, 25-02-2022, ECLI:NL:HR:2022:328 (PR-2022-0065, INS-2022-0064, AR-2022-0241)*

## 1 Inleiding

Op 25 februari 2022 heeft de Hoge Raad een prejudiciële vraag beantwoord over de uitleg van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA), die op 1 januari 2021 van kracht is gegaan. In artikel 369 lid 4 Faillissementswet (Fw) is bepaald dat de WHOA niet van toepassing is op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten. De vraag is of daarmee ook het vorderingsrecht van een pensioenfonds op de werkgever van achterstallige premies buiten de WHOA valt. Ik zal hierna eerst schetsen wat de uitspraak van de Hoge Raad inhoudt (par. 2), om vervolgens aandacht te besteden aan de WHOA (par. 3) en het pensioen (par. 4). Daarna ga ik in op de beoordeling van de prejudiciële beslissing (par. 5) en de gevolgen van deze uitspraak voor de praktijk (par. 6).

## 2 Hoge Raad

### 2.1 Feiten

Werkgeefster exploiteert een hotelbedrijf en verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen doorgaan.

Werkgeefster is gehouden tot het afdragen van pensioenpremies ten behoeve van haar werknemers. De Stichting Pensioenfonds Horeca & Catering (hierna: het Pensioenfonds) is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). Werkgeefster heeft haar schuldeisers een akkoord aangeboden als bedoeld in artikel 370 Fw. Het Pensioenfonds heeft tegen het akkoord gestemd. Werkgeefster heeft een verzoek tot homologatie van het akkoord ingediend, waartegen het Pensioenfonds verweer heeft gevoerd. Vervolgens heeft de rechtbank de volgende prejudiciële vraag gesteld aan de Hoge Raad: *Is op grond van artikel 369 lid 4 Fw het in afdeling 2 van titel IV van de Faillissementswet bepaalde (de WHOA) van toepassing op vorderingen van de bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet Bpf 2000 betreffende achterstallige pensioenpremies?*

De keuze voor het voorleggen van deze vraag aan de Hoge Raad is mede ingegeven door het feit dat meerdere pensioenfonds met dezelfde vraag zijn geconfronteerd, waaruit blijkt dat deze vraag bedrijfspensioenfonds in de zin van Wet Bpf 2000 in het algemeen raakt (Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475)

## 2.2 Oordeel Hoge Raad

Voor het antwoord op de vraag of vorderingen van bedrijfstakpensioenfonds voor achterstallige pensioenpremies onder de reikwijdte van de WHOA vallen en dus in een onderhands akkoord betrokken kunnen worden, is van belang of deze vorderingen kunnen worden aangemerkt als rechten van werknemers in de zin van artikel 369 lid 4 Fw. De Hoge Raad overweegt dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 369 lid 4 Fw volgt dat met rechten van werknemers in artikel 369 lid 4 Fw niet iets anders is bedoeld dan met verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers. Voor de beantwoording van de prejudiciële vraag maakt het daarom geen verschil of de rechten van werknemers tot uitgangspunt worden genomen of de daarmee corresponderende verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers.

De Hoge Raad overweegt voorts dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is en als zodanig maakt de pensioenovereenkomst (waarvan in beginsel ook sprake is bij deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling) deel uit van de arbeidsverhouding tussen de werknemer en de werkgever. Het gaat dan ook om rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst.

Een vordering voor achterstallige premies van een bedrijfstakpensioenfonds jegens de werkgever correspondeert met het recht van de werknemer jegens de werkgever op betaling van die premies aan het bedrijfstakpensioenfonds. Dit laatste is een recht dat voortvloeit uit

een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek (BW). Indien de vordering voor achterstallige premies van een bedrijfstakpensioenfonds zou kunnen worden betrokken in een onderhands akkoord op de voet van afdeling 2 van titel IV van de Faillissementswet, zou afbreuk worden gedaan aan het met die vordering corresponderende recht van de werknemer jegens de werkgever op premiebetaling aan het bedrijfstakpensioenfonds. Afbreuk aan dit recht zou de pensioenopbouw van werknemers in gevaar kunnen brengen. Dat het bedrijfstakpensioenfonds de pensioenverplichtingen jegens werknemers ook moet nakomen als de werkgever geen premies heeft afgedragen, neemt immers niet weg dat een bedrijfstakpensioenfonds wegens een te lage dekkingsgraad als gevolg van niet afgedragen pensioenpremies kan overgaan tot korting op de pensioenen of het achterwege laten van indexering van de pensioenen en dat op die wijze alsnog afbreuk zou worden gedaan aan opgebouwde rechten op bedrijfspensioen. Dat zou niet stroken met de bedoeling van de wetgever. Daarop wijst ook de achtergrond van het aanhangige voorstel voor de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie. Het hiervoor overwogene strookt daarentegen juist wel met artikel 1 lid 6 van de Herstructureringsrichtlijn, dat strekt tot bescherming van pensioenaanspraken. Op grond van het voorgaande moet worden aangenomen dat afdeling 2 van titel IV van de Faillissementswet niet van toepassing is op een vordering voor achterstallige premies van een bedrijfstakpensioenfonds, en dat die vordering niet kan worden betrokken in een onderhands akkoord als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw.

Verder merkt de Hoge Raad op dat artikel 369 lid 4 Fw meebrengt dat een door de rechter afgekondigde afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376 Fw zich niet kan uitstrekken tot de rechten van werknemers. Uit het hiervoor overwogene volgt dat de afkoelingsperiode zich daarom ook niet kan uitstrekken tot vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds voor pensioenpremies.

### **3 WHOA**

#### *3.1 Herijking Faillissementsrecht*

De WHOA is een onderdeel van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht dat in 2012 gestart is. De tweede pijler daarvan kende een drietal wetsinitiatieven die onder de naam Wet continuïteit ondernemingen (WCO) I, II en III bekendstaan. WCO I heeft zeker vanuit de arbeidsrechtelijke invalshoek de meeste aandacht gekregen; het bevat een voorstel voor een wettelijke regeling van de pre-pack. Na de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake *Smallsteps* (ECLI:EU:C:2017:489) is de behandeling van dit wetsvoorstel aangehouden. In de zaak *Heiploeg* heeft de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2020:753) prejudiciële vragen gesteld die naar verwachting in het voorjaar 2022 door het Europees Hof beantwoord zullen gaan worden, waaruit duidelijk moet worden of vastgehouden wordt aan de *Smallsteps*

-uitspraak of dat daarop een nuancering gaat komen. Inmiddels is er een novelle ingediend om het wetsontwerp WCO I vooralsnog te beperken tot de gecontroleerde afwikkeling van faillissementen van ondernemingen met maatschappelijk belang. Tevens is ook ter consultatie voorgelegd een ontwerp voor de Wet verbetering positie werknemers bij overgang van onderneming en faillissement. Hierover is nog geen wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aangeboden.

### 3.2 *Strekking WHOA*

WCO II is later hernoemd tot de WHOA. De voornaamste doelstelling van de WHOA is het versterken van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die in zwaar weer verkeren, maar wel beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog levensvatbaar zijn. Maar de WHOA kan ook worden gebruikt voor de afwikkeling van niet-levensvatbare ondernemingen buiten faillissement, indien dat leidt tot een beter resultaat dan een afwikkeling in het faillissement. Met de WHOA voorziet de Faillissementswet in een regeling op basis waarvan de rechtbank buiten faillissement een onderhands akkoord tussen een onderneming en haar vermogensverschaffers (schuldeisers en aandeelhouders) kan goedkeuren, homologeren. De homologatie door de rechter leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders.

### 3.3 *Uitzondering werknemers*

Een voor de positie van werknemers belangrijke uitzondering daarbij is opgenomen in artikel 369 lid 4 FW: *'Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van boek 7 van het Burgerlijk wetboek.'* Ten aanzien van de werknemersrechten is de hele WHOA-afdeling niet van toepassing. Dat betekent ook dat de afkoelingsperiode die in eerste instantie ten hoogste vier maanden kan duren niet geldt voor de verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst. Dit heeft de Hoge Raad aan het slot van de uitspraak uitdrukkelijk bevestigd.

Op grond van de Herstructureringsrichtlijn van 20 juni 2019 (Richtlijn EU 2019/1023) die beoogt ervoor te zorgen dat levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels, hebben de lidstaten de vrijheid om de rechten van werknemers al dan niet in een dwangakkoord te betrekken. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om de WHOA niet van toepassing te verklaren op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst.

In de memorie van toelichting is in de artikelsgewijze toelichting (*Kamerstukken II 2018/19*,

35249, nr. 3, p. 31) opgenomen dat uit dit vierde lid volgt dat het akkoord geen wijziging kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst. In de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II 2019/20*, 35249, nr 6, p. 7) is de minister ingegaan op andere mogelijkheden die de ondernemer heeft als bij een WHOA-herstructurering ook een reorganisatie van het bedrijf met ontslag nodig is. De minister heeft daarbij verwezen naar de regels van het arbeidsrecht die in acht genomen dienen te worden, wanneer bij bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen dienen te komen vervallen. Dan is toestemming van het UWV vereist en bij grote reorganisaties zal er overleg met vakbonden, advies van de ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging (PVT) vereist kunnen zijn alsmede het opstellen van een sociaal plan.

#### 3.4 *Werknemersbegrip*

De bepaling van artikel 369 lid Fw roept twee vragen op. Ten eerste het werknemerschap. Houdt dit in dat degenen die op basis van een overeenkomst voor opdracht, zoals freelancers, zzp'ers of andere opdrachtnemers erbuiten vallen? P-GDe Bock wijst er in haar conclusie op dat zij tekstueel niet onder de uitzondering vallen (ECLI:NL:PHR:2021:1152, randnr. 4.15). Met instemming verwijst zij ook naar Van der Pijl die erop gewezen heeft dat het Europees werknemersbegrip ruimer is dan het Nederlandse werknemersbegrip. Dat zou kunnen betekenen dat ook zelfstandigen, zeker de schijnzelfstandigen, onder omstandigheden kunnen betogen dat ze moeten worden aangemerkt als werknemers in de zin van de Herstructureringsrichtlijn en derhalve hun rechten niet aangetast kunnen worden door de eventuele homologatie van een akkoord (J. van der Pijl, 'De positie van de werknemer en ondernemingsraad onder de WHOA', in: L.J.J. Kerstens e.a. (red.), *Wet homologatie onderhands akkoord* (in slotjaarboek 2021), Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 9.2.2.1). Deze vraag is in deze zaak niet aan de orde.

#### 3.5 *Rechten uit arbeidsovereenkomst*

De tweede vraag heeft betrekking op de reikwijdte van de rechten die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien. In het voorontwerp WCO II luidde de werknemersuitzondering: *'Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing ten aanzien van verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeien uit ten tijde van het aanbieden van het akkoord bestaande arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.'* Er zitten twee verschillen in de formulering van de concepttekst en de uiteindelijke wettekst. Ten eerste dat het in de concepttekst ging om verplichtingen van de schuldenaar voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomsten in plaats van de huidige teksten waarin het gaat om rechten van werknemers die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten. In de tweede

plaats bevatte de concepttekst een clausulering dat de arbeidsovereenkomst bestond ten tijde van het aanbieden van het akkoord. Die clausule is ook in de huidige tekst niet teruggekomen. De Bock concludeert uit de wetsgeschiedenis dat met de aangepaste tekst geen inhoudelijke wijziging beoogd is (randnr. 4.25/4.26).

## **4 Pensioen**

### *4.1 Driehoeksrelatie*

Voor de beantwoording van de vraag in dit geschil is van belang of de verplichting om premie te betalen door de werkgever aan het pensioenfonds voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst. Bij de vormgeving van het pensioen is sprake van een driehoeksrelatie. Tussen werkgever en werknemer komt de pensioenovereenkomst tot stand, tussen de werkgever en het pensioenfonds een uitvoeringsovereenkomst en de relatie tussen pensioenfonds en de werknemer wordt in het pensioenreglement geregeld. Of is dit een zelfstandige verplichting van de werkgever jegens het pensioenfonds, die niet beschouwd dient te worden als voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 369 lid 4 FW?

In deze procedure ging het om een bedrijfstakpensioenfonds. De verplichtstelling van deelname vloeit voort uit de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Met de verplichtstelling wordt beoogd het aantal witte vlekken te verkleinen (werknemers die geen aanvullend pensioen opbouwen) als ook de grijze vlekken (werknemers die een pensioenregeling hebben van inferieure kwaliteit). Het gevolg hiervan is dat de verplichtingen van rechtswege ontstaan op het moment dat wordt voldaan aan de voorwaarden voor de verplichte deelneming. Er is in dat geval geen sprake van een pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer, maar in artikel 2 lid 2 sub a Pensioenwet (Pw) staat dat met een pensioenovereenkomst wordt gelijkgesteld: *'(a) de uit de dienstbetrekking voortvloeiende rechtsbetrekking tussen werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van een verplichtstelling'*.

Er is in dat geval sprake van een fictie dat de werkgever en werknemer een pensioenovereenkomst hebben gesloten. Op het moment dat de werknemer onder het bereik van de pensioenregeling valt – ook in het geval van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds – geldt het beginsel 'geen premie, wel pensioen'. Hiermee wordt omzeiling van de verplichtstelling voorkomen. Dit brengt met zich mee dat individuele werknemers in beginsel zelf geen direct belang hebben om een werkgever te dwingen tot het afdragen van premies aan het verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Maar op collectief niveau kan dit belang er wel zijn. Want in gevallen waar premieafdracht achterwege is

gebleven kan dit gevolgen hebben voor de dekkinggraad van het pensioenfonds en daarmee ook voor de hoogte van het uit te keren pensioen. Zo wordt ook door de Hoge Raad bij de beantwoording van de prejudiciële vraag overwogen.

Vanwege het belang van voldoende dekking is een van de belangrijkste taken van het bedrijfstakpensioenfonds om ervoor zorg te dragen dat werkgevers de verschuldigde pensioenpremies betalen (de handhavingsplicht). In de Wet Bpf 2000 zijn mogelijkheden gecreëerd voor een bedrijfstakpensioenfonds om op eenvoudige en weinig kostbare wijze achterstallige pensioenpremies te vorderen.

#### 4.2 GOM-arrest

De vraag of naast de plicht tot premiebetaling van de werkgever jegens het bedrijfstakpensioenfonds er ook een verplichting jegens de werknemer bestaat tot het betalen van pensioenpremies is in het GOM-arrest van de Hoge Raad aan de orde geweest in het kader van de uitleg van de bepaling over overgang van onderneming (ECLI:NL:HR:2016:2375). De Hoge Raad overwoog daarin: *'De werkgever is uit hoofde van de pensioenovereenkomst (of daarmee gelijk te stellen rechtsbetrekking in geval van verplichte deelneming op grond van de wet Bpf 2000 (...)) jegens de werknemer verplicht tot premiebetaling aan de pensioenuitvoerder. De pensioenuitvoerder heeft daarnaast een eigen recht jegens de werkgever op betaling van de premie.'*

In de conclusie geeft A-G De Bock aan dat dit werknemersrecht cruciaal is bij de beantwoording van de prejudiciële vraag. Als de achterstelling van pensioenpremies in het WHOA-akkoord kan worden betrokken, worden werknemers immers beperkt in hun recht om jegens de werkgever afdracht van pensioenpremies af te dwingen. De Hoge Raad volgt haar conclusie.

### 5 Beoordeling prejudiciële beslissing

In de juridische literatuur is met name vanuit de insolventiehoek gepleit voor een uitleg van 369 lid 4 Fw met een beperkte omvang, in die zin dat vorderingen van pensioenfondsen ten aanzien van premiebetaling niet kwalificeren als rechten van werknemers. Zie als voorbeeld de noot van J.L.M. Groenewegen bij het vonnis van de rechtbank Amsterdam met betrekking tot de prejudiciële vraag (JOR 2021/304) die vijf argumenten aanvoert waarom geen sprake is van werknemersrechten. Daartegenover staat de opvatting vanuit de meer arbeidsrechtelijke hoek dat hier wel sprake van is, zie bijvoorbeeld de annotatie van E. Lutjens bij het rechtbankvonnis (PJ 2021/133). Wederom een voorbeeld dat beoefenaren van het arbeidsrecht en het insolventierecht vaker verschillen van mening over hoe bij insolventie met de rechten van werknemers moet worden omgegaan. Het pre-packdebat is daar het duidelijkste voorbeeld van.

De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad is duidelijk: de afdracht van pensioenpremie is een werknemersrecht, ook al dient de werkgever de premie af te dragen aan het pensioenfonds. Daarmee is deze uitgezonderd van een dwangakkoord. De WHOA is daarop dus, net als op de andere werknemersrechten, niet van toepassing. Het argument dat een werknemer zijn aanspraak op pensioen versus het pensioenfonds hard kan maken ongeacht of er premie is afgedragen, gaat eraan voorbij dat op collectief niveau beschouwd dit wel gevolgen kan hebben voor het pensioen van werknemers. Het kan zoals gezegd immers van invloed zijn op de dekkingsgraad en daarmee indirect gevolgen hebben voor de hoogte van de (toekomstige) pensioenuitkering van werknemers.

Gezien het bepaalde in het GOM-arrest wekt deze uitspraak geen verbazing. Daar ging het om de uitleg van de overgang van werknemersrechten in de zin van artikel 7:663 BW. In essentie hetzelfde begrip dat centraal staat in artikel 369 lid 4 Fw. Indien een andere uitleg beoogd zou zijn in deze laatste wettelijke bepaling hadden daarvoor aanknopingspunten moeten staan in wettekst of in ieder geval duidelijk moeten blijken uit de wetsgeschiedenis. Dat is niet het geval, zoals blijkt uit de uitvoerige, zeer leesbare, conclusie van A-G De Bock.

## **6 Gevolgen voor de praktijk**

Er is sprake van een politieke keuze geweest van de wetgever om de werknemersrechten geheel uit te zonderen van het dwangakkoord, van de WHOA. In de literatuur is erop gewezen dat deze keuze tot gevolg heeft dat herstructurering via een dwangakkoord in veel gevallen niet afdoende zal zijn en dat herstructurering dan toch via surseance of faillissement moet plaatsvinden (zie voor vindplaatsen conclusie De Bock, randnr. 4.20-4.22 en 6.1-6.2). Dit kan nog versterkt worden door het oordeel van de Hoge Raad dat de afkoelingsperiode in het kader van de WHOA zich niet uitstrekt tot premievorderingen van pensioenfondsen. Daarmee is de afkoelingsperiode een minder effectief instrument in geval van achterstallige pensioenpremies omdat deze, anders dan vorderingen van andere schuldeisers, wel opgevorderd kunnen worden.

Het is opmerkelijk dat in de wetsgeschiedenis geen aandacht is besteed aan de mogelijkheid om de verschuldigde pensioenpremies onder de loongarantieregeling van artikel 61 Werkloosheidswet (WW) te brengen, nu dat wel aan de orde is gesteld. De pensioenfederatie had in de consultatiefase gesteld dat als ervan uitgegaan moet worden dat de pensioenpremies wel onder het akkoord vallen er dan verzocht werd om een uitbreiding van de Loongarantieregeling van artikel 61 WW opdat een dwangakkoord ook onder die regeling zou moeten komen te vallen. Hierop is in de wetsgeschiedenis van de WHOA niet ingegaan.

In artikel 61 WW is geregeld dat in geval van betalingsonmacht de verplichting tot betaling van



het loon en/of vakantiegeld of bijslag door het UWV wordt overgenomen voor een bepaalde periode. Nu de betaling van de pensioenpremie ook zo uitdrukkelijk als een werknemersrecht voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst wordt beschouwd is het geen onlogische gedachte om hierbij aan te sluiten. Deze oplossing heeft wel tot gevolg dat vanuit het werkloosheidsfonds meer vergoed zal moeten gaan worden bij betalingsonmacht, wat vervolgens weer gevolgen kan hebben voor de hoogte van de WW-premie.

Het onderbrengen onder de loongarantieregeling kan de kansen voor een succesvolle herstructurering buiten surseance of faillissement groter maken, waarmee ook de meest wezenlijke werknemersrechten gediend zijn, te weten behoud van werkgelegenheid.

Er is nog te zeer sprake van een 'alles of niets'-situatie in het insolventierecht in relatie tot het arbeidsrecht. Zie ook de wijze waarop omgegaan wordt met de pre-pack. Gezocht moet worden naar een beter evenwicht tussen enerzijds het vergroten van de kansen op een succesvolle herstructurering van ondernemingen, zonder dit anderzijds gepaard te laten gaan met het voorbijgaan aan (veel) opgebouwde rechten van werknemers. In het vervolg van de discussie over de wijze waarop pre-pack kan plaatsvinden naar aanleiding van het oordeel van het Europees Hof in de *Heiploeg*-zaak, het wetsvoorstel WCO I en het voorstel voor de Wet verbetering positie werknemer bij een overgang van onderneming in faillissement, zal een evenwicht tussen deze beide belangen gezocht moeten worden. Het is zinvol om daarbij stil te staan bij de vraag of betaling van verschuldigde pensioenpremie in geval van betalingsonmacht bij een dwangakkoord in het kader van de loongarantieregeling niet tot een beter evenwicht tussen deze twee belangen kan leiden. Ten onrechte is dat bij de totstandkoming van de WHOA niet gebeurd.