

3.21. Met *grief IV* komen SDS en Vlabio op tegen het feit dat in het bestreden vonnis geen kostenveroordeling ten laste van [appellante] is uitgesproken, gelet op het feit dat haar vorderingen jegens SDS door de kantonrechter zijn afgewezen. Nu de grieven in het principaal appel slagen en de vorderingen van [appellante] voor zover ingesteld jegens SDS (alsnog) worden toegewezen, faalt ook deze grief.

#### Slotsom

3.22. De grieven in het principaal appel slagen en de grieven in het incidenteel appel falenn. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd voor zover daarbij de vorderingen jegens SDS zijn afgewezen en de vorderingen van [appellante] jegens SDS zullen alsnog worden toegewezen als hierna te melden. [appellante] heeft geen feiten gesteld die, indien bewezen, kunnen leiden tot een andere uitkomst van de zaak, zodat haar bewijsaanbod wordt gepasseerd.

3.23. SDS zal als de in het ongelijk te stellen partij alsnog, hoofdelijk naast Vlabio, worden veroordeeld in de proceskosten van het geding in eerste aanleg; SDS en Vlabio zullen eveneens als de in het ongelijk te stellen partijen worden veroordeeld in de kosten van het principaal en incidenteel appel.

#### 4. Beslissing

Het hof:

*rechtdoende in principaal en incidenteel appel:*

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover daarbij de vorderingen van [appellante] jegens SDS zijn afgewezen;

en, opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat SDS onrechtmatig tegenover [appellante] heeft gehandeld doordat zij heeft verzuimd zich per 1 maart 2012 (dan wel met terugwerkende kracht nadien) vrijwillig, contractueel, aan te sluiten bij PFZW en [appellante] als deelnemer aan te melden bij PFZW;

veroordeelt SDS tot betaling aan [appellante] van een bedrag van € 37.108,00, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding tot de dag van algehele voldoening;

veroordeelt SDS tot betaling aan [appellante] van een bedrag van € 834,90 ex artikel 6:96 lid 2 sub b BW;

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige;

veroordeelt SDS in de proceskosten in eerste aanleg, aan de zijde van [appellante] begroot op € 1.239,00 te vermeerderen met nakosten, en veroordeelt SDS en Vlabio in de kosten van het principaal en incidenteel appel, tot op heden aan de zijde van [appellante] begroot op € 423,01 aan verschotten en € 4.326,00 voor salaris.

#### NOOT

Pensioen neemt bij overgang van onderneming een bijzondere positie in. Sinds 2002 geldt dat pensioen mee overgaat, behoudens situaties als genoemd in art. 7:664 BW.

In het *GOM*-arrest (ECLI:NL:HR:2016:2375, «JAR» 2016/268) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het geval waarin de overdragende en de verkrijgende werkgever beiden verplicht deelnemen in *hetzelfde* bedrijfstakpensioenfonds op grond van de Wet Bpf, valt onder de werking van art. 7:663 BW. Die situatie deed zich in dit arrest niet voor. Bij de vervreemder gold een verplichte pensioenregeling op grond van de Wet Bpf, maar na overgang viel de werknemer niet meer onder de werkingssfeer van de verplichtstelling. De verkrijger had evenmin een eigen pensioenregeling. Die situatie is niet geregeld in art. 7:664 BW. Geldt dan toch de hoofdregel van art. 7:663 BW?

Onder verwijzing naar een noot van Degelink bij ECLI:NL:GHAMS:2020:575 (*PJ* 2020/81), betoogde SDS van niet omdat de pensioenrechten en -plichten die Cordaan jegens de werknemer had vóór de overgang, voortvloeiden uit de verplichtstelling en niet uit de arbeidsovereenkomst.

Feitelijk volgt het betoog van SDS en de annotator bij *PJ* 2020/81 wat Lutjens hierover stelt, namelijk dat rechten uit de verplichtstelling bij de vervreemder (waaraan de verkrijger niet gebonden is), *niet* mee overgaan voor zover deze betrekking hebben op tijdvakken *na* de overgang (Asser/Lutjens 7-XI 2019/880). Alleen de verplichting om art. 4 Wet Bpf na te leven zou naar SDS zijn overgegaan, met andere woorden: enkel het recht op deelneming in het Bpf *onder de voorwaarde* dat de werknemer in dienst is bij een werkgever in de zin van het verplichtstellingsbesluit. Omdat SDS niet onder de verplichtstelling viel, werd vanaf de overgang niet meer aan deze voorwaarde voldaan. Daarmee zou de nalevingsplicht op grond van art. 4 Wet Bpf vanaf de overgang niet meer gelden. Dit betoog wordt on-

derbouwd met een verwijzing naar art. 2a Wet AVV. Dat artikel zou volgens de wetsgeschiedenis nodig zijn voor de situatie dat de verkrijger zelf niet onder de algemeenverbindendverklaring zou vallen; zonder art. 2a Wet AVV zou de verkrijger niet verplicht zijn de Avv-voorwaarden te handhaven. De Wet Bpf heeft geen equivalent van art. 2a Wet AVV.

In de uitspraak uit 2020 wees het hof Amsterdam deze redenering van de hand. Het ging over een collega bij SDS in een vergelijkbare situatie. Het hof oordeelde dat SDS verplicht was om 'de uit de verplichtstelling van PFZW blijkende, dan wel de cao-VVT voortvloeiende pensioenovereenkomst' onder te brengen ex 23 Pw. Kennelijk kwalificeerde het hof de rechtsbetrekking op grond van de Wet Bpf ook als 'pensioenovereenkomst'. Iets soortgelijks overwoog de Hoge Raad in het GOM-arrest onder verwijzing naar het stelsel van de Pensioenwet dat Bpf pensioen in art. 2 gelijkstelt met een pensioenovereenkomst, maar in dat arrest gold voor en na de overgang dezelfde verplichtstelling.

Hoewel ik anders dan Degelink en Lutjens denk dat Bpf-pensioen volledig onder de reikwijdte van 7:663 BW valt (ondanks de praktische complicaties bijvoorbeeld ten aanzien van de doorsneepremie), is mijn argumentatie daarvoor niet de gelijkstelling van het Bpf-pensioen met een pensioenovereenkomst. In het BW lijkt Bpf-pensioen immers niet gelijkgesteld te worden met een pensioenovereenkomst. De wetgever heeft in art. 7:664 lid 1 onder b BW namelijk expliciet een uitzondering voor de overgang van pensioen opgenomen voor het geval de verkrijger valt onder een verplichtstelling. Dat had niet gehoeven bij een gelijkstelling van die twee omdat de uitzondering van lid 1 onder a zou dan hebben volstaan om te regelen wat in art. 7:664 lid 1 onder b BW is geregeld.

Maar waarom betwijfel ik dan de lezing van Lutjens en Degelink? Allereerst past het door hun bepleite 'Bpf-pensioen op voorwaarde van' niet bij de crux van de regels van overgang, te weten dat de verkrijger 'in de schoenen' van de vreemder treedt zodat de arbeidsvoorwaarde behouden blijven.

De wetgever heeft bovendien expliciet overwogen dat ook Bpf-pensioen een *arbeidsvoorwaarde* is (Kamerstukken II 1995/96, 24697, nr. 3, p. 6). De wetgever heeft bij 7:664 BW ook geen onderscheid willen maken naar de *soort uitvoerder*

(Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 3). Bpf-pensioen komt tot stand op voorspraak van sociale partners; daarmee is het onlosmakelijk verbonden met de arbeidsovereenkomst. Die koppeling aan de arbeidsovereenkomst (te onderscheiden van gelijkstelling met een pensioenovereenkomst) is door de wetgever tot uitgangspunt genomen (Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, o.m. p. 12).

Bovendien moet het begrip 'voortvloeiend' in art. 7:663 BW ruim geïnterpreteerd worden, zo volgt ook uit het TGSS-arrest van het Hof van Justitie EU (nr. C-688/13, r.o. 52-53). Daarin werd geoordeeld dat niet alleen de salarissen en andere emolumenten overgaan, maar ook de door de vervreemder verschuldigde bijdragen aan het *wettelijke* stelsel van sociale zekerheid. Tot een vergelijkbaar oordeel kwam het hof Arnhem-Leeuwarden eerder al toen het oordeelde dat loondoorbetalingsverplichtingen uit hoofde van een loonsanctie, wat een publiekrechtelijke oorsprong heeft, ook vatbaar zijn voor overgang ex art. 7:663 BW («JAR» 2012/259).

Ik denk verder dat niet te veel waarde moet worden gehecht aan de het bestaan van art. 2a Wet AVV en het ontbreken van een equivalent in de Wet Bpf. Ondanks de verwantschap tussen de Wet Bpf en de Wet AVV maakt de richtlijn een onderscheid tussen de twee: collectieve overeenkomsten gaan op grond van art. 3 lid 3 mee over terwijl ouderdomsuitkeringen niet mee overgaan tenzij de lidstaten anders bepalen (zoals Nederland heeft gedaan). Uit de wetsgeschiedenis blijkt voorts dat de wetgever louter uit systematische overwegingen heeft gekozen de materie van art. 3 lid 3 van de richtlijn in de Wet Cao en de Wet AVV te regelen en dat wel wordt aangesloten bij de formuleringen in het BW (Kamerstukken II 1979/80, 15940, nr. 3-4, p. 12). De wetgever lijkt te suggereren dat hij er ook voor had kunnen kiezen de materie van art. 3 lid 3 van de richtlijn, bijvoorbeeld in art. 7:664 BW te verwerken zoals dat is gebeurd bij Bpf-pensioen.

Kortom, doorslaggevend voor de vraag of iets vatbaar is voor overgang moet, lijkt mij, zijn dat het moet gaan om verplichtingen met arbeidsvoorwaardelijke impact, al dan niet op voorspraak van sociale partners en ongeacht of de oorsprong in het publiek- of privaatrecht ligt. Overigens nam het hof in het onderhavige arrest via een andere route overgang van het Bpf-pensioen aan. Het hof overweegt namelijk dat in dit

geval de cao in de arbeidsovereenkomst geïncorporeerd was en daarin stond een bepaling over aansluiting bij het Bpf. Het hof was dus van oordeel dat het Bpf-pensioen rechtstreeks uit de arbeidsovereenkomst voortvloeide. SDS had zich vrijwillig bij het Bpf kunnen c.q. moeten aansluiten of elders een uitvoeringsovereenkomst kunnen sluiten voor een gelijkwaardige pensioenregeling.

mr. B.C.L. Kanen  
advocaat/partner bij Liber Dock

154

### **Pas in hoger beroep indienen voorwaardelijk ontbindingsverzoek niet mogelijk**

Gerechtshof Amsterdam  
11 mei 2021, nr. 200.281.664/01,  
ECLI:NL:GHAMS:2021:1382  
(mr. Pieters, mr. Van der Meer, mr. Akkaya)

### **Voorwaardelijke en onvoorwaardelijke ontbinding. Toepassing Mediant- en Vlisco-beschikkingen.**

[BW art. 7:669 lid 3 sub a, e, g, h en i, 7:671a, 7:682, 7:683; Rv art. 362]

Op 10 oktober 2019 vraagt de werkgever het UWV om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst omdat de functie van de werknemer komt te vervallen. Het UWV geeft op 11 maart 2020 toestemming, maar de werkgever maakt hier geen gebruik van omdat hij de uitkomst van een eerder door hem ingediend ontbindingsverzoek bij de kantonrechter wil afwachten. Dit verzoek wordt bij beschikking van 8 mei 2020 afgewezen. Onderhavige procedure betreft het beroep van de werkgever tegen deze afwijzing. Ondertussen vraagt de werkgever opnieuw om toestemming voor opzegging bij het UWV en geeft het UWV op 29 september 2020 deze toestemming. De werkgever zegt de arbeidsovereenkomst op tegen 1 december 2020. Op 29 januari 2021 dient de werknemer een verzoek in bij de kantonrechter om een billijke vergoeding dan wel herstel van de arbeidsovereenkomst. Dit verzoek zal 17 mei 2021

behandeld worden. De werkgever wijzigt vervolgens zijn verzoek in hoger beroep in een voorwaardelijk verzoek tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Het hof oordeelt dat een werkgever alleen ontvankelijk is in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding als dit verzoek in eerste aanleg is gedaan. Dient de werkgever dit verzoek pas in hoger beroep in, dan is dit in strijd met art. 362 Rv en doorkruist dit het door de wetgever beoogde stelsel van toetsing in twee instanties. Door de opzegging van de werkgever per 1 december 2020 is het dienstverband geëindigd en is een nieuwe situatie tussen partijen ontstaan. Aan de beslissing van de kantonrechter op 8 mei 2020 komt daarom geen betekenis meer toe. De toetsing van een ontbindingsverzoek vindt ex nunc plaats, waarbij alle omstandigheden tot aan dat moment worden meegewogen. De beslissing van de kantonrechter op het onvoorwaardelijk ontbindingsverzoek op 8 mei 2020 kan daarom niet gelijkgesteld worden met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in de procedure die is ingeleid op 29 januari 2021. Die datum ligt immers later. Daarbij maakt het niet uit dat de kantonrechter opnieuw zal moeten oordelen over de feiten en rechtsgronden die aan de orde waren in de beschikking van 8 mei 2020. De werkgever heeft er immers zelf voor gekozen om hangende het hoger beroep het dienstverband op te zeggen en het hoger beroep niet in te trekken.

NB. Uit de beschikkingen van de Hoge Raad in Mediant en Vlisco («JAR» 2017/19 en «JAR» 2017/116, beide m.nt. Van Zanten-Baris) volgt dat ook onder de Wwz voorwaardelijk ontbinding kan worden gevraagd, mits dit verzoek betrekking heeft op dezelfde instantie als waarin het verzoek van de werknemer om vernietiging van een ontslag wordt gedaan. Op grond van art. 362 Rv kan ook niet voor het eerst in hoger beroep een tegenverzoek worden gedaan. Zie ook ECLI:NL:GHARL:2017:2417 onder 5.11 en de noot van Dempsey onder HR, «JAR» 2019/113 (Omega).

Lebara B.V. te Amsterdam-Duivendrecht,  
appellante,  
advocaat: mr. Y.H. Dissel te Amsterdam,  
tegen  
[verweerder] te [woonplaats],  
verweerder,  
advocaat: mr. J. van der Pijl te Amsterdam.