

Beroep op de regeling van art. 7A: 1639aa e.v. BW verworpen.

Rb. Amsterdam 05-01-1995, KG 94/3080 TG, m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum	5 januari 1995
Zaaknummer	KG 94/3080 TG
Noot	mr. W.P.M. Thijssen
Vakgebied(en)	Verzekeringsrecht / Pensioenrecht

Essentie

Beroep op de regeling van art. 7A: 1639aa e.v. BW verworpen.

Samenvatting

In deze zaak is aan de orde de vraag of eiser aan een door hem bedongen lijfrente, te betalen door de mede door hem opgerichte BV als contraprestatie voor zijn geschat aandeel in het ingebrachte bedrijf van de vennootschap onder firma, rechten kan ontleenen jegens gedaagde, die de eerder opgerichte BV heeft overgenomen. Beroep op de regeling van de art. 7A:1639aa e.v. BW verworpen.

Uitspraak

P.H.K., tegen te Sassenheim, eiser, proc. mr. J. Pel,
tegen

K. Schilderwerken BV, te Amsterdam, gedaagde, proc. mr. D.R. van Lijf, adv. mr. L. de Jong te
Purmerend.

(Post alia:)

Gronden van de beslissing

1. In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten:

a. Op 10 februari 1972 hebben M.A. K., P.H. K. en A.J.M. K. de tot die tijd door hen gedreven vennootschap onder firma omgezet in een besloten vennootschap met de naam A.J.M. K.

Schildersbedrijf BV.

b. Op 15 maart 1972 hebben P.H. K. en A.J.M. K. Schildersbedrijf BV een stamrechtover-eenkomst gesloten. Bij die overeenkomst werd het aandeel van P.H. K in de stille reserves en goodwill van het ingebrachte bedrijf vastgesteld op f 41 750 en verbond genoemde BV zich tot een contraprestatie voor het aldus door P.H. K. ingebrachte aandeel in de vorm van een stamrecht, bestaande uit een lijfrente, uit te keren aan P.H. K. en zijn echtgenote gedurende het leven van de langstlevende hunner, van zodanige grootte als op het leven van P.H. K. en zijn echtgenote op 13 december 1989 kon worden verkregen bij een gemiddelde Nederlandse levensverzekeringsmaatschappij, te voldoen per kwartaal, tegen een koopsom van bovengenoemd bedrag vermeerderd met de gekweekte rente daarover en uit te keren vanaf 13 december 1989. Voorts is bepaald dat deze lijfrente geheel in eigen beheer van de BV zal worden gehouden.

Bij gebrek van betaling van een vervallen lijfrentetermijn binnen veertien dagen na de vervaldag heeft P.H. K. het recht om van de BV betaling te vorderen van een bedrag dat op dat tijdstip nodig is ter financiering van een lijfrente.

c. Genoemde lijfrente-uitkeringen zijn aangevangen op 13 december 1989. Elk kwartaal dient f 2275 aan K. te worden uitbetaald.

d. De betaling 13 december 1993 is niet tijdig gedaan. Naar aanleiding daarvan is A.J.M. K. Schildersbedrijf BV bij vonnis van 23 juni 1994 van de fungerend president van deze rechtbank in kort geding (rolnummer KG 94/1510TG) veroordeeld tot betaling van f118 487 aan Levob Verzekeringen. Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld.

e. Op 1 januari 1994 is K. Schilderwerken BV opgericht. M.A. K. is blijkens een uittreksel van het Handelsregister van de Kamer van Koophandel directeur van die vennootschap. Blijkens de oprichtingsakte is M.A. K. met K. Schilderwerken BV overeengekomen dat hij ter storting op de aandelen in de vennootschap zal inbrengen inventaris, auto's, voorraden, grondstoffen en onderhanden werken.

2. K. vordert primair betaling van f 118 487 aan Levob Verzekeringen BV, op verbeurte van een dwangsom. Subsidiair vordert hij betaling van f 2275 per kwartaal aan K. en betaling van het eerstgenoemde bedrag aan Levob indien K. Schilderwerken BV in gebreke blijft de betaling per kwartaal te verrichten.

K. stelt dat op de overgang van de onderneming van A.J.M. K. Schildersbedrijf BV in K. Schilderwerken BV de art. 7A-1639 e.v. BW van toepassing zijn en dat de stamrechtovereenkomst een pensioentoezegging behelst waarvoor K. Schilderwerken BV ingevolge art. 7A:1639cc lid 2 BW hoofdelijk aansprakelijk is.

3. K. Schilderwerken BV betwist de vordering en voert daartoe onder meer aan dat de regeling van de wet overgang van ondernemingen in de art. 7A-1639aa en volgende niet van toepassing is. De stamrechtovereenkomst is aangegaan met als doel belastingheffing over de stakingswinst uit te stellen en is derhalve te beschouwen als een onderlinge afspraak tussen de voormalige firmanten, maar niet als een pensioentoezegging die door de werkgever aan een bestuurder als werknemer is gedaan, aldus K. Schilderwerken BV.

4. Dit verweer treft doel. Volgens art. 1639bb gaan bij de overgang van een onderneming slechts die rechten en verplichtingen op de verkrijgende onderneming over die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen de (oorspronkelijke) werkgever en de werknemer. Voorshands moet worden aangenomen dat de rechten en verplichtingen die voor A.J.M. K. Schildersbedrijf BV jegens P.H. K voortvloeien uit de hiervoor aangehaalde stamrechtover-eenkomst daartoe niet behoren. De stamrechtovereenkomst is immers aangegaan met het oog op de door de fiscus gecreëerde

mogelijkheid om bij omzetting van de eigen zaak in de BV de stakingswinst geleidelijk aan de onderneming te onttrekken en aldus gebruik te maken van de vrijstelling van belastingheffing over die stakingswinst. Hieruit volgt dat de stamrechtovereenkomst voortvloeit uit de rechtsverhouding tussen de vennoten van de voormalige vennootschap onder firma als oprichters van de BV enerzijds en die BV anderzijds en dat het daaraan volgende dienstverband van P.H. K. bij de BV daar buiten staat. De enkele omstandigheid dat P.H. K. bij de overgenomen vennootschap in dienst is geweest kan dan ook niet meebrengen dat de overnemende vennootschap de verplichtingen uit hoofde van de stamrechtovereenkomst jegens hem heeft overgenomen.

5. De vordering zal derhalve worden afgewezen, met veroordeling van K. in de kosten van dit geding.

Beslissing

1. Weigert de gevraagde voorziening.
2. Veroordeelt K. in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van K. Schilderwerken BV begroot op f330 wegens vastrecht en op f 1500 aan salaris procureur.
3. Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad. (Geen hoger beroep ingesteld, *red.*)

Noot

Auteur: mr. W.P.M. Thijssen

1. Casus

Voor een goed begrip van bovenstaande uitspraak geef ik de relevante feiten kort weer. Een vennootschap onder firma met drie firmanten werd omgezet in een besloten vennootschap (BV 1). Als contraprestatie voor de inbreng in BV 1 van zijn aandeel in de stille reserves en de goodwill had één van de oorspronkelijke firmanten (hierna: 'eiser') een stamrecht van BV 1 bedongen. BV 1 verplichtte zich om vanaf een in de toekomst gelegen datum een lijfrente uit te keren. De hoogte van de lijfrente hing onder meer af van de waarde van eisers aandeel in de ingebrachte goodwill en stille reserves.

De stamrechtovereenkomst stond BV 1 toe om de lijfrenteverplichtingen in eigen beheer te houden. In de situatie dat BV 1 een vervallen lijfrentetermijn niet tijdig (binnen 14 dagen na de vervaldag) zou betalen, zou eiser recht hebben op afstorting van de lijfrente door BV 1 bij een verzekeraar.

Kort nadat BV 1 een lijfrentetermijn niet tijdig betaalde werd (een groot deel van) de aktiva van BV 1 overgedragen aan een nieuw op te richten besloten vennootschap (BV 2). BV 1 werd eerder jegens eiser in kort geding veroordeeld tot afstorting van de lijfrenteverplichting bij een verzekeraar. Tegen dit kort geding-vonnis werd geen hoger beroep ingesteld zodat kan worden aangenomen dat eiser zijn recht op afstorting jegens BV 1 kon effectueren. Door de overdracht van (een deel van) de aktiva van BV 1 was dit recht kennelijk illusoir geworden.

2. Eiser's vordering

Eiser vorderde van BV 2 *primair* afstorting van de lijfrenteverplichting bij een bepaalde concreet aangeduide verzekeraar tegen betaling van een becijferde koopsom. *Subsidiair* vorderde hij betaling door BV 2 van de met BV 1 overeengekomen lijfrentetermijnen en afstorting indien BV 2 in gebreke zou blijven om de lijfrentetermijnen te voldoen.

Eisers *primaire* vordering impliceerde dat de verplichting van BV 1 om aan het vonnis in het eerder gevoerde kort geding te voldoen ten gevolge van de omzetting tevens op BV 2 was komen te rusten.

Aan de *subsidaire* vordering lag ten grondslag dat de verplichtingen uit hoofde van de door eiser met BV 1 gesloten stamrechtovereenkomst eveneens ten gevolge van de omzetting tevens op BV 2 was komen te rusten.

Eiser construeerde deze veronderstelde hoofdelijkheid op de grondslag van art. 7A:1639aa en volgende BW. De stamrechtovereenkomst zou onderdeel uitmaken van de arbeidsovereenkomst die tussen eiser en BV 1 had bestaan. Verder zouden de verplichtingen voor BV 1 uit hoofde van de stamrechtovereenkomst als een pensioentoezegging in de zin van art. 7A:1639cc, leden 1 en 2 moeten worden beschouwd. In dat geval zou gelden dat BV 2 naast BV 1 in de tijd onbeperkt hoofdelijk aansprakelijk zou zijn voor de verplichtingen van BV 1 uit hoofde van de stamrechtovereenkomst. Deze in de tijd onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid vloeit voort uit het bepaalde in art. 7A:1639cc, lid 2 BW.

3. Het verweer van BV 2

BV 2 stelde dat de vorderingen van eiser moesten worden afgewezen. De stamrechtovereenkomst zou zijn aangegaan om belastingheffing over de stakingswinst uit te stellen. De overeenkomst zou daarom als een onderlinge afspraak tussen de drie firmanten van de vennootschap onder firma moeten worden beschouwd en niet als een pensioentoezegging door BV 1 aan eiser. In dat geval zouden art. 7A:1639aa BW en volgende niet van toepassing zijn.

4. De uitspraak van de President

De president stelde BV 2 in het gelijk. De stamrechtovereenkomst was gesloten om belastingheffing over de stakingswinst te voorkomen. Deze overeenkomst vloeide voort uit de rechtsverhouding die bestond tussen de oorspronkelijke firmanten als oprichters van BV 1 enerzijds en BV 1. Dat eiser een dienstverband met BV 1 was aangegaan, was in verband met het sluiten van de stamrechtovereenkomst niet relevant.

Art. 7A:1639bb BW bepaalt dat bij de overgang van een onderneming rechten en plichten uit hoofde van arbeidsovereenkomsten van de oorspronkelijke werkgever overgaan op de nieuwe werkgever. De verplichtingen van BV 1 uit hoofde van de stamrechtovereenkomst waren geen verplichtingen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst zodat van een overgang van rechtswege van die verplichtingen geen sprake kon zijn.

5. Procesrechtelijke aspecten

Kenmerkend voor een kort geding is dat het om een *spoedeisende zaak* moet gaan en dat uitsluitend een *voorlopige voorziening* kan worden bewerkstelligd (art. 289 Rv.). De kwestie die aan de orde was leende zich wat de spoedeisendheid betreft inderdaad voor een kort geding. Eiser ontleende zijn rechten uit hoofde van de stamrechtovereenkomst jegens BV 1. BV 1 hield de stamrechtsverplichting in eigen beheer. Door de overdracht van (een deel van) de activa van BV 1 aan BV 2 bood BV 1 waarschijnlijk geen verhaal meer. Aangenomen moet worden dat dit de reden is waarom eiser BV 2 aansprak. Ook BV 2 zou op haar beurt (in het zicht van een veroordelend vonnis en een bodemprocedure) tot een activa-transactie kunnen overgaan.

Wanneer in kort geding een betaling aan eiser zelf of een derde wordt gevorderd, wordt rekening gehouden met het insolventie-risico van degene waaraan dat bedrag zou moeten worden betaald. In een bodemprocedure zou kunnen blijken dat de gevorderde prestatie, die inmiddels uit hoofde van een veroordelend kort geding-vonnis is verricht, niet verschuldigd is. De gedaagde in kort geding loopt in dat geval het risico dat degene die de betaling heeft ontvangen, niet tot terugbetaling in staat is.

Aangenomen kan worden dat zich ten aanzien van de *primaire* vordering geen insolventierisico voordeed omdat verwacht kan worden dat een verzekeraar in staat is om een uit hoofde van een voorlopige voorziening betaald bedrag terug te betalen. Het *eerste onderdeel* van de *subsidaire*

vordering hield in dat de lijfrentetermijnen door BV 2 aan eiser zouden moeten worden betaald. Ten aanzien van deze vordering zou BV 2 wèl het insolventierisico van eiser lopen. BV 2 zou hierop hebben kunnen wijzen. Voor het *tweede onderdeel* van eisers *subsidaire* vordering geldt ten aanzien van het insolventierisico wat ik hiervoor met betrekking tot de primaire vordering schreef.

BV 2 heeft het kennelijk niet nodig gevonden om op dit processuele aspect te wijzen. Mogelijk had BV 2 ingeschat dat de zaak zonder meer op basis van de aangevoerde argumentatie zou worden gewonnen! Opmerkelijk is nog dat eiser een dwangsom vorderde voor het geval BV 2 niet aan een eventueel veroordelend vonnis zou voldoen. De rechter kan niet tot betaling van een dwangsom veroordelen wanneer betaling van een geldsom wordt gevorderd (art. 611a, lid 1 Rv.). De vordering tot betaling van een dwangsom zou niet kunnen zijn toegewezen voorzover een veroordelend vonnis BV 2 zou hebben verplicht om betalingen aan eiser zelf te verrichten. Aan de veroordeling tot afstorting van de lijfrente bij een verzekeraar zou wèl een dwangsom kunnen zijn verbonden omdat het de betaling van een geldsom aan een derde betreft (Benelux Gerechtshof 9 april 1981, NJ 1982, 190 en HofAmsterdam 16 maart 1989, NJ 1990, 13).

6. De EG-richtlijn overgang van ondernemingen

De uitzondering voor pensioen en de daaruit voortvloeiende in de tijd onbeperkte hoofdelijkheid in de Nederlandse implementatiewetgeving vinden hun grondslag in art. 3, lid 3 van de hiervoor aangeduide EG-richtlijn. De implementatiewetgeving sluit niet naadloos aan bij deze richtlijn. De uitzondering voor pensioen in de Richtlijn heeft (voorzover relevant) betrekking op:

'ouderdomsuitkeringen ... of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorziening welke bestaan naast de wettelijke stelsels van sociale zekerheid van de Lid-Staten'.

Om twee redenen zou de hiervoor geciteerde bepaling uit de EG-richtlijn eiser niet verder hebben geholpen. De *eerste* reden is dat de EG-richtlijn horizontale werking mist (Rechtbank Amsterdam 14 december 1994/14; besproken door W.P.M. Thijssen in Arbeidsrecht februari 1995, blz. 13-15). De *tweede* reden is dat wel aangenomen kan worden dat de lijfrenteverplichting uit de stamrechtovereenkomst niet als een ouderdomsuitkering respectievelijk een uitkering aan nagelaten betrekkingen als bedoeld in art. 3, lid 3 van de Richtlijn kan worden beschouwd, ook weer omdat de stamrechtovereenkomst niet tot stand gekomen is in het kader van de door eiser met BV 1 gesloten arbeidsovereenkomst.

7. De richtlijn overgang van ondernemingen en de Nederlandse implementatiewetgeving

Art. 7A:1639aa BW en volgende zijn als implementatiewetgeving te beschouwen van de 'Richtlijn van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan' (RL 77/187/EEG; Pb EG L 61 van 15 maart 1971, blz. 26).

Overigens treft men een deel van de implementatiewetgeving buiten het BW aan, te weten in art. 14a Wet op de CAO en art. 2a van de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van CAO's. Art. 7A:1639bb BW is van toepassing in de situatie waarin de onderneming die door de één wordt gedreven aan een ander wordt overgedragen. De rechten en verplichtingen uit hoofde van de door de vervreemder gesloten arbeidsovereenkomsten gaan in dat geval van rechtswege over op de verkrijger. De firmanten van een vennootschap onder firma zijn niet op basis van een arbeidsovereenkomst bij die firma werkzaam. De verplichtingen van BV 1 uit hoofde van de stamrechtovereenkomst zijn dan ook niet in het kader van het omzetten van de vennootschap onder firma in BV 1 op BV 1 overgegaan, maar vinden hun grond in de rechtsverhouding (waarschijnlijk een overeenkomst tussen de firmanten) die tot de omzetting heeft geleid. Dat is de reden waarom de

arbeidsovereenkomst die eiser met BV 1 aanging losstaat van het feit dat BV 1 de lijfrenteverplichting jegens hem aanging.

Omdat de lijfrenteverplichting van BV 1 losstond van de arbeidsovereenkomst die eiser met BV 1 was aangegaan, ging de lijfrenteverplichting niet van BV 1 over op BV 2 in het kader van de activa-transactie.

Aan toepassing van de voor pensioen geldende uitzonderingsbepaling kon de rechter niet meer toekomen. Ervan uitgaande dat eiser veronderstelde dat BV 1 niet meer in staat zou zijn om na de activa-overdracht aan de lijfrenteverplichting te voldoen, begrijp ik het beroep op de uitzonderingsbepaling niet goed. Eiser legde aan zijn vordering ten grondslag dat de lijfrenteverplichting die BV 1 ten opzichte van hem op zich had genomen onderdeel uitmaakte van de tussen hem en BV 1 gesloten arbeidsovereenkomst. Zou eiser de toevoeging dat de lijfrenteverplichting was gebaseerd op een pensioentoezegging als bedoeld in art. 7A:1639cc, lid 1 BW achterwege hebben gelaten, dan zou deze verplichting in eisers zienswijze van rechtswege van BV 1 op BV 2 zijn overgegaan op grond van het bepaalde in art. 7A:1639bb BW. In dat geval zou uitsluitend van BV 2 nakoming van de lijfrenteverplichtingen kunnen worden gevorderd. Om toepasselijkheid van de in de tijd onbeperkte hoofdelijkheid van art. 7A:1639cc, lid 2 BW te kunnen construeren, moest niet alleen worden verondersteld dat de lijfrenteverplichting onderdeel van de tussen BV 1 en eiser gesloten arbeidsovereenkomst uitmaakte. Tevens moest worden gesteld dat het een pensioentoezegging als bedoeld in art. 2, lid 1 PSW betrof, en verder dat de daar opgenomen waarborgverplichting niet op de lijfrenteverplichting van toepassing was. Ik kan eisers stellingname slechts verklaren door aan te nemen dat eiser aansprakelijkheid van BV 1 voor de nakoming van de lijfrenteverplichting niet wilde uitsluiten. Hiervoor werd echter al geconstateerd dat eiser BV 2 aansprak omdat hij zou veronderstellen dat BV 1 niet meer over voldoende financiële middelen zou beschikken om de lijfrenteverplichting te kunnen nakomen. De gevolgde strategie brengt mee dat eiser in een eventuele bodemprocedure niet alleen BV 2, maar ook BV 1 zou hebben kunnen aanspreken.

8. Een lek in de Nederlandse wetgeving?

Omdat geen hoger beroep is ingesteld moet als vaststaand worden aangenomen dat de lijfrenteverplichting die BV 1 op zich heeft genomen geen betrekking had op de door BV 1 met eiser gesloten arbeidsovereenkomst. Deze verplichting bleef achter bij BV 1 nadat BV 1 de activa-transactie aanging met BV 2. Het gevolg voor eiser is dat de nakoming van de lijfrenteverplichting die BV 1 ten opzichte van hem op zich had genomen, niet was gewaarborgd nadat BV 1 de activa-transactie met BV 2 aanging. In het algemeen geldt dat onder omstandigheden door ondernemingen als bedoeld in art. 7A:1639aa, lid 1 BW aan verplichtingen jegens crediteuren kan worden ontkomen door de activa van de onderneming over te dragen. De vraag rijst of dit wel een wenselijke situatie is, of dat moet worden aangenomen dat er sprake is van een lek in de wetgeving dat zou moeten worden gedicht. Het gaat in het kader van deze annotatie te ver om hier nader op in te gaan.

W.P.M. Thijssen