

## Verplichting pensioenvoorziening te creëren op de grondslag van het 'goed werkgeverschap' van art. 7:611 BW.

Ktr. Leiden 25-03-1998, 45130/97.4119 MC, m.nt. mr. W.P.M. Thijssen

|               |                                   |
|---------------|-----------------------------------|
| Instantie     | Kantonrechter Leiden              |
| Datum         | 25 maart 1998                     |
| Zaaknummer    | 45130/97.4119 MC                  |
| Noot          | mr. W.P.M. Thijssen               |
| Vakgebied(en) | Verzekeringsrecht / Pensioenrecht |

## Essentie

Verplichting pensioenvoorziening te creëren op de grondslag van het 'goed werkgeverschap' van art. 7:611 BW.

## Samenvatting

*Verplichting pensioenvoorziening te creëren op de grondslag van het 'goed werkgeverschap' van art. 7:611 BW.*

## Uitspraak

### VONNIS

in de zaak van

Jacoba Johannes Souverijn-Timmermans, wonende te Katwijk, eiseres, gemachtigde mr. M.

Spek,

tegen

de besloten vennootschap W + L Katwijk Beheer BV, gevestigd en kantoorhoudende te Katwijk, gedaagde, gemachtigde prof. dr. E. Lutjens.

### Overwegingen

#### 1. De procedure

De kantonrechter heeft kennis genomen van:

- de dagvaarding d.d. 4 november 1997;
- de conclusie van antwoord;
- de conclusie van repliek;
- de conclusie van dupliek.

## 2. *Het geschil*

Eiseres, Souverijn, vordert dat gedaagde, hierna ook aan te duiden als WLKB, voor haar een pensioenregeling zal treffen met terugwerkende kracht tot 1 januari 1978, subsidiair 17 mei 1990, met nevenvorderingen. WLKB ontkent dat daarvoor enige verplichting op haar rust.

## 3. *De beoordeling*

De kantonrechter gaat uit van de volgende feiten.

Souverijn is op 1 januari 1978 als boekhoudster in dienst getreden van de besloten vennootschap W&L Speciaaldruk BV, dat een zeefdrukbedrijf uitoefende. In 1982 is dit bedrijf lid geworden van het Koninklijk Verbond van Grafische Ondernemingen. Het technisch personeel is toen in een pensioenregeling opgenomen als voorzien in de toepasselijke CAO voor Grafische Ondernemingen. In 1984 is de onderneming gereorganiseerd, Souverijn stelt dat zij in dienst 'kwam' van gedaagde, de moedermaatschappij. Deze voert de administratie voor drie dochterbedrijven, te weten een zeefdrukbedrijf, een bedrijf dat transfers vervaardigt en een technische handelsonderneming in grafische apparatuur. Uit de woorden van de heren Van Latum en Van der Klugt, zoals opgetekend in het in zoverre niet inhoudelijk bestreden verslag van de zitting van de Commissie Gelijke Behandeling van 27 juni 1995 (productie 2 bij repliek) maakt de kantonrechter echter op dat de oorspronkelijke vennootschap, W&L Speciaaldruk BV, een statutenwijziging heeft ondergaan waarbij de naam in die van gedaagde is gewijzigd en het statutaire doel in dat van beheersmaatschappij, terwijl de zeefdrukkerij in een van de nieuw opgerichte dochtervennootschappen is ondergebracht. Souverijn is in dat geval dus sedert 1978 altijd bij dezelfde rechtspersoon in dienst gebleven.

Souverijn's zorg voor haar oudedagsvoorziening is herhaaldelijk onderwerp van overleg tussen partijen geweest. Daarvan staat tenminste vast, dat gedaagdes directeur A. van Laatum (op briefpapier van 'Wouters en Van Laatum Zeefdruk BV') in 1987 reeds aan de Stichting Grafische Bedrijfsfondsen heeft verzocht om Souverijn op vrijwillige basis te laten toetreden tot de grafische fondsen, hetgeen toen echter niet mogelijk zou zijn geweest. In 1990 heeft de heer Van Laatum in een brief aan de vakbondsvertegenwoordiger van Souverijn nogmaals zijn bereidheid uitgesproken om tot een redelijke en zinvolle oplossing te komen. Tot enige concrete uitvoering is het echter niet gekomen.

Wat er zij van hetgeen door partijen is betoogd met betrekking tot de Grafische CAO (die naar het oordeel van beide partijen niet rechtstreeks op Souverijn van toepassing is), de verplichting van de werkgever tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het al dan niet op juiste feiten gebaseerde oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling daaromtrent, is de kantonrechter van oordeel dat WLKB onder de als voormeld als vaststaand aangenomen feiten en omstandigheden niet als een goed werkgeefster heeft gehandeld door geen enkele pensioenvoorziening voor Souverijn te treffen.

Daarmee is intussen niet gezegd dat de volledige kosten van een ouderdoms- en eventueel nabestaandenpensioen tot het niveau van de gebruikelijke 70% van het laatstverdiende salaris per definitie volledig voor rekening van WLKB moeten komen. Van belang is onder meer wat voor voorziening Souverijn (minimaal) wenst en wat in de branche gebruikelijk is met betrekking tot de verdeling van de premielast tussen werkgever en werknemer. De kantonrechter zal een comparitie van

partijen bevelen voor het inwinnen van inlichtingen omtrent deze aspecten. Van WLKB verwacht de kantonrechter volledige informatie omtrent de voor technisch personeel in de grafische sector geldende pensioenvoorzieningen. Van beide partijen wordt verwacht dat zij zich oriënteren bij bijvoorbeeld levensverzekeringmaatschappijen omtrent de mogelijk te treffen voorzieningen en de kosten daarvan en dat zij daaromtrent concrete informatie ter comparitie meebrengen dan wel, zo mogelijk, een week tevoren aan de rechter en de wederpartij toezenden.

In dit verband verdient nog opmerking dat partijen veel discussiestof hebben aangedragen en dat de zaak niet ontbloot is van principiële kanten. Wanneer partijen ten minste in overweging willen nemen dat de vele tienduizenden guldens, die het ten gronde uitprocederen van die kwesties kan gaan kosten, wellicht beter kunnen worden benut om het financiële oude-dagsprobleem van Souverijn concreet te verzachten, dan is de comparitie zinvol; willen zij de zaak echter principieel uitvechten (en is Souverijn bereid zich daarvoor als 'proefkonijn' op te werpen; het tijdsverloop werkt immers in haar nadeel) dan kunnen zij natuurlijk ook in hoger beroep gaan; deze kantonrechter vleit zich niet de hoogste wijsheid omtrent hetgeen partijen betoogd hebben in pacht te hebben.

## Beslissing

De kantonrechter:

— alvorens verder te beslissen:

— beveelt partijen (desgewenst vergezeld van hun gemachtigden) voor hem te verschijnen ter terechtzitting van 12 mei 1998 te 9.45 uur in het kantongerechtsgebouw, Rapenburg 19 te Leiden, zulks voor het verstrekken van nadere informatie en opdat een minnelijke regeling tussen hen kan worden beproefd.

## Noot

**Auteur:** mr. W.P.M. Thijssen

1. Een op het eerste gezicht revolutionaire uitspraak van de Kantonrechter Leiden! De kantonrechter oordeelde dat het 'goed werkgeverschap' van artikel 7:611 BW als op zichzelf staande rechtsgrond de werkgever verplichtte een pensioenvoorziening voor de werkneemster te treffen. De kantonrechter relativeerde de reikwijdte van zijn oordeel door dit uitdrukkelijk in verband te brengen met de feitelijke omstandigheden waarin de werkneemster verkeerde.

1.a. Als rechtsgrond voor de veronderstelde verplichting van de werkgever een pensioenvoorziening te treffen, werd impliciet een beroep gedaan op de verplichting van werkgevers om mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid gelijk te belonen (zie artikel 119 EG-Verdrag en de artikelen 7:646-648 BW). In dit verband verdient aandacht dat de verplichting voor een werkgever om mannelijke en vrouwelijke werknemers bij het treffen van pensioenvoorzieningen gelijk te behandelen niet uit het 'goed werkgeverschap' voortvloeit (Kantonrechter Rotterdam 27 februari 1989, Prg. 1989, 3095). De kantonrechter overwoog dat artikel 7:611 BW in de door hem te berechten feitelijke situatie als zelfstandige bron van verbintenissen de werkgever verplichtte de gevorderde pensioenvoorziening voor werkneemster te treffen. Uit (weliswaar oude) jurisprudentie (Rechtbank 's-Gravenhage 8 mei 1923, NJ 1924, blz. 25-26) volgt dat artikel 7:611 BW niet meer geldt na beëindiging van een arbeidsovereenkomst zodat het 'goed werkgeverschap' geen postcontractuele verplichting voor een werkgever genereert een pensioenvoorziening te treffen. Onjuist is de stelling dat uit het vonnis van

1923 zou volgen dat het 'goed werkgeverschap' een werkgever niet verplicht tot het verzekeren van pensioen ten behoeve van zijn werknemers. De reikwijdte van het vonnis uit 1923 is uitdrukkelijk beperkt tot de periode na beëindiging van de arbeidsovereenkomst (vgl. aant. 3.7 bij artikel 7:611 BW in Arbeidsovereenkomst, Losbl. ed. Kluwer, suppl. 168). Aan het oordeel van de Kantonrechter Leiden ligt (mogelijk impliciet) het oordeel ten grondslag dat het 'goed werkgeverschap' tijdens dienstverband de werkgever wél deze verplichting kan opleggen. Op zichzelf is de uitspraak van de kantonrechter daarom niet strijdig met het aangehaalde vonnis uit 1923. Waarschijnlijk geeft het vonnis uit 1923 nog steeds het geldende recht weer. Uit de schaarse rechtspraak blijkt dat de postcontractuele werking van de redelijkheid en billijkheid, althans tot de invoering van het huidige BW per 1 januari 1992, zeker niet algemeen was aanvaard (HR 2 december 1983, NJ 1984, 583; vgl. P. Abas, Postcontractuele verplichtingen, WPNR 1972, blz. 266 en 268 en G.J. Scholten, Grondslag en bronnen van verbintenissen, Monografieën Nieuw BW, Kluwer, 1983, blz. 6263). Sinds 1992 tekent zich op dit punt het begin van een kentering af (zie HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257, in het bijzonder blz. 989, r.k. waaruit deze kentering blijkt ten opzichte van HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441; in dezelfde zin P.A. Stein in zijn noot onder HR 24 oktober 1997, NJ 1998, blz. 991, l.k.).

1.b. Uit het (ook oude) Reuchlin-arrest (Hof 's-Gravenhage 6 mei 1926, W 11 507) en latere jurisprudentie (HR 27 juni 1947, NJ 1948, 97; HR 24 juni 1953, NJ 1953, 645 en HR 15 januari 1971, NJ 1971, 187) blijkt dat de verplichting van een werkgever tot uitkering van pensioen onder omstandigheden op een natuurlijke verbintenis kan rusten (artikel 6:3 BW; vgl. B. Wessels, Natuurlijke verbintenissen, 1988, blz. 232-236). De uitspraak van de Kantonrechter Leiden gaat nog veel verder omdat de werkgever weigerde een pensioenvoorziening voor werkneemster te treffen. Van het 'onverplicht' toekennen van een pensioenvoorziening (op grond van een dwingende verplichting van moraal en fatsoen) was juist geen sprake!

1. c. Kantonrechter Venlo 5 juli 1995, te kennen uit Rechtbank Roermond 21 november 1996, PJ 1997/9, oordeelde dat het 'goed werkgeverschap' meebracht dat de ex-werknemer, die de pensioenregeling van zijn ex-werkgever vrijwillig voortzet, recht heeft op overeenkomstige indexering van zijn opgebouwde pensioen als gepensioneerden en slapers (vgl. artikel 8, leden 7 en 8, PSW). In appèl werd de kantonrechter onbevoegd verklaard en de zaak doorverwezen naar het Hof 's-Hertogenbosch. In zijn noot merkt W.F.E. Klaassen op dat het te ver gaat aan te nemen dat het 'goed werkgeverschap' zelfstandig als bron van een verplichting tot indexering van pensioen kan fungeren (PJ 1997, blz. 60-61). Ook Tulfer is deze mening toegedaan (P.M. Tulfer, Pensioenen, fondsen en verzekeraars, 1997, blz. 332). Ik sluit mij bij deze auteurs aan.

2. In Nederland kunnen pensioenvoorzieningen uit drie lagen bestaan (o.a. G.J.B. Diet-vorst, De drie pijlers van toekomstvoorzieningen en belastingen, 1994, blz. 540). De *eerste* laag (de bodemvoorziening) is gebaseerd op wetgeving (de AOW, de ANW en de AAW/WAO). De *tweede* laag wordt gevormd door de aanvullende pensioenvoorzieningen zoals die bij de overheid en binnen het bedrijfsleven gelden. Deze voorzieningen komen in het arbeidsvoorwaardenoverleg tot stand. De *derde* laag bestaat uit de door individuen getroffen privé-voorzieningen (zoals lijfrenteverzekeringen waarvoor fiscale lijfrentepremieaftrek kan worden genoten; artikel 45 Wet op de inkomstenbelasting 1964).

2.a. Het systeem van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) is dat de daarin opgenomen verplichtingen gelden voor een werkgever die een toezegging omtrent pensioen doet. De PSW verplicht niet tot het doen van een toezegging (artikel 2, eerste lid, PSW; vgl. de nota 'Aanvullende pensioenen' van 25 juni 1991, TK 1990-1991, 22 167, nr. 2, blz. 25-28). Uitsluitend binnen bepaalde bedrijfstakken, bij bepaalde beroepsgroepen en andere sectoren (overheid) komt feitelijk een pensioenplicht voor. Ik doel op de verplicht gestelde bedrijfspensioenfondsen, de verplicht gestelde

beroepspensioenregelingen en op de wet gebaseerde pensioenregelingen zoals die uitgevoerd door het ABP.

2.b. In de meest vergaande interpretatie zou uit het vonnis van de Kantonrechter Leiden een algemene pensioenplicht kunnen worden afgeleid gebaseerd op het 'goed werkgeverschap'. Het is overigens maar de vraag of de reikwijdte van het vonnis zo verstrekkend is, omdat de kantonrechter de 'pensioenplicht' voor de werkgever aannam op basis van de feiten en omstandigheden van de individuele situatie die aan de orde was. Overigens is de kantonrechter zich van de mogelijk verstrekkende gevolgen van zijn vonnis bewust. Hij rept immers zelf van de 'principiële kanten' van de zaak. De kantonrechter is zich bewust van de mogelijkheid dat zijn vonnis in appèl (of cassatie) zal sneuvelen gezien zijn overweging dat hij niet over de 'hoogste wijsheid' beschikt om een oordeel te vellen.

3. Bij de overgang van een onderneming als bedoeld in artikel 7:662, aanhef en onder b, BW geldt dat de rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten tussen werkgever en werknemers die werkzaam zijn binnen de onderneming die wordt overgedragen van rechtswege overgaan op de verkrijger (artikel 7:663 BW). Een uitzondering geldt voor pensioenvoorzieningen die zijn gebaseerd op een toezegging omtrent pensioen waarbij het gaat om 'pensioen' als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, PSW. In de praktijk betekent dit dat pensioenbreuk kan ontstaan, omdat de pensioenopbouw voor de toekomst niet hoeft te worden voortgezet en daarnaast omdat (indien de verkrijger de verplichting op zich neemt de pensioenopbouw voor de toekomst voort te zetten) geen pensioen wordt opgebouwd over verhogingen van de pensioengrondslag na de datum van overgang met betrekking tot diensttijd, die bij de vervreemder werd doorgebracht.

3.a. De wettelijke regeling van artikel 7:662-7:666 berust op een EG-richtlijn (Richtlijn van de Raad van de EG van 14 februari 1977, PbEG 5 maart 1977, nr. L 61/26; het voorstel van de commissie voor een gewijzigde Richtlijn van 8 september 1994, PbEG 1 oktober 1994, nr. C 274/10 bevat op het punt van 'pensioenen' geen wijzigingen). Achtergrond van de uitzondering voor pensioenvoorzieningen is mogelijk dat de Europese wetgever het niet aandurfde een uniforme regeling te treffen gezien het feit dat de pensioenwetgeving van de EG-lidstaten onderling zeer sterk afwijkend is. Verder speelde mogelijk een rol dat de situatie van overgang zich destijds vaak voordeed wanneer het (met name in financieel opzicht) slecht ging met de over te dragen onderneming. De Europese wetgever wilde waarschijnlijk voorkomen dat een overgang zou afketsen op de pensioenlasten.

3.b. De vraag rijst of op de vervreemder een resultaatsverplichting of een inspanningsverplichting rust zorg te dragen dat de verkrijger de bij de vervreemder geldende pensioenvoorziening (ten minste gelijkwaardig) voortzet en of daarbij tevens de bij de vervreemder doorgebrachte diensttijd in aanmerking moet worden genomen. Jurisprudentie is mij niet bekend. Lutjens stelde in 1989 dat de 'maatschappelijke werkelijkheid' meebrengt dat werkgevers juridisch en feitelijk vaak gehouden zijn een pensioenvoorziening te treffen op grond van de uitkomst van het arbeidsvoorwaardenoverleg (E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, 1989, blz. 31). Reinking stelt dat de verkrijger de pensioenregeling, die bij de vervreemder gold, dient voort te zetten indien de vervreemder met de overname beoogt de eigen positie te versterken (P.A.Ch. Reinking, Pensioenrechten bij overgang van een onderneming, Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken 1996, blz. 120). Banz is van mening dat het 'goed werkgeverschap' de verkrijger zou moeten gebieden een 'vergelijkbare pensioenregeling' aan te bieden (J.C. Banz, Enige pensioenrechtelijke beschouwingen bij fusie en overname, TVVS 1995-2, blz. 35-36). Lutjens stelde in 1991 dat de vervreemder op grond van het 'goed werkgeverschap' gehouden kan zijn de pensioenregeling, die bij de vervreemder gold, voort te zetten, omdat de vervreemder met de bestaanszekerheid van de overkomende werknemers rekening moet houden (E. Lutjens, Rechten en plichten bij uittrekking, Publicatie nr. 1 van de Vereniging voor Pensioenrecht, 1991, blz. 18). Tulfer acht

het uitsluiten van de werknemers die in verband met de overgang van een onderneming in dienst komen van de bij de verkrijger geldende pensioenregeling, niet per se strijdig met het 'goed werkgeverschap' (Tulfer, a.w., blz. 421).

3. c. Ik bepleit dat de vervreemder tot het toezeggen van een minstens gelijkwaardige pensioenregeling, zoals die bij de vervreemder gold, verplicht kan zijn in de situatie waarin op 'going concern'-basis wordt overgenomen. Overigens is dan niet het 'goed werkgeverschap' als wel de (strekking van) de overeenkomst, die aan de overgang ten grondslag ligt, de grondslag voor de verplichting van de vervreemder tot het creëren van een minstens gelijkwaardige pensioenregeling. Aan het 'goed werkgeverschap' kan in dit geval worden getoetst of de werkgever, gezien het geschetste criterium in redelijkheid kan afzien van het creëren van een dergelijke voorziening (marginale toetsing). De pendant van deze toets is of de werknemer uit hoofde van het 'goed werkgeverschap' moet dulden dat voor hem bij de vervreemder géén pensioenvoorziening zal gelden.

4. Uit het vonnis van de kantonrechter blijkt niet uitdrukkelijk op welke grondslag de vordering is gebaseerd. Gezien het feit dat gevorderd wordt een pensioenvoorziening te treffen met terugwerkende kracht tot 1 januari 1978, subsidiair tot 17 mei 1990, lijkt het erop dat artikel 119 EG-Verdrag de rechtsgrond voor het gevorderde is. De relevante jurisprudentie is in dit tijdschrift gepubliceerd en geannoteerd. Ik verwijs naar PJ 1995/42, 43, 61 en 62; PJ 1996/64 en 70; PJ 1997/22 en 39; PJ 1998/10 en 17 die zijn te beschouwen als 'vervolgjuris-prudentie' op de '28 september 1994'-arresten van het Hof van Justitie van de EG (met name de zaken 'Vroege' en 'Fisscher' (Jur. 1994, I, 4541-4581 respectievelijk Jur. 1994, I, 45834603). Omdat in het vonnis van de kantonrechter in het geheel niet inhoudelijk op deze grondslag wordt ingegaan, ga ik op dit aspect van de zaak in deze noot niet verder in, mede omdat de weergave van de feiten in het vonnis te summier is om de positie van de werkneemster aan de hand van het objectieve recht te kunnen bepalen.

5. Het vonnis van de Kantonrechter Leiden is een zogenaamd 'tussenvonnis' waarbij een comparitie van partijen (artikel 19-19a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) werd gelast. Doel van een dergelijke zitting is dat de rechter zich door partijen kan laten informeren over de zaak en een schikking kan bewerkstelligen. Overigens valt tussen de regels te lezen dat de kantonrechter werkgever en werkneemster een schikking wilde laten treffen waarbij door de werkgever een behoorlijke concessie zou moeten worden gedaan. Gezien de moeilijke positie waarin de kantonrechter de werkgever manoeuvreerde en het controversiële karakter van het vonnis zou het instellen van appèl voor de werkgever raadzaam kunnen zijn (geweest?). Onder druk van een (tijdrovend) appèl met een mogelijk voor de werkneemster minder gunstige uitkomst zou een voor de werkgever relatief gunstige schikking kunnen worden (of zijn?) bereikt. De (pensioen)rechtspraak ziet overigens reikhalzend uit naar toetsing van het vonnis door de HR!<sup>[1]</sup>

W.P.M. Thijssen

Voetnoten

[1]

Inmiddels werd bekend dat hoger beroep is ingesteld tegen deze uitspraak.