

# ECLI:NL:RBAMS:2021:4741

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	05-08-2021
Datum publicatie	12-10-2021
Zaaknummer	C/13/704064 / FT RK 21.587
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Beschikking
Inhoudsindicatie	Vonnis aanhouding homologatie akkoord in een Whoa procedure om partijen een akte te laten nemen over voornemen Rechtbank om prejudiciële vraag te stellen aan Hoge Raad.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### Rechtbank AMSTErDAM

Team insolventie

### verzoek homologatie ex artikel 383 Faillissementswet (Fw)

rekestnummer: C/13/704064 / FT RK 21.587

uitspraakdatum: 5 augustus 2021

vonnis op het ingekomen verzoekschrift ex artikel 383 Fw van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**[verzoekster]** ,

statutair gevestigd te [vestigingsplaats] ,

verzoekster,

advocaat mr. E. Walinga, kantoorhoudende te Amsterdam,

hierna te noemen: verzoekster.

### 1 De procedure

- 1.1. Verzoekster heeft op 4 januari 2021 een startverklaring ex artikel 370 lid 3 Fw ter griffie gedeponereerd en bij verzoekschrift van 11 maart 2021 verzocht een afkoelingsperiode ex artikel 376 Fw te gelasten voor een periode van twee maanden. Verzoekster heeft voorts verzocht om ex artikel 378 Fw over de door haar gehanteerde klassenindeling een uitspraak te doen.
- 1.2. Bij beschikking van 29 maart 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden. In deze beschikking heeft de rechtbank de beslissing op het verzoek ex artikel 378 Fw aangehouden. Bij beschikking van 30 april 2021 heeft de rechtbank het verzoek ex artikel 378 Fw toegewezen en bepaald dat de vordering van de gemeente Amsterdam als concurrent zal worden aangemerkt.
- 1.3. Bij beschikking van 3 juni 2021 heeft de rechtbank het verzoek ex artikel 376 lid 5 Fw toegewezen en de bij beschikking van 29 maart 2021 gegeven afkoelingsperiode met een periode van twee maanden verlengd.
- 1.4. Vervolgens heeft verzoekster op 29 juni 2021 een verzoek tot homologatie van een akkoord inclusief bijlagen ex artikel 383 Fw ter griffie van deze rechtbank ingediend. Tegelijkertijd heeft verzoekster bijbehorend stemverslag als bedoeld in artikel 382 Fw gedeponereerd.
- 1.5. Bij beschikking van 29 juni 2021 heeft de rechtbank bepaald dat zij het verzoekschrift strekkende tot homologatie van het akkoord zal behandelen op 8 juli 2021 om 10:00 uur. Voorts heeft de rechtbank bepaald dat verzoekster op grond van artikel 383 lid 5 Fw de stemgerechtigde schuldeisers onverwijld in kennis stelt van deze dagbepaling.
- 1.6. Mr. E. Walinga heeft de schuldeisers tijdig in kennis gesteld van voornoemde beschikking.
- 1.7. Het verzoek is op 8 juli 2021 in raadkamer behandeld in aanwezigheid van de heer [naam 1] , (indirect) [functie 1] van verzoekster, bijgestaan door mr. E. Walinga, en de heer [naam 2] , [functie 2] van verzoekster. Namens Stichting [naam stichting] (hierna: [naam stichting] ) zijn verschenen de heren [naam 3] , [functie 3] , en [naam 4] , [functie 4] , bijgestaan door mrs. H.J. Bakker en R.G. Verheij.
- 1.8. Na de behandeling in raadkamer heeft verzoekster de brief waarna zij verwees tijdens de mondelinge behandeling (zie r.o. 2.21) toegestuurd. Ook [naam stichting] heeft na de behandeling in raadkamer, ongevraagd en onaangekondigd, een brief gezonden. De rechtbank heeft geen kennis genomen van de inhoud van deze brief.
- 1.9. De rechtbank heeft de uitspraak bepaald op heden.

## **2 Het verzoek**

- 2.1. Verzoekster verzoekt de rechtbank het door haar op 27 mei 2021 aan haar schuldeisers aangeboden akkoord te homologeren. Ter onderbouwing van haar verzoek heeft verzoekster het volgende aangevoerd.
- 2.2. Verzoekster exploiteert een hotelbedrijf dat feitelijk bestaat uit een tweetal hotels en een aantal (verhuur)appartementen. Naar zijn aard is deze onderneming gericht op het aanbieden van verblijf aan toeristen en/of bezoekers van congressen die in Amsterdam worden gehouden.
- 2.3. De voortdurende COVID-19 maatregelen en reisbeperkingen hebben grote gevolgen voor een onderneming als die van verzoekster. De bezettingsgraad van de door verzoekster geëxploiteerde hotels en appartementen is teruggelopen van ruim 90% naar nihil. De exploitatie over 2020 is, bij

nagenoeg gelijkblijvende kosten, sterk verlieslatend geweest. Deze negatieve exploitatie wordt in het eerste half jaar van 2021 voortgezet en de vooruitzichten voor de periode daarna zijn onzeker, alhoewel op de middellange termijn redelijkerwijs een afbouw van de COVID-19 maatregelen kan worden verwacht. Verzoekster verwacht echter dat eerst vanaf 1 oktober 2021 een begin kan worden gemaakt met het ontvangen van gasten, maar dat het zowel onzeker is als dat het nog geruime tijd zal duren voordat die exploitatie weer op pre-Corona niveau is.

- 2.4. Momenteel is de onderneming van verzoekster in een gedwongen "winterslaap". De omzet is over 2021 teruggevallen naar nihil en alleen de – gereduceerde – personeelskosten en een deel van de vaste lasten kunnen uit de lopende NOW- en TVL regelingen worden betaald. De medewerkers van verzoekster stellen echter alles in het werk om, zodra dat verantwoord is, de locaties te openen.
- 2.5. Bij gelijkblijvende omstandigheden is de continuïteit van verzoekster niet gewaarborgd. Verzoekster verwijst hierbij naar de brief van haar accountant van 26 april 2021 (productie 6 bij het verzoekschrift). Verzoekster verkeert in de toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij niet kan voortgaan met het betalen van haar schulden. Verzoekster biedt daarom een akkoord aan haar schuldeisers aan als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw.
- 2.6. De schuldeisers zijn bij brief van 27 mei 2021 in de gelegenheid gesteld tot en met 9 juni 2021 hun stem uit te brengen. Bij de aanschrijving van [naam stichting] is echter iets misgegaan. [naam stichting] is vervolgens begin juni 2021 aangeschreven. In het akkoord zijn de schuldeisers in vier klassen ingedeeld, namelijk: Preferent; Concurrent I; Concurrent II en Achtergesteld met een beoogd uitkeringspercentage van respectievelijk 17,70%, 8,85%, 20% en 0%. Deze klassenindeling volgt uit het wettelijke stelsel, met inbegrip van de klasse Concurrent II, zijnde de "kleine MBK-ondernemers" aan wie op grond van artikel 374 lid 2 Fw en in afwijking van hun anderszins concurrente positie, tenminste 20% beoogd uitkeringspercentage wordt aangeboden.
- 2.7. Bij genoemde brief van 27 mei 2021 zijn de schuldeisers ex artikel 375 lid 1 Fw de volgende gegevens beschikbaar gesteld:
  1. Brief accountant [naam accountant] , 26 april 2021;
  2. Beschikking rechtbank Amsterdam, 29 maart 2021;
  3. Herstelplan [verzoekster] , april 2021;
  4. Stemformulier;
  5. Resultatenrekening [verzoekster] 2021 (t/m mei);
  6. Lijst van schuldeisers [verzoekster] per 31 mei 2021, vorderingen en klassenindeling;
  7. Jaarrekening [verzoekster] 2020.
- 2.8. Het akkoord zal worden gefinancierd door middel van een cash storting van tenminste € 295.000,= door de bestuurder(s) en aandeelhouder(s) van verzoekster. Zij hebben zich daartoe jegens verzoekster bereid verklaard.
- 2.9. Het akkoord wordt voorts gedaan met inachtneming van het volgende:
  - Alhoewel verhuurder [naam 1] kwalificeert als "kleine MKB-ondernemer" in de zin van artikel 374 lid 2 Fw, stelt hij zichzelf ten opzichte van die schuldeisers van verzoekster achter, door in het kader van dit akkoord te rangschikken als "gewoon concurrent schuldeiser" in de klasse Concurrent I;
  - Verhuurder [naam 1] accepteert een huurkorting van 50% zolang dit noodzakelijk is;
  - Aan de schuldeiser gemeente Amsterdam (belastingen), klasse Concurrent I, is verzocht om haar voorlopige aanslag toeristenbelasting over 2021 in te trekken aangezien i) de onderneming op dit moment in winterslaap is en ii) de definitieve aanslag toeristenbelasting over 2021 eerst na afloop van dit jaar kan worden opgemaakt en verschuldigd wordt;
  - Aan schuldeisers Booking.com en Expedia.com wordt verzocht na uitvoering van het akkoord de

locaties van verzoekster weer beschikbaar te maken voor boekingen op de door Booking.com en Expedia.com gedreven platforms;

- Aan de schuldeiser Beheer van vaste activa Amsterdam wordt aanvullend verzocht om een huurkorting van 50% te accepteren zolang dit noodzakelijk is.

2.10. Verzoekster is een exploitatiemaatschappij zonder materiële activa. In het (hypothetische) geval van een faillissement is de verwachting gerechtvaardigd dat alleen aan de Belastingdienst als preferent schuldeiser een gedeeltelijke uitkering kan worden gedaan. Naast de inventaris, met een getaxeerde executiewaarde van € 26.475,=, zijn er geen activa te vereffenen, zodat met inachtneming van de hoog preferente faillissementskosten, de overige, concurrente schuldeisers van verzoekster redelijkerwijs geen uitkering op hun vorderingen kunnen verwachten.

2.11. Uit het stemverslag blijkt dat alle klassen hebben ingestemd met het akkoord, nu de voorstemmers in alle klassen twee derde vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen hun klasse een stem hebben uitgebracht.

2.12. Verzoekster is van mening dat geen sprake is van één of meer van de afwijzingsgronden als bedoeld in artikel 384 lid 2 Fw.

2.13. In reactie op het verzoek van [naam stichting] de homologatie af te wijzen voert verzoekster het volgende aan.

2.14. Allereerst stelt zij dat op grond van artikel 383 lid 9 Fw het recht van [naam stichting] zich te beroepen op één van de afwijzingsgronden van artikel 384 leden 3 en 4 is komen te vervallen, omdat [naam stichting] niet eerder dan bij de stemming haar bezwaren kenbaar heeft gemaakt.

2.15. Vervolgens voert verzoekster aan dat het duidelijk is dat [naam stichting] geen werknemer is van verzoekster. Niettemin beroept [naam stichting] zich op de uitzondering van artikel 369 lid 4 Fw in die zin dat haar vorderingen jegens verzoekster gelijk zijn te stellen met "*de rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten*". De wet – en de Memorie van Toelichting – heeft het alleen over werknemers, niet over óók (vorderingsrechten van) pensioenfondsen. Het werknemersbegrip moet naar de mening van verzoekster dan ook langs die enge lijn worden uitgelegd: te weten als sec de rechten van werknemers jegens de schuldenaar als werkgever. Die rechten kunnen onder de WHOA niet worden gewijzigd. De WHOA bevat geen regeling tot opzegging van arbeidsovereenkomsten en de (loon)vorderingen van werknemers kunnen – krachtens wetsduiding – niet in een onderhands akkoord worden betrokken.

2.16. Werknemers zijn niet mede-schuldeiser van de vorderingen van [naam stichting] jegens verzoekster en kunnen verzoekster niet tot betaling daarvan aanspreken, noch kan verzoekster bevrijdend op die vorderingen aan haar werknemers betalen. De vorderingsrechten van [naam stichting] jegens verzoekster hebben dan ook maar één schuldeiser: [naam stichting] zelf. Dat vorderingsrecht heeft bovendien een stevige juridische basis in artikel 23 e.v. Pensioenwet en de daarop voortbouwende uitvoeringsregelingen en overeenkomsten en vloeit niet voort uit een arbeidsovereenkomst.

In de context van de WHOA is [naam stichting] niet gelijk te stellen met een werknemer, noch geldt dat voor haar vorderingen jegens verzoekster.

2.17. In de Pensioenwet, noch in de Wet Bpf 2000 is bepaald dat de vorderingen van een pensioenfonds preferent zijn. Bij gebreke aan een wettelijke grondslag, rangschikken de vorderingen van [naam stichting] dan ook als concurrent en heeft verzoekster in het kader van het akkoord [naam stichting] terecht ingedeeld in de klasse concurrente crediteuren.

[naam stichting] verwijst in dit verband herhaaldelijk naar het 'GOM'-arrest (HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 : hierna: GOM-arrest). Dat arrest gaat met name over de rechtsgevolgen

van overgang van onderneming. Daarvan is in dit verband geen sprake. Daarnaast formuleert de Hoge Raad in dit arrest geen algemene regel dat de premievorderingen van een pensioenfonds preferent zouden zijn.

- 2.18. [naam stichting] beroept zich er voorts op dat zij onder het akkoord slechter af is dan in een hypothetisch faillissement van verzoekster. In dat geval zou namelijk (een deel van) haar vorderingen worden betaald door het UWV op grond van de loongarantieregeling. In die redenering wordt echter miskend dat dit geen voldoening is op basis van 'verhaal op het vermogen' van verzoekster (art. 384 lid 4 onder b Fw), maar dat dit een voordeeltje is waarbij een deel van het faillissementspassief ten gunste van [naam stichting] wordt afgewenteld op of gefinancierd door collectieve middelen.
- 2.19. [naam stichting] betoogt dat zij in een aparte klasse had moeten worden ingedeeld. Omdat zij in die klasse tegenstemt, is het akkoord alsdan niet in alle klassen aangenomen. Ook als de vorderingen van [naam stichting] geheel of gedeeltelijk als preferent zouden worden gerangschikt, zou dat geen verschil maken. De (hoger dan [naam stichting] gerangschikte) Belastingdienst heeft met het akkoord ingestemd en het akkoord zou, ook met de vorderingen van [naam stichting] meegerekend, in de betreffende klasse met meer dan twee derde van de stemmen zijn aangenomen.
- 2.20. De vorderingen van [naam stichting] zijn niet gelijk te stellen aan vorderingen van werknemers ex artikel 369 lid 4 Fw. Ook de rechtspositie van [naam stichting] jegens verzoekster is geheel anders dan die van haar werknemers. De vorderingen van [naam stichting] kunnen in beginsel in (de homologatie van) een onderhands akkoord worden betrokken, aldus steeds verzoekster.
- 2.21. De heer [naam 1] heeft tot slot ter zitting verwezen naar een schrijven van de Pensioenfederatie van 29 november 2017 (reactie op internetconsultatie wetsvoorstel homologatie Onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement). Dit schrijven is na de behandeling door mr. Walinga aan de rechtbank gezonden met tevens afschriften aan de raadsliden van [naam stichting] .
- 2.22. Verzoekster verzoekt het akkoord conform het verzoekschrift te homologeren en gelijktijdig het verzoek tot afwijzing van [naam stichting] af te wijzen en te bepalen dat een deel van de proceskosten ten laste van [naam stichting] komt.

### **3 Verzoek tot afwijzing Pensioenfonds**

- 3.1. [naam stichting] heeft – zowel schriftelijk als ter zitting – gemotiveerd verweer gevoerd tegen het onderhavige verzoek. Ter onderbouwing heeft [naam stichting] het volgende aangevoerd.
- 3.2. Het akkoord is begin juni 2021 aan [naam stichting] voorgelegd en met het uitbrengen van haar stem enkele dagen later heeft zij haar bezwaren hiertegen kenbaar gemaakt. [naam stichting] is een bedrijfstakpensioenfonds en verzorgt de pensioenvoorzieningen voor de werknemers in de bedrijfstakken horeca en catering. De grondslag hiervan is gelegen in de verplichtstellingsbeschikking en de Wet Bpf 2000 en vastgelegd in de reglementen en statuten van [naam stichting] .
- 3.3. Verzoekster valt sinds 1 juni 2012 onder de werkingssfeer van de verplichtstellingsbeschikking en is aldus gehouden tot het afdragen van premies aan [naam stichting] te behoeve van haar werknemers.
- 3.4. [naam stichting] wijst op de rol van pensioenfondsen in Nederland en hun maatschappelijke

functie, alsmede de daaruit voortvloeiende verplichtstellingsbeschikking tot verplichte deelname in en aansluiting bij pensioenfondsen ingeval werkgevers activiteiten ontplooiën die vallen onder de werkingssfeer van een verplichtstelling.

3.5. Werknemers in Nederland die onder een bedrijfstak vallen, en in het bijzonder onder de werkingssfeer van de verplichtstelling van [naam stichting] , moeten verplicht deelnemen aan de pensioenregeling en bouwen pensioenaanspraken op bij [naam stichting] . Bij de totstandkoming van de Pensioenwet is het beginsel 'geen premie, wel recht' genormeerd. Dit beginsel houdt in dat de opbouw van pensioenaanspraken niet afhankelijk mag zijn van een eventuele premiebetaling. Daar staat tegenover dat aangesloten werkgevers verplicht de verschuldigde pensioenpremies, dat wil zeggen werkgevers- en werknemersdeel, moeten afdragen. Wanneer dit nagelaten wordt, kan [naam stichting] een dwangbevel op basis van de Wet Bpf 2000 uitvaardigen. Dit is ook één van de overwegingen van de wetgever geweest om het beginsel als uitgangspunt te nemen en te normeren.

Bij niet betaling van de premie moet [naam stichting] handhaven. Aldus is de werknemer voor zijn/haar deel van de premie verplicht tot premieafdracht via de werkgever (door inhouding op zijn/haar loon), maar is hij/zij niet de risicodragers voor het al dan niet afdragen van de premie door de werkgever. Dit ligt – in het onderhavige geval – bij [naam stichting] .

3.6. Gezien dit beginsel rust op de pensioenfondsen de taak om strikt vast te houden aan haar plicht tot inning en handhaving tegenover aangesloten werkgevers. Immers, onbetaalde premies leiden niet tot vermindering van haar pensioenverplichtingen jegens de deelnemende werknemers en komen ten laste van de gezamenlijke middelen van het fonds en daarmee ook ten laste van de deelnemers van [naam stichting] . De premies voor de opbouw van pensioenaanspraken worden uiteindelijk opgebracht door de deelnemers en de aangesloten werkgevers. Als een aangesloten werkgever verzaakt, wentelt zo'n aangesloten werkgever feitelijk zijn ondernemersrisico's, c.q. zijn verplichtingen voortvloeiende uit de pensioenafspraken met zijn werknemers, af op het fonds. Wat nimmer de gedachte is geweest achter dit beginsel. Bij de behandeling van dit beginsel heeft de wetgever opgemerkt dat er situaties denkbaar zijn waarin uitzonderingen zijn gerechtvaardigd om dit beginsel al dan niet toe te passen. De beoordeling daarvan wordt overgelaten aan pensioenfondsen zelf. Het is aan hen om ingeval van een claim waar geen premie tegenover staat af te wegen of er voldoende reden is om van het beginsel af te wijken. In de praktijk passen pensioenfondsen dit beginsel strikt toe. Slechts in evidente gevallen kunnen deelnemers een beroep doen op dit beginsel, waarbij bewijsstukken moeten worden overlegd.

3.7. Wezenlijk is verder dat bij faillissementen de arbeidsovereenkomsten eindigen. Er is sprake van discontinuïteit. De scope van de wanbetalingen jegens [naam stichting] is per definitie beperkt tot het einde van de arbeidsovereenkomst (6 weken na opzegging door de curator, zie artikel 40 Fw). Daarbij speelt ook nog mee dat de overneming van uit de dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij betalingsonmacht als bedoeld in Hoofdstuk IV Werkloosheidswet alleen van toepassing is als de betrokken werknemers zich nadien schriftelijk hebben gemeld bij het UWV. Melden zij zich niet dan kan [naam stichting] geen aanspraak maken op overname van de pensioenpremies door UWV.

3.8. De thans ingevoerde WHOA regeling beoogt juist een continuïteit van de onderneming. De strekking van de regeling is er juist op gericht dat door een schuldsanering de onderneming voort kan blijven bestaan, met al haar werknemers. Blijkens artikel 369 lid 4 Fw is de WHOA immers nadrukkelijk niet van toepassing op de rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar.

3.9. Reeds uit het voorgaande volgt noodzakelijkerwijs dat de WHOA zich niet uit kan strekken tot pensioenpremies. Indien en voor zover dit wel het geval zou zijn, zou aldus het volledige pensioenstelsel in Nederland uitgehold kunnen worden en daarmee in het bijzonder ook de verplichtstelling voor de sectoren horeca en catering en de handhavingsinstrumentaria van de Wet Bpf 2000 die [naam stichting] heeft zonder dat [naam stichting] daar zelf enige invloed op uit kan oefenen. Een onderneming zou immers (theoretisch) om de drie jaar een WHOA traject kunnen

doorlopen. Nu n de verplichtingen van [naam stichting] jegens de werknemers onverkort blijven, zal in de dekking bij [naam stichting] potentieel onbegrensde gaten geschoten worden en worden ondernemersrisico's afgewenteld op deelnemers in pensioenfondsen.

- 3.10. De Pensioenfederatie – en [naam stichting] – hebben kennisgenomen van de WHOA regeling en de wetsgeschiedenis en hebben geconstateerd dat hierin niets expliciet is overwogen ten aanzien van pensioenpremies en concluderen dat dit een bewuste keuze is geweest van de wetgever, nu zonneklaar is dat de vorderingen van pensioenpremies vallen onder de uitzondering van artikel 369 lid 4 Fw. Dit is ook wat [naam stichting] constateert jegens aangesloten werkgevers.
- 3.11. De Pensioenfederatie – en [naam stichting] – verwijzen hierbij naar de parlementaire geschiedenis van de Pensioenwet (Kamerstukken II. 2005-2006 30413 nr. 3: 'De pensioenovereenkomst bevat de afspraken over 'de arbeidsvoorwaarde pensioen, zoals werkgever en werknemer die overeenkomen in het kader van een arbeidsovereenkomst.') en de artikelen 7:663 en 7:664 BW.
- 3.12. De Hoge Raad heeft in zijn uitspraken in het kader van laatstgenoemde artikelen ook weinig mis te verstaan geoordeeld. In 2016 heeft hij immers geoordeeld dat een Bedrijfstakpensioenfonds het vorderingsrecht inzake pensioenpremies kan uitoefenen bij een andere onderneming dan waarmee de originele pensioenuitvoeringsovereenkomst is gesloten indien sprake is van een overgang van onderneming. Dat wil zeggen dat de nieuwe werkgever, ongeacht een overgang van onderneming, ook dan dient te voldoen aan de verplichting de pensioenpremies te voldoen inclusief eventuele achterstanden bij de overdragende werkgever.
- 3.13. Dit laat zien dat de verplichting om pensioenpremies te voldoen gekoppeld is aan de werknemer en niet noodzakelijkerwijs aan een individueel bepaalde werkgever. Ter verduidelijking verwijst [naam stichting] naar het GOM-arrest en meer specifiek naar rechtsoverwegingen 3.10, 3.11 en 3.12, en naar het aan dit arrest voorafgaande arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarin het hof onder rechtsoverwegingen 5.7. - 5.22 een zeer doorwrochte analyse geeft omtrent de kwalificatie van pensioenvorderingen.
- 3.14. Tot slot dient niet uit het oog te worden verloren dat de wetgever ten aanzien van de regeling van overgang van onderneming nadrukkelijk heeft bepaald dat deze niet van toepassing is in geval van faillissement, maar dat deze regeling wel van toepassing is bij surseance van betaling nu deze procedure niet op liquidatie is gericht. Aldus staat vast dat de regeling van overgang van onderneming onverkort van toepassing is bij een WHOA.
- 3.15. Bijdragen die een werkgever op grond van de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verschuldigd is, worden in geval van een faillissement door het UWV overgenomen op grond van artikel 64 lid 1 sub c WW. Uit de tekst van dit artikel blijkt dat de aan een pensioenfonds verschuldigde pensioenpremies worden beschouwd als bedragen die de werkgever *'in verband met de dienstbetrekking aan derden is verschuldigd'*. Ook de Centrale Raad van Beroep (CRvB, 5 september 2012, PJ 2012/182) heeft geoordeeld dat de werkgever gehouden is de pensioenpremie voor de werknemer als deelnemer te voldoen, hetgeen volgt uit artikel 4 Wet Bpf 2000, in samenhang met de statuten en het toepasselijke pensioenreglement van [naam stichting] .
- 3.16. Voorts geldt dat de werknemers wel degelijk geldelijk nadeel kunnen ondervinden door het niet betalen van de door de werkgever verschuldigde pensioenpremies. Dit vanwege de hierboven reeds genoemde regel 'geen premie, wel recht'. In een artikel 64 WW-procedure heeft de CRvB het beroep van het UWV op het ontbreken van geldelijk nadeel verworpen. Een juist oordeel, volgens [naam stichting] , want als verschuldigde premies niet worden geïncasseerd dan komt dit ten laste van de vrije reserve van [naam stichting] en dit kan uiteindelijk leiden tot het korten van pensioenen of het niet of minder indexeren van de pensioenen. Reeds het enkele feit dat het niet volledig betalen van de verschuldigde pensioenpremies de rechten van de werknemers in dienst

van verzoekster aantast, leidt tot de conclusie dat de WHOA niet op de pensioenrechten van toepassing is.

3.17. Verzoekster stelt dat het hier gaat om een vordering van een Pensioenfonds welke niet gelijk is te stellen aan een vordering van een werknemer. Tevens zou volledige voldoening van de vordering niet stroken met de wetssystematiek van de Faillissementswet en in het bijzonder de WHOA. Kennelijk meent verzoekster dat in casu de grondslag van de vordering, namelijk een pensioenuitvoeringsovereenkomst, niet voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst. Dit is volgens [naam stichting] een misslag.

3.18. De grondslag van de vordering van [naam stichting] is gelegen in een Pensioenuitvoeringsovereenkomst tussen [naam stichting] en verzoekster op grond van artikel 1 Pensioenwet. Uit dit artikel blijkt dat een Pensioenuitvoeringsovereenkomst voortvloeit uit een Pensioenovereenkomst die is gesloten tussen werkgever en werknemer, in dit geval verzoekster en haar werknemers. De Pensioenovereenkomst tussen verzoekster en werknemers vloeit aldus direct voort uit een arbeidsovereenkomst. Als verzoekster haar onderneming zou voeren zonder werknemers, zou zij niet met [naam stichting] van doen hebben.

3.19. Verzoekster meent haar vordering te kunnen gronden met een verwijzing naar een toelichting in de T&C op artikel 369 Fw. Auteur R. Van den Sigtenhorst is in zijn bijdrage bij dit artikel een stuk minder stellig dan dat verzoekster meent te mogen stellen. Van den Sigtenhorst stelt zelf nadrukkelijk dat pensioenrechten mogelijk onder het bereik van de WHOA vallen, maar dat het zijns inziens niet aannemelijk zou zijn voor vorderingen van (verplicht gestelde) bedrijfstakpensioenfonds. Van den Sigtenhorst lijkt zich niet bewust van de implicaties en overwegingen in het GOM-arrest. Immers, Van den Sigtenhorst gaat geheel voorbij aan de inhoud van dit arrest in zijn zinsnede dat *'Dit betreft immers geen rechten van de werknemers en deze worden er als uitgangspunt ook niet door aangetast'*.

Voor alle duidelijkheid wijst [naam stichting] op het bepaalde in artikel 7:631 lid 4 BW:

*"voor de nakoming van een beding als bedoeld in lid 3 mag de werkgever de daartoe nodige bedragen op het loon van de werknemer inhouden; hij is alsdan verplicht deze bedragen overeenkomstig het beding ten behoeve van de werknemer te voldoen".*

3.20. Nu sinds het GOM-arrest geen discussie meer bestaat dat de pensioenpremies onlosmakelijk met de arbeidsovereenkomst zijn verbonden, kan geen twijfel bestaan over de toepasselijkheid van artikel 369 lid 4 Fw op pensioenpremies. Dat pensioenpremies niet onder het bereik van de WHOA vallen, past aldus als een handschoen binnen het systeem van de wet.

3.21. Subsidiair stelt [naam stichting] dat de WHOA als uitgangspunt hanteert dat schuldeisers en aandeelhouders met een dwangakkoord niet slechter af mogen zijn dan bij een faillissement (artikel 384 lid 3 Fw). Voor [naam stichting] geldt dat in geval van een faillissement van verzoekster de achterstallige pensioenpremies door het UWV worden overgenomen, voor zover die bedragen betrekking hebben op het jaar onmiddellijk voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Ook voor de werknemers geldt dat in geval van een faillissement de pensioenafspraken en pensioenrechten zijn beschermd, terwijl dit niet het geval is indien pensioenfonds premies niet kunnen incasseren als gevolg van opgelegde dwangakkoorden. Iedere (ex-)deelnemer zal hier nadeel van hebben, want indien de WHOA van toepassing wordt geacht op pensioenvorderingen dan zullen na verzoekster nog vele andere ondernemingen volgen.

3.22. [naam stichting] is het verder oneens met de stelling van verzoekster dat haar vordering een concurrente vordering zou zijn. Verzoekster verwijst daarbij naar een arrest uit 2003 inzake Niehe/Heidinga q.q. (HR 24 januari 2002, ECLI:NL:HR:AF0189). Uit het GOM-arrest volgt echter zonneklaar dat de pensioenpremie volgt uit de arbeidsovereenkomst. Noodzakelijkerwijs is daarmee aan een dergelijke vordering preferentie verbonden. Overigens was reeds voor 2016 al



duidelijk dat sowieso het werknemersdeel, maar – in de visie van [naam stichting] – ook het werkgeversdeel, van niet afgedragen pensioenpremies onder de preferentie van art. 3:288 sub c BW vallen, in ieder geval met terugwerkende kracht tot zeker één jaar, maar ook langer.

- 3.23. Uit het voorgaande blijkt hoe dan ook dat verzoekster [naam stichting] ten onrechte heeft ingedeeld als een concurrente schuldeiser. [naam stichting] meent dat als de pensioenpremies onder de WHOA zouden kunnen vallen, dit in een separate klasse dient te geschieden. Hieruit volgt dat met de tegenstem van [naam stichting] een schuldeisersklasse tegen het akkoordvoorstel heeft gestemd. [naam stichting] meent dan ook dat blijkens het bepaalde in artikel 383 lid 4 Fw een observator dient te worden aangesteld. In het kader van een eventueel faillissement dienen de pre-faillissementsvorderingen van [naam stichting] , zijnde het werknemers- en het werkgeversdeel van de premie, als respectievelijk preferent en concurrent te worden gerangschikt. De preferente vordering van [naam stichting] zal alsdan worden gerangschikt na een eventuele super preferente vordering van de Belastingdienst, en ook in dat geval in een separate klasse moeten worden ingedeeld. In een eventueel faillissement ontvangt [naam stichting] , naast een eventuele uitkering vanuit de boedel, een aanvulling vanuit het UWV ex artikel 64 lid 1 sub c WW. Voor [naam stichting] geldt dat in geval van een faillissement de achterstallige pensioenpremies door het UWV worden overgenomen, voor zover die bedragen betrekking hebben op het jaar onmiddellijk voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst. [naam stichting] is van mening dat deze omstandigheid dient te worden meegewogen in de "no creditors worse off"-test in het kader van het onderhavige verzoek. [naam stichting] is van mening dat zij slechter af is bij toewijzing van het onderhavige verzoek.
- 3.24. Concluderend is [naam stichting] van mening dat er geen enkele onduidelijkheid bestaat dat de WHOA zich niet uitstrekt tot pensioenpremies nu deze zijn te beschouwen als voortvloeiende uit de rechten van de werknemer. Pensioenpremie wordt ingehouden op het loon van de werknemer en is (uitgesteld) loon, althans het werknemersgedeelte van de pensioenpremie. Verder meent [naam stichting] dat de maatschappelijke belangen bij een kwalificatie van pensioenpremies in het kader van de WHOA zeer groot zijn. Het raakt de Verplichtstellingsbeschikkingen van bedrijfstakpensioenfondsen en wet- en regelgeving zoals de Wet Bpf 2000 en daarmee ook de gehele pensioensector. De wetgever heeft bij de totstandkoming van onderhavige wetgeving mogelijk onvoldoende nagedacht over de positie van pensioenfondsen. Indien de rechtbank van mening is dat twijfel kan bestaan dat pensioenpremies eventueel wel onder het bereik van de WHOA kunnen vallen, geeft [naam stichting] de rechtbank nadrukkelijk in overweging om ter zake prejudiciële vragen te stellen. Ondanks het bepaalde in artikel 369 lid 10 Fw is dit namelijk wel degelijk mogelijk.
- 3.25. [naam stichting] heeft de verplichting om pensioenpremies te innen, al dan niet door middel van een betalingsregeling, en zodoende de collectiviteit van haar deelnemers te waarborgen. [naam stichting] betracht hierbij enige coulance echter zij heeft een wettelijk verbod om pensioenpremies prijs te geven of te onderhandelen over de hoogte van de af te dragen premies.
- 3.26. [naam stichting] verzoekt primair om afwijzing van het verzoek tot homologatie van verzoekster en subsidiair te bepalen dat verzoekster de vorderingen van [naam stichting] , althans het werknemersgedeelte van de pensioenpremies, dient te kwalificeren als een preferente vordering en het akkoordvoorstel dienovereenkomstig dient te behandelen, al dan niet met aanstelling van een observator in het WHOA traject.

#### **4 De beoordeling**

- 4.1. In de beschikking van 29 maart 2021 ex artikel 376 Fw en 378 Fw heeft de rechtbank geoordeeld dat haar rechtsmacht toekomt ten aanzien van alle aan de rechtbank voorgelegde kwesties in

verband met het door verzoekster aan haar schuldeisers voor te leggen akkoord. Voorts is daarin vastgesteld dat is gekozen voor een besloten akkoordprocedure buiten faillissement.

- 4.2. Ingevolge artikel 384 lid 1 Fw wijst de rechtbank het verzoek tot homologatie toe, tenzij zich één of meer van de afwijzingsgronden als bedoeld in artikel 384 lid 2 tot en met 5 Fw voordoet.
- 4.3. Voormelde afwijzingsgronden kunnen blijkens de toelichting bij het wetsvoorstel (Kamerstukken II, 20 18-20 19, 35 249, nr. 3, (hierna: MvT), p. 16,) worden onderverdeeld in de algemene afwijzingsgronden (artikel 384 lid 2 Fw) en aanvullende afwijzingsgronden (artikel 384 lid 3 tot en met 5 Fw). De afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw zien (onder meer) op de vraag of verzoekster verkeert in de toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw en het besluitvormingsproces zuiver is geweest en dienen door de rechter ambtshalve te worden getoetst. In dat kader is in ieder geval van belang of (i) alle schuldeisers of aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft naar behoren in kennis zijn gesteld van het akkoord, de gelegenheid hebben gehad hierover hun stem uit te brengen en op de hoogte zijn gebracht van de datum waarop de behandeling van het homologatieverzoek zou plaatsvinden (artikel 384 lid 2 sub b Fw), (ii) de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen toereikend is (artikel 384 lid 2 sub c Fw) en (iii) de schuldeisers en aandeelhouders op een correcte wijze zijn onderverdeeld in klassen en of zij voor het juiste bedrag in hun desbetreffende klasse zijn ingedeeld (artikel 384 lid 2 sub c en d Fw). Indien er door een (tegenstemmende) schuldeiser of aandeelhouder tegen de homologatie bezwaar is gemaakt, vindt er vervolgens een verdere toets van het akkoord door de rechter plaats (artikel 384 lid 3 en 4 Fw).
- 4.4. De rechtbank stelt vast dat verzoekster voldoende aannemelijk heeft gemaakt en gedocumenteerd heeft onderbouwd dat zij verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan. Daarnaast constateert de rechtbank dat het akkoord gedurende een redelijke termijn is voorgelegd aan de stemgerechtigden, dat het aangeboden akkoord voldoet aan de in artikel 375 Fw opgenomen vereisten en de schuldeisers naar behoren in kennis zijn gesteld van de datum van behandeling van het onderhavige verzoek.
- 4.5. Anders dan verzoekster stelt, kan naar het oordeel van de rechtbank [naam stichting] wèl een beroep doen op één van de afwijzingsgronden vermeld in artikel 384 lid 1 en 2 Fw. [naam stichting] heeft enkele dagen nadat haar bekend was geworden dat zij in het akkoord zou worden betrokken en in welke schuldeisersklasse zij was ingedeeld, haar bezwaren kenbaar gemaakt. Dit is binnen bekwame tijd.
- 4.6. De eerste vraag die aan de rechtbank voorligt is of de vordering van [naam stichting] uit achterstallige pensioenpremies meegenomen kan worden in het voorliggende akkoord. Partijen verschillen van mening over de aard en kwalificatie van de vordering van [naam stichting] . Ter discussie staat allereerst of deze vordering valt onder de werking van de WHOA of dat deze op grond van het bepaalde in artikel 369 lid 4 Fw is uitgezonderd.
- 4.7. Verzoekster is van mening dat de vordering van [naam stichting] niet kwalificeert als een vordering bedoeld in lid 4 van artikel 369 Fw aangezien geen sprake is van een – kort samengevat – recht van de werknemer ten aanzien van de werkgever, maar een vordering van [naam stichting] op de werkgever op basis van de Verplichtstellingsbeschikking en de Wet Bpf 2000. De uitzondering in lid 4 ziet slechts op de rechten die de werknemer rechtstreeks kan afdwingen bij de werkgever en dat is met het recht op het afdragen van de pensioenpremie door de werkgever aan [naam stichting] niet het geval.

4.8. [naam stichting] stelt daarentegen – kort samengevat – het volgende. Haar vordering valt onder de uitzondering van artikel 369 lid 4 Fw, omdat het gaat om rechten van werknemers die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Daarmee kan haar vordering op verzoekster niet worden betrokken in een akkoord onder de WHOA. Het niet volledig betalen van de verschuldigde pensioenpremies zou de rechten van de werknemers in dienst van verzoekster aantasten en dit dient te leiden tot de conclusie dat de WHOA niet op de pensioenrechten van toepassing is. Zij verwijst ter ondersteuning van haar standpunt naar het GOM-arrest waarbij geoordeeld is dat de vorderingen uit achterstallige premiebetalingen in geval van overgang van een onderneming mee overgaan op de opvolgende werkgever. In een WHOA akkoord is weliswaar geen sprake van een opvolgende werkgever, maar wel van voortzetting van de onderneming.

4.9. In haar reactie tijdens de consultatie met betrekking tot het wetsontwerp WHOA heeft de Pensioenfederatie zich bij brief van 29 november 2017 op het standpunt gesteld 'dat moet worden voorkomen dat "de goeden onder de kwaden lijden". Zij heeft bepleit dat de handhavingsinstrumenten van de Wet Bpf 2000 moeten blijven gehandhaafd zodat zij (nog steeds) maatregelen kan treffen in het kader van de antimisbruikwetgeving. Verder stelt de Pensioenfederatie in deze reactie het volgende:

"Het 'dwangakkoord' leidt er (waarschijnlijk) toe dat (een deel van) het resterende vorderingsbedrag moet worden kwijtgescholden. De schuld gaat immers voor een deel teniet zodat ook de vordering (deels) vervalt. Voor de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen is het van belang dat een dwangakkoord er niet toe leidt dat zij geen gebruik meer kunnen maken van het handhavingsinstrument van de Wet Bpf 2000 van de hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling van bestuurders. We gaan er van uit dat dit ook niet de bedoeling is van het wetsvoorstel.

(...)

Wij verzoeken u in de wet en/of in de toelichting bij de wet te verduidelijken dat het (gedeeltelijk) vervallen van de premievordering door oplegging van een dwangakkoord de toepassing van de artikelen 22 en 23 van de Wet Bpf 2000 (...) door de bedrijfstakpensioenfondsen niet blokkeert."

4.10. In haar openbare reactie op de internetconsultatie inzake de *Wet Continuïteit Ondernemingen I* (WCO I) van 3 mei 2021 lijkt de Pensioenfederatie op dit standpunt terug te komen en is zij van mening dat deze pensioenpremievorderingen volgen uit de 'rechten van werknemers die volgen uit de arbeidsovereenkomst' zoals genoemd in artikel 369 lid 4 Fw.

4.11. De rechtbank stelt voorop dat de WHOA primair ziet op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. De wet heeft tot doel het reorganiserend vermogen van de ondernemingen te versterken (MvT p. 1). Een akkoord zal veelal gepaard gaan met het verzoek aan de schuldeisers om uitstel van betaling of een gedeeltelijke kwijtschelding van uitstaande vorderingen, dan wel omzetting daarvan in aandelenkapitaal (MvT p. 2), waarna de onderneming weer verder kan gaan op een gezonde basis. Een faillissement kan op deze wijze worden voorkomen.

4.12. De wetgever heeft zich in de toelichting bij de WHOA niet uitgelaten over de vraag of de vordering van een bedrijfstakpensioenfonds in verband met achterstallige pensioenpremie onder de uitzondering van artikel 369 lid 4 Fw valt. In de Memorie van Toelichting is slechts opgenomen "dat het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in de verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers op basis van een arbeidsovereenkomst. Daarvoor dient een specifieke regeling die met de Wet Werk en Zekerheid en de Wet arbeidsmarkt in balans is gestroomlijnd" (MvT p. 31). De rechtspositie van werknemers (onderstreping rechtbank) kan niet worden gewijzigd door een akkoord en blijft dus geborgd (MvT p. 9). De vraag is of de verplichting die de werkgever jegens [naam stichting] heeft uit hoofde van de verplichting om pensioenpremie namens de werknemer (het werknemersdeel) dan wel

namens zichzelf (het werkgeversdeel) af te dragen, valt onder de rechten als bedoeld in lid 4 van dit artikel.

- 4.13. [naam stichting] stelt dat de rechten van de werknemers geraakt worden als zij betrokken wordt in een akkoord. Immers, het systeem van de pensioenfondsen is zo ingericht dat iedere werknemer die deelneemt aan een pensioenregeling aanspraak heeft op een pensioen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Dit recht is evenwel niet gebaseerd op het hebben voldaan van de premie. De opbouw van de aanspraken (de hoogte van het pensioen) is dus niet één op één afhankelijk van een eventuele premiebetaling (door de werkgever). De pensioenfondsen werken immers volgens het principe 'geen premie, wel recht'. Als een pensioenfonds gevraagd wordt in te stemmen met een akkoord heeft dat niet direct gevolgen voor de individuele pensioenaanspraken van de betrokken werknemers van de onderneming, maar komt dat ten laste van de gezamenlijke middelen van het fonds en dus van alle deelnemers.
- 4.14. Anders dan [naam stichting] is de rechtbank dan ook van oordeel dat uit het bovenstaande niet kan worden afgeleid dat de rechtshouders van de werknemers in dienst van de onderneming die het akkoord aanbiedt, wordt gewijzigd. Immers, de rechten die de werknemers hebben jegens de schuldenaar/werkgever en ten opzichte van [naam stichting] uit hoofde van hun pensioenaanspraken wijzigen niet. Maar dat mogelijk sprake is van een (indirecte) wijziging van de (toekomstige) rechten van werknemers nu de werkgever niet de volledige pensioenpremie voldoet waartoe hij conform de arbeidsovereenkomst is gehouden, valt niet uit te sluiten. Gelet op het principe 'geen premie, wel recht' is echter niet vast te stellen of de rechten van de individuele werknemer worden geraakt, indien verzoekster geen afdracht doet van de premie die zij heeft ingehouden op het loon van haar werknemer aan [naam stichting]. Hierbij geldt bovendien dat [naam stichting] niet eenvoudig tot pensioenkorting kan overgaan.
- 4.15. In het GOM-arrest is bepaald dat [naam stichting] bij de opvolgende werkgever alsnog de achterstallige premiebetaling kan vorderen voor zover de werknemers mee overgegaan zijn. Zoals in dit arrest is overwogen, hebben verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst ter zake van pensioen, als bijzonderheid dat daarbij in de regel – net als in onderhavige kwestie – sprake is van een driehoeksverhouding tussen de werknemer, de werkgever en een pensioenuitvoerder als bedoeld in art. 23 lid 1 jo art. 1 Pw. De werkgever is uit hoofde van de pensioenovereenkomst jegens de werknemer verplicht tot premiebetaling aan de pensioenuitvoerder. De pensioenuitvoerder heeft daartegenover een eigen recht jegens de werkgever op betaling van de premie. Uit de wetsgeschiedenis bij de artikelen 7:663 en 7:664 BW blijkt dat de wetgever heeft beoogd het mogelijk te maken dat de verkrijgende werkgever wordt aangesproken voor een achterstand in premiebetaling van de overdragende werkgever. Daarbij is opgemerkt dat de verkrijger met dit aspect bij de onderhandelingen over de overgang van een onderneming rekening dient te houden. Het bedrijfstakpensioenfonds kan het vorderingsrecht dat het ter zake kon uitoefenen jegens de overdragende werkgever, na overgang van de onderneming derhalve op dezelfde voet uitoefenen jegens de verkrijgende werkgever. In dit arrest is duidelijk rekening gehouden met het feit dat bij een overgang van onderneming de overnemende partij de achterstallige premiebetalingen kan meenemen in de prijsonderhandelingen en verdisconteren in de koopprijs. In een situatie als thans voorligt, is hier geen sprake van nu het niet de overgang maar voortzetting betreft van een onderneming door dezelfde ondernemer. Er is geen sprake van onderhandelingen over een koopprijs. Dit steunt de rechtbank in haar gedachte dat deze vordering bij een akkoord wel kan worden meegenomen.
- 4.16. Blijkens de MvT (p. 22) bij de WHOA heeft de wetgever er evenmin voor gekozen om een speciale voorziening voor de Pensioenfondsen te creëren analoog aan die van de Belastingdienst. De Belastingdienst kan betrokken worden in een akkoordprocedure maar wordt niet beperkt in het gebruik van alle hem ten dienste staande fiscale én civiele aansprakelijkheidsbepalingen, waaronder de bestuurdersaansprakelijkheid.
- 4.17. Indien de vraag of de verplichtingen die een werkgever heeft jegens de Pensioenfondsen

kwalificeren als rechten die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst met de werknemer als bedoeld in lid 4 van artikel 369 Fw bevestigend wordt beantwoord, dan lijkt een akkoordprocedure voor ondernemingen met personeel dat deelneemt aan een bedrijfspensioenfonds een lastige weg. Een faillissement lijkt dan het alternatief. Immers, een WHOA akkoord mag alleen aangeboden worden indien sprake is van een toestand waarin redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (art. 370, lid 1 Fw). Dit zal het reorganiserend vermogen van de bedrijven en daarbij de werkgelegenheid niet ten goede komen en dat kan niet de bedoeling zijn. Zoals hier boven al overwogen, is, anders dan bij een overgang van onderneming, bij een WHOA akkoord geen sprake van de doorstart van een (deel van de) onderneming, maar van een voortzetting van de onderneming met al het (nog) aanwezige personeel. De rechtbank ziet hierin aanknopingspunten om de vraag negatief te beantwoorden.

4.18. Anderzijds heeft de rechtbank ook oog voor de positie van de pensioenfondsen die een maatschappelijke taak hebben en die er zorg voor moeten dragen dat zij – ook in de toekomst – hun verplichtingen jegens de deelnemers kunnen nakomen. Het mislopen van premieafdrachten is een last voor hen. De rechtbank overweegt wel dat de hoogte van de pensioenen niet alleen afhankelijk is van de gespaarde premies door de deelnemers aan een pensioenfonds, maar ook van andere omstandigheden. Ook is de rechtbank bekend met het feit dat pensioenfondsen binnen een faillissement een bijzondere positie hebben met betrekking tot de onbetaald gebleven premies tot een jaar voor faillissement.

4.19. De rechtbank heeft een aantal mogelijke aanknopingspunten genoemd voor beantwoording van de vraag, maar acht zich niet (voldoende overtuigend) in staat om thans te beslissen op de vraag of de vordering van [naam stichting] valt onder de uitsluiting als bedoeld in art. 369 lid 4 Fw. Het antwoord op deze vraag is niet alleen van belang voor deze procedure, maar ook voor toekomstige WHOA procedures waarbij pensioenfondsen betrokken zijn. De rechtbank is dan ook van oordeel dat deze kwestie zich leent voor het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en dat is voldaan aan de vereisten van artikel 392 Wetboek van Rechtsvordering (Rv).

4.20. De rechtbank is voornemens de volgende vraag ter beantwoording voor te leggen aan de Hoge Raad bij wijze van prejudiciële beslissing:

Is op grond van artikel 369 lid 4 Fw het in afdeling 2, titel 4 Faillissementswet bepaalde (de WHOA) van toepassing op vorderingen van Stichting Pensioenfonds Horeca en Catering betreffende achterstallige pensioenpremies?

4.21. De rechtbank zal verzoekster en belanghebbenden bij het akkoord op voet van artikel 392 lid 2 Rv in de gelegenheid stellen zich bij akte uit te laten over haar voornemen om de hierboven geformuleerde vraag aan de Hoge Raad voor te leggen en over de inhoud van de vraag.

4.22. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

## 5 De beslissing

De rechtbank:

- stelt verzoekster en belanghebbenden bij het akkoord in de gelegenheid de in rechtsoverweging 4.21. bedoelde akte voor **12 augustus 2021** in te dienen;
- houdt de beslissing op het verzoek ex artikel 383 Fw aan.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.E. de Vos, voorzitter, mr. M.C. Bosch en mr. V.G.T. van Emstede, rechters en in aanwezigheid van F.T.M. Bruning, griffier, in het openbaar uitgesproken op 5 augustus 2021.

De griffier is buiten staat deze beschikking te ondertekenen