

ECLI:NL:PHR:2021:1152

Instantie	Parquet bij de Hoge Raad
Datum conclusie	06-12-2021
Datum publicatie	06-12-2021
Zaaknummer	21/03643
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Prejudiciële vragen Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA). Vallen de vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds bestaande uit achterstallige pensioenpremies, op grond van art. 369 lid 4 Fw – de werknemersuitsluiting – buiten de reikwijdte van de WHOA?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 21/03643

Zitting 6 december 2021

CONCLUSIE

R.H. de Bock

In de zaak

Amstel Hospitality Group B.V.

(hierna: AHG)
advocaat: T.T. van Zanten

tegen

Stichting Pensioenfonds Horeca & Catering
(hierna: het Pensioenfonds)
advocaat: M.E. Bruning

Prejudiciële vragen Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA). Vallen de vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds bestaande uit achterstallige pensioenpremies, op grond van art. 369 lid 4 Fw – de werknemersuitzondering – buiten de reikwijdte van de WHOA?

1 Inleiding

- 1.1 In deze prejudiciële procedure gaat het om de vraag of achterstallige premies voor deelname in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds al dan niet buiten de reikwijdte van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) vallen. Nu bedrijfstakpensioenfondsen in Nederland meer dan 5 miljoen actieve deelnemers hebben,¹ is duidelijk dat deze vraag niet alleen van belang is voor de onderhavige procedure. In de feitenrechtspraak is de vraag ook in andere WHOA-procedures aan de orde gesteld.²
- 1.2 De WHOA voorziet in de mogelijkheid om – buiten faillissement of surseance – een onderhands akkoord tussen enerzijds een onderneming en anderzijds de schuldeisers en aandeelhouders door de rechtbank te laten goedkeuren (homologeren). Daarbij kunnen de vermogensverschaffers, schuldeisers én aandeelhouders, ook tegen hun wil worden gebonden aan de herstructurering. Op grond van art. 369 lid 4 Fw is de WHOA niet van toepassing op *'rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van art. 7:610 BW'*.
- 1.3 De WHOA past in een ontwikkeling waarin het klassieke beeld van het faillissement waarin de curator vermogen bij elkaar schraapt, vereffent en aan de schuldeisers uitdeelt, steeds minder dominant aan het worden is.³ In plaats van deze 'liquidatiegerichtheid' van het faillissementsrecht, is steeds meer sprake een 'reorganisatie-' of 'akkoord'-denken.⁴ Dan wordt het probleem van insolventie 'via de rechterzijde van de balans opgelost', namelijk door een aanpassing van de kapitaalstructuur met additionele maatregelen die kunnen ingrijpen in de lopende kosten.⁵ De WHOA vormt hierin de definitieve doorbraak en is daarmee een van de grootste veranderingen van het Nederlandse insolventierecht uit de afgelopen decennia.⁶ De invoering van de WHOA is in lijn met ontwikkelingen in Europa en elders in de wereld, waar steeds meer nadruk is komen te liggen op een *'business rescue culture'*.⁷ De Europese Herstructureringsrichtlijn van 20 juni 2019 is daarvan een illustratie (zie nader onder 3.22-3.23).⁸
- 1.4 De WHOA is per 1 januari 2021 in werking getreden.⁹ Per die datum is een aantal bepalingen in de Faillissementswet gewijzigd en is daarin een nieuwe afdeling gevoegd: Tweede afdeling 'Homologatie van een onderhands akkoord' in Titel IV 'Buiten faillissement en surseance van betaling'.¹⁰ Deze afdeling bevat een rechtsmiddelenverbod (art. 369 lid 10 Fw), zodat de bemoeienis van de Hoge Raad met WHOA-zaken vooral zal worden ingegeven door prejudiciële vragen en cassatie in het belang der wet.
- 1.5 Dit is de eerste WHOA-zaak die aan de Hoge Raad wordt voorgelegd. Na de weergave van de feiten en het procesverloop (par. 2) zal daarom een algemene inleiding op de WHOA worden gegeven (par. 3). Daarna zal aandacht worden besteed aan de 'werknemersuitzondering' uit art. 369 lid 4 Fw (par. 4). Vervolgens wordt ingegaan op de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en de af te dragen premies (par. 5), gevolgd door enkele opmerkingen

over de verwachte effectiviteit van de WHOA indien achterstallige pensioenpremies niet in het akkoord zouden kunnen worden betrokken (par. 6). Hierna wordt de loongarantieregeling besproken (par. 7).

- 1.6 De conclusie zal zijn dat achterstallige premies die aan bedrijfstakpensioenfondsen verschuldigd zijn, onder de uitzondering van art. 369 lid 4 Fw vallen en daarom niet kunnen worden betrokken in een akkoord (par. 8).

2. Feiten en procesverloop¹¹

- 2.1 AHG exploiteert een hotelbedrijf dat feitelijk bestaat uit twee 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.
- 2.2 AHG is een exploitatiemaatschappij zonder materiële activa.
- 2.3 AHG verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan.
- 2.4 Het Pensioenfonds 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 is vastgelegd in de reglementen en statuten van het Pensioenfonds.
- 2.5 AHG valt sinds 1 juni 2012 onder de werkingssfeer van de verplichtstelling en is gehouden tot het afdragen van premies aan het Pensioenfonds ten behoeve van haar werknemers.
- 2.6 AHG heeft op 4 januari 2021 een startverklaring ex art. 370 lid 3 Fw gedeponneerd bij de griffie van de rechtbank Amsterdam.
- 2.7 Bij verzoekschrift van 11 maart 2021 heeft AHG de rechtbank Amsterdam verzocht om voor een periode van twee maanden een afkoelingsperiode ex art. 376 Fw te gelasten.
- 2.8 De rechtbank Amsterdam heeft bij beschikking van 29 maart 2021¹² een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden. Deze afkoelingsperiode is bij beschikking van 3 juni 2021¹³ verlengd met een periode van twee maanden.
- 2.9 Op 27 mei 2021 heeft AHG een akkoord aangeboden aan haar schuldeisers en hen in de gelegenheid gesteld tot en met 9 juni 2021 hun stem uit te brengen. Aan de schuldeisers zijn diverse gegevens beschikbaar gesteld. Bij de aanschrijving van het Pensioenfonds is echter iets misgegaan. Het Pensioenfonds is vervolgens begin juni 2021 aangeschreven.
- 2.10 In het akkoord zijn de schuldeisers in vier klassen ingedeeld, namelijk (i) preferent, (ii) concurrent I, (iii) concurrent II, en (iv) achtergesteld, met een beoogd uitkeringspercentage van respectievelijk 17,7%, 8,85%, 20% en 0%. Volgens AHG volgt deze klassenindeling uit het wettelijk stelsel, met inbegrip van klasse (iii), de 'kleine MKB-ondernemers' aan wie op grond van art. 374 lid 2 Fw en in afwijking van hun anderszins concurrente positie ten minste 20% beoogd uitkeringspercentage wordt aangeboden.
- 2.11 De vordering van het Pensioenfonds is met de concurrente schuldeisers ingedeeld in klasse (ii). Alle klassen hebben met een voldoende meerderheid ingestemd met het akkoord. Het Pensioenfonds heeft tegen het akkoord gestemd.
- 2.12 AHG heeft op 29 juni 2021 een verzoek tot homologatie van een akkoord ingediend, inclusief bijlagen als bedoeld in art. 383 Fw.

- 2.13 Tegelijkertijd heeft AHG het stemverslag als bedoeld in art. 382 Fw gedeponereerd. Uit dat verslag blijkt volgens verzoeker 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.
- 2.14 Bij beschikking van 29 juni 2021¹⁴ heeft de rechtbank bepaald dat het homologatieverzoek op 8 juli 2021 om 10.00 uur zou worden behandeld en dat AHG de stemgerechtigde schuldeisers onverwijld in kennis stelt van deze dagbepaling.
- 2.15 Op 8 juli 2021 is het verzoek in raadkamer behandeld, in aanwezigheid van AHG en het Pensioenfonds en hun gemachtigden en adviseurs.
- 2.16 Het Pensioenfonds heeft verweer gevoerd tegen het homologatieverzoek, zowel voorafgaand aan als tijdens de zitting. Primair betoogt het Pensioenfonds dat de WHOA zich niet uitstrekt tot pensioenpremies, gelet op de uitzondering van art. 369 lid 4 Fw. Subsidiair stelt het Pensioenfonds dat zij onder een dwangakkoord slechter af is dan bij een faillissement en dat is in strijd met het uitgangspunt van de WHOA (art. 384 lid 3 Fw). In geval van een faillissement worden de achterstallige premies door het UWV overgenomen, voor zover die bedragen betrekking hebben op het jaar onmiddellijk voorafgaand aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Als de pensioenpremies al onder de WHOA zouden kunnen vallen, zouden zij in een aparte klasse moeten worden ingedeeld. Met de tegenstem van het Pensioenfonds heeft dan een schuldeisersklasse tegen het akkoordvoorstel gestemd zodat een observator dient te worden aangesteld (art. 383 lid 4 Fw).
- 2.17 Na de behandeling in raadkamer heeft AHG de rechtbank een brief toegestuurd, waarnaar zij tijdens de mondelinge behandeling verwees. Dit betreft de reactie van de Pensioenfederatie op de internetconsultatie van het wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (zie hierover nader in deze conclusie onder 4.27).
- 2.18 Bij tussenvonnis van 5 augustus 2021¹⁵ heeft de rechtbank Amsterdam partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het voornemen tot het stellen van prejudiciële vragen en over de inhoud daarvan.
- 2.19 Beide partijen hebben op 11 augustus 2021 een akte genomen.
- 2.20 Bij vonnis van 23 augustus 2021 heeft de rechtbank Amsterdam de volgende prejudiciële vraag gesteld aan de Hoge Raad:¹⁶
- “Is op grond van artikel 369 lid 4 Fw het in afdeling 2, titel 4 Faillissementswet bepaalde (de WHOA) van toepassing op vorderingen van de bedrijfspensioenfondsen in de zin van de wet Bpf 2000 betreffende achterstallige pensioenpremies?”*
- 2.21 Bij beschikking van 23 augustus 2021¹⁷ heeft de rechtbank Amsterdam een nieuwe afkoelingsperiode van twee maanden afgekondigd.
- 2.22 De Hoge Raad heeft de prejudiciële vraag in behandeling genomen en partijen een termijn van vier weken verleend om schriftelijke opmerkingen in te dienen. Op 7 oktober 2021 hebben beide partijen schriftelijke opmerkingen ingediend.¹⁸
- 2.23 Op verzoek van het Pensioenfonds is de termijn voor een reactie op de schriftelijke opmerkingen met een week verlengd. Op 28 oktober 2021 heeft het Pensioenfonds gereageerd op de opmerkingen van AHG.

3 De Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA)

- 3.1 Hierna zal eerst de doelstelling en de kern van de WHOA worden besproken (3.2-3.16). Vervolgens wordt ingegaan op de totstandkoming van de WHOA (3.17-3.23), gevolgd door een overzicht van de WHOA-bepalingen (3.24-3.62).

Doelstelling en kern van de regeling

- 3.2 De voornaamste doelstelling van de WHOA is het versterken van het reorganiserend vermogen van ondernemingen die in 'zwaar weer' verkeren, maar wel beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog levensvatbaar zijn.¹⁹ De memorie van toelichting beschrijft dit als volgt:²⁰

"De voorgestelde Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA) ziet primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn. Doel is het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken."

De WHOA kan echter ook worden gebruikt voor de afwikkeling van niet-levensbare ondernemingen buiten faillissement, indien dat leidt tot een beter resultaat dan een afwikkeling in faillissement.²¹

- 3.3 Met de WHOA voorziet de Faillissementswet in een regeling op basis waarvan de rechtbank buiten faillissement een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn vermogensverschaffers (schuldeisers en aandeelhouders) kan goedkeuren (homologeren).
- 3.4 Een dergelijk akkoord heeft betrekking op de herstructurering van de schulden van de onderneming. De wetgever heeft de materiële inhoud van het akkoord ongeregeld gelaten. Een belangrijke uitzondering daarop is de regeling van art. 369 lid 4 Fw, die in deze zaak centraal staat. Die regeling houdt in dat de WHOA niet van toepassing is op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar (zie nader par. 4).
- 3.5 De aanbieder van het akkoord bepaalt de inhoud van het akkoord. Contractsvrijheid vormt daarbij het uitgangspunt.²² De inhoud van het akkoord is echter wel aan grenzen gebonden.²³ Die grenzen volgen voornamelijk uit de homologatiecriteria (art. 384 Fw). De opsteller van het akkoord zal daarmee immers rekening moeten houden, ook omdat een aantal van die criteria door de rechter ambtshalve moeten worden toegepast.²⁴ Dat de wet weinig bepalingen bevat over wat een akkoord mag of moet inhouden, biedt een grote mate van flexibiliteit.²⁵
- 3.6 Het is een bewuste keuze om de WHOA zo veel mogelijk als kaderregeling vorm te geven 'bestaande uit bepalingen die voor zichzelf spreken', zo is te lezen in de wetsgeschiedenis.²⁶ Kennelijk wordt hier met 'kaderregeling' bedoeld dat de WHOA de betrokkenen ruimte biedt om in goed overleg tot een akkoord te komen dat is toegesneden op de specifieke omstandigheden van het geval.²⁷
- 3.7 Het akkoord kan wijzigingen aanbrengen in de rechten van schuldeisers (art. 370 lid 1 Fw). Gedacht kan worden aan de gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van schulden of uitstel van betaling,²⁸ of een omzetting van schulden in aandelen.²⁹ Het akkoord kan echter ook tot gevolg hebben dat de rechten *van aandeelhouders* worden gewijzigd (eveneens art. 370 lid 1 Fw). Zo kan het akkoord wijzigingen aanbrengen in voorwaarden voor dividendaanspraken of kunnen aandelen worden ingetrokken of overgedragen aan financiers.³⁰ Verder biedt de WHOA de schuldenaar de mogelijkheid om lopende overeenkomsten eenzijdig te beëindigen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde wijziging of beëindiging en de rechter het akkoord homologeert (art. 373 Fw).
- 3.8 De focus van de WHOA ligt op financiële herstructurering,³¹ dus op het wegnemen van (de oorzaken van) *financial distress*.³² Door de mogelijkheid om lopende overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen, biedt de WHOA ook gelegenheid om operationeel te herstructureren.³³ Hierbij gaat

het om het wegnemen van *operational distress*, die ontstaan is als gevolg van verlieslatende activiteiten van de onderneming.³⁴ Wel is de WHOA in veel mindere mate toegesneden op operationele herstructurering, onder meer vanwege de beperking dat het aanpassen van arbeidsovereenkomsten niet mogelijk is (zie par. 4 hierna).³⁵

- 3.9 De homologatie door de rechter leidt ertoe dat het akkoord verbindend is voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders (tezamen: vermogensverschaffers³⁶). Het akkoord is dus ook bindend voor stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd, op voorwaarde dat de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde eisen voldoet.³⁷ Anders dan bij een dwangakkoord binnen faillissement of bij surseance kan een gehomologeerd akkoord dus ook gevolgen hebben voor preferente schuldeisers en separatisten.³⁸ Het akkoord kan zich ook beperken tot een gedeelte van de schuldeisers en aandeelhouders (art. 370 lid 1 en 371 lid 1 Fw). Zo kunnen bijvoorbeeld leveranciers buiten het WHOA-akkoord worden gehouden. Ook dat is een verschil met een dwangakkoord binnen faillissement of surseance, dat bindend is voor alle schuldeisers die geen preferentie of zekerheidsrechten hebben en waarbij aandeelhouders niet in het akkoord worden betrokken.³⁹
- 3.10 Door homologatie van het akkoord kunnen vermogensverschaffers dus tegen hun wil worden verplicht om bepaalde rechten prijs te geven, zonder dat de schuldenaar failliet is verklaard.
- 3.11 De WHOA breekt daarmee behoorlijk in op het contractenrecht.⁴⁰ Dat het akkoord wijzigingen kan aanbrengen in de rechten van vermogensverschaffers, is een uitzondering op het vermogensrechtelijke uitgangspunt dat verplichtingen (zoals overeenkomsten en schulden) volledig moeten worden nagekomen (*'pacta sunt servanda'*, zie ook art. 3:296 BW).⁴¹
- 3.12 De rechtvaardiging voor deze inbreuk op het bindende karakter van overeenkomsten is de gedachte dat een akkoord meerwaarde kan creëren ten opzichte van andere alternatieven, zoals het faillissement.⁴² Het creëren van meerwaarde is dan ook te zien als een eis die aan het akkoord kan worden gesteld:⁴³ het akkoord dient *'de taart te vergroten'*.⁴⁴ Dit is ook neergelegd in de wettelijke regeling, die vereist dat het aan het akkoord ten grondslag liggende herstructureringsplan *'redelijk'* dient te zijn, in de zin dat de betrokken vermogensverschaffers bij het akkoord gebaat zijn, of er in ieder geval niet op achteruit gaan als het akkoord tot stand komt⁴⁵ (zie nader onder 3.54-3.55).
- 3.13 De memorie van toelichting vermeldt dat het de bedoeling is dat de WHOA het minnelijke schuldsanerings- en herstructureringstraject van ondernemingen versterkt, en dat de mogelijkheid van een dwangakkoord dient als *'uiterste redmiddel'*. De WHOA beoogt op geen enkele wijze afbreuk te doen aan de bestaande praktijk van buitengerechtelijke herstructureringen.⁴⁶ Onder de WHOA is volledige consensus tussen de vermogensverschaffers niet vereist, omdat de rechter het akkoord bindend kan opleggen. Zij zullen daardoor minder geneigd zijn om dwars te liggen.⁴⁷ De WHOA is daarmee ook een stok achter de deur in onderhandelingen tussen vermogensverschaffers om tot een consensuele oplossing te komen.⁴⁸ De WHOA ondersteunt daarmee informele reorganisaties, ook als een minderheid van de schuldeisers of de aandeelhouders niet wil meedoen.⁴⁹ Dit is een breuk met de bestaande praktijk, waarin een buitengerechtelijk akkoord door een enkele schuldeiser kon worden geblokkeerd.⁵⁰
- 3.14 De procedure om tot een gehomologeerd akkoord te komen, kan in drie fasen worden onderscheiden:⁵¹
- (i) de aanbieding, inhoud en inrichting van het akkoord,
 - (ii) de stemming over het akkoord, en
 - (iii) de homologatie van het akkoord.
- 3.15 Ter versterking van het minnelijke traject bevat de WHOA een aantal ondersteunende

voorzieningen, zoals de mogelijkheid om lopende overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen (art. 373 Fw) en de rechtbank te verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen (art. 376 Fw).

3.16 Het traject om tot een akkoord te komen, kan door de schuldenaar zelf worden gestart (art. 370 lid 1 Fw). Ook kan het initiatief worden genomen door schuldeisers, aandeelhouders en het medezeggenschapsorgaan van de schuldenaar. Zij kunnen de rechter verzoeken om een herstructureringsdeskundige aan te wijzen die het akkoord kan voorbereiden en voorleggen (art. 371 lid 1 Fw). Tijdens het gehele traject blijft de schuldenaar beheers- en beschikkingsbevoegd.⁵² De schuldenaar doorloopt een onderhandse (dus: buitengerechtelijke) herstructurering en de WHOA faciliteert slechts waar nodig.⁵³

Totstandkoming

3.17 De voorgeschiedenis van het dwangakkoord buiten faillissement of surseance kenmerkt zich vooral door het ontbreken van een wettelijke regeling, aldus Vriesendorp.⁵⁴ Wel zijn er al eeuwenoude pleidooien en aanzetten voor de invoering van een dergelijke akkoordprocedure.⁵⁵

3.18 Meer recent moet de WHOA worden gezien tegen de achtergrond van het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'.⁵⁶ Dat is in 2012 aangekondigd en berust op drie pijlers: i) bestrijding van faillissementsfraude, ii) versterking reorganiserend vermogen van bedrijven, en iii) modernisering faillissementsprocedures.

3.19 De eerste pijler bestaat uit drie wetten, die reeds in werking getreden zijn.⁵⁷ Datzelfde geldt voor het overgrote gedeelte van de Wet modernisering faillissementsprocedure,⁵⁸ waaruit de derde pijler bestaat. Deze pijlers kunnen hier verder onbesproken blijven.

3.20 De tweede pijler bevatte oorspronkelijk drie wetsinitiatieven:

- de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I), een wettelijke regeling voor de pre-pack. De parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel is aangehouden, in afwachting van de voorbereiding van een novelle;⁵⁹
- de Wet continuïteit ondernemingen II (WCO II), later hernoemd tot de WHOA; en
- de Wet continuïteit ondernemingen III (WCO III), later hernoemd tot de Wet bevordering doelmatigheid van het faillissementsprocesrecht. Dit voorstel verkeert nog in een voorbereidingsfase.

Inmiddels valt hieraan nog toe te voegen de Wet verbetering positie werknemer bij een overgang van onderneming in faillissement, waarvan de consultatiefase in 2019 is afgerond. Er is nog geen wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aangeboden.⁶⁰

3.21 De eerste consultatieversie van de WHOA⁶¹ is in 2014 gepubliceerd, als WCO II.⁶² Dat voorontwerp is naar aanleiding van de reacties aangepast en in 2017 opnieuw in consultatie gebracht, onder de nieuwe naam Wet Homologatie Onderhands Akkoord ter voorkoming van faillissement.⁶³ Na verdere aanpassingen, onder meer om de regeling (verder) te laten aansluiten bij de Europese Herstructureringsrichtlijn,⁶⁴ heeft dat in 2019 geleid tot het wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord.⁶⁵ Na een nota van wijziging en vier aangenomen amendementen⁶⁶ is de WHOA per 1 januari 2021 in werking getreden.⁶⁷

3.22 Vanuit een internationaal perspectief hebben twee factoren invloed gehad op de WHOA.⁶⁸ Allereerst is de WHOA geïnspireerd op de Engelse '*Scheme of Arrangement*' en de Amerikaanse '*Chapter 11*'-procedure;⁶⁹ verschillende kernelementen van die regelingen zijn overgenomen in de WHOA.⁷⁰ Daarnaast zet ook de Europese wetgever in op het bevorderen van een '*rescue culture*' in Europa, waarin de sanering en reorganisatie van levensvatbare ondernemingen centraal staat.⁷¹ Tijdens de aanloop naar de WHOA heeft dit geleid tot Europese aanbevelingen inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie⁷² en vervolgens tot de Herstructureringsrichtlijn van 20 juni

3.23 Deze Herstructureringsrichtlijn⁷⁴ beoogt ervoor te zorgen dat levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels, die hen in staat stellen hun activiteiten voort te zetten (considerans, onder 1). De Herstructureringsrichtlijn verplicht de lidstaten om te voorzien in een preventief herstructureringsstelsel voor schuldenaren in dreigende insolventie (art. 4 lid 1) en bevat daartoe allerlei voorschriften. De WHOA sluit daarbij aan.⁷⁵ Voor de implementatie van de richtlijn is echter ook nog een afzonderlijk wetsvoorstel in voorbereiding.⁷⁶ Het voorontwerp van de implementatiewet voorziet niet in wijziging van art. 369 lid 4 Fw, de bepaling die centraal staat in de prejudiciële vraag.

Systematiek

3.24 De WHOA-afdeling uit de Faillissementswet bevat negentien wetsbepalingen, verdeeld over vier paragrafen:

- § 1. Algemene bepalingen (art. 369 Fw)
- § 2. De aanbieding van en stemming over een akkoord (art. 370-382 Fw)
- § 3. De homologatie van het akkoord (art. 383-384 Fw)
- § 4. De gevolgen van de homologatie van het akkoord (art. 385-387 Fw)

3.25 De eerste paragraaf (art. 369 Fw) brengt onder meer tot uitdrukking dat de WHOA van toepassing is op iedere schuldenaar die een onderneming drijft, ongeacht de rechtsvorm, uitgezonderd natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen, banken en verzekeraars (lid 1).⁷⁷

3.26 Ook de werknemersuitzondering is opgenomen in de algemene bepalingen. Art. 369 lid 4 Fw bepaalt:

Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

Op deze uitzondering zal nader worden ingegaan in par. 4.

3.27 Verder bevat art. 369 Fw bepalingen over wie moet worden verstaan onder 'stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders' (lid 2), overeenkomstige toepassing van de bepalingen over aandeelhouders op leden, indien de schuldenaar een vereniging of coöperatie is (lid 3) en dat bij een mislukte akkoordpoging drie jaar lang geen gebruik kan worden gemaakt van de WHOA-regeling (lid 5).

3.28 Ook geeft art. 369 Fw enkele procesrechtelijke bepalingen, namelijk over de typen akkoordprocedures (besloten en openbaar, lid 6), rechtsmacht en rechterlijke bevoegdheid (lid 7 en 8) en de wijze waarop verzoeken aan de rechter worden behandeld (lid 9).

3.29 Tot slot is geregeld dat geen rechtsmiddel openstaat tegen beslissingen van de rechtbank, tenzij anders is bepaald (art. 369 lid 10 Fw).⁷⁸ Daarmee is de verwachting dat de bemoeienis van de Hoge Raad met WHOA-zaken voornamelijk zal worden ingegeven door het stellen van prejudiciële vragen⁷⁹ of het indienen van een vordering tot cassatie in het belang der wet.⁸⁰

3.30 De tweede paragraaf regelt de aanbieding van het akkoord en de stemming over het akkoord (de eerste twee fasen van het proces, zie onder 3.14).

3.31 Art. 370 lid 1 Fw bevat de toegangspoort tot de WHOA: de '*schuldenaar verkeert in een toestand*

waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Het gaat dus om de situatie van dreigende insolventie;⁸¹ de schuldenaar is nog in staat om aan zijn lopende verplichtingen te voldoen, maar voorziet tegelijkertijd dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden indien zijn schulden niet worden geherstructureerd.⁸²

- 3.32 Als er geen dreigend faillissement is, dan kan de WHOA niet gebruikt worden om een onderneming als het ware te stroomlijnen of winstgevender te laten worden.⁸³
- 3.33 Ook regelt art. 370 lid 1 Fw wat het akkoord kan inhouden. De schuldenaar kan, indien sprake is van de genoemde situatie van dreigende insolventie, *'zijn schuldeisers en zijn aandeelhouders, of een aantal van hen, een akkoord aanbieden dat voorziet in de wijziging van hun rechten dat door de rechtbank overeenkomstig artikel 384 kan worden gehomologeerd.'* Het akkoord hoeft dus niet te zien op alle schuldeisers en aandeelhouders, maar kan zich ook beperken tot een aantal van hen, dat wil zeggen tot één of meerdere groepen (klassen) van schuldeisers en aandeelhouders.⁸⁴ Op dit punt wijkt de WHOA af van de regeling voor het faillissements- en het surseanceakkoord waar alle schuldeisers in het akkoord worden betrokken (zie ook onder 3.9).⁸⁵
- 3.34 Heeft een akkoord betrekking op verschillende categorieën van schuldeisers en aandeelhouders – dat wil zeggen dat zij zodanig verschillende rechten hebben in faillissement of krijgen op basis van het akkoord, dat zij niet in een vergelijkbare positie verkeren – dan dient het akkoord te voorzien in een klassenindeling.⁸⁶ Dit is geregeld in art. 374 Fw. De achtergrond hiervan is dat de vermogensverschaffers vanuit een voldoende vergelijkbare positie moeten kunnen stemmen,⁸⁷ om zo de stemuitslag de betekenis en de legitimatie te geven om een tegenstemmende minderheid te binden.⁸⁸
- 3.35 In art. 374 lid 1 Fw, eerste volzin, is bepaald dat schuldeisers en aandeelhouders in verschillende klassen worden ingedeeld, als de rechten die zij bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement hebben of de rechten die zij op basis van het akkoord aangeboden krijgen zodanig verschillend zijn dat van een vergelijkbare positie geen sprake is. Volgens de tweede volzin van lid 1 moeten in ieder geval schuldeisers en aandeelhouders die bij het verhaal op het vermogen van de schuldenaar (bij faillissement) op grond van de wet een verschillende rang hebben, in afzonderlijke klassen worden ingedeeld. Ten aanzien van een uit de wettelijke rangregeling voortvloeiende klassenindeling moet gedacht worden aan verschillende klassen voor bijvoorbeeld de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht, de crediteuren met een eigendomsvoorbehoud of de concurrente crediteuren.⁸⁹ In de wetsgeschiedenis is te lezen dat bij de klassendeling ook rekening *kan* worden gehouden met andere factoren die van invloed kunnen zijn op de manier waarop schuldeisers en aandeelhouders het akkoord beoordelen. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om de verschillende fiscale gevolgen die het akkoord heeft voor de betrokken schuldeisers en aandeelhouders.⁹⁰ De verplichte klassenindeling geldt echter alleen bij verschillende rechten bij faillissement.⁹¹
- 3.36 De vraag of de (oude of nieuwe) rechten van schuldeisers en aandeelhouders zodanig van elkaar verschillen dat zij in verschillende klassen moeten worden ingedeeld, moet aan de hand van een materiële toets worden beantwoord.⁹² Er moet worden gekeken naar de daadwerkelijke (verhaals)positie voor en na het akkoord, en of die zozeer van elkaar verschilt, dat van een vergelijkbare positie geen sprake is.⁹³ De grens is niet altijd eenvoudig te trekken.⁹⁴
- 3.37 Bij amendement⁹⁵ is art. 374 lid 2 Fw ingevoegd, dat een verplichte klassenindeling bevat. Kort gezegd moeten concurrente mkb-schuldeisers⁹⁶ in een of meer afzonderlijke klasse(n) worden ingedeeld, als aan hen op basis van het akkoord minder dan 20% van hun vordering wordt aangeboden.⁹⁷ Hierbij is gedacht aan kleine leveranciers; de Tweede Kamer vond het principiële onredelijk om hun minder dan 20% van hun vordering te laten ontvangen.⁹⁸
- 3.38 In het akkoord dient aan elk van de klassen een separaat – op hun verhaalspositie aansluitend –

herstructureringsvoorstel te worden gedaan (art. 375 lid 1, onder c en d, en lid 2, onder b, Fw). Dit kan tot gevolg hebben dat de ene klasse beter wordt bedeed dan de andere klasse.⁹⁹

- 3.39 Ik keer terug naar art. 370 Fw. Lid 2 bevat een regeling van de invloed van het akkoord op aansprakelijkheid van derden, zekerheid en regres/subrogatie. Indien het vorderingsrecht van een schuldeiser in het kader van een akkoord wordt gewijzigd, dan behoudt de schuldeiser het recht om een derde (zoals een borg of een medeschuldenaar) die aansprakelijk is voor de schuld van de schuldenaar of op enigerlei wijze zekerheid heeft gesteld voor de betaling daarvan, aan te spreken tot voldoening van de oorspronkelijke vordering van de schuldeiser, in de vorm en op het tijdstip zoals afgesproken vóór de homologatie van het akkoord. Die derde kan vervolgens geen verhaal halen op de schuldenaar; anders zou het akkoord geen oplossing bieden voor diens financiële problemen.¹⁰⁰
- 3.40 Verder is in art. 370 Fw nog geregeld: de deponering van een startverklaring (lid 3), publicatievereisten (lid 4) en het buiten toepassing blijven van bepaalde interne voorschriften voor besluitvorming bij rechtspersonen (lid 5).
- 3.41 De tweede paragraaf van de WHOA-afdeling bevat verder bepalingen over de aanbieding, inhoud en inrichting van het akkoord. Dat betreft regelingen over het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en de medewerkingsplicht van onder meer bestuurders en personeel van de schuldenaar (art. 371 Fw), nadere regelingen indien de schuldenaar deel uitmaakt van een groep als bedoeld in art. 2:24b BW (art. 372 Fw), het doen van een voorstel tot wijziging of beëindiging van overeenkomsten (art. 373 Fw), de al genoemde indeling in klassen (art. 374 Fw), de informatie die bij (het aanbod tot) het akkoord moet worden verstrekt (art. 375 Fw), de afkoelingsperiode en de gevolgen daarvan voor de rechten van de schuldenaar (artt. 376 en 377 Fw), de mogelijkheid om in de periode tot de stemming over het akkoord een tussentijds oordeel van de rechtbank te verkrijgen (art. 378 Fw), en de mogelijkheid dat de rechter maatwerkvoorzieningen treft, waaronder de aanstelling van een observator (artt. 379 en 380 Fw). Een observator heeft tot taak toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (art. 380 lid 1 Fw).
- 3.42 Van deze bepalingen licht ik alleen nog art. 376 Fw uit, de regeling van de afkoelingsperiode. De rechter kan een afkoelingsperiode afkondigen (lid 1). Een afkoelingsperiode geldt in eerste instantie voor ten hoogste vier maanden (lid 2). Zij heeft tot gevolg dat elke bevoegdheid van derden tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, enkel met machtiging van de rechtbank worden uitgeoefend (lid 2 onder a). Bij het afkondigen van een afkoelingsperiode of tijdens de looptijd daarvan kan de rechter overgaan tot het treffen van voorzieningen om de belangen van de schuldeisers of aandeelhouders te beveiligen (lid 9).
- 3.43 De afkoelingsperiode kan betrekking hebben op alle schuldeisers of op een aantal van hen (art. 376 lid 8 jo. 241a lid 2 Fw), waarmee sprake is van een algemene afkoelingsperiode respectievelijk een beperkte afkoelingsperiode.¹⁰¹
- 3.44 Zodoende kunnen ook belastingen en sociale verzekeringspremies onder de werking van de afkoelingsperiode vallen. Verder bepaalt de wet uitdrukkelijk dat de Ontvanger tijdens de afkoelingsperiode een gelegd bodembeslag niet kan uitwinnen (art. 376 lid 8 jo. 241c lid 1 Fw).
- 3.45 Bij insolvente vennootschappen is de fiscus vaak een belangrijke schuldeiser.¹⁰² Belastingschulden kunnen – net als vorderingen van elke andere vermogensverschaffer – in het akkoord worden betrokken. Daarbij gelden voor de Ontvanger in beginsel dezelfde regels als voor overige vermogensverschaffers. Dat betekent dus ook dat de Ontvanger medeschuldenaren kan aanspreken (art. 370 lid 2 Fw, zie hiervoor onder 3.39). Hierbij kan de Ontvanger gebruik maken van de hem ten dienste staande fiscale en civiele aansprakelijkheidsbepalingen, zo is ook opgenomen in de memorie van toelichting:¹⁰³

“De omstandigheid dat een schuldenaar een traject is gestart om een akkoord tot stand te brengen beperkt de Belastingdienst niet in het gebruik van alle hem ten dienste staande fiscale én civiele aansprakelijkheidsbepalingen (waaronder de bestuurdersaansprakelijkheid). Zo blijven [bij]voorbeeld de bepalingen betreffende de aansprakelijkheid van deelnemers in een fiscale eenheid betreffende de omzetbelasting van toepassing op alle bestaande (al dan niet geformaliseerde) belastingschulden. Ook het fiscale (bodem)voorrecht van de Belastingdienst blijft van toepassing.”

De consequentie van de ruime mogelijkheden om fiscale schulden op derden te verhalen, is dus dat belastingschulden soms voor een groter gedeelte kunnen worden geïnd dan het uit het WHOA-akkoord voortvloeiende percentage dat door de schuldenaar wordt voldaan.

- 3.46 Onder welke voorwaarden de Ontvanger beleidsmatig kan instemmen met een WHOA-akkoord, is geregeld in art. 73.3a.2 van de per 1 juli 2021 herziene Leidraad invordering 2008:¹⁰⁴ (i) het akkoord is schriftelijk aangeboden en voldoet aan de in art. 375 Fw gestelde eisen; (ii) de Ontvanger is in een klasse ingedeeld waarin zijn wettelijke preferentie voldoende tot uiting komt; en (iii) het is aannemelijk dat het aangeboden akkoord, afgezien van de daarvoor nog te verrichten formaliteiten, door de rechtbank zou worden gehomologeerd. Uit deze laatste eis volgt dat de ontvanger alleen zal instemmen met het aangeboden WHOA-akkoord indien hij daarmee beter af is dan bij faillissement (art. 384 Fw, zie onder 3.12 en onder 3.54-3.59). Wat betreft de tweede voorwaarde is bij de klassenindeling van belang dat de Ontvanger meer verhaalsrechten en voorrechten heeft dan overige crediteuren (zie hiervoor onder 3.34-3.36), en dat vorderingen van de fiscus dus geregeld alléén een klasse zullen vormen.¹⁰⁵ De eerste voorwaarde uit art. 73.3a.2 van de Leidraad is enkel een overbodige herhaling van wettelijke vereisten waaraan een WHOA-akkoord dient te voldoen.¹⁰⁶
- 3.47 Ik keer terug naar de WHOA-afdeling. De tweede paragraaf daarvan bevat tot slot nog bepalingen over de wijze waarop het akkoord wordt voorgelegd en in stemming wordt gebracht, en hoe van de stemming verslag wordt gedaan (artt. 381 en 382 Fw).
- 3.48 De derde paragraaf heeft betrekking op de homologatie van het akkoord, de laatste stap om tot een dwangakkoord te komen (zie ook onder 3.14). Het bevat bepalingen over het homologatieverzoek (art. 383 Fw) en over de beslissing van de rechtbank op dat verzoek (art. 384 Fw).
- 3.49 Art. 383 Fw¹⁰⁷ regelt wanneer de rechtbank om homologatie van het akkoord kan worden verzocht (lid 1), dat bij een MKB-bedrijf schuldeisers en de ondernemingsraad slechts om homologatie kunnen verzoeken met instemming van de schuldenaar (lid 2), wat geldt als de rechtbank niet eerder betrokken is geweest bij de voorbereiding van het onderhandse akkoord (lid 3), dat in bepaalde gevallen een observator wordt aangesteld (lid 4), dat de zitting plaatsvindt tussen acht en veertien dagen na indiening van het homologatieverzoek, dat de rechtbank zo spoedig mogelijk een datum voor behandeling bepaalt en dat de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige die datum onverwijld aan de stemgerechtigde vermogensverschaffers mededeelt (lid 4, 5 en 6), dat het homologatieverzoek tevens een verzoek om toestemming voor opzegging van overeenkomsten omvat, indien de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige gebruik wil maken van die mogelijkheid (lid 7 jo. art. 373 Fw), en de mogelijkheid tot het indienen van een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek door vermogensverschaffers en door wederpartijen van wie beoogd is de overeenkomst te wijzigen (lid 8 en 9).
- 3.50 Art. 384 lid 1 Fw bevat het uitgangspunt dat de rechter een homologatieverzoek toewijst, tenzij sprake is van een afwijzingsgrond. Op moment dat de rechter om toewijzing is verzocht, is het akkoord immers al aangenomen door middel van stemming.¹⁰⁸ De homologatie dient ertoe om ook de vermogensverschaffers te binden die niet hebben ingestemd met het akkoord.

3.51 Wat betreft het akkoord toetst de rechter in deze fase slechts (art. 384 Fw):

- (i) of sprake is geweest van zuivere besluitvorming (zie met name de *algemene afwijzingsgronden* uit lid 2),¹⁰⁹ en
- (ii) of sprake is van een redelijk akkoord (enkel op verzoek van daartoe bevoegde belanghebbenden, zie de *aanvullende afwijzingsgronden* uit lid 3 en 4).¹¹⁰

3.52 Ook toetst de rechter, indien toestemming is verzocht voor het opzeggen van overeenkomsten, of de schuldenaar in dreigende insolventie verkeert (art. 384 lid 5 jo. 370 lid 1 Fw).

3.53 De algemene afwijzingsgronden uit art. 384 lid 2 Fw, die vooral zijn bedoeld om een zuivere besluitvorming te verzekeren, laat ik onbesproken. Wel ga ik in op de aanvullende afwijzingsgronden uit lid 3 en 4. Die aanvullende afwijzingsgronden beogen ervoor te zorgen dat het akkoord een herstructureringsplan omvat dat *redelijk* is.

3.54 Art. 384 lid 3 Fw luidt als volgt:

Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord, afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement.

3.55 De rechtbank kan dus op de voet van deze bepaling een homologatieverzoek afwijzen, als summierlijk blijkt dat de vermogensverschaffer die om afwijzing verzoekt slechter af is onder het akkoord dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. Dat maakt dan dat het akkoord onredelijk is.¹¹¹ Dit derde lid bevat het zogenoemde '*no creditor worse off*' beginsel.¹¹² De bepaling is grotendeels geïnspireerd op de '*best interest of creditors test*' uit de Amerikaanse chapter 11-herstructureringsprocedure, waarbij het erom gaat dat een individuele schuldeiser of aandeelhouder op basis van het akkoord niet slechter af mag zijn dan bij vereffening in faillissement.¹¹³

3.56 Het is op grond van de wettekst en de parlementaire geschiedenis niet direct duidelijk of bij de beoordeling of een schuldeiser slechter af zal zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement, enkel moet worden betrokken wat de schuldeiser onder het faillissement naar verwachting *van de schuldenaar* zou ontvangen.¹¹⁴ Er valt wel iets voor te zeggen dat eventuele uitkeringen van derden (zoals een borg of een medeschuldenaar, of het UWV onder de loongarantieregeling, waarover par. 7) buiten beschouwing zouden moeten blijven. Dat is dan in lijn met het bepaalde in art. 370 lid 2 Fw, dat het akkoord geen invloed heeft op aansprakelijkheid van derden, zekerheid en regres/subrogatie (zie onder 3.39). Ook sluit dat aan bij de criteria voor *verplichte* klassenindeling uit art. 374 Fw (zie onder 3.34-3.36). Hetzelfde geldt voor de weigeringsgrond uit art. 384 lid 4 onder c Fw. Die houdt in dat homologatie kan worden geweigerd als de klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd, bestaat uit schuldeisers die in faillissement een uitkering in geld tegemoet kunnen zien en deze schuldeisers in het akkoord niet de mogelijkheid geboden krijgen om te kiezen voor een bedrag in geld ter grootte van het bedrag in contanten dat zij naar verwachting in geval van faillissement zouden hebben ontvangen ('*cash out-optie*').¹¹⁵ Ook daar is dus beslissend wat de positie van de schuldeiser zou zijn bij faillissement van de schuldenaar

3.57 Op de afwijzingsgrond van art. 384 lid 3 Fw kan alleen een beroep worden gedaan door stemgerechtigde vermogensverschaffers die zelf niet hebben ingestemd met het akkoord, of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, zo volgt uit de wettekst.

3.58 Anders dan bij de afwijzingsgronden uit lid 2 en 4, is art. 384 lid 3 Fw niet imperatief geformuleerd: op grond van deze aanvullende weigeringsgrond *kan* de rechtbank het verzoek om homologatie afwijzen. De rechter lijkt hierbij een discretionaire bevoegdheid toe te komen.¹¹⁶

Tollenaar constateert terecht dat dit een wijziging is ten opzichte van het voorontwerp.¹¹⁷ Van den Sigtenhorst schrijft dat een beperkt nadeel vermoedelijk niet zal leiden tot afwijzing van het homologatieverzoek, nu de memorie van toelichting spreekt van een *'aanmerkelijk slechtere'* positie van de betreffende schuldeiser.¹¹⁸ Ook Vriesendorp & Van Kesteren menen dat de rechter hier een ruime beoordelingsvrijheid heeft. Volgens hen zou homologatie op de voet van art. 384 lid 3 Fw alleen moeten worden geweigerd, als de desbetreffende vermogensverschaffer *'overduidelijk meer kan verwachten van het faillissement van de schuldenaar dan hem wordt geboden in het akkoord'*.¹¹⁹

3.59 Uit de parlementaire geschiedenis is niet met zekerheid af te leiden of art. 384 lid 3 Fw de rechter inderdaad de mogelijkheid biedt om een akkoord toch te homologeren, ondanks een terecht bezwaar van een schuldeiser dat hij bij een faillissement beter af zou zijn. De memorie van toelichting is op dit punt ambigu en bevat ook passages waarin het tegendeel is vermeld.¹²⁰ Dergelijke passages zijn ook elders in de parlementaire geschiedenis te vinden.¹²¹

3.60 Het vierde lid van art. 384 Fw bevat eveneens aanvullende afwijzingsgronden. Deze afwijzingsgronden zijn alleen aan de orde indien niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd. Kort gezegd¹²² dient de rechtbank homologatie af te wijzen indien een klasse van *'mkb-schuldeisers'* bij afwezigheid van een zwaarwegende grond minder dan 20% van hun vordering krijgt aangeboden (onder a), indien bij de verdeling van de waarde van het akkoord ten nadele van een tegenstemmende klasse wordt afgeweken van de wettelijke of contractuele rangorde van verhaal waardoor de betreffende vermogensverschaffers in hun belang worden geschaad, zonder dat daarvoor een redelijke grond bestaat (onder b), indien een professionele financier voor vorderingen die door pand of hypotheek zijn gedekt op basis van het akkoord aandelen of certificaten aangeboden krijgt zonder in plaats daarvan te kunnen opteren voor een uitkering in andere vorm (onder d), of indien andere schuldeisers dan genoemd onder d op basis van het akkoord niet het recht hebben om te kiezen voor een uitkering in geld ter hoogte van het bedrag dat zij bij vereffening in faillissement zouden krijgen (de *'cash out-optie'*, onder c).

3.61 Art. 384 Fw bepaalt verder nog dat de rechtbank een verzoek om toestemming te verlenen voor het opzeggen van een overeenkomst afwijst indien geen sprake is van de toestand van dreigende insolventie (lid 5 jo. art. 383 Fw), dat de rechter de mogelijkheid heeft een deskundige te benoemen (lid 6 jo. art. 378 Fw), dat de rechtbank voorafgaand aan de beslissing op het homologatieverzoek de gelegenheid voor zienswijzen biedt aan de schuldenaar, de stemgerechtigde vermogensverschaffers en (voor zover aan de orde) de herstructureringsdeskundige, observator en wederpartijen bij op te zeggen overeenkomsten (lid 7) en een regel over rechtsmacht en de mogelijkheid om in verzet te komen wegens het ontbreken van internationale bevoegdheid (lid 8).

3.62 Paragraaf 4, de slotparagraaf van de WHOA-afdeling, heeft betrekking op de gevolgen van de homologatie van het akkoord. Hier is geregeld dat het gehomologeerde akkoord verbindend is voor de schuldenaar en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders (art. 385 Fw), en dat het vonnis van homologatie in bepaalde gevallen een executoriale titel oplevert (art. 386 Fw). Tot slot is hier bepaald dat de schuldenaar bij iedere tekortkoming in de nakoming van het akkoord direct in verzuim is en schadeplichtig is tegenover de stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, en dat het akkoord ontbinding daarvan kan uitsluiten (art. 387 Fw).

4 De werknemersuitzondering uit art. 369 lid 4 Fw

4.1 Als gezegd begint de afdeling over de homologatie van een onderhands akkoord met art. 369 Fw, dat de paragraaf *'algemene bepalingen'* vormt.

4.2 Art. 369 lid 4 Fw luidt als volgt:

Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

- 4.3 Ten aanzien van deze werknemersrechten is de hele WHOA-afdeling niet van toepassing, zo volgt uit de wettekst. Dat betekent dat de rechtspositie van werknemers niet kan worden gewijzigd door een gehomologeerd akkoord en dus geborgd blijft (art. 369 lid 4 jo. 370 jo. 384 Fw).¹²³ Ook kunnen arbeidsovereenkomsten niet worden gewijzigd of beëindigd op grond van de WHOA-bepalingen (art. 369 lid 4 jo. 373 jo. 384 Fw).¹²⁴
- 4.4 Dat de hele afdeling niet van toepassing is, betekent ook dat een eventueel door de rechter afgekondigde afkoelingsperiode (zie onder 3.41) geen werking heeft ten aanzien van deze werknemersrechten (art. 376 Fw).¹²⁵ Van den Sigtenhorst ziet dit overigens anders: volgens hem leidt de uitsluiting uit art. 369 lid 4 Fw niet ertoe dat de afkoelingsperiode werknemers niet zou kunnen raken, aangezien de afkoelingsperiode gericht zou kunnen zijn op *alle* schuldeisers van de schuldenaar.¹²⁶
- 4.5 Dat een afkoelingsperiode op de voet van art. 369 lid 4 Fw geen werking heeft ten aanzien van werknemersrechten strookt met de Herstructureringsrichtlijn (zie hierna onder 4.8). Ook de minister gaat ervan uit dat een eventuele afkoelingsperiode geen werking heeft ten aanzien van werknemersrechten, zo volgt uit het recente consultatievoorstel voor de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie.¹²⁷ In de concept-memorie van toelichting bij dit concept-wetsvoorstel is vermeld dat art. 6 lid 5 Herstructureringsrichtlijn – dat erop neerkomt dat een schorsing van individuele tenuitvoeringsmaatregelen in beginsel niet van toepassing is op vorderingen van werknemers¹²⁸ – geen implementatie behoeft omdat de WHOA blijkens art. 369 lid 4 Fw niet van toepassing is op rechten van werknemers.¹²⁹
- 4.6 Het uitgangspunt van de Herstructureringsrichtlijn van 20 juni 2019 (zie ook onder 3.23) is dat lidstaten de vrijheid om hebben rechten van werknemers al dan niet in een dwangakkoord te betrekken.¹³⁰ De richtlijn bepaalt hierover in art. 1 ('Onderwerp en toepassingsgebied'), lid 5, het volgende:
- De lidstaten kunnen bepalen dat de volgende vorderingen worden uitgesloten van, of niet worden getroffen door, de in lid 1, onder a), bedoelde preventieve herstructureringsstelsels:
- a) bestaande of toekomstige vorderingen van huidige of voormalige werknemers;
(...).
- 4.7 Dit strookt met de considerans van deze richtlijn, waarin onder meer is opgenomen:
- “(30) Niettemin moeten de lidstaten kunnen vaststellen dat de aanstelling van een deskundige op het gebied van herstructurering altijd noodzakelijk is in bepaalde omstandigheden, zoals wanneer: (...) het herstructureringsplan maatregelen omvat die van invloed zijn op de rechten van werknemers (...)*
- (43) Schuldeisers die bij een herstructureringsplan zijn betrokken, inclusief werknemers, (...) moeten het recht hebben om te stemmen over de goedkeuring van een herstructureringsplan. (...) Indien de lidstaten besluiten om de aanspraken van de werknemers van de preventieve herstructureringsstelsels uit te zonderen, mogen werknemers niet als betrokken partijen worden beschouwd. (...)*
- (44) (...) De lidstaten moeten ook kunnen bepalen dat specifieke regels worden vastgesteld ter ondersteuning van de vorming van categorieën, waarbij niet-gediversifieerde of anderszins bijzonder kwetsbare schuldeisers, zoals werknemers of kleine leveranciers, zouden profiteren van deze vorming van categorieën.”*
- 4.8 Dat de Herstructureringsrichtlijn lidstaten de ruimte laat om vorderingen van werknemers onder de werking van een akkoord te brengen, neemt overigens niet weg dat werknemers tijdens de

preventieve herstructureringsprocedures de volledige arbeidsrechtelijke bescherming moeten genieten (considerans onder 60; art. 13).¹³¹ De bescherming van werknemers betekent onder meer dat hun rechten slechts onder bepaalde voorwaarden mogen worden opgeschort, bijvoorbeeld indien de vorderingen onder een loongarantiefonds vallen (considerans onder 61;¹³² art. 6 lid 5 Herstructureringsrichtlijn¹³³).

4.9 Kortom: met de keuze van de Nederlandse wetgever om de WHOA niet van toepassing te verklaren op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten, is de ruimte benut die de Herstructureringsrichtlijn op dit punt biedt.¹³⁴ Voor zover die ruimte niet wordt overschreden, is dan sprake van een nationale aangelegenheid en wordt niet toegekomen aan richtlijnconforme interpretatie.

4.10 De werknemersuitzondering uit art. 369 lid 4 Fw is in het algemeen deel van de memorie van toelichting als volgt toegelicht (p. 9):¹³⁵

“Het akkoord kan geen wijzigingen aanbrengen in de rechten van werknemers op basis van de arbeidsovereenkomst en Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (artikel 369, vierde lid). De rechtspositie van werknemers kan niet worden gewijzigd door een akkoord en blijft dus geborgd.”

En, in het kader van de mogelijkheid om lopende overeenkomsten eenzijdig te beëindigen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde vrijwillige wijziging of beëindiging (art. 373 Fw) (p. 10):

“De WHOA biedt de schuldenaar ook de mogelijkheid om lopende overeenkomsten eenzijdig te beëindigen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde vrijwillige wijziging of beëindiging (artikel 373). Denk bijvoorbeeld aan een huurovereenkomst die als een molensteen rond de nek van de onderneming hangt. Arbeidsovereenkomsten kunnen niet worden aangepast (artikel 369, vierde lid).”

In de artikelsgewijze toelichting is opgenomen (p. 31):

“Uit het vierde lid volgt dat het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in 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.”

4.11 Tegen deze achtergrond is vanuit de Tweede Kamer gevraagd (i) welke andere mogelijkheden een onderneming heeft als bij een WHOA-herstructurering ook een reorganisatie van het bedrijf (met mogelijke ontslagrondes) nodig is, (ii) of per definitie sprake zal zijn van ontslag en het (zo mogelijk) moeten aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst, en (iii) of andere wetgeving hier mogelijkheden voor biedt.¹³⁶ In de nota naar aanleiding van het verslag heeft de minister hier als volgt op gereageerd:¹³⁷

“De leden van de CDA-fractie merken terecht op dat een akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in de rechten van werknemers (artikel 369, vierde lid). Als bij een herstructurering ook een reorganisatie van het personeelsbestand nodig is, dient dit te gebeuren op basis van het reguliere arbeidsrecht dat is neergelegd in Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Wanneer als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen komen te vervallen, kan de werkgever het UWV om toestemming vragen om arbeidsovereenkomsten op te zeggen. Op grote reorganisaties is vaak een sociaal plan van toepassing. Een sociaal plan is doorgaans een overeenkomst tussen de werkgever en één of meerdere vakorganisaties, de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging, waarin de personele gevolgen van een reorganisatie worden geregeld. Het plan kan inhouden dat medewerkers worden ontslagen, maar ook regels bevatten over de herplaatsing van werknemers of de aanpassing van de arbeidsvoorwaarden. In het plan wordt ook vastgelegd welke rechten de betrokken werknemers hebben. Dit betreft bijvoorbeeld het recht op vergoedingen, begeleidingsfaciliteiten of scholing. Wanneer als gevolg van een reorganisatie meer dan 20 werknemers worden ontslagen, moet de werkgever dit op

basis van artikel 3 van de Wet melding collectief ontslag melden bij het UWV en bij de belanghebbende verenigingen van werknemers."

Als een werkgever in het kader van een herstructurering personeel wil ontstaan, zal dus de gewone weg van art. 7:669 lid 3 onder a BW moeten worden gevolgd, opzegging wegens bedrijfseconomische omstandigheden.

- 4.12 Ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt dus dat de WHOA geen mogelijkheid biedt tot wijziging van rechten van werknemers die uit een arbeidsovereenkomst met de schuldenaar voortvloeien.
- 4.13 Overigens hebben de Wet werk en zekerheid (Wwz) en de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) waarnaar in de memorie van toelichting wordt verwezen (zie onder 4.10), onder andere veranderingen aangebracht in het ontslagrecht. De (beperkte) mogelijkheden van werkgevers om andere wijzigingen aan te brengen in hun verplichtingen jegens werknemers zijn in deze wetten echter ongemoeid gelaten.
- 4.14 De werknemersuitzondering is ruim geformuleerd: om op de voet van art. 369 lid 4 Fw buiten het bereik van de WHOA te vallen is slechts vereist dat het gaat om (i) werknemers en (ii) rechten die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien. Dit is niet nader geclausuleerd.¹³⁸
- 4.15 Het eerste vereiste, werknemerschap, roept direct de vraag op hoe het zit met werkenden die geen arbeidsovereenkomst hebben, maar werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht, zoals freelancers, zzp'ers of andere opdrachtnemers.¹³⁹ Als die overeenkomst aan de hand van de maatstaf uit de beschikking van de Hoge Raad *Uitkeringsgerechtigde/Gemeente Amsterdam*¹⁴⁰ inderdaad niet kwalificeert als een arbeidsovereenkomst, zullen zij tekstueel niet onder de uitzondering van art. 369 lid 4 Fw vallen. Van der Pijl wijst er echter terecht op dat het Europese werknemersbegrip, dat zich aan het ontwikkelen is, ruimer is dan het Nederlandse werknemersbegrip.¹⁴¹ Dat zou kunnen betekenen, zo schrijft Van der Pijl, dat ook zelfstandigen, zeker de schijnzelfstandigen, onder omstandigheden kunnen betogen dat zij moeten worden aangemerkt als werknemers in de zin van de Herstructureringsrichtlijn en dat derhalve hun rechten, waaronder die uit art. 13 van de Richtlijn,¹⁴² niet aangetast kunnen worden door de eventuele homologatie van een akkoord.¹⁴³
- 4.16 Dat het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in de verplichtingen van de werkgever/schuldenaar jegens zijn werknemers, leidt ertoe dat werknemers niet als stemgerechtigde schuldeisers worden aangemerkt, zo is ook opgenomen in de memorie van toelichting:¹⁴⁴
- "Nu het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers, worden werknemers niet aangemerkt als stemgerechtigde schuldeisers."*
- 4.17 Dit is overigens anders wanneer het gaat om vorderingen van een werknemer die berusten op een andere grondslag dan de arbeidsovereenkomst: die kunnen wél bij het akkoord worden betrokken (nu art. 369 lid 4 Fw is beperkt tot rechten van werknemers die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst). Te denken is bijvoorbeeld aan een geldlening die de werknemer heeft verstrekt.¹⁴⁵
- 4.18 De ratio voor het opnemen van de werknemersuitzondering lijkt te zijn gelegen in bescherming van de werknemer, namelijk het borgen van zijn rechtspositie (zie citaten onder 4.10), maar helemaal zeker is dat niet.¹⁴⁶ De keuze van de wetgever om de positie van werknemers uit te zonderen, is tamelijk summier toegelicht.¹⁴⁷ Dat maakt het motief voor de werknemersuitzondering niet heel helder.¹⁴⁸
- 4.19 Het lijkt erop dat het opnemen van de werknemersuitzondering in de WHOA een politieke keuze

is geweest.¹⁴⁹ In de literatuur is wel geschreven dat het, vanwege de politieke gevoeligheid van het onderwerp 'werknemer', onhaalbaar werd geacht om consensus te bereiken om de WHOA (al dan niet geclausuleerd)¹⁵⁰ ook van toepassing te laten zijn op werknemersrechten.¹⁵¹ Bij die keuze zijn gedurende de parlementaire behandeling geen principiële vraagtekens geplaatst.

4.20 Die vraagtekens bij de werknemersuitzondering zijn wél geplaatst in de literatuur. Volgens Van der Pijl 'bevreemdt zij enigszins'.¹⁵² Tollenaar is zeer kritisch over de uitzondering, omdat deze volgens hem de belangen van werknemers juist schaadt. Zolang er geen mogelijkheid bestaat om ontslagverplichtingen buiten surseance en faillissement te herstructureren, maar men wel buiten surseance en faillissement noodlijdende ondernemingen wil kunnen redden en de daarmee verbonden werkgelegenheid behouden, blijft de noodzaak bestaan om de verplichtingen die uit noodzakelijke ontslagen voortvloeien, te kortwieken. Dit vormt een daadwerkelijke materiële inkorting van de rechten die de ontslagen werknemers als crediteur hebben, zo schrijft hij.¹⁵³ Ook Broeders vindt het een gemiste kans dat er niet voor is gekozen om werknemers onderdeel van het akkoord te laten zijn en hen in een aparte categorie in te delen, temeer omdat de (toen nog ontwerp-)Herstructureringsrichtlijn dit wel mogelijk maakt.¹⁵⁴ Josephus Jitta heeft voorgesteld de mogelijkheid te openen dat een werkgever/schuldenaar in overleg met de vakorganisaties of de ondernemingsraad in het kader van een reorganisatie als onderdeel van een onderhands akkoord afspraken maakt over de rechten van werknemers.¹⁵⁵ Schreurs pleit voor het schrappen van de werknemersuitzondering.¹⁵⁶

4.21 Ook in de consultatiereacties op het voorontwerp van de WHOA is kritiek geuit op de werknemersuitzondering.¹⁵⁷ INSOLAD heeft begrip voor de uitzondering, maar vindt dat de positie van werknemers in het kader van herstructureringen in bredere zin dient te worden heroverwogen, onder andere naar aanleiding van de uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake *Smallsteps*.¹⁵⁸ Volgens de NOvA zou het uitsluiten van de mogelijkheid van het aanpassen van de arbeidsovereenkomsten in het kader van de WHOA kunnen worden heroverwogen.¹⁵⁹ VNO-NCW en MKB-Nederland kunnen moeilijk begrijpen dat van alle partijen offers worden gevraagd om een onderneming van een faillissement te behoeden, behalve van de werknemers van de onderneming.¹⁶⁰

4.22 In dit verband is op te merken dat in er zijn algemeenheid een sterk contrast bestaat tussen de bescherming van werknemers buiten insolventie enerzijds, en de verregaand ingeperkte bescherming in faillissement anderzijds.¹⁶¹ Volgens Mennens lijkt er inmiddels *communis opinio* te bestaan dat dit sterke contrast genuanceerd dient te worden.¹⁶² Hoe dat er echter uit zou moeten zien, is een fundamentele en rechtspolitieke vraag, die om een integrale benadering van het krachtenveld vraagt. Terecht merkt Mennens op dat het antwoord daarop in eerste instantie uit de politiek moeten komen, en, zo zou ik daaraan willen toevoegen, niet van de rechter. In de aanloop naar de WHOA is door de minister en het parlement deze vraag echter afgehouden. Om niet te zeggen: de hete aardappel is weer doorgeschoven.¹⁶³ De kloof tussen ontslag binnen en buiten faillissement is onder de WHOA immers volledig gehandhaafd door de positie van werknemers in een pre-insolventieakkoord ongemoeid te laten.¹⁶⁴

Consultatie Voorontwerp WCO II en de reactie van de Pensioenfederatie

4.23 De WHOA (en zijn voorloper) zijn, zoals hiervoor al aan de orde kwam, in aanloop naar het wetsvoorstel ter internetconsultatie voorgelegd. In beide voorontwerpen (zie onder 3.21) is de werknemersuitzondering opgenomen.

4.24 In het voorontwerp van de WCO II luidde de werknemersuitzondering als volgt (art. 368 lid 9 Fw (concept-tekst)):¹⁶⁵

"Het in deze afdeling bepaalde is niet van toepassing ten aanzien van verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeien uit ten tijde van het aanbieden van het akkoord bestaande arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek."

4.25 De bepaling was dus in twee opzichten anders geformuleerd dan de huidige bepaling van art. 369 lid 4 Fw. In de eerste plaats was vermeld dat het ging om *verplichtingen van de schuldenaar* (die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten), in plaats van de huidige tekst, waarin het gaat om *rechten van werknemers* (die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten). In de tweede plaats bevatte de concept-tekst een clausulering dat de arbeidsovereenkomsten bestonden ten tijde van het aanbieden van het akkoord. In de huidige tekst staat die clausulering niet.

4.26 In de parlementaire geschiedenis is niet toegelicht waarom deze wijzigingen ten opzichte van de concept-tekst zijn doorgevoerd. Ik ga ervan uit dat geen inhoudelijke wijziging van de bepaling is beoogd. Dat kan ook worden afgeleid uit de toelichting op de bepaling in de concept-memorie van toelichting bij art. 368 lid 9 Fw (concept-tekst), die als volgt luidde:¹⁶⁶

“Uit dit lid volgt dat het akkoord niet de wijziging van een arbeidsovereenkomst kan inhouden. Daarvoor dient het daartoe bestemde traject, dat recent met de Wet Werk en Zekerheid is gestroomlijnd.”

Dit is nagenoeg dezelfde toelichting die is gegeven op art. 369 lid 4 Fw (in de artikelgewijze toelichting op het WHOA-voorstel, zie onder 4.10).

4.27 De Pensioenfederatie is de overkoepelende belangenbehartiger van bijna alle Nederlandse pensioenfondsen. Zij heeft op beide voorontwerpen gereageerd. In haar consultatiereactie van 29 november 2017 heeft de Pensioenfederatie onder meer het volgende opgemerkt (onderstrepingen in origineel):¹⁶⁷

“De aanleiding om te reageren is dat:

- 1. een aantal gevolgen uit het wetsvoorstel onduidelijk is voor pensioenfondsen;*
- 2. pensioenfondsen financieel worden geraakt als aan hen een dwangakkoord wordt opgelegd; en*
- 3. pensioenfondsen geraakt worden vanwege de samenhang van het wetsvoorstel met sociale- en pensioenwetgeving.*

(...)

In 2014 heeft de Pensioenfederatie overigens ook gereageerd op de consultatie van de Wet Continuïteit Ondernemingen II, de voorloper van het wetsvoorstel dat nu ter consultatie wordt aangeboden. Als wij het wetsvoorstel van toen vergelijken met het wetsvoorstel dat nu voorligt, constateren wij dat onze opmerkingen niet tot enige wijziging en/of verduidelijking hebben geleid.

(...)

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. (...)

Verzoek

Wij verzoeken u aan artikel 61 WW, naast faillissement, surseance van betaling en schuldsanering natuurlijke personen, ook het 'dwangakkoord' toe te voegen, dan wel in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel te verduidelijken dat het dwangakkoord in het kader van artikel 61 WW wordt gezien als een toestand van te hebben opgehouden te betalen. (...)

4.28 Ervan uitgaande dat pensioenpremies wél onder een akkoord vallen (en dus niet onder de werknemersuitzondering), vraagt de Pensioenfederatie dus om een uitbreiding van de loongarantieregeling (zie hierna par. 7), zodat bij de homologatie van een akkoord de pensioenpremies worden overgenomen door het UWV.

4.29 De minister heeft echter niet gereageerd op de opgeworpen vraagpunten.¹⁶⁸ Uit de wetsgeschiedenis van de WHOA blijkt dat ook het parlement hieraan geen aandacht heeft besteed. Aan de afwezigheid van een reactie van de minister of een verduidelijking of wijziging van de regelgeving (zoals de WHOA of de loongarantieregeling) sinds de consultatiereactie van de

Pensioenfederatie, is naar mijn mening geen argument te ontleen voor het antwoord op de voorliggende prejudiciële vraag, noch in positieve noch in negatieve zin.

4.30 Inmiddels is de Pensioenfederatie overigens teruggekomen van dit standpunt dat pensioenpremies in een akkoord kunnen worden betrokken. In haar consultatiereactie op het voorontwerp voor de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (zie hiervoor onder 3.23) schrijft de Pensioenfederatie onder meer:¹⁶⁹

“Zowel op basis van de [WHOA] als het wetsvoorstel inzake de [WCO I] zijn we van mening dat deze pensioenpremievorderingen volgen uit ‘rechten van werknemers die volgen uit een arbeidsovereenkomst’ zoals genoemd in artikel 369, vierde lid van de Faillissementswet.”

5 Bedrijfstakpensioenfondsen en de af te dragen premies

5.1 Om te kunnen beoordelen of vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds die bestaan uit achterstallige pensioenpremies onder de werking van de WHOA kunnen vallen, bevat deze paragraaf een korte weergave van de systematiek van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen en de gevolgen van een verplichtstelling (onder 5.2-5.5), de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer (onder 5.6-5.9), waarbij pensioen een arbeidsvoorwaarde is (zie onder 5.10), de premiebetaling aan en de invordering door het bedrijfstakpensioenfonds (onder 5.11-5.16), het recht van de werknemer op premiebetaling door de werkgever (onder 5.17-5.20) en tot slot de kwalificatie van dat recht: voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst (onder 5.21-5.27) en binnen de reikwijdte van art. 369 lid 4 Fw (onder 5.28-5.36).

Verplichtstelling en de gevolgen daarvan

5.2 Bedrijfstakpensioenfondsen zijn pensioenfondsen ten behoeve van een of meer bedrijfstakken of delen van een bedrijfstak, aldus art. 1 Pensioenwet (Pw). De wettelijke mogelijkheid tot verplichtstelling van deelname in een bedrijfstakpensioenfonds is geregeld in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000).¹⁷⁰ Deze mogelijkheid dient volgens de parlementaire geschiedenis een economisch en een sociaal doel.¹⁷¹ Het verplichtstellen van deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds levert een belangrijke bijdrage aan de verkleining van de ‘witte vlekken’ (werknemers die geen aanvullend pensioen opbouwen) en ‘grijze vlekken’ (werknemers die een pensioenregeling hebben van inferieure kwaliteit).¹⁷² Omdat bedrijfstakpensioenfondsen (op dit moment¹⁷³) op de voet van art. 8 Wet Bpf 2000 verplicht zijn om zogenoemde ‘doorsneepremies’ te hanteren (premies die kort gezegd voor alle deelnemers gelijk zijn of een gelijk percentage bedragen van het loon), wordt solidariteit afgedwongen tussen oude en jonge, zieke en gezonde werknemers en tussen grote en kleine ondernemingen in de desbetreffende bedrijfstak.¹⁷⁴ Ook het Europese Hof van Justitie heeft overwogen dat de Nederlandse bedrijfstakpensioenfondsen een essentiële sociale functie vervullen.¹⁷⁵

5.3 De verplichtstelling van deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds berust op een besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, op verzoek van het ‘georganiseerde bedrijfsleven’ (art. 2 lid 1 Wet Bpf 2000).¹⁷⁶ De verplichtstelling vestigt een wettelijke pensioenplicht in de bedrijfstak waarop het verplichtstellingsbesluit betrekking heeft.¹⁷⁷

5.4 Het gevolg van een verplichtstelling is dat werkgevers en deelnemers wettelijk verplicht zijn de statuten en (uitvoerings- en pensioen-)reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds na te leven (art. 4 Wet Bpf 2000).¹⁷⁸ Deze verplichtingen ontstaan van rechtswege op het moment waarop aan de voorwaarden voor verplichte deelneming wordt voldaan.¹⁷⁹ De wettelijke nalevingsplicht geldt bijvoorbeeld voor de in het uitvoeringsreglement opgenomen verplichting van de werkgever tot betaling van pensioenpremie en aanmelding van werknemers. Indien voldaan is aan de in een pensioenreglement neergelegde voorwaarden, vloeien de pensioenaanspraken van de deelnemer zelfstandig en rechtstreeks voort uit dat pensioenreglement.¹⁸⁰

5.5 De verplichtstelling creëert de voor pensioenen typische driehoeksverhouding tussen de werknemer, de werkgever en de pensioenuitvoerder (in dit geval het bedrijfstakpensioenfonds).¹⁸¹

De rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer en de gelijkstelling daarvan met een pensioenovereenkomst

5.6 De verplichtstelling van deelname in een bedrijfstakpensioenfonds heeft tot gevolg dat er tussen de werkgever en werknemer een rechtsbetrekking met betrekking tot pensioen ontstaat. Er is geen sprake van een pensioenovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer, maar hun rechtsbetrekking is daarmee wel gelijkgesteld, zo bepaalt art. 2 lid 2 onder a Pw:¹⁸²

Artikel 2. Nadere bepalingen definities

(...)

2. Met een pensioenovereenkomst wordt gelijkgesteld:

a. de uit de dienstbetrekking voortvloeiende rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling; en

(...)

5.7 Deze gelijkstelling van de rechtsbetrekking tussen een werkgever en werknemer in geval van verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds met een pensioenovereenkomst is in de memorie van toelichting van de Pensioenwet als volgt toegelicht:¹⁸³

“Evenals in de PSW wordt in het wetsvoorstel de situatie waarin de werkgever en de werknemer geen afspraken maken betreffende pensioen, maar wel sprake is van een verplichtstelling op basis van de Wet Bpf 2000, gelijkgesteld met de situatie waarin er sprake is van een pensioenovereenkomst.”

5.8 In de memorie van toelichting bij de Pensioenwet valt verder nog te lezen dat bij verplichte deelneming aan een bedrijfstakpensioenfonds geen pensioenovereenkomst wordt gesloten tussen de individuele werkgever en de individuele werknemer. Dat maakt echter niet uit voor de rechten en plichten die werkgever wederzijds hebben:¹⁸⁴

“Voor de rechten en plichten over en weer tussen werkgever en werknemer maakt het echter niet uit, of zij het pensioen feitelijk zelf overeenkomen, dan wel dat de hun vertegenwoordigende organisaties dat doen. Dit wetsvoorstel gaat uit van de fictie dat de werkgever en werknemer in een bedrijfstak waar een verplichtgestelde regeling geldt een pensioenovereenkomst hebben gesloten.”

5.9 Met andere woorden: ook als er geen pensioenovereenkomst is tussen werkgever en werknemer geldt de fictie dat de werkgever en werknemer een pensioenovereenkomst hebben gesloten.¹⁸⁵ De daaruit voortvloeiende rechten en plichten van werknemer en werkgever staan op één lijn staan met de rechten en plichten die werknemer en werkgever zouden hebben als zij zelf een pensioenovereenkomst zouden hebben gesloten.

Pensioen is arbeidsvoorwaarde

5.10 Het staat buiten discussie dat pensioen op zichzelf een arbeidsvoorwaarde is, dus een recht van de werknemer dat voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst.¹⁸⁶ Zo schrijft Lutjes:¹⁸⁷

“Pensioen dat voor werknemers als onderdeel van de arbeidsovereenkomst wordt overeengekomen is een arbeidsvoorwaarde en heeft een beloningskarakter.”

Premiebetaling aan en invordering door het bedrijfstakpensioenfonds

5.11 Een verplichtstelling tot deelname in een bedrijfstakpensioenfonds leidt ertoe dat de werkgever pensioenpremie dient te betalen aan het bedrijfstakpensioenfonds (zie onder 5.4).

5.12 Het voldoen van de premies is echter geen voorwaarde om het recht van een werknemer op een pensioen te doen ontstaan. Ook als de werkgever geen premies heeft afgedragen, moet het bedrijfstakpensioenfonds de pensioenverplichtingen jegens de deelnemer nakomen.¹⁸⁸ Datzelfde geldt wanneer de werkgever de werknemer niet bij het bedrijfstakpensioenfonds heeft aangemeld. Hier geldt dus – als uitgangspunt¹⁸⁹ – het beginsel: ‘geen premie, wel pensioen’.¹⁹⁰ Hiermee wordt omzeiling van de verplichtstelling voorkomen. Dat strookt met de doelen en de bijzondere wettelijke taken van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen (zie onder 5.2).

5.13 Het beginsel ‘geen premie, wel pensioen’ maakt dat individuele werknemers in beginsel zelf geen direct belang hebben om hun werkgever te dwingen tot het afdragen van premies aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Zij hebben immers recht op pensioen, ook al heeft er geen premieafdracht plaatsgevonden. De Hoge Raad heeft dat ook met zoveel woorden overwogen in het GOM-arrest (waarover nader onder 5.23):¹⁹¹

“3.11 Bij de hier aan de orde zijnde uitleg van de art. 7:663 en 7:664 BW dient voorts de omstandigheid te worden betrokken dat de werknemer die zowel voor als na de overgang van de onderneming verplicht deelneemt in hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds, in die zin geen belang heeft bij het instellen van een vordering tot premiebetaling tegen de overdragende werkgever of de verkrijger, dat de verplichting van het pensioenfonds om aangesloten werknemers – als zij aan de daartoe gestelde voorwaarden voldoen – pensioenuitkeringen te doen, bestaat onafhankelijk van het antwoord op de vraag in hoeverre door de werkgever de verschuldigde premie is voldaan. (...)”

5.14 Op collectief niveau hebben werknemers er natuurlijk wel belang bij dat pensioenpremies worden afgedragen, want niet-afgedragen premies leiden tot een lagere dekkingsgraad. Een lagere dekkingsgraad leidt tot een grotere kans op kortingen. Zie het vervolg van rov. 3.11 van het GOM-arrest (mijn onderstreping):¹⁹²

“(...) Als het pensioenfonds niet over een eigen recht zou beschikken om de verkrijger aan te spreken tot betaling van achterstallige premies, zou de nakoming van de – voor de dekkingsgraad van het totaal van de verplichtingen van het pensioenfonds belangrijke – verplichting van de verkrijger om eventuele achterstallige premies te voldoen, dus onvoldoende zijn gewaarborgd. Indirect kunnen daardoor ook de belangen van de werknemers zelf worden geschaad, namelijk in het geval het pensioenfonds wegens een te lage dekkingsgraad zou overgaan tot korting op de pensioenen (art. 134 Pw).”

5.15 Behalve aan het door de Hoge Raad genoemde risico van korting kan ook worden gedacht aan het niet-indexeren van pensioenen. Zie ook Lutjens in een noot onder een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep:¹⁹³

“Aldus heeft het incidenteel niet betalen van de premie niet direct financieel nadeel voor de werknemer, maar dat kan wel ontstaan (minder premie zal hoe dan ook gevolgen hebben voor de financiële huishouding van een pensioenfonds en kan ook gevolgen hebben voor de nakoming van voorwaardelijke verplichtingen, zoals voorwaardelijke toeslagen).”

5.16 Vanwege het belang van voldoende dekking, mede tegen de achtergrond van het uitgangspunt ‘geen premie, wel pensioen’, is één van de belangrijkste taken van een bedrijfstakpensioenfonds om ervoor zorg te dragen dat werkgevers de verschuldigde pensioenpremies betalen (de handhavingsplicht).¹⁹⁴ Indien een werkgever ten onrechte geen pensioenpremies afdraagt – bijvoorbeeld omdat de werkgever meent niet onder de werkingssfeer te vallen – heeft het pensioenfonds vergaande mogelijkheden om de premies te incasseren. Zo kunnen pensioenfondsen na aanmaning een dwangbevel uitvaardigen en daarmee zelf een executoriale titel creëren (art. 21 Wet Bpf 2000). De werkgever kan daartegen in verzet komen bij de civiele rechter binnen dertig dagen na betekening van het dwangbevel (art. 21 lid 5 Wet Bpf 2000).¹⁹⁵ Het bedrijfstakpensioenfonds kan dus op eenvoudige en weinig kostbare wijze achterstallige pensioenpremies invorderen.¹⁹⁶ Ook zijn bestuurders van de werkgever hoofdelijk aansprakelijk voor betaling van de premies en dienen zij betalingsonmacht aan het bedrijfstakpensioenfonds te

melden (art. 23 Wet Bpf 2000).¹⁹⁷ Het doel van die meldingsplicht is dat het bedrijfstakpensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte raakt van de betalingsonmacht, zodat het zich kan beraden op zijn opstelling ten aanzien van de onderneming.¹⁹⁸

Het recht van de werknemer op premiebetaling door de werkgever

- 5.17 Tegenover de plicht tot premiebetaling van de werkgever staat niet alleen een recht van het bedrijfstakpensioenfonds om premies te innen; de werkgever is ook *jegens de werknemers* verplicht tot betaling van pensioenpremies aan het bedrijfstakpensioenfonds. Dat heeft de Hoge Raad in zijn algemeenheid (niet alleen voor de situatie van aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds maar ook voor een 'gewone' pensioenovereenkomst) overwogen in rov. 3.10 van het GOM-arrest (mijn onderstreping):¹⁹⁹

"Verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst ter zake van pensioen hebben als bijzonderheid dat daarbij in de regel sprake is van een driehoeksverhouding tussen de werknemer, de werkgever en een pensioenuitvoerder als bedoeld in art. 23 lid 1 in verbinding met art. 1 Pw. De werkgever is uit hoofde van de pensioenovereenkomst (of daarmee gelijk te stellen rechtsbetrekking in geval van verplichte deelneming op grond van de Wet Bpf 2000, zie hiervoor in 3.5) jegens de werknemer verplicht tot premiebetaling aan de pensioenuitvoerder. De pensioenuitvoerder heeft daarnaast een eigen recht jegens de werkgever op betaling van de premie. (...)"

- 5.18 Dat de werkgever jegens de werknemers verplicht is tot premieafdracht betekent, spiegelbeeldig, dat werknemers jegens de werkgever een recht hebben op afdracht van pensioenpremies aan het bedrijfstakpensioenfonds. Van dit recht kunnen werknemers ook nakoming afdwingen, maar daarbij zullen ze in het algemeen geen belang hebben, zo volgt uit rov. 3.11 van het GOM-arrest (zie hiervoor onder 5.13).

- 5.19 Juist dít werknemersrecht is cruciaal bij de beantwoording van de prejudiciële vraag. Als de achterstallige pensioenpremies in het WHOA-akkoord kunnen worden betrokken, worden werknemers immers beperkt in hun recht om jegens de werkgever afdracht van pensioenpremies af te dwingen.

- 5.20 In de literatuur over art. 369 lid 4 Fw lijkt niet steeds te worden onderkend dat werknemers er *in hun rechtsverhouding met de werkgever* recht op hebben dat hun werkgever pensioenpremies afdraagt. Zo schrijft Mouthaan, die meent dat een pensioenpremieachterstand niet onder de werknemersuitzondering valt: '*Ten eerste is de premieachterstand geen recht van een werknemer maar van het bpf.*'²⁰⁰ Ook Van den Sigtenhorst schrijft dat het '*niet aannemelijk is*' dat vorderingen van pensioenfondsen uitgesloten zijn van de werking van de WHOA, omdat het '*immers geen rechten van de werknemers betreft*'.²⁰¹

Dit recht van de werknemer vloeit voort uit de arbeidsovereenkomst

- 5.21 Dat de verplichting tot premiebetaling op de wet is gebaseerd (zie onder 5.3 en 5.4), doet er niet aan af dat tevens sprake is van een *uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting* van de werkgever jegens de werknemer. Dat volgt uit de hiervoor besproken regel, dat onder art. 2 lid 2 Pw de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, gelijkgesteld wordt met een pensioenovereenkomst (zie onder 5.6-5.9). Zie ook Lutjens (mijn onderstreping):²⁰²

"In geval van de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds is er op grond van art. 4 Wet Bpf 2000 een gehoudenheid de statuten en reglementen van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds na te leven. De premiebetalingsplicht is veelal in het uitvoeringsreglement opgenomen. Er is dan sprake van een op de wet gebaseerde verplichting tot premiebetaling. Dit gegeven staat er niet aan in de weg dat er tevens sprake is van een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting jegens werknemers. Op grond van de tussen de werkgever en de werknemer bestaande arbeidsovereenkomst ontstaat immers de verplichting tot deelneming in en premiebetaling aan het

verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen. Dat de wettelijke regeling de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst invult of aanvult, betekent niet dat daarom de verplichtingen niet – mede – uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien. De omstandigheid dat art. 2 lid 2, onder a, Pw de rechtsbetrekking uit een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds met een pensioenovereenkomst gelijkstelt, onderstreept dat in deze rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer de verplichtingen uit hoofde van de Wet Bpf 2000 bestaan.”

- 5.22 De gelijkstellingsbepaling van art. 2 lid 2 onder a Pw leidt er dus toe dat de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer bij een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds niet verschilt van de rechtsbetrekking die voortvloeit uit een pensioenovereenkomst.
- 5.23 Dat de rechtsbetrekking uit een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds dezelfde is die ontstaat als een pensioenovereenkomst, is door de Hoge Raad in het GOM-arrest uitdrukkelijk overwogen voor de situatie van overgang van onderneming. In deze zaak had schoonmaakbedrijf GOM, dat verplicht deelneemt in een bedrijfstakpensioenfonds een andere schoonmaakonderneming, VBG, gekocht. De werknemers gingen op grond van overgang van onderneming (art. 7:662 e.v. BW) van rechtswege mee over en vielen – zowel voor als na de overname – onder hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds. GOM werd door het bedrijfstakpensioenfonds aangesproken voor de betaling van premies die VBG vóór de overname onbetaald had gelaten. Het hof oordeelde dat GOM op grond van art. 7:663 BW gehouden was de achterstallige premies van VBG aan het bedrijfstakpensioenfonds te voldoen. Naar aanleiding van de hiertegen aangevoerde cassatieklachten overwoog de Hoge Raad onder meer het volgende (mijn onderstreping):²⁰³
- “3.5. Uit dit samenstel van de art. 7:663, 7:664 lid 1 en 7:664 lid 2 BW en de daarop gegeven toelichting volgt dat het geval waarin de overdragende en de verkrijgende werkgever beiden verplicht deelnemen in hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds op grond van de Wet Bpf 2000, valt onder de werking van art. 7:663 BW. Dit betekent dat verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van de Wet Bpf 2000 moeten worden aangemerkt als verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:663 BW. Dit strookt met het stelsel van de Pensioenwet (Pw), waarin een pensioenovereenkomst wordt gedefinieerd als “hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen” (art. 1 Pw) en met een pensioenovereenkomst wordt gelijkgesteld “de uit de dienstbetrekking voortvloeiende rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling” (art. 2 lid 1, aanhef en onder a, Pw).”*
- 5.24 De door de werkgever af te dragen premies aan een bedrijfstakpensioenfonds moeten volgens de Hoge Raad dus worden aangemerkt als verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:663 BW.
- 5.25 De andersluidende opvatting van Mouthaan, dat een premieschuld niet voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst maar uit de wet – waaraan hij de gevolgtrekking verbindt dat een premieschuld niet onder de uitzondering van art. 369 lid 4 Fw valt –, lijkt mij dan ook niet juist.²⁰⁴ Datzelfde geldt voor het standpunt dat AHG in haar schriftelijke opmerkingen (onder 2.3.15) inneemt, namelijk dat de verplichting van werkgevers om pensioenpremies af te dragen weliswaar onlosmakelijk is verbonden met het bestaan van een arbeidsrelatie, maar dat dat de premievorderingen nog niet maakt tot ‘rechten die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst’ zoals bedoeld in art. 369 lid 4 Fw.
- 5.26 De overwegingen in het GOM-arrest zijn ingestoken vanuit de regelgeving voor overgang van onderneming. Naar mijn mening gelden die overwegingen echter breder en moet *in zijn algemeenheid* worden aangenomen dat verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds moeten worden aangemerkt als verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Ook Lutjens acht het aannemelijk dat

het oordeel van de Hoge Raad in het GOM-arrest van algemene betekenis is:²⁰⁵

“Het is van belang op te merken dat de Hoge Raad dit oordeel geeft op basis van het geval waarin de overdragende en de verkrijgende werkgever beiden verplicht deelnemen in hetzelfde verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds. Dat was namelijk de situatie in het GOM-arrest. Het is aannemelijk dat het oordeel van de Hoge Raad geleet op de argumentatie gebaseerd op het stelsel van de Pensioenwet van algemene betekenis is en geldt voor alle andere situaties waarin sprake is van verplichtingen voortvloeiende uit de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds.”

5.27 Anders dan AHG in haar schriftelijke opmerkingen betoogt (onder 2.3.13), lees ik niet dat Verburg een andere opvatting zou zijn toegedaan over de reikwijdte van de overwegingen uit het GOM-arrest, en dat hij meent dat die overwegingen *niet* kunnen worden doorgetrokken naar andere situaties. De opmerking van Verburg waarop dat standpunt van AHG is gebaseerd (in zijn noot onder het arrest²⁰⁶), luidt dat het oordeel van de Hoge Raad in het GOM-arrest een ‘*beperkt uitstralingseffect*’ heeft. Die opmerking heeft echter betrekking op Verburgs eerdere constatering, dat ‘*het oordeel van de Hoge Raad [...] beperkt [is] tot situaties als bedoeld in art. 7:664 lid 2 BW: voor en na de transactie betrokkenheid van hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds*’, en dus niet, zo bedoelt hij kennelijk, op elke situatie waarin sprake is van overgang van onderneming. Dat Verburg dat bedoelt, blijkt ook de verwijzing naar de conclusie van A-G Timmerman in dezelfde zin.²⁰⁷

Dit recht van de werknemer valt onder art. 369 lid 4 Fw

5.28 Mijns inziens is het oordeel van de Hoge Raad in het GOM-arrest over de kwalificatie van verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds dus van algemene betekenis. Dan is de consequentie dat óók in het kader van de WHOA moet worden aangenomen dat verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit verplichte deelname in een bedrijfstakpensioenfonds kwalificeren als verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Daarmee vallen zij onder de werknemersuitzondering van art. 369 lid 4 Fw.

5.29 Dat is dan ook het standpunt dat Lutjens inneemt in zijn noot bij de uitspraak waarin de onderhavige prejudiciële vragen zijn gesteld (mijn onderstreping):²⁰⁸

“(...) maar de vervolgvraag is of pensioenpremies verschuldigd aan de pensioenuitvoerder zijn aan te merken als rechten van werknemers uit een arbeidsovereenkomst.

Een overeenkomstige vraag heeft de Hoge Raad bevestigend beantwoord in verband met pensioenpremies in relatie tot de overgang van rechten en plichten uit een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:663 BW. In het arrest van GOM oordeelde de Hoge Raad 14 oktober 2016, PJ 2016/156 dat pensioenpremies verschuldigd aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds zijn aan te merken als “verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:663 BW”. (...) Dat baseerde de Hoge Raad niet alleen op de tekst van de wet, maar ook op de gegeven toelichting, alsmede op het stelsel van de Pensioenwet waarin de uit de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds voortvloeiende rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met een pensioenovereenkomst zijn gelijk gesteld (art. 2 lid 2 Pensioenwet). Deze zelfde lijn van denken zou aangenomen kunnen worden in verband met art. 369 lid 4 BW [A-G: bedoeld zal zijn: Fw]. Dit artikel zelf maakt ook geen uitzondering voor bepaalde rechten en werknemersbelang is er mee gemoeid dat – ook – de pensioenpremies buiten het akkoord blijven.

Nu spreekt de Hoge Raad in het GOM-arrest over de “verplichtingen” en wel die in de zin van art. 7:663 BW “voor de werkgever” uit een arbeidsovereenkomst voortvloeien en spreekt art. 369 Fw over “rechten van werknemers”. De vraag of hier een andere betekenis en reikwijdte uit volgt zou ik ontkennend willen beantwoorden, omdat verplichtingen van de een (werkgever) rechten van de ander (werknemer) weerspiegelen. Het recht van de werknemer impliceert derhalve een plicht (tot in casu premiebetaling) voor de werkgever. Art. 370 lid Fw voorziet in de mogelijkheid om rechten van schuldeisers te wijzigen. Dit heeft in verband met art. 369 lid 4 Fw naar mijn oordeel geen betrekking op het recht van pensioenuitvoerders om – zelfstandig – premie te vorderen, want dat zou of tevens

het premievorderingsrecht van de werknemer aantasten, dan wel een vrij zinledige actie zijn indien het premievorderingsrecht van de werknemer blijft bestaan . Weliswaar zijn in de driehoeksverhouding van werknemer <> werkgever <> pensioenuitvoerder zelfstandige vorderingsrechten van de werknemer en de pensioenuitvoerder te onderkennen, zoals ook de Hoge Raad in rov. 3.10 en 3.11 van het GOM-arrest oordeelde. Het lijkt mij gelet op de opmerking in de vorige zin in verband met een effectieve rechtsbescherming van het recht van de werknemers niet aannemelijk dat in dit geval van art. 369 Fw de werknemer wel, maar de pensioenuitvoerder niet een vorderingsrecht heeft. Met een eenvoudig volmacht zou de werknemer het vorderingsrecht ook nog door de pensioenuitvoerder kunnen laten uitoefenen, maar dat is natuurlijk geen principieel argument.

Al met al concludeer ik dat het recht en daarmee de verplichting tot betaling van pensioenpremies niet onder de regels van de WHOA vallen."

- 5.30 Belangrijk lijkt mij bovendien dat ook in deze situatie de ratio geldt die de Hoge Raad benoemt in het GOM-arrest aan het slot van rov. 3.11, namelijk dat (als de achterstallige premies onbetaald zouden blijven) de belangen van de werknemers indirect kunnen worden geschaad als het pensioenfonds wegens een te lage dekkingsgraad zou overgaan tot korting op de pensioenen. Het niet afdragen van premies kan dus gevolgen hebben voor de rechten van werknemers. Dat vanwege het beginsel 'geen premie, wel pensioen' (zie onder 5.12-5.16) een werknemer niet onmiddellijk getroffen wordt in een individuele pensioenaanspraak, maakt dat niet anders.
- 5.31 AHG neemt hierover in haar schriftelijke opmerkingen (onder 3.4-3.5) een andere opvatting in, die overeenstemt met die van Mouthaan²⁰⁹ en De Gruyter.²¹⁰ Volgens hen raakt het niet betalen van achterstallige bedrijfstakpensioenpremies niet de belangen van werknemers, omdat bij pensioen het beginsel 'geen premie, wel pensioen' geldt. Zij zouden dan ook geen nadeel lijden door het onbetaald blijven van bedrijfstakpensioenpremies. Deze benadering lijkt mij niet juist, omdat het onbetaald blijven van achterstallige bedrijfstakpensioenpremies wél de belangen van werknemers raakt, zij het indirect en op de langere termijn (zie onder 5.14-5.15).
- 5.32 Tegen deze achtergrond kan ook moeilijk worden volgehouden dat de ratio van art. 369 lid 4 Fw niet wordt doorkruist als de premievorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen buiten de bepaling zouden vallen, zoals AHG in haar schriftelijke opmerkingen stelt (onder 3.1-3.6).²¹¹
- 5.33 Mijns inziens is het juist wél in strijd met de ratio van art. 369 lid 4 Fw, nu in de voorgaande opvattingen wordt miskend dat het onbetaald blijven van pensioenpremies wel degelijk de rechten van werknemers kan schaden. Hier geldt precies wat de Hoge Raad overwoog in het GOM-arrest, namelijk dat door het niet voldoen aan de verplichting van de werkgever/schuldenaar 'indirect ook de belangen van de werknemers zelf kunnen worden geschaad' (zie onder 5.14).
- 5.34 Als bijkomend argument noemt Lutjens verder dat ook als de vorderingsrechten van het bedrijfstakpensioenfonds wél onder de WHOA zouden vallen en dus in een akkoord zouden kunnen worden betrokken, het vorderingsrecht van de werknemer terzake van de afdracht van pensioenpremies jegens de werkgever hoe dan ook blijft bestaan.²¹² De werknemer heeft op dit punt immers een eigen recht (zie ook onder 5.17-5.19). De werkgever/schuldenaar zal dan alsnog aan het bedrijfstakpensioenfonds moeten betalen.
- 5.35 Op grond van het voorgaande spreekt het voorstel van Visscher, om een onderscheid te maken tussen de behandeling van enerzijds de rechten van werknemers (die niet onder de werking van de WHOA vallen) en anderzijds de vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds die uit die rechten voortvloeien (die wel onder de werking van de WHOA vallen), weinig aan.²¹³ Immers, de vorderingen inzake de achterstallige pensioenpremies komen dan alsnog terecht bij de werkgever/schuldenaar.
- 5.36 Ten slotte is in dit verband ook nog te wijzen op de eerdere concept-tekst van art. 369 lid 4 Fw, namelijk dat de verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten,

niet onder de WHOA vallen (zie onder 4.24). Ook dit bevestigt dat het in feite niet uitmaakt of de kwestie beantwoord wordt vanuit het perspectief van de werknemer c.q. schuldeiser ('rechten voortvloeiend uit arbeidsovereenkomsten') dan wel vanuit het perspectief van de werkgever c.q. schuldenaar ('verplichtingen voortvloeiend uit arbeidsovereenkomsten'). Het zijn twee kanten van dezelfde medaille. Deze uitwisselbaarheid wordt ook wel geïllustreerd doordat de memorie van toelichting in de artikelsgewijze toelichting spreekt van 'verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers', waar de algemene toelichting en de wettekst het heeft over 'rechten van werknemers'.²¹⁴

6 Maakt de werknemersuitzondering de WHOA minder effectief?

6.1 Door AHG is nog aangevoerd dat het reorganiserend vermogen van de WHOA zou worden ondermijnd als pensioenpremies onder de werking van art. 369 lid 4 Fw zouden vallen (schriftelijke opmerkingen onder 5.1.1-5.16). Ook in de literatuur is dit wel te lezen. Zo schrijft Visscher:²¹⁵

"En in de tweede plaats [A-G: het eerste argument is dat de wetgever niet lijkt te hebben beoogd om vorderingen van het bedrijfstakpensioenfonds van de WHOA uit te sluiten, zie hierna onder 8.6] omdat het de WHOA veel minder effectief zou maken en zelfs dwangakkoorden en herstructureringen zou kunnen frustreren. Indien de vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds niet onder de WHOA zouden vallen, dan zou het bedrijfstakpensioenfonds onder meer middels een dwangbevel op vrij efficiënte wijze executoriaal beslag kunnen leggen op het vermogen van een rechtspersoon. Verder zou de in art. 376 Fw genoemde afkoelingsperiode in dat geval naar mijn mening niet van toepassing zijn op het bedrijfstakpensioenfonds. Art. 369 lid 4 Fw bepaalt namelijk dat, indien de in dat artikel genoemde uitzonderingssituatie zich voordoet, de gehele afdeling niet van toepassing is (en dus ook art. 376 Fw niet). Het risico zou dan bestaan dat een bedrijfstakpensioenfonds een herstructurering zouden kunnen frustreren door middels een dwangbevel tot executie over te gaan teneinde zijn vordering op de rechtspersoon te verhalen. Ook zou het bedrijfstakpensioenfonds dan mogelijk kunnen aansturen op een faillissement. Bedrijfstakpensioenfondsen behoren doorgaans tot de grotere schuldeisers van een rechtspersoon en het uitsluiten van bedrijfstakpensioenfondsen zou in de praktijk aan succesvolle herstructureringen in de weg kunnen staan. Het kan naar mijn mening daarom niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest om vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen van de WHOA uit te sluiten."

6.2 Visscher noemt dus twee redenen voor zijn stelling dat de WHOA minder effectief is als achterstallige premievorderingen onder de uitzondering van art. 369 lid 4 Fw vallen. De eerste reden is dat bedrijfstakpensioenfondsen met een dwangbevel achterstallige premies kunnen innen en zo de herstructurering van de onderneming doorkruisen. De tweede reden versterkt dit, namelijk dat de afkoelingsregeling van art. 376 Fw in dat geval ook niet van toepassing is.

6.3 Op zichzelf is het juist dat bedrijfstakpensioenfondsen met een dwangbevel achterstallige premies kunnen innen (zie onder 5.16). En inderdaad zou dan ook de afkoelingsperiode van art. 376 Fw niet gelden, omdat de uitzondering van art. 369 lid 4 Fw met zich meebrengt dat de gehele regeling van de WHO niet van toepassing is (zie onder 4.4-4.5). Het punt lijkt mij echter dat bedrijfstakpensioenfondsen *altijd* al met een dwangbevel achterstallige premies kunnen innen, dus ook in de periode die voorafgaat aan het aanbieden van een WHOA-akkoord, waarin de onderneming al in betalingsproblemen verkeert. Bedrijfstakpensioenfondsen kunnen dus ook het afkondigen van zo'n afkoelingsperiode vóór zijn. Daarbij dient te worden bedacht dat betalingsonmacht op de voet van art. 23 Wet Bpf 2000 aan het bedrijfstakpensioenfonds dient te worden gemeld, juist zodat het fonds zich kan beraden op zijn positie (zie ook onder 5.16).

6.4 Ten slotte is nog het volgende op te merken. Hiervoor is al besproken dat de WHOA vooral een instrument biedt voor financiële herstructurering en zich, juist vanwege art. 369 lid 4 Fw, minder goed leent voor operationele herstructurering (zie onder 3.8). Dat bedrijfstakpensioenfondsen ook

tijdens een afkoelingsperiode tot inning van achterstallige premies kunnen overgaan, is mijns inziens een uitvloeisel van de categorische werknemersuitzondering. Zoals gezegd, berust deze uitzondering op een politieke keuze (zie onder 4.19 en 4.22).

7 Loongarantieregeling

7.1 Hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet (WW) is getiteld 'Overneming van de uit dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever te betalen'. De daar opgenomen waarborgfondsregeling wordt aangeduid als de loongarantieregeling.²¹⁶

7.2 Hoewel Nederland deze regeling al kent sinds 1968, is zij inmiddels mede gebaseerd op de in 1980 geïntroduceerde Europese Insolventierichtlijn.²¹⁷ De loongarantieregeling dient ter bescherming van werknemers. In de considerans van de Insolventierichtlijn is opgenomen:

"(3) Er zijn voorzieningen nodig om werknemers bij insolventie van de werkgever te beschermen en hun een minimum aan bescherming te bieden, in het bijzonder om de honorering van hun onvervulde aanspraken te garanderen met inachtneming van de noodzaak van een evenwichtige economische en sociale ontwikkeling in de Gemeenschap. Daartoe moeten de lidstaten een fonds oprichten dat de honorering van de onvervulde loonaanspraken van de betrokken werknemers waarborgt.

(4) Met het oog op een billijke bescherming van de betrokken werknemers is het passend de staat van insolventie te definiëren in het licht van de wetgevingstendensen terzake in de lidstaten en dit begrip uit te breiden tot andere insolventieprocedures dan liquidatie. Teneinde de betalingsverplichting van het waarborgfonds vast te stellen, moeten de lidstaten de mogelijkheid hebben in dit verband te bepalen dat een toestand van insolventie die aanleiding geeft tot verscheidene insolventieprocedures, behandeld zal worden alsof het om één enkele insolventieprocedure ging."

7.3 De loongarantieregeling voorziet in, kort gezegd, betaling van (achterstallig) loon door het UWV aan een werknemer, indien diens werkgever – in mijn woorden – in betalingsonmacht verkeert (over dit laatste direct hierna onder 7.4). De inleidende bepaling van de loongarantieregeling is te vinden in art. 61 WW. Deze bepaling luidt als volgt:

Een werknemer heeft recht op uitkering op grond van dit hoofdstuk, indien hij van een werkgever, die in staat van faillissement is verklaard, aan wie surseance van betaling is verleend, ten aanzien van wie de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is, of die anderszins verkeert in de blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, loon, vakantiegeld, of vakantiebijslag te vorderen heeft of indien hij geldelijk nadeel kan ondervinden doordat deze werkgever bedragen die hij in verband met de dienstbetrekking met de werknemer aan derden verschuldigd is, niet heeft betaald.

7.4 Uit art. 61 WW volgt dat de loongarantieregeling van toepassing is indien de werkgever (i) failliet is verklaard, (ii) surseance van betaling is verleend, (iii) onder de werking van de wsnp valt, of (iv) anderszins verkeert in de blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.

7.5 De overname van achterstallig loon en vakantiegeld betreft een periode van maximaal dertien weken voorafgaand aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator (art. 61 lid 1 onder a WW). Verder wordt het loon overgenomen over de opzegtermijn (art. 61 lid 1 onder b WW).

7.6 Op grond van art. 61 lid 1 onder c WW voorziet de loongarantieregeling ook in betaling van 'bedragen die de werkgever in verband met de dienstbetrekking met de werknemer aan derden verschuldigd is', over een periode van maximaal een jaar voorafgaand aan het einde van de opzegtermijn. Uit art. 61 WW volgt dat als bijkomende voorwaarde voor het overnemen van betalingen die de werkgever aan derden is verschuldigd, geldt dat de werknemer 'geldelijk nadeel kan ondervinden' doordat de werkgever die bedragen niet heeft betaald.

- 7.7 Onder deze aan derden verschuldigde bedragen, vallen ook de aan een bedrijfstakpensioenfonds te betalen premies, zo is bevestigd in rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep.²¹⁸ Ook andere betalingen kunnen hier overigens onder vallen, zoals bijvoorbeeld een de failliete werkgever op zich genomen verplichting tot terugbetaling van opleidingskosten van een werknemer jegens diens voormalig weergever.²¹⁹
- 7.8 Verder is door de Centrale Raad van Beroep geoordeeld dat met het onbetaald hebben gelaten van bedrijfstakpensioenpremies, ook is voldaan aan het vereiste dat de werknemer 'geldelijk nadeel kan ondervinden'.²²⁰ Dat strookt met de overweging van de Hoge Raad in het *GOM*-arrest dat onbetaald gebleven premies indirect de belangen van werknemers kunnen schaden (zie ook onder 5.14).
- 7.9 Uit art. 61 WW volgt dat de loongarantieregeling niet van toepassing is tijdens een WHOA-procedure, maar slechts op vier andere situaties van betalingsonmacht (zie onder 7.3-7.4).²²¹ Zou de loongarantieregeling tijdens een WHOA-situatie overigens wél van toepassing zijn, dan vallen achterstallige pensioenpremies die door het akkoord worden getroffen alsnog niet onder het bereik van de loongarantieregeling; in dat geval zijn die premies immers niet langer 'aan derden verschuldigd' als gevolg van het akkoord.²²²
- 7.10 Zoals hiervoor is besproken, is tijdens de parlementaire behandeling van de WHOA niet gereageerd op het voorstel van de Pensioenfederatie om art. 61 WW aan te passen en onder het toepassingsbereik van die bepaling ook het WHOA-akkoord te brengen (zie onder 4.27-4.29).

8 Conclusie en beantwoording van de prejudiciële vraag

- 8.1 Het voorgaande leidt tot de volgende conclusies.
- 8.2 Art. 369 lid 4 Fw bevat een categorische uitzondering voor rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten: deze rechten vallen niet onder de werking van de WHOA.
- 8.3 In de wetsgeschiedenis bij de WHOA is niets vermeld over de vraag of achterstallige pensioenpremies wel of niet onder de in art. 369 lid 4 Fw genoemde 'rechten van werknemers' vallen. In de consultatiefase heeft de Pensioenfederatie gevraagd naar de gevolgen van een dwangakkoord voor achterstallige pensioenpremies, maar op deze vragen is in de parlementaire geschiedenis niet ingegaan (zie onder 4.27-4.29).
- 8.4 Dat de werkgever/schuldenaar premies aan het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds dient af te dragen, is niet alleen een recht van het bedrijfstakpensioenfonds, maar ook een recht van de werknemer zélf (zie onder 5.17-5.20). Uit het *GOM*-arrest van de Hoge Raad volgt dat dit recht van de werknemer voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst (zie onder 5.21-5.27). De werknemer kan jegens de werkgever nakoming van dit recht afdwingen (zie onder 5.18).
- 8.5 Gelet op de algemene en ongeclausuleerde formulering van art. 369 lid 4 Fw moet daarom worden aangenomen dat achterstallige pensioenpremies kwalificeren als 'rechten van werknemers die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten', als omschreven in deze bepaling.
- 8.6 Enkele auteurs betogen dat de wetgever niet zou hebben bedoeld om vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen uit te zonderen van de regeling van de WHOA.²²³ Voor dat standpunt is echter geen steun te vinden in de parlementaire geschiedenis (zie onder 8.3).
- 8.7 Ook kan niet worden aangenomen, zoals enkele auteurs hebben gesteld,²²⁴ dat het in strijd zou zijn met de ratio van art. 369 lid 4 Fw om achterstallige bedrijfstakpensioenpremies buiten de regeling van de WHOA te houden, omdat een werknemer ook recht op pensioen heeft als de

werkgever geen of minder premies heeft afgedragen (zie onder 5.32-5.33). Met deze benadering wordt miskend dat het onbetaald blijven van pensioenpremies wel degelijk de rechten van werknemers kan schaden. Hier geldt precies wat de Hoge Raad overwoog in het *GOM*-arrest, namelijk dat door het niet voldoen aan de verplichting van de werkgever/schuldenaar 'indirect ook de belangen van de werknemers zelf kunnen worden geschaad' (zie onder 5.14).

8.8 Als ervan wordt uitgegaan dat de ratio van art. 369 lid 4 Fw erin gelegen is om de WHOA niet van invloed te laten zijn op de rechtspositie van werknemers (zie onder 4.18), dus op de rechten en plichten van de werknemer, dan is het juist in overeenstemming met die ratio om achterstallige bedrijfstakpensioenpremies buiten de regeling van de WHOA te houden. Een andere opvatting kan de rechtspositie van werknemers immers juist wel – zij het indirect – schaden.

8.9 De vraag of het wenselijk is dat de rechten van werknemers in alle opzichten geborgd blijven in een WHOA-traject, kan mijns inziens geen rol spelen bij de beantwoording van de prejudiciële vraag. Dat neemt niet weg dat geconstateerd kan worden dat er consensus lijkt te bestaan dat het grote verschil tussen de rechtspositie van werknemers in en buiten faillissement niet houdbaar is (zie onder 4.22), en dat het mede hierdoor voorstelbaar is dat de werknemersuitzondering uiteindelijk contraproductief uitpakt (zie onder 4.20). Ook de kloof tussen de rechtspositie van werknemers en die van andere werkenden wordt hierdoor verder verdiept (zie onder 4.15). Het is echter aan de politiek om oplossingen te zoeken voor deze problemen.

8.10 Het voorgaande leidt ertoe dat de vraag van de rechtbank Amsterdam als volgt dient te worden beantwoord: op grond van art. 369 lid 4 Fw is de WHOA niet van toepassing op achterstallige pensioenpremies van bedrijfstakpensioenfondsen.

9 Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vraag als hiervoor onder 8.10 vermeld.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹ In 2020: 5.343.645 actieve deelnemers (zie tabel 8.6 via www.dnb.nl/statistieken). Zie bijv. ook *Asser/Lutjens 7-XI 2019/293*.

² Bijv. Rb. Amsterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1874, *JOR* 2021/218, m.nt. C.M. Harmsen, rov. 4.2 (slot), en op Rb. Rotterdam 29 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10265, rov. 2.6.

³ Vgl. B.J. Engberts, 'Failliet? Zonder rechten ben je niet...?', in: Ph.W. Schreurs c.s. (red.), *De Curator en het Faillissementsproces(recht) (Insolad Jaarboek 2020)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 5, p. 198.

⁴ R.J. de Weijs & B. Wessels, 'Woord vooraf', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (R&P InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. V.

⁵ Zie vorige noot.

⁶ J.M. Hummelen, 'Boekbespreking A.M. Mennens, Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020', *TvI* 2021/10, p. 81 (l.k.).

⁷ R.D. Vriesendorp & O. Salah, 'De WHOA: een nieuw herstructureringsinstrument', *MvV* 2020/6, p. 205, met verwijzing naar de Herstructureringsrichtlijn. Zie ook A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten*

surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118), Deventer: Kluwer 2020, par. 3.5.3.

⁸ Richtlijn EU 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

⁹ Wet van 7 oktober 2020 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), *Stb.* 2020, 414. Besluit van 26 oktober 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet homologatie onderhands akkoord, *Stb.* 2020, 415.

¹⁰ Deze afdeling 'zweeft' overigens momenteel in de Faillissementswet, nu het kopje 'Titel IV' per abuis geen onderdeel van de WHOA is en dit kopje dus nog niet zijn weg naar de wet heeft gevonden. Kennelijk is niet tijdig onder ogen gezien dat de vierde titel zou worden ingevoerd met de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) – die ziet op de 'pre-pack' – en waarvan de behandeling in de Eerste Kamer al enige tijd stil ligt (en waarover par. 6 van de conclusie van A-G Drijber voor HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *NJ* 2020/234 (*FNV/Heiploeg*)). Inmiddels is geconsulteerd voor een novelle om de WCO I alvast in te voeren met een beperkt toepassingsbereik, zie https://www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i (waarover M.R. van Zanten, 'Novelle WCO I: een belangrijke stap naar een zorgvuldige(re) afwikkeling van faillissementen', *TvI* 2021/29, en J. van der Pijl, 'Novelle WCO I: een verkeerde stap in de goede richting', *TvI* 2021/30). Zie ook recent A-G Drijber in zijn conclusie van 26 november 2021 (*FNV/Vleems c.s.*), onder 3.25-3.30. Aan deze conclusie is op moment van schrijven nog geen ECLI-nummer toegekend.

¹¹ Ontleend aan Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, *PJ* 2021/133, m.nt. E. Lutjens; Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:BL:RBAMS:2021:4476; Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4741; Rb. Amsterdam 29 maart 2021, C/13/699390 / FT RK 21.282 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

¹² Rb. Amsterdam 29 maart 2021, C/13/699390 / FT RK 21.282 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

¹³ Rb. Amsterdam 3 juni 2021, C/13/702556 / FT RK 21.494 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

¹⁴ Rb. Amsterdam 29 juni 2021, C/13/704064 / FT RK 21/587 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl).

¹⁵ Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4741.

¹⁶ Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, *PJ* 2021/133, m.nt. E. Lutjens.

¹⁷ Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:BL:RBAMS:2021:4476.

¹⁸ Van de zijde van het Pensioenfonds is een aanvullende vraag voorgesteld. Ik zie geen aanleiding die vraag bij de onderhavige prejudiciële procedure te betrekken. Beide partijen hebben bij de rechtbank de gelegenheid gehad zich uit te laten over de door de rechtbank voorgestelde vraagstelling. De nu voorgestelde aanvullende vraag heeft het Pensioenfonds toen kennelijk niet naar voren gebracht. Wel heeft het Pensioenfonds bij de rechtbank verzocht om de vraagstelling uit te breiden tot de toets van art. 384 lid 3 Fw (*no creditor worse off-beginsel*, zie hoofdtekst onder 3.54 e.v.). De rechtbank heeft dat verzoek van het Pensioenfonds afgewezen; na beantwoording door de Hoge Raad van de vraag over de reikwijdte van art. 369 lid 4 Fw acht de rechtbank zich vooralsnog voldoende in staat om een beslissing te nemen. Zie Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, *PJ* 2021/133, m.nt. E. Lutjens, rov. 3.4.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1 (MvT WHOA).

²⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1 (MvT WHOA).

²¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 2 en 5 (onder punt 2.b) (MvT WHOA).

²² A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 7.3.1, nr. 345.

²³ Zie over de grenzen van een akkoord uitvoerig A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 7.3.

- ²⁴ A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 7.3.7, nr. 373.
- ²⁵ N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *TvI* 2019/32, par. 7, p. 227. Zie over het belang van flexibiliteit ook A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 4.12.
- ²⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 7 en p. 11 (NaV WHOA). Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 6 (MvT WHOA).
- ²⁷ Vgl. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 6 (MvT WHOA).
- ²⁸ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 9 (MvT WHOA).
- ²⁹ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 11 (MvT WHOA).
- ³⁰ A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 7.3.4.2, nr. 366.
- ³¹ Zie over het onderscheid tussen financiële en operationele herstructurering uitvoerig A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 2.3.2, nr. 20 e.v. en hfst. 11, nr. 630, p. 796.
- ³² K. Beke, 'De WHOA vanuit het perspectief van een financieel adviseur', in: L.J.J. Kerstens c.s. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 2.2, p. 27. Zie voor mogelijke oorzaken van de financiële moeilijkheden: F.M.P. Boertien c.s., 'Waardering en de WHOA', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (R&P InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 16.6, p. 301.
- ³³ R.D. Vriesendorp & O. Salah, 'Aanbieding en inhoud van een akkoord', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (R&P, InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 3.2.2, p. 37-38.
- ³⁴ K. Beke, 'De WHOA vanuit het perspectief van een financieel adviseur', in: L.J.J. Kerstens c.s. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 2.2, p. 27. Zie over de verschillen tussen financiële en operationele herstructurering ook A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 2.3.2, nr. 20.
- ³⁵ G.Á.C. Orbán & S.R.F. Aarts, 'De WHOA en de 'Steen der Wijzen' – panacee of placebo?', *AA* 2021/9.
- ³⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1 (MvT WHOA).
- ³⁷ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 1 (MvT WHOA).
- ³⁸ Zij zijn immers niet uitgezonderd. Zie ook uitdrukkelijk *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 9 (MvT WHOA).
- ³⁹ Zie art. 138 Fw (akkoord bij faillissement) en art. 252 Fw (akkoord bij surseance).
- ⁴⁰ J.G.A. Struycken, 'De WHOA en het contractenrecht', *Contracteren* 2021/1, met name p. 22-23.
- ⁴¹ Hierover H.N. Schelhaas & K.K.E.C.T. Swinnen, 'Pacta sunt servanda en de WHOA – Over de beëindiging en wijziging van contracten', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (R&P, InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, hfst. 7. Zie over de rechtvaardiging voor dwang in afwijking van dit uitgangspunt ook A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 4.6.2.
- ⁴² Zie bijv. A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, nr. 4, p. 4. Zie over meerwaarde ook uitgebreid N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk (diss. Groningen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, hfst. 3, die het dwangakkoord benadert als een afwijkende manier van het te gelde maken van rechten.
- ⁴³ Vgl. het eerste uitgangspunt (van de dertien) dat Mennens heeft geformuleerd tegen de achtergrond van fundamentele rechten waaraan vermogensverschaffers bescherming ontnemen, voor een dwangakkoord: "het akkoord moet voor de gezamenlijke vermogensverschaffers meerwaarde realiseren ten opzichte van het scenario dat waarschijnlijk zou volgen wanneer het akkoord niet tot stand zou komen". Zie A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen)*

(O&R 118), Deventer: Kluwer 2020, par. 4.3.

⁴⁴ A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 4.3, p. 154. Ook tijdens de parlementaire totstandkoming van de WHOA is deze beeldspraak meermaals gehanteerd, zie ook het verslag van het wetgevingsoverleg in *Kamerstukken II 2019/20*, 35 225, nr. 20, onder meer p. 4-5, 40-45 en 49-52.

⁴⁵ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 5 (MvT WHOA); *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 6, p. 8 (NaV WHOA).

⁴⁶ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 1-2 (MvT WHOA).

⁴⁷ A.M. Wolfram-van Doorn, 'De Wet homologatie onderhands akkoord', *AA 2021/1*, p. 68.

⁴⁸ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 6, p. 12 (NaV WHOA). Zie bijv. ook, in het kader van de Europese Herstructureringsrichtlijn, R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht (SBR nr. 8)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 8.2.2, nr. 398.

⁴⁹ R.D. Vriesendorp & W. van Kesteren, 'De WHOA en de rechter: een leidraad', *TvI 2019/36*, par. 1., p. 277 (r.k.).

⁵⁰ Schuldeisers konden slechts in bijzondere omstandigheden wegens misbruik van bevoegdheid worden gedwongen mee te werken aan de uitvoering van een onderhands akkoord. Zie ook *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 2-3 (MvT WHOA). Zie verder uitvoerig, met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak, A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 3.3.3; *Wessels Insolventierecht VI 2020/6208-6217*, en A.D.W. Soedira, *Het akkoord (diss. Nijmegen) (O&R 60)*, Deventer: Kluwer 2011, par. 8.4-8.5.

⁵¹ Zie ook *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3 (MvT WHOA), resp. par. 3.2, 3.3 en 3.4.

⁵² *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 27, 38 en 60 (MvT WHOA) en *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 6, p. 4 en 5 (NaV WHOA). Zie hierover ook J.M.G.J. Boon, 'Actoren in de WHOA: herstructureren met de schuldenaar (debtor in possession), herstructureringsdeskundige en observator', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (R&P, InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 5.3, p. 73-75.

⁵³ R.D. Vriesendorp & O. Salah, 'De WHOA: een nieuw herstructureringsinstrument', *MvV 2020/6*, p. 207 (r.k.).

⁵⁴ R.D. Vriesendorp, 'Het buitengerechtelijk akkoord en het concept-voorstel WCO II', in: *Wet Continuïteit Ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod (preadviezen Vereniging Handelsrecht)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 72.

⁵⁵ Zie voor een uitgebreid historisch perspectief A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 3.2.

⁵⁶ Zie *Kamerstukken II 2012/13*, 29 911, nr. 74 (Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 26 november 2012).

⁵⁷ Wet versterking positie curator (*Stb.* 2017, 124 en 176), Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (*Stb.* 2016, 154 en 205) en Wet civielrechtelijk bestuursverbod (*Stb.* 2016, 153 en 205).

⁵⁸ Wet modernisering faillissementsprocedure (*Stb.* 2018, 299). Deze wet is per 1 januari 2019 in werking getreden, met uitzondering van wijziging van de in het centrale insolventieregister te plaatsen gegevens (*Stb.* 2018, 348).

⁵⁹ Zie voetnoot 10.

⁶⁰ Zie <https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK009361>.

⁶¹ Zie over consultatie en advies ook par. 4 van het algemeen deel van de MvT bij de WHOA, *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 23-25.

⁶² Zie <https://www.internetconsultatie.nl/wco2>.

⁶³ Zie <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>.

⁶⁴ Richtlijn EU 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en

betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie). Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 25 (MvT WHOA) en *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 2 (NaV WHOA).

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2 (Voorstel van wet WHOA).

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 7 (Nota van wijziging WHOA). De aangenomen amendementen betreffen *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nrs. 8, 14, 24 en 25. Zie *Handelingen II* 2019/20, nr. 72, item 8. Over de aangenomen amendementen: R.J. van Galen, 'Het Wetsontwerp Homologatie Onderhands Akkoord (vervolg op Ondernemingsrecht 2020/39), *Ondernemingsrecht* 2020/129.

⁶⁷ *Stb.* 2020, 414 en 415.

⁶⁸ Zie hierover onder meer A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen)* (O&R 118), Deventer: Kluwer 2020, par. 3.5.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 4 (MvT WHOA); *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 6, p. 5 (NaV WHOA). Over beide buitenlandse regelingen: N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk (diss. Groningen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, hfst. 6 en 7.

⁷⁰ Zie o.m. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 5 (NaV WHOA), waar genoemd wordt: het openstellen van de regeling voor schuldeisers, het uitgangspunt dat de ondernemer volledig beheers- en beschikkingsbevoegd blijft, het per klasse stemmen over het akkoord, enkele van de homologatievoorwaarden/afwijzingsgronden en de mogelijkheid dat een tegenstemmende klasse door de rechter aan het akkoord wordt gebonden.

⁷¹ A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen)* (O&R 118), Deventer: Kluwer 2020, par. 3.5.3.

⁷² Europese Commissie, Aanbevelingen inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, 12 maart 2014, C(2015)1500 final, waarover uitgebreid en met verdere verwijzingen N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk (diss. Groningen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, hfst. 9.

⁷³ Richtlijn EU 2019/1023 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie). Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 25 (MvT WHOA) en *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 2 (NaV WHOA).

⁷⁴ Over de Herstructureringsrichtlijn onder meer: R.J. van Galen, *An Introduction to European Insolvency Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, hfst. 3, en R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht (SBR nr. 8)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 8.2.2. Over het voorontwerp: B. Wessels, 'On the genesis of the Proposal for a Restructuring Directive', *NTHR* 2017-I.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 4 (MvT WHOA). Zie ook p. 25 en *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 2 (NaV WHOA).

⁷⁶ Zoals reeds aangekondigd in de MvT bij de WHOA, *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 4. Op 29 oktober 2021 is de Raad van State om advies gevraagd over het voorstel voor de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (zie <https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK010793>), nadat in april 2021 een internetconsultatie heeft plaatsgevonden (zie <https://www.internetconsultatie.nl/2052>).

⁷⁷ Voor banken en verzekeraars geldt een afwikkelingskader uit de Wet op het financieel toezicht; het zou onwenselijk zijn als dat kader wordt doorkruist.

⁷⁸ Vgl. art. 371 lid 14 Fw, dat de mogelijkheid van verzet biedt indien de Nederlandse rechter ten onrechte bevoegdheid heeft aangenomen op grond van de Europese Insolventieverordening.

⁷⁹ De minister verwacht dat het stellen van prejudiciële vragen slechts bij hoge uitzondering nodig zal zijn, zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 11 (NaV WHOA).

⁸⁰ Vgl. *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17-18 (MvT WHOA).

- ⁸¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, onder meer p. 1 (MvT WHOA). Als synoniem wordt in de MvT ook 'onvermijdelijke insolventie' gebruikt, zie N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *TvI* 2019/32, par. 5, p. 223 (r.k.).
- ⁸² *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 33 (MvT WHOA).
- ⁸³ G.Á.C. Orbán & S.R.F. Aarts, 'De WHOA en de 'Steen der Wijzen' – panacee of placebo?', *AA* 2021/9, p. 797 (l.k.).
- ⁸⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 34 (MvT WHOA).
- ⁸⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 34 (MvT WHOA).
- ⁸⁶ Over de klassenindeling onder meer A. Bouts, 'Klassenindeling en stemming', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (R&P InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, hfst. 4, A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 6.2.5, en S.C.E.F. Moulen Janssen, *De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructurerings (diss. Nijmegen) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 163)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 6.5.3.
- ⁸⁷ Mennens formuleert het stemmen in klassen als zevende uitgangspunt voor (de regeling van) een dwangakkoord: "De besluitvorming over het akkoord dient in klassen plaats te vinden." Zie A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 4.9.
- ⁸⁸ N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk (diss. Groningen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 4.3.1, waarin de auteur de ratio van het stemmen in klassen bespreekt..
- ⁸⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 48 (MvT WHOA).
- ⁹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 49 (MvT WHOA).
- ⁹¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 49 (MvT WHOA).
- ⁹² R. van den Sigtenhorst, in: *T&C Insolventierecht*, aant. 2 bij art. 374 Fw (online, bijgewerkt t/m 1 oktober 2021).
- ⁹³ R. van den Sigtenhorst, in: *T&C Insolventierecht*, aant. 2 bij art. 374 Fw (online, bijgewerkt t/m 1 oktober 2021).
- ⁹⁴ A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 6.2.1, nr. 293.
- ⁹⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 25; *Handelingen II* 2019/20, nr. 72, item 8.
- ⁹⁶ In de wettekst worden deze omschreven als "een rechtspersoon [zijn] als bedoeld in de artikelen 395a en 396 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of een schuldeiser bij wie op dat moment vijftig of minder personen werkzaam zijn dan wel ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn". De uitzondering heeft betrekking op vorderingen "voor geleverde goederen of diensten of een vordering uit een onrechtmatige daad".
- ⁹⁷ Zie ook R. van den Sigtenhorst, in: *T&C Insolventierecht*, aant. 5 bij art. 374 Fw (online, bijgewerkt t/m 1 oktober 2021).
- ⁹⁸ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 25, p. 2.
- ⁹⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 49 (MvT WHOA).
- ¹⁰⁰ Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 9 (MvT WHOA).
- ¹⁰¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 53 (MvT WHOA).
- ¹⁰² Zie bijv. M.H.M. van Oers, *De doorstart van een BV bij insolventie (Fiscale Monografieën nr. 121)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 7.1.
- ¹⁰³ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 249, nr. 3, p. 22 (MvT WHOA).
- ¹⁰⁴ Leidraad invordering 2008, zoals gewijzigd per 1 juli 2021, *Stcrt.* 2021, 33908. Over deze wijziging: M.H.M. van Oers, 'Leidraadwijziging voor WHOA-akkoord', *WFR* 2021/164, A.J. Tekstra, 'Wijziging Leidraad invordering 2008', *NLF* 2021/1456, en J.C.G. Straatman, 'Vragen en opmerkingen bij wijzigingen van de Leidraad Invordering met het oog op de verrekeningsbevoegdheid van de

ontvanger van de (vermeende) natuurlijke verbintenis na een WHOA-akkoord', *TvI* 2021/28.

¹⁰⁵ Zie ook M.H.M. van Oers, 'Fiscale problemen bij een WHOA-akkoord', *WFR* 2021/67, par. 3.2.1.

¹⁰⁶ Zie ook M.H.M. van Oers, 'Leidraadwijziging voor WHOA-akkoord', *WFR* 2021/164, par. 3.2.1.

¹⁰⁷ Deze alinea is ontleend aan R. van den Sigtenhorst, in: *T&C Insolventierecht*, aant. 1 bij art. 383 Fw (online, bijgewerkt t/m 1 oktober 2021).

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 16 (MvT WHOA).

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 15, 25 (MvT WHOA).

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 15, 48 (MvT WHOA).

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17 (MvT WHOA).

¹¹² *Kamerstukken I* 2020/21, 35 249, nr. C, p. 3, 4 en 10 (MvA WHOA).

¹¹³ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17 (MvT WHOA).

¹¹⁴ N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *TvI* 2019/32, par. 11, p. 231 (r.k.) gaat hiervan uit.

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17, 69 (MvT WHOA). Zie hierover ook N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *TvI* 2019/32, par. 12, p. 236 (l.k.).

¹¹⁶ S.C.E.F. Moulen Janssen, *De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructurerings (diss. Nijmegen) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 163)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 6.5.6, p. 272, vtn. 273, en par. 6.5.7, p. 277. Zie ook R.D. Vriesendorp & W. van Kesteren, 'De WHOA en de rechter: een leidraad', *TvI* 2019/36, par. 4.4.5, p. 291-292.

¹¹⁷ Zie ook N.W.A. Tollenaar, 'Het Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord onder de loep genomen', *TvI* 2019/32, par. 12, p. 235 (r.k.).

¹¹⁸ R. van den Sigtenhorst, in: *T&C Insolventierecht*, aant. 5 bij art. 376 Fw (online, bijgewerkt t/m 1 oktober 2021), onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 5 en 17 (MvT WHOA).

¹¹⁹ R.D. Vriesendorp & W. van Kesteren, 'De WHOA en de rechter: een leidraad', *TvI* 2019/36, par. 4.4.5, m.n. p. 292 (l.k.).

¹²⁰ Zo wordt in dit verband 'kan' gebruikt op p. 17 en 69 van de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3). Op p. 6 en op p. 48 valt echter te lezen (mijn onderstreping): 'Als deze schuldeisers of aandeelhouders kunnen aantonen dat het akkoord toch onredelijk is omdat zij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement, wijst de rechter het homologatieverzoek alsnog af (artikel 384, derde lid).'

¹²¹ Zie bijv. *Handelingen II* 2019/20, 35 225, nr. 20. Tijdens dat wetgevingsoverleg heeft de minister gezegd (p. 40, mijn onderstreping): 'Dus als het akkoord niet redelijk is, keurt de rechter het akkoord niet goed. Waar wordt dan onder andere naar gekeken? Het is bijvoorbeeld niet redelijk als iemand minder zou krijgen dan bij een faillissement of als de reorganisatiewaarde niet eerlijk wordt verdeeld, conform de rangorde van schuldeisers.', en (p. 57, eveneens mijn onderstreping): 'Op basis daarvan kan hij [de schuldeiser, A-G] concluderen of hij inderdaad een gerechtvaardigd deel krijgt dan wel minder bij faillissement, wat een grond zou zijn om uiteindelijk je vinger op te steken bij de rechter. Als hij dat dan naar voren brengt bij de rechter, zal de schuldenaar het tegendeel moeten aantonen. Lukt dat niet, dan kan het akkoord niet worden goedgekeurd.' Zie ook de memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 2020/21, 35 249, nr. C, p. 3 (mijn onderstrepingen, A-G): 'Het <<no creditor worse off>>-beginsel houdt in dat een akkoord onredelijk is en niet door de rechter kan worden gehomologeerd als een schuldeiser aantoont dat hij op basis van het akkoord in een aanmerkelijk slechtere positie komt dat hij zou hebben in faillissement.'

¹²² Zie ook R. van den Sigtenhorst, in: *T&C Insolventierecht*, aant. 6-10 bij art. 384 Fw (online, bijgewerkt t/m 27 september 2021),

¹²³ Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 9 (MvT WHOA).

¹²⁴ Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 10 (MvT WHOA).

¹²⁵ Zie ook M.H. Visscher, 'Van bange bestuurders naar creatieve bestuurders als het om pensioenschulden gaat?', *TvOB* 2020/6, p. 220 (r.k.).

¹²⁶ R. van den Sigtenhorst, in: *T&C Insolventierecht*, aant. 1 bij art. 376 Fw (online, bijgewerkt t/m 1 oktober 2021), onder verwijzing naar *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 53 (MvT WHOA). Hij schrijft: '*Nota bene, dat de uitsluiting van art. 369 lid 4 niet inhoudt, dat de afkoelingsperiode werknemers niet kan raken.*'

¹²⁷ Te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering>.

¹²⁸ Art. 6 lid 5 Herstructureringsrichtlijn luidt als volgt: *Lid 2 is niet van toepassing op vorderingen van werknemers. In afwijking van de eerste alinea kunnen de lidstaten lid 2 op de vorderingen van werknemers toepassen indien en voor zover de lidstaten ervoor zorgen dat voor de betaling van die vorderingen in preventieve herstructureringsstelsels een vergelijkbaar beschermingsniveau wordt gewaarborgd.* Lid 2, waarnaar de bepaling verwijst, luidt als volgt: *Onverminderd de leden 4 en 5 zorgen de lidstaten ervoor dat een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen alle soorten vorderingen kan dekken, ook door zekerheden gedekte vorderingen en bevoorrechte vorderingen.*

¹²⁹ Conceptmemorie van toelichting, p. 65.

¹³⁰ Zie hierover onder meer R.J. van Galen, 'Het Europese initiatief voor herstructureringen in een vroeg stadium: de ontwerprichtlijn van 22 november 2016, *TvI 2017/39*, par. 4, p. 237 (l.k.), en A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 7.4.1, nr. 378, p. 469

¹³¹ Zie ook J. van der Pijl, 'De positie van de werknemer en de ondernemingsraad onder de WHOA', in: L.J.J. Kerstens c.s. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 9.2, p. 206; R.J. van Galen, *An Introduction to European Insolvency Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 238.

¹³² Deze overweging luidt als volgt: *De werknemers en hun vertegenwoordigers moeten informatie over het voorgestelde herstructureringsplan krijgen voor zover zulks bij Unierecht is voorgeschreven, zodat zij de diverse scenario's grondig kunnen beoordelen. Voorts moeten werknemers en hun vertegenwoordigers zo bij het herstructureringsplan worden betrokken dat aan de raadplegingsvoorschriften in de Uniewetgeving is voldaan. Daar de werknemers voldoende moeten worden beschermd, moeten de lidstaten worden verplicht uitstaande vorderingen van werknemers uit te sluiten van elke schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen, ongeacht of deze vorderingen voor of na de toekenning van de schorsing zijn ontstaan. Die schorsing van de opeising van uitstaande vorderingen van werknemers mag alleen worden toegestaan voor de bedragen en gedurende de periode waarvoor de betaling van deze vorderingen daadwerkelijk op een soortgelijk niveau door andere middelen krachtens nationaal recht wordt gewaarborgd. Indien de aansprakelijkheid van de waarborgfondsen krachtens nationaal recht aan beperkingen is gebonden, hetzij wat betreft de duur van de waarborg, hetzij wat betreft het aan werknemers betaalde bedrag, moeten de werknemers in het geval van niet-nakoming door de werkgever hun vorderingen ook tijdens de schorsingsperiode kunnen afdwingen. Een andere mogelijkheid zou zijn dat de lidstaten de vorderingen van werknemers moeten kunnen uitsluiten van het toepassingsgebied van preventieve herstructureringsstelsels en de bescherming ervan bij nationale wetgeving regelen.*

¹³³ Zie hiervoor noot 128.

¹³⁴ Zie ook A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 7.4.1, nr. 378, p. 469.

¹³⁵ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3 (MvT WHOA).

¹³⁶ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 5, p. 3 (Verslag WHOA).

¹³⁷ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 249, nr. 6, p. 7 (NaV WHOA).

¹³⁸ D. Schuurman & I. Harmsen, 'De positie van de werknemer onder de WHOA', *HERO (Herstructurering & Recovery online)* 28 juli 2021, par. 2, staan een brede uitleg voor.

¹³⁹ Zie ook D. Schuurman & I. Harmsen, 'De positie van de werknemer onder de WHOA', *HERO (Herstructurering & Recovery online)* 28 juli 2021, par. 2.

¹⁴⁰ HR 8 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 *NJ 2021/116*, m.nt. E. Verhulp (*Uitkeringsgerechtigde/Gemeente Amsterdam*).

¹⁴¹ J. van der Pijl, 'De positie van de werknemer en de ondernemingsraad onder de WHOA', in: L.J.J.

Kerstens c.s. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 9.2.2.1. Zie hierover ook mijn conclusie voor HR 8 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 NJ 2021/116, m.nt. E. Verhulp (*Uitkeringsgerechtigde/Gemeente Amsterdam*), onder 5.58-5.64 en onder 9.22-9.30.

¹⁴² In art. 13 van de Herstructureringsrichtlijn is het beschermingsniveau van werknemers geregeld, voor het geval dat ook zij vallen onder de preventieve herstructurering. Zie ook hiervoor onder 4.8.

¹⁴³ J. van der Pijl, 'De positie van de werknemer en de ondernemingsraad onder de WHOA', in: L.J.J. Kerstens c.s. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 9.2.2.1.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II 2018/19*, 35 249, nr. 3, p. 12 (MvT WHOA).

¹⁴⁵ Zie ook J. van der Pijl, 'De positie van de werknemer en de ondernemingsraad onder de WHOA', in: L.J.J. Kerstens c.s. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 2.1.3, p. 210, en D. Schuurman & I. Harmsen, 'De positie van de werknemer onder de WHOA', *HERO (Herstructurering & Recovery online)* 28 juli 2021, par. 6.

¹⁴⁶ Vgl. ook G. de Gruyter, 'Prejudiciële vraag aan de Hoge Raad: vallen pensioenpremies van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen onder de werknemersuitzondering van de WHOA?', *HERO (Herstructurering & recovery online)* 14 september 2021: 'Uit de memorie van toelichting lijkt immers te volgen dat de ratio achter art. 369 lid 4 Fw is om de rechtspositie van werknemers te waarborgen. Ervan uitgaande dat dit inderdaad de ratio is, (...)'

¹⁴⁷ Zie J. van der Pijl, 'De positie van de werknemer en de ondernemingsraad onder de WHOA', in: L.J.J. Kerstens c.s. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 2, p. 204: 'In de memorie van toelichting is niet of nauwelijks uit de doeken gedaan waarom de rechten van werknemers uitgezonderd zijn van de toepassing van dwangakkoord, waar de WHOA in voorziet.' Zie ook, t.a.v. het voorontwerp WCO II: Ph.W. Schreurs, 'Denkbare verbetering in de positie van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden en de Wet Continuïteit Ondernemingen II', *Ondernemingsrecht* 2016/34, par. 4, p. 165 (l.k.).

¹⁴⁸ Zie ook J. van der Pijl, 'De positie van de werknemer en de ondernemingsraad onder de WHOA', in: L.J.J. Kerstens c.s. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 2, p. 207. Zie ook zijn bijdrage 'De positie van werknemers bij het nieuwe herstructureringsinstrument: het WHOA-akkoord', *TRA* 2021/84, par. 3.1.3.

¹⁴⁹ Zie ook N.W.A. Tollenaar, 'Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie – slaan wij de juiste weg in?', *TvI* 2019/20, par. 4, p. 158 (l.k.), en M.W. Josephus Jitta, 'Een aantal niet primair faillissementsrechtelijke aspecten van het Voorontwerp;', in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 4.5.1.

¹⁵⁰ Zie ter illustratie van mogelijke waarborgen: L.G. Verburg c.s., *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers* (Rapport aan WODC), Nijmegen: OO&R 2016, par. 4.2.2, p. 47.

¹⁵¹ G.Á.C. Orbán & S.R.F. Aarts, 'De WHOA en de 'Steen der Wijzen' – panacee of placebo?', *AA* 2021/9, p. 796 (l.k.): 'Het onderwerp 'werknemer' ligt politiek gevoelig en dus werd het simpelweg onhaalbaar geacht om daar politieke consensus over te bereiken.' Vgl. ook N.W.A. Tollenaar, 'Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie – slaan wij de juiste weg in?', *TvI* 2019/20, par. 4, p. 158 (l.k.): 'Het ongelukkige is echter dat verplichtingen uit hoofde van arbeidsovereenkomsten van de werking zijn uitgezonderd (...), naar verluidt louter om politieke redenen.'

¹⁵² J. van der Pijl, 'De positie van werknemers bij het nieuwe herstructureringsinstrument: het WHOA-akkoord', *TRA* 2021/84, par. 3.

¹⁵³ N.W.A. Tollenaar, 'Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie – slaan wij de juiste weg in?', *TvI* 2019/20. Zie ook N.W.A. Tollenaar, 'De akkoordprocedure onder het Voorontwerp WHOA', in: *Het dwangakkoord buiten faillissement. Beschouwingen over het Voorontwerp Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement* (preadviezen Vereniging handelsrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 2.4. Zie ook, met verwijzingen naar andere auteurs, zijn proefschrift: N.W.A. Tollenaar,

Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 10.5, p. 334: 'De mogelijkheid arbeidsovereenkomsten te kunnen beëindigen of aan te passen bij een onderneming in continuïteitsgevaar is (...) ingegeven door de financiële werkelijkheid en die juist het behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid dient.'

¹⁵⁴ M.A. Broeders, 'Werknemers: internationale verwickelingen en ontwikkelingen', in: E.J.R. Verweij (c.s.) (red.), *De Curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 6.4, p. 158 en 159.

¹⁵⁵ M.W. Josephus Jitta, 'Een aantal niet primair faillissementsrechtelijke aspecten van het Voorontwerp;', in: A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, par. 4.5.5.

¹⁵⁶ Ph.W. Schreurs, 'Denkbare verbetering in de positie van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden en de Wet Continuïteit Ondernemingen II', *Ondernemingsrecht* 2016/34.

¹⁵⁷ Zie daarover S. Renssen, *De herijking van het faillissementsrecht. De WHOA (R&P, nr. InsR17)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 4.6. Het in de hoofdtekst vermelde over de reacties van INSOLAD, NOvA en VNO-NCW en MKB-Nederland is hieraan ontleend. De consultatiereacties zijn te vinden via <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>.

¹⁵⁸ Advies INSOLAD p. 5-6, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT WHOA).

¹⁵⁹ Advies NOvA, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT WHOA).

¹⁶⁰ Advies VNO-NCW en MKB-Nederland, p. 2, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT WHOA).

¹⁶¹ Huffman heeft in het kader van een rechtsvergelijkend promotieonderzoek onderzocht wat van het beschermende karakter van het arbeidsrecht overblijft wanneer de werkgever in een insolventieprocedure terechtkomt. Zij concludeert dat in Nederland bij een faillissement vrijwel alle arbeidsrechtelijke bescherming opzij wordt gezet. Zie P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking (diss. Amsterdam, UvA)*, Den Haag: SDU 2015, par. 6.6.2, p. 264. Zie ook J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever (diss. Amsterdam, UvA) (MSR nr. 75)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 6.7, die spreekt over een kloof tussen ontslagbescherming binnen en buiten faillissement. Vergelijkbare bewoordingen: M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement', *TvI* 2020/6.

¹⁶² A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (diss. Nijmegen) (O&R 118)*, Deventer: Kluwer 2020, par. 7.4.1, nr. 378, p. 471-472.

¹⁶³ R.D. Vriesendorp, 'Het buitengerechtelijk akkoord en het conceptvoorstel WCO II', in: *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, par. 96, p. 101.

¹⁶⁴ J. van der Pijl, 'De positie van de werknemer en de ondernemingsraad onder de WHOA', in: L.J.J. Kerstens c.s. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (Insolad Jaarboek 2021)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 9.2, p. 206.

¹⁶⁵ Zie art. 368 lid 9 van dit voorontwerp, zie <https://www.internetconsultatie.nl/wco2>.

¹⁶⁶ MvT WCO II Consultatieversie, p. 52, te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/wco2>.

¹⁶⁷ Pensioenfederatie, 'Reactie op internetconsultatie wetsvoorstel homologatie Onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement', 29 november 2017, te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>.

¹⁶⁸ De memorie van toelichting bij de WHOA vermeldt wel dat de Pensioenfederatie heeft gereageerd op het aangepaste voorontwerp, maar de door haar geopperde onderwerpen hebben niet hun weg gevonden naar het lijstje met aanpassingen. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 23-25 (MvT WHOA).

¹⁶⁹ De consultatiereactie van de Pensioenfederatie op het voorontwerp voor de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie, is te raadplegen via

<https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering>.

¹⁷⁰ Deze alinea's zijn deels ontleend aan mijn conclusie voor HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, *NJ* 2021/206, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*BPF Reisbranche/Booking.com*), onder 3.4-3.9.

¹⁷¹ Zie hierover ook M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 299; *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/301.

¹⁷² Zie *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 073, nr. 3 (MvT), p. 1 onder verwijzing naar de kabinetsnota 'Naar meer marktwerking in de pensioensector: flexibilisering en verplichtstelling' van september 1996, *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 014, nr. 1 (zie i.h.b. p. 7-8). Zie ook *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/302.

¹⁷³ In het Pensioenakkoord 2020 hebben het kabinet en de sociale partners afgesproken dat de verplichtstelling behouden blijft, maar dat de huidige doorsneesystematiek wordt afgeschaft en wordt vervangen door een andere premiesystematiek met behoud van collectiviteit en solidariteit. Zie nader de Hoofdlijnennotitie uitwerking pensioenakkoord, p. 41-42, bijlage bij de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Eerste Kamer van 22 juni 2020, *Kamerstukken I* 2019-2020, 32 043, nr. AC. Inmiddels is het Wetsvoorstel toekomst pensioenen in voorbereiding, nadat in februari 2021 de internetconsultatie is gesloten (<https://www.internetconsultatie.nl/1960>).

¹⁷⁴ *Kamerstukken II* 1999-2000, 27 073, nr. 3 (MvT), p. 3-4; *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 014, nr. 1, p. 6.

¹⁷⁵ HvJ EG 21 september 1999, zaaknr. C-67/96 (*Albany/Bpf Textielindustrie*), rov. 105, zaaknr. C-219/97 (*Drijvende Bokken/Pensioenfondsen voor de Vervoer- en Havenbedrijven*), rov. 95, en gevoegde zaken C-115/97 tot C-117-97 (*Brentjens/Bpf Handel in Bouwmaterialen*), rov. 105.

¹⁷⁶ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/319-324.

¹⁷⁷ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/294.

¹⁷⁸ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/325.

¹⁷⁹ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/330. Zie ook HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, *NJ* 2015/241, m.n.t. P. van Schilfgaarde (*Beherend vennoot/Bpf voor het beroepsvervoer over de weg*), rov. 3.3.2 (ten aanzien van het ontstaan van premievorderingen).

¹⁸⁰ Vgl. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462, *NJ* 2012/93, *PJ* 2012/39, m.nt. J.T. Gommer, rov. 3.5-3.6. Zie ook *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/334.

¹⁸¹ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/25; M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, par. 7.7.1 en 3.4.1. Zie ook HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, *PJ* 2016/156, m.nt. T. Huijg (*GOM/Bpf*), rov. 3.10.

¹⁸² *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/294; M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 313.

¹⁸³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 178 (MvT Pw).

¹⁸⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 13 (MvT Pw).

¹⁸⁵ M.H. Visscher, 'Van bange bestuurders naar creatieve bestuurders als het om pensioenschulden gaat?', *TvOB* 2020/6, p. 220 (l.k.).

¹⁸⁶ Zie onder meer de conclusie van A-G Hartlief voor het *GOM*-arrest onder 4.4 en de noot van L.G. Verburg bij het *GOM*-arrest in *Ondernemingsrecht* 2017/19, onder 3.1.

¹⁸⁷ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/73 en 2019/23.

¹⁸⁸ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/334; M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 317-318.

¹⁸⁹ Het kan anders liggen als sprake is van evidente gevallen van boze opzet van de werknemer, zie de conclusie van A-G Timmerman bij HR 23 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:533, onder 2.5 met verdere verwijzingen (HR-afdoening met art. 81 RO, zie HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2170).

¹⁹⁰ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/503.

¹⁹¹ HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, *PJ* 2016/156, m.nt. T. Huijg (*GOM/Bpf*), rov. 3.11.

¹⁹² HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, *PJ* 2016/156, m.nt. T. Huijg (*GOM/Bpf*), rov. 3.11.

- ¹⁹³ E. Lutjens onder 5 van zijn noot in *PJ* 2012/183 bij CRvB 5 september 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX6532. In deze uitspraak bevestigde de CRvB dat achterstallige bedrijfstakpensioenpremies onder het bereik van de loongarantieregeling vallen (waarover nader onder 7.5).
- ¹⁹⁴ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/331, 503 en 507.
- ¹⁹⁵ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/451-454; M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 320-321.
- ¹⁹⁶ *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 073, nr. 3, p. 19 (MvT Wet Bpf 2000).
- ¹⁹⁷ Zie ook M. Heemskerk, *Pensioenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 349-352 en *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/514-524. Zie over deze meldingsplicht ook uitgebreid A-G Assink in zijn conclusies van 28 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:522 en 523.
- ¹⁹⁸ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 073, nr. 3, p. 20 (MvT Wet Bpf 2000).
- ¹⁹⁹ HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, *PJ* 2016/156, m.nt. T. Huijg (*GOM/Bpf*).
- ²⁰⁰ M. Mouthaan 'WHOA en pensioenpremie', *HERO (Herstructurering & Recovery online)* 22 juni 2021. Zie ook J. van der Pijl, 'De positie van werknemers bij het nieuwe herstructureringsinstrument: het WHOA-akkoord', *TRA* 2021/84, par. 3.1.2: 'Pensioenpremies vallen er, naar mijn opvatting, niet onder, nu dit een vordering van een derde (het pensioenfonds) betreft.'
- ²⁰¹ R. van den Sigtenhorst, in: *T&C Insolventierecht*, aant. 5 bij art. 376 Fw (online, bijgewerkt t/m 1 oktober 2021).
- ²⁰² *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/869. Zie ook L.G. Verburg onder 3.1 in zijn noot bij het *GOM*-arrest in *Ondernemingsrecht* 2017/19.
- ²⁰³ HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, *PJ* 2016/156, m.nt. T. Huijg (*GOM/Bpf*).
- ²⁰⁴ M. Mouthaan 'WHOA en pensioenpremie', *HERO (Herstructurering & Recovery online)* 22 juni 2021.
- ²⁰⁵ *Asser/Lutjens 7-XI* 2019/869.
- ²⁰⁶ L.G. Verburg in zijn noot bij het *GOM*-arrest in *Ondernemingsrecht* 2017/19, onder 3.6.
- ²⁰⁷ Verburg verwijst naar de conclusie van A-G Timmerman bij HR 23 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:533, onder 3.3 (HR-afdoening met art. 81 RO, zie HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2170). Zie voorts in vergelijkbare zin L.G. Verburg, 'Smallsteps: en hoe nu verder?' in: E.J.R. Verweij (c.s.) (red.), *De Curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 5.4.2.1.
- ²⁰⁸ E. Lutjens in zijn noot in *PJ* 2021/133 bij de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 23 augustus 2021.
- ²⁰⁹ Volgens Mouthaan is dat wel een relevant verschil, zie M. Mouthaan 'WHOA en pensioenpremie', *HERO (Herstructurering & Recovery online)* 22 juni 2021.
- ²¹⁰ G. de Gruyter, 'Prejudiciële vraag aan de Hoge Raad: vallen pensioenpremies van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen onder de werknemersuitzondering van de WHOA?', *HERO (Herstructurering & recovery online)* 14 september 2021.
- ²¹¹ Zie idem G. de Gruyter, 'Prejudiciële vraag aan de Hoge Raad: vallen pensioenpremies van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen onder de werknemersuitzondering van de WHOA?', *HERO (Herstructurering & recovery online)* 14 september 2021.
- ²¹² E. Lutjens in zijn noot in *PJ* 2021/133 bij de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 23 augustus 2021.
- ²¹³ M.H. Visscher, 'Van bange bestuurders naar creatieve bestuurders als het om pensioenschulden gaat?', *TvOB* 2020/6, p. 220 (r.k.).
- ²¹⁴ Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 9 en 31 (MvT WHOA).
- ²¹⁵ M.H. Visscher, 'Van bange bestuurders naar creatieve bestuurders als het om pensioenschulden gaat?', *TvOB* 2020/6, p. 220; M. Mouthaan 'WHOA en pensioenpremie', *HERO (Herstructurering & Recovery online)* 22 juni 2021. Ook Gruyter noemt het argument, zie G. de Gruyter, 'Prejudiciële vraag aan de Hoge Raad: vallen pensioenpremies van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen onder

de werknemersuitzondering van de WHOA?', *HERO (Herstructurering & recovery online)* 14 september 2021.

²¹⁶ Uitgebreid hierover, en daar is deze paragraaf ook deels aan ontleend: P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (R&P InsR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, hfst. 8, en J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever (diss. Amsterdam, UvA) (MSR nr. 75)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 3.6, en de aldaar genoemde verwijzingen.

²¹⁷ Meest recent gewijzigd door Richtlijn (EU) 2015/1795.

²¹⁸ Zie bijv. CRvB 5 september 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX6532, *PJ* 2012/183, m.nt. E. Lutjens.

²¹⁹ P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (R&P InsR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 8.10.7.

²²⁰ CRvB 5 september 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX6532, *PJ* 2012/183, m.nt. E. Lutjens.

²²¹ P. Trip, 'Arbeidsrechtelijke aspecten van de WHOA', in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht (R&P InsR18)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. 9.2.1, p. 160.

²²² Zo valt ook de transitievergoeding niet onder de loongarantieregeling: op de voet van art. 7:673c lid 1 BW is de transitievergoeding '*niet langer verschuldigd, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is*'. Omdat de transitievergoeding in geval van faillissement of surseance niet van toepassing is, valt de transitievergoeding ook niet onder de loongarantieregeling van artikel 61 WW, zodat werknemers die door de curator worden ontslagen geen aanspraak kunnen maken op de transitievergoeding jegens het UWV. Zie P. Kruit, in: *Arbeidsovereenkomst*, aant. 1 bij art. 7:673c BW (online, bijgewerkt t/m 1 augustus 2021).

²²³ Zie met name M.H. Visscher, 'Van bange bestuurders naar creatieve bestuurders als het om pensioenschulden gaat?', *TvOB* 2020/6, p. 220: 'Blijkens de toelichting op art. 369 lid 4 Fw lijkt de wetgever niet te hebben beoogd om de vorderingen van het bedrijfstakpensioenfonds uit te sluiten van de WHOA.'

²²⁴ G. de Gruyter, 'Prejudiciële vraag aan de Hoge Raad: vallen pensioenpremies van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen onder de werknemersuitzondering van de WHOA?', *HERO (Herstructurering & recovery online)* 14 september 2021; M. Mouthaan 'WHOA en pensioenpremie', *HERO (Herstructurering & Recovery online)* 22 juni 2021.
