

ECLI:NL:RBROT:2021:595

□ Rechtspraak.nl, Rechtbank Rotterdam, 20-01-2021, ECLI:NL:RBROT:2021:595, C/10/595899 / HA ZA 20-435

Opdracht aan financieel dienstverlener tot pensioenadvisering met betrekking tot personeel. Wanprestatie. Verplichte aansluiting bij bedrijfspensioenfonds miskend. Invloed 'Leidraad tweede pijler pensioenadvisering' van de AFM.

GEGEVENS

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	20-01-2021
Datum publicatie	01-02-2021
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:RBROT:2021:595
Zaaknummer	C/10/595899 / HA ZA 20-435
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht

UITSpraak

vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven

zaaknummer / rolnummer: C/10/595899 / HA ZA 20-435

Vonnis van 20 januari 2021

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

POPPIES BAKERY NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Melissant,

eiseres,

advocaten mrs. R.T. Boogers en J. Croonen te Utrecht,

tegen

de commanditaire vennootschap

AON NEDERLAND C.V.,

gevestigd te Rotterdam,

gedaagde,

advocaat mr. M.B. Esseling te Rotterdam.

Partijen zullen hierna Poppies Bakery en AON genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding, met producties 1 tot en met 27 van Poppies Bakery,
- de conclusie van antwoord, met producties één tot en met negen van AON,
- de akte producties 28 tot en met 34 van Poppies Bakery,
- het proces-verbaal van mondelinge behandeling van 28 oktober 2020,
- het schriftelijke commentaar van partijen op het (buiten hun aanwezigheid) opgemaakte proces-verbaal (brief van Poppies Bakery van 10 december 2020 en brief van AON van eveneens 10 december 2020).

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1. Poppies Bakery is opgericht op 15 maart 2017. Poppies Bakery produceert en verkoopt soezen en eclairs. Poppies Bakery maakt deel uit van een internationaal concern met meer dan 1000 werknemers die werkzaam zijn op 14 productiesites ("de Poppies Groep").
- 2.2. AON is rechtsopvolger onder algemene titel van Meeüs Assurantiën B.V. (hierna: Meeüs).
- 2.3. Meeüs had vanaf eind jaren '90 een (pensioen)adviesrelatie met Culi D'Or B.V. (hierna: Culi D'Or). Culi D'Or had ten behoeve van haar personeel vanaf 1 januari 2002 een pensioenverzekering afgesloten bij Aegon Levensverzekering N.V. (hierna: Aegon). Deze verzekering is met ingang van 1 januari 2007 voor tien jaar verlengd.
- 2.4. Culi D'Or heeft haar onroerend goed, machinerieën en inventaris in juli 2009 verkocht en geleverd, waarna deze activa zijn ondergebracht in Culi D'Or International B.V., van welke vennootschap de Poppies Groep enig aandeelhouder is. Bijna het gehele personeel van Culi D'Or is in het kader van deze activatransactie in dienst getreden van Culi D'Or International B.V. Ook de pensioenovereenkomst met Aegon is hierbij overgenomen door Culi D'Or International B.V.
- 2.5. Culi D'Or is op 12 oktober 2010 in staat van faillissement verklaard.
- 2.6. Culi D'Or International B.V. heeft op 12 april 2011 haar naam gewijzigd in Poppies Nederland B.V. (hierna: Poppies Nederland).
- 2.7. Poppies Nederland heeft de door haar van Culi D'Or verworven bedrijfsactiviteiten, en het personeel van Culi D'Or, op enig moment ondergebracht in haar dochteronderneming Poppies Bakery.
- 2.8. De met Aegon gesloten pensioenovereenkomst ten behoeve van (voorheen) het personeel van Culi D'Or ging expireren per 1 januari 2017. Aan Meeüs is opdracht verstrekt te adviseren over de vraag waar deze pensioenovereenkomst het beste kon worden ondergebracht vanaf 1 januari 2017. Deze opdracht is vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst. Van de overeenkomst maakt onderdeel uit een bijlage, waarin staat dat de opdracht inhoudt (onderstreping door rechtbank):

“Onze diensten hebben betrekking op:
 Collectief ANW hiaat pensioen
 [...]
 Inventarisatie huidige pensioenregeling (inhoud en juridische stukken)
 Inventarisatie van de nieuwe regeling
 [...]
 Onderzoek verplichtstelling bedrijfstakpensioenfonds”
- 2.9. Meeüs heeft op 25 januari 2017 een adviesrapport uitgebracht, met een addendum op 6 juni 2017. Het rapport beslaat 41 bladzijden. In het adviesrapport staat onder meer (onderstreping rechtbank):

- op bladzijde 3

“ Managementsamenvatting

- Uw bedrijf valt niet onder de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds. U kunt de pensioenregeling onderbrengen bij een andere pensioenuitvoerder dan een bedrijfstakpensioenfonds (§ 1.3).

- De pensioenregeling die wij adviseren is voor u betaalbaar (§ 1.5).

- Wij adviseren u om de pensioenregeling onder te brengen in het Allianz Pensioen van Allianz. Zie § 4.1 voor onze adviesmotivatie.

- Er zijn in dit pensioenproduct geen afwijkingen ten opzicht van de door u opgegeven wensen.”

“Uit ons onderzoek concluderen wij dat er geen verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds op uw bedrijf van toepassing is. U kunt de pensioenregeling daardoor onderbrengen bij een andere pensioenuitvoerder dan een bedrijfstakpensioenfonds.”

- op bladzijde zes:

“1.3 Toetsing bedrijfstakpensioenfonds

Uit ons onderzoek concluderen wij dat er geen verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds op uw bedrijf van toepassing is. U kunt de pensioenregeling daardoor onderbrengen bij een andere pensioenuitvoerder dan een bedrijfstakpensioenfonds.”

- op bladzijde zeven:

UW ACTIVITEITEN

RAAKVLAKKEN MET WELK PENSIOENFONDS

WAAROM NIET VERPLICHT GESTELD

PRODUCTIE VAN SOEZEN EN

ECLAIRS [...]

BAKKERSBEDRIJF

[...]

GROOTHANDEL IN LEVENSMIDDELEN

[...]

ZOETWAREN

IN HET VERPLICHTSTELLINGSBESLUIT IS OPGENOMEN DAT HET IN HOOFDZAAK FABRIEKSMATIG PRODUCEREN VAN BANKET ONDER HET BPF

ZOETWAREN VALT. OP ONS VERZOEK HEEFT HET BPF TELEFONISCH AANGEGEVEN DAT HET

HOOFDZAKELIJK PRODUCEREN VAN SOEZEN/ECLAIRS NIET ONDER DE VERPLICHTSTELLING VALT. OM DIT BPF FORMEEL UIT TE SLUITEN KUNT U EEN

BEDRIJFSONDERZOEK LATEN UITVOEREN DOOR HET BPF.

- 2.10. Poppies Bakery heeft het advies van Meeüs opgevolgd en de in geding zijnde pensioenverplichtingen per 1 mei 2017 ondergebracht bij Allianz (in de periode van 1 januari 2017 tot 1 mei 2017 liep de verzekering nog tijdelijk door bij Aegon).
- 2.11. Bpf Zoetwaren heeft Poppies Bakery bij brief van 31 mei 2017 medegedeeld dat Poppies Bakery vanaf 15 maart 2017 verplicht is aangesloten bij de pensioenregeling van Bpf Zoetwaren.
- 2.12. Poppies Bakery heeft, in overleg met Meeüs/AON, bij Bpf Zoetwaren bezwaar aangetekend tegen de verplichte aansluiting bij de pensioenregeling van Bpf Zoetwaren. Dit bezwaar is afgewezen. Poppies Bakery heeft hiertegen geen rechtsmiddel aangewend.
- 2.13. Poppies Bakery heeft AON bij brief van 9 november 2017 (tevens per e-mail) aansprakelijk gesteld voor geleden schade. AON heeft de aansprakelijkheid niet erkend.
- 2.14. Mr. Croonen heeft namens Poppies Bakery aan Bpf Zoetwaren bij brief van 20 juli 2018 verzocht om vrijstelling van deelname aan Bpf Zoetwaren. Dit verzoek heeft uiteindelijk begin 2020 geleid tot een principeakkoord tussen Bpf Zoetwaren, de vakbonden, Poppies Bakery en Poppies Nederland. Dit akkoord komt erop neer dat:

- Poppies Bakery zich per 1 april 2020 alsnog vrijwillig zal aansluiten bij Bpf Zoetwaren;

- Bpf Zoetwaren Poppies Bakery en Poppies Nederland vrijstelling verleent voor het verleden op grond van art. 4 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (vrijstelling in verband met een eigen cao), op voorwaarde dat Poppies Bakery en Poppies Nederland Bpf Zoetwaren vrijwaren van eventuele aanspraken van (voormalige) werknemers (of hun (voormalige) partners, kinderen of erfgenamen), mochten zij zich op enig moment in de toekomst op het standpunt stellen en in rechte bevestigd krijgen dat de vrijstelling niet rechtsgeldig is verleend.

- 2.15. Het Besluit tot het verplicht stellen van de deelneming in de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Zoetwarenindustrie bepaalt onder meer (onderstrepingrechtbank):

“ De deelneming in de Stichting bedrijfstakpensioenfonds voor de Zoetwarenindustrie is verplicht gesteld voor de werknemers die in dienst zijn van een onderneming behorende tot de Zoetwaren-industrie [...]

Onder een onderneming in de Zoetwarenindustrie wordt verstaan:

1) iedere onderneming in Nederland die uitsluitend of in hoofdzaak:

a. fabrieksmatig bloem en/of andere grondstoffen tot beschuit, toast, knäckebröd, biscuit, biscuitfiguren, koekjes, banket, koek en wafels verwerkt, ongeacht de soort;

b. [...]”

3. De vordering en het verweer

- 3.1. Poppies Bakery vordert bij vonnis, voor zover rechtens mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, een en ander op de feiten en gronden zoals in de dagvaarding is omschreven:

I. Voor recht te verklaren dat AON door haar onjuiste en onvolledige advisering (primair) toerekenbaar tekort is geschoten in haar verplichtingen jegens Poppies Bakery en/of (subsidiar) onrechtmatig jegens Poppies Bakery heeft gehandeld en dat AON aansprakelijk is voor de daardoor door Poppies Bakery geleden schade, nader op te maken bij staat;

II. AON te veroordelen tot betaling van de buitengerechtigde incassokosten van € 925,- (excl. BTW) althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag

III. AON te veroordelen in de kosten van dit geding met bepaling dat AON het bedrag van de proceskostenveroordeling binnen 14 dagen na dagtekening van het te wijzen vonnis aan Poppies Bakery dient te hebben voldaan, bij gebreke waarvan Poppies Bakery vanaf de 15e dag de wettelijke rente over de proceskostenveroordeling alsmede de nakosten - welke € 157,00 dan wel indien betekening van het vonnis plaatsvindt, € 239,00 bedragen - verschuldigd wordt.

- 3.2. AON voert verweer en concludeert tot afwijzing van het gevorderde.
- 3.3. De stellingen en weren zullen, waar nodig, in de beoordeling worden betrokken.

4. De beoordeling

- 4.1. Het geschil komt op het volgende neer: Poppies Bakery heeft op advies van AON de pensioenverplichtingen ten behoeve van haar personeel in 2017 ondergebracht bij pensioenuitvoerder Allianz. Vervolgens stelde Bpf Zoetwaren zich op het standpunt dat Poppies Bakery verplicht was aangesloten bij het pensioenfonds van Bpf Zoetwaren, bij welk standpunt Poppies Bakery zich (uiteindelijk, nadat haar bezwaar was afgewezen) heeft neergelegd.

Poppies Bakery heeft de consequenties van het onderbrengen van de pensioenverplichtingen bij een andere pensioenuitvoerder dan Bpf Zoetwaren kunnen verzachten. Poppies Bakery heeft inmiddels een regeling kunnen treffen zowel met Bpf Zoetwaren als met haar huidige personeel. Poppies Bakery vreest toch nog schade te kunnen gaan leiden, met name door:

1) eventuele claims van haar voormalige/ gepensioneerde werknemers (dan wel nabestaanden) die zouden kunnen stellen dat zij pensioenschade lijden omdat Poppies Bakery de pensioenverplichtingen bij de verkeerde pensioenuitvoerder had ondergebracht;

2) eventuele claims van Bpf Zoetwaren, omdat Poppies Bakery zich tegenover Bpf Zoetwaren contractueel heeft verplicht om Bpf Zoetwaren te vrijwaren in het geval deze claims bij Bpf Zoetwaren mochten worden ingediend, op de grondslag dat Bpf Zoetwaren ten onrechte vrijstelling heeft verleend aan Poppies Bakery.

- 4.2. De rechtbank is van oordeel dat het gevorderde - deels - toewijsbaar is op grond van wanprestatie, zij het niet over de gehele periode die Poppies Bakery vordert. De rechtbank acht AON slechts aansprakelijk voor (eventuele) schade die het gevolg is van het advies uit 2017 om de pensioenverplichtingen onder te brengen bij Allianz.
Voor de daaraan voorafgaande periode acht de rechtbank AON niet aansprakelijk, noch op grond van wanprestatie noch op grond van onrechtmatige daad. Dit oordeel berust op het volgende.
- 4.3. Poppies Bakery is pas in 2017 opgericht. Van wanprestatie over de daaraan voorafgaande periode kan jegens Poppies Bakery geen sprake zijn want van een overeenkomst tussen AON en Poppies Bakery die ziet op die voorafgaande periode is geen sprake. Poppies Bakery heeft op de mondelinge behandeling gesteld dat sprake is van overgang van onderneming, maar dat volstaat niet. Dat, in het kader van de verhouding tussen werkgever en werknemers, sprake is van overgang van onderneming betekent niet dat civielrechtelijk sprake is van contractsovername of van een situatie waarin Poppies Bakery de rechtsopvolger van Poppies Nederland en Culi D'Or is waar het gaat om de adviesovereenkomst met Meeus en AON. Poppies Bakery heeft niet goed uitgelegd en ook niet met stukken onderbouwd op grond waarvan kan worden aangenomen dat dit anders is en AON stelt zich op het standpunt dat van rechtsopvolging of contractsovername geen sprake is.
- 4.4. Aan dit oordeel doet niet af de stelling van Poppies Bakery dat PBF Zoetwaren door deze kwestie 'heen prikt.' Poppies Bakery bedoelt hiermee dat PBF Zoetwaren Poppies Bakery verantwoordelijk houdt voor nakoming van pensioenverplichtingen omdat Poppies Bakery degene is die thans de ondernemingsactiviteiten uitvoert, ook al waren die activiteiten voorheen bij andere vennootschappen ondergebracht (namelijk bij moedermaatschappij Poppies Nederland en dáárvoor bij Culi D'Or). Dit gestelde 'doorprikken' door PBF Zoetwaren gebeurt in het kader van het veiligstellen van de rechten van de (ex)werknemers jegens hun werkgever. Dat staat los van de relatie tussen Poppies Bakery en Aon en rechtvaardigt niet de conclusie dat er dan alsnog sprake is een contractuele relatie tussen Poppies Bakery en AON over de periode voor 2017.
- 4.5. Evenmin is AON aansprakelijk voor schade uit de periode van voor 2017 op de subsidiaire grondslag van onrechtmatige daad. De bedrijfsactiviteiten van Poppies Bakery werden voor 2017 uitgevoerd door andere vennootschappen. Eventuele onjuiste pensioenadviezen van AON zijn verstrekt aan die andere vennootschappen, niet aan Poppies Bakery. Het gaat hier aldus om de vraag of een (gestelde) wanprestatie tegenover die andere vennootschappen een onrechtmatige daad oplevert tegenover Poppies Bakery als derde. In de jurisprudentie (HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587 en HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, NJ 2012/59) is daarover beslist: wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van de overeenkomst kunnen hebben. Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen dit meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.
- 4.6. Poppies Bakery bestond nog niet in de periode voor 2017, zodat niet kan worden ingezien dat of hoe AON destijds in staat, laat staan verplicht, was om met de belangen van Poppies Bakery rekening te houden. De eventuele wanprestatie van Meeus/AON over de periode voor 2017 levert daarom geen onrechtmatige daad op jegens Poppies Bakery.
- 4.7. Wel is AON aansprakelijk wegens wanprestatie ter zake van de opdracht om te adviseren wat er moest gebeuren met de pensioenregeling in de periode vanaf 2017. Tussen partijen is niet in geding dat Poppies Bakery contractuele rechten kan ontlenuen aan deze opdracht (overigens daargelaten dat de rechtbank anders, op grond van hetzelfde feitencomplex, tot het oordeel zou zijn gekomen dat er onrechtmatig is gehandeld jegens Poppies Bakery). Toetsingskader is artikel art. 7:401 BW, dat bepaalt dat een opdrachtnemer de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad geldt daarbij de maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot. Wat die maatstaf precies meebrengt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.
- 4.8. Bij de vraag of AON de zorg van een goed opdrachtnemer in acht heeft genomen, weegt mee dat AON een financiële dienstverlener is op wie de Wét op het Financieel Toezicht (Wft) van toepassing is. Artikel 4.23 lid 1 van de Wft luidt:
"Indien een financiële onderneming een consument of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, cliënt adviseert of een individueel vermogen beheert:
a. wint zij in het belang van de consument onderscheidenlijk de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voorzover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies of het beheren van het individuele vermogen;
b. draagt zij er zorg voor dat haar advies of de wijze van het beheer van het individueel vermogen, voorzover redelijkerwijs mogelijk, mede is gebaseerd op de in onderdeel a bedoelde informatie; en
c. licht zij, indien het advisering betreft met betrekking tot financiële producten die geen financiële instrumenten zijn, de overwegingen toe die ten grondslag liggen aan haar advies voorzover dit nodig is voor een goed begrip van haar advies."
- 4.9. De AFM heeft een 'Leidraad tweede pijler pensioenadvisering' uitgebracht. Daarvan bestaan meerdere versies, die voor wat betreft de verplichtingen van de pensioenadviseur niet wezenlijk verschillen. De AFM verwacht dat pensioenadviseurs deze leidraad toepassen. De rechtbank acht de leidraad een nadere concretisering en invulling van wat verwacht mag worden van een redelijk handelend en redelijk bekwaam pensioenadviseur. In deze leidraad (in de versie geldend van 2009 tot augustus 2018, hetgeen de in geding zijnde periode betreft) staat onder meer: "Het komt regelmatig voor dat werkgevers niet weten dat op hun onderneming een CAO of BPF van toepassing is. Het is daarom belangrijk dat u altijd zelf controleert of deze situatie voor de onderneming van toepassing is. Zelfs als de werkgever in de bespreking heeft aangegeven dat dit naar zijn idee niet het geval is."
- 4.10. Poppies Bakery mocht op grond van de bewoordingen in de overeenkomst van opdracht op zich al verwachten dat AON volledig zou onderzoeken of Poppies Bakery verplicht was aangesloten bij Bpf Zoetwaren. AON heeft zich niet volledig gekweten van haar taak, door slechts te rapporteren dat Poppies Bakery zelf desgewenst (verder) zou kunnen uitzoeken of verplichte aansluiting bij Bpf Zoetwaren gold. Bovendien is sprake is van een te onduidelijk advies. In de management samenvatting die is opgenomen vooraan in het rapport, staat - zonder enig voorbehoud - dat er géén verplichte aansluiting bij enig bedrijfspensioenfonds geldt en dat Poppies Bakery dus zelf kan kiezen bij wie zij zich aansluit. Poppies Bakery behoefde er, na lezing van de management samenvatting, niet op bedacht te zijn dat deze mededeling verderop in het nogal lijkige

adviesrapport aanmerkelijk wordt genuanceerd met de mededeling dat hierover (toch) geen zekerheid bestaat, dat er telefonische navraag is gedaan bij Bpf Zoetwaren, dat het antwoord was dat geen verplichting tot aansluiting bij het pensioenfonds lijkt te bestaan maar dat, om dit zeker te weten, er een officieel bedrijfsonderzoek verricht zou moeten worden.

- 4.11. Aan het oordeel draagt verder bij dat gesteld noch gebleken is dat de telefonische mededeling is verstrekt door een medewerker van Bpf Zoetwaren waarvan AON mocht aannemen dat die medewerker een gezaghebbende functie binnen Bpf Zoetwaren bekleedde, zoals bijvoorbeeld een bestuurder. AON is dus aansprakelijk voor de schade wegens wanprestatie.
- 4.12. AON betwist het causaal verband tussen de wanprestatie en eventuele schade, nu uiteindelijk wel door Bpf Zoetwaren een bedrijfsonderzoek is verricht. Dit verweer faalt. De mogelijke schade vloeit niet voort uit het niet-verrichten van een bedrijfsonderzoek op zichzelf, maar uit de onjuiste advisering omtrent de vraag of een verplichte aansluiting gold bij Bpf Zoetwaren. Door die onjuiste advisering heeft Poppies Bakery immers de onder 2.10 bedoelde verzekering bij Allianz gesloten.
- 4.13. AON betwist dat Poppies Bakery een bedrijfsonderzoek door Bpf Zoetwaren zou hebben laten verrichten bij een indringender advies. Dit verweer faalt. Maatstaf is een vergelijking tussen de feitelijke toestand en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden. Het verweer komt er op neer dat Poppies Bakery een goed advies niet op zijn waarde zou hebben weten te schatten. De rechtbank ziet echter geen enkele reden om aan te nemen dat Poppies Bakery zo onzorgvuldig zou hebben gehandeld. Zij liet zich immers door een specialist adviseren en heeft dat advies opgevolgd. Ook meer in het algemeen ontbreken feiten die erop wijzen dat Poppies Bakery een dergelijk risico zou hebben genomen. Toen het bedrijfsonderzoek eenmaal was verricht heeft zij zich uiteindelijk bij de verplichte aansluiting neergelegd.
- 4.14. AON beroept zich op artikel 6:101 BW (vermindering schadevergoedingsplicht wegens omstandigheden die toerekenbaar zijn aan de benadeelde partij zelf). Volgens AON heeft Poppies Bakery jarenlang gehandeld vanuit de onwil om zich aan te sluiten bij Bpf Zoetwaren omdat dat pensioenfonds in haar optiek te duur was. AON voert voorts aan dat sprake is van eigen schuld omdat het primair de taak van een werkgever zelf is om te onderzoeken of een verplichting bestaat om zich aan te sluiten bij een bedrijfspensioenfonds.
- 4.15. Dit verweer faalt. Poppies Bakery had nu juist AON ingeschakeld, als deskundig te achten specialist, om dit deugdelijk uit te zoeken. Indien AON die verbintenis niet op zich had willen nemen, dan had zij de adviesopdracht niet moeten aannemen. Poppies Bakery mag zich op goede gronden op het standpunt stellen dat juist is het standpunt van Bpf Zoetwaren dat Poppies Bakery verplicht is zich bij dit pensioenfonds aan te sluiten. Het wekt geen verbazing dat de productie van soezen en eclairs valt onder de term “banket,” de productie waarvan krachtens het toepasselijke Verplichtstellingsbesluit noopt tot aansluiting bij Bpf Zoetwaren. Niet onderbouwd is dat Poppies Bakery informatie heeft achtergehouden of anderszins iets heeft gedaan of nagelaten waardoor het voor Poppies Bakery wel, maar voor AON niet duidelijk was dat Poppies Bakery zich verplicht moest aansluiten.
- 4.16. AON doet een beroep op voordeelstoerekening. Volgens AON was Poppies Bakery goedkoper uit omdat zij in de relevante periode lagere premies hoefde te betalen dan bij aansluiting bij Bpf Zoetwaren het geval zou zijn geweest. Poppies Bakery heeft op de mondelinge behandeling erkend dat zij lagere pensioenlasten had, maar zij brengt daar tegenin dat zij, nu zij meer geld overhield, een duurder cao ten behoeve van haar personeel heeft kunnen afsluiten. De rechtbank kan daar op dit moment geen oordeel over geven, nu niet voldoende informatie beschikbaar is. Deze kwestie wordt overgelaten aan de rechter in de schadestaatprocedure, na partijdebat in dat verband. Van belang is voorts dat Poppies Bakery sterk schadebeperkend heeft opgetreden door met het BPF nadere afspraken te maken. Ook dit kan in de schadestaatprocedure nader aan de orde komen.
- 4.17. Voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is niet noodzakelijk dat reeds duidelijk is dat schade is geleden. Voldoende is dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is, en dat is het geval. AON heeft op de mondelinge behandeling verklaard dat de pensioenlasten van Poppies Bakery € 400.000 bedragen in geval van aansluiting bij Bpf Zoetwaren tegenover € 270.000 bij Aegon. Het is, gelet op dit verschil, denkbaar dat een pensioenuitkering aan een gepensioneerde werknemer bij Aegon lager uitvalt dan bij Bpf Zoetwaren en dat voormalig/ gepensionerd personeel daarom claims gaat indienen. Ook is denkbaar dat Poppies Bakery een goedkopere cao zou hebben afgesproken met haar personeel omdat zij bij verplichte aansluiting bij Bpf Zoetwaren minder geld over zou houden voor gunstiger arbeidsvoorwaarden. Of Poppies Bakery ook schade lijdt omdat zij anders haar hogere kosten zou hebben kunnen doorberekenen aan klanten is niet zeker want dit hangt mede af van de prijselasticiteit van de vraag (bij een hogere prijs kunnen klanten weglopen).
- 4.18. Duidelijkheidshalve tekent de rechtbank het volgende aan. Met het huidige personeel van Poppies Bakery is al een regeling getroffen, dus daar lijkt de schade niet te zitten (al sluit Poppies Bakery niet uit dat het personeel zich zou kunnen gaan beroepen op dwaling). De eventuele schade lijkt met name betrekking te hebben op dat deel van het personeel van Poppies Bakery dat uit dienst is getreden in de periode tussen het verstrekken van het advies door AON en het treffen van de regeling tussen Poppies Bakery en Bpf Zoetwaren op 1 april 2020 respectievelijk tussen dat advies en de regeling die is getroffen tussen Poppies Bakery en haar werknemers. Tot op heden heeft kennelijk geen van die vertrokken werknemers een claim ingediend bij Poppies Bakery, noch bij Bpf Zoetwaren. In die zin lijkt met name sprake te zijn van eventuele toekomstige schade. Dat maakt de mogelijkheid om in de schadestaatprocedure de omvang van de (eventuele) schade vast te stellen beperkt. Partijen zouden in dat licht de voorkeur kunnen geven aan het treffen van een schikking maar dat is aan henzelf.
- 4.19. De gevorderde buitengerechtigde kosten komen voor toewijzing in aanmerking. Aannemelijk is dat Poppies Bakery deze kosten heeft moeten maken, alleen al vanwege het treffen van de regeling met Bpf Zoetwaren. Het *Besluit vergoeding voor buitengerechtigde incassokosten* is hier niet toepasselijk. De kosten zijn in redelijkheid gemaakt en ook de hoogte van het bedrag acht de rechtbank redelijk. Btw over deze kosten zal niet worden toegewezen. Het gaat hier om schadevergoeding en dat is niet een transactie waarover omzetbelasting verschuldigd is.
- 4.20. AON zal als de deels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van Poppies Bakery. Deze kosten aan de zijde van Poppies Bakery worden begroot op:
 - dagvaarding € 87,99
 - vast recht 2.042,00
 - salaris advocaat 1.086,00 (2 punten × tarief onbepaalde waarde € 543)Totaal € 3.215,99.
Dit bedrag zal worden vermeerderd met de gevorderde wettelijke rente en de gevorderde nakosten, die toewijsbaar zijn op de gebruikelijke wijze.

5. De beslissing

De rechtbank

- 5.1. verklaart voor recht dat AON door haar onjuiste en onvolledige advisering toerekenbaar tekort is geschoten in haar verplichtingen jegens Poppies Bakery, ter zake van de advisering door AON in de periode vanaf 1 januari 2017 en dat AON aansprakelijk is voor de daardoor door Poppies Bakery geleden en te lijden schade vanaf 1 januari 2017 en veroordeelt AON tot schadevergoeding nader op te maken bij staat,
- 5.2. veroordeelt AON tot betaling aan Poppies Bakery van de buitengerechtelijke incassokosten van € 925,-,
- 5.3. veroordeelt AON in de proceskosten van Poppies Bakery ad € 3.215,99, te betalen aan Poppies Bakery binnen 14 dagen na dagrekening van het onderhavige vonnis bij gebreke waarvan AON vanaf de 15e dag de wettelijke rente over de proceskostenveroordeling en voorts vermeerderd met € 157,- voor nasalaris zonder betekening, en, in geval betekening van het vonnis plaatsvindt, met € 82,- en de exploitkosten van betekening van het vonnis,
- 5.4. verklaart dit vonnis zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten. Het is ondertekend en in het openbaar uitgesproken door mr. J.F. Koekebakker, rolrechter, op 20 januari 2021.

[2517/106]