

Bestuurdersaansprakelijkheid bij pensioenschulden: de lange arm van het bedrijfstakpensioenfonds

Een groot aantal Nederlandse rechtspersonen is wettelijk verplicht om als werkgever deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds. Onder bepaalde voorwaarden kunnen de bestuurders van deze rechtspersonen door een bedrijfstakpensioenfonds (persoonlijk) aansprakelijk worden gesteld als pensioenpremies onbetaald blijven. In deze bijdrage zal worden ingegaan op deze wettelijke aansprakelijkheid die zich niet alleen uitstrekt tot formele bestuurders, maar ook tot andere personen/rechtspersonen die direct of indirect bij de bedrijfsvoering betrokken zijn.



1. Inleiding

Voor bepaalde schuldeisers heeft de wetgever het eenvoudiger willen maken om voor de schulden van een rechtspersoon ook de bestuurders aansprakelijk te stellen. Zo heeft de wetgever het voor verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds¹ mogelijk gemaakt om, onder bepaalde voorwaarden, met een beroep op artikel 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000,^{2, 3} bestuurders hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de onbetaalde pensioenschulden van hun rechtspersoon.⁴ Hiermee heeft de wetgever het uitgangspunt in het Nederlandse rechtspersonenrecht, inhoudende dat een bestuurder niet aansprakelijk is voor de schulden van zijn rechtspersoon, willen doorbreken. In deze bijdrage zal onder verwijzing naar veel recente rechtspraak worden ingegaan op deze aansprakelijkheidsregeling die verstrekkend is. De bijdrage is bedoeld om meer inzicht te geven in de mogelijkheden voor een bedrijfstakpensioenfonds om door de rechtspersoon heen te breken en om (achterliggende) bestuurders en andere personen die (als ware zij bestuurder) bij de bedrijfsvoering van een rechtspersoon betrokken zijn (geweest) aansprakelijk te stellen. Met de invoering van de Wet bestuur en toezicht⁵ lijkt

de reikwijdte van deze aansprakelijkheidsregeling zich inmiddels ook uit te strekken tot personen die eerder nog niet onder deze aansprakelijkheidsregeling vielen.

2. Achtergrond aansprakelijkheidsregeling

Een groot euvel dat het fiscale stelsel en het socialeverzekeringsstelsel, de pijlers van onze sociale rechtsstaat, dreigde te ondergraven en dat bestreden moest worden,⁶ leidde in de jaren 80 tot de invoering van de zogenaamde Tweede Misbruikwet,⁷ waarbij enkele gelijklopende bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen werden ingevoerd voor pensioenschulden, voor bepaalde belastingsschulden en voor schulden wegens onbetaalde socialeverzekeringspremies.⁸ Voor bedrijfstakpensioenfonds werd hiermee voortaan mogelijk om, onder bepaalde voorwaarden, bestuurders, naast hun rechtspersoon, hoofdelijk

* Mr. M.H. Visscher is als advocaat werkzaam bij DVDW Advocaten te 's-Gravenhage.

1. Een actueel overzicht van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds is te vinden op de website van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid: http://cao.minszw.nl/index.cfm?menu_item_id=16621&hoofdmnu_item_id=16507&rubriek_id=392840&link_id=65386.
2. In deze bijdrage zal ik het hierna steeds hebben over: de Wet Bpf 2000.
3. Artikel 23 Wet Bpf 2000 is een inhoudelijke voortzetting van artikel 18b Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (*Kamerstukken II 1999/2000, 27073, 3, p. 20*).
4. Het gaat dan om (in)directe (al dan niet gewezen) bestuurders (of personen die in artikel 23 lid 6 Wet Bpf 2000 worden gelijkgesteld aan bestuurders) van rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid die zijn onderworpen aan de heffing van de vennootschapsbelasting.
5. Zie de wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.
6. Aldus mr. F. Korthals, Minister van Justitie, in zijn voorwoord in: P. van Schilfgaarde e.a., *De nieuwe misbruikwetgeving*, Deventer: Kluwer 1986, p. 11 en 12. Zie hierover ook: *Kamerstukken II 1980/81, 16530, 3-4, p. 3* (MvT).
7. De wet van 21 mei 1986, houdende nadere wijziging van enige sociale verzekeringswetten, de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en enige fiscale wetten in verband met misbruik van rechtspersonen (*Stb.* 1986, 276).
8. Thans zijn deze aansprakelijkheidsregelingen voor wat betreft de aansprakelijkheid van bestuurders voor rijksbelastingen en premies sociale verzekeringen (volksverzekeringen en werknemersverzekeringen) terug te vinden in artikel 36 Invorderingswet 1990 (voorheen voor socialeverzekeringspremies: in artikel 16d Coördinatiewet Sociale Verzekering), en voor wat betreft de aansprakelijkheid voor pensioenbijdragen in artikel 23 Wet Bpf 2000 (voorheen: artikel 18b Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds; hierna: Wet Bpf (oud)). De rechtspraak over artikel 36 Invorderingswet 1990 kan ook relevant zijn voor de aansprakelijkheid van bestuurders op grond

aansprakelijk te stellen voor onbetaalde pensioenbijdragen.⁹ Meer specifiek gaat het dan om bestuurders van rechtspersonen¹⁰ die, op grond van een verplichtstellingsbesluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, gehouden zijn om pensioenbijdragen af te dragen aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds.

De invoering van deze aansprakelijkheidsregelingen was volgens de wetgever noodzakelijk omdat pensioenbijdragen, socialeverzekeringspremies en bepaalde belastingen, als gevolg van misbruik van rechtspersonen, op grote schaal onbetaald bleven, terwijl de betalingsplichtige rechtspersonen geen verhaal boden. Aan deze onwenselijke situatie moest volgens de wetgever een einde worden gemaakt. Met de invoering van deze aansprakelijkheidsregelingen heeft de wetgever gewenst gedrag van bestuurders ten aanzien van (onder meer) de betaling van pensioenbijdragen willen stimuleren en onzorgvuldig gedrag willen ontmoedigen. De wetgever heeft met deze aansprakelijkheidsregelingen de bestuurders ertoe willen aanzetten om voortdurend erop bedacht te zijn dat gelden binnen de rechtspersoon beschikbaar worden gehouden voor de afdracht aan (onder meer) het pensioenfonds en om aan de betaling van bepaalde schuldeisers (zoals het pensioenfonds) voorrang te geven ten opzichte van andere schuldeisers. Volgens de wetgever moest de rechtspersoon als het ware worden gezien als een houder van de op het salaris van de werknemers ingehouden pensioenbijdragen die aan het pensioenfonds moeten worden afgedragen.¹¹ Als gevolg van deze aansprakelijkheidsregelingen bleven bestuurders van rechtspersonen niet langer buiten schot, maar konden zij voortaan voor deze schulden aansprakelijk worden gesteld als aan een aantal voorwaarden was voldaan.

3. Melding van betalingsonmacht

Binnen de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling(en) neemt de verplichting om betalingsonmacht te melden een belangrijke plaats in. Deze verplichting houdt ten aanzien van pensioenschulden in dat een rechtspersoon, onverwijld nadat is gebleken dat de rechtspersoon niet tot betaling van pensioenbijdragen in staat is, daarvan mededeling moet doen aan het pensioenfonds. Voorts moet de rechtspersoon op verzoek van het pensioenfonds nadere inlichtingen verstrekken en stukken overleggen.¹² Elke bestuurder is bevoegd¹³ (en zelfs verplicht¹⁴) om namens de rechtspersoon aan deze informatieverplichtingen te voldoen. Blijft een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht achterwege dan heeft dat verregaande consequenties voor de rechtspositie van een bestuurder, zoals ik hierna in deze bijdrage zal toelichten. Nadere regels over deze meldingsplicht zijn terug te vinden in een algemene maatregel van bestuur,¹⁵ hierna in deze bijdrage door mij ook genoemd: het Besluit. De meldingsregeling beoogt te bewerkstelligen dat het pensioenfonds al op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin de rechtspersoon verkeert, zodat het pensioenfonds zich, mede op grond van de overlegde gegevens en verkregen inlichtingen, kan beraden over de opstelling die het pensioenfonds ten aanzien van de rechtspersoon zal voeren.¹⁶ De meldingsregeling dwingt de bestuurder(s) tot actie wanneer de rechtspersoon in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren.¹⁷

Hoewel het niet op de juiste wijze melden van betalingsonmacht voor de aansprakelijk gestelde personen verstrekkende gevolgen kan hebben, volgt uit de rechtspraak dat er op het pensioenfonds geen verplichting rust om bestuurders te wijzen op de verplichting om betalingsonmacht te melden en/of op de nadelige gevolgen als een rechtsgeldige melding achterwege blijft. De gedachte

van artikel 23 Wet Bpf 2000. Zie in deze zin: Rb. Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1434. Zie daarentegen echter ook: Rb. Haarlem 14 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ2754, r.o. 4. Wel verdient opmerking dat voor fiscale schulden er naast artikel 36 Invorderingswet 1990 beleidsregels gelden die thans zijn opgenomen in de Leidraad Invorderingswet 2008. Deze beleidsregels gelden niet voor de invordering van pensioenbijdragen en dus ook niet voor de aansprakelijkheid van bestuurders voor pensioenschulden.

9. Zie over de achtergrond van deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling in het bijzonder: P. van Schilfgaarde, *Misbruik van Rechtspersonen* (Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 27 e.v. en P. van Schilfgaarde e.a., *De nieuwe misbruikwetgeving* (Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 2), Deventer: Kluwer 1986.
10. Voor niet in Nederland wonende of gevestigde werkgevers heeft de wetgever in artikel 22 Wet Bpf 2000 een specifieke aansprakelijkheidsregeling opgenomen. In deze bijdrage beperk ik mij evenwel tot de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000.
11. Zie *Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 3, p. 3-4. Zie hierover ook: Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, r.o. 4.6.
12. Zie artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000. Zie voorts: artikel 2 lid 1 van het Besluit.
13. Zie hierover expliciet: Rb. Amsterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, r.o. 4.3 en Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 7.
14. Zie hierover expliciet: Rb. Amsterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, r.o. 4.3. Zie hierover ook P. van Schilfgaarde, *Misbruik van Rechtspersonen* (Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 31 onder verwijzing naar de opvatting van de minister hierover, zoals deze volgt uit *Kamerstukken II* 1981/82, 16530, 7, p. 45 (MvA) en uit *Kamerstukken II* 1983/84, 16530, 12, p. 15 (NEV). Zie hierover ook: P. van Schilfgaarde e.a., *De nieuwe misbruikwetgeving* (Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 2), Deventer: Kluwer 1986, p. 42.
15. Zie het Besluit van 21 december 2000, houdende vaststelling van het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 (Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000).
16. Zie hierover: *Kamerstukken II* 1999/2000, 27073, 3, p. 30 (MvT). Zie hierover ook: Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16.
17. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 27073, 3, p. 20.

hierachter is dat het gaat om een wettelijke verplichting en verondersteld mag worden dat een rechtspersoon en zijn bestuurders daarvan op de hoogte zijn.¹⁸ Hoewel het naar mijn mening weinig bezwaarlijk zou moeten zijn voor een pensioenfonds om op zijn nota's de rechtspersoon en zijn bestuurders te wijzen op de verplichting om tijdig en op de juiste wijze betalingsonmacht te melden en op het risico van bestuurdersaansprakelijkheid, strookt dit mijns inziens niet met het uitgangspunt van de wetgever dat uitgaat van een actieve bestuurder, ook waar het de melding van betalingsonmacht betreft.

Een melding van betalingsonmacht moet allereerst *tijdig* plaatsvinden. Artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 gebruikt de term 'onverwijld'. Daaronder wordt verstaan dat een melding van betalingsonmacht uiterlijk veertien dagen *na de dag* waarop de bijdrage moet zijn voldaan, moet hebben plaatsgevonden.¹⁹ In de tweede plaats moet een melding *schriftelijk* plaatsvinden²⁰ en inzicht geven in de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de pensioenbijdragen niet kunnen worden betaald.²¹ Voor het overige gelden er geen vereisten en is een melding van betalingsonmacht vormvrij. Hoewel er een standaardformulier beschikbaar is voor het melden van betalingsonmacht,²² hoeft daar geen gebruik van te worden gemaakt. Wel loopt een bestuurder, als deze geen gebruik maakt van dit standaardformulier, naar mijn mening, een (groter) risico dat er op een later moment discussie ontstaat over de vraag of de correspondentie die met het pensioenfonds is gevoerd, moet worden aangemerkt als een melding van betalingsonmacht. Zeker als uit een reactie van het pensioenfonds volgt dat het pensioenfonds de betreffende correspondentie niet als een melding van betalingsonmacht heeft opgevat, is het voor een bestuurder raadzaam om (alsnog) een duidelijke melding van betalingsonmacht te versturen middels gebruikmaking van het standaardfor-

mulier. Dit klemmt temeer, nu uit de rechtspraak volgt dat de meldingsregeling strikt wordt toegepast. Zo worden bijvoorbeeld (voorzicht op) betalingsregelingen²³ of brieven waarin bezwaar wordt gemaakt tegen de aansluiting in een bedrijfstakpensioenfonds²⁴ in de door mij bestudeerde rechtspraak niet als meldingen van betalingsonmacht aangemerkt. Van bestuurders wordt voorts een actieve houding verwacht.²⁵ Het enkele feit dat een pensioenfonds op de hoogte is van de moeilijke financiële omstandigheden van een rechtspersoon levert nog geen melding van betalingsonmacht op, omdat dit niet hoeft te betekenen dat de betaling van pensioenbijdragen onmogelijk is.²⁶ Uit de rechtspraak volgt als rode draad dat van een rechtspersoon die betalingsonmacht wil melden een duidelijk daarop gericht bericht mag worden verlangd, zodat het voor een pensioenfonds duidelijk is dat het gerechtigd is om gegevens op te vragen.²⁷

Als het pensioenfonds betwist dat er een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, ligt de bewijslast bij de bestuurder om dit aan te tonen. Een bestuurder heeft er naar mijn mening dan ook alle belang bij dat hierover op een later moment zo min mogelijk discussie kan ontstaan. Dat geldt overigens niet alleen voor de *inhoud* van de correspondentie waar de bestuurder zich op beroept ter onderbouwing van zijn stelling dat er een geldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, maar ook voor de eventuele betwisting door het pensioenfonds van de ontvangst daarvan. Een bestuurder zal bij betwisting door het pensioenfonds van de ontvangst van een melding van betalingsonmacht moeten stellen en, zo nodig, moeten bewijzen dat de correspondentie waar hij zich op beroept ook daadwerkelijk is verzonden naar een adres waarvan de bestuurder redelijkerwijs mocht aannemen dat het pensioenfonds aldaar door de bestuurder kon worden bereikt en dat de

18. Zie Hof Leeuwarden 1 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1741, r.o. 3.9.2. Zie in deze zin ook: het (niet gepubliceerde) tussenvonnis Rb. Leeuwarden 9 november 2012, 374111\CV EXPL 11-8982 waarin de kantonrechter (in r.o. 5.2) overwoog dat een bestuurder ook zonder een uitdrukkelijke waarschuwing van het pensioenfonds beducht moet zijn voor de gevolgen van het niet voldoen aan de meldingsplicht door de door hem bestuurde vennootschap. Voor fiscale schulden kan dit anders liggen. Zie artikel 36.5.3 van de Leidraad Invordering 2008 op grond waarvan bij fiscale schulden voor de Ontvanger de beleidsinstructie geldt dat bij ieder gesprek ten kantore waarin de (tijdelijke) betalingsproblemen van een belastingschuldige ter sprake komen de Ontvanger de belastingschuldige op de meldingsplicht dient te wijzen en de implicaties van een melding dient toe te lichten.

19. Zie artikel 2 lid 1 van het Besluit.

20. Zie artikel 2 lid 1 van het Besluit. Zie hierover ook: Rb. Amsterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, waarin de rechtbank (in r.o. 4.6) overwoog dat een telefonische mededeling volgens vaste rechtspraak niet geldt als een melding van betalingsonmacht nu het Besluit een schriftelijke melding voorschrijft.

21. Zie artikel 2 lid 3 van het Besluit.

22. Dit standaardformulier is te vinden op de website van de Belastingdienst.

23. Zie Rb. Amsterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, r.o. 4.9; Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16; Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.11; (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Gelderland (ktr. Arnhem) 25 september 2013, 858360\CV EXPL 13-198\353\345, r.o. 4.15; het (niet gepubliceerde) tussenvonnis Rb. Leeuwarden 9 november 2012, 374111\CV EXPL 11-8982, r.o. 5.8; Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 9; Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.4 en Hof Amsterdam 27 januari 2009, *JAR* 2009/141, r.o. 3.8.2.

24. Zie (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Den Haag (ktr.) 30 april 2015, 3083921 RL EXPL 14-15629, r.o. 5.6; (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Assen) 28 april 2015, 3101174\CV EXPL 14-4540, r.o. 25; (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Den Haag (ktr.) 26 februari 2015, 3104496 RL EXPL 14-16633, r.o. 5.5 en (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Rotterdam 13 februari 2015, 3095293\CV EXPL 14-24711, r.o. 5.6.

25. Het zonder toelichting onbetaald laten van pensioenbijdragen staat niet gelijk aan een melding van betalingsonmacht. Zie Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.4 en Rb. Haarlem 14 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ2754, r.o. 4. Ook het regelmatig aanmanen door het pensioenfonds staat niet gelijk aan een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht. Zie Hof Leeuwarden 1 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1741, r.o. 4.

26. Zie Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16.

27. Zie hierover in het bijzonder (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Rotterdam 13 februari 2015, 3095293\CV EXPL 14-24711, r.o. 5.5. Zie ook: Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16.

correspondentie aldaar ook is aangekomen.²⁸ Vervolgens zal de bestuurder moeten stellen, en zo nodig moeten bewijzen dat, de correspondentie inhoudelijk is aan te merken als een melding van betalingsonmacht.

Als eenmaal vaststaat dat er een rechtsgeldige melding heeft plaatsgevonden, dan geldt de melding, zolang de betalingsachterstand nog niet is weggewerkt,²⁹ ook voor pensioenbijdragen waarvoor in de daaropvolgende periode nog nota's worden ontvangen, tenzij het pensioenfonds de rechtspersoon heeft laten weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten.³⁰ Een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht werkt dus door voor toekomstige tijdvakken.

Uit de rechtspraak leid ik af dat een melding alleen hoeft plaats te vinden als er ook daadwerkelijk sprake is van een situatie van betalingsonmacht.³¹ Wordt uitsluitend om een andere reden niet betaald, dan geldt er in beginsel geen meldingsplicht. Echter, uit diezelfde rechtspraak leid ik ook af dat, als er om een andere reden niet wordt betaald, maar een rechtspersoon ook niet in staat is om te betalen, er toch betalingsonmacht moet worden gemeld. Discussabel is of de meldingsregeling nog steeds geldt als een rechtspersoon failliet is verklaard. De wetgever heeft ter zake (vooral nog) geen duidelijk standpunt ingenomen.³² Naar mijn mening is verdedigbaar dat ook bij een faillissement van de rechtspersoon er door een bestuurder nog steeds een melding van betalingsonmacht moet worden gedaan. Het enkele faillissement ontbindt de

rechtspersoon immers nog niet. De rechtspersoon blijft voortbestaan totdat opheffing heeft plaatsgevonden wegens de toestand van de boedel. Ook de bestuurders blijven bij faillissement bestuurder. Zij blijven dus bevoegd om betalingsonmacht te melden, zodat betoogd kan worden dat daarmee dus ook de meldingsplicht die rust op de rechtspersoon en op elk van zijn bestuurders blijft bestaan.³³ Voorts is er in de aansprakelijkheidsregeling voor de situatie van faillissement ook geen uitzondering op de verplichting tot het melden van betalingsonmacht opgenomen. Anderzijds zou betoogd kunnen worden dat de strekking van de meldingsregeling is om het pensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte te brengen van de betalingsproblemen, zodat het pensioenfonds zich kan beraden over de maatregelen die het kan treffen. Betoogd zou kunnen worden dat bij een faillissement die noodzaak is komen te vervallen, nu er in dat geval immers een curator wordt aangesteld die voor de vereffening van de boedel zal zorg dragen, zodat er daarmee geen noodzaak meer lijkt te zijn voor het pensioenfonds om tijdig geïnformeerd te worden over de situatie van betalingsonmacht om verhaal veilig te stellen. Hoewel er ook voor deze redenering wat valt te zeggen, ben ik van mening dat de wetgever en/of de Hoge Raad

28. Zie hierover: Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 17 onder verwijzing naar artikel 3:37 lid 3 BW en HR 14 juni 2013, NJ 2013/391. Zie in deze zin (over de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de melding van betalingsonmacht) ook: Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.11 en Rb. Amsterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, r.o. 4.4, waarin voorts (in r.o. 4.5) werd overwogen dat het voor risico van de bestuurder kwam dat deze de brief (waarin melding werd gedaan van betalingsonmacht) niet aangetekend had verzonden en dat deze geen verdere actie had ondernomen nadat hij had vernomen dat het pensioenfonds de brief niet had ontvangen of gelezen.
29. Zie HR 16 maart 2007, r.o. 4.2, JOR 2007/131 (*Ontvanger/Reintjes*) in welke zaak het ging om fiscale schulden, maar welke rechtspraak ook relevant kan zijn voor onbetaalde pensioenbijdragen, zoals volgt uit Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16; Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 9; Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.4 en Rb. Haarlem 14 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ2754, r.o. 6 waarin dit uitgangspunt van de Hoge Raad ten aanzien van fiscale schulden ook ten aanzien van onbetaalde pensioenbijdragen is bevestigd.
30. Zie Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16.
31. Zie HR 12 augustus 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4865 waaruit volgt dat er (bij een procedure op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990) meer mogelijkheden zijn dan een keuze tussen enerzijds tijdig betalen of anderzijds het melden van betalingsonmacht. Zie onder verwijzing naar deze rechtspraak ook: Rb. Oost-Brabant 4 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3227, r.o. 4.9, waarbij (in r.o. 4.5) door de rechter voorts werd overwogen dat de meldingsplicht niet intreedt zolang het lichaam de verschuldigde pensioenbijdrage wel kan betalen (maar niet wil of wenst te betalen). Zie voorts: Rb. Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1434.
32. Zie hierover: *Handelingen II* 1991/92, 17050, 147, p. 12, waarin het kabinet eerder nog aankondigde dat het via een wetswijziging hierover meer duidelijkheid wilde scheppen, maar daarbij in het midden liet wat zijn standpunt hierover was.
33. Zie hierover: M.H. Visscher, 'De aansprakelijkheid van bestuurders voor achterstallige pensioenbijdragen: de bestuurder aan zet!', *TvOB* 2013, afl. 6, p. 199 onder verwijzing naar H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011, p. 204-206 en P.G. Koch, 'De rechtspraak over de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid: een tussenstand', *WFR* 1991/325, par. 3.3 (Meldingsplicht en faillissement). Zie ook: J.B. Wezeman, 'Het melden van betalingsonmacht onder de Wet bestuurdersaansprakelijkheid', *TVVS* 1991, afl. 4, p. 89 en J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 29), Deventer: Kluwer 1998, p. 181-182. Zie ook de rechtspraak die is gewezen in het kader van de meldingsplicht bij artikel 36 Invorderingswet 1990: Hof Amsterdam 31 oktober 1989, 1496/88, *V-N* 1989, p. 345 en Hof Arnhem 17 oktober 1989, 2391/1988, E II, *V-N* 1990, p. 990 (*V-N* 1990, p. 2223). Inmiddels geldt er voor de meldingsplicht in het kader van artikel 36 Invorderingswet 1990 een beleidsinstructie (die is terug te vinden in paragraaf 36.5.7 van de Leidraad Invordering 2008). Volgens deze beleidsinstructie hoeft er geen melding van betalingsonmacht meer plaats te vinden als de meldingstermijn op of na de faillissementsdatum afloopt. De Ontvanger heeft in dat geval bij een aansprakelijkstelling een bewijslast als rechtsgeldig is gemeld. Daarbij verdient opmerking dat volgens paragraaf 36.5.6 van de Leidraad Invordering 2008 er nog wel een meldingsplicht geldt bij surseance van betaling. Zie voor recente rechtspraak waaruit volgt dat de meldingsplicht bij faillissement komt te vervallen: (het niet-gepubliceerde tussenvonnissen) Rb. Noord-Nederland 19 april 2013, 37411\CV EXPL 11-8982, r.o. 2.4. Zie ook: de uitspraken van de CRvB over de aansprakelijkheid voor onbetaalde premies werknemersverzekeringen (in onder meer: CRvB 10 maart 1993, *RSV* 1994/35 en CRvB 13 oktober 1993, *Premie* 1992/232 (*Premie* 1992/233; *V-N* 1993, p. 4032) waaruit volgt dat het faillissement van een rechtspersoon moet worden gezien als een openbare melding van betalingsonmacht door de rechtspersoon.

hier aan zet zijn.³⁴ Zolang de wettekst van artikel 23 Wet Bpf 2000 op dit punt niet is aangepast door alsnog expliciet op te nemen dat in geval van een situatie van faillissement er geen meldingsplicht meer geldt en zolang de Hoge Raad zich hierover niet expliciet heeft uitgesproken, zou ik menen dat de tekst van de wet hier de doorslag zou moeten geven en doet een bestuurder er naar mijn mening verstandig aan om bij een faillissement van de rechtspersoon een melding van betalingsonmacht te doen. Al is het maar om enig risico van persoonlijke aansprakelijkheid daarmee te verkleinen.

Het niet rechtsgeldig melden van betalingsonmacht heeft in ieder geval verstrekken gevolgen voor de rechtspositie van een bestuurder. Als er geen rechtsgeldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, wordt namelijk wettelijk vermoed dat het onbetaald blijven van de pensioenbijdragen aan een bestuurder is te wijten.³⁵ Een bestuurder kan dit wettelijk vermoeden alleen weerleggen, als hij eerst aannemelijk maakt dat hem geen verwijt trefte van het ontbreken van een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht.^{36, 37} Dat zal niet eenvoudig zijn. In de regel zal het ontbreken van een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid, vanwege het enkele feit dat de bestuurder niet in staat zal zijn om aannemelijk te maken dat hem van het niet melden van betalingsonmacht geen verwijt kan worden gemaakt. Voor een *gewezen* bestuurder ligt dit anders, zoals hierna in deze bijdrage zal worden toegelicht. Uit de rechtspraak volgt (vooralsnog) dat dit wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid niet strijdig is met artikel 6 EVRM,³⁸ op grond waarvan een gedaagde (bestuurder), kort gezegd, recht heeft op 'hoor en wederhoor'. Daarbij lijkt doorslaggevend te zijn dat de wetgever een zodanig groot belang heeft gehecht aan het tijdig

mededelen van betalingsonmacht, dat het tijdig doen van deze mededeling een onderdeel uitmaakt van een zorgvuldig bestuur van de onderneming en het niet voldoen aan deze mededeling dus (een wettelijk vermoeden van) kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert.

4. Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Als een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, dan geldt er geen wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid. Dit laat onverlet dat een bestuurder in dat geval nog steeds door het pensioenfonds aansprakelijk kan worden gesteld als aannemelijk is dat het onbetaald blijven van de pensioenbijdragen is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan de melding van betalingsonmacht.³⁹ Niet vereist is dat het pensioenfonds kennelijk onbehoorlijk bestuur *aantoont*. Het pensioenfonds hoeft kennelijk onbehoorlijk bestuur slechts *aannemelijk* te maken. Vervolgens zal de bestuurder voldoende moeten stellen en bewijzen tegen deze aanname van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de rechter vrij is om te bepalen op wie de bewijslast rust ten aanzien van de stelling dat aannemelijk is dat het onbetaald blijven van de pensioenbijdragen is te wijten aan kennelijk onbe-

34. Dit klemte meer nu uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het kabinet eerder nog had aangekondigd via een wetswijziging hierover meer duidelijkheid te willen scheppen, maar daarbij in het midden had gelaten of er als gevolg van deze wetswijziging na faillissement nog betalingsonmacht zou moeten worden gemeld. Zie hierover: *Handelingen II* 1991/92, 17050, 147, p. 12. De wetswijziging is er vooralsnog niet gekomen.

35. Zie voor rechtspraak over het weerleggen van het wettelijk vermoeden dat de niet-betaling niet aan de bestuurder te wijten is: Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.12 (waarin een bestuurder er niet in slaagde het wettelijk vermoeden te weerleggen). Zie ook: Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, r.o. 4.9 (waarin overigens sprake was van bestuurder die wegens ziekte afwezig was); Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825, r.o. 3.9 (waarin een gewezen bestuurder er niet in slaagde om het wettelijk vermoeden te weerleggen en waarin het hof overwoog dat het feit dat hij zich slechts als formeel bestuurder heeft laten benoemen en zich in de praktijk niet met het bestuur heeft bemoeid of mocht bemoeien geen grond voor disculpatie is. Zie ook: Rb. Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1434 waarin werd overwogen dat het feit dat een bestuurder beperkt inzetbaar was omdat hij kampte met gezondheidsproblemen niet aan het vermoeden in de weg stond dat de niet betaling aan de bestuurder was te wijten. Interessant is voorts: Hof Amsterdam 27 januari 2009, *JAR* 2009/141 waarin het hof (in r.o. 3.11.4) overwoog dat het vermoeden van artikel 23 lid 4 Wet Bpf 2000 niet een vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur betreft, maar het vermoeden dat de niet-betaling aan de desbetreffende bestuurder is te wijten.

36. Hoewel in Rb. Haarlem (ktr.) 23 november 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU7594 de kantonrechter nog oordeelde dat een als bestuurder ingeschreven bestuurder die zich niet met enige bestuurstaak had beziggehouden en feitelijk geen bestuurder was geen verwijt kon worden gemaakt van het niet melden van betalingsonmacht en het onbetaald blijven van pensioenbijdragen, overwoog het hof daarentegen in het daaropvolgende hoger beroep in Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825 (in r.o. 3.4-3.7) dat het zijn van stroman geen grond is voor disculpatie. Zie verder: Hof Amsterdam 27 januari 2009, *JAR* 2009/141 waarin het hof (in r.o. 3.11.6) overwoog dat niet aannemelijk was geworden dat het niet te wijten was aan de bestuurders dat er geen geldige melding van betalingsonmacht had plaatsgevonden, nu de bestuurders ter zake geen, althans onvoldoende omstandigheden hadden aangevoerd.

37. Zie hierover ook: H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011, p. 208. De Groot merkt op (in het kader van de fiscale aansprakelijkheid ex artikel 36 Invorderingswet 1990 waarin voor bepaalde fiscale schulden dezelfde meldingsregeling is opgenomen) dat hierbij gedacht kan worden aan een bestuurder die bijvoorbeeld aantoont dat hij op het moment dat de meldingsplicht ontstond in het ziekenhuis lag vanwege een ernstig verkeersongeluk.

38. Zie Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.7. Zie ook: Hof Leeuwarden 1 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1741, r.o. 8.

39. Dit onverminderd eventuele mogelijkheden om de bestuurder op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk te stellen als aan de voorwaarden daarvoor is voldaan.

hoorlijk bestuur.⁴⁰ Toch lijkt in de rechtspraak de stelplicht én bewijslast (in beginsel) steeds bij het pensioenfonds te worden gelegd.⁴¹ Deze lijn die in de rechtspraak wordt gevolgd, lijkt me juist, aangezien van het pensioenfonds mag worden verwacht dat, als het pensioenfonds een bestuurder aansprakelijk stelt (buiten de situatie dat er geen rechtsgeldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden), het pensioenfonds in eerste instantie ook aannemelijk kan maken dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Verder ligt naar mijn mening ook in de weloverwogen differentiatie die de wetgever, afhankelijk van de vraag of aan de meldingsplicht is voldaan, in de bewijspositie van partijen heeft willen aanbrengen, besloten dat het in de eerste plaats aan het pensioenfonds is om kennelijk onbehoorlijk bestuur aannemelijk te maken⁴² als er op de juiste wijze aan de meldingsplicht is voldaan. Dit laat onverlet dat het de rechter, naar mijn mening, steeds vrijstaat, om, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, de bewijslast naar billijkheid te verdelen.

Bij 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' gaat het om dezelfde norm als bij 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' in de zin van artikel 2:138/248 BW (welk(e) wetsartikelen in het kader van de zogenaamde Derde Misbruikwet⁴³ zijn ingevoerd en die eveneens ten doel hebben om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan.⁴⁴ De norm 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' is moeilijk te definiëren. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de wetgever het, evenals bij de invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW, aan de rechtspraak en de rechtsleer heeft willen overlaten om aan deze norm concrete invulling te geven. Ook al lijkt uit het woord 'kennelijk' te volgen dat het onbehoorlijk bestuur buiten iedere twijfel verheven moet zijn, toch is de grens tussen onbehoorlijk bestuur en bestuur dat weliswaar nadelig

uitpakt, maar niet als onbehoorlijk bestuur mag worden aangemerkt, niet altijd eenvoudig te trekken. Er is sprake van een grijs gebied. Dit betekent echter niet dat alleen in gevallen van uitzonderlijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijkheid van de bestuurders zou kunnen worden aangenomen.⁴⁵ Aannemelijk moet zijn dat sprake is geweest van roekeloos, lichtzinnig, onverantwoordelijk en onbezonnen gedrag dat niet kan worden gerekend tot het nemen van normaal ondernemersrisico.⁴⁶ Waar het in de kern steeds om gaat, is het antwoord op de vraag of een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben.⁴⁷ Daarbij kan het zich voordoen dat een gedraging op zichzelf niet als kennelijk onbehoorlijk bestuur is aan te merken, maar in samenhang met andere gedragingen weer wel.⁴⁸ Volgens de Hoge Raad moet worden gekeken naar het totale plaatje, en dus naar alle omstandigheden van het geval, bij de beoordeling of kennelijk onbehoorlijk bestuur aannemelijk is.⁴⁹

Meer specifiek kan worden gedacht aan situaties waarbij er sprake is van het niet bijhouden van administratieve verplichtingen, het niet voldoen van belasting- en premieschulden, het overlaten van bestuurszaken aan een ander, het zich onttrekken aan bestuurdersverantwoordelijkheid, het onttrekken van geld aan de vennootschap voor privédoeleinden, het verwaarlozen van de belangen van de schuldeisers.⁵⁰ Het gaat dan om onzorgvuldig en onbehoorlijk bestuur, waarbij met name de belangen van schuldeisers zijn verwaarloosd.⁵¹ Als in strijd met het vennootschappelijk doel of het vennootschappelijk belang is gehandeld, zal er meestal sprake zijn van onbehoorlijk bestuur, maar andersom is het niet zo dat handelen in overeenstemming met het vennootschappelijk doel of met het vennootschappelijk belang onbehoorlijk bestuur

-
40. Zie hierover ook: P. van Schilfgaarde, *Misbruik van Rechtspersonen* (Uitgaven vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 34 onder verwijzing naar de minister (*Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 3-4, p. 14 (MvT)) en onder verwijzing naar de memorie van antwoord (*Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 7, p. 46 (MvA)).
41. Zie HR 14 oktober 2005, r.o. 4.2.3, *JOR* 2006/61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/Van Burgeler*). Zie recentelijk: Rb. Amsterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, r.o. 4.3; Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 7 en Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.1.
42. Zie in deze zin ook HR 14 oktober 2005 (concl. A-G L.A.D. Keus), r.o. 2.15, *JOR* 2006/61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/Van Burgeler*).
43. De wet van 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (*Stb.* 1986, 275).
44. Zie hierover ook: P. van Schilfgaarde, *Misbruik van Rechtspersonen* (Uitgaven vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 20 en 22.
45. Zie hierover: HR 14 oktober 2005 (concl. A-G L.A.D. Keus), r.o. 2.3, *JOR* 2006/61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/Van Burgeler*) onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.
46. Zie HR 8 juni 2001, r.o. 3.7, *NJ* 2001/454 onder verwijzing naar r.o. 3.1 van het daaraan voorafgaande arrest van het Hof Den Haag en onder verwijzing naar *Handelingen II* 1985/86, 16631, p. 6337 waarin de toenmalige Minister van Justitie zich in de Tweede Kamer bij de behandeling van de Tweede Misbruikwet hierover in deze zin uitliet.
47. Zie HR 7 juni 1996, *NJ* 1996/61, r.o. 5.3 en HR 8 juni 2000, *NJ* 2001/454, r.o. 3.7.
48. Zie HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006/61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/Van Burgeler*) waarin het ging om de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990.
49. Zie HR 14 oktober 2005, r.o. 4.1.3, *JOR* 2006/61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/Van Burgeler*). Zie voor recente voorbeelden waarin kennelijk onbehoorlijk bestuur aannemelijk werd geacht: Rb. Oost-Brabant 4 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3227, r.o. 4.13 waarin de kantonrechter overwoog dat de onwil van bestuurders om pensioenbijdragen te betalen kan worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur als de rechtspersoon daarna in betalingsonmacht komt te verkeren. Zie ook (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Den Haag (ktr.) 26 februari 2015, 3104496 RL EXPL 14-16633, r.o. 5.8.
50. Voorbeelden ontleend aan HR 14 oktober 2005 (concl. A-G L.A.D. Keus), r.o. 2.3, *JOR* 2006/61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/Van Burgeler*), waarin het ging om de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990.
51. Zie HR 14 oktober 2005 (concl. A-G L.A.D. Keus), r.o. 2.3, *JOR* 2006/61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/Van Burgeler*) onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. In deze zaak ging het om de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990.

altijd uitsluit.⁵² Het peilmoment voor de beoordeling of een gedraging is aan te merken als kennelijk onbehoorlijk bestuur is het moment waarop de gedraging plaatsvond.⁵³

Volgens de tekst van artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000 moet het gaan om ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ *in de periode van drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van de mededeling* (van betalingsonmacht). Deze formulering kan op het eerste gezicht vragen oproepen. Want hoe zit het dan met kennelijk onbehoorlijk bestuur dat heeft plaatsgevonden *na* het melden van betalingsonmacht? Gedacht kan worden aan de situatie waarin de rechtspersoon een nota ontvangt, een bestuurder tijdig betalingsonmacht meldt en er vervolgens gedragingen plaatsvinden die zijn te kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur, zoals het geval is bij een rechtspersoon die wordt leeggehaald of waarbij de belangen van schuldeisers anderszins worden verwaarloosd. Hoewel de wettekst op het eerste gezicht anders lijkt te impliceren, neem ik aan dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om ook kennelijk onbehoorlijk bestuur dat zich na een melding van betalingsonmacht heeft voorgedaan onder de aansprakelijkheidsregeling te laten vallen. De aansprakelijkheidsregeling is immers bedoeld om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. Het zou dan weinig effectief zijn als kennelijk onbehoorlijk bestuur dat zich voordoet *nadat* er een melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, niet zou leiden tot aansprakelijkheid onder deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling. Een redelijke wetsuitleg die recht doet aan de intenties van de wetgever brengt naar mijn mening dan ook mee dat kennelijk onbehoorlijk bestuur dat zich heeft voorgedaan nadat betalingsonmacht is gemeld nog steeds leidt tot aansprakelijkheid onder deze aansprakelijkheidsregeling.⁵⁴ Waar het uiteindelijk steeds om zal gaan, is dat een oorzakelijk verband tussen het kennelijk onbehoorlijk bestuur en het onbetaald blijven van de belastingsschuld aannemelijk moet zijn.⁵⁵ Mocht dit anders zijn, dan resteert er voor het pensioenfonds in principe niet veel meer dan het instellen van een vordering op grond van onrechtmatige daad zonder de voordelen die artikel 23 Wet Bpf 2000 het pensioenfonds biedt.⁵⁶ Een groot verschil is dan wel dat bij een vordering op grond van onrechtmatige daad het pensioenfonds zal

moeten aantonen dat elk van de bestuurders afzonderlijk een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, terwijl er bij de aansprakelijkheid op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 in beginsel van een collectieve aansprakelijkheid van de bestuurders wordt uitgegaan.

Een interessante situatie doet zich voor als achteraf blijkt dat een rechtspersoon ten onrechte niet is aangemeld bij een verplicht gesteld pensioenfonds en er ten onrechte over een bepaalde periode geen pensioenbijdragen zijn afgedragen. Als het pensioenfonds in zo’n situatie naheffingsaanslagen oplegt, geldt dat er binnen veertien dagen na het verstrijken van de betalingstermijn van naheffingsaanslagen nog betalingsonmacht kan worden gemeld.⁵⁷ Als de betalingsonmacht wordt gemeld, is een bestuurder in beginsel alleen aansprakelijk als aannemelijk is dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan het moment waarop de melding heeft plaatsgevonden.⁵⁸ Hierbij kan zich de situatie voordoen dat iemand op het moment dat de naheffingsaanslag wordt ontvangen al geen bestuurder meer is en dus moet worden aangemerkt als een gewezen bestuurder. Ook kan het zich voordoen dat een bestuurder in wiens bestuursperiode de pensioenschuld materieel is ontstaan al langer dan drie jaar vertrokken is bij de rechtspersoon, zodat hem geen verwijt meer kan worden gemaakt van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan de melding. Dit kan dan wringen, aangezien deze bestuurder in beginsel in het kader van de aansprakelijkheidsregeling dan wellicht buiten schot blijft.⁵⁹ Het zou mijns inziens daarom de voorkeur hebben om de drie-jaarstermijn los te laten of in ieder geval ruimer te trekken, zodat ook in situaties waarin er sprake is geweest van een opeisbare pensioenschuld en van een kennelijk onbehoorlijk bestuur buiten de drie-jaarstermijn, dergelijke bestuurders toch aansprakelijk kunnen worden gesteld in het kader van deze aansprakelijkheidsregeling.

52. Zie HR 14 oktober 2005 (concl. A-G L.A.D. Keus), r.o. 2.3, *JOR* 2006/61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/Van Burgeler*) onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. In deze zaak ging het om de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990.

53. Zie ook: M.H. Visscher, ‘De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor achterstallige pensioenbijdragen: de bestuurder aan zet!’, *TvOB* 2013, afl. 6, p. 192-194, onder verwijzing naar S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevendenden* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 63), Deventer: Kluwer 2009, p. 220, J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 29), Deventer: Kluwer 1998, p. 181-182 en HR 14 oktober 2005, r.o. 4.1.2-4.1.3, *JOR* 2006/61 (in welk arrest het ging om kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 Invorderingswet 1990, waarvoor, nu deze eveneens in het kader van de Tweede Misbruikwet is ingevoerd, eveneens dezelfde norm geldt als voor kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 23 Wet Bpf 2000 (voorheen: artikel 18b Wet Bpf (oud)).

54. Zie over deze problematiek ook: P.M. Keijser, ‘Persoonlijke aansprakelijkheid voor WBA-schulden. De risico’s voor de (nieuwe) bestuurder’, *Ondernemingsrecht* 2006/162.

55. Zie over het oorzakelijk verband tussen kennelijk onbehoorlijk bestuur en het onbetaald blijven van een schuld de lezenswaardige conclusie bij HR 14 oktober 2005 (concl. A-G L.A.D. Keus), r.o. 2.20, *JOR* 2006/61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/Van Burgeler*).

56. En eventueel voor de curator, bij faillissement, voorts een vordering ex artikel 2:138/248 BW.

57. Zie artikel 3 lid 2 van het Besluit.

58. Zie in dit verband ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9892, r.o. 4.9 waarin het hof de drie-jaarstermijn van artikel 23 lid 4 Wet Bpf 2000 koppelt aan de datering op de nota’s van het pensioenfonds en niet aan de data waarin de pensioenschulden materieel zijn ontstaan.

59. Zie over deze problematiek ook: P.M. Keijser, ‘Persoonlijke aansprakelijkheid voor WBA-schulden. De risico’s voor de (nieuwe) bestuurder’, *Ondernemingsrecht* 2006/162.

5. Kring van aansprakelijke personen

5.1. De formele bestuurder(s)

Uit artikel 23 lid 1 Wet Bpf 2000 volgt dat iedere bestuurder van de rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk is voor de bijdragschuld van zijn rechtspersoon. De plaats van een bestuurder binnen het bestuur van de rechtspersoon is niet relevant.⁶⁰

Om te kunnen worden aangemerkt als bestuurder in de zin van artikel 23 lid 1 Wet Bpf 2000 is niet de inschrijving van een persoon als bestuurder in het handelsregister⁶¹ doorslaggevend, maar het besluit tot benoeming van een persoon als bestuurder door de algemene vergadering van een rechtspersoon en de aanvaarding daarvan.⁶² De inschrijving van een bestuurder in het handelsregister is echter niet zonder betekenis.⁶³ Aan een inschrijving kan namelijk het vermoeden worden ontleend dat de ingeschreven persoon ook daadwerkelijk bestuurder was. Het is dan aan de ingeschreven persoon om zijn verweer dat hij geen bestuurder was, deugdelijk te motiveren. Het enkele feit dat een formele bestuurder nooit bestuurstaken heeft uitgevoerd, is in ieder geval onvoldoende om de conclusie te trekken dat hij geen bestuurder zou zijn geweest.⁶⁴ Het zijn van stroman levert dus geen disculpatiegrond op voor aansprakelijkheid.⁶⁵

De enkele omstandigheid dat de pensioenschuld is ontstaan voordat iemand aantrad als bestuurder, hoeft aan zijn aansprakelijkheid niet in de weg te staan.⁶⁶ Voor de bij zijn in functie treden als bestuurder reeds bestaande premieschulden is een bestuurder namelijk ook aansprakelijk als de rechtspersoon deze niet heeft betaald, terwijl

er wel financiële middelen aanwezig waren. Hoewel volgens de wetgever een nieuw aangetreden bestuurder zich in het algemeen vrij eenvoudig van aansprakelijkheid zal kunnen disculperen ten aanzien van het onbetaald blijven van bestaande pensioenschulden,⁶⁷ moeten mijns inziens met name personen die als (interim) bestuurder (of als medebeleidsbepaler) op een later moment betrokken raken bij de bedrijfsvoering van een rechtspersoon met reeds bestaande schulden zich realiseren dat zij in meer of mindere mate het risico lopen voor reeds bestaande pensioenschulden aansprakelijk te worden gesteld. Zeker waar in het kader van de herstructurering van een onderneming nieuwe (interim-)bestuurders aantreden, is het raadzaam hiermee rekening te houden. Zo oordeelde de Kantonrechter van de Rechtbank Gelderland in een vrij recente uitspraak⁶⁸ dat een bestuurder er niet in was geslaagd om aannemelijk te maken dat er niet voldoende geld aanwezig was om de (reeds voor zijn aantreden al bestaande) pensioenschulden te betalen en dat het niet mogelijk was gebleken maatregelen te treffen om de schuld toch nog te voldoen, zodat de niet-betaling van de reeds bestaande pensioenschulden aan deze nieuw aangetreden bestuurder te wijten was.

5.2. De gewezen bestuurder(s)

Onder het begrip 'bestuurder' wordt ook de gewezen bestuurder verstaan tijdens wiens bestuur de bijdragschuld is ontstaan.⁶⁹ De gewezen bestuurder heeft evenwel een procesrechtelijk voordeel ten opzichte van de huidige bestuurders. Als er geen geldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, hoeft een gewezen bestuurder namelijk niet eerst aannemelijk te maken dat hem van het uitblijven van een melding van betalingsonmacht een verwijt kan worden gemaakt. Een gewezen bestuurder

60. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27073, 3, p. 21-22 (MvT). Zie ook (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Rotterdam 13 februari 2015, 3095293\CV EXPL 14-24711, r.o. 5.8.

61. Zie Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825, r.o. 3.5 waaruit volgt dat het pensioenfonds zich niet kan beroepen op de derdenbescherming van artikel 25 Handelsregisterwet.

62. Zie Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825, r.o. 3.6.

63. Zie Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825, r.o. 3.5.

64. Zie Hof Amsterdam 30 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4082, r.o. 2.8 en Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825, r.o. 3.6.

65. Zie Hof Amsterdam 30 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4082, r.o. 2.8 en Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825, r.o. 3.6. Zie in andere zin eerder nog: Rb. Haarlem (ktr.) 23 november 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU7594.

66. Zie (niet gepubliceerd) Rb. Gelderland (ktr. Arnhem) 25 september 2013, 858360\CV EXPL 13-198\353\345 waarin de kantonrechter in r.o. 4.7 overwoog dat voor de uitleg van artikel 23 lid 1 Wet Bpf 2000 aansluiting moet worden gezocht bij de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 3-4) bij artikel 16d CSV waarin het volgende is opgenomen: 'Een nieuwe bestuurder is echter wel aansprakelijk voor oude pensioenbijdragschulden, als het lichaam deze niet betaalt terwijl er wel voldoende geldmiddelen aanwezig zijn. De nieuwe bestuurder die aansprakelijk wordt gesteld voor de reeds bestaande pensioenbijdragschulden, moet dus aannemelijk maken dat het niet mogelijk is gebleken om maatregelen te treffen om de schuld toch nog te voldoen, zodat de niet-betaling niet aan hem is te wijten.' Voorts overwoog de kantonrechter dat het aldus op de weg van de (nieuw toegetreden) bestuurder lag om aannemelijk te maken dat er bij de vennootschappen niet voldoende geld aanwezig was om de pensioenbijdragschulden te betalen en dat het niet mogelijk is gebleken om maatregelen te treffen om de schuld toch nog te voldoen. In deze zaak had de bestuurder niets gesteld over de omvang van de financiële problemen van zijn vennootschappen en evenmin gesteld dat er geen maatregelen konden worden getroffen om de schuld aan het pensioenfonds alsnog te voldoen. De bestuurder werd daarom aansprakelijk gehouden op grond van artikel 23 lid 4 Wet Bpf 2000 voor alle ten tijde van zijn aantreden als (nieuwe) bestuurder reeds bestaande schulden. Het voorgaande laat evenwel onverlet dat volgens de wetgever het uitgangspunt is dat een nieuw aangetreden bestuurder zich in beginsel eenvoudig zou moeten kunnen disculperen van aansprakelijkheid voor de voor zijn aantreden reeds bestaande pensioenschulden.

67. Zie *Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 3-4, p. 16.

68. Zie (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Gelderland (ktr. Arnhem) 25 september 2013, 858360\CV EXPL 13-198\353\345.

69. Zie artikel 23 lid 6 onderdeel a Wet Bpf 2000.

mag direct proberen om het wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid te weerleggen.⁷⁰

Onder ‘gewezen bestuurder’ wordt verstaan degene die bestuurder was toen de pensioenschuld materieel ontstond, maar die geen bestuurder meer is op het moment dat er een nota van het pensioenfonds wordt ontvangen en de pensioenschuld formeel betaald moet worden. Voor de vaststelling van het moment waarop pensioenschulden zijn ontstaan, is noch het moment van de aanmelding van de rechtspersoon bij het pensioenfonds, noch het moment van de oplegging van de aanslagen bepalend. De vorderingen van het pensioenfonds op de rechtspersoon ontstaan volgens de Hoge Raad van rechtswege op het moment waarop de rechtspersoon aan de voorwaarden voldeed voor verplichte deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds.⁷¹

Een gewezen bestuurder kan dus altijd het wettelijk vermoeden weerleggen dat het onbetaald blijven van de pensioenbijdragen aan de bestuurder is te wijten als er geen geldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden. De reden hiervoor is dat de gewezen bestuurder geen melding van betalingsonmacht meer *kan* doen, zodat het ook niet juist zou zijn om van de gewezen bestuurder te verlangen dat deze eerst aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat er geen rechtsgeldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden.⁷²

5.3. De bestuurder van een verkrijgende onderneming

Uit de rechtspraak volgt dat bij een overgang van onderneming ook de verplichtstelling tot betaling van pensioenbijdragen aan een bedrijfstakpensioenfonds mee overgaat op de verkrijger, inclusief de voorafgaand aan de overgang van onderneming onbetaald gelaten pensioenschulden.⁷³

Uit deze rechtspraak volgt dat pensioenregelingen in de zin van de Pensioenwet onder de in artikel 7:633 BW bedoelde rechten en verplichtingen vallen die voortvloeien

uit een arbeidsovereenkomst en die bij een overgang van onderneming van rechtswege overgaan van de vervreemder op de verkrijger.⁷⁴ De verkrijgende rechtspersoon (en zijn bestuurders) moeten zich realiseren dat bij een overgang van de onderneming het bedrijfstakpensioenfonds daarmee dus (ook) een vordering krijgt op de verkrijgende rechtspersoon. Als er sprake is van onbetaalde pensioenbijdragen en de verkrijger niet in staat is om deze te voldoen, kan dit, naar mijn mening, ook voor de bestuurders van een verkrijgende rechtspersoon aansprakelijkheidsgevolgen hebben. Als gevolg van deze rechtspraak waarbij pensioenschulden bij een overgang van onderneming overgaan op de verkrijgende rechtspersoon, wordt de kring van personen die door het pensioenfonds aansprakelijk kunnen worden gesteld voor deze pensioenschulden mijns inziens aanzienlijk verruimd, aangezien daarmee immers nu ook de bestuurders van een verkrijgende rechtspersoon een reëel aansprakelijkheidsrisico lopen bij het onbetaald blijven van pensioenschulden.

5.4. Niet-uitvoerende bestuurders bij een one tier board

Voorts is ook met de invoering van de Wet bestuur en toezicht de kring van personen die door het pensioenfonds op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk kunnen worden gesteld verruimd. Waar eerder sprake was van een *two tier board* met enerzijds bestuurders en anderzijds commissarissen, kennen we in het rechtspersonenrecht inmiddels ook de mogelijkheid van een *one tier board* met enerzijds uitvoerende en anderzijds niet-uitvoerende bestuurders.

Voor commissarissen binnen de *two tier board* geldt dat zij onder de aansprakelijkheidsregeling alleen (als (mede)beleidsbepaler) voor pensioenschulden aansprakelijk kunnen worden gesteld. Daarvoor is dan wel nodig dat zij het bestuur feitelijk terzijde hebben gesteld en hebben gehandeld als ware zij bestuurders. De commissarissen moeten dan hebben gehandeld buiten de uitoefening van

70. Zie voor rechtspraak waarin een gewezen bestuurder aansprakelijk werd gehouden onder meer: Rb. Oost-Brabant 4 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3227. Zie ook (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Den Haag (ktr.) 30 april 2015, 3083921 RL EXPL 14-15629. Zie ook de (niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Assen) 28 april 2015, 3101174\CV EXPL 14-4540 waarin uit de overweging van de kantonrechter in r.o. 27 volgt dat het feit dat sprake zou zijn van een bedrijfsongeval omdat door de administratie van c.q. in de onderneming de verplichte deelneming niet was opgemerkt niet voldoende is voor de weerlegging van het wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid op grond van artikel 23 lid 4 Wet Bpf 2000. De (gewezen) bestuurder moest er volgens de kantonrechter voor zorg dragen en erop toezien dat tijdig aan het juiste pensioenfonds pensioenbijdragen zouden worden afgedragen. Zie ook (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Rotterdam 13 februari 2015, 3095293\CV EXPL 14-24711. Zie ook: Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9892 en Hof Amsterdam 27 januari 2009, JAR 2009/141.

71. Zie HR 13 maart 2015, r.o. 3.3.2, RvdW 2015/410 onder verwijzing naar artikel 3 en 4 Wet Bpf 2000. Dit arrest is met name van belang voor pensioenschulden bij commanditaire vennootschappen of vennootschappen onder firma die onder de verplichtstelling bij een bedrijfstakpensioenfonds vallen. Ten aanzien van deze personenvennootschappen overweegt de Hoge Raad (in r.o. 3.4.3) dat de strekking van artikel 18 en 19 lid 1 Wetboek van Koophandel meebrengt dat de hoofdelijke verbondenheid van de vennoten *alle schulden* betreft die ten tijde van hun toetreding tot de vennootschap bestaan, of nadien ontstaan. Voorts overweegt de Hoge Raad (in r.o. 3.4.5) dat de omstandigheid dat bij deze wetsuitleg de bestaande schuldeisers van de vennootschap er met de toetreding van een nieuwe vennoot een verhaalsmogelijkheid bij krijgen, niet leidt tot een ander oordeel. Het aanvaarden van hoofdelijke aansprakelijkheid van (beherend) vennoten voor bij hun toetreden reeds bestaande verbintenissen van de vennootschap dient de rechtszekerheid. Een onderzoek naar het ontstaansmoment van verbintenissen van de vennootschap, met het oog op de vraag welke vennoot of vennoten daarvoor kan of kunnen worden aangesproken, kan dan immers achterwege blijven.

72. Zie hierover: *Kamerstukken II 1999/2000*, 27073, 3, p. 21 (MvT).

73. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 1 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6384 en (daaraan voorafgaand) Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Utrecht) 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3506.

74. Zie hierover ook: M.H. Visscher, ‘De aansprakelijkheid van bestuurders voor achterstallige pensioenbijdragen: de bestuurder aan zet!’, *TvOB* 2013, afl. 6, p. 193 en 194, in welk artikel ik destijds nog verwees naar de uitspraak hierover van de Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Utrecht) 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3506 welke uitspraak inmiddels is bevestigd door Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 1 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6384.

hun gewone taakvervulling. Hoewel in de recente rechtspraak een lijn valt te ontwaren waarbij volledige terzijdestelling van het bestuur niet vereist is om als (mede)beleidsbepaler te kunnen worden aangemerkt en voldoende is dat een persoon samen met de formeel bestuurder het beleid heeft bepaald of op een deelterrein het beleid heeft bepaald,⁷⁵ laat dit onverlet dat, zolang een commissaris zich maar houdt aan zijn taakafbakening, hij in beginsel niet aansprakelijk is voor pensioenschulden. Voor niet-uitvoerende bestuurder binnen de *one tier board* ligt dat anders. Een niet-uitvoerend bestuurder is in beginsel wel aansprakelijk voor onbetaalde pensioenschulden. Niet-uitvoerende bestuurders maken immers deel uit van het formele bestuur van een rechtspersoon en op grond van artikel 23 lid 1 Wet Bpf 2000 geldt als uitgangspunt dat *ieder van de bestuurders* aansprakelijk is voor onbetaalde pensioenbijdragen en daarmee naar mijn mening dus ook de niet-uitvoerende bestuurders. Zij dienen er bij een *one tier board* dan ook rekening mee te houden dat zij in beginsel aansprakelijk kunnen worden gesteld voor onbetaalde pensioenschulden,⁷⁶ terwijl de commissarissen bij een *two tier board* daarvoor in beginsel niet aansprakelijk kunnen worden gesteld. De keuze voor een *one tier board* of een *two tier board* leidt dus tot een ander uitgangspunt voor aansprakelijkheid en in geval van een *one tier board* tot een uitbreiding van de kring van aansprakelijk te stellen personen.

5.5. De indirecte bestuurder(s)

Ook indirecte bestuurders vallen onder de aansprakelijkheidsregeling.⁷⁷ Aan de aansprakelijkheid van indirecte bestuurders zitten echter grenzen. Zo kan een achterliggende bestuurder in beginsel alleen aansprakelijk worden gehouden als de door hem bestuurde aansprakelijke

rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is.⁷⁸ Dit uitgangspunt is terug te vinden in artikel 10:119 aanhef en onderdeel e BW.⁷⁹ Als een (rechts)persoon niet als indirecte bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden, dan laat dit onverlet dat er voor een pensioenfonds nog andere mogelijkheden zijn om zo'n bestuurder aansprakelijk te stellen. Gedacht kan worden aan de mogelijkheid om de indirecte bestuurder aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige daad.⁸⁰ Daarvoor is dan wel vereist dat de bestuurder een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.⁸¹ Een andere mogelijkheid, die naar mijn mening meer voor de hand ligt, is om zo'n indirecte bestuurder rechtstreeks als (mede)beleidsbepaler aansprakelijk te stellen. Ook een (mede)beleidsbepaler is naast een formele bestuurder aansprakelijk voor de pensioenschulden, zoals hierna zal worden toegelicht.⁸² Betoogd kan worden dat een indirecte bestuurder, als deze niet als indirecte bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden,⁸³ in ieder geval wel langs deze weg rechtstreeks aansprakelijk is te houden als hij heeft gehandeld *als ware hij bestuurder*. Deze weg is voor het pensioenfonds naar mijn mening aantrekkelijker dan de weg van de onrechtmatigedaadvordering, aangezien een aansprakelijkheid op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 voor het pensioenfonds (processuele) voordelen heeft ten opzichte van een procedure op grond van onrechtmatige daad, zoals hiervoor reeds is toegelicht.

5.6. De (mede)beleidsbepaler

Hiervoor merkte ik al op dat een persoon ook in hoedanigheid van '(mede)beleidsbepaler' aansprakelijk kan worden gesteld. Onder het begrip 'bestuurder' wordt in de aansprakelijkheidsregeling namelijk ook verstaan de persoon ten aanzien van wie aannemelijk is dat hij het

75. Zie voor rechtspraak waarin het terzijde stellen van het bestuur als vereiste om als (mede)beleidsbepaler te worden aangemerkt, wordt genuanceerd: Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, *JOR* 2015/136, m.nt. Bartman (geen volledige terzijdestelling, wel enige terzijdestelling noodzakelijk) en Rb. Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010/181, m.nt. Strik (terzijdestelling werd in deze zaak in het geheel niet noodzakelijk geacht om de commissaris toch als (mede)beleidsbepaler aan te merken). Zoals ook de annotatoren bij deze uitspraken opmerken, heeft de Hoge Raad zich hierover nog niet expliciet uitgelaten. Hoewel annotator Strik opmerkt dat, uit de omstandigheid dat de Hoge Raad kwesties waarin dit speelde (zoals HR 4 mei 2001, *NJ* 2001/378 en HR 17 november 2006, *JOR* 2007/7) heeft afgedaan op basis van artikel 81 Wet RO, zou kunnen worden afgeleid dat hij instemt met de door de hoven in die zaken gekozen interpretatie van artikel 2:248 lid 7 BW. Dat zou volgens Strik betekenen dat het niet vereist is dat de feitelijke beleidsbepaler het bestuur volledig terzijde stelt, maar zeker is dat niet volgens Strik die in haar noot verwijst naar eerdere rechtspraak hierover.

76. Dit geldt ook voor bepaalde fiscale schulden en socialezekerheidsschulden. Zie hierover ook: M.H. Visscher, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor achterstallige pensioenbijdragen: de bestuurder aan zet!', *TvOB* 2013, afl. 6, p. 194.

77. Dit volgt uit artikel 23 lid 6 onderdeel d Wet Bpf 2000. Dit artikel is vergelijkbaar met het meer algemene artikel 2:11 BW. Beide wetartikelen maken het mogelijk om de uiteindelijk achterliggende bestuurder (natuurlijk persoon) voor de schulden van een rechtspersoon aansprakelijk te stellen.

78. Zie HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *NJ* 2013/353 en HR 18 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP1408.

79. Hoewel uit artikel 10:7 lid 1 BW volgt dat bepalingen van bijzonder dwingend recht onverkort van toepassing blijven, zal ik op deze uitzondering hier nu verder niet ingaan.

80. Zie HR 23 mei 2014, r.o. 3.3.5 laatste zin, *JOR* 2014/229, m.nt. Van Bekkum. Hoewel het in deze zaak niet ging om een bestuurder die aansprakelijk werd gesteld wegens pensioenschulden, maar om een indirecte bestuurder/indirecte aandeelhouder die door de curator van een gefailleerde dochtervennootschap aansprakelijk werd gesteld wegens selectieve betaling aan de moedervennootschap vlak voor het faillissement van de dochtervennootschap waardoor schuldeisers van de dochtervennootschap werden benadeeld, laat dit onverlet dat deze uitspraak ook voor het pensioenfonds relevant kan zijn, nu volgens de Hoge Raad (in r.o. 3.3.5 laatste zin) de maatstaf uit het arrest *Ontvanger/Roelofsen* ook van toepassing is op een indirecte bestuurder. Het arrest brengt tot uitdrukking dat degene die weet of behoort te weten dat schade zal worden aangericht en vanuit zijn positie redelijkerwijs bij machte is om die schade te voorkomen, daartoe gehouden kan zijn. Daarbij is het dan niet van belang of deze persoon de directe statutaire bestuurder is of (zoals in dit geval) indirecte bestuurder. Zoals annotator Van Bekkum opmerkt kan ook vanuit andere posities bij de rechtspersoon, dan de directe statutaire bestuurspositie, onder omstandigheden worden gevergd dat kennis en invloed worden aangewend ter voorkoming van schade van schuldeisers.

81. Zie HR 23 mei 2014, r.o. 3.3.5, *JOR* 2014/229, m.nt. Van Bekkum onder verwijzing naar HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *NJ* 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

82. Zie artikel 23 lid 6 onderdeel d Wet Bpf 2000.

83. Op de voet van artikel 23 lid 6 onderdeel b Wet Bpf 2000.

beleid van het lichaam ‘heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder’.⁸⁴ Uit de toevoeging ‘als ware hij bestuurder’ volgt dat het enkele feit dat een persoon het beleid van het lichaam (mede) heeft bepaald niet voldoende is voor aansprakelijkheid. Vereist is dat de persoon in kwestie zich ook daadwerkelijk als een bestuurder heeft gedragen.⁸⁵ Zoals hiervoor is opgemerkt, zal een commissaris in een *two tier board* die handelt binnen zijn taakomschrijving, daarom niet als (mede)beleidsbepaler worden aangemerkt,⁸⁶ maar ligt dit weer anders als hij met terzijdestelling van het bestuur handelt als ware hij een bestuurder.⁸⁷ Hetzelfde geldt voor adviseurs van een rechtspersoon.⁸⁸ Ook het hebben van een volmacht om namens de rechtspersoon op te treden, kan erop duiden dat iemand het beleid bepaalt als ware hij bestuurder.⁸⁹ Daarbij is van belang of de persoon in kwestie een belangrijke stem in de bedrijfsvoering heeft gehad.⁹⁰ Zoals reeds is toegelicht, volgt uit recente rechtspraak dat het niet nodig is dat het bestuur *in het geheel* terzijde is geschoven om een persoon als (mede)beleidsbepaler te kunnen aanmerken. Zeggenschap op deelreinen lijkt (al) voldoende (te zijn) om iemand te kwalificeren als een (mede)beleidsbepaler. Hoewel deze rechtspraak niet specifiek ziet op artikel 23 lid 6 onderdeel b Wet Bpf 2000 ben ik evenwel van mening dat deze (nuancering in de) rechtspraak ook voor de aansprakelijkheidsregeling ten aanzien van pensioenschulden relevant is.

5.7. De (door de rechter benoemde) vereffenaar

Als een rechtspersoon is ontbonden, vallen voorts de met de vereffening belaste personen onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsregeling, met uitzondering van de door de rechter benoemde vereffenaar.⁹¹ De achterliggende gedachte van de wetgever om een uitzondering te maken voor de door de rechter benoemde vereffenaar (waaronder ook de bewindvoerder bij surseance van betaling en de faillissementscurator worden begrepen), ligt in het feit dat het niet redelijk zou zijn om deze vereffe-

naar met hetzelfde risico te belasten als de bestuurder. Als de aansprakelijkheidsregeling (ook) zou gelden voor door de rechter benoemde vereffenaars dan zou dat volgens de wetgever het effect kunnen hebben dat personen die de rechter met de taak van vereffening wil belasten, niet bereid zijn om deze functie te aanvaarden.⁹² De Commissie Vennootschapsrecht had destijds bij de invoering van de aansprakelijkheidsregeling in haar advies op een dergelijke regeling aangedrongen.⁹³ Dit betekent dat de overige in artikel 2:23 BW genoemde vereffenaars dus wel onder de aansprakelijkheidsregeling vallen. Voorts wordt in de rechtsliteratuur aangenomen dat de Kamer van Koophandel, die op grond van artikel 2:19a lid 7 BW als vereffenaar kan optreden, niet geldt als een *gerechtelijke* vereffenaar,⁹⁴ zodat naar mijn mening ook de Kamer van Koophandel als vereffenaar in beginsel onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsregeling van artikel 23 Wet Bpf 2000 valt.⁹⁵

5.8. De door de rechter benoemde bestuurder

Gelet op de tekst van de wet valt ook de door de rechter (tijdelijk) benoemde bestuurder onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsregeling.⁹⁶ Hoewel betoogd kan worden dat de gedachte van de wetgever, om de aansprakelijkheidsregeling niet van toepassing te laten zijn op vereffenaars die door de rechter worden benoemd, ook dient te worden doorgetrokken naar door de rechter benoemde (tijdelijke) bestuurders, volgt dit niet uit de wet. Een door de rechter benoemde bestuurder loopt mijns inziens dan ook een risico om op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk te worden gesteld. Zowel in de rechtspraak van de Hoge Raad als in de rechtspraak van de Ondernemingskamer vind ik hier ook aanknopingspunten voor. Zo overwoog de Hoge Raad dat de benoeming van een tijdelijke bestuurder bij een rechtspersoon tot gevolg heeft dat deze bestuurder voor de duur van zijn benoeming alle bevoegdheden heeft die de wet en de statuten aan de bestuurder(s) van de desbetreffende rechtspersoon toekennen, tenzij de rechter anders heeft

84. Zie artikel 23 lid 6 onderdeel b Wet Bpf 2000. Een soortgelijke regeling is terug te vinden in artikel 2:248 lid 7 BW. Zie voor recente rechtspraak over artikel 23 lid 6 onderdeel b Wet Bpf 2000 (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Den Haag (ktr.) 30 april 2015, 3083921 RL EXPL 14-15629. Zie ook: Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 4.

85. Zie hierover ook: Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o.18 e.v., in welke zaak de aansprakelijk gestelde persoon door het hof als feitelijk beleidsbepaler werd gekwalificeerd.

86. Zie hierover ook het advies van de Commissie Vennootschapsrecht bij *Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 3-4, p. 52 (MvT). Volgens de commissie is niet de enkele omstandigheid dat iemand het beleid heeft bepaald – waarbij volgens de commissie bijvoorbeeld gedacht zou moeten worden aan een commissaris – voldoende voor aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid moet volgens de commissie hierop berusten dat de persoon in kwestie zich als bestuurder heeft gedragen.

87. Zie M.H. Visscher, ‘De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor achterstallige pensioenbijdragen: de bestuurder aan zet!’, *TvOB* 2013, afl. 6, p. 194.

88. Zie in deze zin ook (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Gelderland (ktr. Arnhem) 25 september 2013, 858360\CV EXPL 13-198, r.o. 4.10.

89. Zie hierover ook: Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 22.

90. Zie hierover ook: Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 21. Zie ook (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Gelderland (ktr. Arnhem) 25 september 2013, 858360\CV EXPL 13-198\353\345.

91. Zie artikel 23 lid 6 onderdeel d Wet Bpf 2000.

92. Zie over deze achterliggende gedachte van de wetgever: *Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 3-4, p. 19 en 23 (MvT).

93. Zie *Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 3-4, p. 52 (MvT).

94. Zie E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, p. 856, bewerkt door P.J. Dortmond.

95. Wel zal deze zich naar verwachting vrij eenvoudig kunnen disculperen.

96. Dit geldt zowel voor de door de rechter in kort geding benoemde bestuurder als voor de door de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure benoemde bestuurder.

bepaald.⁹⁷ Uit dit uitgangspunt van de Hoge Raad kan naar mijn mening worden afgeleid dat voor een door de rechter benoemde bestuurder in beginsel dan dus ook hetzelfde aansprakelijkheidsregime geldt als voor een 'gewone' bestuurder. Dit uitgangspunt lijkt ook aan te sluiten bij de rechtspraak van de Ondernemingskamer met betrekking tot de aansprakelijkheid van (tijdelijke) bestuurders die door de Ondernemingskamer worden benoemd.⁹⁸ Uit deze rechtspraak van de Ondernemingskamer volgt mijns inziens dat, hoewel de Ondernemingskamer hier terughoudendheid lijkt te betrachten, benoemde (tijdelijke) bestuurders op dezelfde voet als bestuurders die niet door de Ondernemingskamer worden benoemd aansprakelijk kunnen worden gesteld. Ook in de rechtsliteratuur wordt dit verdedigd.⁹⁹ Daarbij verdient opmerking dat in de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Aanpassingswet 2012,¹⁰⁰ waarbij de wettelijke regeling voor het enquêterecht werd gewijzigd, zelfs nadrukkelijk het standpunt is ingenomen dat een door de Ondernemingskamer aangestelde functionaris evenzeer behoorlijk moet besturen als een door de algemene vergadering benoemde functionaris.¹⁰¹ Totdat er een bevredigende wettelijke regeling komt, zal de door een rechter (bijvoorbeeld door de Ondernemingskamer) aangestelde bestuurder, er naar mijn mening dan ook rekening mee moeten houden dat ook hij/zij onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsregeling valt en bij onbetaalde pensioenschulden een aansprakelijkheidsrisico loopt. Ook de door de rechter benoemde bestuurder zal er dus op bedacht moeten zijn dat tijdig en op de juiste wijze wordt voldaan aan de meldingsplicht.

5.9. De erfgenamen

Volledigheidshalve merk ik nog op dat ook de erfgenamen van een bestuurder kunnen worden aangesproken, voor

zover het de erfenis betreft. Dit is echter alleen mogelijk als het pensioenfonds vóór het overlijden de bestuurder bij schriftelijke mededeling aansprakelijk heeft gesteld.¹⁰²

6. De zieke bestuurder

Ten aanzien van een zieke bestuurder geldt het volgende. Als er geen rechtsgeldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, dan geldt in beginsel ook voor de zieke bestuurder het wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid van artikel 23 lid 4 Wet Bpf 2000. Ook een zieke bestuurder zal door de rechter pas in de gelegenheid worden gesteld om dit wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid te weerleggen, als hij eerst aannemelijk maakt dat hem van het niet (tijdig) melden van de betalingsonmacht geen verwijt kan worden gemaakt.¹⁰³ In een richtinggevend arrest¹⁰⁴ heeft de Hoge Raad bepaald dat de vraag of een zieke bestuurder aannemelijk heeft gemaakt dat het niet aan hem is te wijten dat de rechtspersoon niet aan zijn meldingsplicht heeft voldaan, in beginsel moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden ten tijde van het aflopen van de termijn waarbinnen de rechtspersoon uiterlijk betalingsonmacht had moeten melden.¹⁰⁵

Waar het volgens de Hoge Raad in de kern om gaat, is of het een zieke bestuurder, die niet zelf in staat is om (tijdig) aan de meldingsplicht te voldoen, kan worden verweten dat hij in de periode vóór het tijdstip waarop de betalingsonmacht uiterlijk moest worden gemeld, heeft nagelaten om maatregelen te treffen die ertoe zouden leiden dat wel aan de mededelingsplicht kon worden voldaan, zoals het aanstellen van een zaakwaarnemer. Dat is volgens de Hoge Raad slechts het geval als de financiële vooruitzichten van de rechtspersoon in die periode redelijkerwijs tot

97. Zie HR 19 februari 2010, r.o. 3.5.2, *NJ* 2010/296, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Wolting/Beijk*). In die zaak ging het overigens om een tijdelijk door de rechtbank benoemde bestuurder van een stichting. Dit neemt niet weg dat de uitspraak ook relevant is voor andere rechtspersonen.

98. Zie voor relevante rechtspraak: Geerts, *GS Rechtspersonen*, art. 2:356 BW, aant. 8.5 onder verwijzing naar: Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2000, 65/2000 (*Skygate*); Hof Amsterdam (OK) 29 november 2001, *Ondernemingsrecht* 2002, afl. 2, p. 25, m.nt. Geerts (*Zwagerman*) waarin de OK bevestigde dat de door haar aangestelde commissaris om adequaat te kunnen optreden 'in voldoende mate verzekerd dient te zijn tegen de gevolgen van eventuele aansprakelijkheid en gevrijwaard dient te worden voor kosten die redelijkerwijs gemoeid kunnen zijn met het voeren van verweer terzake'. Zie ook: P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2014, p. 235 onder verwijzing naar Hof Amsterdam (OK) 5 maart 2003, *ARO* 2003/51 (*Makelaardij Huis 77*) en onder verwijzing naar de overweging van de Ondernemingskamer in Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, *ECLI:NL:GHAMS:2007:BC4577*, *JOR* 2008/34, m.nt. Josephus Jitta (*e-Transaction*).

99. Zie Geerts, *GS Rechtspersonen*, art. 2:356 BW, aant. 8.5 onder verwijzing naar onder meer: S.L. Sluijters, 'De aansprakelijkheid van een door de OK in het kader van een enquêteprocedure aangestelde bestuurder', *V&O* 1999, afl. 2. Zie ook: J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 196 en M.W. Josephus Jitta, 'De aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen', in: C.J.M. Klaassen (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 463-472.

100. Zie wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête, *Stb.* 2012, 274.

101. Zie P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2014, p. 236 onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3 (MvT) bij het voorstel voor de Aanpassingswet 2012, p. 39.

102. Zie artikel 23 lid 10 Wet Bpf 2000.

103. Interessant is een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 5 maart 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163*, waarin het hof (in r.o. 4.9) overwoog dat door de bestuurder niet voldoende concreet was toegelicht dat deze door ziekte en afwezigheid feitelijk niet in staat was om een melding van betalingsonmacht te doen, waarbij het hof voorts overwoog dat (nu) de contacten tussen de rechtspersoon en het pensioenfonds steeds verliepen via de echtgenoot van de bestuurder er niet gesteld of gebleken is dat – zo de bestuurder de melding zelf niet kon doen – zij deze melding evenmin langs die weg had kunnen doen.

104. Zie HR 28 september 2007, *ECLI:NL:HR:2007:BA1718*, r.o. 3.4 en 3.5. Hoewel het in deze zaak ging om een bestuurder die aansprakelijk werd gehouden voor een belastingsschuld op grond van artikel 36 lid 4 Invorderingswet 1990, kan deze uitspraak analoog worden toegepast op de aansprakelijkheid van bestuurders voor pensioenschulden.

105. Zie voor een interessante uitspraak in dat kader: Hof Arnhem-Leeuwarden (zittingsplaats Arnhem) 5 maart 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163*, r.o. 4.9.

dergelijke maatregelen noopten. Dat is volgens de Hoge Raad slechts het geval als de financiële vooruitzichten van de rechtspersoon in die periode redelijkerwijs tot dergelijke maatregelen noopten waarbij de bestuurder moet hebben kunnen voorzien dat hij buiten staat zou geraken om de eventuele betalingsonmacht tijdig en naar behoren te melden en waarbij de bestuurder, ondanks zijn ziekte redelijkerwijs ook in staat was om maatregelen te treffen. Als er *wel* een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, dan zal (in beginsel) door het pensioenfonds aannemelijk moeten worden gemaakt dat het onbetaald blijven van de pensioenschuld is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan de melding. Een zieke bestuurder zal dan als verweer moeten aantonen dat de bestuurder vanwege zijn ziekte geen verwijt kan worden gemaakt van dit kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹⁰⁶

7. Vereisten aanmaningsbrief en dwangbevel

Voor de aansprakelijkheid van een bestuurder voor de onbetaalde pensioenbijdragen van zijn rechtspersoon is niet alleen relevant of aan de materiële (inhoudelijke) vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan. Ook relevant is of er aan formele (procedurele) vereisten is voldaan. Zo kan een bestuurder pas aansprakelijk worden gesteld, vanaf het moment dat de pensioenbijdrage is vastgesteld, er betaald moet worden en de rechtspersoon met deze betaling in gebreke is.¹⁰⁷ Niet vereist is dat het pensioenfonds zich eerst verhaalt op de rechtspersoon. Van een subsidiaire aansprakelijkheid waarbij de bestuurder pas kan worden aangesproken, nadat eerst is vastgesteld dat

de rechtspersoon geen verhaal biedt, is geen sprake.¹⁰⁸ Ook dit maakt de aansprakelijkheidsregeling naar mijn mening verstrekkend, maar ook efficiënt, aangezien het pensioenfonds daarmee de mogelijkheid krijgt om (indien daar aanleiding voor is) snel door te pakken naar de achterliggende bestuurders en verhaal veilig te stellen.¹⁰⁹ Voldoende is dat de rechtspersoon met de betaling in gebreke is.¹¹⁰ Vanaf dat moment kunnen de formele bestuurders en degenen die op grond van artikel 23 lid 6 Wet Bpf 2000 met een bestuurder gelijk worden gesteld (als daar aanleiding voor is) hoofdelijke aansprakelijkheid worden gesteld voor de pensioenschuld.¹¹¹

Door het pensioenfonds kan pas een dwangbevel worden uitgevaardigd nadat eerst (per aangetekende post) een aanmaningsbrief is verzonden aan de bestuurder en er een termijn van dertig dagen is verstreken.¹¹² Ook voor de aanmaningsbrief en het dwangbevel gelden wettelijke vereisten.¹¹³ Als hieraan niet wordt voldaan, betekent dit overigens niet dat daarmee een bestuurder zijn aansprakelijkheid ontloopt. Uit de rechtspraak volgt dat er in dat geval wordt beoordeeld of aannemelijk is dat de bestuurder daardoor in enig belang is geschaad.¹¹⁴ Als de bestuurder het met een dwangbevel niet eens is, dan kan de bestuurder binnen 30 dagen na de betekening van het dwangbevel daartegen in verzet gaan.¹¹⁵ Hoewel een dwangbevel het pensioenfonds in staat stelt om op relatief eenvoudige wijze achterstallige pensioenbijdragen in te vorderen,¹¹⁶ lijkt het ook mogelijk voor het pensioenfonds om middels een dagvaarding een bodemprocedure te be-

106. Zie hierover ook: H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid* (Recht en Praktijk Ondernemingsrecht, ONR 2), Deventer: Kluwer 2011, p. 88.

107. Zie artikel 23 lid 5 Wet Bpf 2000.

108. Zoals volgt uit artikel 23 lid 5 Wet Bpf 2000 en recentelijk nog eens is bevestigd in Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 14.

109. Immers, bij artikel 2:138/248 BW is een bestuurder slechts aansprakelijk voor het tekort in de boedel en bij artikel 6:162 BW is de bestuurder slechts aansprakelijk voor de schade (indien en voor zover de rechtspersoon dus geen verhaal biedt). Bij beide artikelen ontstaat er pas een aansprakelijkheid en potentiële verplichting tot betaling jegens de schuldeisers (zoals het pensioenfonds) nadat eerst is vastgesteld in hoeverre de rechtspersoon verhaal biedt. Voor de aansprakelijkheidsregeling in het kader van de Wet Bpf 2000 ligt dat dus anders en kan een bestuurder reeds aansprakelijk worden gesteld vanaf het moment dat de rechtspersoon met de betaling in gebreke is, zonder dat eerst hoeft te worden vastgesteld in hoeverre de rechtspersoon verhaal biedt. Dit laat onverlet dat de praktijk doorgaans wel steeds zal zijn dat een pensioenfonds een bestuurder pas aansprakelijk zal stellen nadat eerst geconstateerd is dat de rechtspersoon geen verhaal biedt.

110. Zie in dit verband ook: artikel 23 lid 1 Wet Bpf 2000. Zie hierover ook: Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 14.

111. Zie hierover: Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 14.

112. Zie artikel 23 lid 12 jo. artikel 21 lid 1 Wet Bpf 2000.

113. Zie artikel 23 lid 12 jo. artikel 21 lid 3 Wet Bpf 2000 (voor de wettelijke eisen die worden gesteld aan het dwangbevel) en artikel 23 lid 12 jo. artikel 21 lid 2 voor de wettelijke eisen die worden gesteld aan de aanmaningsbrief).

114. Zie voor relevante rechtspraak over aanmaningsbrieven: Hof Amsterdam 30 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4082, r.o. 2.4; Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 8. Zie ook: Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825, r.o. 3.11. Zie voor relevante rechtspraak over dwangbevelen: Rb. Rotterdam 12 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4083, r.o. 5.2 en Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 10.

115. Zie artikel 23 lid 12 jo. artikel 21 lid 5 Wet Bpf 2000. Zie ook (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Rotterdam 13 februari 2015, 3095293\CV EXPL 14-24711 waarin de hoogte van de pensioenvordering in een eerdere procedure jegens de rechtspersoon al in rechte was vastgesteld, zodat er niet meer beoordeeld werd of de gevorderde pensioenbijdragen bij de rechtspersoon in rekening waren gebracht en enkel de vraag of de (gewezen) bestuurder hiervoor aansprakelijk was reesteerde. Zie ook (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Assen), 3101174\CV EXPL 14-4540, r.o. 21. Zie ook: Rb. Den Haag 17 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM0806, r.o. 4.3 en 4.4. In deze laatste zaak was een bestuurder niet tijdig in verzet gegaan tegen een dwangbevel. Pas ruimschoots na het verstrijken van de termijn, had de bestuurder een procedure aanhangig gemaakt bij de rechtbank en bezwaar gemaakt tegen de aansprakelijkstelling in het dwangbevel. De rechtbank overwoog dat het dwangbevel – in beginsel – een onherroepelijke executoriale titel opleverde, waarbij de bestuurder enkel nog de mogelijkheid had om op grond van artikel 23 lid 9 Wet Bpf 2000 *de hoogte* van de vordering in rechte ter discussie te stellen, nu daarover nog geen onherroepelijke uitspraak was geweest. De vraag of er sprake is van (hoofdelijke bestuurders)aansprakelijkheid kon bij afwezigheid van een tijdig verzet niet meer aan het oordeel van de rechter worden onderworpen.

116. Zie *Kamerstukken II 1999/2000, 27073*, 3, p. 19.

ginnen en om langs deze weg een executoriale titel te verkrijgen op een bestuurder.¹¹⁷

8. Verjaring

Voor de aansprakelijkheid van een bestuurder in het kader van de aansprakelijkheidsregeling is ook relevant of de vordering van het pensioenfonds inmiddels al is verjaard. De bestuurder zal zelf een beroep moeten doen op deze verjaring. Uit de (hierover gepubliceerde) rechtspraak volgt dat de vordering van het pensioenfonds op een rechtspersoon verjaart binnen een periode van vijf jaar nadat de vordering van het pensioenfonds opeisbaar is geworden.¹¹⁸ Ten aanzien van de vordering van het pensioenfonds op een bestuurder begint de verjaringstermijn te lopen vanaf het moment dat deze vordering opeisbaar is geworden. Daarvan is pas sprake op het moment dat de rechtspersoon met de betaling van de pensioenbijdrage(n) in gebreke is.¹¹⁹ Pas op dat moment neemt de verjaringstermijn van de vordering jegens een bestuurder een aanvang en geldt er in beginsel een verjaringstermijn van vijf jaar.¹²⁰

Ten aanzien van de stuiting van deze verjaringstermijn(en) is er recentelijk een interessante uitspraak geweest door de Rechtbank Amsterdam.¹²¹ Uit deze uitspraak volgt dat de vordering van het pensioenfonds jegens een bestuurder, ook al gaat het hier om een hoofdelijke aansprakelijkheid, moet worden onderscheiden van de vordering van het pensioenfonds jegens de rechtspersoon. Deze uitspraak brengt mee dat het pensioenfonds niet kan volstaan met het (enkel) stuiten van de verjaring van zijn vordering jegens de rechtspersoon, maar ook de verjaring van zijn vordering(en) jegens iedere bestuurder (afzonderlijk) zal moeten stuiten. Zelfs als de bestuurders bekend

zijn met de vorderingen van het pensioenfonds op de rechtspersoon.¹²² Stuiting kan in dat geval plaatsvinden middels een aanmaningsbrief of een dwangbevel.¹²³

9. Rechterlijke matiging

Als de aansprakelijkheid van een bestuurder eenmaal is vastgesteld, lijkt er geen ruimte meer te bestaan voor rechterlijke matiging. Een wettelijke bepaling die het een rechter mogelijk maakt om het bedrag waarvoor de bestuurder aansprakelijk is te verminderen, als deze hem bovenmatig voorkomt, ontbreekt in artikel 23 Wet Bpf 2000. Dit in tegenstelling tot de aansprakelijkheidsregeling van artikel 2:138/248 BW waarbij in lid 4 aan de rechter de mogelijkheid wordt gegeven om het bedrag waarvoor een bestuurder in beginsel aansprakelijk kan worden gesteld, te matigen. Zo'n specifieke wettelijke grondslag voor rechterlijke matiging ontbreekt mijns inziens bij de aansprakelijkheidsregeling voor pensioenschulden. Hoewel in de rechtspraak door bestuurders nogal eens wordt aangevoerd dat de vordering van het pensioenfonds naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, ben ik in de door mij bestudeerde rechtspraak geen uitspraken tegengekomen waarin de rechter op deze grond uiteindelijk tot matiging is overgegaan.¹²⁴ Ook uit rechtspraak van de Hoge Raad leid ik af dat er voor rechterlijke matiging in beginsel geen plaats is als de hoogte van de pensioenschuld en de aansprakelijkheid van een bestuurder eenmaal zijn vastgesteld.¹²⁵

10. Ter afronding

De arm van bedrijfstakpensioenfonds is lang. Met de invoering van de Tweede Misbruikwet heeft de wetgever verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds de moge-

117. Zie *Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 3-4, p. 17. Zie voor rechtspraak waarbij het pensioenfonds de achterstallige pensioenschuld vorderde middels een dagvaarding: Rb. Oost-Brabant 4 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3227; Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127 en Rb. Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1434.

118. Zie over het moment waarop een vordering op een rechtspersoon opeisbaar wordt recentelijk: Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7254, r.o. 2.5-2.13. In deze zaak had een werkgever zich ten onrechte over een aantal jaren niet aangemeld bij een bedrijfstakpensioenfonds. De kantonrechter overwoog dat op de verjaring van een vordering tot betaling van premies artikel 3:308 BW van toepassing is. Voorts overwoog de kantonrechter dat de verjaringstermijn pas was gaan lopen, toen het pensioenfonds voor het eerst bekend raakte met deze werkgever. Zie echter ook: Rb. Den Haag 15 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU6742, r.o. 6.5-6.6 waarin de kantonrechter (eveneens) overwoog dat voor de verjaringstermijn artikel 3:308 BW van toepassing is, maar waarbij de rechter voorts overwoog dat onbekendheid met de (hoogte van de) vordering in het algemeen de verjaring niet verhindert. In deze laatste zaak kwam het uitblijven van een controle door het pensioenfonds binnen de verjaringstermijn van vijf jaar voor risico van het pensioenfonds.

119. Zie artikel 3:307 BW. Zie ook: Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.5, waarin de rechtbank overwoog dat het pensioenfonds de bestuurder(s) pas aansprakelijk kan stellen vanaf het moment dat de vennootschap met de betaling in gebreke is, gelet op het bepaalde in artikel 23 lid 5 Wet Bpf 2000. Vanaf dat moment wordt een eventuele vordering op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 jegens de bestuurders opeisbaar en begint de verjaringstermijn te lopen.

120. Zie Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.5.

121. Zie Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.5 onder verwijzing naar HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1615.

122. Zie Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.5.

123. Zie Hof Amsterdam 30 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4082, r.o. 2.5.

124. Zie voor rechtspraak waarin een beroep werd gedaan op matiging van de vordering op grond van de redelijkheid en billijkheid onder meer: Hof Amsterdam 30 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4082, r.o. 2.8, waarin het hof verder in het midden laat in hoeverre de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een rol kan spelen. Zie ook: Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860 waarin overigens ter zake van de aansprakelijkheid 'an sich' een beroep werd gedaan op de redelijkheid en billijkheid, maar het hof (in r.o. 25) slechts overwoog dat het beroep op de redelijkheid en billijkheid onvoldoende was onderbouwd. Zie ook (de niet gepubliceerde uitspraak) Rb. Rotterdam 4 mei 2012, 1331121 waar de kantonrechter in r.o. 4.7 naar mijn mening terecht overwoog dat als eenmaal is vastgesteld dat een bestuurder gehouden is om hetgeen het pensioenfonds vordert te betalen er geen rechtsregel is die gebiedt dat aan de hand van een belangenafweging bepaald moet worden of de bestuurder het bedrag waarvoor hij aansprakelijk is daadwerkelijk moet betalen.

125. Zie hierover meer uitvoerig: M.H. Visscher, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor achterstallige pensioenbijdragen: de bestuurder aan zet!', *TvOB* 2013, afl. 6, p. 201-202 onder verwijzing naar HR 15 mei 2009, 7/13032, *V-N* 2009/24.20, *BNB* 2009/168

lijkheid willen geven om door een rechtspersoon heen te breken en door te pakken naar achterliggende bestuurders als pensioenschulden onbetaald blijven. Bestuurders van rechtspersonen kunnen in dat geval onder bepaalde voorwaarden, naast de rechtspersoon, op vrij efficiënte en effectieve wijze door een bedrijfstakpensioenfonds hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. Naast formele bestuurders vallen ook andere personen onder de reikwijdte van deze aansprakelijkheidsregeling. Gelet op recente wetgeving en rechtspraak lijkt de kring van personen die door een bedrijfstakpensioenfonds aansprakelijk kunnen worden gesteld vrij ruim te zijn en zelfs te zijn verruimd tot personen die eerder nog niet onder de aansprakelijkheidsregeling vielen. Voorts lijkt in de rechtspraak de gedachte van de wetgever om een effectieve en efficiënte aansprakelijkheidsregeling in te voeren haar weerklank te vinden, nu de aansprakelijkheidsregeling strikt door rechters wordt toegepast. Hiermee lijkt de wetgever zijn doelstelling van een effectieve en efficiënte aansprakelijkheidsregeling te hebben bereikt. Bonafide bestuurders hoeven voor deze aansprakelijkheidsregeling niet bang te zijn, zolang zij maar oplettend blijven. En dat is nu net zoals de wetgever het (destijds) heeft beoogd!

waarin het weliswaar ging om een fiscale aansprakelijkheidsschuld op grond van de Invorderingswet, maar mijn inziens kan dezelfde redering worden gevolgd bij pensioenschulden c.q. aansprakelijkheidsschulden op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000.