

# De aansprakelijkheid van bestuurders voor pensioenschulden (en het melden van betalingsonmacht) nader bezien

Mr. M.H. Visscher\*

*Onder verwijzing naar diverse rechtspraak, waaronder een recent arrest van de Hoge Raad, wordt in deze bijdrage ingegaan op het melden van betalingsonmacht bij pensioenschulden en op een redelijke uitleg van de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling waarbij deze melding een belangrijke rol speelt.*

## 1 Inleiding

Op 24 november 2017 heeft de Hoge Raad in het kader van de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid bij pensioenschulden een interessant arrest gewezen over (onder meer) het melden van betalingsonmacht.<sup>1</sup> Daarbij gaat de Hoge Raad uit van een redelijke uitleg van de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling, die is opgenomen in artikel 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000), in ieder geval waar het de gevolgen van een eenmaal gedane melding van betalingsonmacht betreft.<sup>2</sup> In deze bijdrage zal worden ingegaan op het fenomeen 'melding van betalingsonmacht' en de wijze waarop daaraan in de praktijk kan worden voldaan. Vervolgens wordt het arrest van de Hoge Raad besproken, waarna aansluitend wordt bekeken of de door de Hoge Raad gekozen in steek van een redelijke wetsuitleg ook in andere situaties bij deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling uitkomst biedt.

## 2 Een specifieke bestuurdersaansprakelijkheidsregeling bij pensioenschulden

Het melden van betalingsonmacht vormt een belangrijk onderdeel van de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling die is

opgenomen in artikel 23 Wet Bpf 2000.<sup>3</sup> Met deze aansprakelijkheidsregeling heeft de wetgever het mogelijk gemaakt voor bedrijfstakpensioenfonds om op vrij eenvoudige wijze (in vergelijking met bijvoorbeeld de in art. 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW) opgenomen algemene 'onrechtmatige daad'-aansprakelijkheidsregeling) een bestuurder aansprakelijk te stellen voor de onbetaalde pensioenbijdragen<sup>4</sup> van een rechtspersoon.<sup>5</sup> De bedoeling van de wetgever was om hiermee misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. Naast formele bestuurders kunnen ook voormalige (gewezen) bestuurders aansprakelijk zijn, evenals indirecte bestuurders.<sup>6</sup> Ook de 'non-executives' van een rechtspersoon met een one-tier board vallen naar mijn mening onder de reikwijdte van deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling, nu zij immers onderdeel uitmaken

3. Wet van 21 december 2000, Stb. 2000, 628. Deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling vindt haar basis in de zogenaamde Tweede Misbruikwetgeving, die in de jaren tachtig is ingevoerd. Zie over de ontstaansgeschiedenis van deze aansprakelijkheidsregeling onder meer M.H. Visscher, Bestuurdersaansprakelijkheid bij pensioenschulden: de lange arm van het bedrijfstakbedrijfspensioenfonds, TvOB 2016, afl. 2, p. 51-52.
4. Voor wat betreft de verschuldigde rente over de onbetaalde pensioenpremies volgt uit een arrest van het Hof Amsterdam dat de rente die een rechtspersoon verschuldigd is niet een bijdrage is zoals bedoeld in art. 8 Wet Bpf 2000. Volgens het hof strekt die rente tot schadevergoeding over de tijd dat de rechtspersoon met de voldoening van premies in verzuim is. Dit brengt volgens het hof met zich dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van art. 23 Wet Bpf 2000 zich niet uitstrekt tot de wettelijke rente die een rechtspersoon verschuldigd is. Wel is de bestuurder op grond van art. 6:119 BW gehouden tot vergoeding van de wettelijke rente over de tijd dat de bestuurder zelf in verzuim is met de betaling van het bedrag waarvoor de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is. Zie Hof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1724, r.o. 3.13.
5. Het gaat dan om commerciële rechtspersonen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen en die verplicht deelnemen in een bedrijfstakpensioenfonds.
6. Zie art. 23 lid 6 Wet Bpf 2000, waarin voorts wordt verwezen naar de feitelijk (mede)beleidsbepaler en de vereffenaar, met uitzondering van de door de rechter benoemde vereffenaar.

\* Mr. M.H. Visscher is werkzaam als advocaat bij DVDW Advocaten te Den Haag.

1. Zie HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019.

2. De Hoge Raad hanteert in het arrest een redelijke uitleg in plaats van een strikte uitleg van deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling. Een strikte uitleg zou kunnen meebrengen dat een melding van betalingsonmacht alleen maar geldt voor de op dat moment opeisbare schulden, waarbij er voor nieuwe schulden in de toekomst nieuwe meldingen van betalingsonmacht zouden moeten worden gedaan. Ook zou een strikte uitleg kunnen meebrengen dat een melding van betalingsonmacht alleen geldt voor de nota's waarnaar in de melding expliciet wordt verwezen.

van het bestuur.<sup>7</sup> Hetzelfde geldt voor de door de Ondernemingskamer aangewezen tijdelijke bestuurders.<sup>8</sup>

Uit de aansprakelijkheidsregeling volgt dat aan het bedrijfstakpensioenfonds melding moet worden gedaan van betalingsonmacht als een rechtspersoon niet in staat is om de pensioenbijdragen te betalen. Als op de juiste wijze is voldaan aan deze meldingsplicht, is een bestuurder alleen aansprakelijk als aannemelijk is dat het niet betalen van de pensioenbijdragen het gevolg is van een aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur.<sup>9</sup> Volgens de tekst van de wet moet het gaan om een kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van de melding van betalingsonmacht.<sup>10</sup>

Als niet is voldaan aan de meldingsplicht, dan wordt wettelijk vermoed dat de niet-betaling van pensioenbijdragen aan de bestuurder is te wijten, waarbij de periode van drie jaar wordt geacht in te gaan op het tijdstip waarop de rechtspersoon met de melding van betalingsonmacht in gebreke is. Alleen als een bestuurder aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat niet aan de meldingsplicht is voldaan, wordt een bestuurder in de gelegenheid gesteld om dit wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid, dat *de facto* dus neerkomt op een wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur, te weerleggen. Dat zal voor een bestuurder niet eenvoudig zijn. Iedere bestuurder is namelijk bevoegd en ook verplicht om betalingsonmacht te melden.<sup>11</sup> Ook een *non-executive* zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid is naar mijn mening bevoegd – en dus verplicht – om betalingsonmacht te melden, nu een *non-executive* immers deel uitmaakt van het bestuur en iedere bestuurder bevoegd – en daarmee verplicht – is om

betalingsonmacht te melden.<sup>12</sup> Verder levert een tussen bestuurders onderling gemaakte taakverdeling geen bevrijdingsgrond op, noch is dat bij een afwijkende statutaire vertegenwoordigingsregeling het geval, aangezien zo'n statutaire regeling de bevoegdheid van een bestuurder om betalingsonmacht te melden niet aantast.

Als niet is voldaan aan de meldingsplicht, is de rechtspositie van een gewezen bestuurder anders dan die van een in functie zijnde bestuurder. Weliswaar kan ook een gewezen bestuurder, tijdens wiens bestuur een bijdragenschuld is ontstaan, aansprakelijk worden gesteld,<sup>13</sup> maar een gewezen bestuurder wordt gelijk in de gelegenheid gesteld om verweer te voeren tegen het wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid, zonder dat de gewezen bestuurder eerst aannemelijk hoeft te maken dat het niet aan hem is te wijten dat er geen melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden,<sup>14</sup> mits de gewezen bestuurder al geen bestuurder meer was toen de melding had moeten plaatsvinden.

### 3 De melding van betalingsonmacht

De melding van betalingsonmacht vormt hiermee een belangrijk, en veelal doorslaggevend, onderdeel van de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling inzake het onbetaald laten van pensioenpremies.<sup>15</sup> Het is voor bestuurders daarom van belang om te weten dat aan een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht enkele eisen zijn verbonden die in beginsel in acht genomen moeten worden, en om daar ook naar te handelen.

#### 3.1 Tijdig melden van betalingsonmacht

Allereerst moet sprake zijn van betalingsonmacht.<sup>16</sup> Als sprake is van betalingsonmacht, dient de melding van betalingsonmacht onverwijld plaats te vinden.<sup>17</sup> Wat onder 'onverwijld' wordt verstaan, is uitgewerkt in het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000.<sup>18</sup> Daarin staat dat een melding van betalingsonmacht uiterlijk veertien kalenderdagen na de dag waarop de pensioenbijdrage behoorde te zijn voldaan, moet plaatsvinden.<sup>19</sup> De termijn voor het verplicht melden van betalingsonmacht

7. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 23 Wet Bpf 2000 volgt bovendien dat het financiële beleid een verantwoordelijkheid is van het gehele bestuur. Zie voorts M.H. Visscher, De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor achterstallige pensioenbijdragen: de bestuurders aan zet!, TvOB 2013, afl. 6, p. 192-203. Zie in deze zin ook C.A. Schwarz, Hoeveel goeds en groots blijft er niet achterwege uit angst voor de verantwoordelijkheid?, in: B.F. Assink e.a. (red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders' (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 154.

8. Zie Visscher 2016, p. 61 e.v.

9. Zie hierover Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 13 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:958, r.o. 4.20, waarin de rechter (onder verwijzing naar HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053) overwoog dat hiervan sprake is als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo gehandeld zou hebben. Verder overwoog de rechter dat de uit art. 23 Wet Bpf 2000 voortvloeiende norm gelijk is aan de norm van art. 2:138 en 2:248 BW. Volgens de rechter diende er sprake te zijn van een ernstig verwijt aan de bestuurder en dienden bij de beoordeling daarvan alle omstandigheden van het geval te worden betrokken.

10. Zie ook Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 13 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:958, r.o. 4.13 en 4.21.

11. Zie P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, Deventer: Kluwer 1986, 3, p. 31, onder verwijzing naar Kamerstukken II 1981/82, 16530, p. 45 (MvA) en NEV II, p. 15. Zie in dit verband ook Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19, r.o. 9, waaruit volgt dat het (niet-)handelen van een ingeschakelde boekhouder in de relatie tot het bedrijfstakpensioenfonds voor rekening komt van de aangesproken bestuurder, zodat de bestuurder nog steeds een verwijt kon worden gemaakt van het niet melden van betalingsonmacht.

12. Zie art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000. Zie ook Kamerstukken II 1999/2000, 27073, 3, p. 20 en 21, waarin wordt opgemerkt dat de plaats van een bestuurder binnen het bestuur geen rol kan spelen.

13. Zie art. 23 lid 6 Wet Bpf 2000.

14. Zie art. 23 lid 7 Wet Bpf 2000.

15. Een bestuurder doet er verstandig aan om na te gaan of zijn bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering dekking biedt in geval van een aansprakelijkstelling op grond van art. 23 Wet Bpf 2000. In een recente uitspraak overwoog de rechter dat het wettelijk bewijsvermoeden van aansprakelijkheid wegens het niet rechtsgeldig melden van betalingsonmacht ex art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000 weliswaar kan worden gezien als een sanctie, maar dat in dat (specifieke) geval de bestuurder wel viel onder de dekking van zijn bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering: Rb. Rotterdam 29 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9620. Afhankelijk van de omschrijving van de polisvoorwaarden kan dat in andere situaties wellicht anders liggen.

16. Als er geen sprake is van betalingsonmacht, maar als een bestuurder om een andere reden niet betaalt, geldt er geen meldingsplicht.

17. Zie art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000.

18. Besluit van 21 december 2000, Stb. 2000, 631. In deze bijdrage zal ik het steeds hebben over 'het Besluit'.

19. Zie art. 2 van het Besluit.

begint volgens de wettelijke regeling dus niet al te lopen op het moment dat de pensioenschuld materieel is ontstaan, maar pas op het moment dat er een nota is verzonden en de voor de betaling daarvan gegeven termijn is verstreken.<sup>20</sup> De melding moet schriftelijk worden gedaan<sup>21</sup> en inzicht geven in de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de pensioenbijdrage niet kan worden betaald.<sup>22</sup> Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de meldingsregeling een bestuurder dwingt tot actie als een rechtspersoon in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren.<sup>23</sup>

De meldingsregeling beoogt te bewerkstelligen dat het bedrijfstakpensioenfonds op een vroeg tijdstip op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin een rechtspersoon verkeert, zodat het bedrijfstakpensioenfonds zich, mede op grond van de overgelegde gegevens en de verkregen inlichtingen, kan beraden over de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal voeren. Gelet op het doel van de melding (ervoor zorgen dat het bedrijfstakpensioenfonds zo spoedig mogelijk op de hoogte is van de betalingsproblemen, zodat daarop door het bedrijfstakpensioenfonds kan worden ingespeeld, bijvoorbeeld door het treffen van een betalingsregeling) wordt in de rechtspraak aangenomen dat het onder omstandigheden mogelijk is om betalingsonmacht al te melden als de hoogte van de pensioenschuld waarop de melding betrekking heeft nog niet definitief vaststaat.<sup>24</sup> Dat neemt niet weg dat een vroegtijdige melding alleen dan als een geldige melding kan worden aangemerkt als uit de melding duidelijk blijkt dat, gelet op de te verwachten hoogte van de betalingsverplichting, (tijdige) betaling van die bijdrage is uitgesloten.<sup>25</sup>

Voor het rechtsgeldig melden van betalingsonmacht is ook de tijdige ontvangst van een melding van belang. Om haar werking te hebben moet een verklaring de persoon tot wie de verklaring is gericht, hebben bereikt.<sup>26</sup> Bij schriftelijke verklaringen geldt daarbij als uitgangspunt dat een verklaring de geadresseerde heeft bereikt als de verklaring door de geadres-

seerde ook daadwerkelijk is ontvangen. Als de ontvangst echter wordt betwist, zal de afzender feiten en omstandigheden moeten stellen, en zo nodig moeten bewijzen, waaruit volgt dat de verklaring is verzonden naar een adres waarvan de afzender redelijkerwijs mocht aannemen dat de geadresseerde daar door hem kon worden bereikt, en dat de verklaring daar ook is aangekomen.<sup>27</sup> Dit geldt ook voor een melding van betalingsonmacht. Een bestuurder doet er daarom verstandig aan om zich ervan te vergewissen dat de melding van betalingsonmacht ook daadwerkelijk is verzonden naar het juiste adres en (tijdig) is ontvangen door (de uitvoeringsorganisatie van) het bedrijfstakpensioenfonds, en om zekerheidshalve ook te zorgen voor bewijs daarvan.<sup>28</sup>

### 3.2 Gemotiveerd melden van betalingsonmacht

De melding van betalingsonmacht moet verder een deugdelijke en op de situatie toegespitste onderbouwing bevatten van de omstandigheden die aan een (tijdige) betaling in de weg staan.<sup>29</sup> Er moet met andere woorden inzicht worden gegeven in de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de pensioenbijdrage niet kan worden betaald.<sup>30</sup> Hoewel niet vereist is dat al direct een overmatige hoeveelheid aan gedetailleerde gegevens wordt verstrekt,<sup>31</sup> kan niet worden volstaan met het enkel vermelden van het feit dat niet betaald kan worden, of met het in algemene bewoordingen melden dat er sprake is van liquiditeitsproblemen.<sup>32</sup> Het gaat erom dat omstandigheden worden gemeld die het bedrijfstakpensioenfonds in staat stellen om zich een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht,<sup>33</sup> zodat een bedrijfstakpensioenfonds adequaat kan reageren op een melding.<sup>34</sup> Of aan de meldingsplicht is voldaan, is daarom mede afhankelijk van het antwoord op de vraag of zodanige omstandigheden zijn

20. Zie hierover ook Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19, r.o. 6. Zie over het tijdig melden van betalingsonmacht ook Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 13 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:958, waarin de rechter (in r.o. 4.9 en 4.10) de melding van betalingsonmacht koppelde aan de dag waarop de pensioenbijdrage volgens het toepasselijke Uitvoeringsreglement behoorde te zijn voldaan. Volgens de rechter hoefde er (onder de omstandigheden die speelden in dit geval), anders dan het pensioenfonds stelde, niet eerder al een melding van betalingsonmacht te worden gedaan (zie r.o. 4.11).

21. Uit Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19, r.o. 8 leid ik af dat het melden van betalingsonmacht per e-mail in beginsel ook mogelijk zou moeten zijn.

22. Zie art. 2 lid 3 van het Besluit.

23. Zie de parlementaire toelichting op art. 23 Wet Bpf 2000 (Kamerstukken II 1999/2000, 27073, 3, p. 20) en de nota van toelichting op het Besluit (Stb. 2000, 361).

24. Zie recentelijk Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1930, r.o. 3.10. Zie ook Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:197, r.o. 3.3.

25. Zie recentelijk Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1930, r.o. 3.10. Zie ook Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:197, r.o. 3.3.

26. Zie art. 3:37 lid 3 BW.

27. Zie HR 14 juni 2013, NJ 2013/391. Zie hierover in het kader van een melding van betalingsonmacht Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 17.

28. Zie in dat kader ook Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19, r.o. 8, waarin het hof er blijk van geeft dat een melding gericht aan een door het bedrijfstakpensioenfonds ingeschakeld incassobureau (in beginsel) niet kan worden aangemerkt als een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht. Overigens was volgens het hof in die procedure (ook) om andere redenen geen sprake van een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht. Zie ook Rb. Noord-Holland 14 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1426, r.o. 5.4, waarin door het bedrijfstakpensioenfonds de ontvangst van een melding van betalingsonmacht werd betwist en in welke zaak volgens de rechter onvoldoende met stukken was aangetoond dat een melding daadwerkelijk aan het bedrijfstakpensioenfonds was gedaan.

29. Zie art. 2 lid 3 van het Besluit. Zie recentelijk Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1930, r.o. 3.10. Zie ook Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:197, r.o. 3.3.

30. Zie Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19, r.o. 8.

31. Kamerstukken II 1999/2000, 27073, 3, p. 20.

32. Kamerstukken II 1999/2000, 27073, 3, p. 20.

33. Zie Hof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1724, r.o. 3.7 en 3.8.

34. Zie Hof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1724, r.o. 3.9.

gemeld.<sup>35</sup> Daarbij zal ook inzicht moeten worden gegeven in de financiële positie van de rechtspersoon.<sup>36</sup>

Het enkele feit dat een bedrijfstakpensioenfonds op de hoogte is van de moeilijke financiële omstandigheden waarin een rechtspersoon verkeert, geldt in beginsel niet als een melding van betalingsonmacht, omdat dit enkele feit nog niet hoeft te betekenen dat de betaling van pensioenbijdragen onmogelijk is.<sup>37</sup> Dat geldt ook voor een enkel voorstel tot een betalingsregeling,<sup>38</sup> omdat daaraan nu juist ten grondslag ligt dat de betaling van pensioenbijdragen wordt voortgezet, zij het met inachtneming van een betalingsregeling. Ook een brief waarin enkel bezwaar wordt gemaakt tegen de inschrijving bij een bedrijfstakpensioenfonds geldt niet als een melding van betalingsonmacht.<sup>39</sup>

### 3.3 *Het (eventueel) verstrekken van nadere inlichtingen/overleggen van stukken*

Naast de verplichting om tijdig en gemotiveerd betalingsonmacht te melden, geldt ook de verplichting om, wanneer het bedrijfstakpensioenfonds daarom verzoekt, nadere inlichtingen te verstrekken en stukken te overleggen. Als een dergelijk verzoek wordt ingediend, heeft de melding van betalingsonmacht pas op een geldige wijze plaatsgevonden als ook aan een verzoek om nadere inlichtingen en nadere stukken te verstrekken op de juiste wijze is voldaan. Daarmee is sprake van een gefaseerde melding van betalingsonmacht, waarbij een geldige melding in beginsel bestaat uit twee fasen die naar behoren moeten worden doorlopen, wil van een geldige melding van betalingsonmacht sprake zijn.<sup>40</sup> De eerste fase ziet op de tijdige en gemotiveerde melding van betalingsonmacht en de tweede fase ziet op het verstrekken van nadere informatie als daarom wordt verzocht. Als het bedrijfstakpensioenfonds geen prijs stelt op nadere inlichtingen en/of overlegging van stukken, dan volgt geen tweede fase en is in dat geval met een tijdi-

ge en gemotiveerde melding van betalingsonmacht reeds aan de meldingsplicht voldaan.

## 4 Het arrest van de Hoge Raad van 24 november 2017

### 4.1 *Korte schets van de feiten*

In de kwestie die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 24 november 2017 speelde het volgende. De eisende partij in cassatie was een gewezen (indirecte) bestuurder van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Deze rechtspersoon viel onder de verplichte werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds en was gehouden om pensioenpremies af te dragen. In een brief van 4 december 2009 meldde de bestuurder namens de rechtspersoon bij (de uitvoeringsorganisatie van) het bedrijfstakpensioenfonds dat de rechtspersoon wegens verslechterende marktomstandigheden niet in staat was om de aan het bedrijfstakpensioenfonds per 1 december 2009 verschuldigde pensioenpremies te betalen. Ook werd melding gemaakt van kostenreducerende maatregelen die waren genomen en werd een betalingsvoorstel gedaan. In de loop van het jaar 2010 werden enkele betalingen verricht aan het bedrijfstakpensioenfonds, maar uiteindelijk werd de rechtspersoon op 19 juli 2011 failliet verklaard. Op dat moment had er inmiddels een aandelenverkoop plaatsgevonden aan een derde, hetgeen tevens had geleid tot een bestuurswissel. In 2013 stelt het bedrijfstakpensioenfonds de inmiddels gewezen bestuurder aansprakelijk voor de pensioenschulden van de rechtspersoon.

### 4.2 *De procedures in eerste aanleg en in hoger beroep*

Allereerst valt op dat het bedrijfstakpensioenfonds de gewezen bestuurder niet bij dwangbevel aansprakelijk stelde, maar in plaats daarvan met een dagvaarding een civiele bodemprocedure aanhangig maakte bij de rechtbank. De aansprakelijkheidsregeling van artikel 23 Wet Bpf 2000 biedt het bedrijfstakpensioenfonds evenwel de mogelijkheid om, nadat eerst een aanmaningsbrief is verzonden, als betaling vervolgens uitblijft, een dwangbevel te laten betekenen. Voordeel hiervan is dat een dwangbevel een executoriale titel oplevert zonder dat eerst een civiele bodemprocedure hoeft te worden gestart. A-G Timmerman merkt in zijn conclusie op dat het naar zijn mening mogelijk moet zijn om door middel van een civiele dagvaardingsprocedure een bestuurder op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk te stellen. Ik deel de mening van A-G Timmerman.<sup>41</sup> Ook uit de parlementaire geschiedenis lijkt te volgen dat het bedrijfstakpensioenfonds, op het moment dat een rechtspersoon met de betaling in gebreke is en de bestuurders aansprakelijk zijn, de keuze heeft om óf wel de rechtspersoon uit te winnen (door middel van een dwangbevel *of een civiele procedure*) óf wel de bestuurders aan te spre-

35. Zie Hof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1724, r.o. 3.7 en 3.8.

36. Zie recentelijk Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1930, r.o. 3.10. Zie ook Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:197, r.o. 3.3.

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

38. Zie Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19, r.o. 7. Zie ook 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) tussenvonnissen 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.

39. 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.

40. Zie Kamerstukken II 1999/2000, 27073, 3, p. 20.

41. En voor zover er sprake is van een KEI-procedure door middel van een procesinleiding. Zie voor voorbeelden waarbij het bedrijfstakpensioenfonds een bestuurder had gedagvaard in een civiele procedure Hof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1724 en Rb. Rotterdam 12 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3539.

ken ófwel om beide te doen, in die zin dat als de een betaalt de ander bevrijd is.<sup>42</sup> Nu blijkt de parlementaire geschiedenis ten aanzien van de rechtspersoon specifiek de keuze wordt gelaten tussen een dwangbevel en een civiele procedure zie ik niet in waarom dat ten aanzien van de bestuurders van een rechtspersoon anders zou zijn. In cassatie wordt hier verder geen aandacht aan besteed.

Volgens de rechtbank was er geen sprake van een geldige melding van betalingsonmacht en werd daarom wettelijk vermoed dat de niet-betaling van de pensioenbijdragen aan de gewezen bestuurder was te wijten, welk vermoeden niet werd weerlegd. De gewezen bestuurder ging daarop in hoger beroep bij het hof. Anders dan de rechtbank was er volgens het hof wel sprake van een geldige melding van betalingsonmacht en voldeed de brief van 4 december 2009 aan de eisen die daaraan worden gesteld. Volgens het hof was in de brief voldoende uiteengezet wat de oorzaken waren van de betalingsonmacht en was niet vereist dat in deze fase van de melding al uitvoerige en gedetailleerde inlichtingen werden verstrekt. Het bedrijfstakpensioenfonds mocht uit de brief waarin werd uitgelegd dat en waarom niet kon worden betaald, redelijkerwijs niet concluderen dat slechts een betalingsvoorstel werd gedaan en niet tevens een melding van betalingsonmacht. Nu volgens het hof sprake was geweest van een geldige melding van betalingsonmacht, kwam het in hoger beroep aan op de vraag of de gewezen bestuurder aansprakelijk kon worden gehouden op de grondslag dat aannemelijk is dat het niet betalen is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur.<sup>43</sup> Het hof overwoog dat het handelen van de gewezen bestuurder als kennelijk onbehoorlijk bestuur kon worden aangemerkt. Daarbij was van belang dat de gewezen bestuurder geen administratie van de rechtspersoon in het geding had gebracht. Hoewel de gewezen bestuurder had gesteld niet meer over die administratie te beschikken omdat deze bij notariële akte zou zijn overgedragen aan het nieuwe bestuur, kon dit volgens het hof niet uit de akte worden opgemaakt. Het hof ging er daarom van uit dat de gewezen bestuurder de administratie – bewust – buiten de procedure had gehouden.

42. Zie Kamerstukken II 1980/81, 16530, 3-4, p. 17. Zie ook A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019. Zie verder J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, Deventer: Kluwer 1998, p. 251. Volgens Wezeman kan het bedrijfstakpensioenfonds versneld invorderen in de vorm van een dwangbevel, maar zijn bedrijfstakpensioenfonds voor het verkrijgen van een executoriale titel niet op het dwangbevel aangewezen en laat het open invorderingssysteem het toe dat het bedrijfstakpensioenfonds zijn premievordering op de aansprakelijke bestuurder desgewenst langs een gewone burgerlijke procedure te gelde maakt. Voor maatregelen ter verzekering van zijn vordering is het bedrijfstakpensioenfonds dan aangewezen op art. 700 e.v. Rv. Verder wijst Wezeman erop dat het gelegde conservatoir beslag van rechtswege executoriaal wordt zodra het bedrijfstakpensioenfonds ter inning van de vordering op de (dan) aansprakelijk gestelde bestuurder een dwangbevel uitbrengt. Als dat dwangbevel wordt betekend binnen de in art. 700 lid 3 Rv gestelde termijn is volgens Wezeman geen dagvaardingsprocedure in de hoofdzaak meer vereist.

43. In de zin van art. 23 lid 3 Wet Bpf 2000.

### 4.3 De procedure in het principaal cassatieberoep

#### *De (al dan niet overgedragen) administratie van de rechtspersoon*

In cassatie klaagt de gewezen bestuurder (onder meer) tegen de overweging van het hof dat de administratie niet zou zijn overgedragen en dat hij de administratie (bewust) buiten de procedure zou hebben gehouden. De Hoge Raad acht de klacht gegrond en overweegt dat de administratie van een rechtspersoon aan de rechtspersoon toebehoort. Het bestuur is op grond van artikel 2:10 BW verplicht om de administratie voor de rechtspersoon te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van een rechtspersoon kunnen worden gekend. De Hoge Raad overweegt verder dat na een aandelenoverdracht of een bestuurswissel de administratie bij de rechtspersoon blijft rusten en dat, voor zover de administratie bij een aandelenoverdracht of bestuurswissel feitelijk ter hand wordt gesteld aan een opvolgend bestuur, er geen nadere formele eisen gelden, zoals de vastlegging van de overdracht van de administratie in een notariële akte. Hieruit volgt volgens de Hoge Raad dat een gewezen bestuurder, een gewezen aandeelhouder, een gewezen indirect bestuurder of een gewezen beleidsbepaler in beginsel niet meer kan beschikken over of zelfs toegang kan krijgen tot de administratie van een rechtspersoon. Volgens de Hoge Raad had het hof dit uitgangspunt miskend.<sup>44</sup>

#### *Voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep: geldt een melding ook voor toekomstige tijdvakken?*

In het incidentele cassatieberoep klaagde het bedrijfstakpensioenfonds dat de melding van betalingsonmacht die was gedaan bij brief van 4 december 2009 niet kon worden aangemerkt als een melding van betalingsonmacht voor de pensioenbijdragen die op dat moment nog niet waren vastgesteld of verschuldigd.<sup>45</sup> Opvallend is dat het bedrijfstakpensioenfonds zich kennelijk neerlegde bij de overweging van het hof dat de brief van 4 december 2009 als een melding van betalingsonmacht kon worden aangemerkt. Hiertegen werd namelijk geen cassatie ingesteld. Ook werd niet in cassatie gegaan tegen de overweging van het hof dat de melding tijdig had plaatsgevonden. Het bedrijfstakpensioenfonds ging enkel in cassatie tegen de overweging van het hof dat een eenmaal gedane melding van betalingsonmacht ook gezien kan worden als een melding van betalingsonmacht voor toekomstige pensioenverplichtingen. Daarbij nam het bedrijfstakpensioenfonds het standpunt in dat de melding van betalingsonmacht alleen betrekking kon hebben op de pensioenschuld waarvoor een factuur was ontvangen en waarnaar in de melding van betalingsonmacht expliciet werd verwezen, en niet op toekomstige betalingsverplichtingen. De Hoge Raad volgt ook op dit punt A-G Tim-

44. Zie r.o. 4.2 en 4.3.

45. Het bedrijfstakpensioenfonds verwees daarbij naar de wettekst van art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 en van art. 2 lid 1 van het Besluit. Daarin staat dat de mededeling wordt gedaan na de dag waarop de bijdrage behoorde te zijn voldaan.

merman en overweegt<sup>46</sup> dat niet opnieuw een melding van betalingsonmacht hoeft te worden gedaan als al een geldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden en er nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij het bedrijfstakpensioenfonds de betalingsplichtige na ontvangst van een betaling schriftelijk laat weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten.<sup>47</sup>

Interessant is de overweging van de Hoge Raad dat een eenmaal gedane melding niet meer als melding van betalingsonmacht geldt als en zodra het bedrijfstakpensioenfonds schriftelijk heeft laten weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Deze toevoeging lijkt mij relevant omdat, naar mijn mening, zonder deze toevoeging een bestuurder na een eenmaal gedane melding van betalingsonmacht er belang bij zou kunnen hebben om steeds een geringe betalingsachterstand in stand te houden, om zodoende de gevolgen van zijn melding van betalingsonmacht (namelijk een betere rechtspositie, mocht het tot een aansprakelijkstelling komen) in stand te kunnen houden. Een dergelijke ongewenste situatie, waarin een eenmaal gedane melding van betalingsonmacht tot het einde der tijden door een bestuurder in stand zou kunnen worden gehouden, wordt, dankzij deze toevoeging, voorkomen. Verder vermoed ik dat de Hoge Raad met het schriftelijkheidsvereiste rechtsonzekerheid heeft willen voorkomen over de rechtspositie van de bestuurder en de geldigheid van een eerder gedane melding van betalingsonmacht, door nadrukkelijk de eis te stellen dat het bedrijfstakpensioenfonds *schriftelijk* moet laten weten dat het de betalingsonmacht niet langer aanwezig acht. In ieder geval sluit het schriftelijkheidsvereiste aan bij het schriftelijkheidsvereiste zoals dat ook al geldt voor de melding van betalingsonmacht.

## 5 Een redelijke wetsuitleg ook in andere situaties?

### 5.1 Een melding van betalingsonmacht werkt in beginsel door voor toekomstige betalingsverplichtingen

Het arrest van de Hoge Raad nodigt uit tot een aantal nadere overwegingen. Zoals hiervoor is toegelicht, bevestigt de Hoge Raad dat een eenmaal gedane melding van betalingsonmacht in beginsel doorwerkt voor toekomstige betalingsverplichtingen, zolang er sprake is van een betalingsachterstand en het bedrijfstakpensioenfonds niet schriftelijk anders heeft bericht. Dit was in de lagere rechtspraak al zo bepaald,<sup>48</sup> en ook al in een arrest van de Hoge Raad over de aansprakelijkheid van bestuurders bij fiscale schulden,<sup>49</sup> maar is nu dus ook nog eens

bevestigd ten aanzien van de aansprakelijkheid van bestuurders bij pensioenschulden.<sup>50</sup> Daarmee volgt de Hoge Raad naar mijn mening een redelijke uitleg van de wet als uitgangspunt in plaats van een strikte wetsinterpretatie. Een dergelijke redelijke (en pragmatische<sup>51</sup>) uitleg waarbij wordt gekeken naar de ratio achter een wetsbepaling, in plaats van enkel de bewoordingen, spreekt mij aan.<sup>52</sup> De vraag is in hoeverre de Hoge Raad bereid is om deze lijn door te trekken naar andere situaties waar een (te) strikte toepassing van de wet geen recht zou doen aan de ratio achter de aansprakelijkheidsregeling.

### 5.2 Kennelijk onbehoorlijk bestuur na het melden van betalingsonmacht

Ik denk daarbij in de eerste plaats aan de situatie dat een geldige melding van betalingsonmacht is gedaan, waarna vervolgens sprake is van gedragingen die zijn aan te merken als kennelijk onbehoorlijk bestuur, waardoor de pensioenschuld van een rechtspersoon (die wellicht nog gedeeltelijk voldaan had kunnen worden) onbetaald blijft. Uitgaande van de letterlijke tekst van artikel 23 Wet Bpf 2000 zouden dergelijke gedragingen in beginsel niet zijn aan te merken als kennelijk onbehoorlijk bestuur *in de periode van drie jaar voorafgaand aan de melding*. Ik meen echter dat een redelijke en pragmatische uitleg van de aansprakelijkheidsregeling met zich brengt dat ook als aannemelijk is dat *na* een melding van betalingsonmacht sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur, dit zou moeten kunnen leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000. Ik zal dit aan de hand van een voorbeeld nader toelichten. Stel dat het bedrijfstakpensioenfonds een vordering heeft van EUR 500.000, terwijl de rechtspersoon slechts in staat is om een bedrag van EUR 200.000 te betalen. In dat geval dient een melding van betalingsonmacht te worden gedaan. Als dat gebeurt en vervolgens (aannemelijk is dat), als gevolg van kennelijk onbehoorlijk bestuur (in de periode na de melding van betalingsonmacht), het bedrag dat beschikbaar was (door de bestuurder) aan het vermogen van de rechtspersoon wordt onttrokken, althans niet wordt aangewend om het bedrijfstakpensioenfonds mee te voldoen, dan zou het bedrijfstakpensioenfonds de bestuurder mijns inziens onverkort op grond van artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000 aansprakelijk moeten kunnen stellen. Ook al doet het kennelijk onbehoorlijk bestuur zich pas voor *na* de melding van betalingsonmacht en niet *in de periode van drie jaar daaraan voorafgaand*. Daarmee wordt recht gedaan aan de ratio achter de

46. In r.o. 5.3.

47. Zie in deze zin ook HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6635, NJ 2007/164. Voornoemd arrest werd gewezen in het kader van de bestuurdersaansprakelijkheid voor fiscale schulden in de zin van art. 36 IW 1990. De Hoge Raad verwijst expliciet naar dit arrest.

48. Zie Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16. Zie ook Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 9 en Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.4.

49. Zie HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6635, NJ 2007/164 (Ontvanger/Reintjes).

50. Zie in deze zin ook Rb. Noord-Holland 14 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1426, r.o. 5.2.

51. Nu immers de Hoge Raad niet verlangt dat er steeds weer opnieuw een melding van betalingsonmacht moet worden gedaan.

52. Zie in dit verband ook L. Timmerman, Wat wil deze advocaat-generaal?, WPNR 2017/7140, p. 193-194, waarin een pleidooi wordt gehouden voor een pragmatische beoefening van het ondernemingsrecht. Ook bij de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling van art. 23 Wet Bpf 2000 zou naar mijn mening een pragmatische benadering het uitgangspunt moeten zijn.

bestuurdersaansprakelijkheidsregeling.<sup>53</sup> Niet valt in te zien waarom het bedrijfstakpensioenfonds in zo'n geval in een slechtere rechtspositie ten opzichte van de bestuurder zou moeten komen te verkeren dan in de situatie dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur zich heeft voorgedaan *voorafgaand* aan de melding. Hiervan moet worden onderscheiden de situatie dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur zich heeft voorgedaan *vóór* de periode van drie jaar voorafgaand aan het moment dat de melding van betalingsonmacht plaatsvindt. Ten aanzien van die specifieke situatie heeft de wetgever, blijkens de parlementaire geschiedenis, namelijk een weloverwogen en bewuste keuze gemaakt om artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000 in dat geval niet van toepassing te laten zijn.<sup>54</sup> Het bedrijfstakpensioenfonds kan een bestuurder derhalve niet op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk houden indien het kennelijk onbehoorlijk bestuur zich voorafgaand aan de driejaarstermijn voordeed. Naar mijn mening zou dat bij kennelijk onbehoorlijk bestuur *na* de melding van betalingsonmacht wel mogelijk moeten zijn, zoals ik hiervoor heb toegelicht.<sup>55</sup>

### 5.3 *Het melden van betalingsonmacht na faillissement*

Ook denk ik aan de situatie waarin de rechtspersoon failliet is verklaard. De vraag kan zich dan voordoen of in dat geval nog wel een melding van betalingsonmacht moet worden gedaan. Enerzijds kan worden betoogd dat de wetgever het faillissement niet heeft willen opnemen als een uitzonderingssituatie, terwijl hierover in het parlementaire debat bij de invoering van de misbruikwetgeving wel nadrukkelijk is gesproken.<sup>56</sup> Ook kan worden betoogd dat bestuurders bij een faillissement nog steeds bevoegd zijn om betalingsonmacht te melden, zodat uitgaande van de tekst van de regeling de meldingsplicht voor een bestuurder bij faillissement in beginsel nog steeds bestaat en er ook na een faillissement dus een melding van betalingsonmacht moet worden gedaan. Anderzijds staat daar weer tegenover dat de ratio achter de meldingsregeling is dat het bedrijfstakpensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip in staat wordt gesteld om zich te kunnen beraden over het treffen van maatregelen. Vanuit een redelijke uitleg van de wet bezien, is er na een faillissement in principe geen noodzaak meer om het

bedrijfstakpensioenfonds over de betalingsonmacht te informeren, aangezien na een faillissement het treffen van maatregelen door het bedrijfstakpensioenfonds niet meer mogelijk zal zijn. Er wordt dan immers een curator aangesteld, die vanaf dat moment voor de vereffening zorg zal dragen, waarbij het bedrijfstakpensioenfonds een van de (gewone) schuldeisers is. Vanuit een redelijke uitleg van de wet geredeneerd, zou kunnen worden betoogd dat bij een faillissement geen melding van betalingsonmacht meer hoeft plaats te vinden.<sup>57</sup>

### 5.4 *Betalingsonmacht na het verstrijken van de veertiendagetermijn*

Ten slotte denk ik aan de situatie waarbij de betalingsonmacht pas ontstaat na het verstrijken van de termijn van twee weken na het moment waarop de pensioenbijdragen uiterlijk betaald moeten worden. De wettelijke regeling biedt geen helderheid of er ook gemeld kan worden *na* het verstrijken van die termijn, terwijl in beginsel alleen gemeld hoeft te worden als er daadwerkelijk sprake is van een situatie van betalingsonmacht. Een redelijke wetsuitleg brengt mijns inziens in dat geval met zich dat er alsnog een melding van betalingsonmacht moet kunnen worden gedaan, mits de melding onverwijld na het ontstaan van de situatie van betalingsonmacht plaatsvindt. Steun hiervoor vind ik bij een uitspraak van de Hoge Raad in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure, waarbij het ging om fiscale schulden in de zin van artikel 36 van de Invorderingswet 1990 (IW 1990), waarin de Hoge Raad in dat geval de mogelijkheid lijkt te bieden om alsnog onverwijld betalingsonmacht te melden.<sup>58</sup> Ik zie niet in waarom dat bij de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling met betrekking tot pensioenschulden anders zou moeten zijn.

In ieder geval bevestigt de Hoge Raad in zijn recentelijk gewezen arrest over de bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenschulden met zijn expliciete verwijzing naar het eerdere arrest over bestuurdersaansprakelijkheid bij fiscale premies nog eens dat de rechtspraak (van de Hoge Raad) over bestuurdersaansprakelijkheid bij fiscale premies in de zin van artikel 36 IW 1990 ook relevant kan zijn voor de aansprakelijkheid van bestuurders bij pensioenschulden. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de uitspraak die is gewezen in het kader van het melden van betalingsonmacht, waaruit volgt dat een melding in beginsel alleen hoeft plaats te vinden als er sprake is van betalingsonmacht en niet wanneer om een andere reden niet

53. De ratio van de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling is het tegengaan van misbruik van rechtspersonen en het bieden van een efficiënt middel aan een bedrijfstakpensioenfonds om bestuurders aansprakelijk te stellen voor de schulden van een rechtspersoon.

54. Zie Van Schilfgaarde 1986, p. 35, onder verwijzing naar de nota van wijziging, waarbij deze beperking in tijd is aangebracht om de aansprakelijkheidslast te verlichten. Ook als het kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft geleid tot de betalingsonmacht, komt dit niet in aanmerking als het zich langer dan drie jaar voorafgaand aan de melding heeft voorgedaan.

55. Zie echter ook Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 13 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:958, r.o. 4.21, waarin omstandigheden die zich na de melding van betalingsonmacht hadden voorgedaan nadrukkelijk door de rechter buiten beschouwing werden gelaten.

56. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het kabinet eerder 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 niet meer gekomen. Zie hierover ook Visscher 2016, p. 54-55.

57. Zie voor rechtspraak waaruit volgt dat de meldingsplicht bij faillissement komt te vervallen (het niet-gepubliceerde tussenvonnissen) Rb. Noord-Nederland 19 april 2013, 374111\CV EXPL 11-8982, r.o. 2.4. Zie daarentegen voor uitspraken waarin een meldingsplicht bij faillissement wel werd aangenomen 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), waar het ging om fiscale schulden in de zin van art. 36 IW 1990. Thans geldt voor de Belastingdienst de beleidsinstructie dat er niet meer gemeld hoeft te worden bij faillissement (36.5.7 Leidraad Invorderingswet 2008), maar nog wel bij surseance van betaling (36.5.6 Leidraad Invorderingswet 2008).

58. Zie HR 4 maart 2016, JOR 2016/151.

wordt betaald,<sup>59</sup> maar ook aan de hiervoor genoemde rechtspraak van de Hoge Raad over het alsnog kunnen melden van betalingsonmacht als de situatie van betalingsonmacht pas ontstaat na de termijn van twee weken volgend op de termijn waarbinnen er uiterlijk betaald had moeten worden.

### 6 De beschikbaarheid van administratie bij een aandelenoverdracht/bestuurswissel

Ook voor de overnamepraktijk is het op 24 november 2017 door de Hoge Raad gewezen arrest relevant, vanwege de overweging van de Hoge Raad dat het hof er niet van uit mocht gaan dat de gewezen bestuurder de administratie van de rechtspersoon – bewust – buiten de procedure had gehouden. Ik meen dat het arrest niet met zich brengt dat een gewezen bestuurder/aandeelhouder zich altijd zal kunnen beroepen op het feit dat hij niet meer de beschikking heeft over de administratie van een rechtspersoon. In dit geval lijkt met name van belang te zijn geweest dat zich geen (bijzondere) omstandigheden voordeden die maakten dat de gewezen bestuurder een kopie van de administratie van de rechtspersoon voor zichzelf had moeten bewaren of anderszins maatregelen had moeten treffen om ervoor te zorgen dat hij hierover op een later moment zou kunnen beschikken. Het voorgaande kan naar mijn mening echter anders liggen als de voormalige bestuurder er rekening mee moet houden dat hij in de toekomst mogelijk als (gewezen) bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld, bijvoorbeeld omdat ten tijde van de aandelenoverdracht of bestuurswissel al duidelijk is dat er geen melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden.

### 7 Ter afronding

Zoals volgt uit deze bijdrage biedt een redelijke uitleg van de aansprakelijkheidsregeling van artikel 23 Wet Bpf 2000 in een aantal situaties uitkomst waar een (te) strikte toepassing van de wet naar mijn mening geen recht zou doen aan de ratio achter deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling. Enerzijds kan met een redelijke wetsuitleg (zoals het niet hoeven melden van betalingsonmacht bij faillissement of het nog steeds kunnen melden na het verstrijken van de termijn van veertien dagen vanaf het moment dat de pensioenschuld betaald had moeten worden, als de situatie van betalingsonmacht pas na die termijn is ontstaan) meer recht worden gedaan aan de rechtspositie van een bestuurder en aan de ratio achter de meldingsregeling, die erop gericht is om het bedrijfstakpensioenfonds zo vroeg mogelijk op de hoogte te brengen van betalingsproblemen, zodat het maatregelen kan treffen. Anderzijds maakt een

redelijke wetsuitleg het mogelijk om (zoals bij kennelijk onbehoorlijk bestuur na het melden van betalingsonmacht) meer recht te doen aan de rechtspositie van bedrijfstakpensioenfonds en aan de ratio achter de aansprakelijkheidsregeling om het bedrijfstakpensioenfonds in staat te stellen om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan.

59. Zie HR 12 augustus 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4865, waaruit volgt dat er (bij een procedure op grond van art. 36 IW 1990) meer mogelijkheden zijn dan een keuze tussen enerzijds tijdig betalen en anderzijds het melden van betalingsonmacht. Zie voor lagere rechtspraak in lijn met dit arrest, waarbij het ging om pensioenschulden, ook Rb. Oost-Brabant 4 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3227, r.o. 4.9 en Rb. Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1434. Zie ook Rb. Gelderland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1248, r.o. 4.10, waaruit volgt dat volgens de rechter het melden van betalingsonmacht gedurende een langere periode niet aan de orde was omdat er in die periode geen sprake was van een situatie van betalingsonmacht.