

De persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor achterstallige pensioenbijdragen: de bestuurder aan zet!

Als een rechtspersoon pensioenbijdragen niet heeft afgedragen aan een bedrijfstakpensioenfonds loopt een bestuurder het risico ter zake de betaling van deze pensioenbijdragen persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld door het bedrijfstakpensioenfonds. Deze aansprakelijkheid vloeit voort uit de regeling die is opgenomen in artikel 23 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf).¹ In deze bijdrage beoog ik meer inzicht te geven in de achtergrond van deze aansprakelijkheidsregeling, in de personen die een aansprakelijkheidsrisico lopen, in het wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur en in het belang van het rechtsgeldig melden van betalingsonmacht, in de rechtspositie van de nieuwe bestuurder voor reeds bestaande pensioenbijdragen, in de hoogte van de vordering waarvoor een bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden en in de formele (procedurele) voorwaarden die gelden bij deze aansprakelijkheidsregeling. Daarmee biedt de bijdrage handvatten aan bestuurders en aan bedrijfstakpensioenfonds voor het beoordelen van hun rechtspositie bij een eventuele aansprakelijkheidsstelling wegens de achterstallige pensioenbijdragen van hun rechtspersoon.



1. Inleiding

De hoofdregel naar Nederlands recht is dat bestuurders van rechtspersonen alleen in uitzonderingsgevallen aansprakelijk zijn voor de schulden van de rechtspersoon. Naar Nederlands recht wordt een rechtspersoon voor wat betreft het vermogensrecht met een natuurlijk persoon gelijkgesteld en brengt deze gelijkstelling met zich dat de schuldeisers van een rechtspersoon zich in beginsel alleen kunnen verhalen op het vermogen van de rechtspersoon en niet op het privévermogen van de bestuurder. Deze hoofdregel is van grote praktische betekenis voor het handelsverkeer en maakt voor een bestuurder zijn ondernemersrisico's beheersbaar. Hoewel de rechtspersoon zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is, staat het de wetgever evenwel vrij om te bepalen dat, onder bepaalde voorwaarden ook anderen, zoals de bestuurders, naast de rechtspersoon (hoofdelijk) aansprakelijk zijn voor de schulden van de rechtspersoon.

Ten aanzien van achterstallige pensioenbijdragen, premies werknemersverzekeringen en een aantal fiscale schulden van de rechtspersoon heeft de wetgever deze aansprakelijkheid van de rechtspersoon, die in beginsel dus exclusief is, willen doorbreken en een aansprakelijkheidsregeling

ingevoerd waarbij bestuurders, naast de rechtspersoon voor deze schulden, hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden.

2. Artikel 23 Wet Bpf: een korte voorgeschiedenis

Ten aanzien van niet-betaalde pensioenbijdragen geldt dat de wettelijke basis voor de aansprakelijkheid van een bestuurder en de voorwaarden waaronder een bestuurder in zo'n geval persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden, thans is terug te vinden in artikel 23 Wet Bpf. Dit wetsartikel bevat de materiële voorwaarden waaronder bestuurders van een rechtspersoon door het bedrijfstakpensioenfonds waarbij de rechtspersoon is aangesloten, naast de rechtspersoon (hoofdelijk) aansprakelijk kunnen worden gehouden voor achterstallige pensioenbijdragen van de rechtspersoon.²

Artikel 23 Wet Bpf is een voortzetting van artikel 18b Wet Bpf (oud),³ welk wetsartikel is ingevoerd in het kader

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

1. Oftewel: de Wet van 21 december 2000, houdende nieuwe regeling voor verplichte deelneming in een Bedrijfstakpensioenfonds. Hierna zal ik het steeds hebben over de 'Wet Bpf'.
2. Daarnaast gelden er bij de aansprakelijkheidsstelling van een bestuurder ook formele, procedurele, voorwaarden. Ik wijs in dit verband op artikel 21 Wet Bpf en op artikel 23 lid 5 e.v. Wet Bpf. Ook deze formele voorwaarden zullen in dit artikel aan de orde komen.
3. Omdat het huidige artikel 23 Wet Bpf een voortzetting is van het oude wetsartikel 18b Wet Bpf (oud), moet voor een goed begrip van de aansprakelijkheidsregeling van artikel 23 Wet Bpf niet alleen de memorie van toelichting bij het huidige artikel 23 Wet Bpf worden geraadpleegd, maar blijft ook de memorie van toelichting bij het (oude) wetsartikel 18b Wet Bpf (oud) relevant.

van de Wet bestuurdersaansprakelijkheid (WBA).⁴ De WBA is een verzamelnaam voor een aantal wijzigingen in enkele sociale verzekeringswetten, fiscale wetten en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds, welke wetswijzigingen tegelijkertijd met de zogenaamde Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF)⁵ op 1 januari 1987 zijn ingevoerd om het misbruik van rechtspersonen tegen te gaan.⁶ De WBF en de WBA (en daarmee de aansprakelijkheidsregeling die thans is terug te vinden in onder meer artikel 23 Wet Bpf) zijn tot stand gekomen in een periode waarin fraudebestrijding, waaronder de bestrijding van oneigenlijk gebruik van rechtspersonen, een speerpunt vormde in het overheidsbeleid.⁷ Met de inwerkingtreding van de WBA werd het ineens mogelijk om op relatief eenvoudige wijze bestuurders, naast de rechtspersoon, hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de door een rechtspersoon onbetaald gelaten sociale verzekeringspremies, diverse rijksbelastingen (zoals loon- en omzetbelasting) en bijdragen in verband met de verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds.⁸

De inwerkingtreding van de WBA heeft geleid tot een aanzienlijke verzwaring van de aansprakelijkheidsrisico's voor bestuurders van rechtspersonen. Daarbij wilde de wetgever van de WBA een preventieve werking laten uitgaan door een wettelijke regeling in te voeren waarbij bestuurders voortaan in persoon aansprakelijk konden worden gehouden voor de WBA-schulden van hun rechtspersoon.⁹ De achterliggende gedachte bij deze dreigende aansprakelijkheid was om ervoor te zorgen dat bestuurders er voortaan actief op zouden toezien dat betaling van pensioenbijdragen door hun rechtspersoon zou plaatsvinden aan het bedrijfstakpensioenfonds.¹⁰

Een belangrijke reden om juist voor bepaalde belastingen, sociale premies en pensioenbijdragen de, in beginsel exclusieve aansprakelijkheid van rechtspersonen te doorbreken, is dat het daarbij steeds gaat om gelden die de rechtspersoon heeft ingehouden of heeft moeten inhouden op het loon van haar werknemers. Deze gelden zijn bedoeld voor afdracht aan de Ontvanger en (in het geval van pensioenbijdragen) aan het bedrijfstakpensioenfonds en mogen door de rechtspersoon dan ook niet worden aangewend voor andere doeleinden, zoals het voldoen van andere schuldeisers. Voorts is van belang dat het niet betalen van bijvoorbeeld pensioenbijdragen maatschappelijk gezien bezwaarlijk is omdat daarmee het Nederlandse sociale stelsel wordt ondermijnd¹¹ en concurrentieverhoudingen op oneerlijke wijze worden verstoord. De Wet Bpf draagt er dan ook aan bij dat pensioenaanspraken van werknemers zijn gegarandeerd en concurrentie tussen ondernemingen in dezelfde bedrijfstak niet ten koste gaat van de pensioenvoorzieningen door deelname voor een werkgever onder bepaalde voorwaarden verplicht te stellen.¹² De hoofdverplichting van de bijdrageplichtige rechtspersoon in het kader van de Wet Bpf is de betaling van de pensioenbijdragen van de werknemers aan het betreffende bedrijfstakpensioenfonds.

Als er sprake is van een overgang van onderneming kan het bedrijfstakpensioenfonds ook van de verkrijgende rechtspersoon betaling vorderen van de achterstallige pensioenbijdragen indien de verplichting tot betaling daarvan aan het bedrijfstakpensioenfonds door de vreemder niet is nagekomen. Recentelijk overwoog de kantonrechter van de Rechtbank Midden-Nederland dat als uitgangspunt geldt dat pensioenregelingen in de zin van de Pensioenwet vallen onder de in artikel 7:633 Burgerlijk Wetboek bedoelde rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst, die bij over-

4. Oftewel: 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.* 276). Deze wet staat ook wel bekend als de Tweede Misbruikwet. De wet is op 1 januari 1987 in werking getreden en nadien op een aantal belangrijke en minder belangrijke punten gewijzigd. Hierna zal ik het steeds hebben over de 'WBA'.
5. Oftewel: 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.* 275). Deze wet staat ook wel bekend als de Derde Misbruikwet en is thans terug te vinden in artikel 2:138/2:248 Burgerlijk Wetboek. Met de invoering van deze wet heeft de wetgever een aansprakelijkheidsregeling ingevoerd waarbij de curator in een faillissement een bestuurder aansprakelijk kan stellen voor het tekort in de boedel. Hierna zal ik het steeds hebben over de 'WBF'.
6. Opmerking verdient dat noch in de WBF noch in de WBA de term 'misbruik' voorkomt. De WBA heeft het in dit verband over: 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' en de WBF heeft het in dit verband over: 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling'. Ondanks deze verschillende terminologie gaat het in beide gevallen om dezelfde aansprakelijkheidsnorm.
7. Zie hierover ook: J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998 (hierna: Wezeman, 1998), p. 3.
8. Voor wat betreft de aansprakelijkheid van bestuurders voor sociale verzekeringspremies geldt dat deze aanvankelijk was vastgelegd in artikel 16d Coördinatiewet Sociale Verzekering, maar inmiddels is opgenomen in artikel 36 Invorderingswet 1990. Thans is de Tweede Misbruikwet (WBA) terug te vinden in artikel 36 Invorderingswet 1990, welk wetsartikel de voorwaarden bevat op grond waarvan bestuurders aansprakelijk kunnen worden gehouden voor niet-betaalde rijksbelastingen en premies sociale verzekeringen (volksverzekeringen en werknemersverzekeringen) en artikel 23 Wet Bpf, welk wetsartikel de voorwaarden bevat op grond waarvan bestuurders aansprakelijk kunnen worden gehouden voor niet-betaalde pensioenbijdragen. Omdat deze aansprakelijkheidsregelingen identiek zijn, kan de rechtspraak die is gewezen in het kader van artikel 36 Invorderingswet 1990 ook relevant zijn voor de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 23 Wet Bpf. 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, naast artikel 36 Invorderingswet 1990, er voor de invordering van de rijksbelastingen ook beleidsregels gelden, die zijn neergelegd in de Leidraad Invorderingswet 1990. Deze Leidraad geldt niet voor de invordering van achterstallige pensioenbijdragen.
9. Oftewel: bepaalde belastingen, pensioenbijdragen en verschuldigde premies werknemersverzekeringen.
10. En voor wat betreft de fiscale premies en premies werknemersverzekeringen aan (thans) de Ontvanger.
11. Zie hierover ook: J.B. Wezeman, 1998, p. 5 onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.
12. Zie hierover ook: J.B. Wezeman, 1998, p. 142.

gang van onderneming van rechtswege overgaan van de vervreemder op de verkrijger.¹³ Voorts overwoog de rechter dat het bedrijfstakpensioenfonds aan artikel 7:663 Burgerlijk Wetboek een eigen vorderingsrecht kan ontleenen tot betaling van de onbetaald gebleven premies.¹⁴ Niet zelden worden het personeel en de activiteiten door de rechtspersoon overgeheveld naar een andere rechtspersoon. De verkrijgende rechtspersoon (en haar bestuurders) dienen zich, mijns inziens, te realiseren dat in het geval van een overgang van de onderneming het bedrijfstakpensioenfonds daarmee (ook) een vordering krijgt op de verkrijgende rechtspersoon en, als deze met de betaling in gebreke blijft, onder bepaalde voorwaarden wellicht ook op de bestuurders van deze verkrijgende rechtspersoon.

De aansprakelijkheidsregeling van de bestuurders die met de WBA is ingevoerd, en die thans is neergelegd in onder meer artikel 23 Wet Bpf moet er dus voor zorgen dat rechtspersonen aan hun verplichtingen jegens het bedrijfstakpensioenfonds blijven voldoen of anders het bedrijfstakpensioenfonds in kennis stellen van eventuele betalingsonmacht, zodat het bedrijfstakpensioenfonds tijdig maatregelen kan treffen.

Bestuurders moeten er rekening mee te houden dat er een samenloop mogelijk is van een vordering van het bedrijfstakpensioenfonds op grond van artikel 23 Wet Bpf, een vordering van de curator op grond van artikel 2:138/248 Burgerlijk Wetboek, een vordering van de Ontvanger op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990 en een vordering van één of meerdere schuldeisers van de rechtspersoon op grond van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek. Een bestuurder dient zich dit met name goed te realiseren op het moment dat de bestuurder bijvoorbeeld een minnelijke regeling aangaat met een curator. Het aangaan van zo'n minnelijke regeling laat namelijk de bevoegdheid van bijvoorbeeld het bedrijfstakpensioenfonds om de bestuurder voor achterstallige pensioenbijdragen in een aparte procedure persoonlijk aansprakelijk te stellen onverlet. Dit besef blijkt bij bestuurders nog wel eens te ontbreken, zodat zij er ten onrechte van uitgaan dat door het treffen van een regeling met de curator zij verder geen aansprakelijkheidsrisico meer zouden lopen voor schulden van de rechtspersoon, zoals de schulden jegens het bedrijfstakpensioenfonds.

3. Artikel 23 Wet Bpf: de aansprakelijkheid van een bestuurder voor achterstallige pensioenbijdragen

Artikel 23 lid 1 Wet Bpf bepaalt dat ieder van de bestuurders van een rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk is

voor de pensioenbijdragen ter zake van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds overeenkomstig het bepaalde in lid 2 tot en met 12 van artikel 23 Wet Bpf. Ieder van de bestuurders kan dus door het bedrijfstakpensioenfonds (hoofdelijk) aansprakelijk worden gesteld op grond van dit artikel.

Het betreft hier een collectieve hoofdelijke aansprakelijkheid waarbij de taakverdeling binnen het bestuur in beginsel niet relevant is.¹⁵ De wetgever ziet het financiële beleid van een rechtspersoon als een taak van het gehele bestuur en alle bestuurders zijn er in beginsel dan ook verantwoordelijk voor dat de rechtspersoon de verschuldigde pensioenbijdragen tijdig aan het bedrijfstakpensioenfonds afdraagt. Als er meerdere bestuurders zijn in de zin van artikel 23 Wet Bpf dan is het bedrijfstakpensioenfonds in beginsel vrij in de keuze wie van de bestuurders wordt aangesproken. De bestuurder die door het bedrijfstakpensioenfonds aansprakelijk is gesteld, heeft in beginsel een regresrecht op de andere bestuurders als de rechtspersoon geen (volledig) verhaal biedt voor het bedrag dat de aansprakelijk gestelde bestuurder aan het bedrijfstakpensioenfonds heeft moeten betalen.¹⁶

Ook niet-uitvoerende bestuurders die deel uitmaken van een 'one tier' board moeten zich realiseren dat zij hiermee in beginsel een aansprakelijkheidsrisico lopen.¹⁷ Sinds 1 januari 2013 is het met de inwerkingtreding van de Wet Bestuur en Toezicht immers mogelijk geworden voor rechtspersonen om te kiezen voor een 'one tier' board, waarbij het bestuur bestaat uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Anders dan bij een 'two tier' board maakt de niet-uitvoerende bestuurder deel uit van het bestuur van de rechtspersoon. Gelet op het bepaalde in artikel 23 lid 1 Wet Bpf, dat ieder van de bestuurders (in beginsel) aansprakelijk houdt voor de achterstallige pensioenbijdragen, loopt in het geval van een 'one tier' board, ook de niet-uitvoerende bestuurder een aansprakelijkheidsrisico bij achterstallige pensioenbijdragen. Een niet-uitvoerende bestuurder loopt, naar mijn mening, in een 'one tier' board meer aansprakelijkheidsrisico's dan een lid van de raad van commissarissen in een 'two tier' board, aangezien een commissaris in een 'two tier' board pas aansprakelijk kan worden gehouden op grond van het huidige artikel 23 lid 1 Wet Bpf als aannemelijk is dat zo'n commissaris het beleid heeft bepaald als ware hij bestuurder.¹⁸ Zolang daarvan geen sprake is, ziet de aansprakelijkheidsregeling van artikel 23 Wet Bpf niet op een lid van de raad van commissarissen.

Voor het antwoord op de vraag of iemand als bestuurder in de zin van artikel 23 lid 1 Wet Bpf kan worden aange-

13. Zie: (het niet-gepubliceerde tussenvonnissen) Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, nr. 790937 UC EXPL 12-364 SM 4183, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3506, r.o. 4.6, 4.10 en 4.12.

14. Zie (het niet-gepubliceerde tussenvonnissen) Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, nr. 790937 UC EXPL 12-364 SM 4183, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3506, r.o. 4.15-4.18.

15. Zie: *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, nr. 3, p. 21 (MvT).

16. Voor dit onderlinge regres van bestuurders in de zin van artikel 23 Wet Bpf is een regeling opgenomen in artikel 24 Wet Bpf. Volgens lid 1 van artikel 24 Wet Bpf geldt er een draagplicht voor gelijke delen onderscheidenlijk een draagplicht naar evenredigheid van de gedeelten waarvoor de schuld ieder van hen aangaat voor het geval de betrokkenen niet anders zijn overeengekomen. Zie ook: *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, nr. 3, p. 22 (MvT).

17. Zie hierover ook: B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deel 1, Deventer: Kluwer 2013, par. 53, p. 1208.

18. Zie: artikel 23 lid 1 jo. artikel 23 lid 6 onder b Wet Bpf.

merkt, is niet beslissend dat een persoon als bestuurder staat ingeschreven in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel. Wel beslissend is of een persoon als bestuurder wordt genoemd in de akte van oprichting of door het daartoe bevoegde orgaan van de rechtspersoon, met inachtneming van de wettelijke en statutaire bepalingen, als bestuurder van de rechtspersoon is benoemd en hij/zij deze benoeming heeft aanvaard.¹⁹ Dat neemt niet weg dat de inschrijving in het handelsregister niet zonder betekenis is. Aan die inschrijving kan namelijk wel het vermoeden worden ontleend dat de ingeschreven persoon ook daadwerkelijk bestuurder was. Het is dan aan de ingeschreven persoon om zijn verweer dat hij in werkelijkheid geen bestuurder was, deugdelijk te motiveren.²⁰ Het enkele feit dat iemand formeel als bestuurder is aangesteld, maar verder geen bemoeienis heeft met het bestuur en dus als stroman wordt ingezet, laat in ieder geval onverlet dat hij nog steeds als bestuurder in de zin van artikel 23 lid 1 Wet Bpf heeft te gelden en als zodanig door het bedrijfstakpensioenfonds aansprakelijk kan worden gehouden voor de achterstallige pensioenbijdragen van een rechtspersoon.²¹ Op grond van het bepaalde in artikel 23 van de Wet Bpf kan immers zowel de feitelijke als de formele bestuurder hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de pensioenschuld van de rechtspersoon. De aansprakelijkheidsregeling van artikel 23 Wet Bpf beperkt zich niet tot de formele bestuurders van een rechtspersoon, maar is tevens van toepassing op: (1) de gewezen bestuurder tijdens wiens bestuur de bijdragschuld is ontstaan, (2) de persoon ten aanzien van wie aannemelijk is dat hij het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder,²² met uitzondering van de door de rechter benoemde bewindvoerder, (3) ieder van de met de vereffening belaste personen ingeval de rechtspersoon is ontbonden, met uitzondering van de door de rechter benoemde vereffenaar, en (4) indien een bestuurder van een rechtspersoon een rechtspersoon is: ieder van de bestuurders van laatstbedoelde rechtspersoon. Ook de hiervoor genoemde (rechts)perso-

nen kunnen naast de formele bestuurder en naast de rechtspersoon, op grond van artikel 23 Wet Bpf aansprakelijk worden gesteld voor de achterstallige pensioenbijdragen van een rechtspersoon.

4. Artikel 23 Wet Bpf: de materiële voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid

4.1. Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Een bestuurder is aansprakelijk voor de achterstallige pensioenbijdragen van zijn rechtspersoon als aannemelijk is dat het niet betalen van deze pensioenbijdragen het gevolg is van een aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur.²³

4.1.1. Het wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur bij het niet-rechtsgeldig melden van betalingsonmacht

Bestuurders dienen zich te realiseren dat de wetgever het bedrijfstakpensioenfonds in verregaande mate tegemoet heeft willen komen bij de wettelijke regeling voor het aansprakelijk stellen van een bestuurder wegens achterstallige pensioenbijdragen van zijn rechtspersoon.

Zo is een rechtspersoon namelijk wettelijk verplicht om, onverwijld nadat gebleken is, dat hij niet tot betaling in staat is, daarvan mededeling te doen aan het bedrijfstakpensioenfonds, daarbij inzicht te geven in de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de premie niet is betaald²⁴ en, indien het bedrijfstakpensioenfonds dit verlangt, nadere inlichtingen te verstrekken en stukken te overleggen.²⁵ De wettelijke meldingsplicht beoogt het bedrijfstakpensioenfonds al in een vroeg stadium in kennis te stellen van de betalingsproblemen en tracht daarmee te voorkomen dat achterstallige pensioenbijdragen (te) hoog oplopen.²⁶ De meldingsplicht van artikel 23 lid 2 Wet Bpf beperkt zich niet tot het tijdig en op de juiste wijze melden van betalingsonmacht, waarbij inzicht moet worden verstrekt in de omstandigheden die ertoe hebben

19. Ook een tijdelijk door de rechter op grond van artikel 2:356 onder c Burgerlijk Wetboek aangestelde bestuurder kan worden gekwalificeerd als een bestuurder in de zin van artikel 23 lid 1 Wet Bpf. Ook interim-managers, die op grond van artikel 2:151/261 Burgerlijk Wetboek als bestuurders worden aangemerkt, zijn te kwalificeren als 'bestuurders' in de zin van artikel 23 lid 1 Wet Bpf.

20. Zie in deze zin: Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825, r.o. 3.4-3.6, waarin het hof overwoog dat de betreffende persoon daar niet in was geslaagd, zodat de persoon door het hof werd aangemerkt als bestuurder in de zin van artikel 23 lid 1 Wet Bpf.

21. Zie wederom: Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825, r.o. 3.6. Dat het nooit de bedoeling van de aansprakelijk gestelde stroman was om bestuurstaken uit te gaan voeren, stond er volgens het hof niet aan in de weg om hem als bestuurder in de zin van artikel 23 Wet Bpf te kwalificeren.

22. Zie voor een overzicht van de vindplaatsen van de belangrijkste passages over het begrip '(mede)beleidsbepaler' in de parlementaire geschiedenis van de WBA en de WBF: J.B. Wezeman, 1998, p. 198. Voor een antwoord op de vraag of iemand het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder dient te worden gekeken naar de concrete omstandigheden van het geval en kan aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak die is gewezen op grond van artikel 2:138/248 lid 7 Burgerlijk Wetboek. Niet voldoende is dat een (rechts)persoon het beleid *kon* bepalen, de (rechts)persoon moet het beleid daadwerkelijk hebben bepaald of mede hebben bepaald als ware hij bestuurder. Zie in dit verband: HR 24 mei 2002, NJ 2002, 413, r.o. 3.4 en 3.5. Voorts volgt uit de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, nr. 3, p. 21 (MvT)*), dat niet voldoende is dat iemand het beleid van het lichaam mede heeft bepaald. De aansprakelijkheid berust hierop dat de persoon in kwestie zich daadwerkelijk als bestuurder moet hebben gedragen.

23. Zie: artikel 23 lid 3 Wet Bpf.

24. Zie: artikel 23 lid 2 Wet Bpf en artikel 2 lid 3 van het Besluit van 21 december 2000, houdende vaststelling van het Besluit Meldingsregeling Wet Bpf 2000 (Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000).

25. Zie: artikel 23 lid 2 Wet Bpf.

26. Tijdens de parlementaire behandeling van de WBA is er veel kritiek geuit op deze meldingsregeling. Toch heeft de regering de meldingsregeling doorgezet, vanwege het bijzondere karakter van de WBA-schulden en vanwege de gedachte dat het naleven van de meldingsplicht een indicatie zou opleveren van een bonafide bestuurder of van een bestuurder te kwader trouw. Volgens de minister was de meldingsplicht nu juist datgene waardoor een bonafide ondernemer zich zou kunnen verdisculperen. Zie hierover ook: J.B. Wezeman, 1998, p. 152, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

geleid dat de premies door de rechtspersoon niet zijn betaald, maar omvat ook de verplichting om, als het bedrijfstakpensioenfonds dit verlangt, nadere inlichtingen te verschaffen en stukken te overleggen.

Als een bestuurder niet voldoet aan deze verplichting die in artikel 23 lid 2 Wet Bpf is opgenomen, ontstaan er voor alle bestuurders reële aansprakelijkheidsrisico's, aangezien er in dat geval een wettelijk vermoeden geldt dat het niet betalen van de pensioenbijdragen aan de bestuurder is te wijten en het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Daarmee levert het niet voldoen aan de meldingsplicht het bedrijfstakpensioenfonds een verstrekkend bewijsvoordeel²⁷ op bij het aansprakelijk stellen van een bestuurder voor de achterstallige pensioenbijdragen van diens rechtspersoon.

Elke bestuurder is bevoegd om namens de rechtspersoon aan deze in artikel 23 lid 2 Wet Bpf opgenomen verplichting te voldoen.²⁸ Ook als een bestuurder (bijvoorbeeld op grond van een statutaire bepaling) niet bevoegd is om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, dan laat dit zijn bevoegdheid (en gehoudenheid) om rechtsgeldig de betalingsonmacht van de rechtspersoon te melden bij het bedrijfstakpensioenfonds onverlet. De bestuurders kunnen zich bij het doen van een melding van betalingsonmacht laten vertegenwoordigen door een vertegenwoordiger. Aangenomen wordt dat, naast de formele bestuurders, ook andere bestuurders in de zin van artikel 23 Wet Bpf een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht kunnen doen.²⁹ Niet alleen is dit redelijk, maar ook biedt, mijns inziens, de formulering van artikel 23 lid 2 Wet Bpf in combinatie met artikel 23 lid 6 Wet Bpf hiervoor de ruimte, aangezien de in artikel 23 lid 6 Wet Bpf genoemde bestuurders bij de toepassing van artikel 23 Wet Bpf immers met een formele bestuurder gelijk worden gesteld. Als er eenmaal een rechtsgeldige melding is gedaan van de betalingsonmacht, geldt deze melding voor alle bestuurders in de zin van artikel 23 Wet Bpf. Meldingen door

anderen dan door of namens een bestuurder in de zin van artikel 23 Wet Bpf, gelden niet als rechtsgeldige meldingen in de zin van artikel 23 Wet Bpf, aangezien deze geen indicatie geven van de goede of kwade trouw van een bestuurder.³⁰

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld met betrekking tot de inhoud van de mededeling, de aard en de inhoud van de te verstrekken inlichtingen en de over te leggen stukken alsmede de termijnen waarbinnen het doen van de mededeling, het verstrekken van de inlichtingen en het overleggen van de stukken dienen te geschieden. Deze nadere regels over de wijze waarop betalingsonmacht moet worden gemeld, zijn terug te vinden in het Besluit van 21 december 2000, houdende vaststelling van het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 (Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000).³¹ Volgens artikel 2 van het Besluit moet de mededeling tot betalingsonmacht schriftelijk³² worden gedaan en uiterlijk binnen 14 kalenderdagen na de dag waarop op grond van de regeling omtrent de betaling van de premies, bedoeld in artikel 26 van de Pensioenwet, dan wel op grond van de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds de bijdrage behoorde te zijn voldaan. Met deze termijn van 14 dagen wordt invulling gegeven aan het begrip 'onverwijld' in artikel 23 lid 2 Wet Bpf.³³ Op deze termijn is de Algemene termijnenwet van toepassing.³⁴

Als een rechtspersoon niet tijdig of niet op de juiste wijze voldoet aan deze wettelijke meldingsplicht, dan heeft dat voor een bestuurder dus grote gevolgen, vanwege het wettelijk vermoeden dat dan geldt dat het niet betalen van de pensioenbijdragen aan de bestuurder is te wijten (en het gevolg is van een kennelijk onbehoorlijk bestuur). De bestuurder heeft dan alleen de mogelijkheid om dit wettelijk vermoeden te weerleggen als hij eerst aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat de rechtspersoon niet aan de wettelijke meldingsplicht heeft voldaan.^{35, 36} Als de bestuurder niet aannemelijk kan maken

27. Strikt genomen is er niet alleen sprake van een bewijsvoordeel voor het bedrijfstakpensioenfonds waarbij de bewijslast bij de bestuurder komt te liggen, maar geldt er ook een stelplicht voor de bestuurder waarbij de bestuurder zal moeten stellen dat er rechtsgeldig is gemeld of (bij het ontbreken van een rechtsgeldige melding) dat het niet-rechtsgeldig melden van de betalingsonmacht hem niet kan worden verweten en (als de bestuurder daarin slaagt) dat ook het niet betalen hem niet kan worden verweten.

28. Zie: artikel 23 lid 2 Wet Bpf.

29. Daarbij kan gedacht worden aan een medebeleidsbepaler of aan een natuurlijke persoon die bestuurder is van een rechtspersoon die op zijn beurt weer bestuurder is van de rechtspersoon waarvoor de betalingsonmacht wordt gemeld. Zie in deze zin: J.B. Wezeman, 1998, p. 159. Zie ook: Hof Den Bosch 3 april 1996, *Vakstudie Nieuws* 1996, p. 1857. Anders: J.A. Booi, *De Wet Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: 1992, p. 22-23, die dit standpunt redelijk acht, maar meent dat vertegenwoordigingsonbevoegde feitelijke bestuurders niet kunnen melden.

30. Zie hierover ook: J.B. Wezeman, 1998, p. 159.

31. Hierna zal ik het in dit artikel steeds hebben over: het 'Besluit'.

32. Voor het melden van betalingsonmacht bij artikel 36 Invorderingswet 1990 geldt inmiddels dat er ook elektronisch melding kan worden gedaan van de betalingsonmacht via het aanmeldingsformulier op de website van de Belastingdienst. De wettelijke grondslag hiervoor is te vinden in: *Staatsblad* 28 april 2010, *Stb.* 2010, 176. Voor het melden van betalingsonmacht voor verschuldigde pensioenbijdragen ontbreekt vooralsnog een wettelijke basis (en mogelijkheid).

33. Zie hierover: de nota van toelichting bij het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 (*Stb.* 2000, 631, p. 4-5).

34. Wet van 25 juli 1964, *Stb.* 74.

35. Zie: artikel 23 lid 4 Wet Bpf.

36. Zie voor recente rechtspraak hierover onder meer: Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, r.o. 4.9; Hof Amsterdam 10 december 2012, *JOR* 2012, 378, r.o. 4.3.1 en 4.3.2; Rb. Haarlem 23 november 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU7594, welke uitspraak weer werd vernietigd in Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ4825; Rb. Leeuwarden 9 november 2012, nr. 374111\CV EXPL 11-8982, r.o. 5.9 en 5.10 (in welke zaak nog geen eindvonnis is geweest); Rb. Haarlem 14 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ2754, r.o. 3; Hof Amsterdam 27 januari 2009, *JAR* 2009, 141, r.o. 3.11.4. Zie ook: *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 073, nr. 3, p. 21 (MvT), waaruit volgt dat de plaats van een bestuurder binnen het bestuur in het kader van de meldingsplicht geen rol speelt.

dat van het niet voldoen aan de meldingsplicht hem geen verwijt kan worden gemaakt, dan staat het wettelijk vermoeden dat het niet betalen van de pensioenbijdragen aan de bestuurder is te wijten vast en daarmee ook zijn aansprakelijkheid.³⁷ Uit de rechtspraak volgt dat dit wettelijke bewijsvermoeden geen strijd oplevert met het bepaalde in artikel 6 EVRM, aangezien de wetgever een groot belang heeft gehecht aan het tijdig meedelen van betalingsonmacht, zodat het tijdig doen van deze mededeling onderdeel uitmaakt van een zorgvuldig bestuur van de onderneming.³⁸

Het bedrijfstakpensioenfonds is niet gehouden om de bestuurders te wijzen op de meldingsplicht bij betalingsonmacht, nu sprake is van een wettelijke verplichting, waarvan verondersteld mag worden dat een rechtspersoon en haar bestuurder(s) daarvan op de hoogte zijn.³⁹ De wettelijke meldingsregeling dwingt de bestuurder om in actie te komen wanneer zijn rechtspersoon in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren. De regeling beoogt te bewerkstelligen dat het bedrijfstakpensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin de rechtspersoon verkeert.⁴⁰ De rechtspersoon is niet alleen gehouden om betalingsonmacht te melden als de rechtspersoon blijvend in een situatie van betalingsonmacht verkeert, maar ook in de situatie dat er tijdelijk

sprake is van een betalingsonmacht.⁴¹ Het zonder toelichting onbetaald laten van nota's van het bedrijfstakpensioenfonds kan niet worden gezien als een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht.⁴² Ook het regelmatig aanmanen door het bedrijfstakpensioenfonds van de rechtspersoon kan niet worden gezien als een impliciete mededeling van betalingsonmacht.⁴³

Uit de recente rechtspraak volgt dat door rechters de wettelijke regeling voor het melden van betalingsonmacht strikt wordt gehandhaafd en dat er bij het beantwoorden van de vraag of er rechtsgeldig betalingsonmacht is gemeld, door rechters aansluiting wordt gezocht bij de strikte regels van artikel 2 van het Besluit.⁴⁴ De bestuurder dient te stellen en te bewijzen dat er rechtsgeldig en volgens de eisen van artikel 2 van het Besluit een melding van betalingsonmacht is gedaan aan het bedrijfstakpensioenfonds.⁴⁵ Voorts is van belang dat bij de melding van betalingsonmacht inzicht moet worden gegeven in de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de verschuldigde bedragen niet kunnen worden betaald.⁴⁶ Indien het bedrijfstakpensioenfonds dit verlangt, dient nadere informatie te worden verstrekt.⁴⁷

37. Daarentegen kan de gewezen bestuurder zich op grond van artikel 23 lid 7 Wet Bpf wel direct verdisculperen en het wettelijk vermoeden dat het niet betalen van de pensioenbijdragen aan de bestuurder is te wijten, proberen te weerleggen. Dat is ook logisch, aangezien een gewezen bestuurder immers geen mededeling meer kan doen aan het pensioenfonds dat de rechtspersoon niet tot betaling in staat is. Zie hierover: *Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, nr. 3, p. 21 (MvT)*.

38. Zie: Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.6 en 3.7. Daarbij overwoog het hof voorts dat door de bestuurder verder ook geen feiten en/of omstandigheden waren gesteld, waaruit blijkt dat er bij de rechtspersoon geen sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur, dan wel dat de bestuurder van eventueel onbehoorlijk bestuur geen verwijt valt te maken. Zie ook: Hof Leeuwarden 1 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1741, r.o. 8.

39. Zie: Hof Amsterdam 27 januari 2009, *JAR* 2009, 141, r.o. 3.9.1 en 3.9.2, waarin het hof niet meeding in de stelling van de bestuurders dat het op de weg van het pensioenfonds lag om de bestuurders mede te delen dat met het regelmatige contact en de betalingsregelingen niet kon worden volstaan en dat de rechtspersoon niet voldeed aan de mededelingsplicht zoals vermeld in de Wet Bpf.

40. Zie: *Kamerstukken II 1999/2000, 27 073, nr. 3, p. 20 (MvT)*, waaruit volgt dat de wettelijke meldingsplicht een doelmatige en preventief werkende regeling beoogt die ertoe aanzet dat de bestuurder er voortdurend op bedacht is, dat de betaling – of voldoening of afdracht – van premie-, bijdrage- en belastingschulden voorrang heeft en dat de daarvoor bestemde gelden steeds beschikbaar worden gehouden. Hierbij moet worden bedacht dat, door de inhouding van de premies en belastingen op het loon van de werknemer, de rechtspersoon daarvan geen rechthebbende, maar als het ware houder van die premies en belastingen wordt (*Kamerstukken II 1980/81, 16 530, nr. 3, p. 3-4 (MvT)*). Zie recentelijk hierover ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, r.o. 4.6.

41. Zie Rb. Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1434, waarin een bestuurder door een bedrijfstakpensioenfonds aansprakelijk was gesteld op grond van artikel 23 Wet Bpf en waarbij de kantonrechter, onder verwijzing naar HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2998 (waarin een bestuurder aansprakelijk werd gehouden op grond van onder meer artikel 36 Invorderingswet 1990), overwoog dat de enkele omstandigheid dat een rechtspersoon in de periode waarin de rechtspersoon de verschuldigde premie diende te betalen over liquide middelen beschikte tot het bedrag van die premieverplichtingen, onvoldoende is om aan te nemen dat van betalingsonmacht geen sprake is. Hieruit volgt volgens de kantonrechter dat ook bij een tijdelijke betalingsonmacht een melding moet worden gedaan.

42. Zie: Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.4.

43. Zie: Hof Leeuwarden 1 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1741, r.o. 4 en 6.

44. Zie (het niet-gepubliceerde tussenvonnis): Rb. Leeuwarden 9 november 2012, nr. 374111\CV EXPL 11-8982, r.o. 5.8, waarin de kantonrechter bij zijn overweging dat aansluiting moet worden gezocht bij de strikte regels voor het melden van betalingsonmacht meewoog dat het gaat om de betaling van pensioenpremies, die noodzakelijk zijn voor de opbouw van pensioenrechten waarop werknemers later aanspraak zullen maken. Zie in deze zin ook: Rb. Haarlem 14 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ2754, r.o. 4.

45. Zo overwoog de kantonrechter in (het niet-gepubliceerde tussenvonnis) Rb. Leeuwarden 9 november 2012, nr. 374111\CV EXPL 11-8982, r.o. 5.8, dat een melding die slechts ten dele is ingevuld, niet is ondertekend, en waarvan niet is komen vast te staan dat deze ter kennis is gekomen van het pensioenfonds, niet voldoet aan de eisen die artikel 2 van het Besluit meldingsregeling betalingsonmacht stelt.

46. Zie (het niet-gepubliceerde tussenvonnis): Rb. Leeuwarden 9 november 2012, nr. 374111\CV EXPL 11-8982, r.o. 5.8. Zie ook: Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 7; 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. Zie recentelijk hierover ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, r.o. 4.7.

47. Zie: HR 27 april 2001, *JOR* 2001, 230, r.o. 3.4.5, waarin de Hoge Raad van oordeel was dat in het kader van de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990 de Ontvanger bevoegd is om die nadere inlichtingen en gegevens te vragen die

Telefonische meldingen van betalingsonmacht gelden niet als rechtsgeldige meldingen van betalingsonmacht.⁴⁸ Ook het aanbieden van een betalingsregeling is niet zonder meer te vereenzelvigen met een gevolg van betalingsonmacht, maar kan ook wijzen op het bestaan van tijdelijke liquiditeitsproblemen.⁴⁹ En ook het (daadwerkelijk) treffen van een betalingsregeling kan als zodanig niet worden beschouwd als een mededeling dat er sprake is van betalingsonmacht in de zin van de Wet Bpf, aangezien een betalingsregeling als zodanig nog niet noodzakelijkerwijs betekent dat de rechtspersoon niet tot betaling in staat is.⁵⁰

De Hoge Raad heeft recentelijk in het kader van de melding van betalingsonmacht nog eens bevestigd dat een melding van betalingsonmacht op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990 ten aanzien van belastingen ook geldt voor latere tijdvakken, zolang er nog sprake is van een betalingsachterstand⁵¹ en dat er niet opnieuw een melding van betalingsonmacht hoeft te worden gedaan, zolang er nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij de Ontvanger de belastingschuldige na ontvangst van een betaling schriftelijk doet weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten.⁵² Uit de gepubliceerde rechtspraak waarin het gaat om betalingsonmacht bij achterstallige pensioenbijdragen leid ik af dat ook voor pensioenbijdragen in beginsel eenzelfde uitgangspunt wordt gehanteerd voor toekomstige tijdvakken⁵³ zolang de betalingsachterstand niet is weggewerkt.⁵⁴

Uit de rechtspraak lijkt overigens te volgen dat er geen meldingsplicht is als er geen sprake is van betalingson-

macht omdat een bestuurder wel *kan*, maar *niet wilde* betalen vanwege te hoge nota's van het bedrijfstakpensioenfonds.⁵⁵ Mocht een deugdelijke verklaring evenwel ontbreken, en er op een later moment alsnog sprake zijn van betalingsonmacht, dan zal deze betalingsonwil als kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen worden aangemerkt.⁵⁶

Een interessante vraag in het kader van de meldingsplicht bij achterstallige pensioenbijdragen blijft, mijns inziens, of betalingsonmacht ook dient te worden gemeld nadat het faillissement van de rechtspersoon is uitgesproken.⁵⁷

Bij mijn weten heeft de Hoge Raad zich hierover in het geval van achterstallige pensioenbijdragen nog niet uitgelaten en meen ik dat er argumenten zijn om te betogen dat er ook na datum van faillissement in beginsel nog steeds een meldingsplicht geldt voor een bestuurder bij achterstallige pensioenbijdragen.

Zo vind ik het verdedigbaar om te betogen dat in het systeem van de WBA, eerder de opvatting past dat de meldingsplicht bij faillissement blijft bestaan, maar dat een bestuurder er in geval van faillissement vrij gemakkelijk in zal slagen aannemelijk te maken dat hem ter zake van het niet melden geen verwijt kan worden gemaakt. Dat betekent dan, dat de bestuurder vervolgens moet worden toegelaten tot de weerlegging van het tegen hem bestaande wettelijke vermoeden dat de niet-betaling het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

voor de Ontvanger van belang kunnen zijn bij de beantwoording van de vraag of er daadwerkelijk sprake is van betalingsonmacht en, als dat zo is, welk beleid de Ontvanger ten aanzien van de belastingschuld zal voeren.

48. Zie: Rb. Haarlem 14 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ2754, r.o. 5 en 7.

49. Zie (het niet-gepubliceerde tussenvonnis): Rb. Leeuwarden 9 november 2012, nr. 374111\CV EXPL 11-8982, r.o. 5.8 (in welke zaak overigens nog geen eindvonnis is geweest). Zie ook: Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 9, waarin het hof overwoog dat het bieden van een vooruitzicht op een mogelijke betalingsregeling niet is aan te merken als een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht. Zie ook: Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.4. Daarentegen lijkt het Hof Leeuwarden in Hof Leeuwarden 1 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ1741, r.o. 6, wel ruimte te bieden voor de opvatting dat het aanbieden van een betalingsregeling als een melding van betalingsonmacht kan worden aangemerkt. Dit zal mijns inziens evenwel sterk afhangen van de wijze waarop het betalingsvoorstel is geformuleerd en door het bedrijfstakpensioenfonds is begrepen.

50. Zie: Hof Amsterdam 17 januari 2009, JAR 2009, 141, r.o. 3.8.2.

51. Zie: HR 16 maart 2007, JOR 2007, 131, r.o. 4.2 (Otvanger/Reintjens).

52. Opmerking verdient dat de Leidraad Invordering 1990 in artikel 36.5.12 een regeling bevat voor de geldigheidsduur van de melding van betalingsonmacht. Zoals eerder in dit artikel door mij al is opgemerkt, is de Leidraad evenwel niet van toepassing op de invordering van achterstallige pensioenbijdragen.

53. Zie: Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 9, waarin het hof (kort gezegd) overwoog dat een eventueel rechtsgeldige melding betalingsonmacht de bestuurder slechts had kunnen baten in verband met premienota's die eerst na medio februari 2005 voldaan moesten worden, aangezien anders niet aan het criterium van onverwijldheid zou zijn voldaan.

54. Zie ook: Rb. Haarlem 14 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ2754, r.o. 6.

55. Zie: Rb. Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1434, onder verwijzing naar HR 12 augustus 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR4865, waarin (in een procedure op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990 en artikel 60 Wet financiering sociale verzekeringen) volgens de kantonrechter diende te worden onderzocht of de bestuurders zich in casu terecht op het standpunt stelden dat de rechtspersoon niet wilde betalen vanwege te hoge nota's, maar waarbij de kantonrechter uiteindelijk tot de conclusie kwam dat de rechtspersoon niet tot betaling in staat was, zodat er wel een melding van betalingsonmacht had moeten plaatsvinden. Zie in deze zin ook: J.B. Wezeman, 1998, p. 160, onder verwijzing naar de rechtspraak hierover van de CRvB en de al eerder gewezen fiscale rechtspraak hierover van de Hoge Raad waaruit volgt dat de meldingsplicht niet intreedt zolang de rechtspersoon de verschuldigde belasting of premie weliswaar *kan* betalen, maar niet *wil* betalen.

56. Zie: J.B. Wezeman, 1998, p. 160.

57. Voor belastingschulden in de zin van artikel 36 Invorderingswet 1990 geldt dat de bijbehorende Leidraad Invordering in 2008 is gewijzigd en daarin thans een bepaling is opgenomen inhoudende dat er na faillissementsdatum geen melding betalingsonmacht meer hoeft te worden gedaan voor deze belastingschulden. Deze Leidraad vormt evenwel slechts een beleidsinstructie voor ambtenaren van de Ontvanger bij de invordering van gelden waarvan de inning aan de Ontvanger is overgedragen en ziet verder niet op de invordering van achterstallige pensioenbijdragen op grond van artikel 23 Wet Bpf.

Gelet op de tekst van artikel 23 Wet Bpf⁵⁸ kan immers worden betoogd dat een bestuurder ook na de datum van het faillissement van zijn rechtspersoon (nog steeds) gehouden is om formeel aan het bedrijfstakpensioenfonds betalingsonmacht te melden. Immers, het faillissement van een rechtspersoon betekent niet dat de rechtspersoon van de ene op de andere dag ophoudt te bestaan, zodat betoogd kan worden dat ook de verplichting om betalingsonmacht te melden blijft bestaan. Evenmin betekent het faillissement van de rechtspersoon dat er formeel geen bestuurders meer zijn. Het faillissement brengt slechts met zich dat de rechtspersoon in kwestie via zijn bestuur niet langer het beheer en de beschikking heeft over het vermogen van de rechtspersoon: het beheer en de beschikking over het vermogen zijn immers vanaf dat moment voorbehouden aan de curator. Het faillissement impliceert niet dat de bestuurder geen betalingsonmacht meer mag of kan melden. Noch uit de Faillissementswet noch uit artikel 23 Wet Bpf is een bepaling opgenomen die ten aanzien van de meldingsplicht een uitzondering maakt in geval van het faillissement van de rechtspersoon.

De parlementaire geschiedenis staat aan een dergelijk betoog niet in de weg.⁵⁹ Ook in de rechtsliteratuur⁶⁰ en in de wat oudere rechtspraak is steun te vinden voor deze opvatting.⁶¹ Daartegenover staat evenwel de opvatting dat het faillissement kan worden gezien als een openbare (en daarmee rechtsgeldige) melding van betalingsonmacht, zodat na datum van faillissement er geen afzonderlijke melding van betalingsonmacht meer hoeft plaats te vinden.⁶² Hoewel ook voor die laatste opvatting iets valt te zeggen, ben ik niettemin van mening dat, indien de wetgever het faillissement wil aanmerken als een rechtsgeldige

melding van betalingsonmacht, het huidige artikel 23 Wet Bpf in dat geval aanpassing behoeft. Zolang deze aanpassing van artikel 23 Wet Bpf er niet is, meen ik dat verdedigbaar is dat, ondanks het faillissement er een melding van betalingsonmacht dient plaats te vinden.

4.1.2. *Het verwijt aan de bestuurder dat aannemelijk is dat het niet betalen is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur (als de betalingsonmacht rechtsgeldig is gemeld)*

Maar ook als een rechtspersoon tijdig en op de juiste wijze heeft voldaan aan zijn verplichtingen om tijdig en op de juiste wijze betalingsonmacht te melden en het bedrijfstakpensioenfonds, desgevraagd van nadere informatie en stukken te voorzien, geldt dat een bestuurder nog steeds een risico loopt om voor de achterstallige pensioenbijdragen van zijn rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld. Het bedrijfstakpensioenfonds zal in dat geval wel eerst aannemelijk moeten maken dat het niet betalen van de pensioenbijdragen het gevolg is van een aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van de mededeling.

Ook hier komt de wetgever het bedrijfstakpensioenfonds echter weer tegemoet, aangezien niet vereist is dat het bedrijfstakpensioenfonds *aantoont* dat het niet betalen van de pensioenbijdragen is te wijten aan het kennelijk onbehoorlijk bestuur van een bestuurder, maar reeds voldoende is dat het bedrijfstakpensioenfonds dit *aannemelijk* maakt. De norm van ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ van artikel 23 lid 4 Wet Bpf komt overigens overeen met de norm van ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ van artikel 2:138/248 Burgerlijk Wetboek.⁶³ Het

58. Artikel 23 lid 2 Wet Bpf bepaalt immers het volgende: ‘Het lichaam bedoeld in het eerst lid, doet onverwijld nadat gebleken is, dat het niet tot betaling in staat is, daarvan mededeling aan het bedrijfstakpensioenfonds en, indien het bedrijfstakpensioenfonds dit verlangt, verstrekt het nadere inlichtingen en legt het stukken over. Elke bestuurder is bevoegd om namens het lichaam aan deze verplichting te voldoen. (...)’.

59. Zie hierover: *Handelingen II* 1991/92, nr. 17 050, nr. 147, p. 12, waarin het kabinet eerder nog aankondigde dat zij via een wetswijziging hierover meer duidelijkheid wilde scheppen, maar het kabinet daarbij in het midden liet of er als gevolg van deze wetswijziging in de toekomst na datum van faillissement geen betalingsonmacht meer zou hoeven te worden gemeld.

60. Zie: H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011, p. 204-206. Zie ook: P.G. Koch, ‘De rechtspraak over de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid: een tussenstand’, *WFR* 1991, 325, par. 3.3 Meldingsplicht en faillissement, waarin volgens P.G. Koch als uitgangspunt zou moeten gelden dat noch de WBA, noch de Faillissementswet enig aanknopingspunt biedt voor de stelling, dat de meldingsplicht bij faillissement zou vervallen. Volgens P.G. Koch past in het systeem van de WBA het best de opvatting dat de meldingsplicht bij faillissement blijft bestaan, maar dat een bestuurder er in geval van faillissement vrij gemakkelijk in zal slagen aannemelijk te maken dat hem ter zake van het niet melden geen verwijt kan worden gemaakt. Dat betekent dan, dat de bestuurder moet worden toegelaten tot de weerlegging van het tegen hem bestaande wettelijke vermoeden dat de niet-betaling het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Ik kan mij in het standpunt van Koch vinden. Zie ook: J.B. Wezeman, ‘Het melden van betalingsonmacht onder de Wet bestuurdersaansprakelijkheid’, *TVVS* 1991, 91/4, p. 89 en J.B. Wezeman, 1998, p. 181-182.

61. Zie: Hof Amsterdam 31 oktober 1989, rolnr. 1496/88, *Vakstudie Nieuws* 1990, p. 345, waarin het hof overwoog dat de faillietverklaring van de rechtspersoon de meldingsplicht onverlet laat. Toen voornoemd arrest door het hof werd gewezen, was van de aangepaste beleidsinstructie in de Leidraad Invordering 2008 nog geen sprake. Zie ook: Hof Arnhem 17 oktober 1989, *Vakstudie Nieuws* 1990, p. 990 en 2223, waarin de bestuurder door het hof in de gelegenheid werd gesteld om het wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur te weerleggen en waarin het hof daarmee kennelijk aannam dat er na datum van faillissement nog wel een meldingsplicht gold, maar dat de bestuurder van het niet melden, geen verwijt kon worden gemaakt. Zie over dit arrest ook: P.G. Koch, ‘De rechtspraak over de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid: een tussenstand’, *WFR* 1991, 325, par. 3.3 Meldingsplicht en faillissement.

62. Zie recentelijk in deze zin (het niet-gepubliceerde tussenvonnis): Rb. Noord-Nederland, 19 april 2013, nr. 374111\CV EXPL 11-8982, r.o. 2.4 (in welke zaak nog geen eindvonnis is gewezen). Zie ook: de rechtspraak in het kader van de invordering van premies werknemersverzekeringen waarin de CrvB (in onder meer: CrvB 10 maart 1993, *RSV* 1994,35 en CrvB 13 oktober 1993, *Vakstudie Nieuws* 1993, p. 4032) overwoog dat het faillissement van een rechtspersoon kan worden gezien als een openbare melding van betalingsonmacht door de rechtspersoon.

63. Zie hierover ook: S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevenden*, Deventer: Kluwer 2009 (hierna: S.N. de Valk, 2009), p. 213-214 en 218. Zie ook: Maeijer in zijn noot bij HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695. Zie ook: P.J. Dortmund, *Misbruik van Rechtspersonen*, 1986 (hierna: P.J. Dortmund, 1986), p. 46 onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis waaruit volgt dat de norm van kennelijk onbehoorlijk bestuur uit de Tweede Misbruikwet (thans artikel 36 Invorderingswet 1990 en artikel 23 Wet Bpf) gelijk is aan de norm van

moet gaan om onverantwoordelijk, roekeloos of onbezonnen bestuur, dat niet kan worden gerekend tot het nemen van normaal ondernemersrisico.⁶⁴ Het onbehoorlijk bestuur moet buiten iedere twijfel verheven zijn, gelet op het woord 'kennelijk'.⁶⁵ Mijns inziens ontstaat hiermee wel een lastige situatie, aangezien enerzijds het onbehoorlijk bestuur buiten iedere twijfel verheven moet zijn, maar anderzijds uit artikel 23 lid 3 Wet Bpf volgt dat het pensioenfonds dit slechts aannemelijk hoeft te maken. Tenzij men zou uitgaan van het standpunt dat het aannemelijk maken slechts ziet op het aannemelijk maken van het causaal verband tussen het niet betalen en het kennelijk onbehoorlijk bestuur en niet ziet op het kennelijk onbehoorlijk bestuur zelf. Dit laatste lijkt mij evenwel niet juist en is ook niet het standpunt van de Hoge Raad die van oordeel is dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur aannemelijk dient te worden gemaakt.⁶⁶ Het peilmoment voor de beoordeling van de vraag of een gedraging is aan te merken als kennelijk onbehoorlijk bestuur is het moment waarop de gedraging plaatsvond.⁶⁷

Van kennelijk onbehoorlijk bestuur is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben.⁶⁸ Dit dient steeds te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval.⁶⁹ Ook als gedragingen die aan de vordering ten grondslag worden gelegd op zichzelf niet als kennelijk onbehoorlijk bestuur kwalificeren, kan er sprake zijn van een kennelijk onbehoorlijk bestuur.⁷⁰ De rechter dient bij de beoordeling of er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur naar het totale plaatje te kijken.⁷¹

5. De rechtspositie van de nieuwe bestuurder voor reeds bestaande pensioenschulden

Volgens de tekst van artikel 23 lid 3 Wet Bpf moet voor de vraag of er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur worden gekeken naar de periode van *drie jaar voorafgaand* aan het tijdstip van de melding. Volgens de tekst van artikel 23 lid 4 Wet Bpf moet voor de vraag of (aannemelijk is dat) er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur worden gekeken naar de periode van *drie jaar voorafgaand* aan het tijdstip waarop de rechtspersoon met de melding in gebreke is. Deze wetteksten lijken daarmee op het eerste gezicht te impliceren dat alleen kennelijk onbehoorlijk bestuur *in de periode van drie jaar voorafgaand aan een melding of in de periode van drie jaar voorafgaand aan het in gebreke zijn van het lichaam* leidt tot aansprakelijkheid. De memories van toelichting bij artikel 23 Wet Bpf en artikel 18b Wet Bpf (oud) laten er evenwel geen misverstand over bestaan dat ook een bestuurder die aantreedt nadat er gemeld of betaald had moeten worden, volgens de wetgever aansprakelijk kan worden gesteld voor reeds bestaande en onbetaalde pensioenbijdragen waarvoor niet meer rechtsgeldig betalingsonmacht kan worden gemeld.⁷²

Hoewel de memorie van toelichting bij artikel 23 Wet Bpf slechts aangeeft dat het wetsartikel een voortzetting is van artikel 18b Wet Bpf (oud) en ook verder niet op dit punt ingaat, laat de memorie van toelichting bij artikel 18b Wet Bpf (oud) er, mijns inziens, geen twijfel over bestaan dat een (nieuwe) bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden voor de bij zijn in functie treden als bestuurder reeds bestaande premieschulden, als deze niet door de rechtspersoon worden betaald, terwijl er wel voldoende geldmiddelen aanwezig zijn. De nieuwe bestuurder die aansprakelijk wordt gesteld voor de reeds

kennelijk onbehoorlijke taakvervulling uit de Derde Misbruikwet (thans: artikel 2:138/248 Burgerlijk Wetboek). Zie ook: HR 8 juni 2001, *JOR* 2001, 171, r.o. 3.7, waarin de Hoge Raad onder verwijzing naar HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695, r.o. 5.3, overwoog dat van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 lid 3 Invorderingswet 1990 en artikel 2:138 en 2:248 Burgerlijk Wetboek slechts kan worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben.

64. Zie hierover ook: S.N. de Valk, 2009, p. 218; en J.B. Wezeman, 1998, p. 215.

65. Zie: S.N. de Valk, 2009, p. 218. Zie ook: J.B. Wezeman, 1998, p. 215. Zie ook: P.J. Dortmond, 1986, p. 48.

66. Zie: HR 7 juni 1996, *NJ* 1997, 695.

67. Zie: S.N. de Valk, 2009, p. 219, onder verwijzing naar J.B. Wezeman, 1998, p. 281. Zie ook: Hof 's-Gravenhage 26 september 2006, *JOR* 2006, 286, r.o. 5.

68. Zie: HR 7 juni 1996, *NJ* 1996, 695, r.o. 5.3 en HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454, r.o. 3.7.

69. Zie: HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006, 61, r.o. 4.1.3, waarin de Hoge Raad overwoog dat bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 Invorderingswet 1990 het erop aankomt dat de rechter alle ter zake dienende omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang in zijn beoordeling betreft. Uit dit arrest volgt dat gedragingen die op zichzelf genomen niet onverdedigbaar zijn, en afzonderlijk niet zijn te kwalificeren als een kennelijk onbehoorlijk bestuur, in het licht van alle omstandigheden van het geval en in onderlinge samenhang gezien wel als kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen worden aangemerkt. Zie ook: HR 18 oktober 2002, *NJ* 2002, 612, r.o. 3.5.2, waaruit volgt dat de feiten en omstandigheden die een wettelijk vermoeden in de zin van artikel 2:248 Burgerlijk Wetboek zouden opleveren, ook een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid op grond van de Tweede Misbruikwet, maar dat in zo'n geval, er geen sprake is van een wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Van een rechtstreekse toepassing van het wettelijk vermoeden van artikel 2:248 Burgerlijk Wetboek is dus geen sprake.

70. Zie: S.N. de Valk, 2009, p. 220. Zie ook: J.B. Wezeman, 1998, p. 283. Zie ook: HR 14 oktober 2005, *JOR* 2006, 61, r.o. 4.1.2-4.1.3, waar het overigens ging om de vraag of er sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 Invorderingswet 1990.

71. Zie: S.N. de Valk, 2009, p. 221.

72. Zie: *Kamerstukken II* 1980/81, 16 530, nr. 3-4, p. 16 en p. 22 en 23. Zie hierover recentelijk (het niet-gepubliceerde eindvonnis): Rb. Gelderland 25 september 2013, nr. 858360\CV EXPL 13-198\353\345, r.o. 4.7. Hoewel de kantonrechter in deze zaak van mening was dat voor de aansprakelijkheid van de bestuurder voor reeds bestaande pensioenschulden aansluiting dient te worden gezocht bij artikel 16d Coördinatiewet Sociale Verzekeringen en niet bij artikel 18b Wet Bpf (oud) ben ik van mening dat er voor de aansprakelijkheid van een bestuurder wel aansluiting dient te worden gezocht bij artikel 18b Wet Bpf (oud), nu immers uit de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II* 1980/81, 16 530, nr. 3-4, p. 22 en 23) volgt dat de regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid in artikel 16d Wet Bpf (oud) analoog is aan de regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid in artikel 16d van de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen.

bestaande premieschulden, zal dan aannemelijk moeten maken dat er niet-voldoende geld aanwezig was om de premieschulden te betalen en dat het niet mogelijk is gebleken om maatregelen te treffen om de schuld alsnog te voldoen, zodat de niet-betaling niet aan hem te wijten is.⁷³ Dit past ook in de bedoeling van de wetgever om met de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de WBA misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. Het zou dan vreemd zijn als een nieuwe bestuurder zich ten aanzien van reeds bestaande schulden aan de aansprakelijkheidsregeling zou kunnen onttrekken, terwijl er tijdens zijn bestuur op enig moment geld in de rechtspersoon aanwezig was waarmee de premieschulden geheel of gedeeltelijk hadden kunnen worden betaald of de bestuurder maatregelen had kunnen treffen om ervoor te zorgen dat de schuld alsnog zou kunnen worden voldaan. Hierbij kan bijvoorbeeld ook gedacht worden aan de situatie dat een bestuurder een rechtspersoon leeghaalt door activa over te hevelen naar een andere rechtspersoon zonder daarvoor aan de koper een reële koopprijs in rekening te brengen waarmee reeds bestaande pensioenschulden zouden kunnen worden voldaan. Ten aanzien van de premieschuld die tijdens zijn bestuur is ontstaan, blijft de bestuurder in ieder geval aansprakelijk, ook al is hij geen bestuurder meer op het moment dat de door de rechtspersoon verschuldigde pensioenbijdragen worden vastgesteld.

6. Artikel 23 Wet Bpf: de hoogte van de gevorderde pensioenbijdragen en rechterlijke matiging

Ten aanzien van de bij dwangbevel door het bedrijfstakpensioenfonds gevorderde achterstallige pensioenbijdragen geldt dat de bestuurder de hoogte daarvan kan betwisten,⁷⁴ maar alleen als daarover nog geen onherroepelijk rechterlijk vonnis is gewezen in een door de rechtspersoon of door één of meer andere aansprakelijk gestelde bestuurders ingestelde procedure.⁷⁵ Als een bestuurder niet tijdig in verzet gaat tegen het dwangbevel van het bedrijfstakpensioenfonds waarbij de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk wordt gehouden, dan geldt dat zo'n bestuurder op een later moment in rechte geen verweer meer kan voeren tegen zijn aansprakelijkheid als bestuurder, maar slechts nog tegen de hoogte van het gevorderde pensioenbedrag, mits daarover nog geen onherroepelijk rechterlijk vonnis is gewezen in een door de rechtspersoon of door één of meer andere aansprakelijk gestelde bestuurders ingestelde procedure.⁷⁶

Artikel 23 Wet Bpf voorziet niet in een wettelijke grondslag voor de rechter om, nadat deze eenmaal heeft vastgesteld dat de bestuurder aansprakelijk is op grond van artikel 23 Wet Bpf, de vordering tot betaling van de achterstallige pensioenbijdragen te matigen.⁷⁷ Ook in de rechtspraak is inmiddels bevestigd dat, wanneer de aansprakelijkheid van de bestuurder en de hoogte van de vordering in een procedure eenmaal is vastgesteld er geen rechtsgrond is voor rechterlijke matiging.⁷⁸

Wel bestaat de mogelijkheid om de rechter te verzoeken om de eventueel door het bedrijfstakpensioenfonds ge-

73. Hoewel volgens de MvT bij artikel 18 Wet Bpf (oud), oftewel: *Kamerstukken II 1980/81*, 16 530, nr. 3-4, p. 16 en p. 22 en 23, een beroep op disculpatie in het algemeen gemakkelijk zal slagen, laat dat onverlet dat er op de nieuwe bestuurder *de facto* een bewijslast (en daarmee bewijsrisico) komt te rusten die niet moet worden onderschat. Zie hierover ook: P.M. Keijsser, 'Persoonlijke aansprakelijkheid voor WBA-schulden. De Risico's voor de (nieuwe) bestuurder', *TVVS Ondernemingsrecht* 2006, 162, in het bijzonder par. 3.3, waarin Keijsser benadrukt dat op een nieuwe bestuurder op basis van de huidige wetgeving de facto een zware bewijslast rust. Zie ook: CrvB 3 juli 2003, *USZ* 2003, 281, waaruit volgt dat de nieuwe bestuurder aannemelijk dient te maken dat de rechtspersoon op en direct na de datum waarop de bestuurder aantrad, financieel geheel in de onmogelijkheid verkeerde om de schulden te voldoen en dat daarvan geen sprake is indien er bijvoorbeeld betalingen plaats blijven vinden aan uitzendkrachten. Zie over de aansprakelijkheid van nieuwe bestuurders voor bestaande pensioenpremies recentelijk ook (het niet-gepubliceerde eindvonnis): Rb. Gelderland 25 september 2013, nr. 858360\CV EXPL 13-198\353\345, r.o. 4.7.

74. Zoals volgt uit (het niet-gepubliceerde eindvonnis): Rb. Rotterdam 4 mei 2012, nr. 1331121\CV EXPL 12-14634, r.o. 4.4, ligt het op de weg van de bestuurder om niet alleen te stellen dat hij de hoogte van de pensioenbijdragen die het pensioenfonds van de bestuurder vordert, betwist, maar ook (met stukken) te onderbouwen waarom de bestuurder de hoogte van de gevorderde pensioenbijdragen betwist. Dit volgt ook uit artikel 111 lid 2 onder d Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) waarin is bepaald dat de dagvaarding (van de bestuurder waarin deze in verzet gaat tegen het dwangbevel van het pensioenfonds) de eis en de gronden daarvan moet bevatten.

75. Zie in deze zin: artikel 23 lid 9 Wet Bpf. Volgens artikel 23 lid 9 Wet Bpf kan tegen de hoogte van de pensioenbijdragen die de rechtspersoon verschuldigd is aan het bedrijfstakpensioenfonds alleen door een bestuurder worden opgekomen, zolang daarover geen onherroepelijke rechterlijke uitspraak is gewezen op vordering van een rechtspersoon of op vordering van een aansprakelijk gestelde bestuurder. Zie hierover ook: Rb. Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW1434 en Rb. Haarlem 23 november 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU7594, r.o. 1, waarin de kantonrechter overwoog dat een bestuurder naast de aansprakelijkheidsstelling ook de hoogte van de premie aan de orde kan stellen.

76. Ook al is een bestuurder geen partij geweest in een procedure tussen het bedrijfstakpensioenfonds en de rechtspersoon of een andere bestuurder, de bestuurder kan de hoogte van de van de rechtspersoon gevorderde pensioenbijdragen niet betwisten, als deze eenmaal in een procedure met de rechtspersoon of met een andere bestuurder is komen vast te staan. Dit vormt een uitzondering op het beginsel dat een rechterlijke uitspraak geen bindende kracht heeft jegens een partij die niet in de procedure betrokken is geweest. Zie: Rb. 's-Gravenhage 17 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM0806, r.o. 4.3 en 4.4.

77. Daarentegen voorziet artikel 2:138/248 lid 4 Burgerlijk Wetboek wel in de mogelijkheid om de vordering van de curator jegens een bestuurder op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur te matigen. De aansprakelijkheidsbepalingen die zijn ingevoerd in het kader van de Tweede Misbruikwet kennen deze mogelijkheid voor rechterlijke matiging dus niet.

78. Zie: HR 15 mei 2009, nr. 07/13032, *BNB* 2009, 168, waarin de Hoge Raad overwoog dat, als eenmaal op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990 de aansprakelijkheid van een bestuurder is vastgesteld, er voor de rechter op grond van artikel 36 Invorderingswet 1990 geen wettelijke mogelijkheid is om het bedrag aan achterstallige belastingschulden waarvoor de bestuurder aansprakelijk wordt gehouden te matigen. Zie in deze zin recentelijk ook: (het niet-gepubliceerde tussenvonnis) Rb. Noord-Nederland, 19 april 2013, nr. 374111\CV EXPL 11-8982, r.o. 2.11 (in welke zaak nog geen eindvonnis is gewezen) en (het niet-gepubliceerde eindvonnis in) Rb. Rotterdam 4 mei 2012, nr. 1331121\CV EXPL 12-14634, r.o. 4.7.

vorderde kosten te matigen.⁷⁹ Naast de achterstallige pensioenbijdragen kan het bedrijfstakpensioenfonds op grond van artikel 21 lid 1 Wet Bpf van een bestuurder bij dwangbevel de premie, wettelijke of reglementaire renten⁸⁰ of reglementaire boete⁸¹ en de aanmaningskosten invorderen als een pensioenbijdrage na aanmaning per aangetekende brief niet of niet geheel binnen dertig dagen wordt voldaan.

7. De formele voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 23 Wet Bpf

Als aan de materiële voorwaarden voor de aansprakelijkheid van een bestuurder voor achterstallige pensioenbijdragen is voldaan,⁸² dan gelden er voorts procedurele vereisten waar een bedrijfstakpensioenfonds rekening mee zal moeten houden, wil zij een bestuurder met succes aansprakelijk kunnen stellen op grond van artikel 23 Wet Bpf.⁸³

Zo zal het bedrijfstakpensioenfonds eerst de rechtspersoon in de gelegenheid moeten stellen om de pensioenbijdragen te voldoen. Pas daarna kan het bedrijfstakpensioenfonds zich richten tot de bestuurder.⁸⁴

Indien het bedrijfstakpensioenfonds de rechtspersoon in de gelegenheid heeft gesteld om tot betaling over te gaan, maar de rechtspersoon in gebreke is met de betaling van de verschuldigde pensioenbijdragen, dan kan het bedrijfstakpensioenfonds een vordering instellen jegens de bestuurder van de rechtspersoon, mits aan de hiervoor ge-

noemde materiële voorwaarden voor bestuurdersaansprakelijkheid is voldaan. De Wet Bpf maakt het in dat geval mogelijk voor een bedrijfstakpensioenfonds om achterstallige pensioenbijdragen versneld in te vorderen door een dwangbevel uit te vaardigen.⁸⁵ Dit dwangbevel levert een executoriale titel op.⁸⁶ Alvorens het bedrijfstakpensioenfonds kan overgaan tot het uitvaardigen van een dwangbevel jegens de bestuurder, dient de bestuurder eerst door het bedrijfstakpensioenfonds te zijn gesommeerd om tot betaling over te gaan en dient er een termijn van 30 dagen te zijn verstreken.⁸⁷ Zowel de aanmaningsbrief als het dwangbevel moeten voldoen aan een aantal wettelijke vereisten.^{88, 89} Het niet voldoen van de aanmaningsbrief en het dwangbevel aan deze vereisten kan leiden tot nietigheid van het dwangbevel.

In de periode tussen het verzenden van de aanmaningsbrief en het uitvaardigen en betekenen van een dwangbevel aan een bestuurder kan het bedrijfstakpensioenfonds volgens de wettelijke regeling van artikel 700 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) ter zekerheid van de vordering op de bestuurder conservatoir verhaalsbeslag leggen. Het gelegde conservatoire verhaalsbeslag wordt vervolgens van rechtswege executoriaal bij het betekenen van het dwangbevel.⁹⁰ Bij het verzoeken van een termijn voor het instellen van een eis in hoofdzaak doet het bedrijfstakpensioenfonds er verstandig aan om in het beslagrekest de voorzieningenrechter te wijzen op de termijn van 30 dagen die door het bedrijfstakpensioenfonds op grond van artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 22 lid 1 Wet Bpf in acht dient te worden genomen alvo-

79. Zie: Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.8.4. Een interessante uitspraak in verband met gevorderde buitengerechtigde kosten is ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, r.o. 4.12.

80. Zie hierover recentelijk ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, r.o. 4.14, waarin het hof overwoog dat het pensioenfonds onvoldoende had gesteld om wettelijke handelsrente te kunnen toewijzen, zodat slechts de wettelijke rente verschuldigd was.

81. Zie over het toewijzen van een boete: Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, r.o. 4.15, waarin het hof overwoog dat het pensioenfonds had aangevoerd dat de boete verschuldigd was op grond van de statuten en het toepasselijke reglement en dit door de bestuurder niet werd betwist, zodat de verschuldigdheid van de boete vaststond.

82. Zoals neergelegd in artikel 23 lid 4 en/of artikel 23 lid 3 Wet Bpf.

83. In dit verband kan worden opgemerkt dat, als de bestuurder is overleden een aansprakelijkheidsstelling door het bedrijfstakpensioenfonds nog steeds mogelijk is. In dat geval zal de nalatenschap van de bestuurder door het bedrijfstakpensioenfonds worden aangesproken. Pas nadat er een verdeling van de nalatenschap heeft plaatsgevonden, vervalt voor het bedrijfstakpensioenfonds de mogelijkheid om de bestuurder aansprakelijk te stellen. Zie hierover ook: J.B. Wezeman, 1998, p. 211.

84. In zoverre is er dus sprake van een subsidiaire aansprakelijkheid van de bestuurder. Deze subsidiaire aansprakelijkheid volgt ook uit artikel 23 lid 5 Wet Bpf waarin immers is opgenomen dat de rechtspersoon met de betaling van de bijdragen in gebreke dient te zijn. Artikel 23 lid 5 Wet Bpf eist niet dat de rechtspersoon eerst zelf wordt uitgewonnen of dat vast moet staan dat van de rechtspersoon geen betaling is te verwachten.

85. Zie: artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 Wet Bpf.

86. Zie: artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 lid 4 Wet Bpf.

87. Zie: artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 lid 1 Wet Bpf. Zie ook: artikel 23 lid 8 Wet Bpf.

88. Zie voor de inhoudelijke vereisten waaraan een aanmaningsbrief in beginsel dient te voldoen: artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 lid 2 Wet Bpf onder verwijzing naar het bepaalde in artikel 4 en artikel 21 lid 1 en lid 4-8 Wet Bpf. Zie voor de inhoudelijke vereisten waaraan een dwangbevel in beginsel dient te voldoen: artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 lid 3 Wet Bpf.

89. Uit (het niet-gepubliceerde tussenvonnis): Rb. Noord-Nederland, 19 april 2013, nr. 374111\CV EXPL 11-8982, r.o. 5.1 (in welke zaak nog geen eindvonnis is geweest), volgt dat ook is voldaan aan de wettelijke eis van artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 23 lid 3 onder d Wet Bpf als de gronden voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur nader zijn uitgewerkt in een aanmaningsbrief die als productie aan het dwangbevel wordt gehecht en daarvan een integraal onderdeel uitmaakt.

90. Zie: artikel 704 lid 1 Rv.

rens een dwangbevel kan worden uitgevaardigd waarmee het beslag executoriaal kan worden gemaakt.⁹¹

Tegen een dwangbevel kan de bestuurder vervolgens binnen een termijn van 30 dagen in verzet gaan.⁹² De bestuurder dient in dat geval binnen deze termijn een verzetdagvaarding te laten betekenen aan het bedrijfstakpensioenfonds en een procedure aanhangig te maken bij de kantonrechter die relatief bevoegd is om van de procedure kennis te nemen. Op grond van artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 lid 5 Wet Bpf is de kantonrechter absoluut bevoegd om kennis te nemen van een verzetdagvaardingsprocedure. Op grond van artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 lid 5 Wet Bpf is relatief bevoegd de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de bestuurder woont of gevestigd is of, als de bestuurder buiten Nederland woont of gevestigd is dan wel in Nederland geen vaste woonplaats of plaats van vestiging heeft, de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin het kantoor is gevestigd van het bedrijfstakpensioenfonds.

In de praktijk is het niet ongebruikelijk dat het bedrijfstakpensioenfonds uit zichzelf al meerdere bestuurders aansprakelijk stelt. Dit zal zich met name voordoen als de vordering wegens achterstallige pensioenbijdragen zo hoog is, dat niet valt te verwachten dat één bestuurder voldoende verhaal zal bieden voor de vordering van het bedrijfstakpensioenfonds. In dat geval zou men er, mijns inziens, ook voor kunnen kiezen om de procedures die de bestuurders tegen het pensioenfonds ter zake van de uitgevaardigde dwangbevelen aanhangig maken te voegen en door dezelfde kantonrechter te laten behandelen om zodoende de kans op tegenstrijdige uitspraken te verkleinen. Hoewel de wettelijke regeling van de relatieve bevoegdheid van de kantonrechter van openbare orde is,⁹³ hoeft dat, mijns inziens, aan een eventuele voeging van procedures tussen verschillende bestuurders en een bedrijfstakpensioenfonds ten aanzien van dezelfde achterstallige pensioenbijdragen niet in de weg te staan.

Het door een bestuurder ingestelde verzet schorst de tenuitvoerlegging van het dwangbevel voorzover het dwangbevel door het verzet wordt bestreden.⁹⁴ Indien een bestuurder geen (tijdig) verzet instelt tegen een dwangbevel, kan de bestuurder in een eventuele juridische procedure, zoals een executie-kortgeding, slechts nog verweer voeren tegen de hoogte van de gevorderde pensioenbijdragen en niet (meer) tegen de aansprakelijkheidsstelling, als er tenminste over de hoogte van de gevorderde

pensioenbijdragen nog geen onherroepelijke rechterlijke uitspraak is geweest.⁹⁵

8. Afronding

Met de invoering van de Tweede Misbruikwet die heeft geleid tot de regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid, zoals we die nu kennen in artikel 23 Wet Bpf, heeft de wetgever aan het bedrijfstakpensioenfonds belangrijke bewijsrechtelijke voordelen gegeven ten opzichte van de bestuurder van een bijdrageplichtige rechtspersoon die persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld voor de achterstallige pensioenbijdragen van zijn rechtspersoon. Hiermee beschikken de bedrijfstakpensioenfonds over een geducht juridisch wapen bij de aansprakelijkheidsstelling van bestuurders voor de achterstallige pensioenbijdragen van hun rechtspersoon. Met name bestuurders van een rechtspersoon die in zwaar weer verkeert, dienen met deze aansprakelijkheidsregeling en de in beginsel gunstige juridische uitgangspositie van een bedrijfstakpensioenfonds rekening te houden. Zeker, nu er in het geval van een eenmaal vastgestelde aansprakelijkheid voor achterstallige pensioenbijdragen voor rechterlijke matiging geen plaats is en daarmee een eenmaal vastgestelde aansprakelijkheid voor een bestuurder verregaande persoonlijke consequenties kan hebben.

Het is de bestuurder die bij deze aansprakelijkheidsregeling aan zet is en die actief zal moeten optreden door namens zijn rechtspersoon tijdig en op de juiste wijze betalingsonmacht te melden, maar die ook, na een eventueel rechtsgeldige melding van betalingsonmacht, van zich zal moeten laten horen door voldoende te stellen en te bewijzen tegen een aanname van het bedrijfstakpensioenfonds dat het niet betalen van de pensioenbijdragen aan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur is te wijten.

91. Het bedrijfstakpensioenfonds doet er verstandig aan om in het beslagrekest de voorzieningenrechter uitdrukkelijk te verzoeken om bij het bepalen van de termijn voor het instellen van een eis in hoofdzaak rekening te houden met de termijn die volgens artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 lid 1 Wet Bpf in acht genomen dient te worden, om te voorkomen dat de voorzieningenrechter slechts de op grond van de Beslagsyllabus, versie augustus 2013, p. 6, de termijn voor het instellen van een eis in hoofdzaak zal bepalen op een termijn van 14 dagen na het eerstgelegde beslag. Indien namelijk binnen de door de voorzieningenrechter te bepalen termijn voor het instellen van een eis in hoofdzaak een dwangbevel wordt betekend aan de bestuurder, kan een dagvaardingsprocedure achterwege blijven. Echter, bij het betekenen van het dwangbevel moet dus wel de in artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 lid 1 Wet Bpf voorgeschreven termijn van 30 dagen in acht worden genomen.

92. Zie: artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 Wet Bpf.

93. Zie recentelijk: (de niet-gepubliceerde uitspraak van de kantonrechter in) Rb. Utrecht 22 februari 2012, nr. 777163 UCL EXPL 11-15974 LR 4060, r.o. 2.3.

94. Zie: artikel 23 lid 12 Wet Bpf jo. artikel 21 lid 6 Wet Bpf.

95. Zie: artikel 23 lid 9 Wet Bpf. Zie in dit verband ook: Rb. 's-Gravenhage 17 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM0806, r.o. 4.3 en 4.4.