

Mr. M.H. Visscher *

Van bange bestuurders naar creatieve bestuurders als het om pensioenschulden gaat?

Een recente uitspraak van het Hof Den Haag en de inwerkingtreding van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) met ingang van 1 januari 2021 geven aanleiding voor een nadere beschouwing van de rechtspositie van bedrijfstakpensioenfondsen ten opzichte van bestuurders van rechtspersonen die met de betaling van pensioenbijdragen in gebreke zijn.



1. Inleiding

Bedrijfstakpensioenfondsen behoren vaak tot de grotere schuldeisers van een onderneming. Vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds kunnen zowel voor rechtspersonen als voor bestuurders grote financiële gevolgen hebben. Waar het uitgangspunt naar Nederlands recht is dat bestuurders slechts in uitzonderlijke situaties aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schulden van een rechtspersoon, ligt dat anders bij bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenschulden op grond van art. 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000). In ieder geval als er geen geldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden. In deze bijdrage zal kort worden ingegaan op deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling. Vervolgens zal naar aanleiding van een recent arrest van het Hof Den Haag aan de orde komen of de vordering van het bedrijfstakpensioenfonds op een bestuurder op grond van art. 23 Wet Bpf 2000 moet worden gezien als een zelfstandige vordering of als een vordering die volledig afhankelijk is van het lot van de vordering die het bedrijfstakpensioenfonds heeft op de rechtspersoon in verband met de betaling van pensioenbijdragen. Daarbij zal aandacht worden besteed aan de vraag of bestuurders onder aansprakelijkheid uit kunnen komen door activa en activiteiten over te dragen in het kader van een overgang van onderneming. Verder zal aandacht worden besteed aan een ander actueel onderwerp, namelijk de WHOA die met ingang van 1 januari 2021 in werking zal treden.¹ Na een korte toelichting op de WHOA zal de uitzondering worden besproken die in de WHOA is opgenomen voor rechten van werknemers uit arbeidsovereenkomsten. Aan de orde zal komen of vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen in verband met onbetaalde pensioenbijdragen ook onder deze uitzondering vallen. Verder zal worden

bekeken welke gevolgen de WHOA heeft voor vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen op bestuurders op grond van art. 23 Wet Bpf 2000. In de conclusie zal worden ingegaan op de centrale vraag in deze bijdrage of bestuurders nog wel – met enige vrees voor bestuurdersaansprakelijkheid – rekening moeten houden met art. 23 Wet Bpf 2000 dan wel op creatieve wijze onder aansprakelijkheid uit kunnen komen. Deze bijdrage beoogt daarop een antwoord te geven en bedrijfstakpensioenfondsen en bestuurders meer inzicht te geven in hun rechtspositie.

2. Bestuurdersaansprakelijkheid bij pensioenschulden

Op grond van art. 23 Wet Bpf 2000 kunnen bedrijfstakpensioenfondsen de bestuurders van een rechtspersoon aansprakelijk stellen indien pensioenbijdragen niet zijn afgedragen. Deze aansprakelijkheidsregeling is terug te voeren op art. 18b Wet Bpf oud, welk wetsartikel in de jaren tachtig van de vorige eeuw werd ingevoerd in het kader van de Tweede Misbruikwet.² Waar enerzijds bestuurdersaansprakelijkheid naar Nederlands recht een uitzondering is op de regel dat bestuurders niet aansprakelijk zijn voor schulden van een rechtspersoon, geldt er anderzijds voor bedrijfstakpensioenfondsen bij art. 23 Wet Bpf 2000 een vrij lage drempel om bestuurders aansprakelijk te kunnen stellen. Zo gaat art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000 uit van een wettelijk vermoeden dat een bestuurder voor het onbetaald blijven van pensioenschulden aansprakelijk is indien er geen melding van betalingsonmacht

* Mr. M.H. Visscher is advocaat en werkzaam bij DVDW. De auteur is betrokken bij de procedure in cassatie tegen het arrest van het Hof Den Haag van 3 maart 2020 waarnaar in deze bijdrage wordt verwezen.

1. *Stb.* 2020, 415. Het Besluit van 26 oktober 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord.
2. Wet van 21 mei 1986, houdende nadere wijziging van enige sociale verzekeringswetten, de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds en enige fiscale wetten in verband met misbruik van rechtspersonen (*Stb.* 1986, 276).

heeft plaatsgevonden.³ Dit vermoeden van aansprakelijkheid kan een bestuurder alleen weerleggen indien de bestuurder aannemelijk maakt dat het ontbreken van een geldige melding van betalingsonmacht niet aan de bestuurder kan worden verweten.⁴ In de rechtspraak worden hier strikte eisen aan gesteld⁵ en het zal voor een bestuurder daarom niet eenvoudig zijn om dit aannemelijk te maken. Ook wanneer een melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, kan een bestuurder alsnog op grond van deze regeling aansprakelijk zijn als het bedrijfstakpensioenfonds aannemelijk kan maken dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan de melding van betalingsonmacht.⁶ Om een bestuurder aansprakelijk te kunnen stellen op de voet van art. 23 Wet Bpf 2000 zal de rechtspersoon wel eerst met de betaling van pensioenbijdragen in gebreke moeten zijn.⁷

Indien een bestuurder op grond van art. 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk is voor de onbetaalde pensioenbijdragen van zijn rechtspersoon en er ondanks een aanmaningsbrief en het verstrijken van een termijn van dertig dagen niet is betaald, kunnen pensioenschulden door het bedrijfstakpensioenfonds bij een bestuurder worden ingevorderd middels een dwangbevel. Het bedrijfstakpensioenfonds beschikt daarmee over een executoriale titel zonder dat er een rechter aan te pas hoeft te komen. Bedrijfstakpensioenfonds hebben daarmee als schuldeisers een sterke rechtspositie waarbij onbetaalde pensioenschulden vrij efficiënt geïncasseerd kunnen worden.⁸ Er is dan ook alle reden voor bestuurders van rechtspersonen in financieel zwaar weer om hiermee rekening te houden. Dat is ook wat de wetgever beoogde bij de invoering van deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling. De bedoeling van de wetgever was om hiermee misbruik van rechtspersonen tegen te gaan en te voorkomen dat pensioenschulden onbetaald zouden blijven.⁹

Omdat werknemers jegens een bedrijfstakpensioenfonds in beginsel ook aanspraak blijven maken op een uitkering van pensioenen indien pensioenbijdragen door hun werkgever niet (volledig) zijn afgedragen aan het bedrijfstakpensioenfonds, is voor pensioenfonds (en uiteindelijk ook voor alle werknemers die jegens het bedrijfstakpensioenfonds aanspraak maken op uitkeringen) van belang dat pensioenschulden niet alleen bij de rechtspersoon (de werkgever), maar in geval van kennelijk onbe-

hoorlijk bestuur, ook bij de bestuurders van een rechtspersoon kunnen worden geïncasseerd.

3. Bestuurdersaansprakelijkheid na een overgang van onderneming

Indien een rechtspersoon niet meer in staat is om zijn schulden te voldoen, zal het bestuur doorgaans bekijken of er mogelijkheden zijn om te herstructureren. Gekeken kan worden naar een herstructurering van schulden, maar ook naar een herstructurering van de activiteiten van een rechtspersoon. Zo zou kunnen worden bekeken of verlieslatende activiteiten van de hand kunnen worden gedaan. Zo zou (den) (een deel van) de verlieslatende activiteiten wellicht kunnen worden overgedragen aan een derde in het kader van een overgang van onderneming. De Hoge Raad heeft bepaald dat bij een overgang van onderneming vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds in verband met pensioenschulden op een vervreemder mee-overgaan op de verkrijger indien vervreemder en verkrijger verplicht deelnemen in hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds.¹⁰ Daarmee verkrijgt het pensioenfonds een extra verhaalsmogelijkheid, aangezien de vervreemder in beginsel nog tot een jaar na de overgang van de onderneming aansprakelijk blijft voor pensioenschulden die zijn ontstaan tot het moment van de overgang van de onderneming. De Hoge Raad heeft hiermee mijns inziens gekozen voor een insteek die recht doet aan de belangen van bedrijfstakpensioenfonds (en uiteindelijk aan het collectieve belang van de betrokken werknemers) om pensioenbijdragen zoveel mogelijk voldaan te kunnen krijgen.

Wat nu als de bestuurder van de vervreemdende rechtspersoon op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk is voor pensioenschulden? Vervalt deze aansprakelijkheid na een overgang van onderneming zodra het bedrijfstakpensioenfonds zich niet meer op de vervreemdende rechtspersoon kan verhalen? Met andere woorden: volgt (bij een overgang van onderneming) de vordering van het bedrijfstakpensioenfonds op een bestuurder het lot van de vordering op de vervreemdende rechtspersoon? Op 3 maart 2020 heeft het Hof Den Haag zich daarover uitgelaten en deze vraag bevestigend beantwoord.¹¹ Volgens het hof was de vordering van een bedrijfstakpensioenfonds op de bestuur-

3. Art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000. Een bestuurder dient zich te realiseren dat het melden van betalingsonmacht uit twee fasen kan bestaan. Zie hierover: M.H. Visscher, 'De aansprakelijkheid van bestuurders voor pensioenschulden (en het melden van betalingsonmacht) nader bezien', *MvO* 2018, afl. 3-4, p. 92.

4. Een voormalig bestuurder hoeft niet aannemelijk te maken dat het niet melden van betalingsonmacht niet aan hem/haar kan worden verweten. Voor een voormalig bestuurder is het wel mogelijk om direct te proberen het wettelijk vermoeden van bestuurdersaansprakelijkheid te weerleggen.

5. Zie voor enkele voorbeelden in de rechtspraak onder meer: Hof Arnhem-Leeuwarden 10 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2146, r.o. 3.5 en r.o. 3.8, Rb. Rotterdam 4 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:9621, r.o. 4.3, Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19, r.o. 10, Hof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1724, r.o. 3.7 en r.o. 3.9.

6. Art. 23 lid 3 Wet Bpf 2000.

7. Het is niet nodig dat komt vast te staan dat de rechtspersoon geen verhaal biedt.

8. Art. 23 lid 12 Wet Bpf 2000 jo. art. 21 Wet Bpf 2000.

9. Zie hierover onder meer: *Kamerstukken II* 1980/81, 16530, nr. 3, p. 1, en p. 25. Zie ook: mr. F. Korthals, Minister van Justitie, in zijn voorwoord in P. van Schilfgaarde e.a., *De nieuwe misbruikwetgeving*, Deventer: Kluwer 1986, p. 9. Zie ook: P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen: commentaar op de tweede en de derde misbruikwet* (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 29. Zie verder: Asser/Lutjens 7-XI 2019/514.

10. HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375.

11. Hof Den Haag 3 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:269.

der van de rechtspersoon-ervreemder na een overgang van onderneming en het verstrijken van de eenjaarsstermijn van art. 7:663 BW komen te vervallen. Het hof ging daarbij uit van de redenering dat indien na een overgang van onderneming de vordering op de rechtspersoon-ervreemder komt te vervallen door het verstrijken van de in art. 7:663 BW genoemde periode van één jaar daarmee ook de vordering op de bestuurder vervalt. Volgens het hof heeft de vordering op de bestuurder ex art. 23 Wet Bpf 2000 een accessoir karakter en volgt deze vordering het lot van de vordering van het bedrijfstakpensioenfonds op de rechtspersoon. Zou deze redenering worden gevolgd, dan zou mijns inziens de consequentie daarvan kunnen zijn dat bestuurders van rechtspersonen met pensioenschulden in het kader van een herstructurering zouden kunnen aansturen op een overgang van een onderneming om aan eventuele bestuurdersaansprakelijkheid te ontkomen (althans zouden creatieve bestuurders daarmee het risico op bestuurdersaansprakelijkheid kunnen verkleinen). Dat lijkt mij niet in lijn met de gedachte van de wetgever achter deze aansprakelijkheidsregeling en de strekking daarvan.

3.1. Zelfstandige vordering bedrijfstakpensioenfonds op bestuurder?

Naar mijn mening zou de vordering van het bedrijfstakpensioenfonds op een bestuurder na een overgang van onderneming als een zelfstandige vordering moeten worden gezien, althans als een vordering die niet komt te vervallen wanneer de vervreemdende rechtspersoon wegens het enkel verstrijken van de in art. 7:663 BW genoemde eenjaarsstermijn niet meer aansprakelijk kan worden gehouden. Ik zal dit standpunt hierna, aan de hand van enkele argumenten, toelichten.

Allereerst geldt dat de aansprakelijkheidsregeling die thans is vastgelegd in art. 23 Wet Bpf 2000 is ingevoerd om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan en om te voorkomen dat pensioenbijdragen onbetaald blijven. Een belangrijk en veelal doorslaggevend onderdeel van deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling is de melding van betalingsonmacht. Deze meldingsregeling is opgenomen om bestuurders te dwingen in actie te komen zodra pensioenschulden niet meer betaald kunnen worden.¹² De meldingsregeling moet bevorderen dat bestuurders zich er voortdurend rekenschap van geven dat de betaling, voldoening of afdracht van pensioenbijdragen prioriteit heeft.¹³ Bij de invoering van de Tweede Misbruikwet werd door de minister opgemerkt dat de meldingsplicht datgene is waardoor de bona fide ondernemer zich kan disculperen.¹⁴ De meldingsregeling heeft daarom een be-

wijsfunctie om kennelijk onbehoorlijk bestuur vast te stellen. Indien de rechtspersoon aan de meldingsplicht heeft voldaan, dan is een bestuurder slechts aansprakelijk als aannemelijk is dat het niet betalen van de bijdragen het gevolg is van een aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het met de melding van betalingsonmacht beoogde rechtsgevolg is het voorkomen van een verschuiving van de bewijslast ten nadele van de bestuurder.¹⁵

De verplichting om betalingsonmacht te melden, is bovendien een verplichting die rust op de bestuurders, zelfs op vertegenwoordigingsonbevoegde bestuurders.¹⁶ Het zijn bestuurders die van de wetgever de bevoegdheid hebben gekregen om betalingsonmacht te melden. Een verwijtbaar niet voldoen aan de meldingsplicht getuigt van een zo grote onzorgvuldigheid dat het recht van een bestuurder op het weerleggen van het wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid wordt verspeeld.¹⁷ Het niet voldoen aan de meldingsplicht heeft voor de rechtspersoon zelf verder geen gevolgen, maar alleen voor de bestuurders. De wetgever heeft een doelmatige en preventief werkende bestuurdersaansprakelijkheidsregeling beoogd die ertoe aanzet dat bestuurders er voortdurend op bedacht zijn dat de betaling – of voldoening of afdracht – van pensioenbijdragen voorrang heeft en dat de daarvoor bestemde gelden steeds beschikbaar worden gehouden.¹⁸

Uit de wetsgeschiedenis leid ik af dat de ratio achter de aansprakelijkheidsregeling in de eerste plaats is om het voor een bedrijfstakpensioenfonds eenvoudiger te maken om, indien pensioenbijdragen onbetaald blijven, bestuurders bij kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk te stellen, waarbij de meldingsregeling een indicatie geeft voor de aanwezigheid van een onbehoorlijk bestuur. De vordering op de bestuurder zou mijns inziens moeten worden gezien als een vordering die nevensgeschikt is aan de vordering op de rechtspersoon. Waar de vordering op de rechtspersoon is gebaseerd op art. 4 en art. 8 Wet Bpf 2000, is de vordering op de bestuurders gebaseerd op art. 23 Wet Bpf 2000. Uit art. 23 Wet Bpf 2000 volgt een rechtstreekse verplichting van de bestuurder jegens het bedrijfstakpensioenfonds om uit zijn privévermogen de onbetaalde pensioenbijdragen te voldoen.

Verder is de vordering op de bestuurder gebaseerd op het verwijt dat de bestuurder onbehoorlijk heeft bestuurd, al dan niet omdat de bestuurder de op hem/haar rustende meldingsplicht heeft verzaakt. Dit zijn verwijten aan het adres van de bestuurder en niet aan het adres van de rechtspersoon. Het enkele feit dat een rechtspersoon de bijdragen niet betaalt wegens de algemene economische

12. Asser/Lutjens 7-XI 2019/519.

13. J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998 (hierna: Wezeman 1998), p. 151.

14. Wezeman 1998, p. 152 onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

15. Wezeman 1998, p. 157.

16. Wezeman 1998, p. 157-158. Wezeman merkt op dat de bij nota van wijziging toegevoegde zin dat iedere bestuurder bevoegd is aan de meldingsplicht te voldoen duidelijk moet maken dat de meldingsplicht niet alleen op het lichaam, maar ook op elke bestuurder rust. Zie over de verplichting voor een bestuurder om te melden ook: P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen* (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 31, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1981/82, 16530, p. 45 (MvA) en p. 15 (NEV II).

17. Huijg, *T&C Pensioenrecht*, artikel 23 Wet Verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, punt 4.

18. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, r.o. 4.6. Zie ook: *Kamerstukken II* 1980/81, 16530, nr. 3, p. 3-4.

situatie leidt nog niet tot aansprakelijkheid van een bestuurder. De vordering op een bestuurder is gebaseerd op onbehoorlijk bestuur en daarmee op *eigen gedragingen* van de bestuurder,¹⁹ al dan niet bestaande uit een niet-doen door geen betalingsonmacht te melden, terwijl de vordering op de rechtspersoon is gebaseerd op de verplichting van het lichaam om de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds in acht te nemen en pensioenpremies af te dragen.

Een argument om aan te nemen dat sprake is van een zelfstandige vordering, is naar mijn mening verder dat de pensioenschade die het bedrijfstakpensioenfonds lijdt, bestaande uit de niet afgedragen pensioenbijdragen, na het verstrijken van de eenjaargestermijn van art. 7:663 BW niet is verdwenen²⁰ en naar mijn mening daarom betoogd kan worden dat de bestuurder nog steeds gehouden is die schade van het bedrijfstakpensioenfonds te vergoeden indien de schade te wijten is aan onbehoorlijk bestuur.

Ook uit het feit dat in art. 23 lid 12 Wet Bpf 2000 is opgenomen dat art. 21 Wet Bpf 2000 ten aanzien van de persoon die krachtens art. 23 Wet Bpf 2000 hoofdelijk aansprakelijk is van *overeenkomstige* toepassing is, zou naar mijn mening kunnen worden afgeleid dat sprake is van twee van elkaar te onderscheiden wijzen van invordering, waarbij de regeling van art. 21 Wet Bpf 2000 omtrent invordering bij de rechtspersoon middels een dwangbevel niet *van toepassing* wordt verklaard, maar *van overeenkomstige* toepassing wordt verklaard op de invordering bij de aansprakelijk gestelde bestuurder.

Verder kan een bestuurder weliswaar pas aansprakelijk worden gesteld zodra een rechtspersoon met betaling in gebreke is, maar maakt dat mijns inziens nog niet dat vervolgens, zodra die voorwaarde is ingetreden, er sprake zou zijn van een volledige afhankelijkheid in de zin dat de vordering op de bestuurder in alle gevallen het lot van de vordering op de rechtspersoon zou moeten volgen. Het in gebreke zijn van de rechtspersoon lijkt niet zozeer een voorwaarde voor het ontstaan van de aansprakelijkheid van een bestuurder, maar eerder een voorwaarde voor de opeisbaarheid van een reeds op de bestuurder rustende verbintenis.²¹ Zodra aan de in art. 23 Wet Bpf 2000 genoemde voorwaarden is voldaan en de rechtspersoon met betaling in gebreke is, heeft het pensioenfonds een keuze om te bepalen of het de pensioenbijdragen wenst te verhalen op de rechtspersoon of op de bestuurder dan wel op beiden. Aan die keuzevrijheid die de wetgever biedt, zou afbreuk worden gedaan als het bedrijfstakpensioenfonds eerst een insolvable rechtspersoon

in rechte zou moeten betrekken teneinde zijn vorderingen op een bestuurder ex art. 23 Wet Bpf 2000 veilig te kunnen stellen. Dat zou niet stroken met het wettelijke uitgangspunt dat een pensioenfonds, zodra een rechtspersoon met de betaling in gebreke is, vrij is om te kiezen of het de bestuurder aanspreekt, de rechtspersoon of beiden. Dit maakt mijns inziens dat het bedrijfstakpensioenfonds niet gedwongen kan worden om eerst een rechtspersoon in rechte te betrekken teneinde zijn rechten op een bestuurder veilig te stellen. Er zou naar mijn mening afbreuk worden gedaan aan het doel van art. 23 Wet Bpf 2000 als een bestuurder zich achter de in art. 7:663 BW opgenomen vervaltermijn, die naar mijn mening in de eerste plaats is bedoeld om werknemers bij een overgang van onderneming te beschermen, zou kunnen verschuilen.

Art. 7:663 BW (de termijn van één jaar) is naar mijn mening niet bedoeld ter bescherming van een bestuurder die, op grond van onbehoorlijk bestuur, in de zin van art. 23 Wet Bpf 2000 aansprakelijk wordt gesteld. Dat zou afbreuk doen aan de bestrijding van misbruik en aan het doel van de in art. 23 Wet Bpf 2000 vastgelegde regeling. Indien bestuurders rechten kunnen ontlenen aan de in art. 7:663 BW opgenomen eenjaargestermijn, zouden bestuurders via een overgang van onderneming vrij eenvoudig onder hun aansprakelijkheid jegens het bedrijfstakpensioenfonds uit kunnen komen. Zeker in een situatie waar het voor het pensioenfonds niet duidelijk is dat sprake is van een overgang van onderneming, zou ik menen dat een redelijke uitleg, mede gelet op het doel van art. 23 Wet Bpf 2000 (het tegengaan van misbruik en het tegengaan van het onbetaald blijven van pensioenbijdragen), met zich brengt dat bij een overgang van onderneming het pensioenfonds zijn vordering op een bestuurder ex art. 23 Wet Bpf 2000 behoudt (in ieder geval totdat deze is betaald of jegens de bestuurder is verjaard).

Ook uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de zelfstandigheid van vorderingen van een schuldeiser op hoofdelijk verbonden schuldenaren het uitgangspunt is, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.²² Volgens de Hoge Raad deren de verwikkelingen met de ene verbintenis de andere verbintenis in beginsel niet. Dat is alleen anders als de wet anders heeft bepaald. Daarvan is bij art. 23 Wet Bpf 2000 geen sprake.²³ Uit de wet, art. 6:7 lid 2 BW, volgt dat nakoming door de ene hoofdelijke schuldenaar leidt tot bevrijding van de andere hoofdelijke schuldenaar, maar daarvan was in de kwestie die speelde bij het hof geen sprake.

19. Zie ook de noot van Y. Borrius met een verwijzing naar de overweging (in r.o. 2.5) van A-G Keus bij HR 14 oktober 2005, JOR 2006/61 met een verwijzing naar de parlementaire behandeling van de misbruikwetgeving waarbij een vergelijking werd gemaakt met de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW, waarvan de Tweede Misbruikwet als een species is te beschouwen.

20. Zie ook M. Heemskerk, *Pensioenrecht* (Boom Masterreeks), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 108 waar wordt gesproken over aansprakelijkheid van bestuurders voor pensioenschade.

21. Zie: Wezeman 1998, p. 249-250 waarin het ontstaansmoment van de WBA-vordering op de bestuurder wordt besproken naar analogie van art. 6:21 BW.

22. HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1615, r.o. 3.3.1 onder verwijzing naar *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 95 en HR 28 mei 1999, C-97/318, ECLI:NL:HR:1999:ZC2911, NJ 2000/290.

23. Ook Asser/Lutjens lijkt uit te gaan van een zelfstandige aansprakelijkheid van de bestuurder die moet worden onderscheiden van de aansprakelijkheid van het lichaam en van een zelfstandig vorderingsrecht van het bedrijfstakpensioenfonds op de bestuurder. Zie: Asser/Lutjens 7-XI 2019/524. Reden daarvoor is volgens Asser/Lutjens dat de Wet Bpf 2000 hierover zelf niets anders bepaalt.

Gelet op het voorgaande, plaats ik kanttekeningen bij de redenering van het hof en zou mijns inziens een vordering op een bestuurder op grond van art. 23 Wet Bpf 2000 in beginsel moeten worden gezien als een zelfstandig vorderingsrecht.²⁴ Naar mijn mening zou bij kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 23 Wet Bpf 2000 een bestuurder, zolang er niet is betaald of de vordering op de bestuurder nog niet is verjaard, nog steeds aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld, ook indien het vanwege het verstrijken van de eenjaartermijn niet meer mogelijk is om de rechtspersoon aansprakelijk te stellen.

4. De WHOA

Een ander actueel onderwerp is de WHOA die met ingang van 1 januari 2021 in werking zal treden en de vraag wat de gevolgen hiervan zijn voor vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen op rechtspersonen met pensioenschulden en hun bestuurders. Op dit – in de rechtsliteratuur waar het de vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds betreft enigszins onderbelicht gebleven – onderwerp zal hierna in deze bijdrage worden ingegaan. Daarbij zal in deze bijdrage steeds worden verwezen naar bepalingen in de Faillissementswet die in het kader van de WHOA in werking zullen treden.

De WHOA maakt het mogelijk om aan schuldeisers een dwangakkoord op te leggen indien een onderneming in financiële moeilijkheden verkeert. Op een dwangakkoord kan worden aangestuurd bij ondernemingen met een zware schuldenlast die insolvent dreigen te raken terwijl er levensvatbare bedrijfsactiviteiten aanwezig zijn, maar ook bij ondernemingen die hun activiteiten middels een liquidatie willen beëindigen. De WHOA beoogt faillissementen te voorkomen en het vermogen om reorganisaties door te voeren te versterken. Een dwangakkoord kan bij een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid door het bestuur worden aangeboden zonder de instemming van de algemene vergadering of van een vergadering van houders van een bepaalde soort of aanduiding.²⁵ Verder kan iedere schuldeiser, aandeelhouder, de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging aansturen op een dwangakkoord door een verzoek in te dienen bij de rechtbank tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige die vervolgens aan schuldeisers en aandeelhouders van een rechtspersoon een akkoord kan aanbieden. Als zo'n verzoek wordt toegewezen, dan kan het bestuur, zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt, niet zelf meer een akkoord

aanbieden.²⁶ Wel geldt bij MKB-bedrijven dat als een herstructureringsdeskundige niet op verzoek van (het bestuur van) de rechtspersoon is aangewezen, deze alleen met instemming van (het bestuur van) de rechtspersoon een akkoord kan aanbieden aan schuldeisers en aandeelhouders.²⁷ Het bestuur kan in dat geval dus niet zomaar opzij worden gezet.

Een dwangakkoord kan worden aangeboden aan alle of slechts aan een deel van de schuldeisers en aandeelhouders van een rechtspersoon met daarin een wijziging van hun rechten.²⁸ Schuldeisers die bij een dwangakkoord worden betrokken, worden in klassen verdeeld.²⁹ In elk van deze klassen wordt over een voorgesteld akkoord gestemd. De gedachte achter deze klassen is om ervoor te zorgen dat bij de stemming alleen stemmen tegen elkaar worden afgewogen die vanuit vergelijkbare situaties worden uitgebracht. Bij de indeling in klassen wordt niet alleen gekeken naar de rechten bij vereffening en de rechten onder een akkoord, maar kunnen ook andere factoren van belang zijn. Het akkoord is bindend voor de rechtspersoon en voor alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders zodra de rechtbank het akkoord heeft goedgekeurd (de homologatie).³⁰ Schuldeisers en aandeelhouders mogen met een dwangakkoord niet slechter af zijn dan bij een faillissement.³¹ Als summierlijk blijkt dat dit wel het geval is, dan kan de rechtbank de homologatie van een dwangakkoord afwijzen. Ook schuldeisers en aandeelhouders die tegen hebben gestemd of zich van stemming hebben onthouden, kunnen na de homologatie van een dwangakkoord daaraan worden gebonden.

4.1. Ziet de WHOA ook op vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen?

Uit art. 369 lid 4 Fw volgt dat de afdeling over de homologatie van een dwangakkoord niet van toepassing is op de rechten van werknemers in dienst van een schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van art. 7:610 BW. De vraag is of vorderingen van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen wegens onbetaalde pensioenbijdragen ook onder deze uitzondering vallen. De WHOA is op dit punt niet duidelijk en in de parlementaire geschiedenis en toelichting wordt hier, voor zover ik heb kunnen nagaan, niet op ingegaan.

Enerzijds zou aan de hand van de parlementaire geschiedenis van de Pensioenwet en een uitspraak van de Hoge Raad kunnen worden betoogd dat vorderingen van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds ook onder deze

24. Zie ook: Hof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1724, r.o. 3.13. Uit het arrest volgt mijns inziens dat de vordering op een rechtspersoon niet per definitie een-op-een gelijk hoeft te zijn aan de vordering op een bestuurder en er derhalve sprake is van zelfstandige vorderingsrechten. Zie ook: Rb. Oost-Brabant 4 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3227, r.o. 4.15. Zie verder: Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.5, waarin de rechtbank onder verwijzing naar HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1615 overwoog dat bij een vordering tegen een werkgever en een vordering tegen de bestuurder(s) sprake is van zelfstandige verjaringstermijnen.

25. Art. 370 lid 5 Fw.

26. Art. 371 lid 1 Fw.

27. Art. 381 lid 2 Fw.

28. Art. 370 lid 1 Fw.

29. M.A. Broeders & A. Bouts, 'Indeling in klassen: de basis en legitimatie van het akkoord', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2019, afl. 6, p. 22-29.

30. Art. 385 Fw.

31. Art. 384 lid 3 Fw.

uitzondering vallen. Zo volgt uit de memorie van toelichting bij de Pensioenwet dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is en in een pensioenovereenkomst afspraken worden gemaakt over de arbeidsvoorwaarde pensioen.³² Verder geldt de fictie dat de werkgever en werknemer in een bedrijfstak waar een verplichtgestelde regeling geldt een pensioenovereenkomst hebben gesloten.³³ De Hoge Raad heeft zich eerder in een arrest dat werd gewezen in het kader van een overgang van onderneming uitgelaten over de vraag of een op de Wet Bpf 2000 gebaseerd pensioen behoort tot de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst zoals bedoeld in art. 7:663 BW.³⁴ De Hoge Raad kwam toen tot het oordeel dat dit het geval was. Volgens de Hoge Raad volgde uit het samenstel van art. 7:663 BW, 7:664 lid 1 BW en art. 7:664 lid 2 BW en de daarop gegeven toelichting dat het geval waarin de overdragende en verkrijgende werkgever beiden verplicht deelnemen in hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds onder de werking van art. 7:663 BW valt. Dit betekende volgens de Hoge Raad dat de verplichtingen van een werkgever die voortvloeien uit een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op grond van de Wet Bpf 2000 moeten worden aangemerkt als verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:663 BW. Volgens de Hoge Raad strookt dit met het stelsel van de Pensioenwet (PW), waarin een pensioenovereenkomst wordt gedefinieerd als 'hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen' (art. 1 PW) en wordt met een pensioenovereenkomst gelijkgesteld 'de uit de dienstbetrekking voortvloeiende rechtsbetrekking tussen een werkgever en een werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds op basis van een verplichtstelling' (art. 2 lid 1, aanhef en onder a PW).³⁵

Anderzijds ben ik van mening dat het in voornoemd arrest slechts ging om de uitleg van art. 7:663 BW en zal de vraag of vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds onder de uitzondering van art. 369 lid 4 Fw vallen, moeten worden beantwoord aan de hand van een uitleg van dat specifieke wetsartikel. De Hoge Raad heeft het in het hiervoor genoemde arrest immers over de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst *als bedoeld in art. 7:663 BW*. Daarmee lijkt de Hoge Raad zijn oordeel te beperken tot dit wetsartikel, althans tot deze specifieke regeling. Als echter in de toelichting bij art. 369 lid 4 Fw wordt gekeken naar de motivering van de wetgever om een uitzondering op te nemen voor de rechten van werknemers die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten,³⁶ dan betwijfel ik of de wetgever heeft beoogd om vorderingen van bedrijfstakpensioenfonds uit te zonderen van de WHOA. Als motivering

wordt slechts aangevoerd dat er voor werknemers een specifieke regeling geldt die met de Wet Werk en Zekerheid en de Wet arbeidsmarkt in balans is gestroomlijnd. Deze wetten, waarnaar in de toelichting specifiek wordt verwezen, hebben geen betrekking op vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds wegens onbetaalde pensioenpremies. Uit de parlementaire geschiedenis van de WHOA blijkt verder niet dat de wetgever oog heeft gehad voor de vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds op grond van de Wet Bpf 2000. Hoewel enerzijds dus betoogd kan worden dat pensioenverplichtingen voortvloeien uit (het bestaan van) een arbeidsovereenkomst en pensioen ook een arbeidsvoorwaarde is³⁷ en pensioen ook een afspraak is die in het kader van een arbeidsverhouding wordt gemaakt, lijkt anderzijds uit de toelichting op de in art. 369 lid 4 Fw genoemde uitzondering te volgen dat de wetgever met deze uitzondering de vorderingen van bedrijfstakpensioenfonds wegens onbetaalde pensioenpremies niet voor ogen heeft gehad.

Gelet op de tekst, toelichting en strekking van de WHOA lijkt mij de meest aannemelijke uitleg van art. 369 lid 4 Fw dat een dwangakkoord de rechten van werknemers niet kan wijzigen en daarmee dus ook niet de rechten voortvloeiende uit een pensioenovereenkomst en evenmin de met betrekking tot pensioen in het kader van een deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds uit een dienstbetrekking voortvloeiende rechten. Dit laat echter onverlet dat het mij aannemelijk lijkt dat de vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds die voortvloeien uit deze rechten wel onderdeel kunnen zijn van de WHOA. Dat de rechten van werknemers niet kunnen worden aangetast, zegt op zichzelf naar mijn mening nog niets over specifieke (opeisbare) vorderingen van het bedrijfstakpensioenfonds op grond van die rechten. In de eerste plaats omdat blijkens de toelichting op art. 369 lid 4 Fw de wetgever niet lijkt te hebben beoogd om de vorderingen van het bedrijfstakpensioenfonds uit te sluiten van de WHOA. En in de tweede plaats omdat het de WHOA veel minder effectief zou maken en zelfs dwangakkoorden en herstructureringen zou kunnen frustreren. Indien de vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds niet onder de WHOA zouden vallen, dan zou het bedrijfstakpensioenfonds onder meer middels een dwangbevel op vrij efficiënte wijze executoriaal beslag kunnen leggen op het vermogen van een rechtspersoon.³⁸ Verder zou de in art. 376 Fw genoemde afkoelingsperiode in dat geval naar mijn mening niet van toepassing zijn op het bedrijfstakpensioenfonds. Art. 369 lid 4 Fw bepaalt namelijk dat, indien de in dat artikel genoemde uitzonderingssituatie zich voordoet, de gehele afdeling niet van toepassing is (en dus ook art. 376 Fw niet). Het risico zou dan bestaan dat een bedrijfstakpensioenfonds een herstructurering zouden kunnen frustreren door middels een dwangbevel

32. Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 4.

33. Kamerstukken II 2005/06, 30413, nr. 3, p. 13 en 27.

34. HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375.

35. HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, r.o. 3.5.

36. Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 31.

37. Kamerstukken II 2000/01, 27468, nr. 3, p. 2-3.

38. Zo beschikt het pensioenfonds middels een dwangbevel over een executoriale titel waarmee op efficiënte wijze executoriaal beslag kan worden gelegd op vermogensbestanddelen van een rechtspersoon. Alleen bij misbruik van recht zou dat anders kunnen liggen, maar dat wordt niet snel aangenomen.

tot executie over te gaan teneinde zijn vordering op de rechtspersoon te verhalen. Ook zou het bedrijfstakpensioenfonds dan mogelijk kunnen aansturen op een faillissement. Bedrijfstakpensioenfonds behoren doorgaans tot de grotere schuldeisers van een rechtspersoon en het uitsluiten van bedrijfstakpensioenfonds zou in de praktijk aan succesvolle herstructurerings in de weg kunnen staan. Het kan naar mijn mening daarom niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest om vorderingen van bedrijfstakpensioenfonds van de WHOA uit te sluiten.

4.2. Wat betekent het voor bestuurders indien vorderingen van bedrijfstakpensioenfonds onder de WHOA vallen?

Indien wordt aangenomen dat vorderingen van bedrijfstakpensioenfonds onder de WHOA vallen, dan kunnen bedrijfstakpensioenfonds als concurrente schuldeisers gebonden worden aan een dwangakkoord. Daarbij is het uitgangspunt wel dat het bedrijfstakpensioenfonds (net als andere schuldeisers) niet in een slechtere situatie terecht mag komen dan bij een faillissement. Art. 384 lid 2 onder i Fw biedt de mogelijkheid aan schuldeisers om de rechtbank te vragen om de homologatie van een dwangakkoord te weigeren. De rechtbank kan ook ambtshalve daartoe overgaan.

Indien er geen rekening wordt gehouden met een reële bestuurdersaansprakelijkheidsclaim, zou er wellicht ook een beroep kunnen worden gedaan op de weigeringsgrond van art. 384 lid 2 onder i Fw, op basis waarvan een homologatie kan worden geweigerd.

Ik denk dan aan een reële bestuurdersaansprakelijkheidsclaim op grond van art. 2:248 BW waar in een akkoord geen rekening mee wordt gehouden. Het gaat hier immers om de exclusieve bevoegdheid van een curator bij een faillissement. Indien het faillissement wordt afgewenteld dankzij een dwangakkoord, zal daarmee een potentieel beroep op art. 2:248 BW stranden. Hoewel ik mij realiseer dat het lastig zal zijn om aan te tonen dat er sprake is van een reële bestuurdersaansprakelijkheidsclaim ex art. 2:248 BW en het hier gaat om een bevoegdheid en afweging van een curator om in een faillissement een dergelijke claim in te stellen, zal hier naar mijn mening in een dwangakkoord niet zomaar aan voorbij kunnen worden gegaan. Indien hiermee geen rekening wordt gehouden, zou dit wellicht een grond kunnen zijn voor een schuldeiser om de rechtbank te verzoeken om (met een beroep op art. 384 lid 2 onder i Fw en/of art. 384 lid 3 Fw) homologatie te weigeren. Ik verwacht dat hierover in de toekomst nog wel de nodige procedures zullen worden gevoerd. Anders dan bij art. 2:248 BW geldt voor vorderingen ex art. 23 Wet Bpf dat deze buiten de curator om rechtstreeks door het pensioenfonds kunnen worden ingesteld. Bij vorderingen van het bedrijfstakpensioenfonds

op bestuurders ex art. 23 Wet Bpf speelt deze problematiek daarom niet.

Een interessante vraag is verder in hoeverre de verplichting van het UWV om bij een faillissement gedurende een bepaalde periode de betaling van pensioenpremies aan een bedrijfstakpensioenfonds over te nemen een omstandigheid is waar in het kader van een dwangakkoord rekening mee moet worden gehouden. Als na een akkoord het niet de verwachting is dat de rechtspersoon pensioenpremies onverkort zal doorbetalen en het bedrijfstakpensioenfonds beter af zou zijn met een faillissement waar het UWV de betaling voor een bepaalde periode overneemt, dan zou het bedrijfstakpensioenfonds op grond van art. 384 lid 2 onder i Fw zich wellicht tegen homologatie van een dwangakkoord kunnen verzetten indien met de doorbetalingsplicht van het UWV bij het akkoord geen rekening wordt gehouden.

Verder kan, indien een dwangakkoord is gehomologeerd, een bedrijfstakpensioenfonds naar mijn mening in beginsel nog steeds de bestuurders van een rechtspersoon aansprakelijk stellen voor de (gehele of resterende) pensioenschuld als aan de voorwaarden van art. 23 Wet Bpf 2000 is voldaan. Uit art. 370 lid 2 Fw volgt namelijk dat bij een dwangakkoord (het reeds bestaande) art. 160 Fw van toepassing is. Dit artikel bepaalt, kort gezegd, dat schuldeisers hun rechten jegens borgen en andere medeschuldenaren behouden. Een dwangakkoord laat de rechten van een schuldeiser jegens een derde in beginsel intact en geldt in beginsel alleen tussen de betrokken schuldeisers, aandeelhouders en de onderneming. De wetgever heeft op dit uitgangspunt een uitzondering gemaakt in art. 372 Fw.³⁹ Buiten art. 372 Fw biedt de wet geen grondslag om middels een dwangakkoord aanspraken van schuldeisers jegens derden, zoals bestuurders, te wijzigen. Dit betekent mijns inziens dat indien er in een dwangakkoord bepalingen zijn opgenomen waarbij schuldeisers afstand doen van hun rechten jegens derden, zoals bestuurders, schuldeisers niet tegen hun wil daaraan gebonden kunnen worden.⁴⁰ In haar dissertatie spreekt Mennens over 'akkoord vreemde bepalingen' die niet aan tegenstimmende schuldeisers of niet-stemmende schuldeisers kunnen worden opgelegd. Voor schuldeisers die met een akkoord hebben ingestemd, ligt dat mogelijk anders. Indien zij instemmen met een akkoord waarin afstand wordt gedaan van rechten op derden, zoals bestuurders, dan wordt aangenomen dat de vóórstemmende schuldeisers daar wel aan gebonden zijn. Deze gebondenheid vloeit voort uit de regels van het verbintenissenrecht.⁴¹ Het is daarom raadzaam voor schuldeisers met vorderingen op derden (en in voorkomend geval dus ook voor bedrijfstakpensioenfonds) om alert te zijn op dergelijke bepalingen alvorens in te stemmen met een dwangakkoord.

39. Uit dit wetsartikel volgt dat een akkoord kan voorzien in de wijziging van rechten jegens derden als het gaat om rechtspersonen die samen met de schuldenaar een groep vormen in de zin van art. 2:24b BW.

40. Zie in deze zin ook: A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, nr. 118), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 401. Mennens stelt dat ook als er een wettelijke grondslag zou komen voor het betrekken van vorderingen jegens derden in een akkoord, deze derde wel eerst pre-insolvent zal moeten zijn, omdat het de pre-insolventiestaat is die rechtvaardigt dat de minderheid binnen een klasse kan worden gebonden aan de meerderheidsopvatting.

41. Art. 6:217 BW.

Bestuurders dienen zich te realiseren dat zij ook na de homologatie van een dwangakkoord nog steeds het risico lopen door een bedrijfstakpensioenfonds (hoofdelijk) aansprakelijk te worden gesteld indien aan de voorwaarden van art. 23 Wet Bpf 2000 is voldaan, bijvoorbeeld omdat er geen geldige melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden. Het dwangakkoord bindt in beginsel alleen de bij een dwangakkoord betrokken schuldeisers (en aandeelhouders) jegens de insolvente rechtspersoon. Indien bestuurders worden aangesproken, hebben zij onder de WHOA geen of slechts een beperkte mogelijkheid om vervolgens regres te nemen op de rechtspersoon. Waar art. 23 lid 5 Wet Bpf 2000 aan bestuurders de mogelijkheid geeft om, als zij aansprakelijk zijn gesteld door het bedrijfstakpensioenfonds, vervolgens regres te nemen op de onderneming, lijkt art. 370 lid 2 Fw deze mogelijkheid niet meer te bieden. Uit art. 370 lid 2 Fw volgt namelijk dat een derde indien hij *na* de homologatie van een akkoord een bedrag betaalt aan een schuldeiser geen verhaal kan nemen op de onderneming, tenzij de schuldeiser als gevolg van deze betaling door de derde en de op basis van het akkoord toegekende rechten, een hogere waarde zou ontvangen dan het bedrag van zijn oorspronkelijke vordering. In dat geval gaan de rechten van de schuldeiser voor die schuld of dat deel van de schuld op de onderneming van rechtswege over op de derde. Als een bestuurder na homologatie dus door een bedrijfstakpensioenfonds aansprakelijk wordt gesteld, dan volgt uit art. 370 lid 2 Fw dat de bestuurder in beginsel geen (of slechts een beperkt) regresrecht heeft op de rechtspersoon, terwijl de bestuurder een dergelijk regresrecht zonder dwangakkoord en zonder de WHOA wel zou hebben gehad. De reden voor deze inperking van het regresrecht van derden is dat de wetgever wilde voorkomen dat de rechtspersoon na een dwangakkoord – via een omweg, namelijk via het regresrecht van derden – alsnog voor de gehele schuld zou worden aangesproken en het dwangakkoord nog steeds geen oplossing zou bieden voor de financiële problemen van een rechtspersoon. Gelet op de mogelijkheden die het bedrijfstakpensioenfonds heeft om na een homologatie bestuurders aansprakelijk te stellen en gelet op de inperking (en in beginsel uitsluiting) van de mogelijkheid voor een bestuurder om regres te nemen op de rechtspersoon kan het voor bestuurders verstandig zijn om in een dwangakkoord aan te sturen op een regeling waarin ook de bestuurders worden gekweten. Zoals hiervoor is toegelicht, zullen schuldeisers echter niet aan dergelijke bepalingen gebonden zijn indien zij daar niet mee instemmen. Verder zou een bestuurder de afweging kunnen maken om het bedrijfstakpensioenfonds buiten een akkoord te houden. Voordeel daarvan kan zijn dat de bestuurder daarmee een eventueel regresrecht op de rechtspersoon behoudt. Hoewel men zich de vraag kan stellen of dit regresrecht een reële waarde heeft, aangezien een regresrecht weinig waarde heeft als een rechtspersoon geen verhaal biedt, neemt dit niet weg dat in een situatie van herstructurering waarbij er perspectief is op een voortzetting van de activiteiten van een onder-

neming het voor een bestuurder wenselijk kan zijn om in de toekomst regres te kunnen nemen op een geherstructureerde (en in de toekomst wellicht weer gezonde) onderneming. In dit verband zou verder nog de vraag kunnen spelen of een bestuurder jegens de rechtspersoon een beroep zou kunnen doen op een in een arbeidsovereenkomst opgenomen contractueel regresrecht of vrijwaringsbeding indien de bestuurder op basis van een arbeidsrelatie werkzaam is. Kan in zo'n geval de werknemer-bestuurder zich dan toch geheel verhalen op de rechtspersoon-werkgever? Enerzijds is de WHOA niet van toepassing op de rechten van werknemers. Anderzijds geldt naar mijn mening dat de wetgever dit niet zal hebben beoogd, gelet op de uitsluiting in art. 370 lid 2 Fw van het regresrecht, en ik verwacht daarom ook niet dat een bestuurder via een dergelijk beding in een arbeidsovereenkomst alsnog regres zou kunnen nemen op een rechtspersoon-werkgever. De praktijk zal het echter leren.

5. Afrondende opmerkingen

Bestuurders van rechtspersonen in financieel zwaar weer doen er nog steeds verstandig aan om alert te zijn op de afdracht van pensioenbijdragen, dan wel op het melden van betalingsonmacht. Zij kunnen, als er geen melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden, naast de rechtspersoon aansprakelijk worden gesteld indien pensioenschulden onbetaald blijven. Gelet op een recent arrest van het Hof Den Haag zou een herstructurering middels een overgang van onderneming gevolgen kunnen hebben voor de aansprakelijkheid van bestuurders jegens een bedrijfstakpensioenfonds. Zou de redenering van het hof dat er sprake is van een afhankelijke (accessoire) aansprakelijkheid worden gevolgd dan veranderen bestuurders die geen betalingsonmacht hebben gemeld wellicht van bange bestuurders in creatieve bestuurders die zullen proberen om middels een overgang van onderneming onder aansprakelijkheid uit te komen of het risico daarop te beperken. Ik heb daar in deze bijdrage enkele kritische kanttekeningen bij geplaatst. De Hoge Raad zal hier duidelijkheid over moeten geven. Voor bestuurders geldt verder dat ook na de inwerkingtreding van de WHOA zij naar mijn mening nog steeds aansprakelijk kunnen worden gesteld door een bedrijfstakpensioenfonds. Ervan uitgaande dat de WHOA op vorderingen van bedrijfstakpensioenfonds van toepassing is,⁴² kan dat voor bestuurders als consequentie hebben dat zij geen of slechts een beperkt regresrecht hebben op de rechtspersoon. Verder zouden bestuurders na de inwerkingtreding van de WHOA kunnen proberen om aan aansprakelijkheid te ontkomen door in een dwangakkoord voor zichzelf kwijtingsbepalingen op te nemen. Ook hier kunnen creatieve bestuurders proberen om onder aansprakelijkheid uit te komen of deze te beperken. Bedrijfstakpensioenfonds – en andere schuldeisers – doen er verstandig aan alert te zijn op dergelijke bepalingen, aangezien deze in beginsel alleen gelden voor schuldeisers die met een dwangakkoord instemmen.

42. Zoals in deze bijdrage is toegelicht, meen ik dat er argumenten zijn om aan te nemen dat ook de vorderingen van bedrijfstakpensioenfonds in verband met pensioenbijdragen met de betaling waarvan de rechtspersoon in gebreke is onder de WHOA vallen. Zolang de wetgever zich daar niet expliciet over heeft uitgelaten, zal de rechtspraak hierover duidelijkheid moeten verschaffen.