

Is de meldingsregeling op haar retour? Of wordt de soep niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend?

*Mr. M.H. Visser **

In deze bijdrage zal worden ingegaan op een recent arrest van de Hoge Raad over het melden van betalingsonmacht bij pensioenschulden en op de betekenis van dit arrest voor de rechtspraak. Verder zullen enkele actuele ontwikkelingen in de rechtspraak met betrekking tot onbetaalde pensioenbijdragen aan de orde komen.

1 Inleiding

Veel ondernemingen in Nederland zijn aangesloten bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds en moeten pensioenpremies afdragen aan zo'n pensioenfonds. Doen zij dat niet, dan krijgt het fonds minder geld, maar is het pensioenfonds in beginsel nog wel steeds gehouden om uit te keren aan de pensioengerechtigde werknemers.¹ Zolang een enkele onderneming niet betaalt, zullen de financiële gevolgen voor een pensioenfonds en de deelnemers nog niet snel zichtbaar zijn. Worden echter op structurele basis pensioenschulden onbetaald gelaten, dan raakt dat het pensioenfonds en uiteindelijk alle deelnemers. De wetgever heeft de afdracht van pensioenpremies zo belangrijk gevonden dat hij een bestuurdersaansprakelijkheidsregeling heeft ingevoerd, waarbij onder bepaalde omstandigheden bestuurders van rechtspersonen met pensioenschulden door een bedrijfstakpensioenfonds persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. In deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling heeft de wetgever ook een verplichting opgenomen voor elke bestuurder om namens de rechtspersoon betalingsonmacht te melden.

Op 24 december 2021 wees de Hoge Raad een belangrijk arrest over het melden van betalingsonmacht.² Uit het arrest volgt, kort gezegd, dat een bestuurder niet altijd actief een melding van betalingsonmacht hoeft te doen om aan bestuurdersaansprakelijkheid te ontkomen. In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op dit arrest en dan met name op de gevolgen hiervan voor de rechtspraak. Eerst zal aandacht worden besteed aan het ontstaan van de meldingsregeling en aan een

aspect van de meldingsregeling dat door de Hoge Raad onbesproken is gelaten (par. 2). Vervolgens zal het arrest van de Hoge Raad worden besproken in het licht van fiscale rechtspraak die hierover eerder door de Hoge Raad is geweest (par. 3 en 4). Verder ga ik in op de betekenis van dit arrest voor de rechtspraak en in het bijzonder op de gevolgen van het arrest voor de meldingsregeling die in artikel 23 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000³ is opgenomen (par. 5). Ik rond af met enkele actuele ontwikkelingen in de rechtspraak over onbetaalde pensioenbijdragen (par. 6).

2 De meldingsregeling: een korte terugblik

De meldingsregeling⁴ maakt onderdeel uit van de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling die in artikel 23 Wet Bpf 2000 is opgenomen. Op grond van deze regeling kan een bestuurder door een pensioenfonds aansprakelijk worden gesteld voor premieschulden van rechtspersonen⁵ als het niet-betalen van deze premieschulden is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het wetsartikel is een voortzetting van artikel 18b Wet Bpf (oud), dat in het kader van de Tweede Misbruikwet werd ingevoerd.⁶ De minister meende dat deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling noodzakelijk was om het om zich heen grijpende euvel van misbruik van rechtspersonen doelmatig aan te pakken.⁷ Eenzelfde bestuurdersaansprakelijkheidsregeling als voor pensioenbijdragen werd, eveneens in het kader van de Tweede Misbruikwet, ingevoerd voor bepaalde fiscale schulden en voor premies ter zake van socialeverzekeringwetten.⁸

* Mr. M.H. Visser is als advocaat werkzaam bij DVDW te Den Haag. Volledigheidshalve merkt de auteur op dat hij betrokken is geweest bij de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 14 januari 2022 waarnaar in deze bijdrage wordt verwezen.

1 Kamerstukken II 2004/05, 30413, nr. 17, p. 37.

2 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976.

3 Hierna zal ik het in deze bijdrage steeds hebben over: de Wet Bpf 2000.

4 Zie art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000 en art. 2 Besluit Meldingsregeling Wet Bpf 2000.

5 Art. 23 Wet Bpf 2000 heeft het over 'een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam dat volledig rechtsbevoegd is'. Ik zal het in deze bijdrage steeds hebben over 'rechtspersonen'.

6 Zie over de belangrijke rol van de meldingsregeling ook P. van Schilfgaarde e.a., *De nieuwe misbruikwetgeving* (IVOR nr. 2), Deventer: Kluwer 1986, p. 41.

7 Zie hierover P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen* (IVOR nr. 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 29-30.

8 Thans is deze regeling voor bepaalde fiscale schulden opgenomen in art. 36 IW 1990.

Om als bestuurder op grond van deze regeling aansprakelijk te kunnen worden gesteld, is kennelijk onbehoorlijk bestuur vereist. In het kader van het bewijs van dit onbehoorlijk bestuur heeft de wetgever een belangrijke rol toegekend aan het (tijdig en op de juiste wijze) melden van het niet kunnen betalen van pensioenpremies. Blijkens de tekst van de aansprakelijkheidsregeling wordt (wettelijk) vermoed dat het onbetaald blijven van pensioenpremies aan een bestuurder is te wijten als er niet tijdig of niet op de juiste wijze een melding van betalingsonmacht is gedaan.⁹ Alleen de bestuurder die aannemelijk kan maken dat hem/haar van het niet (rechtsgeldig) melden geen verwijt kan worden gemaakt, wordt toegelaten om het wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur te weerleggen.¹⁰ Dit bleek in de praktijk in de regel voor bestuurders een lastig te nemen hobbel.

Het niet voldoen aan de meldingsplicht heeft belangrijke bewijsrechtelijke gevolgen die iedere bestuurder treffen. En ook als wel aan de meldingsplicht is voldaan, kan een bestuurder op grond van deze regeling nog steeds aansprakelijk worden gesteld als aannemelijk is dat het onbetaald blijven van de pensioenbijdragen is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹¹

Met deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling wilde de wetgever het eenvoudiger maken voor pensioenfondsen om bestuurders aansprakelijk te stellen. Daarbij werd aan de meldingsplicht een belangrijke rol toegekend. De wetgever achtte een meldingsregeling wenselijk, omdat het voor pensioenfondsen niet altijd mogelijk zou zijn om wanbetalende rechtspersonen tijdig op het spoor te komen én omdat het voor pensioenfondsen niet altijd eenvoudig zou zijn om een verband tussen de niet-betaling en het onbehoorlijk bestuur aan te kunnen tonen. Met de meldingsplicht is door de wetgever een doelmatige en preventief werkende regeling beoogd die ertoe aanzet dat de bestuurder er voortdurend op bedacht is dat de premieafdracht voorrang heeft, en dat de daarvoor bestemde gelden steeds beschikbaar worden gehouden.¹²

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de verplichting om namens de rechtspersoon betalingsonmacht te melden niet alleen moet worden gezien als een verplichting die rust op de rechtspersoon, maar ook, en in het bijzonder, als een verplichting die rust op iedere individuele bestuurder. In het ontwerp van de bestuurdersaansprakelijkheidsregeling was aanvankelijk geen bevoegdheid opgenomen voor iedere bestuurder om namens de rechtspersoon betalingsonmacht te melden. Dit was voor Van der Grinten destijds aanleiding om op te merken dat de meldingsplicht niet rechtstreeks een verplichting voor iede-

re bestuurder zou zijn, maar (enkel) een plicht van de rechtspersoon.¹³ In de nota naar aanleiding van het eindverslag is vervolgens nog eens benadrukt dat het woord 'bevoegd' moet worden opgevat als 'vertegenwoordigingsbevoegd', en dat hiermee geenszins is bedoeld dat een bestuurder niet tot melding verplicht zou zijn.¹⁴ Thans staat in de tekst van artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 opgenomen dat *elke* bestuurder bevoegd is om namens 'het lichaam' aan deze verplichting te voldoen. Daarbij maakt het niet uit dat sprake is van een gezamenlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur. Ook in dat geval is het wettelijk uitgangspunt dat een individuele bestuurder nog steeds bevoegd is om betalingsonmacht te melden.

Dat de wetgever de bevoegdheid om betalingsonmacht te melden ook heeft gezien als een verplichting voor elke bestuurder om dat te doen, blijkt verder uit de grote gevolgen die het niet-rechtsgeldig melden van betalingsonmacht voor iedere bestuurder kan hebben. Bij het niet-rechtsgeldig melden van betalingsonmacht wordt namelijk wettelijk vermoed dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Voor de rechtspersoon zelf heeft het niet melden verder geen gevolgen.¹⁵ In de Tweede Kamer werd bij de invoering van deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling opgemerkt dat het systeem van de meldingsplicht ertoe leidt dat de bonafide bestuurder zich in verband met de verdeling van de voorgeschreven bewijslast gedwongen zal voelen in een zeer vroeg stadium betalingsonmacht te melden.¹⁶ Zoals hierna zal worden toegelicht, lijkt de Hoge Raad in het arrest van 24 december 2021 de verplichting om betalingsonmacht te melden echter wat minder strikt te willen toepassen.¹⁷

Hoewel de meldingsregeling beoogt te bewerkstelligen dat een bedrijfstakpensioenfonds op een vroeg tijdstip op de hoogte geraakt van de betalingsonmacht van de rechtspersoon,¹⁸ is dat

⁹ Zie art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000.

¹⁰ Voor gewezen bestuurders ligt dat anders. Omdat een gewezen bestuurder geen betalingsonmacht kan melden, wordt een gewezen bestuurder sowieso in de gelegenheid gesteld om het wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur te weerleggen als er geen melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden.

¹¹ Zie art. 23 lid 3 Wet Bpf 2000.

¹² Zie Kamerstukken II 1999/2000, 27073, nr. 3, p. 20 (MvT).

¹³ Zie W.C.L. van der Grinten, Het tweede misbruikontwerp, WPNR 1981, afl. 5575, p. 562-563.

¹⁴ Zie ook Van Schilfgaarde 1986, p. 31.

¹⁵ Zie in deze zin ook H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 88. De Groot merkt in dit verband op dat de bestuurder weliswaar namens de rechtspersoon meldt, maar tevens een eigen rechtshandeling verricht ter voorkoming van zijn persoonlijke aansprakelijkheid. Zie ook J.B. Wezeman, Het melden van betalingsonmacht onder de Wet bestuurdersaansprakelijkheid, TVVS 1991, p. 86-91.

¹⁶ Zie Handelingen II 2003/04, nr. 99, p. 6318.

¹⁷ Zie over de verplichting voor een bestuurder om betalingsonmacht te melden ook T. Huijg in punt 9 van zijn annotatie bij HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976, JAR 2022/37. Huijg merkt op dat de Hoge Raad zegt dat de meldingsplicht 'achterwege kan blijven' bij genoemde wetenschap op basis van andere omstandigheden. Dogmatisch gezien is dit volgens hem niet concludent, omdat art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 volgens hem duidelijk zegt dat er een wettelijke plicht is te melden. Die plicht kan volgens hem niet zomaar 'achterwege' worden gelaten. Huijg kan het oordeel van de Hoge Raad alleen verklaren als de Hoge Raad de andere omstandigheden (die dus hebben geleid tot genoemde wetenschap) ziet als de wettelijk vereiste melding. Dus dat er *de facto* al eerder een melding is gedaan in de vorm van die andere omstandigheden. Ik ben het daarmee eens en zou daar nog aan toe willen voegen dat er dan nog wel een verband moet bestaan tussen die andere omstandigheden en de bestuurder in kwestie.

¹⁸ Zie ook P. van Schilfgaarde e.a. 1986, p. 41.

mijs inziens niet de enige reden voor de wetgever geweest om een meldingsregeling in te voeren. Zoals hiervoor uiteen is gezet, is het ook de bedoeling van de wetgever geweest om bestuurders te stimuleren om zorgvuldig te handelen ten aanzien van de afdracht van pensioenbijdragen (gezien het belang daarvan voor werknemers) en om het pensioenfonds een bewijsrechtelijk voordeel te geven in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure bij het uitblijven van een melding van betalingsonmacht. Zoals de minister het destijds opmerkte, geeft de meldingsplicht een ‘indicatie van de goede of kwade trouw van bestuurders’.¹⁹ Daarmee was de meldingsregeling voor de wetgever (ook) een instrument om de bonafide bestuurders van de malafide bestuurders te onderscheiden.²⁰

3 Het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021

In de zaak die leidde tot deze uitspraak van de Hoge Raad was sprake van een onderneming in de thuiszorg met een betalingsachterstand. De advocaat van deze onderneming had aan het pensioenfonds een brief gestuurd over de financiële problemen bij de onderneming. In de periode daarna had het pensioenfonds verschillende facturen verstuurd. Deze werden niet betaald. Vervolgens stelde het pensioenfonds de bestuurder aansprakelijk en werd aan de bestuurder een dwangbevel betekend. De bestuurder stelde verzet in tegen het dwangbevel, maar werd door de kantonrechter en later door het hof in het ongelijk gesteld. Volgens het hof had de bestuurder geen melding van betalingsonmacht gedaan die voldeed aan de eisen van artikel 23 Wet Bpf 2000. De bestuurder stelde zich op het standpunt dat er geen melding van betalingsonmacht hoefde te worden gedaan, omdat het pensioenfonds al op de hoogte zou zijn geweest van de financiële problemen en wist dat de onderneming de facturen niet zou kunnen voldoen.

De Hoge Raad overweegt dat de melding van betalingsonmacht ertoe strekt te bewerkstelligen dat het bedrijfstakpensioenfonds vroegtijdig op de hoogte geraakt van de moeilijkheden waarin de rechtspersoon zich bevindt, zodat het – eventueel met gebruikmaking van de mogelijkheid om op de voet van artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 nadere inlichtingen of stukken te vragen – in staat is zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. Volgens de Hoge Raad strookt het met de strekking van de melding van betalingsonmacht om aan te nemen dat een melding achterwege kan blijven als het bedrijfstakpensioenfonds tijdig op een andere wijze dan door middel van een melding van betalingsonmacht op de hoogte is geraakt van de betalingsonmacht van de rechtspersoon en van de omstandigheden die daartoe hebben geleid. Deze wetenschap moet volgens de Hoge Raad dusdanig zijn dat het bedrijfstakpensioenfonds op basis daarvan in staat is zich een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht en zich te beraden op de opstelling

die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. De Hoge Raad volgt daarmee de conclusie van A-G Assink.²¹

4 Toepassing meldingsregeling in fiscale rechtspraak

Het arrest van de Hoge Raad sluit aan bij rechtspraak die de Hoge Raad eerder al wees in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid bij fiscale schulden. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 28 februari 2014 dat geen melding van betalingsonmacht vereist is als de Ontvanger niet door een melding maar ‘uit anderen hoofde’ op de hoogte geraakt van betalingsonmacht.²² En ook in eerdere fiscale rechtspraak paste de Hoge Raad de meldingsregeling minder formeel toe. Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 4 december 1991, in het kader van de voorloper van artikel 36 Invorderingswet 1990 (IW 1990), dat de omstandigheden die speelden in die zaak geen andere gevolgtrekking toelieten dan dat de melding van betalingsonmacht was gedaan.²³ Verder overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.4 van laatstgenoemd arrest dat het hof terecht geen betekenis had toegekend aan het ontbreken van een formele schriftelijke mededeling van betalingsonmacht.

Eenzijds valt er wel wat voor te zeggen dat beide bestuurdersaansprakelijkheidsregelingen (art. 36 IW 1990 en art. 23 Wet Bpf 2000), die zijn terug te voeren op dezelfde Tweede Misbruikwet, zo veel mogelijk op dezelfde wijze worden toegepast. De Hoge Raad deed dat immers ook al in zijn arrest van 24 november 2017.²⁴ In die uitspraak oordeelde de Hoge Raad, kort gezegd, dat een eenmaal gedane melding van betalingsonmacht ook doorwerkt naar toekomstige tijdvakken, tenzij het pensioenfonds heeft laten weten de situatie van betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. De Hoge Raad verwees daarbij expliciet naar zijn arrest van 16 maart 2007, waarin dit door hem al voor vorderingen ex artikel 36 IW 1990 was bepaald.²⁵ In een eerdere bijdrage voor MvO wees ik ook op andere situaties waarin de rechtspraak van de Hoge Raad op grond van artikel 36 IW 1990 relevant zou kunnen zijn bij bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures in het kader van de Wet Bpf 2000.²⁶

Anderzijds werd tot nu toe door diverse schrijvers in de rechtsliteratuur ervan uitgegaan dat de fiscale rechtspraak over het melden van betalingsonmacht op grond van artikel 36 IW 1990 niet zonder meer zou kunnen worden doorgetrokken naar de meldingsregeling bij onbetaalde pensioenpremies, onder meer vanwege de afwijkende positie die een bedrijfstak-

19 Zie ook J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 152, onder verwijzing naar Kamerstukken I 1985/86, 16530, nr. 26b, p. 6 (MvA).

20 Zie ook Wezeman 1998, p. 179.

21 Zie concl. A-G Assink, 28 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:523.

22 HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:419, r.o. 3.3.1.

23 HR 4 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:BH8364, r.o. 3.3. In deze uitspraak ging het om de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van het in het kader van de Tweede Misbruikwet ingevoerde art. 32a Wet LB 1964 (oud). Deze regeling is met ingang van 1 juni 1990 overgebracht naar art. 36 IW 1990.

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

25 HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6635.

26 Zie M.H. Visscher, *De aansprakelijkheid van bestuurders voor pensioenschulden* (en het melden van betalingsonmacht) nader bezien, MvO 2018, afl. 3-4, p. 95.

pensioenfondsen inneemt in vergelijking met de Ontvanger.²⁷ De Hoge Raad trekt in zijn arrest van 24 december 2021 de lijn die in de fiscale rechtspraak al was uitgezet, en waarin ten aanzien van de bestuurdersaansprakelijkheid bij fiscale schulden reeds was bepaald dat een melding van betalingsonmacht onder bepaalde omstandigheden achterwege kan blijven, nu ook door naar de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid bij pensioenschulden.

5 Wat betekent de uitspraak van de Hoge Raad voor de rechtspraktijk?

In de (gepubliceerde) rechtspraak over pensioenschulden werd in de regel strikt vastgehouden aan de tekst van de meldingsregeling, waarbij van de bestuurder een actieve houding werd verwacht om betalingsonmacht te melden.²⁸ Sinds enige

tijd was er echter een tendens waarneembaar bij enkele hoven om de meldingsregeling wat minder strikt toe te passen, waarbij door deze hoven werd overwogen dat een melding van betalingsonmacht onder bepaalde omstandigheden achterwege kon blijven.²⁹ De Hoge Raad sluit daar in zijn arrest van 24 december 2021 bij aan. Verder zet de Hoge Raad daarmee de lijn in zijn rechtspraak over artikel 23 Wet Bpf 2000 voort, waarbij hij een minder formele (en daarmee minder wettekstavste) benadering volgt. Deze minder formele benadering is terug te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 24 november 2017,³⁰ waarin hij, kort gezegd, oordeelde dat een eenmaal gedane melding van betalingsonmacht in beginsel ook geldt voor toekomstige tijdvakken, zodat niet telkens weer opnieuw een melding van betalingsonmacht hoeft te worden gedaan.³¹ Verder is deze lijn terug te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 2021,³² waarin hij overwoog dat bestuurshandelingen ook getoetst mogen worden over de periode nadat er een melding van betalingsonmacht is gedaan. Niet de wettekst, maar de strekking is doorslaggevend. Ik kan mij in deze lijn van de Hoge Raad vinden, aangezien hij hiermee een redelijke uitleg geeft aan de aansprakelijkheidsregeling van artikel 23 Wet Bpf 2000, waar een (te) strikte toepassing van de wet geen recht zou doen aan de ratio achter deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling.³³

Toch plaats ik bij het arrest van 24 december 2021 een kritische kanttekening. Naar mijn mening is de Hoge Raad in dat arrest namelijk voorbijgegaan aan een belangrijk aspect van de meldingsregeling. Volgens de Hoge Raad hield de strekking van de melding van betalingsonmacht (slechts) in dat het pensioenfonds vroegtijdig op de hoogte geraakt van de moeilijkheden waarin de rechtspersoon zich bevindt, zodat het – eventu-

27 Zie Asser/Lutjens 7-XI 2019/520. Zie ook B. Degelink, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onverwachte hoek: de premieschuld bij het verplichte bedrijfstakpensioenfonds, TAC 2019, afl. 2-3, p. 73. Zie verder M. Murrer, Wat kunnen we leren van artikel 36 Invorderingswet 1990 bij de toepassing van de meldingsregeling ingevolge artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000?, TPV 2018/47. De Hoge Raad oordeelt in HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976, nu dus anders. Zie ook A.J. Tekstra in nr. 5 van zijn annotatie onder HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:419, JOR 2014/155.

28 Zie bijv. Hof Den Haag 15 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1674. Het hof overwoog onder verwijzing naar Hof Den Haag 3 juni 2014 (ECLI:NL:GHDHA:2014:1860) dat de meldingsplicht een wettelijke plicht is en het niet op de weg van het pensioenfonds ligt om de vennootschap en haar bestuurder te wijzen op deze meldingsplicht. Het ligt evenmin in de rede om bij het pensioenfonds een onderzoeksplicht te leggen, die inhoudt dat bij de vennootschap wordt nagegaan waarom tijdige premiebetaling achterwege is gebleven. Zie ook Hof Leeuwarden 1 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQI741, waarin werd overwogen dat het regelmatig aanmanen door het pensioenfonds niet kan worden gezien als een impliciete mededeling van betalingsonmacht. Zie verder Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16, waarin het hof overwoog dat het enkele feit dat een pensioenfonds op de hoogte is van de moeilijke financiële omstandigheden van een vennootschap niet heeft te gelden als een geldige melding betalingsonmacht, reeds omdat dit feit niet meebrengt dat betaling van de premies onmogelijk is. Datzelfde geldt voor een gesloten betalingsregeling, omdat daaraan juist ten grondslag ligt de voortgang van de betaling van de premies, zij het conform de gesloten betalingsregeling. Zie verder Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16. Ook het gerechtshof Amsterdam overwoog in dezelfde lijn reeds dat een betalingsregeling op zichzelf gezien nog niet kan worden beschouwd als een melding van betalingsonmacht. Zie verder Hof Amsterdam 27 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3726, JAR 2009/141, r.o. 3.8.2. Ook uit een eerder arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden volgt dat een betalingsregeling niet geldt als een melding van betalingsonmacht. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163, PJ 2013/85, r.o. 4.8. Zoals volgt uit deze uitspraken van verschillende hoven en zoals ook volgt uit andere uitspraken is de meldingsregeling van art. 23 Wet Bpf 2000 strikt toegepast en geldt bijv. het enkele feit dat een bedrijfstakpensioenfonds op de hoogte is van de moeilijke financiële omstandigheden van een vennootschap nog niet als een melding van betalingsonmacht, reeds omdat dit feit niet meebrengt dat betaling van premies onmogelijk is. Zie in deze zin ook Rb. Amsterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, r.o. 4.9, Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.11, Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 9, Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.4 en Hof Amsterdam 27 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3726, JAR 2009/141, r.o. 3.8.2. Zie ook Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:19, r.o. 7, waarin het hof overwoog dat een verzoek om

een betalingsregeling te mogen treffen, zeker niet zonder meer gelijk te stellen is met een melding van betalingsonmacht. Voorts overwoog het hof dat verder in de e-mail de minimaal vereiste informatie over ('inzicht in') de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de bijdrage niet kan worden betaald ontbrak, terwijl die informatie volgens het hof niet mag ontbreken in een dergelijke melding. Overigens overwoog het hof hier wel dat het aan deze gebreken waarschijnlijk niet zo zwaar zou tillen als dit de enige gebreken waren. Zie verder Rb. Amsterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6774, r.o. 4.9, Hof Den Haag 3 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1860, r.o. 16, Rb. Amsterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1127, r.o. 4.11, Hof Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9175, r.o. 9, Hof Leeuwarden 28 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV7210, r.o. 3.4 en Hof Amsterdam 27 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3726, JAR 2009/141, r.o. 3.8.2. Zie over de strikte toepassing van de meldingsregeling in de rechtspraak ook Hof Arnhem-Leeuwarden 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8134, r.o. 3.13, onder verwijzing naar Asser/Lutjens 7-XI 2019/520 en daar vermelde jurisprudentie. Zie ook overweging 3.10 van de conclusie van A-G Assink (ECLI:NL:PHR:2021:523) bij HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976.

29 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8134. Zie eerder ook Hof Den Haag 3 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:269. Zie over deze tendens ook A-G Assink in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:523) voor HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976.

30 HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019.

31 Zie hierover ook Visscher 2018, p. 89 e.v.

32 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:754.

33 Zie hierover ook Visscher 2018.

eel met gebruikmaking van de mogelijkheid om op de voet van artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 nadere inlichtingen of stukken te vragen – in staat is zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. Als ik echter kijk naar de parlementaire geschiedenis lijkt de meldingsregeling ook nog een andere strekking te hebben. De bedoeling van de wetgever lijkt immers (ook) te zijn geweest om met deze aansprakelijkheidsregeling bestuurders ertoe aan te zetten om zorgvuldig gedrag te tonen ten aanzien van de afdracht van pensioenpremies, en om (met het instrument van de meldingsregeling) het actief melden van betalingsonmacht te stimuleren, waarbij de bonafide bestuurders van de malafide bestuurders zouden kunnen worden onderscheiden. De meldingsregeling beoogt daarmee het gedrag van bestuurders te beïnvloeden en er bij bestuurders op aan te sturen om zich voortdurend bewust te zijn van de tijdige betaling van pensioenpremies, en van het melden van betalingsonmacht indien pensioenpremies niet betaald kunnen worden. Daarmee heeft de meldingsregeling naar mijn mening ook een normerend aspect.

Deze andere strekking die de meldingsregeling naar mijn mening ook heeft, waarbij het uitblijven van een actieve melding van betalingsonmacht een indicatie oplevert van kennelijk onbehoorlijk bestuur, en waarbij wordt uitgegaan van een actief handelend bestuurder die als ‘sanctie’ voor het niet actief melden van betalingsonmacht te maken krijgt met een pensioenfonds dat in zo’n geval een bewijsvoordeel verkrijgt (vanwege het wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid), blijft in het arrest van de Hoge Raad echter onderbelicht. Dat is opvallend, gelet op het feit dat deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling in het kader van de Tweede *Misbruikwet* is ingevoerd. De wetgever lijkt daarbij te zijn uitgegaan van een actief handelend bestuurder die zich niet zou moeten kunnen verschuilen achter het eventueel bekend zijn van het pensioenfonds met de financiële situatie van een werkgever. Uit de parlementaire geschiedenis³⁴ volgt immers dat de meldingsregeling de bestuurder van het lichaam tot actie dwingt wanneer het lichaam in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren. Weliswaar beoogt de regeling (ook) te bewerkstelligen dat het pensioenfonds op een vroeg tijdstip op de hoogte geraakt van de moeilijkheden waarin het lichaam verkeert, maar daarbij lijkt de wetgever een actief handelend bestuurder voor ogen te hebben gehad.³⁵ Deze (andere) strekking van de meldingsregeling blijft in het arrest van de Hoge Raad van 14 december 2021 naar mijn mening ten onrechte onderbelicht, terwijl uitgaande van deze (andere) strekking verdedigd zou kunnen worden dat ondanks eventuele bekendheid van het pensioenfonds, toch formeel nog een actieve melding van betalingsonmacht dient te worden gedaan. De Hoge Raad oordeelt echter anders.

Verder komt naar aanleiding van het arrest de vraag op of het relevant is *hoe* het pensioenfonds van de betalingsonmacht op de hoogte is geraakt. De Hoge Raad laat zich ook hier niet expliciet over uit. Het zou mijns inziens echter in de geest van deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling liggen om aan te nemen dat de bestuurder op zijn minst daarbij wel een (actieve) rol moet hebben gespeeld, en dat het pensioenfonds op de hoogte moet zijn geraakt van de situatie van betalingsonmacht omdat de bestuurders daar zelf bij het pensioenfonds de aandacht op hebben gevestigd.³⁶

Hoewel de Hoge Raad de teugels wat lijkt te vieren en niet een al te strikte (formele) toepassing van de meldingsregeling hanteert, verwacht ik niettemin dat de meldingsregeling onverkort relevant zal blijven in aansprakelijkheidsprocedures. De Hoge Raad stelt namelijk wel specifieke voorwaarden aan de situaties waarin een melding van betalingsonmacht achterwege kan blijven.³⁷ Zo overweegt de Hoge Raad dat een melding achterwege kan blijven indien het bedrijfstakpensioenfonds ‘tijdig’ op andere wijze dan door middel van een melding van betalingsonmacht op de hoogte is geraakt van de betalingsonmacht van de rechtspersoon en van de omstandigheden die daartoe hebben geleid, ‘en deze wetenschap dusdanig is dat het bedrijfstakpensioenfonds op basis daarvan in staat is zich *een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht* en zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen’ (curs. auteur).

Het enkele feit dat een pensioenfonds op de hoogte is geraakt van een situatie van betalingsonmacht is volgens de Hoge Raad dus niet voldoende om geen melding van betalingsonmacht meer te hoeven doen. Vereist is dat het pensioenfonds *tijdig* daarvan op de hoogte is geraakt én dat deze wetenschap dusdanig is dat het bedrijfstakpensioenfonds op basis daarvan in staat is zich *een redelijk oordeel te vormen over de oorzaken van de betalingsonmacht* en zich te beraden op de opstelling die het ten aanzien van de rechtspersoon zal innemen. Stelplecht en bewijslast rusten bij de bestuurder. De Hoge Raad volgt hiermee, zoals gezegd, de conclusie van A-G Assink.³⁸

Inmiddels blijkt uit een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, dat in 2021 al werd gewezen in lijn met de conclusie van A-G Assink, en met de nadien in lijn daarmee gewezen uitspraak van de Hoge Raad, dat het voor een bestuurder ook bij het hanteren van een minder strikte leer waar het gaat om het melden van betalingsonmacht, nog niet zo eenvoudig zal zijn om aan aansprakelijkheid te ontkomen als

34 Zie Kamerstukken II 1999/2000, 27073, nr. 3, p. 20 en de NvT op Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 (Stb. 2000, 631).

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

36 Zie in deze zin ook Wezeman 1998, p. 179. Wezeman merkt hierover het volgende op: ‘Nu de meldingsplicht ook een instrument is om de bonafide bestuurders van de malafide bestuurders te onderscheiden lijkt het mij verdedigbaar dat het invorderingsorgaan op de hoogte moet zijn geraakt doordat de bestuurders zelf de aandacht op de betalingsproblemen hebben gevestigd.’

37 Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976, r.o. 3.2.4.

38 Zie concl. A-G Assink, 28 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:523.

er geen melding van betalingsonmacht heeft plaatsgevonden.³⁹ Het hof verwees naar de conclusie van A-G Assink en overwoog dat de informatie over de betalingsonmacht waarover het fonds beschikt ten minste zodanig moet zijn dat dit, in termen van duidelijkheid, en in totaliteit bezien, (niet on)vergelijkbaar is met het zicht dat het pensioenfonds op de betalingsonmacht zou hebben gehad indien informatie verschaft was met zo'n melding (dus tijdig en correct gedaan), met inzicht in de omstandigheden die tot de betalingsonmacht hebben geleid. Vervolgens overwoog het hof dat uit de door de bestuurders benoemde informatie waarover het pensioenfonds beschikte deze duidelijkheid niet volgde. Het enkele feit dat partijen procedeerden over verschuldigdheid van eerdere nota's was daarvoor niet voldoende, en dat werd niet anders in combinatie met het feit dat nieuwe nota's onbetaald werden gelaten. Uit de onregelmatige betalingen, betalingsregelingen en de mededeling dat de onderneming inmiddels winstgevend was en zij kansen zag om achterstanden recht te trekken, behoeft het pensioenfonds volgens het hof niet te begrijpen dat sprake was van betalingsonmacht. Er had volgens het hof daarom een melding van betalingsonmacht moeten worden gedaan, en dit was ten onrechte niet gebeurd.

Mijn conclusie is dan ook dat met het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 de soep uiteindelijk niet zo heet gegeven wordt als zij wordt opgediend. Ik verwacht dat in de rechtspraak de bijkomende eisen die de Hoge Raad stelt voor het achterwege kunnen laten van een melding van betalingsonmacht strikt zullen worden toegepast. Mijns inziens zou zo'n strenge toepassing in ieder geval verdedigbaar zijn, gelet op het feit dat de wetgever met deze bestuurdersaansprakelijkheidsregeling en de daarin opgenomen meldingsregeling bestuurders heeft willen aanzetten tot actief en zorgvuldig gedrag jegens het pensioenfonds, met de meldingsregeling als instrument om bonafide bestuurders te onderscheiden van malafide bestuurders.

6 Actualiteiten

De hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad over het melden van betalingsonmacht is niet de enige uitspraak die de Hoge Raad in het kader van onbetaalde pensioenpremies recentelijk heeft gewezen die voor de rechtspraak relevant is.

6.1 Accessoir karakter bestuurdersaansprakelijkheidsvordering

In een recent arrest van 14 januari 2022 heeft de Hoge Raad, in het kader van de vraag of een melding van betalingsonmacht achterwege kon blijven, nog eens verwezen naar het arrest van 24 december 2021.⁴⁰ Daarmee heeft de Hoge Raad

nog eens bevestigd vast te willen houden aan het standpunt dat onder bepaalde omstandigheden een melding van betalingsonmacht achterwege kan blijven.

Verder heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 14 januari 2022 geoordeeld dat de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 zelfstandig is en niet afhankelijk (*accessoir*) van het bestaan van de aansprakelijkheid van het lichaam. Met andere woorden: de aansprakelijkheid van een bestuurder voor pensioenbijdragen vervalt niet automatisch als de aansprakelijkheid van het lichaam op enig moment komt te vervallen.⁴¹ In de kwestie die leidde tot dit arrest ging het om de vraag of een bestuurder van een rechtspersoon die zijn activiteiten in het kader van een overgang van onderneming had overgedragen nog aansprakelijk kon worden gehouden voor pensioenschulden die bestonden voorafgaand aan de overgang van onderneming. De vervreemdende rechtspersoon kon niet meer door het pensioenfonds aansprakelijk worden gehouden, omdat de wettelijke vervaltermijn die geldt bij een overgang van onderneming inmiddels was verstreken.⁴² Met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis van artikel 23 Wet Bpf 2000 oordeelde de Hoge Raad dat de regels over hoofdelijkheid uit afdeling 6.1.2 BW in zo'n geval van toepassing zijn. Dit betekent dat ook als de aansprakelijkheid van de rechtspersoon komt te vervallen (of komt te verjaren), de bestuurder nog steeds hoofdelijk aansprakelijk kan zijn jegens het pensioenfonds. Volgens de Hoge Raad kon uit de tekst van artikel 23 lid 1 en 5 Wet Bpf 2000 niet worden afgeleid dat de aansprakelijkheid van een bestuurder eindigt bij het verstrijken van een vervaltermijn die is geschreven voor de rechtspersoon. Ook de ratio achter de wettelijke vervaltermijn bood de bestuurder geen bescherming. De wettelijke vervaltermijn bij een overgang van onderneming moet volgens de Hoge Raad worden gezien als een belangenafweging tussen enerzijds het belang van de werknemer en anderzijds het belang van de oude werkgever (dus de vervreemdende rechtspersoon). De vervaltermijn is niet bedoeld om de bestuurder van een vervreemdende rechtspersoon te beschermen tegen aansprakelijkheid voor achterstallige pensioenbijdragen. Verder was de aanspraak van het pensioenfonds op betaling van pensioenschulden door de overgang van onderneming ook niet tenietgegaan, maar was deze aanspraak overgegaan op de verkrijgende rechtspersoon.⁴³ Dit alles maakte dat volgens de Hoge Raad de vordering van het pensioenfonds op de bestuurder als een zelfstandige vordering werd gezien.

Voor pensioenfondsen is deze uitspraak goed nieuws, aangezien zij zich in beginsel nog steeds kunnen verhalen op bestuurders, ook als een vordering niet meer kan worden inge-

³⁹ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8134, r.o. 3.13-3.14. Het hof zocht in deze uitspraak aansluiting bij r.o. 3.10 van de door A-G Assink gewezen conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:523), die door de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1976, werd gevolgd.

⁴⁰ De auteur van deze bijdrage was betrokken bij de cassatieprocedure die aanleiding gaf tot dit arrest.

⁴¹ Zie over het zelfstandige karakter van deze vorderingen ook Asser/Lutjens 7-XI 2019/524 en M.H. Visscher, Van bange bestuurders naar creatieve bestuurders als het om pensioenschulden gaat?, TvOB 2020, afl. 6, p. 215 e.v.

⁴² Zie art. 7:663 BW.

⁴³ In HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 had de Hoge Raad al bepaald dat pensioenschulden van rechtswege overgaan op de verkrijgende rechtspersoon.

steld tegen de rechtspersoon zelf. Het oordeel van de Hoge Raad over het zelfstandige karakter sluit ook aan bij de doelstelling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 23 Wet Bpf 2000.⁴⁴ Wel is voor pensioenfondsen van belang om op de juiste wijze hun vorderingen te stuiten. Een stuiting van een vordering jegens de rechtspersoon zal in beginsel niet worden aangemerkt als een stuiting van de vordering jegens de bestuurder, vanwege het zelfstandige karakter van beide vorderingen.

6.2 Rechtspositie bedrijfstakpensioenfondsen onder de WHOA

Een andere actuele ontwikkeling in de rechtspraak ziet op de rechtspositie van pensioenfondsen in het kader van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA). Naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de rechtbank Amsterdam of vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen wegens achterstallige pensioenbijdragen onder het toepassingsbereik van de WHOA vallen, heeft de Hoge Raad inmiddels een uitspraak gegeven.⁴⁵ In navolging van A-G De Bock⁴⁶ oordeelt de Hoge Raad dat vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen wegens achterstallige pensioenbijdragen niet onder het bereik van de WHOA vallen. Voor deze vorderingen geldt volgens de Hoge Raad dezelfde uitzondering die voor werknemers is opgenomen in artikel 369 lid 4 Fw. Ook is de afkoelingsperiode niet van toepassing. Kort gezegd overweegt de Hoge Raad dat een vordering voor achterstallige premies van een bedrijfstakpensioenfonds jegens de werkgever correspondeert met het recht van de werknemer jegens de werkgever op betaling van die premies aan het bedrijfstakpensioenfonds. Dit laatste is een recht dat voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW. Als de vordering voor achterstallige premies van een bedrijfstakpensioenfonds zou kunnen worden betrokken in een onderhands akkoord, dan zou daarmee volgens de Hoge Raad afbreuk worden gedaan aan het met die vordering corresponderende recht van de werknemer jegens de werkgever op premiebetaling aan het bedrijfstakpensioenfonds. Afbreuk aan dit recht zou de pensioenopbouw van werknemers in gevaar kunnen brengen. Dat het bedrijfstakpensioenfonds de pensioenverplichtingen jegens werknemers ook moet nakomen als de werkgever geen premies heeft afgedragen, neemt namelijk niet weg dat een bedrijfstakpensioenfonds wegens een te lage dekkingsgraad als gevolg van niet-afgedragen pensioenpremies kan overgaan tot korting op de pensioenen of het achterwege laten van indexering van de pensioenen, en dat op die wijze alsnog afbreuk zou worden gedaan aan opgebouwde rechten op bedrijfspensioen. Dat zou volgens de Hoge Raad niet stroken met de bedoeling van de wetgever.⁴⁷

Deze uitspraak is in lijn met een eerdere uitspraak van de Hoge Raad,⁴⁸ waarbij de rechten van pensioenfondsen in het kader van een overgang van onderneming hetzelfde werden behandeld als de rechten van werknemers. Toch roept de overweging van de Hoge Raad bij mij de vraag op of het probleem dat de Hoge Raad hier signaleert, namelijk het risico van een te lage dekkingsgraad met negatieve gevolgen voor werknemers, wel wordt weggenomen door pensioenfondsen buiten het bereik van de WHOA te houden. Hierdoor wordt de WHOA immers minder effectief als methode om schulden te herstructureren. Voor ondernemers in financiële moeilijkheden die vallen onder een bedrijfstakpensioenfonds, wordt het WHOA-traject onaantrekkelijker indien de veelal hoge schulden bij een bedrijfstakpensioenfonds in het kader van een herstructurering van de schulden niet mee kunnen worden genomen. Ik verwacht dan ook dat ondernemingen die wellicht nog levensvatbaar zouden zijn middels het doorlopen van een WHOA-traject als gevolg van deze uitspraak eerder zullen aansturen op een faillissement. Ook zullen schuldeisers wellicht minder snel geneigd zijn om in te stemmen met een akkoord vanuit de wetenschap dat vorderingen van werknemers en bedrijfstakpensioenfondsen ongemoeid worden gelaten. Verder speelt nog de vraag of een succesvol WHOA-traject niet de pas wordt afgesneden door pensioenfondsen die zich van de afkoelingsperiode niets hoeven aan te trekken en tot verhaal van hun vorderingen wensen over te gaan. Een minder effectieve WHOA zal naar verwachting eerder leiden tot faillissementen. Pensioenfondsen zijn op dit moment bij een faillissement slechts concurrent schuldeiser, zodat het voor pensioenfondsen nog maar de vraag is of een faillissement iets oplevert. Ik vraag mij daarom af of er niet eerder sprake zal zijn van lagere dekkingsgraden door faillissementen – als gevolg van een minder effectieve WHOA – dan in de situatie dat bedrijfstakpensioenfondsen wel onder het bereik van de WHOA zouden vallen. De praktijk zal het moeten uitwijzen.⁴⁹

Inmiddels heeft de Minister voor Rechtsbescherming – mede namens de Minister van Economische Zaken en Klimaat – naar aanleiding van Kamervragen laten weten dat in het kader van de evaluatie van de WHOA de effectiviteit van de WHOA zal worden onderzocht, waarbij expliciet aandacht zal worden

⁴⁸ Zie HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375. Zie hierover ook Visscher 2020, p. 220.

⁴⁹ Zie ook Visscher 2020, p. 215 e.v. Ook andere schrijvers waren van mening dat het verdedigbaar was als vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen wel onder het toepassingsbereik van de WHOA zouden vallen. Zie onder meer R. van den Sigtenhorst & P. Jahan, Prejudiciële vragen over de reikwijdte van de WHOA: vorderingen van bedrijfspensioenfondsen uitgezonderd?, TvI 2021/49. Zie ook J.L.M. Groenewegen in zijn annotatie bij Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, JOR 2021/304. Zie verder G. de Gruijter, Prejudiciële vraag aan de Hoge Raad: vallen pensioenpremies van verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen onder de werknemersuitzondering van de WHOA?, HERO 2021/B-073; M. Mouthaan, WHOA en pensioenpremie, HERO 2021/B-055. Zie daarentegen voor het standpunt dat vorderingen van pensioenfondsen niet onder het toepassingsbereik van de WHOA vallen: A-G Bock in haar conclusie van 6 december 2021 (ECLI:NL:PHR:2021:1152) en E. Lutjens in zijn annotatie bij Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, PJ 2021/133.

⁴⁴ Zie ook M. Heemskerck in zijn noot bij HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:13, JAR 2022/51.

⁴⁵ Zie HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328.

⁴⁶ Zie concl. A-G De Bock 6 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1152.

⁴⁷ Zie HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328, r.o. 3.4.

besteed aan de gevolgen van deze uitspraak van de Hoge Raad.⁵⁰ De WHOA voorziet in een evaluatiebepaling op basis waarvan de Tweede Kamer uiterlijk eind 2023 door middel van een verslag geïnformeerd dient te worden over de doeltreffendheid en de effecten van de WHOA-regeling in de praktijk. De minister heeft in de beantwoording van voornoemde Kamervragen laten weten voornemens te zijn om eind 2022 al een start te maken met de voorbereiding van het evaluatieonderzoek.

Hoewel de gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad in de evaluatie van de WHOA zullen worden meegenomen, heeft de minister op 21 februari 2022 ook een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer.⁵¹ De Hoge Raad verwijst hier ook naar. De bedoeling van het wetsvoorstel is om artikel 369 lid 4 Fw aan te passen en daarin te verduidelijken dat onder de rechten van werknemers zoals bedoeld in dat wetsartikel mede worden verstaan vorderingen van werknemers tot betaling door hun werkgever van premie aan een pensioenuitvoerder.⁵²

Met deze uitspraak en het wetsvoorstel lijkt de WHOA een stuk minder aantrekkelijk te worden als instrument om schulden te herstructureren. De praktijk zal moeten uitwijzen of met deze uitspraak van de Hoge Raad sprake is van een pyrrus-overwinning voor pensioenfondsen,⁵³ met als mogelijk neveneffect dat hiermee het ‘kind met het badwater wordt weggegooid’. Immers, om de inperking van de vorderingsrechten van pensioenfondsen te voorkomen, wordt de effectiviteit van de WHOA ingeperkt, met als mogelijk neveneffect meer faillissementen, waardoor de rechten van pensioenfondsen – vanwege hun geringe bescherming bij faillissementen op dit moment – in dat geval alsnog worden ingeperkt. Daarmee lijkt nog geen jaar na het intreden van de WHOA (als ‘wondermiddel’ om schulden efficiënt mee te herstructureren) de glans er met deze uitspraak van de Hoge Raad wel wat vanaf voor ondernemingen met pensioenschulden.⁵⁴

7 Conclusie

Ik rond af. Wat betekent het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 nu voor de praktijk? Verliest de meldingsregeling aan kracht? En is met deze uitspraak de meldingsregeling op haar retour? Moet worden nagedacht over een andere regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid bij onbetaalde pensioenpremies? Ik verwacht dat het uiteindelijk allemaal wel mee zal vallen. Hoewel uit het arrest volgt dat een melding van betalingsonmacht onder bepaalde omstandigheden achterwege kan blijven, zullen bestuurders in de praktijk wel eerst moeten aantonen dat die omstandigheden zich in concreto hebben voorgedaan. Stelplicht en bewijslast en daarmee dus ook het procesrisico liggen bij de bestuurders. Naast de bijkomende eisen die de Hoge Raad stelt, meen ik dat, als wordt gekeken naar de geest van de wet, het bekend zijn met een situatie van betalingsonmacht alleen aan het pensioenfonds zou moeten kunnen worden tegengeworpen als de bestuurder zelf aan die bekendheid ook daadwerkelijk heeft bijgedragen. Het enkele feit dat een pensioenfonds op de hoogte is geraakt van de moeilijke financiële situatie waarin de vennootschap verkeert, ontslaat een bestuurder in ieder geval nog niet van de verplichting om melding te maken van betalingsonmacht. Daarmee lijkt de soep uiteindelijk niet zo heet te worden gegeten als zij wordt opgediend.

50 Zie Antwoorden van de Minister voor Rechtsbescherming en de Ministers van Economische Zaken en Klimaat en Sociale Zaken en Werkgelegenheid op schriftelijke vragen van de leden Ellian en Rahimi (beiden VVD) over het bericht ‘Ondernemers sneller in problemen door uitzondering in faillissementswet’ (ingezonden 7 maart 2022, 2022Z04139), p. 4.

51 Zie Kamerstukken II 2021/22, 36040, nr. 2.

52 Ten aanzien van dit wetsvoorstel wijs ik nog op de noot van F.M.J. Verstijlen bij HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328, NJ 2022/150, waarin deze ten aanzien van dit wetsvoorstel het volgende opmerkt: ‘We kunnen thans constateren dat de verduidelijking in dit wetsvoorstel verduidelijking behoeft, want de voorgestelde tekst ziet slechts op de vorderingen van de werknemers (zie onder 5) en niet op die van het bedrijfstakpensioenfonds.’ Ik ben het met Verstijlen eens dat het wenselijker was geweest dat de wetgever in het wetsvoorstel expliciet het pensioenfonds zou hebben genoemd, ook al volgt uit het arrest van de Hoge Raad dat een vordering voor achterstallige pensioenpremies van een bedrijfstakpensioenfonds jegens de werkgever correspondeert met het recht van de werknemer jegens de werkgever op betaling van die premies aan het pensioenfonds.

53 Zie hierover ook G. van Solinge, *Ondoordachte wet belandt op bord hoogste rechter*, Het Financieele Dagblad 27 december 2021.

54 En mocht het inderdaad zo zijn dat er meer faillissementen zullen plaatsvinden omdat bedrijfstakpensioenfonds buiten het bereik van de

WHOA vallen, dan zou wellicht door de wetgever nagedacht kunnen worden over een aanpassing van de Faillissementswet om de positie van bedrijfstakpensioenfonds in faillissement te versterken.