

ANNOTATIE

# Bestuurdersaansprakelijkheid: een exoot

*R.P.J. ter Haseborg*

*Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 05-03-2013,  
ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163 (OR-2013-0209, AR-2013-0232)*

## Inleiding

Iedere week verschijnen er diverse uitspraken over bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9, 2:248 of 6:162 BW. In deze noot wordt stilgestaan bij een exoot, namelijk bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de Wet verplichte deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds 2000. Op grond van deze wet kan de bestuurder persoonlijk aansprakelijk zijn voor het niet-afdragen van pensioenpremies aan het bedrijfstakpensioenfonds. De bedragen waar het hier om gaat kunnen behoorlijk oplopen als de onderneming een aantal werknemers in dienst heeft. Bovendien wordt aansprakelijkheid van de bestuurder al aangenomen als de onderneming de premies niet kan betalen en zij het pensioenfonds hierover niet tijdig heeft geïnformeerd. Bestuurders opgelet dus!

## Feiten

Appelante (hierna: de 'Bestuurder') was de enige bestuurder van Capital X B.V. Op 1 januari 2008 is aan Capital X surseance van betaling verleend en op 12 december 2008 volgde de faillietverklaring. Capital X had werknemers in dienst. Zij was gehouden op grond van de Wet verplichte deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna: de 'Wet Bpf') premie af te dragen aan het pensioenfonds ten behoeve van de bij haar werkzame werknemers. Op 8 juli 2011 was aan de Bestuurder een dwangbevel betekend namens de Stichting Pensioenfonds Horeca en Catering (hierna: het 'Pensioenfonds') tot betaling van € 9.429,91 met betrekking tot de verschuldigde pensioenpremies over 2007.

## **Hof**

De Bestuurder was in verzet gekomen tegen het dwangbevel van het Pensioenfonds tot betaling van de pensioenpremies. De kantonrechter had het verzet gegrond verklaard omdat de grondslag van de vordering van het Pensioenfonds niet kon worden vastgesteld. Er was namelijk een voorschotnota niet overgelegd. Het Pensioenfonds betwistte dit en ging in hoger beroep.

Het hof zette eerst het wettelijk kader uiteen. Op grond van artikel 23 lid 1 Wet Bpf is de Bestuurder naast Capital X hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de pensioenpremies aan het Pensioenfonds. Op grond van artikel 23 lid 2 Wet Bpf had de Bestuurder van Capital X direct betalingsonmacht moeten melden aan het Pensioenfonds. Op basis van het derde lid van die wet is de Bestuurder aansprakelijk als komt vast te staan dat het niet-voldoen van de pensioenpremies is te wijten aan het kennelijk onbehoorlijk bestuur van de Bestuurder in de drie jaar voorafgaand aan de melding. Volgens artikel 23 lid 4 Wet Bpf is het gevolg van het niet-tijdig doen van de melding dat de Bestuurder aansprakelijk is, met dien verstande dat vermoed wordt dat de niet-betaling van de pensioenpremies aan haar is te wijten.

De Bestuurder verweerde zich door in de eerste plaats te stellen dat het Pensioenfonds al vanaf 2005 op de hoogte was van de structurele betalingsonmacht bij Capital X. Het hof oordeelde dat deze stelling onvoldoende was onderbouwd. Dat Capital X in 2005 al eens een premieschuld had gehad, die op enig moment wel was betaald, betekent niet dat Capital X geen melding van betalingsonmacht had hoeven doen ten aanzien van de pensioenpremies over 2007.

Daarnaast voerde de Bestuurder aan dat zij niet in staat was tot het doen van de melding van betalingsonmacht vanwege ziekte en afwezigheid. Het hof verwierp ook dit verweer omdat het contact met het pensioenfonds steeds verliep via de echtgenoot van de Bestuurder en hij dus ook de melding had kunnen doen. De Bestuurder werd veroordeeld tot betaling aan het Pensioenfonds van de verschuldigde pensioenpremies van de werknemers van Capital X.

## **Commentaar**

1. De verplichting tot melding van betalingsonmacht geldt uitsluitend voor bedrijven die deelnemen aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds. Een bedrijfstakpensioenfonds werkt voor één of meer bedrijfstakken (branches). Vaak zijn alle werknemers en soms ook zelfstandigen uit die branche verplicht verzekerd bij hun eigen bedrijfstakpensioenfonds. Die verplichting is meestal te vinden in de CAO of in een besluit gebaseerd op de Wet Bpf. In Nederland zijn tachtig bedrijfstakpensioenfondsen, waarvan er 68 verplicht zijn gesteld. Ongeveer 75% van de totale populatie die een pensioen opbouwt, doet dat bij een verplicht

bedrijfstakpensioenfonds. Voorbeelden van bedrijfstakpensioenfondsen zijn: het Bedrijfspensioenfonds voor de Bouwnijverheid (bouwsector) en het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (voor overheid en onderwijs).

2. De melding van betalingsonmacht is belangrijk voor de aansprakelijkheid van de Bestuurder, omdat zij bij het ontbreken daarvan geacht wordt aansprakelijk te zijn voor de verschuldigde premies. Zij kan dit slechts weerleggen als (i) zij aannemelijk weet te maken dat het haar niet valt te verwijten dat de melding van betalingsonmacht niet is gedaan; en (ii) het niet-betalen van de premies niet is te wijten aan kennelijk onbehoorlijk bestuur. Door het nalaten van de melding van betalingsonmacht ontstaat een rechtsvermoeden van aansprakelijkheid en verschuift de bewijslast naar de Bestuurder. Als de Bestuurder wel aan haar meldingsverplichting heeft voldaan, is het aan het bedrijfstakpensioenfonds om aan te tonen dat de premies niet zijn betaald vanwege onbehoorlijk bestuur.

3. Het hof staat in zijn arrest uitgebreid stil bij de wetsgeschiedenis van de Wet Bpf. De meldingsregeling dwingt de bestuurder om in actie te komen wanneer de rechtspersoon in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren en het bedrijfstakpensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip hiervan op de hoogte te brengen (Kamerstukken II, 1999/00, 27 073, nr. 3, p. 20). Met de wettelijke meldingsplicht is een doelmatige en preventief werkende regeling beoogd die ertoe aanzet dat de bestuurder er voortdurend op bedacht is, dat de betaling – of voldoening of afdracht – van premie, bijdragen en belastingschulden voorrang heeft en dat de daarvoor bestemde gelden steeds beschikbaar worden gehouden (Kamerstukken II, 1980/81 16 530 nr. 3, p. 3-4).

4. De melding is vormvrij en moet onverwijld worden gedaan nadat is gebleken dat betaling niet mogelijk is (art. 23 lid 2 Wet Bpf). Er hoeft geen sprake te zijn van structurele betalingsonmacht. Er dient ook een melding te worden gedaan bij tijdelijke betalingsonmacht (HR 4 februari 2011, LJN BP2998). In het Besluit meldingsregeling Bpf van 21 december 2000 is de termijn waarbinnen de melding moet plaatsvinden vastgesteld op maximaal twee weken nadat de premies hadden moeten zijn afgedragen op grond van de van toepassing zijnde regeling of de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds.

5. Het Hof Arnhem kwam in deze zaak niet toe aan de vraag of de melding onverwijld was gedaan omdat er helemaal geen melding was gedaan. Dat het pensioenfonds er wetenschap van had dat premies eerder (in 2005) niet waren betaald en dat de onderneming mogelijk structureel in financiële problemen verkeerde, doet niet ter zake. Dit blijkt ook uit een arrest van het Gerechtshof Leeuwarden (2 oktober 2012, LJN BX9175). Hierin overwoog het hof dat het enkele feit dat een pensioenfonds op de hoogte was van het onbetaald blijven van pensioenpremies en in dit kader enkele aanmaningen stuurde, nog niet impliceert dat er

sprake is van betalingsonmacht. Er kan immers ook sprake zijn van betalingsonwil. Daar komt bij dat de wet nu juist uitdrukkelijk een meldingsplicht bij de bestuurder van de onderneming heeft gelegd. Zie in dit verband ook het arrest van de Hoge Raad van 12 augustus 2011 (LJN BR4865): een belastingplichtige heeft meer mogelijkheden dan de keuze tussen tijdsige betaling of melden dat het niet tot betaling in staat is. Uit het feit dat niet-tijdsig is betaald, volgt nog niet automatisch dat de onderneming zich op betalingsonmacht beroept.

6. De Bestuurder verweerde zich ook met de stelling dat zij de melding niet had kunnen doen vanwege ziekte en afwezigheid. Als de Bestuurder dit aannemelijk had kunnen maken, dan was het ontbreken van de melding haar niet te verwijten en was ze toegelaten tot het weerleggen van het vermoeden van onbehoorlijk bestuur. Het hof oordeelde echter dat disculpatie door de Directeur onvoldoende was onderbouwd. Bij het systeem van de Wet Bpf past een strenge toets: niet te snel mag worden aangenomen dat een bestuurder niet in staat is om aan de meldingsverplichting onder de Wet Bpf te voldoen.

7. Het begrip bestuurder onder de Wet Bpf moet overigens ruim worden uitgelegd. Ook een formele bestuurder die feitelijk geen enkele bestuurszaak heeft uitgevoerd kan hoofdelijk aansprakelijk zijn voor niet-betaalde pensioenpremies (Gerechtshof Amsterdam 26 maart 2013, LJN BZ4825). Hetzelfde geldt voor indirecte bestuurders van de onderneming (Rechtbank Rotterdam 4 april 2012, PJ 2012, 102). De mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid onder de Wet BPF geldt ook voor niet- uitvoerende bestuurders in een 'one-tier' bestuur.

8. Voor te benoemen bestuurders is het aldus de moeite waard om, alvorens het bestuurderschap te accepteren, te onderzoeken of de onderneming onder de Wet Bpf valt en of aan alle verplichtingen is en kan worden voldaan. Als de onderneming onder de Wet Bpf valt, dan is het verstandig dat de bestuurder zich op de hoogte stelt van de betalingstermijnen van de premies, en niet de nota's afwacht van het bedrijfstakpensioenfonds. Ook is het belangrijk om bij betalingsonmacht onmiddellijk aangetekend een duidelijke en ondubbelzinnige melding te doen.