

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 23, 2013

Nummer 23, 2013

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2185](#) 04-06-2013

Maatschap/Amalthea

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1778](#) 19-03-2013

X/Y

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163](#) 05-03-2013

Stichting Pensioenfonds Horeca en Catering

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA2283](#) 08-05-2013

Oosterstraat Groningen B.V. / TSI Solutions B.V. c.s.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA1983](#) 11-04-2013

X B.V. c.s. / Y B.V. c.s.

Annotatie

[Bestuurdersaansprakelijkheid: een exoot](#)

R.P.J. ter Haseborg

Annotatie

[Bestuurdersaansprakelijkheid: een exoot](#)

R.P.J. ter Haseborg

RECHTSPRAAK

Maatschap/Amalthea

Geen vernietiging besluit coöperatie wegens strijd met artikel 2:8 BW. Het lidmaatschap van een vereniging kan met zich meebrengen dat een lid of een minderheid van de leden van die vereniging zich geconfronteerd ziet met een voor haar nadelig besluit van de ledenvergadering. Uitvoering besluit door bestuur niet onrechtmatig tegenover vertrekkend lid, dat daarmee nog wel bijdraagt in kosten, maar de verwachte baten niet meer zal genieten

Amalthea is een coöperatieve vereniging van geitenhouders waarvan maatschap in 2005 lid is geworden. Amalthea verkoopt de melk van haar leden aan AVD. In verband met de negatieve exploitatieresultaten van AVD is AVD in 2009 in onderhandeling getreden met een groothandel die zich bezighoudt met het afzetten van kaas, met het doel te gaan samenwerken om haar positie op de markt te versterken. Een overgrote meerderheid van de leden heeft in voornoemde algemene ledenvergadering van Amalthea vóór het voorgenomen besluit tot samenwerking met groothandel gestemd. Vervolgens heeft ook de Raad van Toezicht van Amalthea ingestemd. Als gevolg van de door AVD aan groothandel te betalen inverdienvergoeding ter hoogte van € 1.700.000 is het door AVD aan Amalthea over 2009 definitief uit te betalen melkgeld met dat bedrag verminderd (omgezet in een vordering uit hoofde van geldlening). Door Amalthea is het bedrag pro rata doorbelast aan elk lid in de vorm van een renteloze lening, die bij beëindiging van het lidmaatschap direct opeisbaar is. Een lid van maatschap heeft het lidmaatschap per 1 januari 2010 beëindigd en maatschap weigert de door Amalthea als gevolg van het einde van het lidmaatschap gevorderde bijdrage in het bedrijfsresultaat over 2009 te voldoen.

Maatschap heeft Amalthea in rechte betrokken. Maatschap heeft onder andere gevorderd: 1. het besluit van het bestuur van Amalthea om a) een samenwerking met groothandel aan te gaan, b) groothandel in dat kader een (inverdien)vergoeding van € 1.700.000 te betalen, c) de (inverdien)vergoeding middels inhouding op het melkgeld door alle leden (opzeggende en blijvende) te laten voldoen, te vernietigen; 2. het besluit tot goedkeuring van de jaarrekening

2009, in het bijzonder de vordering op de leden en de schuld aan de groepsmaatschappij betreffende de samenwerking met groothandel te vernietigen. Maatschap heeft primair aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat de bestreden besluiten zijn genomen in strijd met artikel 2:8 BW.

Het hof oordeelt als volgt. De redelijkheid en billijkheid in de relatie tussen het bestuur en de ledenvergadering als organen van Amalthea enerzijds en maatschap als lid van Amalthea anderzijds, wordt mede ingevuld door het feit dat het lidmaatschap van een vereniging met zich mee kan brengen dat een lid of een minderheid van de leden van die vereniging zich geconfronteerd ziet met een voor haar nadelig besluit van de ledenvergadering. Dit is inherent aan het democratische karakter van de vereniging. Dat karakter brengt bovendien met zich mee dat de minderheid van de leden zich in beginsel heeft te voegen naar het besluit, ook als zij zich hierin niet kan vinden. Het enkele feit dat de ledenvergadering voorbijgaat aan de mogelijkheid dat de opzeggende leden, zoals in dit geval maatschap, door het besluit benadeeld worden (wat door Amalthea wordt bestreden) nu zij door de beëindiging van het lidmaatschap niet meer de voordelen zullen genieten, betekent niet dat het besluit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Ook het enkele feit dat nog de indruk is gewekt dat de inverdienvergoeding ten laste van 2010 zou worden gebracht, maakt niet dat het besluit in strijd met de redelijkheid en billijkheid is genomen.

Anders dan maatschap aanvoert, heeft het bestuur van Amalthea niet het besluit genomen om in de aandeelhoudersvergadering van AVD in te stemmen met de samenwerking, de inverdienvergoeding en het ten laste van het resultaat van 2009 brengen van die vergoeding. Het bestuur van Amalthea heeft uitvoering gegeven aan het rechtsgeldig genomen besluit van de ALV daartoe. Het ten laste van het resultaat van 2009 brengen van die vergoeding is ook een gevolg van voornoemd besluit van de ALV.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 04-06-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2185

Zaaknummer: HD 200.099.451/01

Wetsartikelen: 2:8 BW

RECHTSPRAAK

Oosterstraat Groningen B.V. / TSI Solutions B.V. c.s.

Onrechtmatig handelen door (indirect) bestuurder. In het onderhavige geval is het niet (laten) doen van een betaling, terwijl gedurende een langere periode is erkend dat er een betalingsverplichting was, ernstig verwijtbaar. Zowel de bestuurder (rechtspersoon) als de indirect bestuurder (natuurlijk persoon) hebben zelfstandig onrechtmatig gehandeld

Tussen Oosterstraat Groningen en TSI is gesproken over een overname (aandelentransactie dan wel activa/passivatransactie) van V-PL door TSI. In dat kader heeft Oosterstraat Groningen geld voorgesloten voor TSI. TSI heeft, ondanks herhaalde verzoeken, dit voorschot niet aan Oosterstraat Groningen terugbetaald.

X was, middels Y, bestuurder van TSI en gaf leiding aan het managementteam van TSI.

De rechtbank overweegt als volgt. X en Y waren, omdat zij (indirect) bestuurder waren, degenen die hebben toegestaan of hebben bewerkstelligd dat TSI niet heeft voldaan aan haar betalingsverplichtingen jegens Oosterstraat Groningen. Ondanks de wetenschap van X van de schuld en zijn bevoegdheidsmogelijkheid om tot betaling over te gaan, heeft X geen betaling verricht of doen verrichten.

Op TSI rustte een zelfstandige verplichting tot betalen aan Oosterstraat Groningen, waarvoor Y als bestuurder zorg diende te dragen en vervolgens X als uiteindelijk bestuurder. Volgens de rechtbank hebben zowel Y als X zelfstandig onrechtmatig gehandeld en zijn zij persoonlijk aansprakelijk omdat het ernstig verwijtbaar is om niet een betaling te doen, terwijl daarvoor wel de verplichting bestaat. Hierbij speelt volgens de rechtbank mee dat Y en X zich gedurende een langere periode hebben bewogen van het min of meer erkennen dat er een betalingsverplichting was jegens Oosterstraat Groningen, tot het stellen dat er al betaald was en het, ondanks dat daarop is gewezen dat er nog niet was betaald, volharden in het niet-voldoen aan de betalingsverplichting.

De door dit onrechtmatig handelen veroorzaakte schade wordt door de rechtbank gesteld op €

60.000. TSI, X en Y worden hoofdelijk veroordeeld tot betaling van voornoemd bedrag. Voor recht wordt verklaard dat zij gezamenlijk en ieder afzonderlijk onrechtmatig hebben gehandeld jegens Oosterstraat Groningen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 08-05-2013

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2013:CA2283

Zaaknummer: Co8/ 124371 HA ZA 11/ 690

Wetsartikelen: 2:11 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X B.V. c.s. / Y B.V. c.s.

Schorsing ontslagbesluit van bestuurder. Bijzondere zorgvuldigheid van de vennootschap jegens minderheidsaandeelhouders. Meerderheidsaandeelhouders (tevens bestuurders) hebben deze zorgvuldigheidsnorm geschonden

A, X en Y zijn oogartsen die in 2008 de Stichting Oog voor Zorg hebben opgericht. Zij zijn gezamenlijk de bevoegde bestuurders van deze Stichting. In februari 2010 hebben zij het Oogcentrum Noordholland B.V. (hierna: OCN) geopend. Maneschijn Holding B.V. houdt 99,9% van de aandelen in OCN. A, X en Y zijn, via hun persoonlijke vennootschappen, ieder houder van een derde van de aandelen in Maneschijn Holding B.V. en de overige 0,1% in OCN. Tussen A, X en Y, hun persoonlijke vennootschappen en Maneschijn Holding B.V. geldt een aandeelhoudersovereenkomst. OCN is benaderd door Bergman Clinics B.V., die geïnteresseerd was in de overname van OCN. A stond zeer kritisch tegenover deze overname.

Vanaf januari 2013 is A, samen met X en Y bestuurder van Maneschijn Holding B.V.

Kort gezegd komt het geschil erop neer dat eisers vorderen dat de voorzieningenrechter een door de vergadering van aandeelhouders genomen ontslagbesluit van A als bestuurder van Maneschijn Holding B.V. zal opschorten omdat de gedragingen van X en Y, culminerend in het ontslagbesluit en de ontslagaanzegging, in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid c.q. zorgvuldigheid die ze als medeoprichters, medeaandeelhouders, zakenpartners en collega's jegens A in acht moeten nemen. Daarnaast vorderen eisers dat gedaagden wordt geboden om inlichtingen aan eisers te verschaffen omdat, in strijd met het uit artikel 2:217 BW voortvloeiende recht op informatie, nog steeds wordt geweigerd om A inlichtingen te verschaffen over de inhoud van de gesprekken met Bergman.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat een vennootschap jegens haar minderheidsaandeelhouders een bijzondere zorgvuldigheid in acht dient te nemen. Daarbij neemt de voorzieningenrechter in het bijzonder als toetsingsnorm voor het handelen van X en Y dat de vennootschap dient te voorkomen dat verstrengeling plaatsvindt van haar belangen met die van haar directe en/of haar meerderheidsaandeelhouders, al dan niet ten koste van

haar minderheidsaandeelhouders, zie HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296 (Zwagerman).

Op grond van een uitgebreid feitencomplex komt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat X en Y niet overeenkomstig de voornoemde norm hebben gehandeld.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het besluit tot ontslag ondeugdelijk is en schort het ontslagbesluit op. De voorzieningenrechter verbiedt X en Y om verder uitvoering aan het besluit te geven.

Met betrekking tot het verschaffen van inlichtingen overweegt de voorzieningenrechter dat in alle gevallen doorslaggevende betekenis dient toe te komen aan het gegeven dat een door een derde uitgebracht bod en de clausulering daarvan uiteraard ter zake informatie is waarover een aandeelhouder van de vennootschap, van wie de bieder immers aanneemt dat hij in de participatie participeert, behoort te beschikken. Om die reden gebiedt de voorzieningenrechter gedaagden om binnen één week na betekening van het vonnis inlichtingen te verschaffen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 11-04-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2013:CA1983

Zaaknummer: C / 14 / 144355 / KG ZA 13-81

Wetsartikelen: 2:217 BW en 2:244 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

X kan als bestuurder van beleggingsinstelling De Adelaar in ernstige mate worden verweten te hebben bewerkstelligd dat De Adelaar de koopovereenkomst niet is nagekomen door als bestuurder van De Adelaar een beroep op een ontbindende voorwaarde te doen, waardoor aan Y schade is berokkend

X heeft met Y onderhandeld over een te sluiten koopovereenkomst met betrekking tot de benedenwoning van een pand welke Y huurt en waarvan X eigenaar is. Een concept-koopovereenkomst bevat twee elementen die voorheen in de onderhandelingen niet aan de orde zijn geweest: (i) Beleggingsinstelling De Adelaar waarvan X op dat moment enig bestuurder was, staat als verkoper genoemd (en niet X); (ii) de koop geschiedt onder de ontbindende voorwaarde(n), dat aan verkoper niet uiterlijk op 1 juni 2006 de benodigde (en indien erfpacht ook: de privaatrechtelijke) splitsingsvergunning dan wel vernieuwbouwverklaring onherroepelijk is verleend. Op 28 februari 2005 is de koopovereenkomst met daarin de ontbindende voorwaarde tussen De Adelaar en Y gesloten. Op 9 mei 2006 heeft X een beroep gedaan op de ontbindende voorwaarde wegens het ontbreken van een splitsingsvergunning. Y heeft De Adelaar verzocht de koopovereenkomst met haar alsnog na te komen. Aan dit verzoek heeft De Adelaar niet voldaan, waarna Y de koopovereenkomst buitengerechtelijk heeft ontbonden. De Adelaar is vervolgens failliet gegaan. Y heeft X vervolgens persoonlijk aansprakelijk gesteld. Bij vonnis van 12 maart 2008 (LJN BD5699) heeft de rechtbank Amsterdam voor recht verklaard dat de koopovereenkomst van 28 februari 2005 is ontbonden en X veroordeeld tot betaling aan Y van een bedrag van € 26.000. Tegen deze oordelen keert zich het hoger beroep.

Het hof neemt het navolgende tot uitgangspunt voor de beoordeling van het geschil (zie HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295, LJN AA4873 (New Holland Belgium/Oosterhof); HR 8 december 2006, LJN AZ0758, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen); HR 23 november 2012, LJN BX5881). Het hof oordeelt voorts als volgt. X had reeds in februari 2005 moeten en kunnen weten (i) dat de ontbindende voorwaarde die hij als bestuurder van De Adelaar in de koopovereenkomst heeft laten opnemen zou worden vervuld en (ii) dat dit tot gevolg zou hebben dat De Adelaar

de koopovereenkomst daadwerkelijk zou ontbinden, waardoor De Adelaar, zonder voor haar nadelige consequenties, per 1 juni 2006 van haar verplichting tot overdracht zou worden bevrijd. Dit laatste dient – in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid – gelijkgesteld te worden met het niet-nakomen van die koopovereenkomst. Daarnaast moet het X duidelijk zijn geweest dat de vervulling van de ontbindende voorwaarde voor haar voordelig en voor Y nadelig was. Niettemin heeft X als bestuurder van De Adelaar de voorwaarde jegens Y gepresenteerd als slechts een formaliteit, terwijl hij heeft moeten beseffen dat dit onjuist was. De conclusie uit bovenstaande overwegingen luidt dat X als bestuurder van De Adelaar zodanig onzorgvuldig jegens Y heeft gehandeld dat hem daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, hetgeen meebrengt dat hij persoonlijk aansprakelijk is jegens Y op grond van onrechtmatig handelen. Hem kan in ernstige mate worden verweten dat hij als bestuurder van De Adelaar in naam van de vennootschap een koopovereenkomst met Y is aangegaan terwijl hij op dat moment wist dat De Adelaar niet aan haar verplichtingen zou gaan voldoen door het inroepen van de ontbindende voorwaarde, waarvan hij de vervulling grotendeels in eigen hand had, terwijl hij tevens wist of kon weten dat De Adelaar geen verhaal zou bieden voor de door Y te lijden schade. Hij heeft onvoldoende gesteld voor het oordeel dat zijn handelswijze te rechtvaardigen zou zijn, dan wel dat die handelwijze hem niet zou zijn toe te rekenen. Tevens kan X als bestuurder op grond van bovenstaande overwegingen, in samenhang bezien, in ernstige mate worden verweten te hebben bewerkstelligd dat De Adelaar de koopovereenkomst niet is nagekomen door als bestuurder van De Adelaar een beroep op de ontbindende voorwaarde te doen, waardoor aan Y schade is berokkend.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1778

Zaaknummer: 200.099.888/01

Wetsartikelen: 6:162 BW

ANNOTATIE

Bestuurdersaansprakelijkheid: een exoot

R.P.J. ter Haseborg

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 bedrijfstakpensioenfonds, waarvan er 68 verplicht zijn gesteld. Ongeveer 75% van de totale populatie die een pensioen opbouwt, doet dat bij een verplicht bedrijfstakpensioenfonds. Voorbeelden van bedrijfstakpensioenfonds 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 pensioenpremieën 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 tijdige betaling of melden dat het niet tot betaling in staat is. Uit het feit dat niet-tijdig 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 bestuurstaak 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.

ANNOTATIE

Bestuurdersaansprakelijkheid: een exoot

R.P.J. ter Haseborg

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 bedrijfstakpensioenfonds, waarvan er 68 verplicht zijn gesteld. Ongeveer 75% van de totale populatie die een pensioen opbouwt, doet dat bij een verplicht bedrijfstakpensioenfonds. Voorbeelden van bedrijfstakpensioenfonds 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 tijdige betaling of melden dat het niet tot betaling in staat is. Uit het feit dat niet-tijdig 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 bestuurstaak 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.

RECHTSPRAAK

Stichting Pensioenfonds Horeca en Catering

Aansprakelijkheid van een bestuurder jegens het pensioenfonds voor de premieschuld ingevolge de Wet verplichte deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds 2000. Tijdsige melding betalingsonmacht? Het verweer dat het pensioenfonds van de betalingsonmacht op de hoogte was, wordt verworpen

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.

Het hof overweegt als volgt.

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 te 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 haar echtgenoot 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.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-03-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5163

Zaaknummer: 200.101.672

Wetsartikelen: Wet verplichte deelneming aan het bedrijfstakpensioenfonds 2000