

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof [REDACTED]
(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, [REDACTED])

arrest van 8 oktober 2019

in de zaak van

1. [REDACTED]
wonende te [REDACTED]
2. [REDACTED]
wonende te [REDACTED]
appellanten,
in eerste aanleg: eisers,
advocaat: [REDACTED]

tegen:

de stichting
Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: het Pensioenfonds,
advocaat: mr. M.H. Visscher

Appellant sub 1 zal hierna [REDACTED] appellant sub 2 [REDACTED] en appellanten gezamenlijk zullen -
in mannelijk enkelvoud [REDACTED] worden genoemd.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 31 januari 2018 dat de kantonrechter (rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht) heeft gewezen.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding in hoger beroep van 26 april 2018 (zoals hersteld op 15 juni 2018),
- de memorie van grieven met producties,
- de memorie van antwoord met producties,
- de akte na memorie van antwoord van [REDACTED]
- de antwoordakte van het Pensioenfonds.

2.2 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

3. De vaststaande feiten

3.1 [REDACTED] (hierna: [REDACTED]) hield zich tot aan haar faillietverklaring op [REDACTED] bezig met het detacheren en uitzenden van arbeidskrachten ten behoeve van infra- en elektriciteitswerken, het aannemen van grondwerkzaamheden en het verlenen van arbeidsbemiddeling. [REDACTED] en [REDACTED] waren ieder voor 50% aandeelhouder van [REDACTED].

3.2 Op grond van artikel 8 Wet Verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000) was [REDACTED] verplicht om (pensioen)bijdragen aan het Pensioenfonds te voldoen.

3.3 Naar aanleiding van een besluit in de buitengewone aandeelhoudersvergadering van 22 april 2013 zijn de activa en een deel van de passiva van [REDACTED] vanaf mei 2013 overgedragen aan de nieuw opgerichte vennootschappen [REDACTED] (hierna: [REDACTED]) en [REDACTED] (hierna: [REDACTED]).

3.4 Het Pensioenfonds heeft op 8 december 2013 aan [REDACTED] facturen gestuurd ter zake de pensioenpremies over de jaren 2012 en 2013. Op elke factuur is vermeld dat het totaalbedrag van de factuur uiterlijk op 22 december 2013 op de bankrekening van het Pensioenfonds moet staan. [REDACTED] heeft deze facturen niet betaald. Volgens het Pensioenfonds is [REDACTED] in gebreke gebleven met de betaling van de verschuldigde pensioenbijdragen van € 173.995,48 over de premiejaren 2012 en 2013.

3.5 Het Pensioenfonds heeft op 5 mei 2017 dwangbevelen aan zowel [REDACTED] als [REDACTED] uitgevaardigd. Deze dwangbevelen zijn bij exploit van 1 juni 2017 aan hen betekend. Het Pensioenfonds heeft in die dwangbevelen [REDACTED] en [REDACTED] op grond van artikel 23 lid 1 Wet Bpf 2000 aansprakelijk gehouden voor de pensioenpremies die [REDACTED] aan het Pensioenfonds verschuldigd is.

4. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1 [REDACTED] hebben verzet gedaan tegen de dwangbevelen van 5 mei 2017 (rov 3.5, hierna: de dwangbevelen). Zij hebben in eerste aanleg in dat verzet gevorderd dat de kantonrechter een verklaring voor recht zal afgeven dat [REDACTED] en [REDACTED] niet als bestuurders aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het onbetaald blijven van de in de dwangbevelen opgenomen premiefacturen van het Pensioenfonds en om de vorderingen tot betaling van de in de dwangbevelen genoemde bedragen, en de bijkomende kosten, af te wijzen.

4.2 De kantonrechter heeft bij vonnis van 31 januari 2018 het verzet van [REDACTED] tegen de dwangbevelen ongegrond verklaard.

5. De motivering van de beslissing in hoger beroep

5.1 Het hof dient ambtshalve te beoordelen of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft in deze zaak, die internationale aspecten heeft vanwege de woonplaats van [REDACTED] en [REDACTED] in [REDACTED] en het vestigingsadres van het Pensioenfonds in Nederland. Dat de Nederlandse

rechter in deze zaak rechtsmacht heeft, kan worden gebaseerd op artikel 4 van de herschikte EEX-Verordening (nr 1215/2012), volgens welk artikel een verweerder in een burgerlijke of handelszaak wordt opgeroepen voor het gerecht van zijn woonplaats.

5.2 De kantonrechter heeft in eerste aanleg Nederlands recht toegepast. Nu hiertegen geen grief is gericht, zal het hof eveneens uitgaan van de toepasselijkheid van het Nederlandse recht.

5.3 Met grief 1 wordt aangevoerd dat [REDACTED] niet is aan te merken als bestuurder (van [REDACTED] in de zin van artikel 23 Wet Bpf 2000.

5.4 Het hof overweegt als volgt. Artikel 23 lid 4 Wet Bpf 2000 bepaalt dat indien een vennootschap die pensioenbijdragen verschuldigd is, niet tijdig een melding van betalingsonmacht heeft gedaan, haar bestuurder persoonlijk aansprakelijk is voor de betaling van de pensioenbijdragen, tenzij hij het wettelijk vermoeden weerlegt dat de niet-betaling aan hem is te wijten. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 23 Wet Bpf 2000 (*Kamerstukken II*, 1999-2000, 27073, nr 3, p 21) blijkt dat de plaats of de functie in het bestuur geen rol speelt en dat dit volgt uit het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur. Zowel de formele als de materiele bestuurder kan hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de pensioenschuld van de vennootschap. Daarnaast zijn ook de gewezen bestuurder en de (mede)beleidsbepaler onder de werking van de regeling gebracht (lid 6)

5.5 In het als productie 3.1 bij de verzetdagvaarding overgelegde uittreksel van de Kamer van Koophandel van [REDACTED], d.d. 28 oktober 2016 staan zowel [REDACTED] als [REDACTED] genoemd als bestuurder sinds 2 mei 2011 (met als datum registratie 6 mei 2011). Weliswaar is voor het antwoord op de vraag of [REDACTED] bestuurder is in de zin van artikel 23 van de Wet Bpf 2000 niet beslissend of hij in het handelsregister stond ingeschreven als bestuurder, maar aan deze inschrijving kan wel het vermoeden worden ontleend dat de ingeschreven persoon, [REDACTED], ook daadwerkelijk bestuurder was. Anders dan in de casus die ten grondslag ligt aan de door [REDACTED] genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 27 juni 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BD5467) is niet gebleken van een handeling van [REDACTED] waaruit kan volgen dat hij op enig moment niet langer als bestuurder in het handelsregister geregistreerd wilde staan. Het vermoeden dat [REDACTED] ook daadwerkelijk bestuurder was, wordt bovendien ondersteund door vermelding van [REDACTED] als bestuurder op de website van de vennootschap en in de verslagen van de curator in het faillissement van [REDACTED]. Daarnaast staat in correspondentie van [REDACTED] dan wel [REDACTED], met onder meer de Belastingdienst (9 juli 2012, productie 2 bij de memorie van grieven), de Nationale Ombudsman (1 augustus 2012, productie 4 bij de memorie van grieven), dat zowel [REDACTED] als [REDACTED] directeuren (bestuurders) van [REDACTED] zijn. Bovendien zijn de jaarverslagen van [REDACTED] over de jaren 2011, 2012 en 2013 (productie 7 bij de memorie van antwoord) zowel door [REDACTED] als [REDACTED] als directeuren, bij wijze van vaststelling van deze stukken, ondertekend. Gelet op deze stukken, lag het op de weg van [REDACTED] om hun verweer dat [REDACTED] in werkelijkheid geen bestuurder was deugdelijk te motiveren. Naar het oordeel van het hof hebben zij dat onvoldoende gedaan. Het enkele feit dat [REDACTED] niet de dagelijkse contacten met opdrachtgevers, werknemers, financiers en diverse instanties had, hetgeen overigens door het Pensioenfonds wordt betwist, maakt niet dat hij niet heeft te gelden als formele bestuurder. Als formele bestuurder is [REDACTED] niet zo goed verantwoordelijk voor het reilen en zeilen van de onderneming. Daar doet niet aan af dat in de praktijk het feitelijk bestuur wellicht niet bij hem lag. Dat [REDACTED] ook niet heeft te gelden als formele bestuurder, is door hem, gelet op voornoemd met schriftelijke stukken onderbouwde standpunt van het

Pensioenfonds, niet dan wel onvoldoende onderbouwd aangevoerd. Het hof is dan ook, evenals de kantonrechter, van oordeel dat ook [REDACTED] als bestuurder van [REDACTED] moet worden aangemerkt. Nu [REDACTED] hun verweer onvoldoende hebben onderbouwd, wordt aan (tegen)bewijslevering niet toegekomen. Grief 1 faalt.

5.6 [REDACTED] hebben in de akte na memorie van antwoord aangegeven dat de grieven 2 en 3 niet alleen afzonderlijk, maar ook in onderling verband dienen te worden gelezen. Het hof zal de grieven gezamenlijk behandelen. Het hof begrijpt dat [REDACTED] met grief 3 hun standpunt handhaven dat het Pensioenfonds op de hoogte was van de financiële situatie van [REDACTED] althans dat zij daarop mochten vertrouwen, en dat daarmee een (aanvullende) melding betalingsonmacht niet meer noodzakelijk was. Daarnaast hebben [REDACTED] op 31 mei 2013 en op 19 november 2013 meldingen van betalingsonmacht (aan de Belastingdienst) gedaan. Met grief 2 richten [REDACTED] zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat [REDACTED] niet aannemelijk hebben gemaakt dat het niet indienen van de melding betalingsonmacht niet aan hen te wijten is en dat zij niet in de gelegenheid worden gesteld om het vermoeden te weerleggen.

5.7 De meldingsplicht van betalingsonmacht voor premieplichtige vennootschappen is geregeld in artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 en is nader uitgewerkt in het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000. Artikel 2 van dit besluit bepaalt dat de mededeling, bedoeld in artikel 23, tweede lid, van de wet schriftelijk wordt gedaan, uiterlijk veertien kalenderdagen na de dag waarop op grond van de regeling omtrent de betaling van de premies, bedoeld in artikel 26 van de Pensioenwet, dan wel op grond van de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds, de bijdrage behoorde te zijn voldaan. Deze meldingsregeling dwingt de bestuurder om in actie te komen wanneer de rechtspersoon in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren. De regeling beoogt te bewerkstelligen dat het pensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin het lichaam verkeert (*Kamerstukken II, 1999/2000, 27 073, nr. 3, p. 20*).

5.8 Tussen partijen is niet in geschil dat de facturen ter zake de pensioenpremies over de jaren 2012 en 2013 op 8 december 2013 aan [REDACTED] zijn verstuurd. Op alle verzonden facturen staat dat het totaalbedrag van die factuur uiterlijk op 22 december 2013 moet zijn betaald. [REDACTED] hebben geen grief gericht tegen de verwerving door de kantonrechter van hun standpunt dat er ten tijde van de ontvangst van deze facturen geen situatie van betalingsonmacht was, zodat in hoger beroep vast staat dat er ten tijde van de ontvangst van de facturen van 8 december 2013 bij [REDACTED] sprake was van een situatie van betalingsonmacht. Op grond van artikel 2 van het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 had de melding betalingsonmacht uiterlijk veertien kalenderdagen na 22 december 2013 aan de stichting moeten zijn gedaan. Tussen partijen is niet in geschil dat [REDACTED] ná het ontvangen van de facturen en vóór 22 december 2013 géén melding betalingsonmacht hebben gedaan.

5.9 [REDACTED] hebben zich op het standpunt gesteld dat er reeds vóór de ontvangst van de facturen een melding betalingsonmacht (aan de Belastingdienst) was gedaan, zodat een melding ná de ontvangst van de facturen achterwege kon blijven. Het hof volgt [REDACTED] niet in dit standpunt. Een melding aan de Belastingdienst staat los van de meldingsplicht conform de wet Bpf en ontslaat de melder niet van de wettelijke verplichting betalingsonmacht te melden aan het Pensioenfonds. De door [REDACTED] in het geding gebrachte meldingen betalingsonmacht van 31 mei 2013 en 19 november 2013 (productie 6 bij de verzetdagvaarding) betreffen meldingen "betalingsonmacht bij belastingen en premies" en

moesten volgens het formulier worden verzonden naar het belastingkantoor waaronder de onderneming valt. Ook uit nummer 3 van beide formulieren volgt dat deze melding betalingsonmacht (loon)belastingaanslagen betrof (1685211.L.02.3740 en 0016.85.211.L.02.3710). Uit de "gebruiksaanwijzing" bij het formulier van 19 november 2013 (ontvangen op 21 november 2013 op het kantoor van de Belastingdienst in Heerlen) volgt dat het formulier uit twee exemplaren bestaat, waarbij het eerste exemplaar dient te worden ingevuld als de loonheffingen of omzetbelasting niet kunnen worden betaald en naar het belastingkantoor waar het bedrijf onder valt dient te worden verzonden. Het tweede exemplaar dient te worden ingevuld indien de bijdragen voor het bedrijfspensioenfonds niet kunnen worden betaald en dient te worden opgestuurd naar het bedrijfspensioenfonds (of naar het uitvoeringsinstituut). Het pensioenfonds heeft als productie 9 bij de memorie van antwoord een voorbeeld van een dergelijk tweede formulier (melding betalingsonmacht heffingen bedrijfspensioenfonds en premies) in het geding gebracht, waaruit volgt dat dit exemplaar dient te worden gestuurd naar het bedrijfspensioenfonds. Uit het voorgaande volgt dat [REDACTED] hadden kunnen en moeten weten dat zij niet konden volstaan met een melding betalingsonmacht aan de Belastingdienst en dat zij er ook niet op mochten vertrouwen dat de Belastingdienst het Pensioenfonds zou informeren over de meldingen van betalingsonmacht. Dat [REDACTED] bij de melding van 31 mei 2013 eveneens pagina 4 van het formulier (betalingsonmacht heffingen bedrijfspensioenfonds en premies) heeft ondertekend, maakt dit niet anders, nu niet is gebleken dat dit formulier aan het Pensioenfonds is verzonden [REDACTED] hebben, gelet op voorgaande "gebruiksaanwijzing" op de formulieren, onvoldoende onderbouwd op grond waarvan zij menen dat de Belastingdienst een doorzend-, dan wel informatieverplichting heeft jegens hen.

5.10 Voor zover [REDACTED] zich nog op het standpunt hebben gesteld dat het Pensioenfonds in de periode vóór de ontvangst van de facturen (door de gevoerde correspondentie ten tijde van het onderzoek) op de hoogte was van de betalingsmoeilijkheden, zodat ook om die reden een melding betalingsonmacht achterwege kon blijven, hebben zij dit standpunt - ook in hoger beroep - gelet op de betwisting door het Pensioenfonds onvoldoende onderbouwd. Het hof komt op dit punt niet toe aan bewijslevering. Ook het standpunt van [REDACTED] dat het Pensioenfonds heeft gehandeld in strijd met het zorgvuldig handelen als bedrijfstakpensioenfonds, omdat het Pensioenfonds hen niet heeft gewezen op een (aanvullende) mededelingsplicht, gaat niet op. De meldingsplicht van betalingsonmacht voor premieplichtige vennootschappen is een wettelijke plicht waarvan zowel [REDACTED] als haar bestuurders op de hoogte dienen te zijn. Het Pensioenfonds behoefde niet eerst [REDACTED] of [REDACTED] op hun mededelingsplicht in geval van betalingsonmacht te wijzen, alvorens een beroep te doen op artikel 23 Wet Bpf 2000. Grief 3 faalt.

5.11 Nu [REDACTED] niet aan haar meldingsplicht heeft voldaan, wordt op grond van artikel 23 lid 4 Wet Bpf 2000 vermoed dat de niet-betaling aan de bestuurders is te wijten. [REDACTED] kunnen slechts tot de weerlegging van dit vermoeden worden toegelaten indien zij aannemelijk maken dat het niet aan hen te wijten is dat [REDACTED] niet aan haar mededelingsplicht heeft voldaan.

5.12 [REDACTED] hebben in grief 2 omstandigheden genoemd waaruit volgens hen volgt dat het niet aan hen te wijten is dat [REDACTED] niet tijdig een melding betalingsonmacht heeft gedaan. Het standpunt van [REDACTED] komt er op neer dat zij sinds juni 2012 te maken kregen met derdenonderzoeken die de Belastingdienst was gestart naar alle aan [REDACTED] (maar met name naar de met de vader van [REDACTED] gelieerde bedrijven, waaronder ook opdrachtgevers van [REDACTED] alsmede met een boekenonderzoek door de Belastingdienst. Op het moment

dat [REDACTED] de facturen voor de pensioenpremies verstuurde, stonden zij onder enorme druk van de Belastingdienst (het boekenonderzoek, het onderzoek naar de overgang van activiteiten naar eerder nieuw opgerichte vennootschappen en gelegde derdenbeslagen), hadden zij te maken met diverse faillissementen van opdrachtgevers en moesten zij aanvullende financiering regelen in verband met een benodigde verklaring omtrent betalingsgedrag. Daarnaast werd de normale druk die de bedrijfsvoering met zich brengt verhoogd door de financiële druk die [REDACTED] te verduren kreeg als gevolg van het noodzakelijkerwijs moeten inschakelen van diverse adviseurs en advocaten.

5.13 Het hof is met het Pensioenfonds van oordeel dat de door [REDACTED] genoemde omstandigheden bij uitstek omstandigheden zijn die maken dat er een melding betalingsonmacht had moeten worden gedaan aan het Pensioenfonds. Kennelijk waren - naar eigen zeggen van [REDACTED] - er in de betreffende periode ook adviseurs en advocaten betrokken bij de problemen die [REDACTED], dan wel [REDACTED] hadden met de Belastingdienst. Tegen die achtergrond acht het hof het niet aannemelijk dat [REDACTED] geen melding betalingsonmacht aan het Pensioenfonds hadden kunnen doen, dan wel hadden kunnen laten doen door hun adviseurs dan wel advocaten. De door [REDACTED] genoemde omstandigheden kunnen - zonder nadere bijkomende omstandigheden - dan ook niet het oordeel dragen dat het niet aan [REDACTED] te wijten is dat [REDACTED] niet tijdig een melding betalingsonmacht heeft gedaan. Het hof komt dan ook niet toe aan een bewijsopdracht op dit punt. Grief 2 faalt.

5.14 [REDACTED] hebben zich in hun akte na memorie van antwoord nog op het standpunt gesteld dat het beroep van het Pensioenfonds op het ontbreken van een rechtsgeldig gedane mededeling van de betalingsonmacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daaraan leggen zij ten grondslag dat het Pensioenfonds bewust de betalingsonmacht van [REDACTED] in de hand heeft gewerkt, door nadat [REDACTED] de facturen had ontvangen geen betalingsregeling te willen treffen en vervolgens het faillissement aan te vragen. De in art. 347 lid 1 Rv besloten twee-conclusie-regel brengt mee dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op grieven die in een later stadium dan in de memorie van grieven worden aangevoerd. Omstandigheden die een uitzondering op deze in beginsel strakke regel rechtvaardigen zijn door [REDACTED] niet gesteld en zijn het hof ook anderszins niet gebleken. Reeds om die reden strandt dit standpunt. Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat [REDACTED] dit standpunt tegen de achtergrond van de omstandigheid dat er in de periode vóór de ontvangst van de facturen van het Pensioenfonds al betalingsmoeilijkheden waren (zie de meldingen aan de Belastingdienst) en gelet op de betwisting door het Pensioenfonds onvoldoende hebben onderbouwd.

6. De slotsom

6.1 De grieven falen. Het bestreden vonnis van 31 januari 2018 zal worden bekrachtigd.

6.2 Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof [REDACTED] in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

De kosten vóór de procedure in hoger beroep aan de zijde van het Pensioenfonds zullen worden vastgesteld op

- griffierecht	€ 726,-
totaal verschotten	€ 726,-
- salaris advocaat	€ 1.611,- (1,5 punten x tarief 11)

6.3 Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

7. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep,

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter (rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht) van 31 januari 2018;

veroordeelt [REDACTED] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van het Pensioenfonds vastgesteld op € 726,- voor verschotten en op € 1.611,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

veroordeelt [REDACTED] in de nakosten, begroot op € 157,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82,- in geval [REDACTED] niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na aanschrijving én betekening;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.F.F. Hillen, S.B. Boorsma en B.J. Engberts, is bij afwezigheid van de voorzitter ondertekend door mr. S.B. Boorsma en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 8 oktober 2019.



Uitgegeven voor grosse
op 8 oktober 2019
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden MV