

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.260.212/01

Zaaknummer rechtbank : 7214888 \ CV EXPL 18-39448

arrest van 15 september 2020

inzake

[REDACTED]
wonende te Rotterdam,
appellant,
hierna te noemen: [REDACTED]
advocaat: mr. [REDACTED]

tegen

Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
hierna te noemen: StiPP,
advocaat: mr. [REDACTED] te Den Haag.

Het geding

Bij exploit van 16 mei 2019 is [REDACTED] in hoger beroep gekomen van een door de kantonrechter Rotterdam tussen partijen gewezen vonnis in verzet van 8 maart 2019 (hierna: het bestreden vonnis). Bij memorie van grieven heeft [REDACTED] zes grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord met producties heeft StiPP de grieven bestreden.

Vervolgens heeft StiPP de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

2.1 De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis feiten vastgesteld onder 2.2. tot en met 2.6. Voor zover deze, met uitzondering van de betwiste feiten in de grieven 1 en 2, niet in het geschil zijn, zal ook het hof daarvan uitgaan. Het gaat in deze zaak om het volgende:

2.2 [REDACTED] is sinds 27 maart 2015 enig bestuurder van [REDACTED]. ([REDACTED]) en is daarmee ook bestuurder als bedoeld in artikel 23, zesde lid, van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf). [REDACTED] was werkgever in de zin van de Wet Bpf. [REDACTED] is gebonden aan het Uitvoeringsreglement Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (hierna: het Uitvoeringsreglement). Over de periode 1 oktober 2016 tot en met 31 januari 2017 (hierna: de relevant periode) is [REDACTED] voor haar werknemers pensioenpremies verschuldigd aan StiPP. Volgens opgave van StiPP bedragen deze premies per de navolgende factuurdatum als volgt.

Factuurdatum	Vervaldatum	Bedrag in €
29-01-2017	12-02-2017	20.108,83
29-01-2017	12-02-2017	20.631,26
29-01-2017	12-02-2017	41.239,19
25-02-2017	11-03-2017	19.415,19
	<i>totaal</i>	101.395,20

2.3 De pensioenpremies over de relevante periode zijn niet voldaan. [REDACTED] heeft geen mededeling aan StiPP gedaan dat zij niet tot betaling in staat is als bedoeld in artikel 23 lid 2 van de Wet Bpf (melding van betalingsonmacht).

2.4 Op 31 januari 2017 zijn onderzoeken verricht in het kader van een strafrechtelijk onderzoek naar fraude in de uitzendbranche. De administratie van [REDACTED] is in beslag genomen en er is conservatoir beslag gelegd op onder andere debiteuren, kasgeld en banksaldi. Dit maakte het voor [REDACTED] onmogelijk de onderneming op dat moment voort te zetten. Strafrechtelijk beklag tegen de beslagen is ongegrond verklaard, waarna op 11 april 2017 surseance van betaling is verleend en op 7 juli 2017 het faillissement van [REDACTED] is uitgesproken.

2.5 Bij aangetekende brief van 11 juli 2018 heeft StiPP [REDACTED] hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de niet-betaalde pensioenpremie over de relevante periode, vermeerderd met rente en kosten, en hem gemaand tot betaling. Betaling is uitgebleven.

2.6 Op 23 juli 2018 heeft StiPP een dwangbevel tegen [REDACTED] uitgevaardigd ter zake de achterstallige pensioenbijdragen over de relevante periode ad € 101.395,20 in hoofdsom, te vermeerderen met de wettelijke rente, buitengerechtelijke kosten en de kosten van het dwangbevel. Het dwangbevel is op 16 augustus 2018 aan [REDACTED] betekend.

3.1 Bij dagvaardingsexploot van 24 augustus 2018 is [REDACTED] in verzet gekomen tegen het dwangbevel en de tenuitvoerlegging daarvan. Bij het bestreden vonnis heeft de kantonrechter het verzet ongegrond verklaard.

4.1 In zijn memorie van grieven heeft [REDACTED] zes grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd. Geen grief is gericht tegen de vaststelling dat [REDACTED] geen melding van betalingsonmacht heeft gedaan als bedoeld in artikel 23 lid 2 Wet Bpf. Dat staat dan ook in hoger beroep vast.

4.2 [REDACTED] betwist de hoogte van de pensioenpremies van € 101.395,20 in hoofdsom en betwist dat de premies aan [REDACTED] zijn gefactureerd op 29 januari 2017 en 25 februari 2017 (grief 1). Het werkproces beschreven onder 2.6 van het bestreden vonnis wordt bij gebrek aan wetenschap betwist. In het bijzonder heeft er volgens [REDACTED] geen terugkoppeling plaatsgevonden na de premie-aangiften eind 2016 en 2017, waardoor [REDACTED] er niet vanuit hoefde te gaan dat de facturen daags na de aangiften zouden volgen (grief 2). [REDACTED] wist niet dat er betaald moest worden na de premie-aangifte of loonbetaling, er is tijdig aangifte gedaan. StiPP heeft - onverwacht - de facturen voor de relevante periode in een keer verzonden. [REDACTED] heeft door de inval die facturen niet ontvangen. Bovendien is [REDACTED] in verzekering gesteld waarbij beperkende maatregelen waren opgelegd. Het was dus onmogelijk voor [REDACTED] en [REDACTED] om kennis te nemen van de facturen, laat staan dat zij konden weten van drie facturen die in een maand tijd werden verzonden. Noch konden zij weten van de inval op 31 januari 2017 en dat

zij daardoor vleugellam zouden raken. [REDACTED] heeft als bestuurder niet verwijtbaar gehandeld en er is geen sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur als bedoeld in artikel 23 lid 4 Wet Bpf. Bovendien is de toewijzing van de vordering van StiPP, mocht die al komen vast te staan, gelet op alle omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Daarom heeft de kantonrechter ten onrechte overwogen dat [REDACTED] hoofdelijk aansprakelijk is voor de premieschuld (grief 3 en grief 5). Op StiPP rustte daarnaast een eigen onderzoeksplicht toen betaling door [REDACTED] uitbleef (grief 4). Grief 6 betreft een restgrief die zich tevens richt tegen de toegewezen wettelijke rente en buitengerechtelijke kosten.

Mededelingsplicht [REDACTED]

4.3 Het hof stelt voorop dat uit artikel 23 lid 2 Wet Bpf volgt dat [REDACTED] onverwijld nadat is gebleken dat zij niet tot betaling van de pensioenpremies aan StiPP in staat is, daarvan mededeling moet doen aan StiPP. Deze mededelingsplicht is in de wet opgenomen om de bestuurder van de werkgever te dwingen in actie te komen zodat het bedrijfstakpensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte raakt van de betalingsmoeilijkheden (zie MvT, Kamerstukken II 1999/00, 27073, nr. 3, p. 20). In ieder geval dient op grond van artikel 2 van het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 (hierna: het Besluit meldingsregeling) de mededeling plaats te vinden uiterlijk veertien kalenderdagen na de dag waarop de premie voldaan had behoren te zijn conform de betalingstermijnen, en moet inzicht worden gegeven in de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de pensioenbijdrage niet kan worden betaald. Indien [REDACTED] niet of niet op juiste wijze aan de mededelingsplicht heeft voldaan, is [REDACTED] als bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor de betreffende premiebetalingen, met dien verstande dat wordt vermoed dat de niet-betaling aan hem als bestuurder te wijten is. [REDACTED] kan in dat geval dit vermoeden alleen weerleggen als hij eerst aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat [REDACTED] niet aan haar mededelingsplicht heeft voldaan. [REDACTED] kan alleen worden aangesproken als [REDACTED] met de betaling van de premiebijdragen in gebreke is (lid 5).

4.4 StiPP heeft gesteld en (onder meer ter comparitie in eerste aanleg) gemotiveerd toegelicht hoe het proces van betaling van pensioenpremies bij StiPP in grote lijnen verloopt. De werkgever houdt pensioenpremies in op het loon van zijn werknemers (artikel 2.2 lid 1 Uitvoeringsreglement). Na afloop van een kalendermaand geeft de werkgever aan StiPP door voor welke werknemer hij welk bedrag moet afdragen (premie-aangifte), dit gaat via de website van StiPP (artikel 4.1 lid 1 en 2 Uitvoeringsreglement). StiPP controleert de aangeleverde gegevens geautomatiseerd en geeft een terugkoppeling, waaruit blijkt of alle gegevens juist konden worden verwerkt. Voor zover de gegevens juist bevonden worden, wordt geautomatiseerd een factuur voor de pensioenpremie opgesteld en verzonden. De werkgever is verplicht de door StiPP vastgestelde premie binnen 14 dagen na de factuurdatum te voldoen (artikel 3.1 Uitvoeringsreglement). Volgens StiPP verloopt tussen de premie-aangifte en het opmaken en verzenden van de factuur een periode van een paar dagen.

4.5 Uit het hiervoor beschreven proces blijkt dat op korte termijn, binnen enkele dagen, na de premie-aangifte een factuur met de verschuldigde bedragen conform die aangifte mag worden verwacht. [REDACTED] heeft dit proces en de stelling dat StiPP al jarenlang zo ten opzichte van [REDACTED] heeft gehandeld enkel betwist 'bij gebreke van wetenschap'. Dit is een onvoldoende betwisting. Het werkproces van StiPP is overeenkomstig het Uitvoeringsreglement, zoals gespecificeerd onder 4.4. Dat volgens dat werkproces binnen enkele dagen na premie-aangifte door de werkgever een factuur volgt, vindt bovendien

bevestiging in de korte termijn die zit tussen de premie-aangifte namens [REDACTED] op 25 januari 2017 respectievelijk 20 februari 2017 en de nota's van StiPP met als factuurdatum 29 januari 2017 en 25 februari 2017.

4.6 Premie-aangifte heeft [REDACTED] laten doen door het daartoe door haar ingeschakelde bedrijf Your Talent. Your Talent heeft, zulks is onbetwist gebleven, op 25 januari 2017 premie-aangifte gedaan over de maanden oktober, november en december 2016 en op 20 februari 2017 over de maand januari 2017. Het voorgaande betekent overigens dat te laat premie-aangifte is gedaan voor de maanden oktober en november 2016.

4.7 Gelet op het voorgaande behoorden [REDACTED] en ook [REDACTED] als haar bestuurder te weten dat kort na de premie-aangifte die op 25 januari 2017 in opdracht en op naam van [REDACTED] was gedaan, facturen voor de premiebetalingen met een betalingstermijn van veertien dagen na de factuurdatum konden worden verwacht, zulks conform die premie-aangifte, en dat dienovereenkomstig tijdige betaling moest plaatsvinden.

4.8 [REDACTED] voert aan dat [REDACTED] nimmer een terugkoppeling van StiPP heeft ontvangen waardoor [REDACTED] ervan uit mocht gaan dat er geen facturen zouden volgen. StiPP heeft dit gemotiveerd weersproken. Dit betoog van [REDACTED] faalt. StiPP heeft immers onweersproken gesteld dat [REDACTED] over de maanden oktober tot en met december 2016 al premies had ingehouden op de lonen van haar werknemers ten behoeve van de afdracht aan het bedrijfspensioenfonds. [REDACTED] hield er dus – nadat door Your Talent namens haar de gebruikelijke digitale premie-aangifte was gedaan – ook rekening mee dat die premie-afdracht, zoals gebruikelijk was, moest worden gedaan. Waarop een eventueel vertrouwen is gebaseerd dat die gereserveerde premie-inhoudingen niet moesten worden afgedragen, zoals door [REDACTED] is aangevoerd, is niet onderbouwd.

4.9 Op 31 januari 2017 is de administratie van [REDACTED] in beslag genomen en is conservatoir beslag gelegd op onder andere debiteuren, kasgeld en banksaldi waardoor [REDACTED] geen betalingen meer kon verrichten. Anders dan [REDACTED] in grief 3 betoogt is relevant dat op die datum [REDACTED] al premie-aangifte had gedaan. Zoals hiervoor onder 4.7 is overwogen, behoorde zij daarmee te weten, zelfs indien zij nog geen factuur had ontvangen, dat betaling van de aangegeven premies op korte termijn nog moest plaatsvinden. Op 31 januari 2017 wist [REDACTED] eveneens dat zij vanwege de gelegde beslagen geen betaling meer aan crediteuren kon verrichten, dus ook geen betaling van de pensioenpremies aan het pensioenfonds, en dat zij met die betaling – al dan niet tijdelijk – in gebreke zou blijven. Op [REDACTED] rustte dan ook de verplichting om *onverwijld* nadat was gebleken dat zij – tijdelijk of definitief – niet tot betaling van de pensioenpremies aan StiPP in staat was, daarvan mededeling te doen aan StiPP. Deze mededelingsplicht is immers in de wet opgenomen om de bestuurder van de werkgever te dwingen in actie te komen zodat het bedrijfstakpensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte raakt van de betalingsmoeilijkheden. Van [REDACTED] had dan ook mogen worden verwacht dat zij die melding van betalingsonmacht *onverwijld* na 31 januari 2017 had gedaan. Voor de melding van betalingsonmacht is, zoals de kantonrechter terecht heeft overwogen, niet noodzakelijk dat [REDACTED] over administratie beschikte, althans niet gesteld of gebleken is welke administratie [REDACTED] ontbeerde om de vereiste mededeling te kunnen doen. Dit klemde temeer nu [REDACTED] door middel van Your Talent wel in staat is geweest om nog een premie-aangifte te doen op 20 februari 2017. De beslaglegging kan dan ook niet gelden als een onvoorziene omstandigheid of overmacht die [REDACTED] zou beletten om aan haar mededelingsplicht te voldoen. De vraag wanneer een melding van betalingsonmacht door [REDACTED]

■ nog wel onverwijld zou zijn gedaan dan wel wanneer de uiterlijke termijn van 14 dagen na de datum van de factuur zou zijn verstreken, kan hier in het midden blijven nu ■ in het geheel geen melding heeft gedaan. Daarmee wordt ook het verweer verworpen dat melding van betalingsonmacht niet mogelijk was omdat haar bestuurder ■ in alle beperkingen in detentie heeft gezeten. Ook dit betreft een tijdelijke omstandigheid die niet rechtvaardigt dat er nooit een melding is gedaan. Ten slotte kan hier in het midden blijven of ■ al eerder, op de data waarop de loonbetalingen aan de werknemers plaatsvonden, heeft geweten dat er betaald moest worden; bij het vaststellen van een eerdere datum dan 31 januari 2017 voor de mededelingsplicht heeft ■ ook geen enkel belang.

4.10 Met grief 4 betoogt ■ nog dat StiPP een eigen onderzoeksplicht heeft bij het uitblijven van tijdige premiebetaling. Dat betoog faalt. Tegen de achtergrond van de wettelijke mededelingsplicht van betalingsonmacht voor premieplichtige vennootschappen, waarvan zowel ■ als ■ in zijn hoedanigheid als bestuurder van de vennootschap op de hoogte moet zijn, ligt het aannemen van een onderzoeksplicht aan de zijde van StiPP niet in de rede. Bovendien is daartoe geen enkele grondslag te vinden in de wet of jurisprudentie. Het hof verwijst onder andere naar zijn eerdere uitspraak van 3 juni 2014 (ECLI:NL:GHDHA:2014:1860) waarin is geoordeeld dat nu de mededelingsplicht van betalingsonmacht een wettelijke plicht is, het niet op de weg van het pensioenfonds ligt om de vennootschap en haar bestuurder te wijzen op deze mededelingsplicht. Het ligt dan ook 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, ook als de vennootschap verder altijd tijdig premies heeft betaald of zoals in het geval van ■ er belemmerende omstandigheden zijn voor betaling die mogelijk in de media aandacht hebben gekregen. Feitelijk onjuist is bovendien dat StiPP onverwachts drie facturen heeft verstuurd en dat dit tot een onderzoeksplicht harerzijds zou moeten leiden; deze facturen zijn eerst verzonden ten aanzien van de maanden oktober, november en december 2016 nadat hiertoe op 25 januari 2017 namens ■ premie-aangifte was gedaan en deze aangifte, zoals hiervoor onder 4.6 is overwogen, te laat was gedaan voor de maanden oktober en november 2016.

Aansprakelijkheid ■

4.11 Ingevolge het Uitvoeringsreglement is ■ als werkgever verplicht de door StiPP vastgestelde premie binnen 14 dagen na de factuurdatum te voldoen (artikel 3.1 Uitvoeringsreglement). Verder is ■ bij niet-tijdige betaling na het enkele verloop van de termijn in verzuim (artikel 3.2 Uitvoeringsreglement). Beslissend voor de aanvang van de termijn waarbinnen betaling moet plaatsvinden is dus de factuurdatum van de premie-nota's en niet het moment waarop deze zijn verzonden of ontvangen. Dit betekent dat ■ in ieder geval ten tijde van de aansprakelijkheidstelling van ■ op 11 juli 2018 in gebreke was (zoals bedoeld in artikel 23 lid 5 Wet Bpf) ter zake van de premie-afdracht van de facturen d.d. 19 januari 2017 en 25 februari 2017 en zij bovendien niet aan haar wettelijke mededelingsplicht had voldaan. Dit leidt ertoe dat ■ als bestuurder ingevolge artikel 23 lid 4 Wet Bpf aansprakelijk is, en wordt vermoed dat de niet-betaling aan hem als bestuurder te wijten is. ■ kan dat vermoeden alleen weerleggen als hij eerst aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat ■ niet aan haar mededelingsplicht heeft voldaan. Hetgeen hij daartoe heeft aangevoerd (kort gezegd: de facturen hebben noch hem, noch ■ bereikt, de administratie was in beslaggenomen en hij heeft gedurende zekere tijd in detentie in alle beperkingen gezeten), is in het licht van hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen over de mededelingsplicht en de betalingsverplichting van ■ op grond van de artikelen 3.1 en 3.2 van het

Uitvoeringsreglement, onvoldoende om dat vermoeden te weerleggen. Evenmin kan op grond hiervan worden aangenomen dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van [REDACTED] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. [REDACTED] stelt nog dat voldaan moet zijn aan het vereiste van verwijtbaar handelen (waaraan volgens hem niet is voldaan), maar dit miskent het eerdergenoemde uitgangspunt dat *vanwege* het vaststaande feit dat door [REDACTED] geen rechtsgeldige melding van betalingsonmacht is gedaan, sprake is van een wettelijk vermoeden dat de niet-betaling van de premies aan [REDACTED] als bestuurder is te wijten. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen, kan [REDACTED] niet worden toegelaten tot weerlegging van dat vermoeden omdat vaststaat dat – kort gezegd – niet is voldaan aan de vereiste mededelingsplicht. Ook wordt in dat verband niet de – additionele – eis gesteld dat er sprake moet zijn van door StiPP te bewijzen ‘kennelijk onbehoorlijke bestuur’.

4.12 Uit het voorgaande volgt dat grief 1 (voor zover die grief ziet op de betwisting van de factuurdatta) en de grieven 2 tot en met 5 falen. Voor zover grief 1 de hoogte van de premiebedragen betwist, faalt deze ook omdat in de onderhavige procedure (verzet tegen dwangbevel) de hoogte van die bedragen niet opnieuw kan worden vastgesteld. [REDACTED] heeft ter zake niets concreets aangevoerd, zodat ook om die reden de grief niet kan slagen. Grief 6 betreft een restgrief die ten opzichte van de eerdere grieven niets nieuws bevat dan wel onvoldoende gemotiveerd is om te kunnen slagen voor zover het de bestreden toewijzing van de wettelijke rente en buitengerechtelijke kosten in eerste aanleg betreft. Ook grief 6 faalt daarom.

4.13 Het bewijsaanbod van [REDACTED] wordt gepasseerd, aangezien hij geen concrete feiten te bewijzen heeft aangeboden die, indien deze worden bewezen, kunnen leiden tot een andere beslissing.

4.14 Nu de grieven falen zal het hof de beschikking van de kantonrechter bekrachtigen. [REDACTED] zal als de in hoger beroep in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep, vermeerderd met de daarover gevorderde wettelijke rente.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de kantonrechter Rotterdam van 8 maart 2019;
- veroordeelt [REDACTED] in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van StiPP tot op heden begroot op € 5.382,- aan verschotten en € 6.322,- aan salaris advocaat (2 punten tarief V), en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW verschuldigd is vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;
- verklaart deze beschikking ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad; en
- wijst het meer of anders verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door mrs. M.D. Ruizeveld, R.S. van Coevorden van M.J. van Cleef-Metsaars en is ondertekend en uitgesproken door mr. J.E.H.M. Pinckaers, rolraadsheer, ter openbare terechtzitting van 15 september 2020 in aanwezigheid van de griffier.

Voor grosse aan: M.H. Misscher
Ongegeven aan mr.
Advocaat van het Geding
De Griffier van het Geding
te Den Haag