

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

In literatuur en rechtspraak die betrekking heeft op art. 23 Wet verplichte deelneming in een Bedrijfstakpensioenfonds 2000 wordt slechts op beperkte schaal gekeken naar en/of een vergelijking gemaakt met de fiscale (of sociaalzekerheidsrechtelijke) tegenhanger van de meldingsregeling en de op die terreinen gewezen jurisprudentie. Aangezien deze regelingen dezelfde achtergrond hebben en alle drie voortkomen uit de tweede antimisbruikwet, wekt dit bevreemding. In dit artikel wordt nagegaan of er knelpunten zijn met betrekking tot art. 23 Wet Bpf 2000 waarvoor de oplossing ligt in de toepassing van art. 36 Invorderingswet 1990.

1. Inleiding

Uitgangspunt in de Nederlandse wetgeving is dat rechtspersonen een afgescheiden vermogen hebben en een rechtspersoon haar eigen verplichtingen draagt. De wet kent hierop uitzonderingen, zoals de regeling die is neergelegd in art. 23 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (hierna Wet Bpf 2000), die kunnen leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid.² Deze regeling ziet op de bijdragen ter zake van deelneming in een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds verschuldigd door een rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam dat volledig rechtsbevoegd is, voor zover het aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen.³ Het voorkomen van misbruik van rechtspersonen wordt als rechtvaardiging gezien voor deze bestuurdersaansprakelijkheid.⁴

De in art. 23 Wet Bpf 2000 opgenomen regeling is een inhoudelijke voortzetting van art. 18b Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds van 17 maart 1949.⁵ Art. 18b werd aan laatstgenoemde wet toegevoegd bij wet van 21 mei 1986.⁶ Deze wet bevat niet enkel een regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid ten aanzien van de bijdragen uit hoofde van verplichte deelneming in een bedrijfs(tak)pensioenfonds, maar voerde ook bestuurdersaansprakelijkheden in binnen de fiscale

en socialezekerheidswetgeving.⁷ Vanaf 1 juni 1990 is de fiscale variant van art. 23 Wet Bpf 2000 opgenomen in art. 36 Invorderingswet 1990 (hierna IW 1990).⁸

De meldingsregeling van art. 23 Wet Bpf 2000 is van groot belang nu het niet op juiste wijze voldoen aan de meldingsplicht tot verre gaande aansprakelijkheid van de bestuurder leidt. Regelmatig wordt hierover, meer in het bijzonder over de vraag of tijdig en juist is gemeld, geprocedeerd. Ik heb getracht enkele knelpunten die voortvloeien uit deze meldingsregeling in kaart te brengen.

Daarbij viel op dat er slechts op beperkte schaal in rechtspraak alsmede in literatuur, die betrekking heeft op art. 23 Wet Bpf 2000, gekeken wordt naar en/of een vergelijking wordt gemaakt met de fiscale (of socialezekerheidsrechtelijke) tegenhanger en de op die terreinen gewezen jurisprudentie. Aangezien deze regelingen dezelfde achtergrond kennen en alle drie voortkomen uit de eerder aangehaalde tweede antimisbruikwet, wekt dit bevreemding.

Een voorbeeld van een parallel tussen de civiele en fiscale regeling vormt de uitspraak van de Hoge Raad van 24 november 2017 waarin de vraag voorlag of een gedane melding betalingsonmacht op de voet van art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 ook ziet op toekomstige premieverplichtingen.⁹ De Hoge Raad verwees daarin expliciet naar zijn eerdere uitspraak van 16 maart 2007 voor een vergelijkbare toepassing van art. 36 lid 2 IW 1990.¹⁰

1.1 Vraagstelling

Uit het vorenstaande volgt dat de Hoge Raad eenzelfde of in ieder geval een soortgelijke rechtsvraag tweemaal

1 Mw. M. Murrer is advocaat bij RRA.

2 Mr. B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor premieschulden aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds', *TPV* 2015/44 (inleiding).

3 *Asser/Lutjens 7-XI* 2016/468.

4 Mr. B. Degelink, *ArbeidsRecht* 2014/31, p. 10. *Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 3-4, p. 1, p. 3-4.

5 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27073, 3, p. 20. Mr. B. Degelink, *TPV* 2015/44, par. 1.2.

6 *Stb.* 1986, 276. Nadere wijziging van enige sociale verzekeringswetten, de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds en enige fiscale wetten in verband met misbruik van rechtspersonen. Deze wet is ook bekend als de tweede antimisbruikwet.

7 Raaijmakers 2014, p. 328-329. Wirschell/Huijig, *T&C Pensioenrecht*, art. 23 Wet Bpf 2000, aant. 1.

8 *Stb.* 1990, 221 en *Stb.* 1990, 222, V-N 1990/1822, 20.

9 HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019, r.o. 5.3, *NJ* 2017/468. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend door aan te geven dat zolang er nog sprake is van een betalingsachterstand, niet opnieuw een zodanige melding behoeft te worden gedaan, tenzij het bedrijfstakpensioenfonds de betalingsplichtige na ontvangst van een betaling schriftelijk doet weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten.

10 HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6635, r.o. 4.2, *NJ* 2007/164. In deze zaak had de Hoge Raad ten aanzien van een melding betalingsonmacht op grond van art. 36 lid 2 IW 1990 geoordeeld dat de IW 1990 noch het Uitvoeringsbesluit IW 1990 met zoveel woorden bepaalt dat een tijdige melding van betalingsonmacht slechts gelding heeft voor belasting die ten tijde van die melding al behoorde te zijn afgedragen of voldaan. De Hoge Raad overwoog voorts dat een redelijke wetsuitleg meebrengt dat met betrekking tot een belasting waarvoor een tijdige melding van betalingsonmacht is gedaan, niet opnieuw een melding behoeft te worden gedaan zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij de Ontvanger de belastingplichtige na ontvangst van de betaling schriftelijk doet weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Overigens had ook A-G Timmerman in zijn conclusie van 8 september 2017 al expliciet naar deze uitspraak van HR 16 maart 2007 verwezen: PHR 8 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:986, r.o. 5.8 en 5.9.

heeft beantwoord, namelijk met betrekking tot art. 36 lid 2 IW 1990 alsook met betrekking tot art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000. Daarom komt de vraag op of bij het oplossen van de knelpunten en/of bij het procederen over de meldingsregeling van art. 23 Wet Bpf 2000, niet vaker acht geslagen moet worden op de fiscale variant.

Ik zal in dit artikel nagaan of knelpunten met betrekking tot de meldingsregeling van art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 opgelost worden door acht te slaan op de regeling van art. 36 lid 2 IW 1990 en de daarbij behorende literatuur en jurisprudentie. Ik vergelijk enkel de civiele regeling (art. 23 Wet Bpf 2000) met de fiscale regeling (art. 36 IW 1990). Ik behandel daarbij enkele knelpunten, zonder daarbij de indruk te willen wekken een volledig overzicht te geven van alle bestaande knelpunten.

1.2 Plan van aanpak

In par. 2 ga ik in op het schriftelijkheidsvereiste dat de civiele meldingsregeling van art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 en de fiscale regeling van art. 36 lid 2 IW 1990 (lijken te) kennen. Daarbij doe ik een aanbeveling tot wijziging van de civiele regeling. Tevens geef ik aan in hoeverre er een verschil bestaat tussen het schriftelijkheidsvereiste in beide regelingen en ga ik na of daarvoor een rechtvaardiging bestaat. In par. 3 bespreek ik in hoeverre een meldingsverplichting bestaat in faillissementssituaties en bezie ik of er een verschil bestaat tussen de civiele en de fiscale regeling. Ook daarbij wordt een aanbeveling gedaan met betrekking tot beide regelingen. Tot slot, in par. 4, ga ik in op de situatie dat betalingsonmacht pas ontstaat méér dan twee weken ná het uiterlijke betaalmoment en bezie ik hoe hiermee omgegaan wordt, althans dient te worden, nu de tekst van art. 23 Wet Bpf 2000 en art. 36 IW 1990 niet in deze situatie voorziet. Uiteraard wordt dit artikel afgerond met een conclusie.

2. Het schriftelijkheidsvereiste

2.1 Het schriftelijkheidsvereiste in de civiele regeling

Ingevolge art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 dient een lichaam (als bedoeld in lid 1 van het artikel) onverwijld, nadat gebleken is dat het niet tot betaling in staat is, daarvan mededeling te doen aan het bedrijfstakpensioenfonds. Deze regeling geldt enkel voor de bijdrage die verschuldigd is aan verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds. Indien het bedrijfstakpensioenfonds dit verlangt, verstrekt het lichaam nadere inlichtingen en legt het stukken over. Krachtens algemene maatregel van bestuur (hierna AMvB) worden nadere regels gesteld met betrekking tot de inhoud van de mededeling, de aard en de inhoud van de te verstrekken inlichtingen en de over te leggen stukken alsmede de termijnen waarbinnen het doen van een mededeling, het verstrekken van de inlichtingen en het overleggen van de stukken dienen te geschieden. Deze nadere regels zijn opgenomen in het Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000 (hierna Meldingsregeling).¹²

11 Asser/Lutjens 7-XI 2016/465. Mr. B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor premieschulden aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds', *TPV* 2015/44, par. 7.

12 *Stb.* 2000, 631 en gewijzigd blijkens *Stb.* 2006, 709.

Art. 2 lid 1 Meldingsregeling bepaalt dat betalingsonmacht schriftelijk gemeld moet worden. Dit schriftelijkheidsvereiste vloeit dus niet voort uit de Wet Bpf 2000, maar uit de Meldingsregeling.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de meldingsregeling de bestuurder van het lichaam tot actie dient te dwingen wanneer het lichaam in betalingsmoeilijkheden komt te verkeren. Ook blijkt uit de memorie van toelichting dat de regeling beoogt te bewerkstelligen dat het bedrijfstakpensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin het lichaam verkeert. Het bedrijfstakpensioenfonds kan zich dan, mede op grond van de overgelegde gegevens en de verkregen inlichtingen, beraden op de opstelling die het ten aanzien van het lichaam zal voeren.¹³

De gevolgen van het tijdig en correct voldoen aan de meldingsplicht zijn groot. Indien aan de meldingsplicht is voldaan, is een bestuurder slechts aansprakelijk indien aannemelijk is dat het niet-betalen van de bijdrage het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van de melding (art. 23 lid 3 Wet Bpf 2000). Indien daarentegen niet aan de meldingsplicht is voldaan, wordt vermoed dat de niet-betaling aan de bestuurder te wijten is. Enkel indien de bestuurder aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat er geen tijdige en correcte melding heeft plaatsgevonden, wordt hij toegelaten tot het weerleggen van het vermoeden van de verwijtbaarheid van kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000).¹⁴

Een mogelijk knelpunt van deze regeling is de vraag of het schriftelijkheidsvereiste strikt geïnterpreteerd dient te worden, of dat bijvoorbeeld een telefoontje volstaat. In de praktijk volstaat een telefonische mededeling of een mededeling in een bespreking niet.¹⁵

Dit (mogelijke) knelpunt acht ik relevant, nu aan het aansprakelijk stellen van bestuurders regelmatig ten grondslag wordt gelegd dat de betalingsonmacht niet of niet rechtsgeldig is gemeld.¹⁶

Om dit nader te beoordelen, ga ik eerst in op het schriftelijkheidsvereiste in de fiscale regeling.

13 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27073, 3, p. 20. Wirschell/Huijg, *T&C Pensioenrecht*, art. 23 Wet Bpf 2000, aant. 2. Asser/Lutjens 7-XI 2016/472. Mr. B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremie', *ArbeidsRecht* 2014/31, p. 10.

14 Mr. B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor premieschulden aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds', *TPV* 2015/44, par. 5.

15 Mr. B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor premieschulden aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds', *TPV* 2015/44, par. 2.1.

16 Raaijmakers 2014, p. 331.

2.2 **Het schriftelijkheidsvereiste in de fiscale regeling**
Art. 36 lid 1 IW 1990 bepaalt wanneer de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid geldt.¹⁷

Het schriftelijkheidsvereiste is opgenomen in art. 36 lid 2 IW 1990, dus niet in een AMvB. Desondanks bevat art. 36 lid 2 IW 1990 – net als art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 – een verwijzing naar een AMvB waarin nadere regels worden gesteld met betrekking tot de inhoud van de mededeling, de aard en inhoud van de te verstrekken inlichtingen en de over te leggen stukken, alsmede de termijnen waarbinnen het doen van een mededeling, het verstrekken van de inlichtingen en het overleggen van de stukken dienen te geschieden. Dit alles is neergelegd in het Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990 (hierna UBIW 1990).¹⁸ Het UB IW 1990 kent geen schriftelijkheidsvereiste. Tot 1996 bevatte art. 7 UB IW 1990 wél een schriftelijkheidsvereiste.¹⁹ Dit is bij Besluit van 21 december 1995 vervallen.²⁰ De Hoge Raad oordeelde namelijk in zijn uitspraak van 25 september 1991 dat het schriftelijkheidsvereiste verbindende kracht mist.²¹ Uit de memorie van toelichting waarnaar de Hoge Raad verwees, bleek dat de bij of krachtens AMvB te geven nadere uitvoeringsvoorschriften slechts betrekking kunnen hebben op de inhoud van de mededeling, de aard en de inhoud van de over te leggen stukken en de termijnen waarbinnen de mededeling, het verstrekken van inlichtingen en de overlegging van stukken dienen te geschieden, kortom: op de in de wet genoemde elementen van de mededeling.²²

Ook de Centrale Raad van Beroep was in zijn uitspraak van 3 juni 1992 in navolging van de Hoge Raad en wegens de directe en volledige samenhang tussen de fiscale en socialezekerheidsrechtelijke elementen van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid, van oordeel dat niet vereist kan worden dat de in art. 16d Coördinatiewet Sociale Verzekering (hierna CSV) bedoelde mededeling schriftelijk dient plaats te vinden.²³

Bij wet van 23 december 2009 is het schriftelijkheidsvereiste opnieuw ingevoerd. Nu is dit opgenomen in art. 36

lid 2 IW 1990.²⁴ Vanaf 4 juli 2010 is het schriftelijk melden weer een wettelijke eis. Ook de Leidraad Invordering 2008 is per 1 juli 2010 gewijzigd.²⁵ In art. 36.5.1 is sindsdien opgenomen dat de melding van betalingsonmacht schriftelijk dient te geschieden, waar voorheen een telefonische melding tot de mogelijkheden behoorde.²⁶

2.3 **Koppeling tussen de civiele en de fiscale regeling**
Het schriftelijkheidsvereiste in de fiscale regeling is onder invloed van de uitspraak van de Hoge Raad van 25 september 1991 – na aanvankelijk te zijn vervallen – inmiddels opgenomen in art. 36 lid 2 IW 1990.²⁷

Het schriftelijkheidsvereiste van de meldingsplicht ten opzichte van het bedrijfstakpensioenfonds is daarentegen nog altijd opgenomen in de Meldingsregeling (zijnde een AMvB). De uitspraak van de Hoge Raad van 25 september 1991 en het feit dat art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 niet vermeldt dat er bij AMvB nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de vorm van de melding, brengt mijns inziens met zich mee dat de schriftelijke vorm niet kan worden voorgeschreven op basis van de huidige regeling van art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 in combinatie met de Meldingsregeling. Deze bepaling dient dan ook onverbindend geacht te worden.

Het gevolg hiervan is mijns inziens dat het bedrijfstakpensioenfonds niet met succes richting een bestuurder kan betogen dat een niet schriftelijk gedane melding (louter op die grond) niet rechtsgeldig is.

2.4 **Aanbeveling**

Nu er mijns inziens geen verschil is beoogd tussen de regeling van art. 23 Wet Bpf 2000 en art. 36 IW 1990 en mij ook niet gebleken is waarom art. 23 Wet Bpf 2000 en bijbehorende Meldingsregeling niet zijn aangepast naar aanleiding van de rechtspraak van de Hoge Raad, beveel ik aan het schriftelijkheidsvereiste te laten vervallen in de Meldingsregeling en op te nemen in art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000.

2.5 **Hoe strikt is het schriftelijkheidsvereiste?**

Het schriftelijkheidsvereiste is, zoals thans opgenomen in de Meldingsregeling, naar mijn mening onverbindend. Zou de wetgever overgaan tot een wetswijziging, in die zin dat het schriftelijkheidsvereiste wordt opgenomen in art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000, dan wordt dit een wettelijk vereiste. Indien daarmee in strijd wordt gehandeld, leidt dit tot het niet rechtsgeldig melden van betalingsonmacht.

Voor de fiscale regeling geldt reeds dat het schriftelijkheidsvereiste een wettelijke eis is. Indien daaraan niet wordt voldaan, is er geen sprake van een rechtsgeldige melding van betalingsonmacht.²⁸

17 Deze regeling geldt voor bestuurders van lichamen in de zin van de Algemene wet inzake rijksbelastingen die rechtspersoonlijkheid bezitten, volledig rechtsbevoegd zijn en slechts voor zover zij aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen. De bestuurdersaansprakelijkheid ziet ingevolge dit artikel op de loonbelasting, de omzetbelasting, de accijns, de verbruiksbelasting van alcoholvrije dranken en van pruimtabak en snuiftabak, de in art. 1 Wet belastingen op milieugrondslag genoemde belastingen en de kansspelbelasting.

18 *Stb.* 1990, 223, laatstelijk gewijzigd blijkens *Stb.* 2013, 569.

19 Raaijmakers 2017, p. 63.

20 *Stb.* 1995, 667.

21 HR 25 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4718, r.o. 3.3, *BNB* 1992/162, V-N 1991/2953, 18. De Hoge Raad legde daaraan ten grondslag dat in de destijds geldende wettekst niet was voorzien in de bevoegdheid bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen met betrekking tot de vorm waarin de mededeling dient te worden gedaan, waarbij de Hoge Raad ook nog verwees naar de memorie van toelichting op art. 16d lid 1 t/m 3 Coördinatiewet Sociale Verzekering.

22 *Kamerstukken II* 1980/81, 16530, 3, p. 13.

23 CRvB 3 juni 1992, RSV 1993/173. *Vakstudie Invordering*, art. 36 IW 1990, aant. 3.3.1.

24 *Stb.* 2009, 610, welke wet in werking is getreden per 4 juli 2010.

25 *Stcrt.* 2010, 10077.

26 *Vakstudie Invordering*, art. 36 IW 1990, aant. 3.3.

27 HR 25 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4718, r.o. 3.3, *BNB* 1992/162, V-N 1991/2953, 18. *Stb.* 2009, 610.

28 Raaijmakers 2017, p. 64.

Tot 4 juli 2010 gold sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 25 september 1991 dat een melding ook anders dan schriftelijk kon geschieden.²⁹ De bewijslast dat op juiste wijze voldaan was aan de meldingsplicht, berustte bij het belastingplichtige lichaam althans haar bestuurder(s).³⁰ Ook na 4 juli 2010 is het echter mogelijk dat de meldingsplicht niet van toepassing is omdat de Ontvanger al op de hoogte is of had kunnen zijn van betalingsonmacht bij het lichaam, ondanks dat de wet een schriftelijkheidsvereiste kent.³¹ Een schriftelijke meldingsplicht voegt dan niets meer toe, waardoor deze achterwege kan blijven.³² Uiteraard dient het lichaam, althans haar bestuurder, te bewijzen dat de Ontvanger bekend was met de betalingsonmacht. Overigens moet de Ontvanger ingevolge art. 36.5.3 Leidraad Invordering 2008 bij ieder gesprek ten kantore waarin de (tijdelijke) betalingsproblemen van de belastingsschuldige ter sprake komen, wijzen op de meldingsplicht en de implicaties daarvan, alsmede, sinds 1 juli 2010, daarbij een formulier uitreiken waarmee de betalingsonmacht schriftelijk gemeld dient te worden.³³

Deze versoepelde invulling van het schriftelijkheidsvereiste houdt naar mijn idee verband met het feit dat de Ontvanger een bestuursorgaan is en zich dient te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hierna a.b.b.b.), zoals het fair play-beginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.³⁴ Uit deze beginselen vloeit ook de genoemde verplichting voor de Ontvanger voort om de bestuurder bij een mondelinge melding van betalingsonmacht te wijzen op de schriftelijke vorm.³⁵ Daaruit lijkt voort te vloeien dat het overvallen van een bestuurder met een aansprakelijkstelling in strijd is met de a.b.b.b.³⁶

Een bedrijfstakpensioenfonds is geen bestuursorgaan, behalve terzake vrijstellingen.³⁷ Daardoor acht ik de a.b.b.b. niet rechtstreeks op deze fondsen van toepassing bij de toepassing van de meldingsplicht. Dat het zorgvuldigheidsbeginsel en het fair play-beginsel niet van toepassing zijn, blijkt ook uit de uitspraak van Hof Amsterdam van 27 januari 2009.³⁸ Dat neemt overigens niet weg dat van

de a.b.b.b. wel een zekere reflexwerking kan uitgaan bij het beoordelen van de vraag of een bedrijfstakpensioenfonds in strijd handelt met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Enkel indien ook aan de overige vereisten van art. 6:162 BW is voldaan, is sprake van een onrechtmatige daad. Nu de a.b.b.b. in ieder geval niet rechtstreeks op een bedrijfstakpensioenfonds van toepassing zijn, vormen deze mijns inziens geen grondslag om het schriftelijkheidsvereiste minder strikt te hanteren bij toepassing van art. 23 Wet Bpf 2000.

Voorts dient de versoepeling van het schriftelijkheidsvereiste geplaatst te worden in het licht van het compenseren van de disbalans tussen de Ontvanger en de onderneming/burger. Een dergelijke disbalans is in (aanzienlijk) mindere mate aanwezig in de verhouding tussen het bedrijfstakpensioenfonds en het lichaam/bestuurder(s). De verhouding tussen de Ontvanger en de onderneming/burger vloeit voort uit het bestuursrecht, welke rechtsbetrekking zich kenmerkt door asymmetrie.³⁹ Een bedrijfstakpensioenfonds is geen bestuursorgaan. De rechtsbetrekking tussen een bedrijfstakpensioenfonds en het lichaam/bestuurder beschouw ik derhalve als een civiele, nu deze ontstaat via een verplichtstellingsbesluit door de Minister van SZW op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven, zij het dat de invloed van een individueel lichaam/bestuurder daarop relatief gering is. De verplichte deelneming verplicht het lichaam/de bestuurder bovendien tot naleving van de door het bedrijfstakpensioenfonds (eenzijdig) vastgestelde statuten en reglementen.⁴⁰

Ook geldt dat mijns inziens meegewogen dient te worden dat door een eventuele versoepeling van de meldingsplicht richting de Ontvanger, zo mogelijk de Ontvanger benadeeld wordt (in financiële zin). Zou deze versoepeling ook gelden ten opzichte van bedrijfstakpensioenfondsen, dan geldt weliswaar dat deze fondsen (in financiële zin) benadeeld worden, maar ook de deelnemers worden hierdoor mogelijk getroffen. Weliswaar geldt de regel 'geen premie wel recht',⁴¹ maar als er tekorten ontstaan bij de fondsen doordat er te weinig of geen premie is afgedragen, kan dit uiteindelijk leiden tot het korten van de pensioenaanspraken van de deelnemers. Dit lijkt mij – mede gezien de beschermingsgedachte die aan de Pensioenwet ten grondslag ligt⁴² – bezwaarlijker dan de situatie dat de Ontvanger wordt benadeeld. Dat argument geldt in beginsel ook voor de Ontvanger ten opzichte van de belastingbetaler, maar (vermoedelijk) op veel kleinere schaal (en dus minder voelbaar op individueel niveau) gezien de grotere omvang van de groep belastingbetalers ten opzichte van de omvang van de groep van deelnemers in (een van de diverse) bedrijfstakpensioenfondsen.

29 Raaijmakers 2017, p. 64. De Groot 2011, p. 77. Schutte, 'Formele aspecten van de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2015/94, p. 479.

30 *Vakstudie Invordering*, art. 36 IW 1990, aant. 3.3.

31 HR 13 juli 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5712, r.o. 3.3 en 4.2, *BNB* 1995/201. HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:419, r.o. 3.3.1, *BNB* 2014/100. Noot van Redactie *Vakstudie Nieuws bij Hof Den Haag 22 januari 2013*, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2869, V-N 2013/25.25. *Vakstudie Invordering*, art. 36 IW 1990, aant. 3.3. en 3.3.2. Scharenborg, 'Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBa): een overzicht', *WFR* 2005/187, par. 4.2. Lamur, *Tvl* 2010/22.

32 Vetter en Tekstra 2016, p. 55.

33 *Stcr.* 2010, 10077.

34 HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2568, r.o. 3.5, *NJ* 1998/587.

35 Vetter en Tekstra 2016, p. 55.

36 Noot van J.P. Scheltens bij HR 4 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:BH8364, *BNB* 1992/163.

37 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27073, 3, p. 22.

38 Hof Amsterdam 27 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:BI6980, r.o. 3.9.2, *JAR* 2009/141. Het hof overwoog dit bij de beantwoording van de vraag of het bedrijfstakpensioenfonds pas een beroep op art. 23 Wet Bpf 2000 toekomt nadat zij het lichaam dan wel haar bestuurders op de meldingsplicht in geval van betalingsonmacht heeft gewezen, welke vraag het hof negatief beantwoordde. *Asser/Lutjens* 7-XI 2016/472.

39 Oenema 2014, p. 24.

40 *Asser/Lutjens* 7-XI 2016/281. *Asser/Lutjens* 7-XI 2016/511.

41 *Asser/Lutjens* 7-XI 2016/445. *Asser/Lutjens* 7-XI 2016/456. Mr. B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremie', *ArbeidsRecht* 2014/31, p. 8.

42 *Asser/Lutjens* 7-XI 2016/20-23.

Ik verwacht dat de Ontvanger door diens rol op het gebied van velerlei belastingen doorgaans veelvuldiger contact heeft met het lichaam en bovendien (of juist daardoor) meer inzicht heeft in de financiële positie van een lichaam, dan het bedrijfstakpensioenfonds. Laatstgenoemde incasseert immers 'enkel' de pensioenpremie.

Derhalve verwacht ik dat de regel dat de meldingsplicht niet van toepassing is vanwege het feit dat de Ontvanger al op de hoogte is of had kunnen zijn van de betalingsonmacht bij het lichaam, niet op gelijke wijze toegepast kan worden op het bedrijfstakpensioenfonds met betrekking tot art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000. Bij laatstgenoemde regeling dient – na de aanbevolen wetswijziging – het schriftelijkheidsvereiste dan ook strikt toegepast te worden, conform de huidige lijn in de rechtspraak.⁴³ Ik acht dit verschil in de toepassing tussen de regelingen gerechtvaardigd.

3. Melden in faillissementssituaties

3.1 De civiele regeling

De vraag is of een melding betalingsonmacht moet plaatsvinden indien de meldingstermijn afloopt op of ná de faillissementsdatum. De Wet Bpf 2000 en de Meldingsregeling bevatten voor deze situatie geen regeling. Nu daaruit dus niet volgt dat de meldingsplicht vervalt in geval van faillissement, ben ik met Visscher van mening dat deze meldingsplicht onverkort geldt. Het lijkt voor een bestuurder, ook in geval van faillissement, dan ook raadzaam aan de meldingsplicht te blijven voldoen richting het bedrijfstakpensioenfonds.⁴⁴

3.2 De fiscale regeling

In fiscale zin geldt dat de melding niet meer hoeft plaats te vinden als de meldingstermijn afloopt op of ná de faillissementsdatum. Loopt de termijn vóór het aanvullen van gegevens op of ná de faillissementsdatum af, dan behoeven deze evenmin nog te worden verstrekt. Dit blijkt uit uitspraken van de Staatssecretaris van Financiën⁴⁵ en is neergelegd in art. 36.5.7 Leidraad Invordering 2008.⁴⁶ De gedachte hierachter is dat een faillissement gezien wordt als een openbare melding van betalingsonmacht door de vennootschap.⁴⁷ De inhoud van art. 36.5.7 Leidraad Invordering 2008 en de uitspraak van de staatssecretaris acht ik juist.⁴⁸

Wat daarbij wel opmerkelijk is, is dat zowel art. 36 IW

1990 alsook de Faillissementswet, geen aanknopingspunt bevatten voor de rechtvaardiging van het vervallen van de meldingsplicht in geval van faillissement. De wetgever heeft weliswaar, zonder op de inhoud hiervan in te willen gaan, aangekondigd via een wetswijziging duidelijkheid te zullen verschaffen, doch deze aankondiging heeft (nog) geen vervolg gekregen.⁴⁹

3.3 Aanbeveling

Het lijkt mij wenselijk dat de wetgever op fiscaal én op civiel gebied spoedig duidelijkheid verschaft inzake de meldingsplicht in geval van faillissement. Daarbij beveel ik aan dat de civiele regeling en de fiscale regeling op dit punt gelijklopend worden. De rechtvaardigingsgronden die ik eerder noemde in hoofdstuk 2.3 voor het aldaar geconstateerde onderscheid, acht ik op dit punt minder relevant. Bovendien is de rechtszekerheid ermee gediend als (ook) in faillissementssituaties één regeling geldt.

Gezien de strekking van de meldingsregeling, te weten dat het pensioenfonds/de Ontvanger op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte wordt gebracht van de betalingsproblemen, zodat deze zich kan beraden over de te treffen maatregelen,⁵⁰ ben ik van mening dat de meldingsverplichting dient te vervallen in faillissementssituaties, aldus conform de huidige Leidraad Invordering 2008.⁵¹ Door het (openbare) faillissement is de mogelijkheid om verhaal veilig te stellen via het vermogen van de gefailleerde voor zowel het bedrijfstakpensioenfonds als de Ontvanger immers vervallen, met dien verstande dat het bodemvoorrecht van de Belastingdienst blijft bestaan, ook na faillissement, ongeacht de vraag of er vóór de faillissementsdatum beslag is gelegd door de Belastingdienst. Ook blijft het – ondanks het faillissement – mogelijk dat de Belastingdienst zich verhaalt via het beslag op zaken van derden die zich op de bodem van de gefailleerde als belastingschuldige bevinden.⁵² Mijns inziens is er geen reden om ook een bodemvoorrecht aan een bedrijfstakpensioenfonds toe te kennen. Enerzijds neemt UWV al gedeeltelijk de achterstallige premies over, zodat het bedrijfstakpensioenfonds via deze weg al (een deel van) de openstaande vordering krijgt voldaan. Anderzijds blijkt het bodemvoorrecht van de Belastingdienst in de praktijk vaak een lege huls (in verband met de hoogte van de algemene faillissementskosten), waardoor het invoeren van een bodemvoorrecht voor een bedrijfstakpensioenfonds vermoedelijk weinig zal opleveren in financiële zin.

Indien het bedrijfstakpensioenfonds/de Ontvanger vervolgens aannemelijk maakt dat de niet-betaling te wijten is aan kennelijk onbehoorlijk bestuur, ontslaat dit de be-

43 Mr. B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremie', *ArbeidsRecht* 2014/31, p. 10. Hof Den Haag 3 juni 2014, r.o. 6 en 16, *PJ* 2014/178. Rb. Haarlem 14 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ2754, r.o. 4-7.

44 Visscher, *TvOB* 2016-2, p. 54-55.

45 *Handelingen II* 1989/90, 20588, p. 23-830. De Groot 2011, p. 80. Raaijmakers 2017, p. 71. Koch, 'De rechtspraak over de Wet bestuurdersaansprakelijkheid: een tussenstand', *WFR* 1991/325, par. 3.3.

46 Sijbers, *MBB* 2005/04-04. De Groot 2011, p. 80-81.

47 Scharenborg, 'Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBa): een overzicht', *WFR* 2005/187, par. 4.2.4. CrvB 17 december 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AO1162, r.o. ten aanzien van belanghebbende 3, *RSV* 2004/106.

48 Anders: De Groot 2011, p. 206 en Koch, 'De rechtspraak over de Wet bestuurdersaansprakelijkheid: een tussenstand', *WFR* 1991/325, par. 3.3.

49 De Groot 2011, p. 205. Koch, 'De rechtspraak over de Wet bestuurdersaansprakelijkheid: een tussenstand', *WFR* 1991/325, par. 3.3. Visscher, *TvOB* 2016-2, p. 54.

50 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27073, 3, p. 20. Wirschell/Huijig, *T&C Pensioenrecht*, art. 23 Wet Bpf 2000, aant. 2. Asser/Lutjens 7-XI 2016/472. Mr. B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremie', *ArbeidsRecht* 2014/31, p. 10.

51 *Stcrt.* 2018, 35709.

52 Visscher, *TvOB* 2016-2, p. 54. Polak 2017, p. 236-240.

stuurder uiteraard niet van zijn bestuurdersaansprakelijkheid.⁵³

4. Betalingsonmacht na het betaalmoment

4.1 De civiele regeling

Art. 2 lid 1 Meldingsregeling bepaalt dat de betalingsonmacht gemeld dient te worden uiterlijk veertien kalenderdagen ná de dag waarop op grond van de regeling omtrent de betaling van de premies, dan wel op grond van de statuten en reglementen van het bedrijfstakpensioenfonds, de bijdrage behoorde te zijn voldaan.

Er zijn evenwel situaties denkbaar waarin geen sprake is van betalingsonmacht op het moment zoals bedoeld in art. 2 lid 1 Meldingsregeling, maar dat het lichaam (in ieder geval op dát moment) (nog) niet bereid is tot betaling. Dit kan zich voordoen in de situatie dat een discussie loopt over de vraag of het lichaam onder de verplichtstellingsbeschikking valt en dientengevolge gehouden is tot betaling van de premie. Indien gedurende een gerechtelijke procedure terzake (of na afloop daarvan) alsnog betalingsonmacht ontstaat, rijst de vraag wat dit betekent voor de meldingsplicht en de bestuurdersaansprakelijkheid. De tekst van de Meldingsregeling voorziet hier niet in. Dit is een knelpunt van de civiele regeling.

Strikt genomen kan niet meer binnen de termijn zoals bedoeld in art. 2 lid 1 Meldingsregeling aan de meldingsplicht voldaan worden. Op grond daarvan zou betoogd kunnen worden dat het lichaam niet op de juiste wijze – immers niet tijdig – aan de meldingsplicht heeft voldaan, waardoor ingevolge art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000 de bestuurder aansprakelijk is.

Een andere mogelijke opvatting is dat weliswaar niet tijdig aan de meldingsplicht is voldaan, doch de bestuurder een beroep toekomt op de disculpatiemogelijkheid van art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000. Laatstgenoemd artikel houdt in dat de bestuurder die aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat het lichaam niet aan zijn meldingsplicht heeft voldaan, wordt toegelaten tot weerlegging van het vermoeden dat de niet-betaling aan hem te wijten is en derhalve slechts aansprakelijk is, indien het niet-betalen het gevolg is van aan hem/haar te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur (in de drie jaren voorafgaand aan het moment van de melding).⁵⁴ Indien de bestuurder aannemelijk kan maken dat hij de bijdrage niet betaald heeft, omdat hij – op deugdelijke gronden – de verschuldigdheid van de bijdrage heeft betwist, zou dat betekenen dat hij daarmee aannemelijk maakt dat het niet tijdig voldoen aan de meldingsplicht niet aan hem te wijten is. Ik doe hierbij bewust de toevoeging dat hij *op deugdelijke gronden* de verschuldigdheid heeft aangevochten, omdat het bloot betwisten anders een zeer eenvoudige manier

wou worden om gebruik te kunnen maken van de strikte disculpatiemogelijkheid. Het vorenstaande is ook in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin een ruim begrip van ‘betalingsonmacht’ wordt gehanteerd.⁵⁵

Er zijn mij geen civiele uitspraken bekend waarin de in deze paragraaf geformuleerde vraag is beantwoord. Een antwoord op deze vraag kan wellicht gevonden worden in de fiscale regeling en/of fiscale jurisprudentie.

4.2 De fiscale regeling

Uiteraard kan de hiervoor opgeworpen vraag zich ook in fiscale zin voordoen indien de betalingsonmacht pas ontstaat meer dan twee weken na de dag waarop de verschuldigde belasting behoorde te zijn afgedragen. Ook de tekst van art. 36 IW 1990 en UBIW 1990 geeft hier geen (sluitende) regeling voor, hetgeen kan worden aangemerkt als een lacune in de wetgeving.⁵⁶

De Hoge Raad heeft in een fiscale procedure wél reeds antwoord gegeven op de vraag hoe in een dergelijke situatie met de melding van de betalingsonmacht omgegaan dient te worden.⁵⁷ De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 4 maart 2016 allereerst aangegeven dat bij art. 7 UB IW 1990 geen nadere regel is gesteld met betrekking tot het tijdstip waarop de melding van betalingsonmacht als bedoeld in art. 36 lid 2 IW 1990 moet worden gedaan in een geval waarin de betalingsonmacht pas ontstaat meer dan twee weken na de dag waarop de belasting behoorde te zijn afgedragen. De Hoge Raad oordeelt dat in een dergelijk geval de mededeling van betalingsonmacht alsnog onverwijld ná het intreden van de betalingsonmacht dient te geschieden.⁵⁸ Ten aanzien van het element ‘onverwijld na het intreden van de betalingsonmacht’ vermeldt de Hoge Raad nog dat dit in de regel binnen twee weken betekent.

Daaruit leid ik af dat indien de melding betalingsonmacht alsnog onverwijld na het intreden van de betalingsonmacht – in beginsel binnen twee weken na dit intreden – geschiedt, de bestuurder slechts aansprakelijk is indien het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling. De bewijslast hiervan ligt bij de Ontvanger.⁵⁹

Ook in de Leidraad Invordering 2008 is met ingang van 1 juli 2012 in art. 36.5.4 opgenomen hoe gehandeld dient te worden indien buiten de termijn van art. 7 UBIW 1990

53 Mr. B. Degelink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid voor premieschulden aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds’, *TPV* 2015/44, par. 5.

54 Mr. B. Degelink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremie’, *ArbeidsRecht* 2014/31, p. 10. Mr. B. Degelink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid voor premieschulden aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds’, *TPV* 2015/44, par. 1.4. Asser/*Lutjens* 7-XI 2016/473.

55 Mr. B. Degelink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremie’, *ArbeidsRecht*, 2014/31, p. 11. HR 4 februari 2011, ECLI:HR:NL:2011:BP2998, r.o. 3.4.3 en 3.4.4, *BNB* 2011/112 en *JOR* 2011/170.

56 Vetter en Tekstra 2016, p. 56.

57 HR 4 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:350, r.o. 2.4.2, *BNB* 2016/95 en *JOR* 2016/151.

58 Vetter en Tekstra 2016, p. 56.

59 *Kamerstukken I* 1985/86, 16530, 26b, p. 7. Mr. B. Degelink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid voor premieschulden aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds’, *TPV* 2015/44, par. 1.4.

betalingsonmacht ontstaat.⁶⁰ De regeling houdt in dat indien de betalingsonmacht ontstaat buiten de termijn waarbinnen de belasting voldaan had moeten worden, alsnog onverwijld mededeling gedaan moet worden, waarbij onder 'onverwijld' wordt verstaan binnen twee weken na het ontstaan van de betalingsonmacht. Dat sluit volledig aan bij voornoemde uitspraak van de Hoge Raad van 4 maart 2016. De aanpassing van de Leidraad Invordering per 1 juli 2012 geschiedde naar aanleiding van arresten van de Hoge Raad van 4 februari 2011, 12 augustus 2011 en 23 december 2011.⁶¹

4.3 **Koppeling tussen de civiele en de fiscale regeling**

Art. 36 lid 2 IW 1990 en art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 hebben dezelfde achtergrond en dezelfde ratio. De tekst van beide regelingen was aanvankelijk identiek. De wijzigingen die zich hebben voorgedaan in de tekst van deze regelingen, leiden er mijns inziens niet toe dat geoordeeld moet worden dat een verschil bestaat tussen de beide regelingen bij het beantwoorden van de vraag hoe omgegaan dient te worden met de situatie dat de betalingsonmacht pas ontstaat meer dan twee weken na de dag waarop de verschuldigde belasting/bijdrage behoorde te zijn afgedragen/voldaan. Ik ben derhalve van mening dat het (fiscale) arrest van de Hoge Raad van 4 maart 2016 ook toegepast kan worden met betrekking tot de regeling van art. 23 Wet Bpf 2000 in combinatie met de bijbehorende Meldingsregeling in de situatie dat de betalingsonmacht pas ontstaat meer dan twee weken na de dag waarop de verschuldigde bijdrage behoorde te zijn voldaan. Van bestuurdersaansprakelijkheid vanwege het niet tijdig voldoen aan de meldingsplicht is in dat geval dus geen sprake, tenzij niet alsnog onverwijld wordt gemeld. Er wordt dus niet toegekomen aan de vraag of de bestuurder een beroep toekomt op de disculpatiemogelijkheid van art. 23 lid 4 Wet Bpf 2000, tenzij hij niet alsnog onverwijld meldt en hij via deze weg alsnog aan bestuurdersaansprakelijkheid tracht te ontkomen.

Een bestuurder die het niet eens is met de verplichtstelling en hangende een procedure hierover bij de rechter in betalingsonmacht komt te verkeren, dient mijns inziens – in overeenstemming met het hiervoor reeds aangehaalde (fiscale) arrest van de Hoge Raad van 4 maart 2016 – onverwijld (zijnde binnen twee weken) na het ontstaan van de betalingsonmacht daarvan melding te doen bij het bedrijfstakpensioenfonds, hetgeen mijns inziens als een tijdige melding beschouwd moet worden.

60 *Stcr.* 2012, 13576.

61 HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:BP2998, r.o. 3.4.2-3.4.4, *BNB* 2011/112 en *JOR* 2011/170. HR 12 augustus 2011, ECLI:NL:HR:BR4865, r.o. 3.3, *BNB* 2011/254. HR 23 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR7038, r.o. 3.3, *JOR* 2012/68. *Vakstudie Invordering*, art. 36 IW1990, aant. 3.3. Raaijmakers 2017, p. 79. Dit is bovendien in lijn met de uitspraak van de Hoge Raad van 31 mei 1996 waarin werd geoordeeld dat indien de betalingsonmacht intreedt vóórdat de naheffingsaanslag is opgelegd, de naheffingsaanslag niet mag worden afgewacht, doch onverwijld gemeld moet worden na het ontstaan van de betalingsonmacht. HR 31 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2088, r.o. 3.3, *JOR* 1996/67. Scharenborg, 'Wet Bestuurdersaansprakelijkheid (WBa): een overzicht', *WFR* 2005/187, par. 4.2.3.

5. **Conclusie**

Ik stelde in de inleiding de vraag of er knelpunten zijn met betrekking tot de meldingsregeling van art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 die opgelost kunnen worden door acht te slaan op de regeling van art. 36 lid 2 IW 1990. Ik kom tot de conclusie dat dit zeker het geval is en het raadzaam is om vaker acht te slaan op deze fiscale variant.

Met betrekking tot het schriftelijkheidsvereiste van de meldingsplicht ten opzichte van het bedrijfstakpensioenfonds geldt dat dit ten onrechte nog altijd is opgenomen in de Meldingsregeling. Krachtens jurisprudentie⁶² en het feit dat art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000 niet vermeldt dat nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de *vorm* van de melding, concludeer ik dat deze bepaling onverbindend verklaard dient te worden en dus dat een bedrijfstakpensioenfonds het schriftelijkheidsvereiste (thans) niet aan de bestuurder kan tegenwerpen. Het verdient aanbeveling het schriftelijkheidsvereiste alsnog te laten vervallen in de Meldingsregeling en op te nemen in art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000.

De civiele regelgeving bevat geen regeling voor het melden van betalingsonmacht in geval van faillissement, waardoor de meldingsplicht onverkort geldt. In fiscale zin geldt dat de melding niet meer hoeft plaats te vinden als de meldingstermijn afloopt op of ná de faillissementsdatum. De strekking van de meldingsregeling is dat het pensioenfonds op een vroegtijdig tijdstip op de hoogte wordt gebracht van de betalingsproblemen, zodat zij zich kan beraden over de te treffen maatregelen. Door het (openbare) faillissement is de mogelijkheid om verhaal veilig te stellen voor zowel het bedrijfstakpensioenfonds als de Ontvanger, evenwel vervallen. Gelet hierop ben ik van mening dat de meldingsverplichting dient te vervallen in faillissements-situaties, aldus conform de fiscale regeling, waardoor in beide situaties een gelijklopende regeling geldt.

Zowel art. 23 Wet Bpf 2000 als art. 36 IW 1990 geven geen sluitende regeling voor de situatie dat de betalingsonmacht pas ontstaat meer dan twee weken na de dag waarop de verschuldigde premie of belasting behoorde te zijn afgedragen. De Hoge Raad heeft in een fiscale procedure evenwel antwoord gegeven op de vraag hoe alsdan met de melding van de betalingsonmacht omgegaan dient te worden. Deze uitspraak kan ook toegepast worden op de civiele regeling, waardoor dient te gelden dat in die situatie van bestuurdersaansprakelijkheid vanwege het niet tijdig melden geen sprake is, tenzij niet alsnog onverwijld – binnen twee weken – na het intreden van de betalingsonmacht wordt gemeld.

62 HR 25 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4718, r.o. 3.3, *BNB* 1992/162, V-N 1991/2953, 18.