nederlandse vereniging van banken

Aan	Ministerie van Financiën
Datum	9 december 2024
Betreft	Consultatiereactie NVB op het Consultatie-document herijking van het fiscale bodem(voor)recht

Kernpunten

De Nederlandse Vereniging van Banken (‘NVB’) heeft met belangstelling kennisgenomen van het ‘Consultatiedocument herijking van het fiscale bodem(voor)recht’ (het ‘Consultatiedocument’) en maakt graag gebruik van de gelegenheid daarop te reageren. De NVB is verheugd dat het Ministerie van Financiën na jarenlange discussie over het bodem(voor)recht een consulatie is gestart en blijkens de in het Consultatiedocument genoemde beleidsrichtingen ook open lijkt te staan voor alternatieven.

In lijn met eerdere standpunten van de NVB heeft de NVB een positieve grondhouding zowel ten aanzien van algehele afschaffing van het bodem(voor)recht in combinatie met een strenger invorderingsbeleid (de in het Consultatiedocument onder 3. genoemde beleidsrichting) als ten aanzien van het vervangen van het bodem(voor)recht door een afdrachtregeling die de pandhouder verplicht een bepaald deel van de verhaalopbrengst van bedrijfsgebonden roerende zaken rechtstreeks af te dragen aan de Belastingdienst (de in het Consultatiedocument onder 2. genoemde beleidsrichting).

De NVB is geen voorstander van een modernisering van het bodem(voor)recht. Daarbij wordt onvoldoende tegemoet gekomen aan de breed gedragen bezwaren die er tegen het huidige bodem(voor)recht bestaan.

In deze reactie zal de NVB nader op de drie beleidsrichtingen ingaan.

Beleidsrichtingen 2 en 3 verdienen naar de mening van de NVB nader onderzoek, uitwerking en debat. Daarvoor is het naar de mening van de NVB wel noodzakelijk dat relevante cijfers met betrekking tot de opbrengsten voor de Belastingdienst van het bodem(voor)recht onder de huidige regelingen en de zogenoemde lege boedelproblematiek beschikbaar zijn.

Pas na uitwerking van alle relevante aspecten van beleidsrichtingen 2 en 3 kan de NVB hier een standpunt over innemen. De NVB is graag bereid over die verdere uitwerking met het Ministerie van Financiën en andere stakeholders (zoals curatoren) in gesprek te gaan.

Gustav Mahlerplein 29-35
1082 MS Amsterdam
www.nvb.nl

DEEL I – ALGEMEEN DEEL

§ 1. Enkele inleidende opmerkingen | indeling van deze consultatiereactie

1. De NVB heeft de vragen in de bijlage die was opgenomen bij het Consultatiedocument conform het verzoek beantwoord (zie Deel II). In aanvulling op de bijlage heeft de NVB behoefte aan een eigen toelichting. In de toelichting van de NVB wordt verwezen naar twee stukken die de NVB eerder heeft gemaakt en waarin ook aandacht werd besteed aan het bodem(voor)recht. Deze toelichting is uitdrukkelijk bedoeld als een aanvulling op deze eerdere uiteenzettingen. Om te voorkomen dat de NVB teveel in herhaling treedt, worden sommige zaken in deze consultatiereactie slechts summier aangestipt. De verdere onderbouwing van het standpunt van de NVB is te vinden in de stukken die ook als bijlagen zijn aangehecht, te weten:
   a. Reactie NVB d.d. 3 maart 2022 op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht; en
   b. Notitie NVB d.d. 22 april 2022 gericht aan de heren Sijmen de Ranitz en Ben Knüppe die ook eerder per e-mail op 23 juni 2023 ter beschikking is gesteld aan het Ministerie van Financiën.

2. Voor zover een tegenstrijdigheid zou bestaan tussen de eerdere notities en deze consultatiereactie wordt dit verklaard door voortschrijdend inzicht bij de NVB.

3. Deze toelichting is aldus ingedeeld. Eerst wordt in het kort toegelicht welke bezwaren bestaan tegen het bodem(voor)recht op bodemzaken. Vervolgens wordt ingegaan op een aantal constateringen die de NVB maakt naar aanleiding van het Consultatiedocument.

4. Reeds op deze plaats signaleert de NVB dat in het Consultatiedocument de betekenis van het bodem(voor)recht als invorderingsinstrument stelselmatig wordt overschat. De Ontvanger heeft ook zonder het bodem(voor)recht meerdere invorderingsinstrumenten tot zijn beschikking die hem in staat stellen een deugdelijk en adequaat invorderingsbeleid te voeren, waardoor de schatkist kan krijgen wat haar toekomt (zie hierna, nr. 19). Het standpunt van de NVB is daarom nog steeds: schaf zowel het bodemrecht als het bodemvoorrecht op bodemzaken af en vervang dit door een rechtstreekse afdracht door de pandhouder van verhaalsopbrengsten van bedrijfsgebonden activa die roerende zaken zijn aan de Belastingdienst.[1]

5. De NVB heeft eerder het standpunt ingenomen dat voor alle bedrijfsfinanciers die roerende zaken inzetten als onderpand eenzelfde afdrachtverplichting moet gelden. Bij nader inzien kan de NVB er ook mee instemmen indien alleen pandhouders een dergelijke verplichting opgelegd zouden krijgen.

6. Afschaffing van het bodem(voor)recht staat los van de vraag wat er moet gebeuren met het algemene fiscale voorrecht opgenomen in artikel 21 van de Invorderingswet 1990 op

[1] Vergelijk voor de verdere uitwerking van deze alternatieve oplossing: de notitie van de NVB d.d. 22 juni 2022 onder punt 8. In dezelfde notitie komen ook uitgebreid de voordelen van dit systeem ten opzichte van het huidige bodem(voor)recht aan de orde onder hetzelfde punt 8. Let wel, het gaat dus om alle bedrijfsgebonden activa die roerende zaken zijn en niet uitsluitend de zaken die onder huidig recht bodemzaken zijn. Zie hierover meer uitgebreid punt 115 e.v. van de reactie van de NVB d.d. 3 maart 2022 op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht alsmede de beantwoording van de vragen bij beleidsrichting 2.

andere goederen van belastingschuldige. Daarbij plaatst de NVB een kanttekening: de NVB begrijpt enerzijds dat de Belastingdienst uit oogpunt van het algemene belang een bevoorrechte positie wil hebben, maar signaleert zij anderzijds dat dergelijke voorrechten in andere Europese landen in de afgelopen decennia zijn afgeschaft. Onlangs is er door een tweetal werknemers van een bank die lid is van de NVB een beperkt rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de vraag of andere landen in Europa (inclusief het Verenigd Koninkrijk) beschikken over een bodem(voor)recht. De resultaten van dit onderzoek zullen volgend jaar worden gepubliceerd. De eindconclusie is dat in veel van de onderzochte landen aan fiscale vorderingen weliswaar een hoge algemene preferentie is verbonden, maar dat in geen van de dit onderzoek betrokken landen het bodem(voor)recht of daarmee vergelijkbaar recht bestaat.

7. De NVB roept voorts in herinnering dat gelijktijdig met de afschaffing van het bodem(voor)recht maatregelen moeten worden genomen om aan de lege boedelproblematiek tegemoet te komen. Een nadere uitwerking en onderbouwing van dit standpunt is te vinden in de notitie van de NVB van 22 april 2022. De NVB is ook benieuwd naar het nog te verschijnen rapport van het in opdracht van het WODC door onderzoekers van de RU Leiden verrichtte onderzoek naar de lege boedelproblematiek. De visie van de NVB op het insolventierecht in meer brede zin is terug te vinden in de reactie NVB van 3 maart 2022 op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht.

§ 2. De bezwaren tegen het bodem(voor)recht

8. In de notitie van de NVB van 22 april 2022 zijn de bezwaren tegen het bodem(voor)recht op bodemzaken toegelicht, te weten:
   a. Belemmering van de financiering van bodemzaken;
   b. Maakindustrie en agrarische sector onevenredig geschaad;
   c. Regeling ten aanzien van bodemzaken is complex en administratief belastend;
   d. Curator heeft een eigen belang bij het bodemvoorrecht;
   e. Dogmatische en juridische bezwaren;[2]
   f. Bodem(voor)recht beantwoordt niet aan het doel waarvoor het in het leven is geroepen;
   g. Internationale context.

   Door stakeholders en juridische auteurs wordt vanwege de genoemde bezwaren een afschaffing van het bodem(voor)recht bepleit. Voor een verdere uitwerking van de genoemde bezwaren verwijst de NVB naar haar notitie van 22 april 2022. De argumenten die in die notitie zijn opgenomen, gelden nog steeds en onverkort.

§ 3. Enkele algemene opmerkingen naar aanleiding van het Consultatiedocument

9. Een eerste constatering van de NVB is dat het haar verheugt dat de overheid nu eindelijk een serieuze aanzet doet tot het maken van een definitieve regeling omtrent het fiscaal bodem(voor)recht en daarbij alle opties overweegt. Dat op zich is al een positieve ontwikkeling.

[2] Hieraan vallen nog toe te voegen de (praktische) problemen van toepassing van de meldingsplicht van art. 22bis IW 1990. Zie M.J. van den Berg in *FIP* 2024/44, 'De (praktische) problemen van art. 22bis Invorderingswet 1990'. De auteur legt uit dat in voorkomende gevallen de financier zonder pandrecht beter af is dan de financier met een pandrecht en dat de wettelijke regresregeling geen afdoende oplossing voor pandhouders biedt én aanleiding kan geven tot misbruik door ondernemers.

De commissie-Houwing bepleitte in haar rapport dat 50 jaar geleden werd gepubliceerd een (grondige) herziening van onder meer fiscale en sociale voorrechten. De aanbevelingen van de commissie resulteerden evenwel niet in aanpassingen van wet- en regelgeving. Een nieuwe adviescommissie – de interdepartementale werkgroep Voorrecht en bodemrecht – nam de aanbevelingen van de commissie-Houwing grotendeels over in het Rapport Voorrecht en Bodemrecht (1990). Deze aanbevelingen initieerden wél een wetgevingsproces, maar de behandeling van het roemruchte wetsvoorstel 22 942 stagneerde snel, na kritiek van Tweede Kamerleden op de voorgestelde wijzigingen van de fiscale verhaalspositie. Vervolgens lijkt de herziening van de fiscale verhaalspositie lange tijd een Haags taboe te zijn. Beperkingen werden hierop dan ook niet aangebracht. Integendeel: met het onder de 'dekking' van het bodem(voor)recht brengen van de premies volksverzekeringen en premies werknemersverzekeringen (2006) respectievelijk het introduceren van de meldingsplicht van artikel 22bis IW 1990 (Belastingplan 2013) is de fiscale verhaalspositie alleen maar verder versterkt ten koste van financiers van bodemzaken.

10. De NVB is van mening dat het Consultatiedocument een overzichtelijk document is dat als uitgangspunt kan dienen voor een verdere discussie tussen de stakeholders en fundamentele herbezinning op het bodem(voor)recht. De discussie dient echter gevoerd worden op basis van betrouwbare en representatieve cijfers. Het Consultatiedocument verwijst naar een Rapport uit 2004 van het CPB in samenwerking met ECORYS-NEI[3] (hierna '2004 Rapport'). Het Consultatiedocument schrijft hierover:

> "*Volgens dit rapport zou het budgettaire belang van het fiscale bodem(voor)recht tussen de 462 en 611 miljoen euro bedragen*."

Het 2004 Rapport is op internet beschikbaar en de NVB heeft daarin gezocht naar de bedragen die in het Consultatiedocument worden genoemd. Die lijken daar als zodanig niet in voor te komen dus de NVB begrijpt niet waar deze vandaan komen. De resultaten van het 2004 Rapport zijn gebaseerd op een aselecte steekproef van 470 dossier van per november 2002 in betalingsmoeilijkheden verkerende ondernemingen.[4] De NVB heeft meermaals gevraagd om een concrete onderbouwing van de opbrengst van het bodem(voor)recht en de Belastingdienst verwees dan steeds naar dit rapport. Het rapport is echter inmiddels behoorlijk gedateerd en gelet op de beperkte reikwijdte van het onderzoek kan men zich afvragen of de resultaten/inschattingen representatief zijn.[5]

---

[3] P. de Bas, M. Canoy en N. van der Lijn, *Afschaffen of niet? Analyse van fiscale verhaalsrechten bij faillissementen*, CPB 2004 (https://www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/afschaffen-niet-analyse-van-fiscale-verhaalsrechten-bij-faillissementen.pdf).

[4] Vgl. het 2004 Rapport, p. 10. De steekproef waarnaar wordt verwezen, is opgenomen in een rapport van de Belastingdienst / Centrum voor Proces- en Productontwikkeling dat verscheen in 2003 maar dat NVB niet heeft kunnen raadplegen (zie volgende voetnoot).

[5] Vgl. A.J. Tekstra, 'Herijking fiscaal bodem(voor)recht: (vooralsnog) geen fundamentele of grondige herbezinning', *FIP* 2024/252, § 3.
De NVB signaleert dat er meerdere onderzoeken zijn gedaan naar (de werking van) het bodem(voor)recht. Veel van die onderzoeken hadden overigens een ruimere strekking dan alleen het bodem(voor)recht als 'invorderingsinstrument'. In vogelvlucht:

– In 2001 deed de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementswet (commissie Raaijmakers) in het eindrapport met de aanbeveling het bodem(voor)recht af te schaffen (p. 37 van het rapport – www.curatoren.nl/fo/docs/MDW-Eindrapport.pdf).
– In 2003/2004 volgde n.a.v. deze aanbeveling een groot onderzoek dat in drie projecten uiteen viel:

11. Uit de reactie op het Consultatiedocument van mr. R. Dufour (die kwalitatief en kwantitatief onderzoek naar insolventies doet) blijkt dat de Belastingdienst in de faillissementen die zijn afgewikkeld tussen 1 juli 2021 en 1 juli 2024 een totale uitdeling heeft ontvangen van € 50 mln (gemiddeld € 16,66 mln per jaar), wat neerkomt op een *recovery rate* van ongeveer 6,4%. De opbrengst van het bodemvoorrecht is daar een onderdeel van. Het door Dufour becijferde bedrag wijkt substantieel af van de honderden miljoenen waaraan het 2004 Rapport refereert en is een indicatie voor de noodzaak naar nieuw onderzoek.

12. De NVB is dan ook verheugd dat het Consultatiedocument (p.5) zegt dat: "*op dit moment in samenwerking met de Belastingdienst [wordt] opnieuw onderzoek gedaan naar het budgettaire belang van het fiscale bodem(voor)recht voor de Belastingdienst*". De NVB dringt er in het kader van de transparantie op aan dat de onderzoeksopdracht openbaar wordt gemaakt. Deze is – voor zover de NVB bekend – nog niet openbaar. De NVB meent dat het van cruciaal belang is dat de onderzoeksresultaten bekend zijn tijdens het voeren van de discussie over het bodem(voor)recht en vóór de afronding daarvan. Ook het Consultatiedocument lijkt daarvan uit te gaan,[6] maar het is niet helemaal duidelijk hoe die discussie verder wordt vormgegeven. De NVB benadrukt dat het van belang is dat het onderzoek dusdanig is ingekleed dat er sprake zal zijn van resultaten die representatief zijn voor de werkelijk bestaande situatie.[7] Zonder betrouwbare gegevens over daadwerkelijk gerealiseerde verhaalsopbrengsten (anders gezegd: het budgettaire belang van het bodem(voor)recht) en duidelijkheid over de wijze waarop die tot stand zijn gekomen, is er geen goede grondslag voor fundamentele herbezinning op het bodem(voor)recht. In dit verband is het positief nieuws dat er op basis van de faillissementsverslagen ook externe informatie beschikbaar is waarmee een inschatting gemaakt kan worden van de daadwerkelijk gerealiseerde verhaalsopbrengsten.

13. Een <u>tweede constatering</u> van de NVB is dat het Consultatiedocument stelt dat het bodem(voor)recht een rol speelt in het vraagstuk rond de financiering van de afwikkeling van faillissementen door de curator in die situaties waarbij de boedel kan profiteren van het bodemvoorrecht. De NVB acht dat in beginsel een onjuiste aanwending van de

---

i. Het rapport 'Financieel belang van het bodem(voor)recht en het fiscale voorrecht bij invordering' (Belastingdienst / Centrum voor Proces- en Productontwikkeling, Financieel belang van het bodem(voor)recht en het fiscale voorrecht bij invordering, Rapportnr. 24, Utrecht, april 2003 – de NVB heeft dit rapport niet kunnen raadplegen).
ii. Het rapport 'Gedragseffecten ten gevolge van wijzigingen in het regime van de fiscale voorrechten: mogelijke veranderingen in het gedrag van fiscus, UWV, banken en overige crediteuren' (rapport Ecorys Nei in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken van 21 januari 2004, nr. SMi/AR8324 - Rotterdam: 2004 (https://zoek.officielebekendmakingen.nl/nds-ez04000116-b2.pdf.). Dit is het rapport waarnaar het Consultatiedocument verwijst.
iii. Het rapport opgesteld door het CPB (in samenwerking met Ecorys-Nei) 'Afschaffen of niet? Analyse van verhaalsrechten bij faillissementen' (www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/afschaffen-niet-analyse-van-fiscale-verhaalsrechten-bijfaillissementen.pdf).

[6] Vgl. het Consultatiedocument, p. 5: "*De resultaten zullen te zijner tijd onderdeel uitmaken van de nadere uitwerking van één of meerdere beleidsrichtingen*."

[7] De NVB is er nog niet helemaal gerust op dat het onderzoek representatief is voor de werkelijk bestaande situatie gelet op de opmerkingen die in het Consultatiedocument worden gemaakt op pagina 5. Concrete vragen die de NVB onder meer heeft, zijn: wordt er inderdaad nu per dossier onderzocht welke opbrengst de Belastingdienst heeft ontvangen door het bodem(voor)recht? Hoe wordt dat bepaald? Wie doet het onderzoek? Op welke schaal wordt het onderzoek uitgevoerd? Op welke periode heeft het onderzoek betrekking?

verhaalsopbrengsten van het bodemvoorrecht. Het is mede om die reden dat de banken in Nederland al enige tijd pleiten voor een integrale aanpak van zowel het vraagstuk van de zogenaamde lege boedelproblematiek als de beslissing wat te doen met het bodem(voor)recht. Namens de banken in Nederland heeft de NVB al in 2022 naar aanleiding van de op 1 november 2021 gelanceerde Consultatie Insolventierecht concrete voorstellen gedaan om tot een integrale regeling te komen die kort gezegd erop neer zou komen dat de lege boedelproblematiek moet worden opgelost en dat het bodem(voor)recht moet worden afgeschaft.[8] De NVB heeft nog steeds dat standpunt.

14. Het Consultatiedocument meldt dat ook naar de problematiek van de lege boedels onderzoek wordt verricht en dat de resultaten daarvan eveneens eerst in 2025 bekend worden. De NVB is dan ook van mening dat eerste beide rapporten – dus zowel het rapport over het budgettaire belang van het bodem(voor)recht als dat over de (financiële omvang van) de lege boedelproblematiek – gereed dienen te zijn en ter beschikking dienen te worden gesteld aan de stakeholders alvorens de discussie over de alternatieven verder vorm kan worden gegeven. Voor beide kwesties dient een passende oplossing te komen. NVB herhaalt dat het bodemvoorrecht niet is bedoeld om (ten laste van de pandhouder) het salaris van de curator te kunnen voldoen. Het is daarvoor bovendien niet geschikt. NVB licht dit verder toe bij de beantwoording van de vragen over beleidsrichting 2.

15. Een derde constatering van de NVB dat het Consultatiedocument niet steeds voldoende onderscheid maakt tussen:

    a. Het bodemrecht dat de Belastingdienst effectueert door bodembeslag te leggen op bodemzaken van derden die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden; en
    b. het bodemvoorrecht dat betrekking heeft op bodemzaken die eigendom zijn van de belastingschuldige en bezwaard zijn met een pandrecht.[9]

---

[8] Zie: https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie, zie voor de NVB reactie: https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie/reactie/8c23b5e3-54f5-4c83-ad76-3796cd625f27. Zie ook: M. van Wingerden en H.J Damkot, 'Voorstel tot systeemwijziging om belangenconflicten weg te nemen en de faillissementsafwikkeling harmonieuzer, voorspelbaarder en efficiënter te maken', in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het verdelingsvraagstuk. INSOLAD Jaarboek 2022*, p. 295.

[9] Zie zeer helder over dit onderscheid A.J. Tekstra, 'Het bodemrecht van de fiscus anno 2013', *Ondernemingsrecht* 2013/51. Tekstra vraagt al jaren aandacht voor de bezwaren/nadelen van het bodem(voor)recht, zie bijvoorbeeld zijn analyse in *FIP* 2021/45, 'Het bodemrecht van de fiscus komt (mogelijk) te vervallen. Wat nu?' Zie ook het debat tussen A. van Eijsden en Tekstra in *TvI* 2005/2 en *TvI* 2005/13, met naschrift van Van Eijsden. Zie over bodemrecht en bodemvoorrecht ook: *Mon. Priv. Nr. 2 (2018)/VI.5: Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering, De bijzonder positie van de fiscus*, bewerkt door Th. A. Pouw.
Zie voorts A. van Eijsden's debat met Kortmann in 2000 bij het jaarcongres van Insolad zoals opgenomen in *Faillissement en Fiscus – Insolad Jaarboek 2000* (niet online raadpleegbaar). Kortmann was al in 2000 voorstander van afschaffing van het fiscale voorrecht. Zijn artikel voorziet de in (de historie van) het bodem(voor)recht geïnteresseerden van veel verwijzingen naar historische bronnen waaronder De Ranitz, voormalig Rijksadvocaat. Zie diens preadvies voor de Nederlandse Vereniging van Handelsrecht uit 1993, dat eveneens een uitstekende bron is voor raadpleging van de historie van het bodem(voor)recht tot 1993. Aan deze publicaties kan inmiddels worden toegevoegd het recentelijk verschenen proefschrift van Van Uden die de totstandkomingsgeschiedenis van het Nederlandse verhaalsrecht analyseert met veel aandacht voor het fiscale voorrecht (R.C.P. van Uden, *Voorrang bij verhaal – Rechtvaardigingen en verklaringen (diss. Leiden) (Recht & Praktijk, nr. InsR22)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, m.n. hoofdstuk 4. Zie over het verschil tussen het bodemrecht en het bodemvoorrecht ook K.A. Messelink en R. van den

Het onderscheid wordt op pagina 1 van het Consultatiedocument wel gemaakt, maar vervolgens wordt er geen onderscheid meer gemaakt tussen het bodemrecht en het bodemvoorrecht maar wordt alles geschoven onder de term “fiscale bodem(voor)recht”. Ten onrechte: het fiscale voorrecht van artikel 21 IW 1990 en het bodemvoorrecht van artikel 22 IW 1990 zijn immers verschillende invorderingsinstrumenten die de Belastingdienst ten dienste staan en die daarom van elkaar moeten worden onderscheiden.

16. Het Consultatiedocument stipt in de beschrijving van het huidige fiscale bodemrecht de bevoegdheid aan die de Belastingdienst heeft om zich door bodembeslag op goederen van derden te verhalen die zich bevinden op de bodem van de belastingschuldige, maar het blijft bij de constatering dat “*de Belastingdienst heeft hierbij de intentie om zogeheten reëel eigendom te respecteren*”. Vervolgens meldt het Consultatiedocument dat “*om die reden voorziet het beleid dat is opgenomen in de Leidraad Invordering 2008 (LI 2008) erin dat huur, bruikleen en operational lease in beginsel door de Belastingdienst worden ontzien*”. In voetnoot 7 van het Consultatiedocument wordt vervolgens vermeld:

> “*Beleidsmatig is nader uitgewerkt wanneer geen sprake zal zijn van terughoudend beleid. Bij eigendomsvoorbehoud, leverancierskrediet, huurkoop en financial lease is volgens de Leidraad Invordering 2008 geen sprake van reëel eigendom. In die situaties is de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de bodemzaken namelijk veelal van dien aard dat de bodemzaken zijn aan te merken als eigendom van de belastingschuldige*.”

Het Consultatiedocument bedoelt hier naar de mening van de NVB te spreken over economische eigendom. Toepassing van het bodemrecht betreft immers verhaalneming op zaken die (juridisch) toebehoren aan een ander dan de belastingplichtige.

17. De NVB mist in het Consultatiedocument een onderbouwing en rechtvaardiging van de (kennelijk naar het oordeel van het Consultatiedocument bestaande) noodzaak om met gebruikmaking van het bodemrecht en het leggen van bodembeslag goederen van derden uit te kunnen winnen om de schuld van de belastingplichtig te voldoen. Die onderbouwing is noodzakelijk omdat het bodemrecht een inbreuk is op rechten van derden. De Hoge Raad heeft in 1989 weliswaar geoordeeld dat het bodemrecht niet in strijd met artikel 6 lid 1 EVRM is en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in 1995 geoordeeld het bodemrecht niet in strijd met het artikel 1 van het Eerste Protocol geacht, maar zoals reeds uiteengezet in de notitie van de NVB van 22 april 2022 (onder punt 7.5) is het nog maar de vraag of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu wederom tot eenzelfde oordeel zou komen. Het is en blijft in de ogen van de NVB vreemd dat de Belastingdienst in staat is goederen van een derde uit te winnen voor een belastingschuld van een ander.[10] NVB staat in haar kritiek bepaald niet alleen. In een conclusie uit 2014 constateert A-G Rank-Berenschot *“dat het bodemrecht, als inbreuk op het eigendomsrecht, reeds geruime tijd zeer omstreden is*”.[11]

18. Aan het omstreden karakter van het bodemrecht gaat Consultatiedocument voorbij. Dat is enigszins opmerkelijk, omdat velen afschaffing van het bodemrecht hebben bepleit, al

---

Bosch, *Juridisch Handboek Intensief Beheer (Recht & Praktijk, nr. InsR10)*, Deventer: Kluwer 2018, § 6.12.7.

[10] HR 13 januari 1989, *NJ* 1990/211 en ECHR 24 januari 1995, appl. no. 15375/89, raadpleegbaar via: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57918&filename=001-57918.pdf.

[11] Conclusie A-G Rank Berenschot 24 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:27, nr. 2.28.

dan niet in combinatie met afschaffing van het bodemvoorrecht waarover hierna zal worden gesproken. Zo bepleitten in 1983 Maas, Van Schaik en Blokland in hun Preadvies 'De in haar continuïteit bedreigde onderneming' afschaffing van "*dit archaïsch instrument*".[12] De Commissie Mijnssen kwam in 1989 tot dezelfde conclusie.[13] Van Mierlo kwam in 1994 in zijn oratie 'De Fiscus als schuldeiser tijdens het faillissement' met een alternatief voor het bodem(voor)recht van de Belastingdienst. Dat kwam hem op ernstige kritiek van P.A. Stein te staan die overigens ook afschaffing van het bodem(voor)recht bepleitte.[14] In 2001 kwam de MDW-werkgroep tot de conclusie dat afschaffing van zowel het bodemrecht en bodemvoorrecht gewenst was.[15] Ook de Commissie Insolventierecht kwam tot die conclusie in 2007.[16] De NVB is tevens al jaren een voorstander van afschaffing van het bodemrecht.

19. Naast het bodemrecht bestaat het bodemvoorrecht dat rust op de bodemzaken van de belastingschuldenaar. Dit bodemvoorrecht gaat in rang boven het bezitloos pandrecht op bodemzaken van (bancaire) financiers. Het Consultatiedocument stelt dat de Belastingdienst niet haar schuldenaar voor het uitkiezen heeft. Tekstra signaleert dat dit argument overtuigingskracht mist omdat er andere schuldeisers zijn die hun schuldenaren niet uitkiezen maar aan wier vorderingen gaan voorrecht toekomt.[17] Voorts laat het Consultatiedocument na te vermelden dat:
    - de Invorderingswet 1990 aan de Ontvanger een groot aantal bevoegdheden geeft die een gewone schuldeiser niet heeft, te weten het zichzelf een executoriale titel verschaffen en het door een eigen deurwaarder, of zelfs zonder deurwaarder, executoriaal beslag laten kunnen leggen op de activa van de schuldenaar. Als de belastingschuld na aanmaning niet wordt betaald, kan de Ontvanger overgaan tot dwanginvordering op grond van artikel 12 IW 1990. Een dwangbevel levert de ontvanger op grond van artikel 4:116 Awb een executoriale titel op als bedoeld in artikel 430 lid 1 Rv. De belastingdeurwaarder kan dan na ommekomst van de termijn van 2 dagen, genoemd in het herhaald bevel tot betaling op grond van artikel 439 lid 1 Rv, (vereenvoudigd) executoriaal (derden)beslag leggen en het beslag uitwinnen;[18, 19]
    - de Belastingdienst beschikt over het algemene fiscale voorrecht opgenomen in artikel 21 van de Invorderingswet 1990 op alle goederen van belastingschuldige;[20] en

---

[12] Maas, Van Schaik en Blokland, Preadvies: 'De in haar continuïteit bedreigde onderneming' (1983), p. 33.
[13] Standpunt kenbaar uit weergave door F. Meeter van standpunt commissie in Rapport van de Commissie-Mijnssen, NIBE-Bankjuridische reeks nr. 5, op pag. 21, nr. 17.
[14] P.A. Stein in *RM Themis* 1995/8: "*Zo is er dus alle aanleiding om de continuatie van het bodemrecht van de fiscus in de vorm van het bijzondere verhaalsrecht in heroverweging te nemen*."
[15] Eindrapport MDW-werkgroep van oktober 2001, p. 9 onder nr. 20 en op p. 36-39.
[16] Zie p. 152 van *Voorontwerp Insolventiewet, Geschiedenis van de faillissementswet, Serie Onderneming en Recht Deel 2-IV* (2007).
[17] A.J. Tekstra, 'Herijking fiscaal bodem(voor)recht: (vooralsnog) geen fundamentele of grondige herbezinning', *FIP* 2024/252, § 3. Voorbeelden die Tekstra noemt, zijn schuldeisers met een op onrechtmatige daad gegronde vordering, het UWV, zorgverzekeraars en pensioenfondsen.
[18] Zie M.P. Waninge, 'De kanarie in de kolenmijn', in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het verdelingsvraagstuk. INSOLAD Jaarboek 2022*, § 13.1.2.
[19] Art. 19 lid 1 IW 1990 geeft de ontvanger de bevoegdheid zonder deurwaarder derdenbeslag te leggen, een bevoegdheid die andere schuldeisers niet hebben. Dit heet het doen van een betalingsvordering.
[20] Het Consultatiedocument noemt overigens dit algemene fiscale voorrecht wel terloops onder punt 1 maar besteedt er naar de mening van de NVB ten onrechte verder geen aandacht aan.

- de Belastingdienst als schuldeiser ook alle mogelijkheden heeft die een gewone schuldeiser ook heeft. Dat wordt ook wel het open systeem van invordering genoemd.[21] Zo staat het de Belastingdienst vrij als voorwaarde voor uitstel van betaling te stellen dat zij zekerheid van de belastingschuldenaar of een derde wil hebben. Hoe de Belastingdienst daar in de praktijk mee om gaat, is ter bepaling aan de Belastingdienst zelf.[22] Ook kan de Belastingdienst het faillissement van de belastingschuldige aanvragen waardoor zij zonder executiemaatregelen te nemen ook effectief, door de werking van artikel 57 lid 3 Fw een preferente positie verkrijgt op de opbrengst van de te gelde gemaakte vermogensbestanddelen van de belastingplichtige.

20. De vierde constatering van NVB is dat in het Consultatiedocument (veel) te veel belang wordt toegekend aan het bodem(voor)recht als invorderingsinstrument. Om met Tekstra te spreken: "*Het is en blijft merkwaardig dat de Belastingdienst maar blijft vasthouden aan de gedachte dat het bodem(voor)recht hier het 'wondermiddel' is in het te doorlopen invorderingstraject*."[23] Die gedachte is onjuist. Zoals uit het voorgaande volgt, is het bodem(voor)recht namelijk slechts één van de bijzondere schuldeisersbevoegdheden die toekomt aan de Ontvanger en die andere schuldeisers niet hebben. Verder geldt dat het bodem(voor)recht alleen financieel relevant is voor de invordering van belastingschulden van ondernemingen in de maakindustrie. Voor andersoortige ondernemingen is het financiële belang van het bodem(voor)recht beperkt en soms zelfs verwaarloosbaar. Daarbij komt dat, zoals hierboven al aangehaald, de Ontvanger ook zonder bodem(voor)recht de bevoegdheid heeft om snel en zonder kosten aan een executoriale titel te komen. Daarmee lijkt zijn positie veel meer op die van schuldeisers met een recht van parate executie dan op die van gewone schuldeisers die – uitzonderingen daargelaten – eerst naar de rechter toe moeten om een executoriale titel te verkrijgen, een proces dat tijd en geld kost. Voorts geldt: ook zonder het bodem(voor)recht heeft de Ontvanger een hoog gerangschikt voorrecht op de verhaalsopbrengsten van **alle activa** die vatbaar zijn voor verhaal. Een dergelijke positie heeft geen enkele andere schuldeiser. De Belastingdienst heeft daarmee een (veel) sterkere positie dan andere schuldeisers. Ten slotte geldt: ook zonder het bodem(voor)recht heeft de Ontvanger in veel meer gevallen dan andere schuldeisers de bevoegdheid belastingschulden te verhalen op (een) andere partij(en) dan de belastingplichtige, zoals bestuurders, opdrachtgevers en groepsvennootschappen.[24]

21. De vijfde constatering van de NVB is dat de onderbouwing van de rechtvaardiging van het bodem(voor)recht in het Consultatiedocument, haar niet overtuigt. De onderbouwing wordt namelijk niet gedragen door de genoemde argumenten. De NVB licht dat hierna toe.

---

[21] Zie hierover bijvoorbeeld: *Mon. Priv. Nr. 2 (2018)/VI.5: Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering, De bijzonder positie van de fiscus*, bewerkt door Th. A. Pouw.
[22] Zie kritisch over de houding van de Belastingdienst als crediteur, M.P. Waninge, 'De kanarie in de kolenmijn', in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het verdelingsvraagstuk. INSOLAD Jaarboek 2022*, hoofdstuk 13.
[23] A.J. Tekstra, 'Herijking fiscaal bodem(voor)recht: (vooralsnog) geen fundamentele of grondige herbezinning', *FIP* 2024/252, § 4.
[24] Volgens Tekstra bevat de Invorderingswet 1990 in totaal 39 (hoofdelijke) aansprakelijkheden die de Ontvanger een ander verhaalssubject bieden dan enkel de belastingplichtige (A.J. Tekstra, 'Herijking fiscaal bodem(voor)recht: (vooralsnog) geen fundamentele of grondige herbezinning', *FIP* 2024/252, § 5).

22. Het eerste argument is dat de Belastingdienst zijn eigen debiteuren niet kan uitkiezen is hiervoor reeds genoemd.[25] Dat is juist maar de Belastingdienst kan wel zelf bepalen wie er uitstel van belastingbetaling krijgt en zo ja onder welke voorwaarden en hoe zij haar invorderingsproces inricht.[26] Een tweede argument is dat de Belastingdienst vooraf geen zekerheid kan bedingen. Ook dat is juist, maar de Belastingdienst kan het stellen van zekerheid wel als voorwaarde verbinden aan het verlenen van uitstel van betaling aan de belastingplichtige(n). De ervaring is dat de Belastingdienst dit ook daadwerkelijk doet. Een derde argument wordt door het Consultatiedocument aldus verwoord:

> "*Zonder het fiscale voorrecht zou de Belastingdienst een achtergestelde positie innemen ten aanzien van andere schuldeisers*."[27]

Die passage is onjuist, tenzij met het afschaffing van het bodemrecht en het bodemvoorrecht op roerende zaken tevens de algemene fiscale preferentie wordt afgeschaft en tevens zou worden bepaald dat de vordering van de Belastingdienst een bij concurrente crediteuren achtergestelde vordering betreft. Dat is voor zover de NVB bekend nog nooit bepleit. De NVB neemt aan dat het algemene fiscale voorrecht opgenomen in artikel 21 van de Invorderingswet 1990 onverkort gehandhaafd blijft.

23. In het Consultatiedocument is voorts de volgende passage opgenomen (onder punt 4):

> "*Met een voorrecht als het fiscale bodem(voor)recht heeft de Belastingdienst meer zekerheid dat een openstaande belastingschuld (gedeeltelijk) wordt voldaan*."

Deze passage geeft volgens de NVB niet de bestaande praktijk weer. Het bodem(voor)recht leidt in de praktijk – althans in de meeste gevallen waar banken bij zijn betrokken die de bodemzaken financieren – er niet toe dat de Belastingdienst een (substantieel) deel van haar faillissementsvordering voldaan krijgt. Het enige effect dat het bodemvoorrecht in die gevallen heeft, is dat de fiscale boedelschulden deels of geheel voldaan kunnen worden.[28] Cijfers over de opbrengst van het bodemrecht zijn de NVB niet bekend, behalve het reeds genoemde onderzoek van het CBP, waarin een opbrengst van € 80 tot 105 miljoen euro wordt genoemd en het onderzoek van het CBS uit 2015, waaruit blijkt dat de Belastingdienst uit de in 2015 afgesloten faillissementen € 59 miljoen ontvangt op de vóór faillissement bestaande fiscale vorderingen als het gaat om faillissementen van bedrijven en instellingen. Verder ontvangt blijkens dit onderzoek de Belastingdienst € 35 miljoen euro uit de ná faillissement ontstane boedelvorderingen. Het lijkt evenwel aannemelijk dat deze laatste uitkering (grotendeels) kan worden verklaard door het algemene fiscale voorrecht van artikel 21 IW 1990. Het eerdergenoemde recentere onderzoek van Dufour (zie nr. 11 van deze reactie) komt op € 50 miljoen euro over een periode van drie jaar aan uitkering in faillissement. Uit deze schaarse cijfers blijkt dat het bodem(voor)recht de Belastingdienst geen materiële betalingszekerheid geeft als men

[25] Kortmann noemde dit in 2000 ook al gebezigde argument treffend ook wel het verplichte kredietverleningsargument en was ook niet overtuigd, vooral omdat er ook andere crediteren zijn die dan niet uit vrije wil zijn, zie *Faillissement en Fiscus, Insolad Jaarboek 2000*, p. 85 e.v.
[26] Dit is alleen anders bij een generaal pardon als toegepast in coronatijd of vergelijkbare (uitzonderlijke) invorderingsmaatregelen met een meer algemene strekking.
[27] Vergelijk onder punt 4 van het Consultatiedocument.
[28] Zie de reactie van de NVB op de Consultatie Insolventierecht onder nummer 114.

bedenkt dat de belasting- en premie-inkomsten over 2023 worden geraamd op ruim € 386 miljard.[29]

24. Een volgend argument in het Consultatiedocument is dat de overheid meer ruimte aan de belastingbetalers wil geven.[30] Voor zover het hier gaat om ruimte te geven aan levensvatbare ondernemingen heeft NVB begrip voor dit standpunt, met de kanttekening dat de NVB van mening is dat dit geen (kern)taak van de Belastingdienst is. Maar, voor zover het gaat om niet-levensvatbare ondernemingen, deelt de NVB deze visie niet. Het gaat dan om het laten doormodderen van de ondernemer. Onder omstandigheden zijn banken daar door rechters voor aansprakelijk gehouden (ophouden van de schijn van kredietwaardigheid).[31] De NVB vraagt zich af of de Belastingdienst in zo'n geval ook niet met uitstel zou moeten stoppen. Het roept de vraag op of de ontvanger juridisch nog uitstel van betaling kan geven in een situatie waarin de bank dat niet meer zou mogen. De NVB meent van niet. De meer algemene vraag die voorligt is naar de mening van de NVB: wordt de belastingschuldige daarmee wel geholpen? Uitstel geven terwijl het nooit meer wat wordt met de onderneming, is niet zinvol. Dat schaadt de Nederlandse economie. Zombiebedrijven leveren geen positieve bijdrage aan de economie.[32] Integendeel: zombiebedrijven leggen in deze tijd van arbeidstekorten beslag op arbeidskrachten waardoor productiviteitsgroei achterblijft.[33] Ook kost dit de Belastingdienst invorderingscapaciteit die geen opbrengsten oplevert.
De NVB vraagt zich voorts op welke wijze de Belastingdienst kan bepalen of een bedrijf nog levensvatbaar is. De NVB spreekt de hoop uit dat de Belastingdienst meer dan nu het geval is aansluiting zoekt bij de opstelling van andere *stakeholders* bij ondernemingen in financiële moeilijkheden, zoals de financiers. Daarbij komt dat al uit het onderzoek van het CPB uit 2004 blijkt dat de kans op onterechte faillissementen door de inning door de Belastingdienst gering is. Dat wordt ook ondersteund door de praktijk bij bedrijven waarbij het bodem(voor)recht geen omvang van betekenis heeft. De NVB heeft geen aanleiding om te denken dat het gebrek aan (vermeende) zekerheid door de Belastingdienst ertoe leidt dat levensvatbare bedrijven ten onrechte failliet gaan.

---

[29] Zie bijlage 4 bij de Miljoenennota 2024 (geraadpleegd via https://www.rijksfinancien.nl/miljoenennota/2024/bijlage/1843699#:~:text=Voor%202024%20verwacht%20het%20Centraal,2024%20bedraagt%204%2C0%20procent). Voor 2024 worden de inkomsten geraamd op bijna € 403 miljard.

[30] Wederom Kortmann vond daar een mooie term voor in 2000: het soepelheidsargument en wees het af, zie *Faillissement en Fiscus, Insolad Jaarboek 2000*, p. 85. Kortmann had ook al bezwaar tegen "*souplesse op kosten van een ander*".

[31] Zie K.A. Messelink en R. van den Bosch, *Juridisch Handboek Intensief Beheer (Recht & Praktijk, nr. InsR22)*, Deventer: Kluwer 2018, § 4.5.

[32] Kritisch over de houding van de Belastingdienst als crediteur is M.P. Waninge, 'De kanarie in de kolenmijn', in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het verdelingsvraagstuk. INSOLAD Jaarboek 2022*, hoofdstuk 13. Waninge bepleit een meer actieve (incasso)houding van de Belastingdienst.
Voor recent onderzoek naar zombiebedrijven zie: https://www.consultancy.nl/nieuws/54988/kearney-aantal-zombiebedrijven-wederom-toegenomen.

[33] Raboresearch schrijft hierover *"niet-levensvatbare bedrijven [worden] door het proces van faillissementen in een economie uit de markt geduwd, waardoor schaarse productiefactoren (arbeid, land, kapitaal) vrijkomen voor productievere ondernemingen. Dit proces van zogenoemde creatieve destructie zorgt voor innovatie en een efficiëntere marktwerking op de lange termijn (zie Schumpeter, 1942).* [..] *Een oplopend aantal faillissementen van niet-levensvatbare bedrijven kan mogelijk helpen om de negatieve trend in productiviteitsgroei, waarmee de Nederlandse economie al decennialang kampt, te keren (Erken, 2024). De OECD (2017) en BIS (2018) vinden een significant negatief effect van een stijging van het aandeel niet-levensvatbare bedrijven op de ontwikkeling van de productiviteitsgroei*."

25. In het Consultatiedocument wordt ter rechtvaardiging van het bodem(voor)recht verder nog het budgettaire belang genoemd. Dit punt is hiervoor reeds onder nr. 23 behandeld.[34]

§ 4. Eerste korte reflectie op de randvoorwaarden voor herziening en de drie genoemde beleidsrichtingen

26. In het Consultatiedocument worden vijf randvoorwaarden opgenomen voor wat betreft de herijking, te weten: uitvoerbaarheid, complexiteitsreductie, regie, positie van de curator en het budgettaire belang. De NVB onderschrijft die uitgangspunten en meent dat het voorstel van de NVB aan deze randvoorwaarden voldoet. De NVB heeft nog een aanvullende zesde randvoorwaarde: voorspelbaarheid van de uitkomsten en de opbrengsten voor de crediteuren in een faillissement (waaronder de Belastingdienst, de bank en de overige crediteuren). Juist die voorspelbaarheid is essentieel voor de banken – en hun toezichthouders – omdat deze de kosten van bancair financieren beïnvloeden.[35]

27. Het Consultatiedocument stelt drie alternatieve beleidsrichtlijnen voor:
    - modernisering van het fiscale bodem(voor)recht;
    - het fiscale bodem(voor)recht afschaffen en vervangen door een nieuw bijzonder verhaalsrecht; en
    - een andere invulling van de positie van de Belastingdienst.

28. De **eerste beleidsrichting** komt naar het oordeel van de NVB onvoldoende aan de bestaande kritiek tegemoet en wijst de NVB af. Het voornaamste bezwaar van de NVB tegen deze regeling is dat het bodem(voor)recht economisch inefficiënt is, omdat op voorhand niet te voorspellen is hoe groot de fiscale aanspraak zal blijken te zijn. Daarmee doet het negatieve effect – druk op de financieringsmogelijkheden – van het bodemvoorrecht zich bij alle ondernemingen voor, dus ook (juist) bij ondernemingen waarbij het bodem(voor)recht niet relevant zou moeten zijn.

29. De **tweede beleidsrichting** verdient nadere bestudering. In de beantwoording van de vragen gaat de NVB hier nader op in. De NVB suggereerde het afschaffen van zowel het bodemrecht als het bodemvoorrecht en het vervangen daarvan door een regeling waarbij ter compensatie een percentage van de opbrengst van de roerende zaken rechtstreeks aan de Belastingdienst wordt afgedragen. Voor de lege boedelproblematiek stelde de NVB de oprichting van een fonds voor.[36] Het percentage dat aan de Belastingdienst moet worden afgedragen is nog vast te stellen, maar daarvoor zijn allereerst de resultaten van het eerder in deze bijdrage genoemde onderzoek nodig. Een eventuele aanpassing van dat percentage moet zorgvuldig gebeuren en niet een instrument worden van de overheid om haar eventuele begrotingstekorten mee te delgen. Iedere aanpassing heeft namelijk

---

[34] In het Consultatiedocument mist de NVB de argumenten die door Kortmann als bewaarnemersrol en het concurrentievervalsingsargument zijn weerlegd, zie *Faillissement en Fiscus, Insolad Jaarboek 2000*, p. 85 e.v. en een reactie daarop.

[35] Zie hierover K.A. Messelink, M.L. Tuil en R.W.H.A. Verhoeven, 'De verdelingsdiscussie: onderzoek naar recovery rates en een verkenning van de gevolgen voor bancaire financiering', in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het verdelingsvraagstuk. INSOLAD Jaarboek 2022*, p. 259.

[36] Het begrip 'bedrijfsgebonden activa' dat door de Consultatiedocument wordt genoemd (zie p. 14 e.v.) is door de NVB ook gebruikt in haar notitie van 22 april 2022, maar slechts als alternatief voor het begrip roerende zaken. Het Consultatiedocument vraagt terecht aandacht voor het feit dat dit begrip bedrijfsgebonden activa geen wettelijke term is en dus nog wel helder gedefinieerd moet worden om afbakening problemen te voorkomen. NVB gebruikt de aanduiding bedrijfsgebonden activa die roerende zaken zijn.

onmiddellijk impact op de modellen en het kapitaalsbeslag van banken zoals deze volgen uit de Europese regelgeving, met name de zgn. Capital Requirements Regulation (CRR).[37] Deze wijzigingen hebben dus ook impact op de kosten van financiering aan bedrijven die gezond zijn. Het in het Consultatiedocument (op p. 14 bij de bespreking van het tweede alternatief) uitgesproken uitgangspunt dat het percentage niet frequent wordt verhoogd of verlaagd, onderschrijft de NVB. Het is om die reden dat in de notitie van de NVB van 22 april 2022 is bepaald dat het percentage in de Faillissementswet moet worden opgenomen.[38] Bij nader inzien lijkt een meer aangewezen plek het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering omdat ook buiten faillissement bij executie door de pandhouder de Belastingdienst het percentage krijgt. In aanvulling daarop geldt dat het raadzaam is dat dit percentage slechts gewijzigd kan worden na advies van DNB als toezichthouder voor de banken. DNB zou voordat ze haar instemming heeft de ECB moeten raadplegen. Deze 'zware wijzigingsprocedure' is nodig, omdat enerzijds financiële instellingen kredieten verstrekken tegen de achtergrond van de huidige regelgeving. Indien die regelgeving verandert, moeten partijen de gelegenheid hebben om hun bedrijfsvoering en overeenkomsten daarop aan te passen. Bovendien zal een hoger percentage leiden tot een lagere financieringsbereidheid. Het bedrijfsleven moet de tijd hebben om zich hierop in te stellen. Tot slot leidt een verandering van het percentage mogelijk tot hogere verliezen voor financiële instellingen als gevolg van faillissementen.

30. De **derde beleidsrichting** die in het Consultatiedocument is opgenomen, gaat in positieve zin verder dan het door de NVB gesuggereerde alternatief. NVB begrijpt de in alternatief 3 gedane suggestie om de Belastingdienst het recht te geven ook zonder steunvordering het faillissement aan te vragen. NVB merkt daarbij wel op dat deze optie beter is vorm te geven door het opnemen van het vermoeden dat de schuldenaar die een belastingachterstand laat voortbestaan tevens is 'opgehouden te betalen' en dus sprake is van steunvorderingen. Daarmee wordt in praktische zin hetzelfde bereikt, zonder dat de wetswijziging impliciet suggereert dat het verhaals- en executierecht niet volstaat. In haar reactie op deze derde beleidsrichting licht de NVB dit verder toe. Dat deel van alternatief 3 van het Consultatiedocument zou als aanvulling op de suggestie van de NVB worden opgenomen.

31. Dat keuze voor beleidsrichting 3 tot gevolg heeft dat de Belastingdienst een strenger incassobeleid gaat voeren, begrijpt de NVB en heeft ook de steun van de NVB. De NVB merkt op dat al uit het onderzoek door het CPB wordt opgemerkt dat van een strenger incassobeleid als effect zal hebben dat niet-levensvatbare bedrijven eerder hun activiteiten zullen staken, zonder dat er aanwijzingen zijn dat dit beleid zal leiden tot het failliet gaan van levensvatbare ondernemingen. De NVB wijst erop dat van dit laatste risico ook geen sprake lijkt te zijn in het geval de Belastingdienst geen (noemenswaardig) beroep op een bodem(voor)recht kan doen.

32. De NVB is gaarne bereid waar nodig deze reactie nader mondeling toe te lichten en heeft geen bezwaar tegen het openbaar maken van deze reactie.

***

[37] Verordening (EU) Nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012.
[38] Vergelijk de notitie van de NVB van 22 april 2002 onder punt 8.

DEEL II – BEANTWOORDING VRAGEN OVER BELEIDSRICHTINGEN 1, 2 EN 3

Bijlage met vragen over beleidsrichtingen

Beleidsrichting 1: modernisering van het fiscale bodem(voor)recht

Samenvatting beleidsrichting

Bij de eerste beleidsrichting wordt het fiscale bodem(voor)recht gemoderniseerd. Het fiscale bodem(voor)recht wordt op een aantal onderdelen gewijzigd, waaronder de reikwijdte, de meldingsregeling en rechtsbescherming. Deze wijzigingen hebben als doel om het fiscale bodem(voor)recht onder meer voorspelbaarder en minder complex te maken. Bij een modernisering van het fiscale bodem(voor)recht is het vertrekpunt het bestendigen van de bevoorrechte positie van de Belastingdienst, waarbij ook oog is voor de belangen van andere betrokken partijen.

Algemene vragen

I. Wat is uw algehele beeld bij deze beleidsrichting?

Hoewel de NVB de intentie van de modernisering begrijpt, is de NVB van mening dat deze beleidsrichting niet de gewenste oplossing biedt en zelfs nadelige gevolgen kan hebben voor het bedrijfsleven en de bredere economie. Hieronder licht de NVB haar belangrijkste bezwaren toe. Deze bezwaren worden verder toegelicht bij de beantwoording van de vragen II e.v. De antwoorden dienen steeds in het licht van NVB's algemene consultatiereactie te worden begrepen en zijn niet bedoeld als een afwijking van deze consultatiereactie.

1. Behoud van het bodem(voor)recht

Het behoud van het fiscale bodem(voor)recht, zelfs in gemoderniseerde vorm, blijft problematisch. Het voorrecht van de Belastingdienst ten aanzien van bodemzaken of bedrijfsgebonden activa creëert een onevenwichtig speelveld. Dit voorrecht kan leiden tot nieuwe discussies en onzekerheid en risico's voor kredietverstrekkers, wat uiteindelijk de kredietverlening aan bedrijven kan belemmeren. Zie voor een verdere toelichting op dit – in kwantitatief opzicht: belangrijke – bezwaar van de NVB de beantwoording van vraag II bij deze beleidsrichting.

2. Reikwijdte en drempelbedragen

De vervanging van het begrip 'bodemzaken' door bijvoorbeeld 'bedrijfsgebonden activa' of – nog ruimer: roerende zaken – zal leiden tot een bredere toepassing van het bodem(voor)recht, die de verhaalsmogelijkheden van de Belastingdienst vergroot. Dit brengt nieuwe onzekerheid voor bedrijven en hun kredietverstrekkers. Het instellen van drempelbedragen voor de executiewaarde of de openstaande belastingschuld biedt

onvoldoende bescherming, zeker als die bedragen niet worden aangepast aan inflatie.

3. Meldingsplicht, administratieve lasten, vermindering van efficiëntie
De voorgestelde aanpassingen aan de meldingsplicht, zoals de verkorting van de wachttermijn, zijn onvoldoende om de administratieve lasten en onzekerheid voor betrokken partijen significant te verminderen. De meldingsregeling blijft een bron van onzekerheid, onuitvoerbaarheid en inefficiëntie, wat de bedrijfsvoering van belastingplichtigen en kredietverstrekkers negatief beïnvloedt. Bovendien is de genoemde termijn van twee weken nog steeds een te lange termijn als de belastingschuldige een onderneming is die op de 'rand van de financiële afgrond' staat, in welke situatie snel handelen geboden is. Gedacht moet dan worden in termen van hooguit enkele dagen, niet in termen van weken.
De modernisering heeft ook gevolgen voor de positie van curatoren bij faillissementen. De voorgestelde wijzigingen kunnen de complexiteit en administratieve lasten voor curatoren vergroten, wat de afwikkeling van faillissementen bemoeilijkt en de kosten verhoogt. Dit is onwenselijk en kan negatieve effecten hebben op de efficiëntie van faillissements-procedures.

Conclusie
De NVB is van mening dat de voorgestelde modernisering van het fiscale bodem(voor)recht niet voldoet aan de vijf randvoorwaarden die in het Consultatiedocument worden genoemd (zie nr. 26 van het algemeen deel van deze reactie) en zelfs nieuwe problemen creëert. De NVB pleit daarom voor de volledige afschaffing van het bodem(voor)recht. Dit zal leiden tot een eerlijker, transparanter en efficiënter systeem, wat ten goede komt aan zowel de financierbaarheid van ondernemingen als de bredere economie.

II. In welke mate zullen de bij deze beleidsrichting voorgestelde maatregelen bijdragen aan een gelijkwaardiger, minder complex en voorspelbaarder speelveld?

De voorgestelde maatregelen in Beleidsrichting 1 zullen niet substantieel bijdragen aan een gelijkwaardiger, minder complex en voorspelbaarder speelveld. Integendeel, de uitbreiding van de reikwijdte en de invoering van drempelbedragen kunnen juist leiden tot meer complexiteit en nieuwe onzekerheid. De genoemde aanpassingen van de meldingsplicht en rechtsbescherming zijn onvoldoende om de bestaande problemen op te lossen en zullen waarschijnlijk nieuwe juridische en administratieve uitdagingen creëren.

Voorts geldt dat een belangrijke onvoorspelbaarheid die inherent is aan het huidige bodem(voor)recht, wordt gehandhaafd, namelijk de relatie met de hoogte van door het bodem(voor)recht 'gedekte' belastingschulden. Die hoogte varieert en is voor een financier die bodemzaken in onderpand neemt – of in eigendom heeft – niet te voorspellen en ook niet te beïnvloeden. Anders gezegd: er is vooraf geen inschatting te maken van de impact van het bodem(voor)recht. Die kan variëren van nihil (geen impact, opbrengst bodemzaken komt volledig toe aan financier) tot maximaal (opbrengst bodemzaken gaat volledig naar de Ontvanger of – in faillissement – naar de boedel). De financier is derhalve niet in staat op

voorhand een inschatting van de dekkingswaarde van bodemzaken bepalen. Die dekkingswaarde hangt namelijk af van een variabele die niet is te voorspellen: de hoogte van de belastingschuld van de gefinancierde onderneming. Voor banken betekent dit dat bodemzaken slechts in (zeer) geringe mate bijdragen aan vermindering van bufferkapitaal dat zij moeten aanhouden voor dekking van verliezen op grond van de op de Basel-akkoorden gebaseerde Europese regelgeving. Voor ondernemingen betekent dit dat kredietverstrekking die gedekt wordt door bodemzaken duurder is dan kredietverstrekking die gedekt wordt op andersoortige goederen. Handhaving van het bodem(voor)recht – in welke vorm dan ook – zal de beschreven onvoorspelbaarheid en de consequentie daarvan voor gefinancierde ondernemingen in stand laten (en die groep zelfs uitbreiden als het toepassingsbereik wordt verbreed tot alle bedrijfsgebonden activa). Dit treft **alle ondernemingen** die bodemzaken in onderpand geven, terwijl het bodem(voor)recht voor de Belastingdienst enkel tot inkomsten leidt als het tot verhaalneming komt. Verhaalneming komt – gelukkig – maar weinig voor. Aldus heeft een potentiële *upside* voor de Belastingdienst slechts betekenis in een klein aantal gevallen, terwijl de *downside* voor rekening van alle gefinancierde ondernemingen met bodemzaken (of – bij wijziging – bedrijfsgebonden roerende zaken) komt. Ter illustratie: volgens gegevens van DNB hebben alleen al de drie Nederlandse grootbanken in 2023 al zo'n 420.000 MKB-klanten, terwijl het aantal zakelijke faillissementen in dat jaar 3.272 bedroeg. Het aantal faillissementen in 2023 komt overeen met 0,78 procent van genoemd aantal MKB-klanten.

III. In welke mate zullen de bij deze beleidsrichting voorgestelde maatregelen resulteren in een verslechtering van het speelveld?

De voorgestelde maatregelen in Beleidsrichting 1 zullen het speelveld verslechteren doordat ze leiden tot meer onzekerheid en risico's voor bedrijven en hun kredietverstrekkers. Dit kan de kredietverlening aan bedrijven belemmeren en de administratieve lasten en complexiteit voor alle betrokken partijen vergroten. Hierdoor blijft een onevenwichtig en minder voorspelbaar systeem in stand.

Het brengen van bedrijfsgebonden activa onder het toepassingsbereik van het bodem(voor)recht resulteert in een verdere verslechtering van het speelveld voor ondernemingen die een kredietbehoefte hebben en daarin willen voorzien met financiering die geen eigen vermogen is. Verstrekkers van dergelijke financieringen – zoals banken – verlangen doorgaans – zeker in het MKB-segment – goederenrechtelijke zekerheden om terugbetaling van bedrijfsfinancieringen te waarborgen. Thans geldt dat bedrijven die bodemzaken als onderpand kunnen verstrekken – zoals de industrie en agrarische ondernemingen – in een slechtere positie verkeren dan bedrijven die andersoortige goederen als onderpand kunnen verstrekken, zoals roerende zaken die geen bodemzaken zijn, vorderingen, IE-rechten en onroerende zaken. Dit speelveld wordt alleen maar slechter indien alle bedrijfsgebonden activa onder het toepassingsbereik van het bodem(voor)recht gebracht worden.

Verruiming van het toepassingsbereik van het bodem(voor)recht naar alle roerende zaken

zou een breuk met de huidige praktijk betekenen waarmee een inbreuk wordt geïntroduceerd in het handelsverkeer op de zekerheidspositie van leveranciers die op krediet zaken leveren aan afnemers. Voor deze leveranciers verslechtert het speelveld dus. Het eigendomsvoorbehoud (een zekerheidsrecht dat – zeker voor het MKB – eenvoudig tot stand gebracht kan worden en eenvoudig kan worden geëffectueerd) vervult een belangrijke functie in het nationale en internationale handelsverkeer. Toepassing van het bodemvoorrecht op voorraadzaken zou betekenen dat binnen- en buitenlandse leveranciers worden geconfronteerd met een fiscale rechtsinbreuk waarop zij hoogstwaarschijnlijk niet hebben gerekend, waartegen zij zich niet of lastig kunnen 'indekken' en die – zo blijkt uit onderzoek (zie nr. 6 van het algemeen deel van deze notitie) – ook *niet* bestaat in landen waarmee Nederlandse ondernemingen veel handel drijven. Voorts zou toepassing van het bodemvoorrecht op voorraadzaken betekenen dat de regeling ingewikkelder wordt. Er wordt immers een extra *stakeholder* (de leverancier) toegevoegd. Bij voorraden zouden dan de leverancier, de Ontvanger en de bank bevoorrechte aanspraken op (de verhaalsopbrengst van) de voorraadzaken hebben. Dit verdraagt zich niet met het uitgangspunt dat een nieuwe regeling een complexiteitsreductie moet opleveren.

IV. Waarom moet deze beleidsrichting wél of niet nader worden uitgewerkt?

Deze beleidsrichting moet niet nader worden uitgewerkt omdat de voorgestelde maatregelen niet tot substantiële verbeteringen leiden. Een volledige afschaffing van het bodem(voor)recht zou een eerlijker, transparanter en efficiënter systeem creëren.

V. Welke specifieke elementen van deze beleidsrichting moeten in ieder geval wél of niet deel uitmaken van het verdere onderzoek naar de herijking van het fiscale bodem(voor)recht?

NVB pleit voor afschaffing van het bodem(voor)recht omdat een enkele herijking onvoldoende resultaat biedt. De NVB is van mening dat geen deel moet uitmaken van een eventuele herijking:

- Een verruiming van het toepassingsbereik van het bodemvoorrecht door meer activa dan de huidige bodemzaken onder dat toepassingsbereik te brengen. Bij de beantwoording van de vorige vragen is de onwenselijkheid daarvan toegelicht.
- Het instellen van drempelbedragen voor de executiewaarde of de openstaande belastingschuld. Dit biedt onvoldoende bescherming, zeker als dit bedrag niet worden aangepast aan inflatie. Voorts geldt dat de NVB signalen hebben bereikt dat de Ontvanger bij de vaststelling van de executiewaarde onder het regime van lid 11 van het huidige artikel 22bis IW 1990 geregeld afwijkt van rapportages van taxateurs, welke rapportages aan de Ontvanger worden aangeleverd (zie lid 9 van artikel 22bis IW 1990). Daarom moet er rekening mee worden gehouden dat het hanteren van drempelbedragen de uitvoerbaarheid van het bodem(voor)recht verder compliceert.

- Aanpassingen aan de meldingsplicht. De voorgestelde verkorting van de wachttermijn biedt onvoldoende verlichting van de administratieve lasten en onzekerheid voor betrokken partijen. Ook met die aanpassing blijft artikel 22bis IW onuitvoerbaar. Zoals eerder geconstateerd is de genoemde termijn van twee weken nog steeds een te lange termijn als de belastingschuldige een onderneming is die op de 'rand van de financiële afgrond' staat, in welke situatie snel handelen geboden is. Gedacht moet dan worden in termen van hooguit enkele dagen, niet in termen van weken. De Ontvanger is een professionele partij. In zaken die urgent zijn, mag een urgent optreden worden verwacht.

Deze elementen dragen niet bij aan een eerlijker, minder complex en voorspelbaarder systeem en moeten daarom niet verder worden uitgewerkt.

Specifieke vragen

VI. Is het in uw ogen gerechtvaardigd en wenselijk om het begrip bodemzaken te moderniseren, indien wordt gekozen voor het bestendigen van het fiscale bodem(voor)recht?

Nee, het is niet gerechtvaardigd en wenselijk om het begrip 'bodemzaken' te moderniseren indien wordt gekozen voor het bestendigen van het bodem(voor)recht. Welbeschouwd is 'moderniseren' een misleidende aanduiding omdat hiermee eigenlijk een verruiming van het toepassingsbereik van het bodem(voor)recht wordt beschouwd. Een dergelijke verruiming zou de verhaalsmogelijkheden van de Belastingdienst vergroten ten koste van ondernemingen die nu niet te maken hebben met het bodemvoorrecht. Dit vergroot de administratieve lasten en complexiteit voor alle betrokken partijen. Een volledige afschaffing van het bodemvoorrecht zou een eerlijker, transparanter en efficiënter systeem creëren. De NVB verwijst voor verdere onderbouwing naar haar antwoord op vraag (III) en het algemeen deel van deze consultatiereactie.

VII. In welke mate verwacht u dat het beleidsmatig vastleggen van een drempelbedrag een positieve bijdrage levert aan de financieringsmogelijkheden voor de ondernemers en continuïteit van ondernemingen?

Het beleidsmatig vastleggen van een drempelbedrag zal niet significant bijdragen aan de financieringsmogelijkheden voor ondernemers en de continuïteit van ondernemingen, zeker als dit bedrag niet worden aangepast aan inflatie. Hoewel het enige voorspelbaarheid kan bieden, blijft de onzekerheid over de toepassing van het bodemvoorrecht bestaan. Het is immers van te voren niet voorspelbaar of aan de drempelbedragen wordt voldaan. Bovendien kunnen ondernemingen en hun financiers niet voorzien in welke mate een drempelbedrag later kan wijzigen. Op die manier verhoogt een drempelbedrag juist de onvoorspelbaarheid van de regeling. Dit kan kredietverstrekkers juist terughoudend maken,

wat de toegang tot financiering voor ondernemers belemmert en hun continuïteit in gevaar kan brengen.

VIII. Welke mogelijkheden ziet u om de meldingsregeling effectiever te maken?

De NVB ziet geen mogelijkheden om de meldingsregeling effectiever te maken. De regeling blijft complex, inefficiënt en onuitvoerbaar. Aanpassingen – zoals verkorting van de wachttermijn – bieden onvoldoende verbetering. De NVB is pessimistisch omdat ervaringen van leden die met de meldingsregeling te maken krijgen, veelal negatief zijn. De meldingsregeling is meer dan 10 jaar in werking maar een werkwijze die recht doet aan de situatie – snel beslissen, duidelijkheid bieden – lijkt nog niet te zijn ontwikkeld. Illustratief is dat er niet digitaal gemeld kan worden maar dat een formulier naar een postbus gestuurd moet worden. Hierdoor gaan reeds enkele kostbare dagen verloren en het is voor de verzender van het formulier niet zeker of het formulier wordt bezorgd. Er wordt vervolgens gewerkt volgens standaardprocedures die weinig tot geen ruimte voor overleg laten. Het aandringen op een spoedige beslissing door de Ontvanger lijkt geen verschil te maken. Als werkwijzen in spoedeisende processen als de meldingsregeling niet efficiënt kunnen worden gemaakt, dan zal het enkel aanpassen van de regeling vermoedelijk niet veel helpen.

Verder is het diverse leden van de NVB opgevallen dat de meeste belastingplichtigen én hun fiscale adviseurs niet bekend zijn met de meldingsplicht van lid 3 die met ingang van 1 januari 2018 is ingevoerd. Slechts een handvol specialisten met kennis van zowel het invorderingsrecht als het insolventierecht zijn bekend met deze meldingsplicht. De NVB brengt dit probleem graag langs deze weg onder de aandacht van de fiscale regelgever. De regeling leidt er nu soms toe dat de Belastingdienst – in de praktijk soms 364 dagen na verkoop door de onderneming buiten medeweten van de bancaire pandhouder om – aan de bank vraagt om een taxatierapport van bodemzaken die dus één jaar daarvoor zijn verkocht. Als de bank dat taxatierapport niet binnen twee weken aanlevert, vervalt de mogelijkheid om regres te nemen.

IX. In welke mate verwacht u dat als de meldingsregeling enerzijds wordt aangescherpt om niet-melden te ontmoedigen en anderzijds wordt versoberd dit een positieve bijdrage levert aan de financieringsmogelijkheden voor de ondernemers en continuïteit van ondernemingen?

De NVB verwacht niet dat het aanscherpen en versoberen van de meldingsregeling een positieve bijdrage zal leveren aan de financieringsmogelijkheden voor ondernemers en de continuïteit van ondernemingen. De regeling blijft complex en inefficiënt, wat de onzekerheid en administratieve lasten voor kredietverstrekkers en ondernemers vergroot. De NVB verwijst naar haar antwoord op vraag (II) en het algemeen deel van deze consultatiereactie.

X. Is het in uw ogen noodzakelijk om bij een modernisering van het fiscale bodem(voor)recht de rechtsbescherming te wijzigen, door bijvoorbeeld de mogelijkheid van administratief beroep te laten komen vervangen door een andere vorm van rechtsbescherming?

Ja, het is noodzakelijk om bij een modernisering van het fiscale bodem(voor)recht de rechtsbescherming te wijzigen. De NVB is dan ook voorstander van de wetswijziging om de rechtsbescherming voor belastingschuldigen verbeteren door de (onafhankelijke) rechter bevoegd te maken in geschillen met de Ontvanger. Dit biedt betrokken partijen een betere kans op een objectieve beoordeling van hun zaak. Zie verder de beantwoording van vraag XI.

XI. Acht u het wenselijk dat de fiscale rechter een (grotere) rol gaat spelen bij juridische geschillen over het fiscale bodem(voor)recht of is het wenselijk dat juridische geschillen omtrent het fiscale bodem(voor)recht enkel worden voorgelegd aan de civiele rechter?

De NVB acht het wenselijk dat juridische geschillen omtrent het fiscale bodem(voor)recht enkel worden voorgelegd aan de civiele rechter. De civiele rechter heeft bij uitstek ervaring met de beoordeling van complexe eigendoms- en verhaalskwesties (zowel binnen als buiten faillissement), wat een consistente en deskundige afhandeling van deze zaken bevordert. Dit zou de rechtsbescherming verbeteren en zorgen voor een duidelijker en efficiënter systeem waarin betrokken partijen beter weten waar ze aan toe zijn.

XII. Op welke manier moet volgens u bij deze beleidsrichting rekening gehouden worden met het belang bij een adequate financiering van de afwikkeling van faillissementen?

De nadruk zou moeten liggen op de vraag hoe gekomen kan worden tot een eerlijker, transparanter en efficiënter systeem dat de administratieve lasten vermindert, waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat dit soort voorrechten in de meeste andere lidstaten van de Europese Unie zijn afgeschaft. Als de afschaffing van het bodem(voor)recht negatieve gevolgen heeft voor een adequate financiering van de afwikkeling van faillissementen, dan kan worden gekeken of – en zo ja, hoe – dergelijke gevolgen kunnen worden beperkt.

In het huidige systeem lopen de opbrengsten van bodemzaken die tijdens faillissement worden gerealiseerd door de boedel (artikel 57 lid 3 Fw) waardoor deze opbrengsten gebruikt kunnen worden om faillissementskosten (waaronder het salaris van de curator) te voldoen. Echter, er zijn veel faillissementen waarin bodemzaken ontbreken of waarin de opbrengst daarvan heel beperkt is (denk aan de dienstverlener die enkel wat kantoormeubilair en huis-tuin-en-keukenelektronica zoals computers bezit). Daarbij komt dat

de opbrengst van bodemzaken alleen door de boedel loopt voor zover het gaat om bodemzaken die stil verpand zijn – bodemzaken die eigendom zijn van derden vallen niet in de boedel – en alleen voor zover er openstaande belastingschulden zijn die vallen onder de ‘dekking’ van het bodemvoorrecht.

Het voorgaande betekent dat het bodemvoorrecht voor de curator geen zekere inkomstenbron is. Een opbrengst uit bodemzaken waaruit de faillissementskosten kunnen worden voldaan, heeft het karakter van een toevalstreffer. De betaling van de kosten van afwikkeling van faillissementen zou niet van dergelijke toevalstreffers afhankelijk moeten zijn. Voor de betaling van kosten van afwikkeling van faillissementen moet de curator kunnen terugvallen op betrouwbare bronnen, zoals een fonds. Wellicht dat het in opdracht van het WODC uitgevoerde onderzoek naar de lege boedelproblematiek waardevolle aanbevelingen doet (zie ook nr. 14 van het algemeen deel van deze consultatiereactie).

Bijlage met vragen over beleidsrichtingen

Beleidsrichting 2: het fiscale bodem(voor)recht vervangen door een nieuw bijzonder verhaalsrecht voor de Belastingdienst

Samenvatting beleidsrichting

Bij deze beleidsrichting wordt uitgegaan van het vervangen van het fiscale bodem(voor)recht door een nieuw bijzonder verhaalsrecht waardoor de Belastingdienst een recht krijgt op een percentage van de opbrengst bij het uitwinnen van een goed. Het restant dient de Belastingdienst over te maken naar de pandhouder. Indien de pandhouder het goed zelf uitwint, rust op hem de verplichting om een percentage van de opbrengst aan de Belastingdienst af te staan. Het bijzondere verhaalsrecht ziet ook op goederen waarvan een derde het eigendom heeft. Het percentage dat aan de Belastingdienst toekomt is gelijk aan het percentage dat heeft te gelden bij goederen die zijn verpand. Hiermee wordt een gelijkwaardig speelveld gewaarborgd. Net als bij het huidige fiscale bodem(voor)recht zal reëel eigendom in beginsel worden ontzien.

De NVB wil graag vooraf een algemene opmerking maken. Die betreft de verwijzing naar een 'nieuw bijzonder verhaalsrecht' voor de Belastingdienst in de hiervóór weergegeven inleiding op de vragen alsmede in onder meer de vragen (VII) en (IX) en de wijze van executoriale verkoop die in de inleiding wordt beschreven, namelijk door de Belastingdienst in plaats van de pandhouder.

Bij de beantwoording van de vragen zal de NVB het uitgangspunt hanteren dat het de pandhouder of curator is die bezwaarde zaken verkoopt die zijn onderworpen aan een afdrachtverplichting. De NVB interpreteert de verwijzingen van een 'nieuw bijzonder verhaalsrecht' in lijn hiermee als verwijzingen naar een afdrachtverplichting.

Algemene vragen

I. Wat is uw algehele beeld bij deze beleidsrichting?

Een afdrachtregeling is geen nieuwe gedachte. Een dergelijke regeling is eerder door de NVB voorgesteld als alternatief voor het bodem(voor)recht. De belangrijkste – maar niet de enige – reden dat de NVB invoering van zo een alternatief (heeft) bepleit, is dat een afdrachtregeling vooraf aan de betrokken *stakeholders* – belastingplichtige ondernemingen, (bancaire) financiers en de Belastingdienst – duidelijkheid verschaft over de verdeling van

verhaalsopbrengsten van zaken die onder het toepassingsbereik van de afdrachtregeling vallen (de NVB gaat hierop nog in). Het bestaan van duidelijkheid vooraf geeft de *stakeholders* de mogelijkheid hun gedrag op de regeling af te stemmen. Allereerst weet de Belastingdienst zelf veel beter waar zij aan toe is dan onder het huidige regime. De (bancaire) financier en de (aspirant)kredietnemer zijn eveneens beter af omdat een afdrachtregeling hen in staat stelt vooraf te bepalen welke (dekkings)waarde aan de betrokken zaken kan worden toegekend. Dat is een relevante factor in de verhouding financier-kredietnemer omdat de waarde van onderpand één van de factoren is die de financier betrekt in zijn besluitvorming over de financiering die hij bereid is te verstrekken. Is de financier een bank, dan is de vooraf in te schatten dekkingswaarde voorts relevant om uitvoering te kunnen geven aan verplichtingen die voortvloeien uit kapitaal-beschermingsrecht. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de verplichting om bij verstrekking een krediet vast te stellen hoeveel kapitaal de bank moet aanhouden om onverwachte kredietverliezen op dat krediet te kunnen opvangen. Zie de opmerkingen over de Capital Requirments Regulation in het algemeen deel van deze consultatiereactie.

Een tweede reden dat NVB een afdrachtregeling heeft voorgesteld als alternatief, is dat een afdrachtregeling eenvoudiger is, (daardoor) minder transactiekosten meebrengt en tot minder geschillen aanleiding geeft – de NVB gaat op deze (toepassings)aspecten verder in bij beantwoording van vraag II.

Het definitieve standpunt van de NVB omtrent een afdrachtregeling zal uiteraard afhangen van de exacte uitwerking, waaronder (i) de omvang van de afdrachtverplichting, (ii) het toepassingsbereik (welke zaken vallen onder het toepassingsbereik en voor welke belastingen geldt de regeling?) en (iii) het bestaan van voldoende waarborgen die garanderen dat de hoogte van de afdrachtverplichting niet om enkel begrotingstechnische redenen eenzijdig kan worden gewijzigd door de overheid.

Over randvoorwaarde (iii) bestaan wel zorgen bij de NVB. Er zijn veel voorbeelden van regelingen inzake belastingen en toeslagen die frequent (vaak jaarlijks) worden gewijzigd. Zou dit ook gebeuren bij de afdrachtregeling waarvan Beleidsrichting 2 de contouren schetst, dan ontvallen aan zo een regeling voor zowel belastingplichtigen als (bancaire) financiers de voordelen in vergelijking met het bodem(voor)recht.

II. In welke mate zullen de bij deze beleidsrichting voorgestelde maatregelen bijdragen aan een gelijkwaardiger, minder complex en voorspelbaarder speelveld?

De NVB verwacht dat door de percentageregeling een gelijkwaardiger, minder complex en voorspelbaarder speelveld zal ontstaan.

Gelijkwaardiger en voorspelbaarder omdat de netto-verhaalsopbrengst van de betrokken zaken verdeeld wordt volgens **vooraf** vastgestelde percentages. Voorspelbaarder ook omdat zowel de Belastingdienst als de (bancaire) financier weten welk percentage van de opbrengst zij zullen ontvangen. In het huidige systeem wordt de opbrengst van bodemzaken die in faillissement wordt gerealiseerd alleen uitgekeerd aan de Belastingdienst voor zover

er na betaling van de faillissementskosten (waaronder het salaris van de curator) en boedelschulden een surplus resteert dat kan worden uitgekeerd aan de Belastingdienst. Afdracht van een gedeelte van de netto-verhaalsopbrengst zorgt bovendien voor een parallel belang tussen de belastingdienst en de pandhouder bij een zo hoog mogelijke opbrengst van de zaken die onder de werking van de afdrachtregeling vallen.

Een afdrachtregeling is minder complex omdat de huidige regeling van het bodem(voor)recht naar de mening van de NVB een onnodig ingewikkelde regeling is, waarbij er onder meer discussie kan ontstaan over de vraag of zaken als bodemzaken kwalificeren, of er sprake is van reële eigendom etc. Tevens is het onwenselijk dat de verdeling in faillissement wezenlijk afwijkt van de verdeling buiten faillissement als gevolg van de omslag in de algemene faillissementskosten. Dit is onwenselijk omdat het naar de mening van de NVB voor de verdeling van verhaalsopbrengsten niet zou moeten uitmaken welke uitwinningsregime wordt toegepast. Of er nu sprake is van parate executie door de zekerheidsgerechtigde, executoriale verkoop van de curator of executoriale verkoop door een beslaglegger, de verdeling van de netto-opbrengst moet in alle situaties hetzelfde zijn.

Op de kwestie welke zaken onder het bereik van de afdrachtregeling zouden moeten vallen, gaat de NVB in bij beantwoording van vraag (VI).

III. In welke mate zullen de bij deze beleidsrichting voorgestelde maatregelen resulteren in een verslechtering van het speelveld?

Het is voorzienbaar dat invoering van een afdrachtregeling een financiële impact heeft op de positie van faillissementscuratoren in faillissementen waarin zij voor betaling van hun salaris (deels) afhankelijk zijn van de verhaalsopbrengst van bodemzaken (artikel 57 lid 3 Fw). Op deze problematiek gaat de NVB in bij beantwoording van vraag (VII).

De financiële impact voor (bancaire) financiers en de Belastingdienst kan nog niet worden bepaald. Daarvoor dienen eerst de onderzoeksresultaten bekend te zijn van het onderzoek waarop de NVB ingaat in nr. 14 van het algemeen deel van deze consultatiereactie.

De niet-financiële impact van invoering van een afdrachtregeling zal naar verwachting van de NVB een verbetering van het speelveld inhouden; zie de beantwoording van vraag (II) voor een onderbouwing.

IV. Waarom moet deze beleidsrichting wél of niet nader worden uitgewerkt?

Beleidsrichting 1 valt voor de NVB af. Tegenover Beleidsrichting 2 heeft de NVB een positieve grondhouding; zie de beantwoording van de vorige drie vragen. Wat de NVB betreft, verdient Beleidsrichting 2 daarom nadere uitwerking.

V. Welke specifieke elementen van deze beleidsrichting moeten in ieder geval wél of niet deel uitmaken van het verdere onderzoek naar de herijking van het fiscale bodem(voor)recht?

Alle elementen dienen naar de mening van NVB te worden betrokken in het verdere onderzoek.

Specifieke vragen

VI. In welke mate zal de keuze voor alle bedrijfsgebonden activa of roerende zaken bijdragen aan een minder complex en voorspelbaar speelveld?

Vanuit economisch perspectief is er geen logische reden om bijvoorbeeld machines wel maar voertuigen niet onder de reikwijdte van een afdrachtregeling (als alternatief voor het bodem(voor)recht) te brengen. Beide – machines en voertuigen – vervullen voor de onderneming die deze gebruikt de functie van kapitaalgoederen waarmee bedrijfsinkomsten worden gegenereerd. Deze factoren moeten naar de mening van de NVB in de beoordeling worden betrokken bij het inrichten van de afdrachtregeling.

De NVB stelt voor de afdrachtregeling tot de passen op de netto-verhaalsopbrengsten van roerende bedrijfsgebonden zaken. Deze zaken vervullen voor ondernemingen namelijk de functie van 'inventaris' in de huidige betekenis die aan deze term wordt gegeven.

Wat de NVB betreft, gaan voorraadzaken niet onder het toepassingsbereik van de afdrachtregeling vallen. Deze zaken vervullen voor ondernemingen een wezenlijk andere functie dan inventariszaken: het is hun handelswaar, de 'grondstof' voor het maken van omzet. Toepassing van de afdrachtregeling op voorraadzaken zou een breuk met de huidige praktijk vormen. Daarmee verandert ineens de zekerheidspositie van leveranciers die op krediet zaken aan afnemers leveren met als zekerheidsrecht een eigendomsvoorbehoud op de geleverde zaken. Dit zekerheidsrecht vervult een belangrijke functie in het nationale en internationale handelsverkeer en toepassing van de afdrachtregeling zou betekenen dat binnen- en buitenlandse leveranciers worden geconfronteerd met een fiscale rechtsinbreuk waarop zij hoogstwaarschijnlijk niet hebben gerekend en waartegen zij zich niet of lastig kunnen 'indekken'. Ten slotte zou toepassing van de afdrachtregeling op voorraadzaken betekenen dat de regeling ingewikkeld wordt vanwege 'toevoeging' van een extra *stakeholder* (de leverancier) hetgeen zich niet verdraagt met het uitgangspunt dat de afdrachtregeling eenvoudiger toepasbaar moet zijn dan het bodem(voor)recht.

VII. Op welke manier moet volgens u bij deze beleidsrichting rekening gehouden worden met het belang bij een adequate financiering van de afwikkeling van faillissementen? Is het in uw ogen wenselijk dat bij het nieuwe bijzondere verhaalsrecht een rol voor de curator is weggelegd?

Voor wat betreft de verwijzing naar het 'nieuwe bijzondere verhaalsrecht' verwijst de NVB naar haar inleidende opmerking die voorafgaat aan de beantwoording van vraag (I).

Naar de mening van de NVB moet de afdrachtsregeling niet (kunnen) worden gebruikt voor betaling van faillissementskosten, waaronder het salaris van de curator. Dat is namelijk niet het doel van een afdrachtregeling. Doel van zo een regeling is dat de Belastingdienst als incassant van inkomsten ter bekostiging van overheidsuitgaven een bepaald bedrag ontvangt. De afdrachtregeling zou naar de mening van NVB niet moeten fungeren als instrument voor de financiering van de afwikkeling van faillissementen. Voor dat doel is de afdrachtregeling bovendien niet geschikt. Immers, de hoogte van een uitkering onder de afdrachtregeling hangt volledig af van de netto-verhaalsopbrengsten van bedrijfsgebonden roerende zaken die onder het toepassingsbereik daarvan vallen. De aanwezigheid van die zaken is een omstandigheid waarop de curator geen enkele invloed heeft, het is een *fait accompli*. De afdrachtregeling is daarom geen betrouwbare bron van inkomsten voor de curator.

In het huidige systeem lopen de opbrengsten van bodemzaken die tijdens faillissement worden gerealiseerd door de boedel (artikel 57 lid 3 Fw) waardoor deze opbrengsten gebruikt kunnen worden om faillissementskosten (waaronder het salaris van de curator) te voldoen. Echter, er zijn veel faillissementen waarin bodemzaken ontbreken of waarin de opbrengst daarvan heel beperkt is (denk aan de dienstverlener die enkel wat kantoormeubilair en huis-tuin-en-keukenelektronica zoals computers bezit). Daarbij komt dat de opbrengst van bodemzaken alleen door de boedel loopt voor zover het gaat om bodemzaken die stil verpand zijn – bodemzaken die eigendom zijn van derden vallen niet in de boedel – en alleen voor zover er openstaande belastingschulden zijn die vallen onder de 'dekking' van het bodemvoorrecht. Het voorgaande betekent dat het bodemvoorrecht voor de curator geen zekere inkomstenbron is. Een opbrengst uit bodemzaken waaruit de faillissementskosten kunnen worden voldaan, heeft derhalve het karakter van een toevalstreffer. De betaling van de kosten van afwikkeling van faillissementen zou niet van dergelijke toevalstreffers afhankelijk moeten zijn.

Voor de betaling van kosten van afwikkeling van faillissementen moet de curator kunnen terugvallen op betrouwbare bronnen, zoals een fonds. Wellicht dat het in opdracht van het WODC uitgevoerde onderzoek naar de lege boedelproblematiek waardevolle aanbevelingen zal bevatten (zie ook nr. 14 van het algemeen deel van deze consultatiereactie).

Omdat het bodemvoorrecht thans wel een – zij het: onzekere – inkomstenbron is voor curatoren, is er (economische) samenhang tussen de lege boedelproblematiek en vervanging van het bodem(voor)recht door een alternatief zoals een afdrachtregeling. Er moet wat de NVB betreft daarom één pakket maatregelen worden ingevoerd dat beide kwesties regelt.

Ten slotte gaat de NVB nog in op de rol van de curator waaraan vraag (VII) refereert.
Verkoopt de pandhouder met gebruikmaking van zijn recht van parate executie dat hij ook tijdens faillissement kan inzetten (artikel 57 lid 1 Fw), dan draagt de pandhouder het krachtens de afdrachtregeling verschuldigde bedrag af aan de Belastingdienst. Ook hier geldt: de Belastingdienst draagt niet bij in de omslag van de algemene faillissementskosten. Bij verhaal door de pandhouder buiten een faillissement dient de pandhouder de

Belastingdienst op de hoogte te brengen van de uitwinning en het krachtens de afdrachtregeling verschuldigde bedrag af te dragen aan de Belastingdienst.

In geval van een verkoop door de curator (in de vorm van een oneigenlijke lossing) dient de boedel het verschuldigde percentage van de netto-verhaalsopbrengst van bedrijfsgebonden roerende zaken, af te dragen aan de Belastingdienst en het restant aan de pandhouder.

Voor beide genoemde partijen – pandhouder en curator – geldt dat zij zich (i) moeten houden aan de regels die gelden voor executoriale verkopen of oneigenlijke lossing en (ii) dat zij rekening en verantwoording moeten afleggen over de gemaakte kosten van uitwinning.

Wat de NVB betreft, gaat de afdrachtregeling alleen gelden indien bedrijfsgebonden roerende zaken executoriaal zijn verkocht (waarbij een verkoop door de curator per definitie een executoriale verkoop is). Hiervoor is een principiële en een praktische reden. De principiële reden is dat de afdrachtregeling ziet op afdracht van *verhaals*opbrengsten, niet op opbrengsten van verkopen door onderneming als eigenaar. De praktische reden is dat wordt bewerkstelligd dat vooraf duidelijk is in welke gevallen een afdrachtverplichting bestaat.

VIII. Kan een aanpassing van de Separatistenregeling volgens u een voldoende oplossing bieden voor de gevolgen die bij deze beleidsrichting bestaan voor de lege boedelproblematiek? Hoe kijkt u aan tegen een afdracht van een percentage aan de boedel door de pandhouder?

De NVB aarzelt of zij de vraagstelling juist interpreteert. Er wordt naar een visie gevraagd over `*een afdracht van een percentage aan de boedel door de pandhouder*.´ De NVB interpreteert deze vraag aldus of de NVB zich er in zou kunnen vinden dat de afdrachtregeling die in plaats van het bodem(voor)recht zou komen in de Separatistenregeling opgenomen zou kunnen worden in plaats van in fiscale regelgeving.

Waar de vraag in neutrale termen refereert aan aanpassing van de Separatistenregeling, gaat de NVB ervan uit dat *de facto* wordt bedoeld een verhoging van de afdrachten door (bancaire) financiers aan de boedel. Hoe staat de NVB daartegenover? Het doel van een afdrachtregeling in verband met de afschaffing van het bodem(voor)recht is herverdeling tussen de pandhouder en de Belastingdienst. De situatie waarvoor de Separatistenregeling richtsnoeren geeft, betreft vergoeding aan de curator voor de werkzaamheden die de curator in het belang van de separatist verricht. Deze doelen zijn geheel verschillend. De Separatistenregeling moet een vergoedingsregeling blijven en niet gebruikt worden voor herverdeling. De huidige afdracht door de pandhouder bij verhaal op bodemzaken is ook niet in de Separatistenregeling opgenomen, maar is gebaseerd op artikel 57 lid 3 Fw.

Ten slotte is de afdrachtregeling zoals de NVB zich die voorstelt een afdracht aan de Belastingdienst buiten de boedel om.

De NVB vindt daarom dat de afdracht in verband met de afschaffing van hem

bodem(voor)recht niet opgenomen zou moeten worden in de Separatistenregeling.

De NVB gaat ervan uit dat na de implementatie van een afdrachtregeling ten gunste van de Belastingdienst de Separatistenregeling ook zal blijven gelden en er dus over de bedrijfsgebonden roerende zaken ook een afdracht aan de curator moet plaats vinden. De NVB is daarom van mening dat de totale afdracht aan de Belastingdienst en de curator redelijk moet blijven.

Deze consultatiereactie is wat de NVB betreft ook niet de aangewezen route om verder op de Separatistenregeling in te gaan. Eventuele aanpassingen van de Separatistenregeling moeten wat de NVB betreft gelijktijdig plaatsvinden met de vervanging van het bodem(voor)recht door een alternatief dat gelijkwaardiger, minder complex en voorspelbaarder is. Voor de NVB is het niet aanvaardbaar dat afdrachtverplichtingen aan curatoren worden verhoogd terwijl het bodem(voor)recht blijft gehandhaafd.

De NVB bepleit een rol voor de overheid in de financiering van de faillissementsafwikkeling, mede gezien het feit dat de wetgever aan de curator de uitvoering van taken heeft opgelegd die niet het belang van de gezamenlijke schuldeisers maar het algemeen dienen en daarom uit de algemene middelen bekostigd moeten worden.

IX. In welke mate verwacht u dat het vervangen van het fiscale bodem(voor)recht door een nieuw bijzonder verhaalsrecht een positieve bijdrage levert aan de financieringsmogelijkheden voor de ondernemers?

Voor wat betreft de referte aan het ‘nieuwe bijzondere verhaalsrecht’ verwijst de NVB naar haar inleidende opmerking die voorafgaat aan de beantwoording van vraag (I).

De NVB verwacht dat een afdrachtregeling die voldoet aan de randvoorwaarden die de NVB bij beantwoording van de vorige vragen heeft geschetst, bijdraagt aan een verbetering van de financierbaarheid van ondernemingen omdat de afdracht van verhaalsopbrengsten van onderpand dat onderworpen is aan de afdrachtregeling – bedrijfsgebonden activa die roerende zaken zijn – veel beter voorspelbaar zijn dan thans het geval is ten aanzien van bodemzaken.

X. In welke mate verwacht u dat de voorgestelde afdrachtverplichting uitvoerbaar is voor betrokken partijen?

De NVB verwacht dat een afdrachtregeling goed uitvoerbaar is en verwijst naar beantwoording van de voorgaande vragen voor een toelichting.

Bijlage met vragen over beleidsrichtingen

Beleidsrichting 3: het fiscale bodem(voor)recht afschaffen en andere invulling positie Belastingdienst

Samenvatting beleidsrichting
De derde beleidsrichting heeft als uitgangspunt dat het fiscale bodem(voor)recht wordt afgeschaft, zonder dat dit wordt vervangen door een ander verhaalsrecht. Er worden flankerende maatregelen voorgesteld om het (financiële) belang van de Belastingdienst te waarborgen. Het wordt wenselijk geacht dat de Belastingdienst – naast de bestaande invorderingsmogelijkheden – blijft beschikken over een middel om belastingschulden te kunnen innen en in gesprek te raken met de ondernemer. Een mogelijkheid om de Belastingdienst in staat te stellen om regie te kunnen voeren, kan door de Belastingdienst de bevoegdheid te geven om het faillissement van een belastingschuldige aan te vragen zonder dat daarvoor een steunvordering nodig is. Het voorgaande zal in samenhang met een strenger invorderingsbeleid het 'verlies' van het fiscale bodem(voor)recht mogelijk (gedeeltelijk) kunnen compenseren.

I. Wat is uw algehele beeld bij deze beleidsrichting

Het algemene beeld van de NVB bij deze beleidsrichting is positief. Deze beleidsrichting maakt een einde aan het achterhaalde middel van het bodem(voor)recht met alle negatieve gevolgen voor de financierbaarheid van ondernemingen die daaraan verbonden zijn. Bijgevolg wordt ook een einde gemaakt aan de voor de praktijk niet hanteerbare meldingsplicht van art. 22bis IW 1990. Daarbij wordt aangekondigd dat wellicht de Belastingdienst actiever zal moeten invorderen. De NVB ziet dit als iets positiefs. Op die manier kan worden voorkomen dat niet-levensvatbare ondernemingen te lang worden voortgezet en de belastingschuld onnodig hoog oploopt. Tegelijkertijd heeft de NVB er vertrouwen in dat een actiever invorderingsbeleid er niet toe zal leiden dat ondernemingen onnodig moeten worden gestaakt. Immers, op dit moment slaagt de Belastingdienst er ook in om dit te voorkomen bij ondernemingen waarbij het bodem(voor)recht géén rol van betekenis speelt.

De NVB verwacht niet dat het afschaffen van het bodem(voor)recht grote negatieve gevolgen heeft voor de Belastingdienst. De ontvanger beschikt ook zonder het bodem(voor)recht over een breed instrumentarium om achterstallige belastingvorderingen te innen, zoals de Invorderingswet dat hem ter beschikking stelt. Hij kan zich als schuldeiser als het ware in hoge mate zelf bedruipen en behoudt zijn voorrangspositie in faillissement. Daarnaast staan de ontvanger alle incassomiddelen waarover (de) andere schuldeisers kunnen beschikken uiteraard ook ten dienste. Ondanks het feit dat inzicht in de opbrengsteffecten van het bodem(voor)recht ontbreekt, durft de NVB de stelling wel aan dat die minder omvangrijk zijn dan de Belastingdienst wel eens lijkt te veronderstellen. Zo wijst de NVB op het onderzoek van het CBS over in 2015 afgesloten faillissementen. Uit dit onderzoek blijkt dat de Belastingdienst deze faillissementen 59 miljoen ontvangt op de vóór faillissement bestaande fiscale vorderingen waar het gaat om faillissementen van bedrijven en instellingen. Daarnaast ontvangt de Belastingdienst € 35 miljoen uit de ná faillissement ontstane boedelvorderingen. Dit laatste vloeit voort uit het algemene fiscale voorrecht van artikel 21 IW 1990.[39]

[39] *Faillissementen oorzaken en schulden 2015*, CBS 2016, p. 41

De NVB begrijpt niet direct waarom er naast dit instrumentarium nog flankerende maatregelen nodig zijn om het financiële belang van de Belastingdienst te waarborgen. De Belastingdienst heeft immers ook nog altijd het algemene voorrecht van artikel 21 IW 1990 en kan haar financiële belang dienen door te voorkomen dat belastingschuldigen oplopende betalingsachterstanden laten ontstaan. De ontvanger is immers vroegtijdig van een achterstand op de hoogte. De belastingdeurwaarder – de ogen en de oren van de ontvanger – kan bij het betekenen van door hem uitgevaardigde dwangbevelen het gesprek tussen de ontvanger en de belastingschuldige bevorderen door de belastingschuldige aan te raden de ontvanger te raadplegen om een betalingsregeling te treffen, al dan niet onder dreiging van beslag of executie. De NVB ziet niet meteen hoe de mogelijkheid om de ontvanger in staat te stellen faillissement zonder steunvordering aan te vragen dit contact bevordert. In tegendeel: wanneer de ontvanger dat middel inzet zullen de mogelijkheden om middels een betalingsregeling de schulden te voldoen waarschijnlijk al zijn geminimaliseerd. Daarnaast meent de NVB dat ook principiële en juridisch dogmatische redenen aan dit novum in de weg staan. Dat licht de NVB bij haar beantwoording van vraag (VI) nader toe.

Met inachtneming van de bovenstaande inleidende opmerkingen ondersteunt de NVB deze Beleidsrichting, ze verdient in elk geval nadere uitwerking. De afschaffing van het bodem(voor)recht is op een toenemend aantal gronden, waarin de voortschrijdende tijdgeest en economische ontwikkeling zich spiegelt, al vele malen en al gedurende decennia bepleit. Het is goed dat het ministerie van Financiën zich bereid toont die pleidooien serieus te onderzoeken. Dat te meer omdat de NVB van mening is dat afschaffing van het bodem(voor)recht de positie van de ontvanger noch de inkomsten van de Staat zal schaden.

II. In welke mate zullen de bij deze beleidsrichting voorgestelde maatregelen bijdragen aan een gelijkwaardiger, minder complex en voorspelbaarder speelveld?

De huidige regeling van het bodem(voor)recht werkt voor bedrijven ongelijkwaardig uit. Het bodem(voor)recht heeft naar zijn aard niet of nauwelijks gevolgen voor de dienstverleningssector. Immers, in de dienstverleningssector zijn niet of nauwelijks bodemzaken van enige omvang aanwezig. De bodemzaken bestaan daar doorgaans uit louter wat kantoormeubilair en computerapparatuur. Het bodem(voor)recht heeft wel gevolgen voor – globaal genomen – de industrie en de landbouw. In de industrie vertegenwoordigen bodemzaken vaak een grote waarde, zowel in absolute termen als relatief (in relatie tot het totaal aan activa van de onderneming). Hetzelfde geldt in de landbouw. Daarbij komt dat op grond van de Invorderingswet voor de landbouw geldt dat *"ingeoogste of nog niet ingeoogste vruchten*" (artikel 22 lid 3 in fine IW 1990) bodemzaken zijn. Daarmee wordt de *voorraad* voor een landbouwbedrijf bodemzaak, terwijl voorraden van andersoortige bedrijven juist geen bodemzaken zijn.

Het feit dat bodemzaken voornamelijk in de industrie- en landbouwsectoren worden gebruikt, brengt met zich dat de financiering van industrie en landbouw wordt bemoeilijkt in vergelijking met de financiering van bedrijven in de dienstverleningssector. Neem het voorbeeld van een bedrijf in de dienstverleningssector en een ander bedrijf in de industrie. Beide bedrijven

hebben voor € 1 miljoen aan activa op de balans. Het eerste bedrijf € 1 miljoen aan vorderingen op de balans. Het tweede bedrijf € 1 miljoen aan vaste activa, zoals machines. Het dienstverleningsbedrijf zal tegen gunstigere voorwaarden krediet kunnen verkrijgen dan het productiebedrijf. Immers, een kredietverlener zal pandrecht kunnen verkrijgen op de vorderingen en bij een eventuele deconfiture zal de kredietverlener zich kunnen verhalen op de opbrengst van de vorderingen. Voor het productiebedrijf ligt dit ingewikkelder. Weliswaar kan een kredietverlener pandrecht op de machines verkrijgen, maar de kredietverlener zal bij beoordeling van het kredietrisico in de afweging moeten meenemen de machines bodemzaken zijn. De kredietverlener moet er immers rekening mee houden dat hij zich niet zal kunnen verhalen op de machines. Daarmee worden de voorwaarden voor de kredietverlening ongunstiger in vergelijking met die van het bedrijf in de dienstverleningssector. Voor landbouwbedrijven geldt dit nog sterker, nu hier de voorraad – in tegenstelling tot andere bedrijven – als bodemzaak geldt.

Beperking van de concurrentie op het gebied van financiering en beperking van de concurrentiepositie van Nederland

De regeling van het bodem(voor)recht veroorzaakt ook een verschraling van het financieringsaanbod voor bedrijven met veel bodemzaken. Zonder de regeling van het bodem(voor)recht zouden deze bedrijven in aanmerking komen voor meer financieringsvormen, namelijk enerzijds de traditionele bankfinanciering en anderzijds gespecialiseerde financieringsvormen zoals financial lease. De regeling van het bodem(voor)recht leidt er nu toe dat deze bedrijven niet – of in elk geval in veel mindere mate – in aanmerking komen voor gespecialiseerde financieringsvormen. De regeling van het bodem(voor)recht beperkt de concurrentie waar het gaat om het aantrekken van financiering. Immers, het bodem(voor)recht is in andere Europese landen onbekend, zodat bedrijven die gevestigd zijn buiten Nederland tegen lagere kosten financiering kunnen aantrekken (indien de overige omstandigheden gelijk zijn).

III. In welke mate zullen de bij deze beleidsrichting voorgestelde maatregelen resulteren in een verslechtering van het speelveld?

De NVB is van oordeel dat het afschaffen van het bodem(voor)recht zeker niet leidt tot een verslechtering van het speelveld, maar wel tot een verbetering. Afschaffing van het bodem(voor)recht 'ontlast' partijen van een ingewikkelde regeling die tot ongelijkheid tussen verschillende maatschappelijke deelnemers leidt. Ook worden hoge transactiekosten voorkomen die de regeling van het bodem(voor)recht en de meldingsplicht van artikel 22bis IW 1990 oproepen. Bovendien leidt afschaffing van het bodem(voor)recht tot een groter financieringsaanbod voor bedrijven in het bijzonder de industrie- en landbouwsector (zie ook het antwoord op vraag II).

Het afschaffen van het bodem(voor)recht zal er mogelijk wel toe leiden dat de Belastingdienst in enige mate een actiever invorderingsbeleid zal moeten voeren. De NVB verwacht dat dit beleid voor bedrijven in zijn algemeenheid positief zal uitpakken. Dit komt omdat een actief invorderingsbeleid voorkomt dat niet-rendabele bedrijfsactiviteiten te lang worden voortgezet. De NVB verwacht niet dat een actiever inningsbeleid ertoe zal leiden dat

bedrijven nodeloos failliet zullen gaan. Op dit moment leidt de afwezigheid van bodemzaken in de dienstverleningssector er immers niet toe dat in die sector bedrijven door een actiever invorderingsbeleid nodeloos failliet gaan. De NVB is ervan overtuigd dat ook in de landbouw en industrie een actiever invorderingsbeleid geen onnodige faillissementen zal veroorzaken.

Het enige negatieve effect van het afschaffen van het bodem(voor)recht dat de NVB signaleert, is dat dit in sommige faillissementen de financiering van de afwikkeling van faillissementen kan beperken. Daarbij tekent de NVB echter aan dat (1) het bodem(voor)recht nooit als beleidsdoel heeft gehad om de afwikkeling van het faillissement te subsidiëren, (2) het bodem(voor)recht slechts in een gedeelte van de faillissementen bijdraagt aan de afwikkeling daarvan en (3) dat het bodem(voor)recht een bijzonder kostbare en ingewikkelde regeling is die daarmee nauwelijks geschikt is om (economisch) te dienen als subsidiemaatregel voor de afwikkeling van faillissementen.

De NVB pleit er daarom reeds geruime tijd voor dat op andere – meer rationele wijze – invulling wordt gegeven aan de noodzaak van financiering van de afwikkeling van faillissementen omdat de NVB van mening is dat de voldoening van een curatorensalaris niet moet afhangen van een toevalligheid (zie verder de beantwoording van vraag VII bij beleidsrichting 2).

IV. Waarom moet deze beleidsrichting wél of niet nader worden uitgewerkt?

Tegenover Beleidsrichting 3 heeft de NVB een positieve grondhouding – zie de beantwoording van de vorige drie vragen. Wat de NVB betreft, verdient Beleidsrichting 3 daarom nadere uitwerking.

V. Welke specifieke elementen van deze beleidsrichting moeten in ieder geval wél of niet deel uitmaken van het verdere onderzoek naar de herijking van het fiscale bodem(voor)recht?

De NVB meent dat bij het verdere onderzoek naar de afschaffing van het bodem(voor)recht in elk geval aandacht moet worden besteed aan het kader van regelgeving en uitgangspunten dat de fiscus hanteert bij het verlenen van kwijting en uitstel van betaling. De afschaffing van het bodem(voor)recht zou naar oordeel van de NVB gepaard moeten gaan met een actiever invorderingsbeleid. Daarbij moet als uitgangspunt gelden dat een fiscale schuld niet mag oplopen zonder dat de fiscus invorderingsmaatregelen neemt. Dat zal er na enige gewenning toe leiden dat belastingschuldigen het gesprek met de ontvanger zullen zoeken. Waar de economische omstandigheden van een belastingplichtige tot uitstel en/of kwijting leiden, moet de fiscus hier voldoende worden gelegitimeerd door een kader van regelgeving.

Specifieke vragen

VI. Is het in uw ogen gerechtvaardigd en wenselijk om de Belastingdienst de mogelijkheid te bieden om een faillissementsaanvraag zonder steunvordering te doen?

De NVB signaleert dat de bevoegdheid om een faillissementsaanvraag zonder steunvordering te doen op gespannen voet staat met de uitgangspunten van enerzijds het verhaals- en executierecht en anderzijds het faillissementsrecht. Zoals de NVB echter al reeds bij beantwoording van vraag (I) betoogde, is zij van mening dat de ontvanger dit middel ook niet nodig heeft.

De wens om faillissement aan te kunnen vragen zonder steunvordering staat op gespannen voet met de uitgangspunten van het verhaals- en executierecht en het faillissementsrecht, omdat dogmatisch gezien een faillissement dient als middel om tot verhaal te komen in het geval er meerdere schuldeisers zijn. Het faillissement dient ertoe de problemen op te lossen die zouden ontstaan indien meerdere schuldeisers tegelijkertijd verhaal nemen. Deze problemen doen zich naar hun aard niet voor in het geval slechts één schuldeiser verhaal neemt.

In het geval er slechts één schuldeiser is, kan die schuldeiser door middel van het leggen van beslag zelf verhaal nemen. De grootste hindernis voor een gewone schuldeiser daarbij is het verkrijgen van een executoriale titel. Dit probleem speelt voor de Belastingdienst niet. Immers, de Invorderingswet verleent de ontvanger de bevoegdheid om op eenvoudige wijze een executoriale titel te verkrijgen door het uitvaardigen van een dwangbevel (artikel 12 e.v. IW 1990).

Het voorgaande houdt in dat – indien de wetgever ervoor zou kiezen om de aanvraag van een faillissement zonder steunvordering mogelijk te maken – de wetgever impliciet zou aangeven dat het huidige stelsel van verhaals- en executierecht niet volstaat. Dat zou dan ook gevolgen moeten hebben voor het verhaals- en executierecht voor gewone schuldeisers. Niet kan worden uitgesloten dat deze gewone schuldeisers zouden kunnen stellen dat de Nederlandse overheid artikel 1 van het eerste Protocol bij het EVRM schendt, nu zij kennelijk de gerechtigde tot een vordering geen systeem ter beschikking stelt dat hem in staat stelt zijn vordering effectief te gelde te maken. In een dergelijke procedure zou zeer waarschijnlijk veel gewicht toekomen aan het gegeven dat kennelijk zélfs voor de Belastingdienst het reguliere verhaals- en executierecht niet volstaat.

Conclusie is dat faillissement zonder steunvordering wat betreft de NVB op te veel wettelijke bezwaren stuit om het een extra instrument voor de Belastingdienst te doen zijn.

VII. In welke mate verslechtert volgens u de positie van de Belastingdienst bij afschaffing van het fiscale bodem(voor)recht en beschikt de Belastingdienst reeds over mogelijkheden om deze verslechtering te compenseren? Heeft u hierbij ideeën voor flankerende maatregelen, anders dan die reeds zijn genoemd in hoofdstuk 10?

In hoofdstuk 10 van het Consultatiedocument wordt een actiever invorderingsbeleid genoemd als algemeen middel om een terugval in fiscale inkomsten bij afschaffing van het bodem(voor)recht tegen te gaan. Daarnaast worden genoemd het aanvragen van het faillissement van een belastingschuldige zonder steunvordering. In het consultatiedocument

wordt de vrees geuit dat zonder verdere maatregelen het budgettaire effect van het afschaffen van het bodem(voor)recht de inkomstenderving voor de Belastingdienst niet geheel kunnen worden gecompenseerd.

Zoals hierboven al is aangegeven, is de NVB is van mening dat de financiële gevolgen van de afschaffing van het bodem(voor)recht voor de Belastingdienst beperkt zullen zijn. Allereerst blijkt uit het onderzoek van het CBS dat de Belastingdienst slechts een relatief gering bedrag uit faillissementen ontvangt. Voor zover het daarbij gaat om bedragen die de Belastingdienst ontvangt als betaling op boedelschulden geldt bovendien dat voor deze gevallen het fiscale voorrecht van artikel 21 IW 1990 voldoende is om ervoor te zorgen dat de Belastingdienst hier direct na de curator in de rangorde komt.

Uit de onderzoeken van het CPB en de Belastingdienst blijkt bovendien dat het grootste effect dat de Belastingdienst toerekent aan het bodem(voor)recht neerkomt op een actief inningsbeleid. Immers, in juridische zin 'werkt' een fiscaal bodem(voor)recht alleen bij *concursus*. Voor zover buiten faillissement de Belastingdienst betaling van een belastingvordering bewerkstelligt door (dreiging) met een (bodem)beslag, gaat het in feite om een actief inningsbeleid. De NVB signaleert dat ook bij afschaffing van het bodem(voor)recht de Belastingdienst de bevoegdheid om (op grond van een dwangbevel) beslag te leggen behoudt. De functie van beslag als drukmiddel blijft behouden.

Dat neemt niet weg dat gedacht kan worden aan flankerende maatregelen. Daarbij ziet de NVB ook – zeker bij het kleinbedrijf – ook een rol voor laagdrempelig contact. Wel verdient het aanbeveling dat de Belastingdienst zich meer openstelt voor overleg met andere bij een belastingschuldige betrokken andere stakeholders. Sommige banken die lid zijn van de NVB hebben thans de ervaring dat adequaat overleg op een korte of zelfs acceptabele termijn helaas lang niet mogelijk is.

VIII. In welke mate verwacht u dat enerzijds afschaffing van het fiscale bodem(voor)recht en anderzijds een strenger invorderingsbeleid invloed heeft op de financieringsmogelijkheden voor de ondernemers en continuïteit van ondernemingen?

De groep van gezonde ondernemingen is vele malen groter dan de groep van ondernemingen in moeilijkheden. Een klein positief effect van het afschaffen van het bodem(voor)recht op gezonde ondernemingen kan daarmee snel een groot positief effect hebben (zie ook het antwoord op vraag (II) bij beleidsrichting 2).

Het effect van een actiever invorderingsbeleid zal vermoedelijk positief uitpakken waar het gaat om ondernemingen in moeilijkheden. Verwacht wordt dat een actiever invorderingsbeleid ertoe zal leiden dat ondernemingen die niet langer levensvatbaar zijn eerder worden beëindigd. Dit heeft een positief effect. Er zijn geen aanwijzingen dat een actiever invorderingsbeleid ertoe zal leiden dat ondernemingen die wél levensvatbaar zijn te vroeg worden geliquideerd. Dit gebeurt – voor zover de NVB kan waarnemen – ook niet bij ondernemingen waarbij het bodem(voor)recht geen rol van betekenis speelt.

IX. Op welke manier moet volgens u bij deze beleidsrichting rekening gehouden worden met het belang bij een adequate financiering van de afwikkeling van faillissementen?

De NVB onderkent dat het bodem(voor)recht in de praktijk soms zorgt voor meer middelen in de boedel en dat het daarmee enige bijdrage levert aan de financiering van de afwikkeling van faillissementen. Immers, in faillissement behartigt de curator de belangen van de Belastingdienst als hoger gerangschikte schuldeiser (art. 57 lid 3 Fw). Dit heeft tot gevolg dat de verhaalsopbrengsten van bodemzaken 'door de boedel gaan', hetgeen inhoudt dat uit deze opbrengsten eerst het salaris van de curator en door hem ingeschakelde deskundigen/hulppersonen wordt voldaan. In feite verleent de overheid hiermee een subsidie voor het afwikkelen van een faillissement, althans als de boedel bodemzaken bevat.

De NVB merkt op dat de huidige regeling van het bodem(voor)recht ongeschikt is om als subsidiemaatregel te dienen. Ten eerste is het vooral een kwestie van toeval of het bodem(voor)recht een bijdrage levert aan de kosten van de afwikkeling van het faillissement. Bij ondernemingen in de industrie en landbouw zullen doorgaans bodemzaken met materiële waarde aanwezig zijn, bij ondernemingen in de dienstverlening is dit niet het geval. Er valt niet goed in te zien waarom de overheid wel zich de financiering van de afwikkeling van een faillissement in de industrie en de landbouw zou moeten aantrekken en niet de kosten van de afwikkeling van een faillissement in de dienstverleningssector.

Daarbij komt dat het bodem(voor)recht een inefficiënte manier is om de kosten van de afwikkeling van een faillissement te bestrijden. Een bodem(voor)recht roept namelijk relatief hoge kosten in een faillissement op. Als de overheid de kosten van de afwikkeling van een faillissement wil bestrijden, dan kan dat tegen veel lagere kosten. De NVB verwijst hier graag naar de voorstellen die zij reeds eerder deed.

Nederlandse Vereniging van Banken

INTRODUCTIE

1. De Nederlandse Vereniging van Banken ("NVB") heeft met waardering kennisgenomen van het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht dat op 1 november 2021 in consultatie is gegaan (het 'Consultatiedocument'). De NVB meent dat het Consultatiedocument een representatief overzicht geeft van het huidige in Nederland van toepassing zijnde insolventierecht en de te verwachten ontwikkelingen. Zij maakt graag gebruik van de mogelijkheid om haar reactie te geven naar aanleiding van de vragen in het Consultatiedocument.

2. De reactie van de NVB is als volgt ingedeeld. Na deze korte introductie wordt de reactie van de NVB kernachtig samengevat in de Samenvatting. Vervolgens worden de individuele vragen beantwoord in de volgorde waarin deze gesteld worden in het Consultatiedocument. De nummering van de paragrafen is gelijk aan de nummering van het Consultatiedocument.

3. Uit diverse onderzoeken blijkt dat een voorspelbaar en efficiënt insolventierecht goed is voor het investeringsklimaat en de welvaart in Nederland. Wijzigingen van het insolventierecht moeten waar mogelijk worden gebaseerd op resultaten van onderzoeken die aantonen op welke wijze er verder kan worden bijgedragen aan een voorspelbare, transparante en efficiënte Faillissementswet. Dit is ook in lijn met het Coalitieakkoord 2022 dat nadruk legt op het investeren in onze toekomstige welvaart en een goed vestigingsklimaat voor ondernemers en bedrijven.

4. Daarnaast is de NVB van mening dat niet uit het oog moet worden verloren dat het insolventierecht niet alleen een preventieve functie vervult (WHOA/surseance) om levensvatbare ondernemingen te redden, maar ook tot functie heeft om ondernemingen die niet (meer) levensvatbaar[1] zijn via een voorspelbare, transparante en efficiënte wijze te vereffenen, te ontbinden en vervolgens te doen ophouden om te bestaan (faillissement). Daarmee worden de schuldeisers van die onderneming zoveel mogelijk voldaan en komt het in de onderneming besloten kapitaal weer beschikbaar voor de economie.

5. Daarnaast roept de NVB op ervoor te waken dat aanpassingen in het insolventierecht tot negatieve gevolgen leiden voor partijen die niet in een insolventieprocedure betrokken zijn of dreigen te worden. Wijzigingen in het insolventierecht kunnen namelijk 'doorwerken' in situaties waarin geen insolventieprocedure is geopend. De NVB vraagt hiervoor aandacht omdat het aantal insolventieprocedures – ook in jaren van laagconjunctuur – laag is in vergelijking met het aantal ondernemingen dat in Nederland actief is. In het vervolg van deze notitie zal de NVB op de bedoelde 'doorwerking' ingaan.

6. Uit het Consultatiedocument komt ook naar voren dat de Nederlandse wetgever zich ervan bewust is dat het insolventierecht in Nederland niet meer uitsluitend zijn domein is. Ook op het terrein van het insolventierecht is de Europese wetgever steeds actiever. Europese verordeningen en richtlijnen werken door in het nationale recht. Een recent voorbeeld van een Europees wetgevingsproduct is de Herstructureringsrichtlijn uit 2019 (EU 2019/1023). Zoals bekend, worden ook de toezichtregels voor banken steeds meer door de Europese wetgever bepaald. Het is daarom van belang vast te stellen wat mogelijke (toekomstige) initiatieven zijn van de Europese wetgever op het terrein van het insolventierecht, zoals deze onder meer zijn opgenomen in de Inception Impact Assessment 'Enhancing the convergence of insolvency laws'[2] en op welke wijze deze regels invloed hebben op de (ECB-)toezichtregels op de banken. Uit deze Inception Impact Assessment blijkt dat de volgende onderwerpen op de agenda staan in Europa:

    I. *prerequisites for when insolvency proceedings should be commenced (including a definition of insolvency and provisions on who is entitled to file for insolvency);*

---

[1] Zie ook: World Bank Publications, *A Toolkit for Corporate Workouts*, January 2022, waarin op p.6 over de levensvatbaarheid van ondernemingen is opgenomen: "*To distinguish between viable firms (which should be restructured) and nonviable firms (which should be liquidated), a possible test of viability is whether there is greater value for the firm's stakeholders from (1) its continuing to operate or (2) its liquidation*." En: "*The question of whether a firm is nonviable is distinct from whether it is financially distressed; a firm may be financially distressed but viable*." Dit betekent volgens de NVB overigens niet dat iedere onderneming in een levensvatbare sector, zelf ook als levensvatbaar aangemerkt zou moeten worden en per definitie voor herstructurering in aanmerking zou komen. Het bedrijfsmodel van de desbetreffende onderneming zelf dient ook 'viable' te zijn.

[2] Ref. Ares(2020)6591479 - 11/11/2020.

II. *conditions for determining avoidance actions and effects of claw-back rights;*
III. *directors' duties related to handling imminent/actual insolvency proceedings;*
IV. *position of secured creditors in insolvency taking into account specific needs for the protection of other creditors (e.g. employees, suppliers);*
V. *court capacity when it comes to expertise and necessary training of judges; and*
VI. *asset tracing which would be relevant, in particular in the context of avoidance actions.*

7. De NVB meent dan ook dat het raadzaam is dat voor wat betreft (in ieder geval) deze onderwerpen de Nederlandse wetgever thans terughoudendheid betracht. Overigens blijkt uit de Inception Impact Assessment dat dit niet de finale lijst is, zodat voortdurend zal moeten worden bezien welke onderwerpen ook door Europa worden bezien. Terecht benadrukt het Consultatiedocument meermaals de noodzaak om insolventieprocedures voorspelbaar, efficiënt en transparant te laten zijn. Op elkaar volgende wijzigingen door de Nederlandse en Europese wetgever zijn niet gewenst omdat daarmee in ieder geval de voorspelbaarheid maar waarschijnlijk ook de efficiëntie van insolventieprocedures onder druk komt te staan.

SAMENVATTING

- Nu de inhoud van het insolventierecht in Nederland mede wordt bepaald door ontwikkelingen van de wetgevende instituties in Europa, is het van belang dat in het geval er in Europa bepaalde onderwerpen betreffende het insolventierecht op de agenda staan, de Nederlandse wetgever deze ontwikkelingen afwacht alvorens wijzigingen voor te stellen.

- Een voorspelbare en efficiënte afwikkeling van faillissementen is van groot economisch belang: het beperkt economische schade en bevordert welvaart. Het zou daarom – in het algemeen belang – vanzelfsprekend moeten zijn dat de faillissementsafwikkeling zo wordt georganiseerd dat dit doel wordt bereikt.

- In aanvulling op de in het Consultatiedocument opgenomen doelstellingen van het insolventierecht dient dus het afwikkelen van niet meer levensvatbare ondernemingen ook als doelstelling te worden vermeld.

- Om te voorkomen dat een onderneming in financiële moeilijkheden geraakt, is het voor de ondernemer raadzaam tijdig (financieel) advies in te winnen. De (financieel) adviseur van de klant, bijvoorbeeld de accountant, speelt hierin een belangrijke signalerende en oplossingsgerichte rol voor de ondernemer. De bijzonder beheer-afdelingen van de banken zullen hun klanten als die in financiële moeilijkheden komen zo goed mogelijk begeleiden.

- Er is naast de recent ingevoerde WHOA in het Nederlandse insolventierecht voor bepaalde gevallen (bijvoorbeeld als er grote aantallen moeilijk bereikbare (buitenlandse) schuldeisers zijn) plaats voor een andere herstructureringsprocedure. De bestaande regeling van de surseance van betaling kan daartoe worden gebruikt indien deze op enkele onderdelen wordt aangepast. Het faillissement kan dan, uitzonderingen daargelaten, worden gebruikt voor het beëindigen van niet levensvatbare ondernemingen. In de reactie van de NVB op paragraaf 4.1. en 4.2. worden concrete voorstellen gedaan.

- Afdracht van een percentage van de opbrengst door de zekerheidsgerechtigde ten voordele van de concurrente schuldeisers is volgens de NVB niet wenselijk, zeker niet nu dit onderwerp ook onderwerp van discussie is in Europa. Bovendien is het onzeker of dit de concurrente schuldeisers echt zal baten.

- Modernisering van de bestaande Separatistenregeling is wel wenselijk. De NVB stelt voor om de separatistenregeling een wettelijke basis te geven.

- De lege boedelproblematiek moet opgelost worden, zodat de kosten van afwikkeling van faillissementen betaald kunnen worden. In paragraaf 4.3 presenteer de NVB concrete voorstellen waarbij ook de afschaffing van het bodem(voor)recht wordt betrokken.

- De rol van de rechter-commissaris bij de surseance van betaling en het faillissement dient herzien te worden. De crediteuren moeten via het instellen van een schuldeiserscommissie de gelegenheid krijgen om toezicht op de curator en de bewindvoerder uit te oefenen.

- De regeling van de boedelschulden moet worden aangepast zodat deze in omvang aanzienlijk worden beperkt. De NVB heeft in paragraaf 4.3 een voorstel voor een aangepaste regeling opgenomen.

- Mediation kan bijdragen aan een snelle en meer efficiënte oplossing van insolventiegeschillen.

REACTIE NVB

2. Context van het insolventierecht

Vraag *Is de schets van de bredere context van het insolventierecht herkenbaar? Heeft u hierbij opmerkingen of aanvullingen?*

8. De beschrijving van de (hoofd)groepen die failliet gaan is vrij compleet. Het valt wel op dat het Consultatiedocument voornamelijk voorbeelden noemt waarbij een onderneming in aanraking komt met het insolventierecht door van buiten de onderneming komende oorzaken. Wat de NVB betreft, zou daar in ieder geval aan toegevoegd kunnen worden dat er ook ondernemingen in de problemen komen door oorzaken die (meer) in de invloedssfeer van de onderneming zelf liggen. Denk bijvoorbeeld aan ondernemingen die slecht gemanaged worden[3] of ondernemingen waarvan de exploitatie structureel onvoldoende opbrengsten genereert om de kosten te dragen omdat er eenvoudigweg onvoldoende vraag is naar hun producten/diensten.

9. Verder kan benoemd worden dat faillissementen ook worden veroorzaakt doordat rechtspersonen worden misbruikt om deel te nemen aan het rechtsverkeer voor persoonlijk gewin ten koste van anderen. Vaak wordt de maatschappij daardoor opgezadeld met aanzienlijke kosten, zoals bijvoorbeeld BTW- en faillissementsfraude, witwassen van gelden, etc. Niet voor niets ging het programma 'Modernisering en Herijking faillissementsrecht' van start met wetgeving die tot doel had de bestrijding van faillissementsfraude te faciliteren. Een doelstelling van het faillissementsrecht is het zorgen voor een verantwoorde verwijdering uit het rechtsverkeer van rechtspersonen die niet meer aan hun verplichtingen voldoen.[4]

10. In de kern is een faillissement een beslag ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.[5] Daarmee is ook het hoofddoel van het faillissement gegeven: het liquideren van de vermogensbestanddelen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, in overeenstemming met de wettelijke rangorde. Bij het realiseren van verhaalsopbrengsten dient de curator te streven naar een zo hoog mogelijke netto-opbrengst (maximalisatie van de opbrengst, minimalisatie van de kosten). De opbrengst dient toe te komen aan de diverse groepen van schuldeisers conform de rangorde (de 'waterval') zoals deze volgt uit wet. De rangorde van voor faillissement zou niet moeten wijzigen tijdens faillissement. Rechtszekerheid en daarmee voorspelbaarheid van het recht is tezamen met een kostenefficiënte wijze van afwikkeling van faillissementen van groot belang voor een goed functionerende economische ordening.

11. De NVB onderschrijft derhalve dat faillissementen op een voorspelbare, transparante en efficiënte manier moeten worden afgewikkeld. Daarbij past dat de wettelijke rangorde niet wijzigt als gevolg van het van toepassing worden van het faillissement of een andere (pre-)insolventieprocedure (hierna beperkt de NVB zich voor de leesbaarheid van het betoog tot het faillissement maar de

[3] Ter illustratie: uit het door het CBS in 2015 uitgevoerd en gepubliceerd onderzoek naar oorzaken van faillissementen blijkt dat in dat jaar slecht management bij meer dan 25% van de faillissementen de oorzaak was van het faillissement, zie Faillissementen oorzaken en schulden 2015 (cbs.nl).
[4] Terminologie ontleend aan A. van Hees, 'Het doel van het faillissement en de taak van de curator', *TvI* 2004/45.
[5] *Kamerstukken II* 1890/91, 100, nr. 3 (MvT), p. 19.

observaties gelden ook voor andere (pre-)insolventieprocedures, tenzij anders vermeld). Voorkomen dient te worden dat er een verschil ontstaat tussen de wettelijke rangorde in en buiten een insolventieprocedure. Ontstaat er wel een verschil, dan zal dat leiden tot (ongewenst) strategisch gedrag van belanghebbenden.

12. In de wijze waarop faillissementen worden afgewikkeld, dienen geen prikkels aanwezig te zijn die leiden tot een minder voorspelbare, transparante en efficiënte manier waarop het aanwezige actief te gelde wordt gemaakt. Daarbij is van belang dat stakeholders die 'skin in the game'[6] hebben ook zeggenschap hebben over de wijze van te gelde maken van het actief respectievelijk het liquideren van de (activa van de) onderneming.

13. In dat kader is 'Insolvency Governance' belangrijk bij faillissementen, net zoals Corporate Governance dat is bij ondernemingen. Insolvency Governance is het geheel van maatregelen dat de onderlinge samenhang in de wijze van sturen, beheersen en toezicht houden op de afwikkeling van faillissementen waarborgt. De maatregelen zijn gericht op het betrouwbaar, voorspelbaar, effectief en efficiënt realiseren van de afwikkeling van faillissementen en op het daarover op een open wijze communiceren met en verantwoording afleggen aan belanghebbenden.[7] Governance omvat dus het transparant maken van de doelen en strategie, de wijze waarop deze worden bereikt en het geld dat daarmee gemoeid is. Gemeenschappelijke normen en waarden die mede zijn ontleend aan de doelstellingen van faillissementsafwikkeling en de omgeving waarin men opereert, geven hieraan richting. Hierbij spelen zaken als professioneel gedrag, loyaliteit, integriteit en verantwoordelijkheid nemen een belangrijke rol.[8] Het is in dit verband belangrijk dat er in faillissementen steeds aandacht is voor normen ter zake van goed beheer en toezicht, transparantie, externe verantwoording en financiële beheersing. Een passende beloning voor curatoren is naar de mening van de NVB een belangrijk onderdeel van Insolvency Governance. In paragraaf 4.3 van deze reactie zal de NVB verder ingaan op de Insolvency Governance waarbij tevens een voorstel zal worden gedaan voor een wijziging van de rol van de rechter-commissaris.

3.1 Belang van het in het oog houden van de financiële positie en van voldoende liquiditeit

Vraag *Ziet u mogelijkheden om ondernemers te helpen om hun financiële positie nog beter in het oog te kunnen houden?*

14. De NVB onderkent het belang van preventie van onnodige faillissementen.[9] Daaraan kan bijdragen dat de ondernemer inzicht heeft en verkrijgt in zijn financiële situatie en dat hij de liquiditeit van zijn onderneming bewaakt. Het gaat daarbij evenwel niet alleen om liquiditeit – die weliswaar de meest duidelijke indicator is voor het ontstaan van eventuele financiële problemen – maar ook om de rentabiliteit en de solvabiliteit. Het niet maken van rendement hoeft op zichzelf staand geen probleem te vormen voor een onderneming (hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij startende ondernemingen) mits er een reëel toekomstperspectief bestaat en in de tussentijd vermogensverschaffers (financiers of aandeelhouders) bereid zijn om de (tijdelijke) liquiditeitskrapte of -problemen op te lossen. In dat kader zijn het ondernemersplan met een financieel gedegen onderbouwing en vertrouwen tussen de onderneming en haar kapitaalverschaffers van belang. Dit toekomstperspectief heeft ook invloed op de waardering van de activa van de onderneming, en daarmee de solvabiliteit. Ligt er een ondernemingsplan met een financieel gedegen onderbouwing en een rooskleurig toekomstperspectief, dan zullen de activa going concern worden gewaardeerd. Is daar evenwel geen sprake van en dreigt discontinuïteit, dan zullen de activa voor een veel lager bedrag (moeten) worden gewaardeerd.

[6] B.P.C. van Weert, 'Skin in the game en bijzonder beheer', *FIP* 2017/336.
[7] Deze definitie is afgeleid van definitie van Government Governance door het Ministerie van Financiën in: Handreiking Government Governance, een instrument ter toetsing van de governance bij de rijksoverheid, 5 januari 2000.
[8] IBO werkgroep Regeldruk en Controletoren, *Verantwoordelijkheid en verantwoording – Interdepartementaal Beleidsonderzoek*, 2003-2004, nr. 3.
[9] Waarbij de NVB benadrukt dat niet uit het oog moet worden verloren dat ook de orden ende functie van het faillissementsrecht (vereffenen, ontbinden en ophouden te bestaan) ten aanzien van niet levensvatbare ondernemingen cruciaal is voor een goed functionerende economie.

In dat kader zullen vermogensverschaffers vaak ook minder bereid zijn om aanvullend kapitaal te verschaffen, omdat de activa onvoldoende waarde vertegenwoordigen als daarop een zekerheidsrecht zou worden gevestigd en dus niet voldoende zullen zijn om het verstrekte vermogen terug te betalen.[10]

15. Zowel bij de start van de onderneming als gedurende haar levensduur, is aldus het voorhanden hebben van een ondernemingsplan met een gedegen financiële onderbouwing, het op orde hebben van de administratie en het blijven monitoren van de financiële situatie binnen de onderneming, ontzettend belangrijk. De rol van adviseurs, zoals de accountant (of een andere financiële adviseur) van de onderneming is dan ook van groot belang.

16. De (vaste) accountant van de onderneming zal bij het opstellen/controleren van de jaarlijkse financiële verantwoording de (financiële) ontwikkelingen van de onderneming goed in beeld hebben. Hij kan de onderneming er op attenderen – en waar nodig adviseren – indien hij voorziet dat er in de (nabije toekomst) financiële problemen zullen ontstaan. Deze zogenoemde 'natuurlijke adviesfunctie' wordt sinds jaar en dag als een belangrijke taak gezien van de accountant die belast is met controletaken ten aanzien van de onderneming.[11] Met name bij (kleinere) MKB-ondernemingen fungeert de accountant als belangrijke gesprekspartner van de ondernemer.

17. Wellicht zijn er niet direct liquiditeitsproblemen – en zal de ondernemer zelf mogelijk nog geen problemen zien – maar vraagt een (over een langere periode) lager dan verwacht rendement (of het uitblijven van rendement) de aandacht van de onderneming. De rol van de (vaste) accountant is in dat kader des te meer van belang, omdat een ondernemer vaak zijn aandacht gericht zal hebben op 'het ondernemen' en soms een (te) positief beeld heeft van zijn ondernemerschap en/of de prestaties van de onderneming. Financiële (maar soms ook operationele) problemen worden door ondernemers geregeld pas onderkend als het (bijna) te laat is. Zolang de slechte financiële situatie door een ondernemer niet wordt onderkend, zal deze ook niet snel bereid zijn ingrijpende maatregelen te treffen. Dat is problematisch omdat de kans op succes van een eventuele reddingspoging kleiner wordt naarmate de tijd verstrijkt.[12]

18. Als de onderneming een (vaste) accountant heeft, zullen de meeste MKB-ondernemers bij financiële problemen in eerste instantie dan ook door hem geadviseerd worden. De accountant kan de ondernemer ook helpen bij het opstellen van een plan van aanpak om de financiële problemen het hoofd te bieden. De accountant kan de ondernemer indien nodig doorverwijzen naar andere adviseurs.

19. Financiers, aandeelhouders en andere schuldeisers zijn afhankelijk van de door de onderneming gepresenteerde (periodieke) financiële informatie. Pas als die informatie naar buiten wordt gebracht, kunnen zij acteren op de financiële situatie van de onderneming. Zie in dat kader voor de rol die de bank als financier in dat proces inneemt, de beantwoording van de vraag die wordt gesteld in paragraaf 3.4 van het Consultatiedocument. Voor financiers, andere schuldeisers en in beperkte mate voor aandeelhouders geldt dus per definitie dat zij altijd op een later moment op de hoogte zijn van dreigende financiële problemen binnen de onderneming dan de ondernemer zelf of de bestuurder van de onderneming. Om het vertrouwen van de financiers, aandeelhouders en andere schuldeisers te behouden – en hen eventueel bereid te vinden om aanvullend krediet/kapitaal ter beschikking te stellen in tijden van (dreigende) financiële moeilijkheden – speelt de hiervoor door de accountant op te stellen periodieke financiële informatie, maar ook het tijdig onderkennen van financiële problemen met behulp van de accountant en het eventueel voortvarend opstellen van een plan van aanpak, een grote rol.

---

[10] Zie hierover meer uitgebreid R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 8,* Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 23 en 28–38.

[11] Zie over de natuurlijke adviesfunctie reeds het in maart 1998 gepubliceerde WODC-rapport 'Over accountants'(vindplaatsnummer JV1998/03), p.42 De natuurlijke adviesfunctie wordt als complement gezien van de controlefunctie van de accountant.

[12] Zie in dit verband R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 8*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 39 onder andere verwijzend naar Rapport Commissie-Mijnssen par. 1.1.1, aanbeveling 3; Eindrapport MDW-werkgroep, Samenvatting nr. 9, 18.

20. Resumerend is de NVB van mening dat de betrokkenheid van een accountant (of een andere financiële adviseur) bij de onderneming aldus van groot belang is om ondernemers te helpen om hun financiële positie nog beter in het oog te kunnen houden. De accountant/adviseur kan eveneens advies geven over maatregelen die genomen kunnen worden om (dreigende) financiële problemen het hoofd te kunnen bieden.

3.2 Beperking incassorisico

Vragen:

1. *Ziet u mogelijkheden om ondernemers nog beter in staat te stellen om hun incassorisico te beperken?*

2. *Herkent u zich in de geluiden dat de wetgeving betreffende de hiervoor genoemde zekerheden voor leveranciers verbeterd kan worden? Zo ja, in welk opzicht zijn verbeteringen gewenst en heeft u concrete suggesties voor mogelijke verbeteringen?*

21. Bij transacties tussen ondernemingen is het gebruikelijk dat de leverancier pas betaald krijgt, nadat hij zijn goederen of diensten heeft geleverd. De leverancier verstrekt daarmee in sommige gevallen leverancierskrediet en loopt daarmee in sommige gevallen een incassorisico op zijn afnemer.

Informatie vooraf, risico-inschatting en goed debiteurenbeheer zijn van groot belang

22. Vooropgesteld zij dat leverancierskrediet – uitzonderingsgevallen daargelaten – van beperkte duur is. Dat is een wezenlijk verschil met bancaire financiering, die doorgaans voor een veel langere termijn wordt verstrekt. De maatregelen die de leverancier neemt om het incassorisico te beperken, dienen in verhouding te staan tot het incassorisico dat in beginsel slechts van korte duur is en meestal relatief – in verhouding tot zijn omzet – beperkt van omvang. Zo staan de tijd en kosten die zijn gemoeid met het vestigen van een hypotheekrecht op een (bedrijfs-)pand niet in verhouding tot het afdekken van het incassorisico van een leverancierskrediet ter grootte € 5.000 voor een periode van 30 dagen. Voor de geldlening van € 1 miljoen met een looptijd van tien jaar die wordt verstrekt om dat bedrijfspand te kopen, is vestiging van dat hypotheekrecht daarentegen wél opportuun. Dit voorbeeld illustreert dat wat de NVB betreft bij beperking van het incassorisico de nadruk moet liggen op andersoortige maatregelen dan het vestigen van zekerheden voor zover die vestiging verhoudingsgewijs duur is en/of veel tijd kost.

23. Leverancierskrediet verstrekken begint met informatie vergaren zoals het Consultatiedocument terecht signaleert. De ondernemer die op krediet levert, doet er verstandig aan de kredietwaardigheid van de (potentiële) afnemer te toetsen, bijvoorbeeld door informatie over de afnemer in te winnen bij de Kamer van Koophandel en (commerciële) handelsinformatiebureaus. Na facturering dient de ondernemer deugdelijk debiteurenbeheer uit te voeren en zich bij verdere leveranties voortdurend de vraag te stellen of zijn vordering op de afnemer niet te hoog wordt en of deze nog steeds past binnen een voor hem aanvaardbaar risico. Debiteurenbeheer bestaat onder meer uit het monitoren van het verloop van de betalingstermijn van facturen en het ondernemen van acties indien tijdige betaling uitblijft, zoals het versturen van betalingsherinneringen of aanmaningen en het telefonisch contacteren van de afnemer. Het lijkt hier te gaan om voor de hand liggende zaken, maar het belang van een goed debiteurenbeheer kan niet genoeg benadrukt worden. Goed debiteurenbeheer is noch tijdrovend noch kostbaar. Tegenwoordig zijn namelijk veel instrumenten beschikbaar die het debiteurenbeheer faciliteren, bijvoorbeeld applicaties die het debiteurenbeheer in belangrijke mate automatiseren. Bovendien heeft een ondernemer die het debiteurenbeheer niet zelf kan of wil uitvoeren, voldoende mogelijkheden dat uit te besteden.

24. Niet iedere ondernemer die leverancierskrediet verstrekt, lijkt voldoende doordrongen van het belang van het uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets en een goed debiteurenbeheer. De praktijk leert dat sommige ondernemers reactief in plaats van proactief optreden bij debiteurenbeheer. Wat de NVB betreft zou in de praktijk meer aandacht kunnen worden besteed

aan het belang van een goed debiteurenbeheer. Het is de verwachting van de NVB dat het vergroten van de awareness – zowel in algemene zijn (bijvoorbeeld via de Kamer van Koophandel) als toegespitst op de specifieke ondernemer (bijvoorbeeld door de controlerend accountant of diens (branche)organisatie) – meer impact heeft op de verliezen veroorzaakt door onbetaalde facturen dan het invoeren van nieuwe regels ter bescherming c.q. verbetering van de positie van de ondernemer die op krediet levert. Daarbij neemt de NVB in aanmerking dat een voor het incassorisico belangrijke variabele – te weten de looptijd van het leverancierskrediet – reeds onderwerp is van een wetsvoorstel dat in de eerste alinea van paragraaf 3.2 van het Consultatiedocument wordt genoemd: verkorting van de maximale betaaltermijn van 60 naar 30 dagen voor grote ondernemingen bij transacties waar een MKB-ondernemer schuldeiser is. Afwijken van deze maximale wettelijke termijn is niet toegestaan.

25. Het Consultatiedocument refereert verder aan zekerheden die thans beschikbaar zijn voor het beperken of uitsluiten van het kredietrisico dat de leverancier loopt. Het Consultatiedocument refereert onder meer aan voor de praktijk belangrijke instrumenten als de kredietverzekering, bankgarantie, concerngarantie en persoonlijke zekerheden zoals hoofdelijke aansprakelijkheid en borgtocht. Verder gaat het Consultatiedocument in op goederenrechtelijke zekerheidsrechten die de leverancier ter beschikking staan: het recht van reclame, het eigendomsvoorbehoud en het voorbehouden pandrecht. De NVB zal hierna ingaan op de mogelijkheid van aanpassing van deze goederenrechtelijke zekerheidsrechten.

26. Alvorens dat te doen, signaleert de NVB dat belangrijke maatregelen waarmee de leverancier zijn incassorisico kan beperken in de beschrijving in het Consultatiedocument ontbreken: het opschorten of zelfs definitief staken van leveranties dan wel het verbinden van de voorwaarde aan continuering van de leveranties dat deze voortaan vooraf worden betaald. Indien de kosten van de dienstverlening van de leverancier niet op voorhand vaststaan (denk bijvoorbeeld aan een adviseur die per gewerkt uur wordt betaald voor zijn werkzaamheden), kan worden gewerkt met (een) voorschot(ten). De NVB constateert dat het in de praktijk geregeld voorkomt dat de schulden aan bepaalde leveranciers oplopen, maar dat de desbetreffende leveranciers geen maatregelen treffen om hun incassorisico te beperken. Het is de inschatting van de NVB dat een meer frequente inzet van de door NVB genoemde maatregelen – die druk uitoefenen op de afnemer om te betalen – wezenlijk kan bijdragen aan het beperken van het incassorisico van leveranciers die leverancierskrediet verstrekken (zie verder de observaties van de NVB bij paragraaf 3.4 van het Consultatiedocument).

Goederenrechtelijke zekerheidsrechten voor leveranciers van zaken.

27. Het recht van reclame is een wettelijk zekerheidsrecht waarvoor de leverancier geen nadere (rechts)handelingen vooraf hoeft te verrichten. In voorkomend geval kan de leverancier er een beroep op doen, zij het dat de regeling aan bepaalde voorwaarden is gebonden. Meer zekerheid biedt het voor praktijk belangrijke eigendomsvoorbehoud. Om van dit zekerheidsrecht gebruik te maken moet de leverancier weliswaar – anders dan bij het recht van reclame – wel zelf in actie komen, maar het eigendomsvoorbehoud is eenvoudig en tegen weinig kosten te realiseren: een beding in de algemene voorwaarden volstaat.

28. Voor de drie goederenrechtelijke leverancierszekerheden die het Consultatiedocument noemt – recht van reclame, eigendomsvoorbehoud en voorbehouden pandrecht – geldt de beperking dat de zekerheidsrechten (in beginsel) eindigen als de geleverde zaken hun zelfstandige status verliezen (bijvoorbeeld door zaaksvorming, natrekking of vermenging) of worden doorverkocht. In de literatuur zijn mogelijkheden genoemd om de positie van de leverancier te versterken, bijvoorbeeld door hem een pandrecht te verlenen op een aandeel in de zaak die de afnemer fabriceert of een pandrecht op de vordering tot betaling van de koopsom die de afnemer heeft op zijn koper. Dergelijke wijzigingen vereisen evenwel aanpassingen in de wetgeving op het terrein van het goederenrecht en niet op het terrein van het insolventierecht. Daarbij komt dat een verbetering van de verhaalspositie van de leverancier zal resulteren in een achteruitgang van de verhaalspositie van andere schuldeisers. Een verbetering van de verhaalspositie van de leverancier brengt namelijk niet mee dat er meer verhaalsobjecten beschikbaar komen maar alleen dat de opbrengst daarvan anders wordt verdeeld. Een financier met bijvoorbeeld een pandrecht op toekomstige zaken en/of vorderingen zal zijn positie waarschijnlijk zien verslechteren. Bij een verbetering van de verhaalspositie van de leverancier dienen deze en

andere 'verdelingseffecten' in de beoordeling te worden betrokken vindt de NVB. Daarnaast kan de vraag worden gesteld of de aanpassing van deze zekerheidsrechten daadwerkelijk tot een verbetering van de positie van de leverancier zullen leiden. Immers, in de praktijk wordt in sommige faillissementen het reclamerecht of het eigendomsvoorbehoud niet uitgeoefend. De verklaring zou kunnen zijn dat de opbrengst van het terughalen van zaken vaak niet opweegt tegen de kosten daarvan. Als dat het geval is, dan kan de vraag worden gesteld of het niet verstandiger is om leveranciers te stimuleren om op andere wijze hun incassorisico te beperken. In dat verband wordt nogmaals gewezen op hetgeen in deze paragraaf over 'goed debiteurenbeheer' is opgemerkt.

29. Een andere maatregel die de verhaalspositie van leveranciers van zaken die als bodemzaken kwalificeren kan verbeteren, is de afschaffing van het bodemvoorrecht. Op grond van de Leidraad Invordering 2008 beschouwt de Belastingdienst het eigendomsrecht van de leverancier met een eigendomsvoorbehoud niet als 'reële eigendom'. Dit betekent dat de Ontvanger op bodemzaken die eigendom zijn van de leverancier – en dus niet van de afnemer/belastingschuldige – verhaal kan nemen. Hierdoor vergroot het incassorisico van de leverancier. Afschaffing van het bodemvoorrecht zou de inbreuk op de verhaalspositie van leveranciers van bodemzaken doen eindigen.

3.3 Opvangen van (tijdelijke) liquiditeitskrapte

Vraag *Ziet u mogelijkheden om ondernemers nog beter in staat te stellen (tijdelijke) liquiditeitskrapte tegen te gaan?*

30. Er zijn verschillende maatregelen voor ondernemingen om liquiditeitskrapte tegen te gaan of te voorkomen. Het Consultatiedocument legt de nadruk op het vergroten van de kredietruimte die de ondernemer heeft die met liquiditeitskrapte kampt. Voor de praktijk minstens zo belangrijk zijn andersoortige maatregelen om (dreigende) liquiditeitskrapte het hoofd te bieden. Zo kan de bank toestaan dat aflossingen op (een) geldlening(en) die zij heeft verstrekt worden opgeschort,[13] kan met leveranciers een tijdelijk uitstel van betaling worden overeengekomen en kan de ondernemer (overtollige) activa en/of bedrijfsactiviteiten verkopen. Verder kan gedacht worden aan een actief debiteurenbeheer, het bevoorschotten van vorderingen op debiteuren door een factormaatschappij (wat bij kwalitatief goede en 'factorabele' vorderingen tot liquiditeitsverruiming kan leiden) en het vragen van vooruitbetaling door afnemers. In de maakindustrie en in de aannemerij en bouwwereld is vooruitbetaling (bijvoorbeeld een bepaald percentage van het orderbedrag dat wordt gekoppeld aan de voortgang van het werk van tot een bepaald percentage van het orderbedrag) al gebruikelijk. Voorwaarde voor vooruitbetaling is meestal dat leverancier en afnemer al een handelsrelatie met elkaar hebben.

31. Ook een verhoging van bestaande financieringen kan onder omstandigheden een mogelijkheid zijn. Voordeel is dat de betrokken financier al een relatie met de onderneming heeft, waardoor het eenvoudiger is om extra financiering aan een huisbank te vragen dan een nieuw financiering bij derden aan te trekken. Voor extra financiering gelden minimumvoorwaarden. De onderneming dient een deugdelijke liquiditeitsprognose op te stellen en die (bij twijfel) te laten valideren door een professionele adviseur. Voorts dient een voor de bank plausibele en acceptabele verklaring geeft voor de verwachte tijdelijke tekorten te worden gegeven. Daarbij wordt gekeken naar de levensvatbaarheid van de onderneming, die meestal wordt beoordeeld op basis van een businessplan. Indien het tekort wordt veroorzaakt door geleden verliezen, zal van de bank niet kunnen worden verwacht dat zij die door uitbreiding van een kredietfaciliteit financiert, zeker niet indien de verliezen structureel van aard zijn. Als verliezen moeten worden aangezuiverd, zal de onderneming daarvoor meestal een beroep op de bestaande of een nieuwe verstrekker van het risicodragend kapitaal (zoals een aandeelhouder) moeten doen.

[13] Het opschorten van aflossingen om liquiditeitstekorten te voorkomen is een maatregel die banken – al dan niet op verzoek van ondernemers – veelvuldig hebben toegepast in de respectieve perioden dat er overheidsmaatregelen van kracht waren ter beperking van de verspreiding van het COVID-19 virus.

32. Denkbaar is evenwel dat de bank (nog) voldoende vertrouwen heeft in de ondernemer en de onderneming en dus vaak tezamen – of alleen, als de aandeelhouder niet de middelen heeft om heeft om een bijdrage te leveren aan de oplossing van de het liquiditeitstekort – bereid is de liquiditeitstekorten via een beredderingskrediet te financieren. De bank zal ook – juist – in dit soort omstandigheden (extra) zekerheden verlangen. Dit zal in het algemeen ook een uitdrukkelijke voorwaarde zijn om de extra (beredderings)financiering ter beschikking te stellen. Buiten twijfel dient te zijn dat die zekerheden dan ook niet achteraf aangetast kunnen worden (uiteraard behoudens gevallen van misbruik). Het probleem in de praktijk is dat er onder moeilijke omstandigheden (tijdsdruk, onvoldoende informatie, geen tijd voor een volledige en uitgebreide analyse) beslissingen moeten worden genomen. De bank of aandeelhouder die zekerheden verlangt voor een nood- of beredderingsfinanciering zal op het zekerheidsrecht willen kunnen vertrouwen. Ingeval er dan uiteindelijk – onverhoopt – toch een faillissement volgt, bestaat het gevaar dat met *hindsight bias* de (rechtsgeldigheid van) zekerheden ter discussie wordt gesteld. Dergelijke onzekerheid (en daarmee onvoorspelbaarheid) moet worden weggenomen. In dit verband signaleert de NVB dat verstrekking van financiering en zekerheden gedurende een WHOA-traject met gebruikmaking van de route voorgeschreven door art. 42a Fw 'paulianaproof' gemaakt kan worden. De regeling van art. 42a Fw kan ter inspiratie dienen om ook verstrekkingen van financieringen en zekerheden in 'reddingsoperaties' / informele herstructureringen die buiten de WHOA plaatsvinden te faciliteren door deze paulianaproof te maken.

33. Terecht is in paragraaf 3.3 van het Consultatiedocument opgenomen dat de Wet opheffing verpandingsverboden het makkelijker zou maken om aanvullende financiering te verstrekken, al blijven voornoemde minimumvoorwaarden wel van toepassing. Dat geldt zowel voor reguliere bankfinanciering als voor factoring, een vorm van asset based-financiering waarbij vorderingen als onderpand (de asset base) fungeren. Vorderingen op afnemers vertegenwoordigen in de huidige economie vaak een substantieel aandeel in het totale actief dat een onderneming op haar balans heeft. Daarom is het ook logisch om die als onderpand (dekking) voor het aantrekken van financiering te kunnen inzetten.

3.4 Instrumenten voor ondernemers om problematische schulden voor te blijven

Vraag *Welke andere methoden en instrumenten zijn beschikbaar of zouden geïntroduceerd kunnen worden om ondernemers beter in staat te stellen problematische schulden voor te blijven?*

34. De NVB merkt in de eerste plaats op dat het juist is dat ondernemers die in financiële problemen (dreigen te) komen en door een bank gefinancierd worden, vaak begeleiding van hun bank krijgen. Daarbij biedt de bank met gebruikmaking van verschillende instrumenten begeleiding bij een traject waarin wordt bekeken wat nodig is om ervoor te zorgen dat de onderneming weer op de juiste koers komt. In het algemeen betekent dit inderdaad dat de onderneming van het reguliere commerciële beheer onder beheer komt van een afdeling die wordt aangeduid met benamingen als Bijzonder Beheer, Intensief Beheer, Financial Restructuring en Recovery (hierna wordt de aanduiding 'Bijzonder Beheer' gebruikt). Het Consultatiedocument constateert dat het de bank en niet de ondernemer is die het initiatief neemt om het beheer van de kredietrelatie onder te brengen bij Bijzonder Beheer. Dat klopt, maar betekent niet dat de ondernemer niet weet wat de bank van hem verwacht én wat hij van de bank mag verwachten. De bank zal namelijk de ondernemer informeren over de werkwijze en taken van Bijzonder Beheer (zie onderdeel (a) van hoofdstuk 6 van de Gedragscode Kleinzakelijke Financiering).

35. Anders dan in het Consultatiedocument wordt gesteld, staat Bijzonder Beheer *niet* gelijk aan een eindstadium voor de onderneming. De ondernemer zou geen angst hoeven hebben om (tijdelijk) onder Bijzonder Beheer te vallen. Onderzoeken[14] – alhoewel inmiddels al enige tijd geleden uitgevoerd – bevestigen dat een begeleiding door Bijzonder Beheer zeker niet betekent dat hiermee het eindstadium van de financieringsrelatie wordt ingeluid. Integendeel: de opdracht van de bank aan haar afdeling Bijzonder Beheer is om samen met de onderneming te zoeken naar

[14] J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005 en A.M. van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief*, (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

oplossingen die bijdragen aan het voortbestaan van de onderneming en daarmee het voortbestaan van de relatie onderneming – bank. Dat is niet alleen in het belang van de onderneming (de klant) maar ook in het belang van de bank. De bank heeft immers belang bij gezonde ondernemingen die in staat zijn aan hun financiële verplichtingen jegens de bank – en jegens andere schuldeisers – te voldoen.

36. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat zelfs in de gevallen waarin de bank – nadat het begeleidingstraject niet lijkt te slagen – zich uiteindelijk wél richt op afwikkeling van het krediet (met inbegrip van (het aanzeggen van) uitwinning van de zekerheden), dat nog niet per definitie betekent dat er ook een liquidatie of faillissement van de onderneming volgt. In een deel van die gevallen weet men alsnog op een laat moment een oplossing te vinden voor de ontstane financiële problemen waarna de onderneming alsnog terugkeert naar commercieel beheer of onderdak vindt bij een andere (bancaire) financier. Bovendien zal de bank zich altijd richten op het optimaliseren van de opbrengst, hetgeen ook in het belang van andere stakeholders is. Dat betekent dat indien een onderneming 'going concern' meer waard is dan de verkoopopbrengst van de afzonderlijke activa, het streven van de bank erop gericht zal zijn de onderneming als geheel te (doen) verkopen. Indien een dergelijke verkoop inderdaad wordt gerealiseerd, betekent dit dat de onderneming zal worden voortgezet, zij het dat dan de persoon van de ondernemer zal wijzigen. Een andere optie is weliswaar een liquidatie van de assets van de onderneming zonder dat de exploitatie wordt voortgezet, maar dan wel op zodanige wijze dat er ook voor de ondernemer nog zicht is op een 'financieel voortbestaan' zonder dat de ondernemer eerst nog drie of vijf jaar op een bestaansminimum moet leven in de WSNP ter verkrijging van een schone lei. Voor zo een liquidatie kan de WHOA worden ingezet die immers de mogelijkheid biedt een akkoord aan te bieden dat voorziet in liquidatie van de activa teneinde de verhaalsopbrengst uit te keren aan de schuldeisers.

37. Het feit dat banken – uiteraard mede in eigen belang – de klant/onderneming monitoren en – als er aanwijzingen zijn dat de klant/onderneming in financiële problemen dreigt te komen – het beheer van de financiering(en) intensiveren, zou ook een inspiratie kunnen zijn voor andere stakeholders bij de onderneming. Handelscrediteuren die geconfronteerd worden met betalingsproblemen zullen bij een goed debiteurenbeheer tijdig actie ondernemen. Maar ook van andere stakeholders – die soms nog eerder dan de bank zien dat er betalingsproblemen zijn – kunnen een actieve(re) rol vervullen dan ze momenteel vervullen (zie ook de observaties van de NVB bij paragraaf 3.2 van het Consultatiedocument). Met name de Belastingdienst, het UWV en pensioenfondsen kunnen daarbij actief participeren door net zoals de banken via afdelingen Bijzonder Beheer het gesprek aan te gaan met ondernemingen die niet tijdig aan hun financiële verplichtingen voldoen. De NVB constateert dat de Belastingdienst, het UWV en de pensioenfondsen in sommige gevallen via de weg van de dreiging van de persoonlijke aansprakelijkstelling van de bestuurder ('de stok') het betalingsgedrag proberen te beïnvloeden.[15] Maar naast het gebruiken van de persoonlijke aansprakelijkheid als spreekwoordelijke stok, zouden ook andere stakeholders – net als de banken – kunnen inzetten op begeleiding van de onderneming (de 'wortel') als blijkt dat er financiële problemen zijn. Daarvoor is niet alleen een belang in die gevallen waarbij banken betrokken zijn, maar is een nog groter belang in die gevallen waar geen of nauwelijks bancaire financiering aanwezig is. Als andere stakeholders dan de bank zich actiever opstellen jegens de ondernemer die niet betaalt, wordt deze mogelijk eerder 'met de neus op de feiten' gedrukt. Daardoor is de kans groter dat hij in een eerder stadium overgaat tot het nemen van maatregelen die nodig zijn om het tij voor zijn onderneming ten goede te keren.

4.1 De WHOA en 4.2 De surseance van betaling

Vragen

1. *In hoeverre ziet u een meerwaarde voor de surseanceregeling naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedures?*
2. *Welke mogelijkheden ziet u om de effectiviteit van de surseanceregeling te verbeteren en hoe kijkt u in dit verband aan tegen de voorstellen die INSOLAD eerder heeft gedaan?*

[15] Zie art. 36 IW 1990 (meldingsplicht betalingsonmacht ter zake van bepaalde belastingen en premies) en art. 23 Wet Bpf 2000 (meldingsplicht bestuurder van betalingsonmacht aan het bedrijfstakpensioenfonds)

Inleiding

38. In de optiek van de NVB kan de surseanceregeling in bepaalde gevallen een meerwaarde hebben naast de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures. Daartoe dient de surseanceregeling op een aantal punten gemoderniseerd te worden.

39. Anders dan de regeling van het faillissement, waar het hoofddoel is het liquideren van de vermogensbestanddelen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, is de surseanceregeling bedoeld om de ondernemer een periode van relatieve rust te geven en op korte termijn zijn financiële problemen het hoofd te bieden, met als doel zijn schuldeisers uiteindelijk weer te kunnen voldoen en de onderneming te kunnen voortzetten.

40. Bij de beantwoording van de gestelde vragen wordt op enkele punten ingegaan op het voorstel dat INSOLAD in 2015 heeft gedaan voor de surseanceregeling. Daar waar de bepalingen uit het INSOLAD-voorstel niet worden besproken, mag dat niet worden gelezen als een instemming van de zijde van de NVB met die bepalingen.

Voorkomen surseance als voorportaal van het faillissement

41. De surseance wordt door sommigen gezien als een voorportaal van het faillissement. Dit komt omdat voor de aanvraag van het faillissement het bestuur van een onderneming (N.V./B.V.) een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig heeft, welke voorwaarde niet geldt voor de aanvraag van een surseance (art. 2:136 en 2:246 BW). Verkrijgt het bestuur geen aandeelhouderstoestemming of kan die niet op korte termijn worden verkregen, dan wordt een verzoek tot verlening van surseance van betaling ingediend. Voor indiening van dat verzoek is namelijk geen goedkeuring of instemming van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist. Vervolgens wordt de surseance van betaling kort na de voorlopige verlening daarvan omgezet in een faillissement (art. 242 lid 1 jº lid 4 Fw).

42. De NVB stelt voor om de voorwaarde van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders voor de aanvraag van het faillissement te laten vervallen. Daardoor zal naar verwachting ook de negatieve uitstraling van de surseance als voorportaal voor het faillissement op termijn verdwijnen en crediteuren meer vertrouwen geven om ook tijdens de surseance aan boord te blijven door tegen redelijke condities te blijven leveren en aandeelhouders/financiers ook bereid zijn om zo nodig een beredderingskrediet ter beschikking te stellen.

Voordelen surseance t.o.v. WHOA

43. Enkele voordelen van de surseance ten opzichte van de WHOA zijn dat de ondernemer niet alleen relatieve rust krijgt doordat deze uitstel van betaling jegens zijn schuldeisers krijgt én hij de rechter kan vragen een afkoelingsperiode af te kondigen tegenover zijn schuldeisers (art. 241a lid 1 Fw), maar ook dat, anders dan onder de WHOA (art. 376 lid 2 sub b Fw), concurrente schuldeisers van rechtswege worden verhinderd tot het treffen van incasso- en executiemaatregelen (art. 230 Fw, zij het dat gelegde beslagen pas vervallen nadat de surseance definitief is verleend of het akkoord is gehomologeerd). Hierdoor kan de ondernemer al zijn aandacht richten op het aanbieden van een surseance akkoord. Onder de WHOA daarentegen dient de ondernemer de rechter separaat te verzoeken om gelegde beslagen op te heffen.

44. De surseance is onder meer van meerwaarde indien sprake is van grote aantallen (buitenlandse) schuldeisers die niet allemaal eenvoudig/tijdig te bereiken zijn, zoals bij (internationale) financiële herstructureringen van obligatieleningen.[16]

45. Daarnaast biedt de surseanceregeling, anders dan de WHOA (art. 369 lid 4 Fw), de mogelijkheid tot de beëindiging van arbeidsovereenkomsten (art. 239 Fw), zij het dat de beëindiging van arbeidsovereenkomsten onder de surseanceregeling nog voor een groot deel is onderworpen aan de reguliere ontslagregels.

[16] R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 8*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 312 en 316.

Geen DIP-principe

46. Indien de ondernemer het vertrouwen van de schuldeisers heeft en in staat moet worden geacht om de onderneming zelfstandig te blijven drijven terwijl er wordt gewerkt aan een akkoord, kan de ondernemer gebruik maken van de WHOA en het daarin gehanteerde DIP-principe. Om de belangen van de schuldeisers bij de totstandkoming van een akkoord te waarborgen, zijn in de WHOA de rollen van observator en herstructureringsdeskundige in het leven geroepen. Die rollen zijn, mede in het licht van het DIP-principe (*debtor in possesion*, d.w.z. dat het bestuur de onderneming blijft leiden), in de WHOA-procedure logischerwijs beperkter dan de rol van de bewindvoerder in de surseance regeling.[17]

47. Indien het bestuur van de onderneming besluit om, alles afwegende, niet een WHOA-procedure te starten, maar surseance van betaling aan te vragen dan geldt thans het volgende. De schuldenaar heeft voor (rechts)handelingen met betrekking tot zijn vermogen medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder nodig. Deze systematiek moet naar de mening van de NVB in stand blijven in de surseanceregeling (art. 228 Fw). Op deze wijze is er een waarborg voor alle schuldeisers dat de ondernemer (vertegenwoordigd door het bestuur en de bewindvoerder(s) gezamenlijk) alleen die beslissingen neemt die aan het doel van de surseance – het kunnen voortzetten van de onderneming door het aanbieden van een akkoord – dienstig zijn. Dat is niet alleen in het belang van de schuldeisers die onder de surseanceregeling vallen, maar in het belang van alle schuldeisers bij de onderneming. De betrokkenheid van de bewindvoerder en het toezicht kan het vertrouwen van de schuldeisers en daarbij de bereidheid om te komen tot een akkoord vergroten, indien er bij hen een verminderd vertrouwen in het bestuur van de onderneming is ontstaan als gevolg van de financiële problemen.

48. De door INSOLAD voorgestane mogelijkheid om in de surseanceregeling de ondernemer – op aanwijzen van de rechter – over bepaalde 'bezittingen' zelfstandig te kunnen laten blijven beschikken en verplichtingen te kunnen aangaan die verhaalbaar zijn op de boedel én voor het overige de medewerking van de bewindvoerder nodig heeft, kan een goede taakuitoefening door de bewindvoerder belemmeren en de totstandkoming van een akkoord bemoeilijken.[18] De bewindvoerder is dan niet betrokken bij alle handelingen van de ondernemer die uiteindelijk de boedel binden en kan niet mede invloed uitoefenen op de (omvang van de) uiteindelijke verplichtingen die de boedel binden en in een akkoord dienen te worden betrokken.

Uitbreiding van de werking van de surseance

49. Omdat de surseanceregeling, net als de WHOA, ten doel heeft de onderneming uiteindelijk weer te kunnen voortzetten, zou de surseanceregeling zo moeten worden aangepast dat deze werking kan hebben tegenover alle schuldeisers van de schuldenaar, dus ook de preferente en de zekerheidsgerechtigde schuldeisers (separatist), zowel voor wat betreft de afkoelingsperiode als het surseance-akkoord.

50. Voor de hiervoor beoogde werking van de surseanceregeling tegenover preferente schuldeisers en zekerheidsgerechtigden is noodzakelijk dat de schuldenaar hierom bij de aanvraag van de surseance verzoekt en uiteenzet waarom de belangen van deze schuldeisers niet worden geschaad indien zij ook onder het bereik van de surseance komen te vallen. Teneinde de belangen van de zekerheidsgerechtigden te beschermen, zou de rechtbank bij het uitspreken van de surseance of tijdens de surseance (al dan niet op verzoek van de betreffende schuldeiser) maatregelen moeten kunnen treffen om de belangen van de betreffende schuldeisers te beschermen. Gedacht wordt voor wat betreft de positie van de zekerheidsgerechtigden aan

[17] De observator heeft met name tot taak om de controleren of de regels rondom de totstandkoming van een akkoord worden nageleefd en daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet worden benadeeld, terwijl de herstructureringsdeskundige actief een akkoord kan aanbieden namens de onderneming en daarover met de schuldeisers kan onderhandelen. Zie in dit verband: B.J. Tideman, 'De rol van de observator in de WHOA: horen, zien en spreken', *FIP* 2021/1.
[18] Vgl. art. 215 lid 3 Fw in de door INSOLAD in 2015 voorgestelde regeling voor de surseance van betaling.

maatregelen die in de Verenigde Staten bekend staan onder het leerstuk van de adequate protection.[19]

51. Op zowel de afkoelingsperiode als het surseance akkoord en de positie van de separatist daarin, wordt hieronder nader ingegaan.

Afkoelingsperiode

52. Het verdient de voorkeur om de afkoelingsperiode in de surseanceregeling (artt. 241a en 241b Fw), qua procedure in lijn te brengen met de afkoelingsperiode in de WHOA (artt. 376 en 377 Fw). In beide regelingen zou een afkoelingsperiode moeten kunnen worden afgekondigd voor zover dat noodzakelijk is om de onderneming te kunnen voortzetten tijdens de voorbereiding en onderhandeling over een akkoord. De maximale termijn van de afkoelingsperiode van maximaal twee keer twee maanden zoals deze thans conform art 241a Fw geldt voor de afkoelingsperiode in surseance van betaling kan gehandhaafd blijven. Ook de mogelijkheid tot gebruik, verbruik en vervreemding in het kader van de normale bedrijfsuitoefening indien de ondernemer deze mogelijkheid ook al voor de afkondiging van de afkoelingsperiode toekwam, zou in de surseanceregeling kunnen worden opgenomen. De rechtvaardiging is daarin gelegen dat zowel (een reorganisatie-)akkoord in een WHOA traject als de surseanceregeling tot doel hebben om de ondernemer een periode van relatieve rust te geven en op korte termijn zijn financiële problemen het hoofd te bieden, met als doel zijn schuldeisers uiteindelijk weer te kunnen voldoen en de onderneming te kunnen voortzetten. Daarmee is in lijn dat in beide regelingen (zoals dat nu ook het geval is) zowel een afkoelingsperiode ten opzichte van alle schuldeisers kan worden gevraagd (algemene afkoelingsperiode) als een afkoelingsperiode ten aanzien van enkele schuldeisers (vgl. art. 241a lid 2 Fw, m.u.v. boedelschuldeisers en art. 376 lid 9 Fw). Daarmee kunnen in beide regelingen ook de preferente schuldeisers, separatisten en schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud gebonden worden aan de afkoelingsperiode. Daarbij verdient het wel de voorkeur dat in art. 377 lid 2 Fw – in lijn met de memorie van toelichting op dit punt[20] en in lijn met het slot van art. 376 lid 7 Fw – uitdrukkelijk wordt opgenomen dat de schuldenaar bij het voortgezet gebruik, verbruik of vervreemding zijn schuldeisers vervangende zekerheid dient te verschaffen. Meer in het algemeen geldt ook hier dat tijdens de afkoelingsperiode de principes van *adequate protection* voor zekerheidsgerechtigden moeten gelden.[21]

Schuldeiserscommissie

53. Het verdient de voorkeur indien ook in surseance de mogelijkheid tot instelling van een schuldeiserscommissie wordt geïntroduceerd, die zowel qua aanstelling als bevoegdheden op een lijn wordt gesteld met de schuldeiserscommissie in faillissement zoals deze in punt 101 van deze reactie van de NVB wordt voorgesteld voor zover dat met het doel van de surseanceregeling verenigbaar is.[22]

De positie van de separatist

54. De separatist (pand- of hypotheekhouder) zal in de door de NVB voorgestelde wijziging van de surseanceregeling wel geraakt kunnen worden indien de schuldenaar bij het verzoek tot het verlenen van surseance van betaling verzoekt om een afkoelingsperiode, maar dat mag niet ten koste gaan van de zekerhedenpositie van de separatist. Deze positie van de separatist dient er nu juist toe om hem in geval van insolventiescenario's de zekerheid te bieden dat hij (ten minste een deel van) de tegenprestatie waarop hij recht heeft ten aanzien van de door hem reeds nagekomen verbintenis, ontvangt. Immers, juist onder dit uitgangspunt heeft de separatist de gesecureerde financiering verstrekt.

55. Deze zekerheid schept voor de separatist de mogelijkheid verbintenissen aan de te gaan tegen een reële prijs met een (beperkte) risico-opslag. Indien de financiering door zekerheden is gedekt

[19] Vgl. over adequate protection: A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement, Onderneming en Recht, nr. 118*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 339 e.v.
[20] *Kamerstukken II* 2018-2019, nr. 35 249, nr. 3 (MvT) p. 63.
[21] Zie A M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement, Onderneming en Recht, nr. 118*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr 264 e.v.
[22] Vgl. de door INSOLAD in 2015 voorgestelde regeling van de surseance van betaling.

zal de financier bereid zijn de financiering tegen een rentepercentage ter beschikking te stellen dat lager is dan rentepercentages die financiers zonder of met lagere rang zekerheden in rekening brengen.

56. Maar deze zekerhedenpositie en -functie is ook van belang voor het vaststellen van de kapitaalbuffer die banken dienen aan te houden op grond van Europese regelgeving (vgl. CRD IV en CRR regelgeving). Kort gezegd komt deze regelgeving erop neer dat de bank voor risicodragende activa met een lage risicoklasse (denk aan een vastgoedfinanciering met een hypotheekrecht op het bedrijfspand) minder risicodragend kapitaal hoeft aan te houden dan voor risicodragende activa met een hoge risicoklasse (dezelfde vastgoedfinanciering maar dan zonder hypotheekrecht). Hoe minder risicodragend kapitaal een bank dient aan te houden, des te meer 'ruimte' heeft een bank om financiering te verstrekken[23] In het insolventierecht wordt het laatste belang van zekerheden nogal eens uit het oog verloren en staat het realiseren van een zo hoog mogelijke recovery rate op een vordering die voortvloeit uit een beëindigde financiering veelal voorop. Voor het kredietverleningsbedrijf en het bedrijfsleven is evenwel de de hiervoor bedoelde relatie tussen zekerheden, kapitaal en kredietverlening minstens zo relevant.

57. Er wordt door sommigen betoogd dat het wettelijk systeem aangepast moet worden omdat partijen met een lage rangorde bij faillissement geen of een geringe uitdeling krijgen. Daarbij ligt de focus veelal op de faillissementsuitdeling en niet op alle andere bedragen die de crediteur heeft gerealiseerd door de betaling van eerdere facturen of (bank)garanties, terugname van goederen of kredietverzekeringsuitkeringen. In de kern gaat het hier om pleidooien tot het wijzigen van de separatistenpositie met als doel tot een andere verdeling van de netto-verhaalsopbrengsten van (de veelal door deze separatisten gefinancierde) activa in insolventieprocedures te komen. Dit wordt ook wel 'het verdelingsvraagstuk' genoemd. Het gaat erom welke schuldeiser welk deel van de waarde van de onderneming toekomt. Uitgangspunt is de wettelijke rangorde van art. 3:276 e.v. BW. De pleidooien tot wijziging van de separatistenpositie komen in de kern neer op een oproep om de bestaande wettelijke uitgangspunten en rangorde te wijzigen.

58. Zoals hiervoor uiteengezet heeft het wijzigen van de separatistenpositie – wat de bancair financier betreft – direct invloed op de omvang van de kredietverlening, de toegang daartoe en de kosten daarvan. Hoe groot de effecten precies zijn is zonder nader economisch onderzoek lastig te voorspellen. Gelet hierop acht de NVB het dan ook niet wenselijk om de separatistenpositie te wijzigen. Bij de beoordeling van het verdelingsvraagstuk speelt niet alleen de positie van de separatist een rol, maar ook die van de Belastingdienst aan wie op grond van de preferenties een groot gedeelte van de verhaalsopbrengsten in insolventieprocedures toekomt en andere crediteuren. Denk daarbij bijvoorbeeld ook aan dwangcrediteuren en schuldeisers met betalingszekerheden zoals bankgaranties en kredietverzekeringen, leveranciers met recht van reclame en eigendomsvoorbehoud en boedelcrediteuren. Ook zou niet alleen moeten worden gekeken naar de gelden die ná faillissement worden ontvangen, maar ook naar de betalingen die (in de jaren) vóór faillissement zijn ontvangen. Een discussie over het verdelingsvraagstuk en het al dan niet aanpassen van de bestaande rangorde en preferenties dient in breder verband plaats te vinden en daarom niet te worden gevoerd in verband met bijvoorbeeld een voorgenomen wijziging van enkel de Faillissementswet en in het bijzonder de surseance van betaling. Daar komt nog bij dat over dit onderwerp (ook) in Europa discussie wordt gevoerd. De resultaten van deze discussie moeten eerst worden afgewacht alvorens aanpassing in Nederland voor te stellen.

59. Daarnaast is de NVB van mening dat – anders dan INSOLAD met betrekking tot art. 241 lid 3 Fw van haar ontwerp voor een surseanceregeling voorstelt – de schuldenaar (in samenwerking met de bewindvoerder) niet de bevoegdheid moet toekomen om tot verkoop van verpande of verhypothekeerde activa over te gaan zonder toestemming van de zekerheidsnemer. Vooropgesteld zij dat de surseanceregeling niet tot doel heeft de activa van de onderneming te gelde te maken. De surseanceregeling heeft tot doel om tot een sanering van de schulden van de onderneming te komen, waarna deze weer kan worden voortgezet. Daarbij komt dat de door

[23] Op haar website geeft de ECB een toelichting over de hiervoor verkort weergegeven noodzaak voor banken om kapitaal aan te houden. Vindplaats: https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/ssmexplained/html/hold_capital.nl.html. Als datum van plaatsing van de informatie is 23 mei 2019 vermeld bij het desbetreffende bericht.

INSOLAD bepleite bevoegdheid de schuldenaar vóór surseance ook niet toekomt, behoudens het geval de verkoop geschiedt in de normale bedrijfsuitoefening. Wat de NVB betreft gelden tijdens surseance dezelfde spelregels als vóór surseance. Ondertussen staat het de schuldenaar/bewindvoerder uiteraard vrij het initiatief te nemen tot verkoop van verpande of verhypothekeerde activa over te gaan en een verkoopvoorstel aan de zekerheidsnemer te doen. De zekerheidsnemer die correct en volledig is geïnformeerd, zal doorgaans op korte termijn kunnen beslissen of en zo ja onder welke voorwaarden hij bereid is verkoop toe te staan. Bij dit alles acht de NVB van belang dat de huidige praktijk met de beschreven systematiek uit de voeten kan.

Het surseance-akkoord

60. Het surseance-akkoord is net als het reorganisatieakkoord in een WHOA-traject gericht op het saneren van de schulden en het reorganiseren van de bedrijfsvoering van de ondernemer, zodat deze zijn onderneming na het succesvol doorlopen van de surseanceregeling kan voortzetten.

61. Het huidige surseance-akkoord is beperkt tot de vorderingen van de concurrente schuldeisers en gaat uit van de veronderstelling dat de hoger gerangschikte schuldeisers (separatisten en preferente schuldeisers) volledig worden voldaan. Het WHOA-akkoord biedt daarentegen volledig maatwerk en kan met in achtneming van de in de WHOA vervatte waarborgen een bindend akkoord voor alle klassen van schuldeisers omvatten.

62. De hiervoor genoemde beperking van het surseance-akkoord hoeft evenwel geen probleem te vormen. Nederland kent immers een succesvolle geschiedenis van informele reorganisaties. Veelal worden de grootste (financiële) stakeholders van een onderneming betrokken bij een reorganisatie en herstructurering en wordt samen met hen naar een oplossing voor de financiële problemen gezocht. Zij zijn dan ook meestal bereid om een financiële bijdrage te leveren aan de herstructurering of reorganisatie van levensvatbare ondernemingen. Feit is immers dat alle schuldeisers – ongeacht of hun vorderingsrechten formeel onder een insolventieprocedure vallen of niet – veelal meer belang hebben bij een voorzetting van de activiteiten van de onderneming (al dan niet door middel van een doorstart door een andere entiteit) dan bij een liquidatie van de afzonderlijke activa.

63. Om die reden zou er dan ook voor kunnen worden gekozen om akkoordprocedure van de surseanceregeling – op enkele uitzonderingen na – op een lijn te brengen met de akkoordprocedure van de WHOA. De twee belangrijkste uitzonderingen betreffen de volgende.[24]

64. De eerste uitzondering zou in ieder geval moeten zijn dat – anders dan geldt voor de WHOA – de cash out optie voor de bedrijfsmatig financier wordt gehandhaafd voor de akkoordregeling in de surseance. Door het aannemen van een amendement[25] is op het laatste moment voor het aannemen van de WHOA de optie voor bedrijfsmatig financiers om niet met het akkoord in te stemmen en te kiezen voor cash ter hoogte van de waarde van hun zekerheden, uit de WHOA gehaald. Art. 384 lid 4 Fw is zo aangepast dat bedrijfsmatig financiers geen gebruik kunnen maken van de cash out optie – althans betaling in cash niet kunnen afdwingen – en dat alleen indien zij een akkoordvoorstel in de vorm van een omzetting van (een deel van hun) vordering in aandelen aangeboden krijgen, zij de mogelijkheid moeten hebben om te kiezen voor een uitkering anders dan in geld. Daarbij moet worden gedacht aan een uitstel van betaling of het laten doorlopen van de lening onder (aangepaste) marktconforme voorwaarden. Voor een dergelijke beperking van de rechten van de bedrijfsmatig financier (waaronder aldus de bancair financier) tot het niet kunnen uitoefenen van hun zekerheidsrechten en verplicht 'te moeten blijven zitten', bestaat geen rechtvaardiging. De toelichting op het amendement, dat ervoor vreest dat door bedrijfsmatig financiers een cash out optie te geven het tot stand komen van akkoorden onmogelijk zal worden, miskent volgens de NVB de tot de invoeren van de WHOA informele Nederlandse herstructureringspraktijk en is dan ook niet gegrond. Het door de indieners van het amendement gesignaleerde risico is daarnaast niet weggenomen met het aannemen van het amendement, omdat dit risico dat volgt uit het opteren voor de cash out optie zich evengoed kan voordoen bij andere klassen van schuldeisers. Er bestaat derhalve ook geen rechtvaardiging voor

[24] Zie F.M.J. Verstijlen, 'WHOA: omkering van waarden', *NJB* 2020/1718 voor een kritische bespreking van de amendementen.
[25] *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 249, nr. 24.

dit onderscheid. Daarbij geldt ook het hiervoor uiteengezette argument, dat over een wijziging van de separatistenpositie (dan wel 'het verdelingsvraagstuk' in zijn algemeenheid) in een breder verband moet worden gediscussieerd.[26]

65. De tweede uitzondering betreft het achterwege laten van de '20% regeling voor de MKB-handelscrediteuren' als bedoeld in art. 384 lid 4 sub a jº 374 lid 2 Fw, welke regeling eveneens vlak voor het aannemen van WHOA is ingevoerd op basis van een amendement.[27] Met dit amendement is beoogd om de positie van de MKB -andelscrediteuren te verstevigen, die in zijn algemeenheid in insolventieprocedures vaak maar een beperkte uitkering op hun vordering tegemoet kunnen zien. Uit het in opdracht van de WODC door de Rijksuniversiteit Groningen uitgevoerde onderzoek naar de positie van concurrente (MKB-)schuldeisers in faillissement[28] – dat overigens volgens de onderzoekers "*slechts een indruk* [beoogt] *te geven van de positie van concurrente crediteuren in de bestudeerde faillissementen*" – blijkt uit de door hen uitgevoerde steekproef een uitkeringspercentage voor de concurrente crediteuren van (slechts) 0,1%.[29]

66. Maar: de onderzoekers komen evenwel óók tot de conclusie dat de door hen onderzochte maatregelen om de positie van de concurrente schuldeisers te verbeteren (waarbij zij in verschillende jurisdicties maatregelen hebben geïnventariseerd die zouden kunnen leiden tot een hogere uitkering voor de concurrente crediteuren) nauwelijks leiden tot een toename van het percentage dat in insolventieprocedures aan concurrent schuldeisers toekomt.[30] De maatregelen kwamen met name ten goede aan de boedelschuldeisers en de preferente crediteuren (Belastingdienst en het UWV).

67. Daarnaast geldt bij het amendement mogelijk niet in de beoordeling is betrokken dat (i) de schuldeiser die een leverancierskrediet verstrekt een eigendomsvoorbehoud kan bedingen, (ii) een MKB-handelscrediteur de mogelijkheid heeft om een kredietverzekering af te sluiten, (iii) de MKB-handelscrediteur, anders dan bijvoorbeeld de bancair financier, kan besluiten toekomstige leveranties direct stop te zetten indien hij betalingsproblemen bij zijn afnemer verwacht en derhalve zijn verlies kan beperken (daar waar de financier reeds bij aanvang van de relatie (duurovereenkomst) de financiering beschikbaar heeft gesteld), (iv) de MKB-handelscrediteur in de marge op de (gedurende veel jaren) geleverde producten een reserve heeft ingebouwd voor het insolventierisico van zijn afnemer en (v) het verbeteren van de positie van de concurrent crediteur ook tot aanzienlijke uitvoeringskosten (indienen vorderingen, verificatie, betwisting en renvooiprocedures) met zich zal brengen. De efficiëntie van de afwikkeling zal verminderen terwijl juist verbetering wenselijk is.

68. Al deze aspecten in ogenschouw genomen kan een MKB-handelscrediteur mogelijk in een faillissement op zijn vordering een lagere uitkering verwachten dan de separatist of preferente schuldeisers. Dat betekent evenwel niet zonder meer dat hij over de gehele relatie met de afnemer/schuldenaar bezien én de mogelijkheden die hem ten dienste staan om betaling van zijn vordering te verzekeren, een lage recovery rate heeft dan de bank of andere schuldeisers wier vorderingen een hogere rang hebben.

4.3 Het faillissement

Vraag *In hoeverre ziet u naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedures nog een meerwaarde voor de regeling betreffende het faillissementsakkoord?*

[26] Zie in dit verband F.M.J. Verstijlen, 'Omkering van waarden', *NJB* 2020, afl. 27 p. 1950.
[27] *Kamerstukken II* 2019-2020, 35 249 nr. 25.
[28] A. Karapetian, M.L. Lennarts en F.M.J. Verstijlen, *De positie van concurrente schuldeisers in faillissement – Een verkennend onderzoek naar de positie van concurrente (mkb-)schuldeisers in faillissement en de mogelijkheden deze te verbeteren, Rapport aan het WODC uitgebracht door Rijksuniversiteit Groningen*, 2021 (hierna 'Rapport RUG'). Zie voor het citaat p. 8 van het Rapport RUG.
[29] Rapport RUG, p. 72.
[30] Rapport RUG, p. 63.

69. De faillissementsprocedure heeft tot hoofddoel het liquideren van de vermogensbestanddelen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers die volgens de rangorde hun deel van de opbrengst zullen ontvangen, Dat betekent dan ook dat de rechten van schuldeisers in faillissement zo min mogelijk dienen te worden beperkt en dat verhaal van de vordering van de schuldeisers (conform de wettelijk erkende redenen van voorrang) centraal staat. Anders dan de NVB ten aanzien van de surseance van mening is, zou de akkoordprocedure in faillissement dan ook niet gelijk moeten worden getrokken met de akkoordprocedure in de WHOA. Een schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, heeft in een eerder stadium het instrument van de WHOA dan wel de surseance ten dienste gestaan om zijn schulden te saneren, zijn schuldeisers te bevredigen en uiteindelijk zijn onderneming (al dan niet in afgeslankte vorm) voort te zetten. Is een reorganisatie of een doorstart in dat verband niet gelukt of niet succesvol gebleken, dan is de kans dat dit in faillissement wél wordt gerealiseerd nagenoeg nihil. De faillissementsprocedure rechtvaardigt dan ook niet dat in een faillissement separatisten, preferente schuldeisers of schuldeisers met een eigendomsvoorbehoud tegen hun zin aan een akkoord zouden kunnen worden gebonden. Evenmin rechtvaardigt dit dat de bancair financier met zekerheidsrechten de mogelijkheid van een cash out optie wordt ontnomen. Een akkoord in faillissement dient derhalve in beginsel beperkt te worden tot een liquidatieakkoord.

70. Wat betreft de mogelijkheid tot het afkondigen van een afkoelingsperiode rechtvaardigt het doel van het faillissement niet dat daar ook een langere afkoelingsperiode zoals die in de WHOA geldt wordt ingevoerd. Dat er in de faillissementsprocedure een afkoelingsperiode van twee maal twee maanden mogelijk is (art. 63a Fw) om een curator in de gelegenheid te stellen de boedel te inventariseren dan wel een eventuele verkoop van de activa zoveel als mogelijk 'going concern' te beproeven zou – gelet op de hiervoor beschikbare instrumenten van de WHOA en de surseanceregeling – voldoende moeten zijn. Indien het voor het realiseren van een zo hoog mogelijk opbrengst van de activa van de onderneming de voorkeur verdient dat de curator de onderneming tijdelijk voorzet, om de activa zoveel als mogelijk 'going concern' te verkopen, kan de NVB zich voorstellen dat de mogelijkheid tot gebruik, verbruik en vervreemding in het kader van de normale bedrijfsuitoefening én indien de ondernemer deze mogelijkheid ook al voor de afkondiging van de afkoelingsperiode toekwam, ook in de faillissementsprocedure wordt opgenomen. Net als opgemerkt bij de surseanceregeling dient dan wel uitdrukkelijk te worden voorgeschreven dat de schuldenaar bij het voortgezet gebruik, verbruik of vervreemding tijdens faillissement zijn schuldeisers vervangende zekerheid dient te verschaffen. Meer in het algemeen geldt ook hier dat tijdens de afkoelingsperiode het principe van adequate protection voor zekerheidsgerechtigden moet gelden. Als de NVB de memorie van toelichting bij de WHOA juist interpreteert, geldt hetgeen zij ten aanzien van de bescherming van de zekerheidsgerechtigde opmerkt reeds voor de WHOA.[31]

<u>De taak van de curator</u>

Vragen

1. *Ziet u een meerwaarde in een algemene wettelijke regeling rond boedelschulden?*
2. *Hoe kijkt u – mede naar aanleiding van de hiervoor aangestipte recente rechtspraak en discussie – aan tegen de taak van de curator en de bekostiging van diens werkzaamheden?*

Vraag 1 – Ziet u een meerwaarde in een algemene wettelijke regeling rond boedelschulden?

71. De NVB is van mening dat in de rechtspraak thans een te ruim criterium van boedelschulden wordt gehanteerd. De NVB is dus voorstander van een wettelijke regeling die de omvang van boedelschulden sterk terugdringt. Hierna wordt eerst toegelicht welke vorderingen onder het huidige recht boedelschulden opleveren en wat hiervan het (economische) gevolg is. Vervolgens doet de NVB een voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling.

<u>Boedelschulden onder het huidige recht</u>

[31] *Kamerstukken II* 2018-2019, nr. 35249, nr. 3 (MvT) p. 63. De relevante wetsbepalingen zijn art. 376 lid 7 Fw en art. 377 lid 2 Fw.

72. Het begrip boedelschulden kan niet worden los gezien van andere typen schulden die in een faillissement relevant kunnen zijn. Onder het huidige recht moet onderscheid worden gemaakt tussen (1) faillissementsschulden, (2) boedelschulden en (3) niet-verifieerbare schulden.

73. De meeste schulden in een faillissement zullen faillissementsschulden zijn. Dit zijn schulden die worden beheerst door de 'normale' wettelijke rangorde. Uitkering geschiedt – als hoofdregel – door de curator bij het verbindend worden van de slotuitkeringslijst.

74. Boedelschulden en niet-verifieerbare schulden hebben met elkaar gemeen dat zij ontstaan ná intreding van het faillissement c.q. de surseance van betaling of de schuldsanering. Niet-verifieerbare schulden geven in het geheel geen aanspraak op enige uitkering in het faillissement. Uit de wet zou kunnen worden afgeleid dat alle schulden die ná het faillissement ontstaan niet-verifieerbaar zijn (art. 24 Fw), tenzij zij boedelschulden zijn. De Hoge Raad heeft evenwel geoordeeld dat aan de Faillissementswet het beginsel ten grondslag ligt dat schulden die ná de faillietverklaring ontstaan ook faillissementsschulden zijn, indien zij voortvloeien uit een overeenkomst die reeds vóór het faillissement bestond.[32]

75. Boedelschulden zijn volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel. Dat wil zeggen dat zij direct uit de boedel moeten worden betaald. Daarmee gaan zij voor op de 'normale' rangorde van schulden in faillissement. Net als niet-verifieerbare schulden ontstaan boedelschulden ná faillissement. Een schuld kan in faillissement een boedelschuld worden hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen of nalaten van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.[33]

76. De eerste grond is dat de wet een schuld als boedelschuld aanmerkt. Dat doet de wet bijvoorbeeld in art. 39 en 40 Fw voor respectievelijk bepaalde huur- en loonvorderingen. Soms gebruikt de wet niet expliciet de term 'boedelschuld' maar een andere term. Zo bepaalt bijvoorbeeld art. 24 Fw dat de boedel aansprakelijk is voor schulden die na de faillietverklaring ontstaan als de boedel door die schuld is gebaat. Daarmee worden deze schulden boedelschulden.

77. De tweede grond waarop een schuld een boedelschuld kan zijn, is dat de schuld ontstaat als gevolg van een overeenkomst die de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan. Daarbij kan gedacht worden aan het salaris voor door de curator ingeschakelde partijen, of aan overeenkomsten die de curator sluit ter afwikkeling van de boedel, zoals de verkoop van boedelactief. Indien uit zo'n overeenkomst kosten voortvloeien, dan zijn dat boedelschulden.

78. De derde grond is dat op de curator een in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting rust.

79. Bij bestudering van de rechtspraak valt een aantal zaken op. Ten eerste valt op dat om zeer uiteenlopende oorzaken een verplichting of verbintenis op de curator in zijn hoedanigheid kan rusten. Achtereenvolgens zijn te noemen:

80. Het handelen van de curator in strijd met de Maclou-norm.[34] Dat wil zeggen dat de curator niet de noodzakelijke zorgvuldigheid in acht neemt bij de afwikkeling van een faillissement. Doorgaans gaat het er dan om dat een curator een goederenrechtelijke aanspraak van een partij tekort doet. Gedacht kan worden aan het geval waarin de curator de rechten van een zekerheidsgerechtigde inkort.[35] Of goederen op een wijze in de boedel betrekt die daar niet in betrokken waren, bijvoorbeeld door ze – zonder dat de failliet deze bevoegdheid had – onder te

[32] HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (Koot Beheer/Tideman q.q.).
[33] HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, r.o. 3.7.1 (Koot Beheer/Tideman q.q.).
[34] HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn (Maclou/curatoren Van Schuppen); HR 19 december 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AN7817, *NJ* 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (curatoren Mobell/Interplan) en HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *NJ* 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen.
[35] HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, *NJ* 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Hamm q.q./ABN AMRO) en HR 05 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk).

verhuren,[36] of te verkopen.[37] Het verwijt aan de curator is derhalve vrijwel steeds dat hij een bepaalde handeling op de wijze waarop hij deze heeft verricht had moeten nalaten.

81. Daarnaast wordt soms van de curator een doen (actieve handeling) gevorderd op grond van feiten die hun oorsprong vinden in de situatie vóór faillissement. Zo is een huurder gehouden om een pand aan het einde van de huur leeg op te leveren. Dit is een verbintenisrechtelijke vordering van verhuurder op de (failliete) huurder. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat op de curator in zijn hoedanigheid de rechtsplicht rust om het gehuurde leeg op te leveren. Doet hij dit niet, dan levert dit een boedelschuld op.[38] De Hoge Raad oordeelt gelijkaardig over de verplichting van de curator om de milieuwetgeving na te leven. De Hoge Raad besliste dat de verplichting om de milieuwetgeving na te leven op de curator in zijn hoedanigheid rust. Daarmee vormen de kosten van bestuursdwang die de overheid ná faillietverklaring toepast boedelschulden. Het is echter niet eenvoudig om vast te stellen wanneer sprake is van een 'op de curator in zijn hoedanigheid rustende verbintenis of verplichting'. Zo oordeelde de Hoge Raad dat de verplichting om BTW af te dragen over door de separatist geëxecuteerde goederen geen boedelschuld oplevert[39], hoewel de verplichting om BTW over deze goederen af te dragen weldegelijk een verplichting is voor een ondernemer, ook als deze failliet is.[40]

82. Met dit alles is de laatste grond van boedelschulden een problematische. Ten eerste is het niet eenvoudig vast te stellen welke schulden op deze grond een boedelschuld vormen. De formule dat op de curator in zijn hoedanigheid een verbintenis of verplichting rust, geeft de (lagere) rechter te veel vrijheid. Daarnaast lijkt er een discrepantie te zijn tussen schulden die ná faillissement voortvloeien uit overeenkomsten die reeds voor faillissement zijn gesloten en schulden die ná faillissement voortvloeien uit een onrechtmatige daad die de curator wordt toegerekend, maar die voortvloeit uit feitelijke omstandigheden die reeds voor faillissement (in overwegende mate) aanwezig waren. Voor vorderingen uit overeenkomst geldt als hoofdregel dat die faillissementsschulden opleveren. Dit lijkt anders te zijn indien de vordering wordt ingekleed als een (gekwalificeerde) onrechtmatige daad.

83. Dat een vordering een boedelschuld of een faillissementsvordering wordt al naar gelang de grondslag van de schuld, is niet eenvoudig te verklaren. Logischerwijze zou de regel moeten zijn dat schulden die hun *oorzaak* vinden (bijvoorbeeld voortvloeien uit overeenkomsten of (rechts)handelingen) vóór faillissement als 'gewone' faillissementsvorderingen worden behandeld. Op die wijze wordt (het meest) recht gedaan aan de wettelijke rangorde van schuldeisers.

84. Een verklaring voor het kwalificeren van sommige schulden als boedelschulden is dat de achterliggende gedachte is dat hiermee de curator gedwongen wordt om bepaalde rechtsregels voorrang te geven, zoals het optreden tegen milieuschade. De NVB acht deze verklaring niet bevredigend. Op deze wijze ontstaat in de rechtspraak een steeds uitdijende groep van gevallen die zich onttrekt aan de wettelijke rangorde. Voor zover het daadwerkelijk tot de plicht van de curator behoort om deze belangen voor te laten gaan op die van de schuldeisers, is daar in de ogen van de NVB een wettelijke grondslag voor noodzakelijk. Dat geldt des te meer waar het gaat om belangen die de overheid zich aantrekt en waar de overheid de begunstigde van een boedelschuld is. Daar gaat immers de kwalificatie van boedelschuld werken als een preferentie zonder wettelijke basis. Een andere verklaring is dat met de kwalificatie boedelschuld wordt ontkomen aan de consequentie dat een vordering op grond van onrechtmatige daad in faillissement niet verifieerbaar is, indien die vordering zou worden toegerekend aan de failliet en deze vordering pas ná faillissement daadwerkelijk voor schade zorgt en daarmee de vordering pas op dat moment ontstaat (art. 24 Fw).

<u>Economische effecten van deze invulling van het begrip boedelschuld</u>

[36] HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067.
[37] HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn (Maclou/curatoren Van Schuppen/Maclou en Prouvost).
[38] HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170, *NJ* 2004/617 (Circle Plastics), HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234, *NJ* 2007/2 en HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:563 (X/Eshuis en Ubbens q.q.
[39] HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3149 (Roeffen q.q./Ontvanger).
[40] HR 23 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2784, *BNB* 1999/330.

85. Het economisch effect van de huidige invulling van het begrip boedelschuld is dat boedelschulden een inbreuk maken op de rangorde die anders in faillissement gegolden zou hebben. Daarmee botst de huidige invulling van het begrip boedelschulden met het doel van het faillissement. Het doel van het faillissement is het vereffenen van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de schuldeisers volgens hun rangorde.

86. Bij deze vereffening geldt – gelijk bij ieder economisch handelen – dat de kosten van dat handelen – in dit geval de afwikkeling van het faillissement – dienen te worden gedragen door de partijen die daarbij belang hebben, de gezamenlijke schuldeisers dus. Anders gezegd: kosten dienen te worden geïnternaliseerd. Zou dat niet het geval zijn, dan zouden de schuldeisers – of in hun plaats de curator – ervoor kunnen kiezen om een wijze van afwikkeling te kiezen die schade veroorzaakt bij derden en waarbij deze schade bovendien hoger is dan de meeropbrengst van de gekozen wijze van afwikkeling. Dit is (ook) in economische zin ongewenst. Om een voorbeeld te geven: de schuldeisers zouden ervoor kunnen kiezen om een onderneming te verkopen met inbegrip van zaken waarvan bekend is dat zij niet aan de failliet toebehoren, omdat zij onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd. Een dergelijke wijze van afwikkeling zal snel in economische zin onwenselijk zijn en de schuldeisers c.q. de curator behoren in een dergelijk geval gedwongen te worden om de eigenaar te vergoeden. Het systeem/de wet mag geen prikkels bevatten die maatschappelijk en economisch niet te rechtvaardigen zijn.

87. Tegelijkertijd geldt dat bij de vereffening of sanering in faillissement de rangorde moet worden vastgehouden. Gebeurt dat niet, dan treden evenzeer in economische zin ongewenste effecten op. Partijen wier vordering (mogelijk) een boedelschuld oplevert, hebben dan een prikkel om eerder een faillissement uit te lokken. Dit betekent dat een schuld niet als boedelschuld mag worden aangemerkt indien de feiten die aanleiding geven tot die schuld, (in belangrijke mate) zijn gelegen in oorzaken van vóór het faillissement. Immers, partijen die vóór faillissement een aanspraak op de failliet hebben, behoren hun aanspraak in faillissement te realiseren. De rangorde bepaalt vervolgens welke aanspraken daarbij als eerste worden gehonoreerd.

88. Wordt dit uitgangspunt niet toegepast, dan verkrijgt de boedelschuldeiser in afwijking van de rangorde zoals die geldt voor faillissement voorrang boven de overige schuldeisers. Daarmee krijgt hij ook de oneigenlijke prikkel om vroegtijdig een faillissement uit te lokken en wordt de afweging van belangen die in de rangorde besloten ligt tenietgedaan. In het verlengde daarvan kunnen de schuldeisers met voorrang minder rekenen op de voorrang zoals de wet die hen toekent. Zo geeft bijvoorbeeld art. 3:284 BW degene die kosten heeft gemaakt om een goed te behouden voorrang boven de overige schuldeisers. Als gevolg van de werking van boedelschulden kan het zijn dat deze partij geen uitkering uit het faillissement verkrijgt, terwijl een boedelschuldeiser wier vordering gebaseerd is op zaken die zich vóór het faillissement hebben voorgedaan wél een uitkering ontvangt. Dit gaat ten koste van de voorspelbaarheid van toepassing van de wettelijke voorrangsregels.

<u>Voorstel voor de regeling van boedelschulden</u>

89. Hierboven is gebleken dat er twee belangrijke uitgangspunten een rol spelen bij het beantwoorden van de vraag of in economische zin een schuld als boedelschuld zou moeten worden aangemerkt. Ten eerste geldt dat kosten die ten behoeve van of als gevolg van de afwikkeling van een faillissement zijn gemaakt boedelschulden moeten zijn, om te voorkomen dat bij de afwikkeling van het faillissement kosten worden geëxternaliseerd. Ten tweede geldt dat boedelschulden alleen schulden moeten zijn die door de afwikkeling van het faillissement in het leven moeten worden geroepen. Zij mogen niet besloten liggen in de feiten die zich vóór faillissement hebben voorgedaan.

90. Past men het voorgaande toe, dan levert dit het volgende beeld op:

- Kosten ten behoeve van de afwikkeling van een faillissement dienen boedelschulden te zijn. Hieronder vallen in de regel bijvoorbeeld het salaris van de curator en de kosten van door hem ingeschakelde derden. Daarbij geldt uiteraard dat deze kosten zoveel dienen te worden geminimaliseerd.

- Huur en loon behoren geen boedelschuld te zijn, als de curator het bedrijf van de failliet niet doorzet. De huur- en loonvordering dienen in dat geval een faillissementsvordering op te leveren. Aan de vordering voor loon is daarbij de voorrang van art. 3:288 BW verbonden. Werknemers ontlenen voorts bescherming aan de loongarantieregeling opgenomen in de Werkloosheidswet. Continueert de curator de exploitatie van de onderneming, dan is wél sprake van een boedelvordering, voor zover de curator ook de huur en/of de arbeidsverhouding voortzet.

- De gezamenlijke schuldeisers – of de curator namens hen – mogen geen goederen in een faillissement betrekken die niet onder het faillissementsbeslag vallen. Evenmin mag hij door zijn optreden op een nieuwe wijze schade veroorzaken. Een curator mag bijvoorbeeld geen zaak verhuren indien deze niet tot de boedel behoort, of de failliet niet de bevoegdheid tot onderverhuur had. Evenmin mag de curator besluiten om milieuschade te blijven veroorzaken, bijvoorbeeld door de exploitatie van de onderneming die wordt gedreven door gefailleerde voort te zetten.

- Indien de curator wordt geconfronteerd met onrechtmatig handelen van de failliet van vóór faillissement, dan heeft hij de verplichting om de gelaedeerde (of in voorkomende gevallen de overheid) daarvan op de hoogte te stellen en om – zo nodig – eraan mee te werken dat de gelaedeerde (of de overheid) dit onrechtmatig handelen ongedaan maakt. De kosten hiervan vormen een faillissementsvordering op dezelfde wijze als schulden die ná faillissement ontstaan uit een overeenkomst van vóór faillissement. Daarnaast kan het zijn dat het optreden van de gelaedeerde (of de overheid) leidt tot een voordeel aan de zijde van één van de schuldeisers. Neem het geval waarin de overheid een stuk grond saneert. In dat geval zal de waarde van de grond vermoedelijk toenemen. Als dit voordeel bij de schuldeiser, of in voorkomende gevallen bij een separatist terecht komt, dan kan het redelijk zijn dat deze kosten tot de hoogte van het voordeel door de schuldeisers of de separatist worden afgedragen. Deze regel zal ook de schuldeisers c.q. de separatist een prikkel geven om de sanering zelf te hand te nemen, voor zover de kosten en opbrengsten dat rechtvaardigen. Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij de regeling van art. 3:284 BW.

- Oordeelt de curator dat het in het belang van alle schuldeisers aangewezen is om de exploitatie van de onderneming van de gefailleerde voort te zetten, dan is de curator (in zijn hoedanigheid) ook gehouden om alle verplichtingen die dat met zich brengt na te leven. Zou dit niet het geval zijn, dan zouden de schuldeisers een hogere uitkering op hun vorderingen verkrijgen door kosten van de onderneming op derden af te wentelen.

- Schulden zijn met dit voorstel alleen niet-verifieerbaar als zij door de failliet zelf worden veroorzaakt ná faillissement. Dit vergt een aanpassing van art. 24 Fw.

91. Het voordeel van het bovenstaande voorstel is dat daarmee het aantal boedelschulden aanzienlijk wordt teruggedrongen. Dat levert een aanmerkelijke beperking van het aantal lege boedels op. Bovendien draagt deze invulling van het begrip boedelschulden bij tot de beperking van oneigenlijke prikkels voor de bij een faillissement betrokken partijen. Tot slot wordt de toepassing van het insolventierecht en de rangorde op deze manier voorspelbaarder, zodat lagere kosten gemoeid zijn met het afwikkelen van faillissement en partijen eerder zelfstandig in staat zullen zijn om geschillen op te lossen.

Vraag 2 – Hoe kijkt u – mede naar aanleiding van de hiervoor aangestipte recente rechtspraak en discussie – aan tegen de taak van de curator en de bekostiging van diens werkzaamheden?

92. In de reactie op de eerst vraag is al aan de orde gekomen dat – net als Corporate Governance belangrijk is bij ondernemingen – Insolvency Governance belangrijk is bij faillissementen. De NVB vindt het belangrijk dat er in faillissementen steeds aandacht is voor normen ter zake van goed beheer en toezicht, transparantie, externe verantwoording en financiële beheersing.

93. Belangrijke elementen voor een goede Insolvency Governance zijn: een passende beloning voor curatoren, voldoende ingebouwde *checks and balances* tussen de stakeholders en de curator en een adequaat toezicht. Van de curator wordt verwacht dat hij als onafhankelijk scheidsrechter

rekening houdt met de belangen van de diverse crediteuren met in achtneming van hun rangorde en preferenties. In het geval dat bepaalde crediteuren geen direct belang hebben (bijvoorbeeld concurrente crediteuren die geen zicht hebben op een uitkering), dient de curator zijn rol te vervullen ten behoeve van de overige crediteuren, waaronder separatisten, leveranciers met eigendomsvoorbehoud en preferente crediteuren, voor zover deze niet zelf hun recht uitoefenen.

94. Het is daarbij belangrijk dat de curator al bij aanvang van zijn aanstelling weet dat zijn in alle redelijkheid aan het faillissement te besteden uren ook daadwerkelijk betaald zullen worden. Die zekerheid is er niet in de huidige systematiek van afwikkelen van faillissementen. Dit heeft tot gevolg dat er prikkels in het systeem zitten die ertoe leiden dat de curator een belang heeft bij het realiseren van voldoende vrij actief in de boedel opdat zijn eigen salaris voldaan kan worden. Dit betekent dat er alleen vanwege dit aspect in beginsel al sprake is van een belangenconflict. Alhoewel dat niet in alle gevallen leidt tot juridische procedures zijn er in de jurisprudentie naar de indruk van de NVB te veel gevallen te vinden waar sprake is van procedures tussen curatoren en zekerheidsgerechtigden[41] en claims van curatoren op bestuurders en procedures daarover.[42] Verder is illustratief het geval waarin de curator een termijn stelde aan de bank om het woonhuis van een natuurlijk persoon te veilen, terwijl de bank daar geen aanleiding toe had omdat de eigenaar zijn renteverplichtingen nakwam en er sprake was van onderdekking (de waarde van het huis was lager dan de nog aan de bank verschuldigde hoofdsom van de hypothecaire geldlening). De eigenaar wilde graag met zijn gezin in de woning blijven wonen. Zij zouden zwaar benadeeld worden door de veiling. Gezien de onevenredigheid van de betrokken belangen werd het de curator verboden het woonhuis op te eisen en te verkopen.[43]

95. In het kader van het wetgevingsproces Modernisering en Herijking Faillissementsrecht heeft de curator een wettelijke fraudesignalerende taak bijgekregen.[44] Bij de invoering van die wet is er evenwel niet gelijktijdig door middel van flankerend beleid voorzien in de financiering van deze taak. Een taak die tot het domein van de overheid gerekend dient te worden. In hetzelfde stramien past dat de curator belangen van maatschappelijke aard dient te behartigen. De vraag kan gesteld worden of dat een taak is van de curator. De taak van de curator zou zich in beginsel moeten beperken tot het op een voorspelbare, transparante en efficiënte wijze afwikkelen van het faillissement door het actief zo goed mogelijk te gelde te maken. De dáármee verband houdende kosten dienen ook in beginsel door de boedel te worden betaald. De kosten die betrekking hebben op fraudebestrijding en belangen van maatschappelijke aard dienen niet door de boedel betaald worden. Deze dienen ten laste te komen van de overheid omdat fraudebestrijding een publieke taak is. Daarbij past niet dat de kosten daarvan door schuldeisers – die vaak reeds gedupeerd zijn door de fraude – moeten worden gedragen.

96. Indien de baten in de boedel onvoldoende zijn om de salariskosten van de curator te voldoen – de situatie die in de literatuur vaak wordt aangeduid met de term 'de lege boedelproblematiek' – zou er sprake moeten zijn van een mechanisme op basis waarvan de kosten die de curator niet betaald heeft gekregen alsnog kunnen worden betaald. Zoals hiervoor geschetst kan de lege boedelproblematiek worden veroorzaakt doordat er geen of te weinig actief of vrij actief is om alle kosten te dekken en wordt de problematiek nog eens vergroot doordat de curator wettelijke taken en taken met een algemeen maatschappelijk belang dient te vervullen zonder dat daarvoor via

---

[41] Zie bijvoorbeeld de volgende uitspraken van de Hoge Raad: HR 13 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1787, *RI* 2021/2 (curatoren Zalco/Glencore); HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1078, NJ 2020/407 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en *JOR* 2020/221 m.nt. J. Verstoep (Schreurs q.q./Rabobank); HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, JOR 2016/83, m.nt. SCJJK (Rabobank/Verdonk q.q.) en HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:228, JOR 2015/309 m.nt. N.E.D. Faber en F.M.J. Verstijlen (Welage q.q./Rabobank), 'Art. 58 Fw: van het duister naar het licht', *TvI* 2016/28, p. 181.

[42] Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 13 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4400, *JOR* 2021/7 m.nt. C.J.A. van Geffen (X q.q./Deloitte c.s.), Rb. Gelderland 30 januari 2019, *JOR* 2019/93, m.nt. W.J.P. Jongepier *(*curator D.G.B.-groep/bestuurder Y). Zie voorts M.L.S. Kalff, 'De procederende (kantoorgenoot van de) curator; een blik vanuit de D&O verzekeringspraktijk', in: M.L.S. Kalff e.a. (red), *De Integere Curator – INSOLAD Jaarboek 2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 27 e.v.

[43] HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:87, *JOR* 2015/308 m.nt. N.E.D. Faber (X/Van der Molen q.q.) en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3849, *JOR* 2015/310 (Van der Molen q.q./X)

[44] De fraudesignalerende taak van de curator is wettelijk geregeld in de *Wet versterking positie curator* waardoor per 1 juli 2017 het nieuwe art. 68 lid 2 Fw geldt.

flankerend beleid in voorzien is dat ook voor deze taken een passende beloning betaald kan worden.

97. Naar de mening van de NVB dient dus hiervoor een oplossing te worden gezocht. Als een mogelijke oplossing daarvoor – die ook door de NVB meermalen is genoemd in overleggen – en waar ook diverse schrijvers en INSOLAD voor hebben gepleit – is de oprichting van een instituut dat gevoed wordt door stakeholders die belang hebben bij een geordende, voorspelbare, transparante en efficiënte afwikkeling van faillissementen. Dat instituut – ook vaak aangeduid als een Fonds – zou gevoed kunnen worden door bijdragen van de overheid (met het oog op de wettelijke taak van fraudebestrijding en maatschappelijke belangen) en door de andere stakeholders zoals de financiers, en het bedrijfsleven. De NVB is bereid om met de ministeries van Justitie en Veiligheid, Financiën, Economische Zaken en Klimaat alsmede eventueel andere betrokken ministeries, in overleg met VNO/NCW, MKB Nederland en INSOLAD te onderzoeken hoe aan een dergelijk Fonds het beste kan worden ingericht qua governance en funding zodat de lege boedelproblematiek kan worden opgelost.

Het toezicht van de rechter-commissaris

Vragen *Zijn er naar uw mening nog meer mogelijkheden om de positie van de rechter-commissaris en zijn toezichtrol in het faillissement verder te versterken?* *Zou vaker mediation moeten worden ingezet om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten? Zo ja, op welke manier zou de inzet van mediation kunnen worden bevorderd?* *Zouden belanghebbenden gehoord moeten worden voordat de rechter-commissaris een beslissing neemt over een verzoek tot machtiging, goedkeuring of toestemming van de curator ten behoeve van bijvoorbeeld het starten van een juridische procedure. Zo ja, wie zouden dan bij voorkeur gehoord moeten worden?*

98. De positie en de rol van de rechter-commissaris is al lang een zorg voor de NVB. Deze zorg is onder te verdelen in een aantal specifieke deelproblemen, te weten

- gebrek aan aandacht binnen de Nederlandse overheid voor de specifieke rol van de rechter-commissaris in faillissement; en
- vermenging van toezichthoudende taak van rechter-commissaris met de taak van rechter.

Gebrek aan aandacht binnen de Nederlandse overheid voor specifieke rol van de rechter-commissaris in faillissement.

99. Er is binnen de Nederlandse overheid te weinig aandacht voor de positie van de rechter-commissaris. De NVB heeft begrepen dat er te weinig budget beschikbaar wordt gesteld voor deze functie van de rechtbank. Dat beperkte budget betekent dat de rechter-commissaris met een hoge werklast wordt geconfronteerd omdat er eenvoudigweg te weinig rechters-commissarissen zijn (of althans te veel faillissementen en WSNP procedures aan het toezicht van dezelfde rechter-commissaris zijn onderworpen). Daar komt nog bij dat de zittingsduur van een rechter-commissaris veelal relatief kort is. De NVB vraagt daarom te bezien of het mogelijk is de zittingsduur van de rechter-commissaris te verlengen (zoals dat thans al op incidentele basis gebeurt). Dat verhoogt de efficiëntie.

Vermenging van toezichthoudende taak van rechter-commissaris met de taak van rechter

100. In de Faillissementswet zijn aan de rechter-commissaris verschillende taken toebedeeld. Deze zijn recent door Van Galen helder beschreven.[45]

[45] R.J. van Galen, 'Waarheen met de rechter-commissaris?' *TvI* 2021/36 en *OR* 2021/119.

Eerder besteedden onder meer (voormalig voorzitter van de Raad voor Rechtspraak en President van de Rechtbank Den Haag en Den Bosch) Van Delden en Bauw respectievelijk Van Hees aandacht aan dit probleem.[46] Kort gezegd treedt de rechter-commissaris in het faillissement afwisselend op als adviseur van de curator, toezichthouder van de curator en beslechter van geschillen tussen verschillende bij het faillissement betrokken stakeholders. Deze 'bundeling van taken' staat op gespannen voet met art. 6 EVRM. De NVB is het eens met het in de literatuur ingenomen standpunt dat deze situatie aangepast moet worden. De toezichthoudende rol van de rechter-commissaris dient te vervallen en komt hetzij in handen van de crediteuren hetzij in handen van een gespecialiseerde instantie, bijvoorbeeld genaamd Insolventie Autoriteit, niet behorende tot de organisatie van de rechterlijke macht. Bij de rechter zou dan alleen nog de taak van geschilbeslechter zijn belegd. Om te voorkomen dat in gevallen dat de crediteuren in een faillissement niet de toezichthoudende taak op zich willen nemen waardoor het toezicht ontbreekt, zou bij aanvang van het faillissement het toezicht steeds in handen komen van een gespecialiseerde instantie. Indien de crediteuren in het faillissement een schuldeiserscommissie wensen, wordt het toezicht belegd bij de schuldeiserscommissie en treedt de toezichthoudende instantie terug.

Toezicht door schuldeiserscommissie

101. De schuldeiserscommissie zou daartoe op verzoek van schuldeisers (al dan niet afhankelijk van een bepaald quorum)[47] of op verzoek van de schuldenaar moeten worden benoemd door de rechtbank. Om het toezicht vorm te geven zouden de thans bij de rechter-commissaris liggende toezichtstaken moeten worden overgeheveld naar de schuldeiserscommissie. Voorts is het gewenst dat de schuldeiserscommissie een instructierecht/aanwijzingsbevoegdheid krijgt. De curator is immers belast met het beheer en de beschikking over de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De handelwijze van de curator heeft direct invloed op de hoogte van het gerealiseerde actief dat onder de schuldeisers kan worden verdeeld. De NVB ziet de toegevoegde waarde van een dergelijk(e) instructierecht/aanwijzingsbevoegdheid met name in die gevallen waarin de curator op kosten van de boedel een procedure zou willen beginnen. Indien de schuldeisers een dergelijke procedure niet voldoende kansrijk achten of te onzeker, zouden zij de curator een instructie moeten kunnen geven zich te onthouden van het entameren van een dergelijke procedure. Het is immers het actief van de schuldeisers waarover de curator in een dergelijk geval beschikt.

Inzet van mediation

102. Het inzetten van mediation bij de geschilbeslechting verdient naar de mening van de NVB de voorkeur in gevallen waarbij de partijen en de rechter menen/meent dat dit bij kan dragen tot een snellere oplossing van het conflict. Daarbij geldt wel dat dit uitsluitend mogelijk is indien de partijen die bij het geschil betrokken zijn daarmee – mogelijk mede op basis van de interventie van de rechter – akkoord gaan. Praktisch zou dit bij voorbeeld kunnen doordat de rechter-commissaris in geval van een geschil partijen uitnodigt voor een gesprek en als dat niet tot een oplossing leidt voorstelt niet gelijk te gaan procederen, maar eerst mediation te betrachten.

103. Hoewel de vraag over het horen van belanghebbenden voordat de rechter-commissaris een beslissing neemt over een verzoek tot machtiging goedkeuring of toestemming van de curator in het door de NVB voorgestane systeem waarbij de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris verdwijnt geen rol meer speelt, verdient het de voorkeur dat de relevante toezichthouder (de toezichthoudende instantie of de schuldeiserscommissie) zich goed verdiept in de kwestie waarin toestemming tot procederen wordt gevraagd en verdient het daarbij de voorkeur om daarbij ook de zienswijze van de wederpartij van de curator te betrekken door die bijvoorbeeld te horen.

104. Mocht er toch gekozen worden de toezichthoudende rol bij de rechter-commissaris te laten dan stelt de NVB voor dat de rechter-commissaris – voordat deze een beslissing neemt – steeds de

[46] A.H. van Delden en E. Bauw, 'Toezicht in faillissementen, een rechterlijke taak', *Tvl* 2004/51 en J.J. van Hees, 'De schone schijn van toezicht in het insolventierecht', *Bundel Toezicht tegen het licht; Kernwaarden, kansen en knelpunten 2015*, p. 151-171

[47] En niet (pas) ten tijde van een schuldeisersvergadering als bedoeld in art. 230 lid 3 Fw in de door INSOLAD in 2015 voorgestelde regeling voor de surseance van betaling.

gelegenheid geeft aan zowel de potentiële wederpartij van een door de curator te starten procedure als aan een representatieve vertegenwoordiging van de crediteuren (of de schuldeiserscommissie indien deze benoemd is) om hun zienswijze op het starten van een procedure te geven. Voor wat betreft de potentiële wederpartij gaat het daarbij er vooral om dat de rechter-commissaris pas een beslissing neemt nadat ook de wederpartij zijn kant van de zaak heeft kunnen toelichten. De representatieve vertegenwoordiging van de crediteuren kan de rechter-commissaris informeren over de vraag of zij meent dat de boedel bij het voeren van een dergelijk procedure gebaat is.

Vragen

1. *Kunt u zich er – gelet op de resultaten van het WODC-onderzoek – in vinden dat concurrente schuldeisers meer gebaat zijn bij een verbetering van de preventieve maatregelen, zoals beschreven in paragraaf 3, dan bij een herverdeling van de faillissementsopbrengst (in afwijking van de wettelijke rangorde)? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?*
2. *Kunt u zich vinden in een regeling – ten behoeve van de bestrijding van de lege boedelproblematiek – waarbij zekerheidsgerechtigde schuldeisers bij uitwinning van verpande activa een vooraf vastgesteld percentage van de opbrengst aan de boedel moeten afdragen? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?*
3. *Kunt u zich vinden in een regeling – ten behoeve van de bestrijding van de lege boedelproblematiek – waarbij alle bedrijven worden verplicht om, als zij nog gezond zijn, een bepaald bedrag te reserveren of af te dragen dat exclusief bestemd is voor de afwikkeling van een eventueel faillissement? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?*
4. *Zijn er andere mogelijkheden om tegemoet te komen aan de lege boedelproblematiek?*

105. De bovenstaande vragen lenen zich voor gezamenlijke beantwoording.

106. De NVB is inderdaad van mening dat ook concurrente schuldeisers vooral gebaat zijn bij een snelle, voorspelbare, transparante en efficiënte afwikkeling van faillissementen tegen beperkte kosten en (als de schuldeiser ondernemer voor de BTW is) bij een snelle teruggave van de BTW die zij over het oninbare deel van hun vordering hebben afgedragen. Bij een snelle afwikkeling is er eerder duidelijkheid en kan een schuldeiser het afgeschreven deel van zijn vordering fiscaal verrekenen voor de vennootschapsbelasting. Concurrente crediteuren maken al gebruik van de diverse in paragraaf 3 beschreven mogelijkheden die zij hebben om zich tegen een faillissement van hun afnemer te beschermen.

107. Naar de mening van de NVB is de belangrijkste preventieve maatregel voor concurrente schuldeisers een goed debiteurenbeheer. Daaronder valt het voorkomen van concentratierisico's en het (tijdig) stoppen met leveren van goederen of diensten. Verder zouden ondernemers op hun balans voldoende buffers moeten aanhouden om de insolventierisico's van hun afnemers op te vangen. Daarmee zouden ze moeten voorkomen dat ze door het faillissement van een of meer afnemers zelf in de problemen komen. Daar speelt hun accountant een belangrijke rol bij. Ondanks het feit dat er al gebruik wordt gemaakt van preventiemogelijkheden is het altijd goed wanneer concurrente crediteuren daarop gewezen worden en daar over voorgelicht worden. Daar spelen diverse adviseurs, brancheverenigingen en de Kamer van Koophandel een belangrijk rol bij.

108. Verder wil de NVB er in dit kader nog op wijzen dat concurrente schuldeisers belang hebben bij een klimaat waarin (stille en informele) reorganisaties bij hun afnemers kunnen plaats vinden. Bij dergelijke reorganisaties blijven concurrente schuldeisers meestal buiten schot en zullen zij 100% van hun vorderingen betaald krijgen.

109. De NVB is om de hiervoor genoemde redenen geen voorstander van een herverdeling van de faillissementsopbrengst die ten gunste van de concurrente schuldeisers komt. In lijn met de uitkomsten van het WODC-onderzoek meent de NVB dat het afwijken van de wettelijke rangorde in faillissementen complex is en dat grondig economisch onderzoek noodzakelijk is om in te kunnen schatten of de voor- of nadelen van ingrijpen in de wettelijke rangorde per saldo daadwerkelijk een (substantieel) voordeel voor concurrente schuldeisers zal opleveren.

110. Bovendien is het de vraag of een voordeel voor concurrente schuldeisers echt materieel is. Ook mag niet uit het oog worden verloren dat een uitdeling aan concurrente schuldeisers waarbij al hun vorderingen moeten worden geverifieerd op zichzelf ook tot extra kosten zal leiden. In het WODC-onderzoek wordt hier ook op gewezen. Ten slotte zou Nederland naar de mening van de NVB ten aanzien van de wettelijke rangorde niet moeten afwijken van wat in Europa gebruikelijk is. De NVB zou er daarom de voorkeur aan geven, dat de Nederlandse wetgever in dit kader de Europese ontwikkelingen afwacht alvorens een eventuele verdergaande regeling voor te stellen.

111. De NVB wijst erop dat afdracht van een percentage door separatisten ter dekking van kosten die de curator ten behoeve van de separatist maakt al sinds jaar en dag gebruikelijk is. Die afdracht is geregeld in de Separatistenregeling.[48] De kern van de Separatistenregeling is dat de separatist de kosten betaalt die samenhangen met de verkoop/uitwinning van haar zekerheden. Dat de separatist daarvoor betaalt, is logisch en redelijk omdat het immers gaat om kosten die zij ook zelf zou moeten maken als ze tot uitwinning van de zekerheden zou overgaan. Het is niet redelijk dat deze kosten ten laste van de boedel en daarmee ten laste van de boedelcrediteuren of pre-faillissementscrediteuren komen.

112. De Separatistenregeling is al geruime tijd niet meer aangepast. Het ligt voor de hand om de Separatistenregeling te moderniseren en daarin ook aandacht te geven aan het toezicht bij faillissementen. De NVB is graag bereid om in overleg met INSOLAD en Recofa te komen tot een aanpassing van de Separatistenregeling.

113. De NVB is er voorstander van om de Separatistenregeling een wettelijke basis te geven, mits de Separatistenregeling op vrij eenvoudige wijze na overleg tussen de betrokken partijen kan worden aangepast (bijvoorbeeld via een AMvB). Als gevolg van het hanteren van een wettelijke basis kunnen de betrokken partijen enkel met wederzijds goedvinden van de Separatistenregeling afwijken. Dat draagt bij aan de voorspelbaarheid van de afwikkeling.

114. Naar de mening van de NVB moet een aanpassing van de Separatistenregeling gepaard gaan met het afschaffen van het bodem(voor)recht van de Belastingdienst en het vervangen daarvan door een regeling waarbij de separatist ter compensatie een percentage van de opbrengst van bedrijfsgebonden activa rechtstreeks afdraagt aan de Belastingdienst. Dat percentage moet uiteraard nog nader bepaald worden. De reden dat de NVB afschaffing van het bodem(voor)recht bepleit, is dat de opbrengsten van bodemzaken momenteel grotendeels niet terechtkomen bij de Belastingdienst maar gebruikt worden ter voldoening van faillissementskosten. Dat is volgens de NVB een oneigenlijke uitkomst en daarvoor is het bodem(voor)recht nooit bedoeld.

115. De NVB heeft oog voor de lege boedelproblematiek en is van mening dat er een structurele oplossing voor gevonden kan worden door de oprichting van een Fonds. Bij dit Fonds moet de curator kunnen aankloppen als er onvoldoende actief in de boedel zit om zijn salariskosten en hoogst noodzakelijke kosten die samenhangen met de afwikkeling van het faillissement te betalen. Het Fonds kan dan afhankelijk van de situatie alvast gelden voorschieten ingeval er nog wel opbrengsten zijn te verwachten of betalen indien er geen opbrengst meer komt.

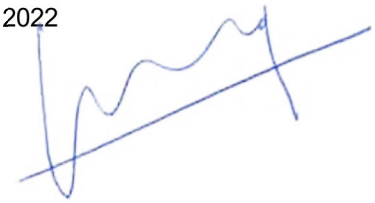
116. Het is in de visie van de NVB een goede gedachte om ondernemingen als zij nog gezond zijn te laten bijdragen aan de kosten van afwikkeling van lege boedels. Dit zou dan naar de mening van de NVB moeten worden gedaan in de vorm van een afdracht aan een Fonds dat speciaal voor het opvangen van die kosten wordt opgericht. Curatoren zouden op dit Fonds een beroep moeten kunnen doen als hun (door de rechter of andere onafhankelijke instantie vast te stellen) salaris niet uit de faillissementsboedel kan worden voldaan. Reservering van bedragen binnen een onderneming heeft naar de mening van de NVB geen zin, omdat de gereserveerde bedragen vrijwel nooit meer aanwezig zullen zijn als de onderneming financiële problemen komt. Om administratieve redenen en om een afdracht regeling uitvoerbaar te houden, meent de NVB dat de afdracht aan het Fonds zou moeten plaats vinden bij oprichting van een onderneming. De afdracht gaat dus dienen als een soort verwijderingsbijdrage.

[48] Digitale vindplaats separatistenregeling: https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/separatistenregeling.pdf.

117. De NVB is van mening dat – naast ondernemingen – ook andere belangrijkste stakeholders het Fonds moeten gaan funden. Met name ook de overheid vanuit een algemeen maatschappelijk belang en de Belastingdienst en UWV als hoog gerangschikte crediteuren – die ook vaak een uitkering ontvangen – dienen een vaste bijdrage aan het Fonds te betalen voor de afwikkeling van faillissementen. Indien aan deze voorwaarde wordt voldaan, kan de NVB zich voorstellen dat ook banken een bijdrage aan het fonds leveren. Met deze bijdragen zouden curatoren er altijd vanuit moeten kunnen gaan dat zij een bijdrage van bijvoorbeeld EUR 2.500 kunnen ontvangen uit het Fonds indien hun salaris niet uit de faillissementsboedel kan worden betaald. Dit bedrag is ter dekking van een eerste onderzoek – een *quick scan* - naar de toestand van de boedel. In dit kader is de NVB bereid haar leden te adviseren gezamenlijk een vaste bijdrage aan het Fonds gaan betalen van EUR 1.500,- per faillissement waarin in het geheel geen actief aanwezig is. In naar schatting 25% van de zakelijke faillissementen op jaarbasis is geen enkel actief aanwezig.

118. Een mogelijkheid om de lege boedelproblematiek te beperken is het efficiënter en tegen lagere kosten afwikkelen van eenvoudige (relatief kleine en vaak lege) faillissementen. Dat zou mogelijk moeten zijn door kleine faillissementen systematischer en niet meer door advocaten te laten afwikkelen, maar bijvoorbeeld door een nieuw op te richten non-profitorganisatie die zorgt voor de afwikkeling van eenvoudige faillissementen. Om de vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen met lege, kleine boedels efficiënt en effectief op een bedrijfsmatige wijze af te wikkelen is volume nodig die investeringen in ICT e.d. rechtvaardigen en mogelijk maken. Nu worden deze eenvoudige faillissementen door een groot aantal advocatenkantoren verspreid door Nederland afgewikkeld. Door het gebrek aan volume per kantoor en het feit dat deze veelal lege faillissementen geen goede businesscase geven en niet de core business van het kantoor zijn, vindt er geen innovatie en geen investering in automatisering e.d. plaats. Als deze eenvoudige faillissementen worden afgewikkeld door een non-profitorganisatie die als core business de afwikkeling van eenvoudige faillissementen heeft, verandert het beeld aanzienlijk. Een dergelijke non-profitorganisatie heeft tot doel het effectief en efficiënt afhandelen van eenvoudige faillissementen. Een organisatie die zich niet richt op winst, maar op het collectief belang. Deze non-profitorganisatie heeft dan ook budget om te investeren in automatisering van processen en professionalisering van de organisatie. Door schaalvergroting is bovendien een betere arbeidsverdeling en standaardisatie mogelijk en kan er efficiënter en dus goedkoper worden gewerkt.

Amsterdam, 3 maart 2022
Eelco Dubbeling
Directeur



Contactinformatie
Henriette de Bordes
Legal Counsel
M 06 10198335
E bordes@nvb.nl
www.nvb.nl

Nederlandse Vereniging van Banken

NOTITIE

Aan: Sijmen de Ranitz en Ben Knüppe
Van: Nederlandse Vereniging van Banken
Datum: 22 april 2022
Betreft: Bodemrecht en bodemvoorrecht

---

1. Inleiding

In deze notitie wordt ingegaan op de vraag welke bezwaren er in de praktijk bestaan tegen het bodemrecht en het bodemvoorrecht[1]. In het bijzonder zal worden ingegaan op de belemmeringen van het bodemrecht voor de (bancaire) financiering van bodemzaken. Voor de volledigheid zal eerst de wettelijke systematiek worden besproken en wordt ingegaan op de relevantie van het bodemrecht in de praktijk. Ook zullen enkele opmerkingen worden gemaakt over de ratio van het bodemrecht en de wetsgeschiedenis van het bodemrecht. Tot slot wordt een alternatief voor het bodemrecht besproken en toegelicht.

2. Samenvatting

Het bodemrecht is een in 1845 ingevoerde bevoegdheid die de Belastingdienst in staat stelt bij verhaal op bodemzaken in rang vóór de stil pandhouder te gaan. Bodemzaken zijn vooral (roerende) inventariszaken en machines. Tegen het bodemrecht bestaan diverse praktische en juridische bezwaren. Al tientallen jaren wordt in de literatuur en door verschillende stakeholders kritiek op het bodemrecht geuit. Het bodemrecht is een belemmering voor de financiering van bodemzaken. De regeling rond het bodemrecht is zeer complex en wordt door velen als onrechtvaardig ervaren. Verder is onduidelijk in welke mate het bodemrecht tot daadwerkelijk inkomsten voor de schatkist leidt. Er zijn ook diverse andere bezwaren die in deze notitie aan de orde komen. In deze notitie wordt ook een alternatief voor het bodemrecht voorgesteld, waarbij ook rekening zal worden gehouden met de kosten van afwikkeling van faillissementsboedels (waaronder het salaris van de curator) die onvoldoende middelen bevatten om die kosten te voldoen.

3. Wettelijke systematiek

De Ontvanger incasseert rijksbelastingen ten behoeve van de rijksoverheid, die de belastingopbrengsten vervolgens weer voor de Nederlandse maatschappij inzet. Belastingvorderingen zijn preferent[2]. In afwijking van de hoofdregel – pandrecht gaat boven voorrecht[3] – gaat het voorrecht van de Belastingdienst boven een pandrecht op bodemzaken respectievelijk zekerheidseigendom van derden ten aanzien van bodemzaken[4].
Bodemzaken zijn:

- ingeoogste of nog niet ingeoogste vruchten;
- roerende zaken tot stoffering van een huis of landhoef;
- roerende zaken tot bebouwing of gebruik van het land;

die zich tijdens de in beslagneming op de bodem van de belastingschuldige bevinden.[5]
De uitoefening van het bodemrecht van de Belastingdienst wordt nader bepaald door de Leidraad Invordering 2008. In artikel 22.9 van de Leidraad 2008, zoals deze sinds 1 januari 2020 luidt, is onder het kopje ‘terughoudend beleid bij reële eigendom’ bepaald dat bij de uitoefening van het bodemrecht eigendomsrechten van derden met betrekking tot in beslag genomen zaken zullen worden ontzien, mits sprake is van “reële eigendom”. Onder reële eigendom wordt verstaan de situatie waarin de zaken

[1] In het vervolg van deze notitie zal kortheidshalve verder van “bodemrecht” worden gesproken.
[2] Art. 21 lid 1 Invorderingswet 1990.
[3] zie artikel 3:279 BW.
[4] Art. 21 lid 2 Invorderingswet 1990 jo art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990.
[5] Art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990.

zowel juridisch eigendom zijn van de derde als in economisch opzicht in overwegende mate aan hem toebehoren; daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan operational lease.
Het bodemrecht geldt niet voor alle belastingen, maar wel voor de in de ondernemingspraktijk belangrijkste belastingen, te weten de loonbelasting en de omzetbelasting. Het bodemrecht geldt niet voor vennootschapsbelasting.
In 2013 en 2018 is het bodemrecht versterkt met in de wet opgenomen meldingsplichten voor de pandhouder en voor de belastingschuldige[6] (waarover hierna meer).

4. Relevantie van het bodemrecht in de praktijk

Bodemzaken zijn – kort gezegd – inventariszaken voor zover die kwalificeren als roerende zaken die zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden. Onder “bodem” wordt verstaan het perceel of het gedeelte van een perceel dat bij de belastingschuldige in gebruik is en waarover hij onafhankelijk van anderen de feitelijke beschikking heeft. Het bodembegrip is dus heel ruim.
In de praktijk is het bodemrecht vooral van belang bij bedrijven die over machines beschikken. Dergelijke machines kunnen een substantiële materiële waarde vertegenwoordigen. Kantoor- en winkelinventaris (waaronder computerapparatuur) vertegenwoordigen in het algemeen (ten opzichte van andere activa) slechts een beperkte waarde, hoewel daar uitzonderingen op bestaan (bijvoorbeeld bij een datacenter). Het bodemrecht speelt vooral een belangrijke rol bij kapitaalintensieve bedrijven in de maakindustrie, bij datacenters en in de agrarische sector (met name in de tuinbouw).

5. Rechtvaardiging van het bodemrecht

De overheid meent dat zowel haar fiscale preferentie als het bodemrecht gerechtvaardigd zijn. Daarbij wordt er vaak op gewezen dat de Belastingdienst haar debiteuren niet kan uitkiezen en dat het innen van belastingen een maatschappelijk belang dient. De vergaande bevoegdheid om inbreuk te maken op (eigendoms-)rechten van derden werd oorspronkelijk gerechtvaardigd om misbruik te voorkomen, maar heeft in de loop van de vorige eeuw een ruimer toepassingsgebied gekregen: ook zonder misbruik mag de Belastingdienst daarvan gebruik maken.[7] Opvallend is dat het bodemrecht geen gemeengoed in andere landen is terwijl daar dezelfde belangen een rol spelen.

6. Wetsgeschiedenis

Het bodemrecht van de Belastingdienst bestaat sinds al 1845 toen de voorloper van de huidige Invorderingswet 1990 in werking trad.
De positie van de Belastingdienst is in 2013 versterkt, met name door het invoeren van een meldingsplicht voor de pandhouder en zekerheidseigenaar indien zij over willen gaan tot uitoefening van pand- of eigendomsrechten ten aanzien van bodemzaken[8]. Als gevolg van deze meldingsplicht (en met name de in acht te nemen wachtperiode) kunnen pandhouders in de praktijk tijdelijk hun pandrecht niet uitoefenen. Zij worden dan meestal ingehaald door het faillissement. In faillissement zorgt de wettelijke systematiek[9] ervoor dat de opbrengst van de bodemzaken[10] door de boedel loopt en dat de pandhouder materieel gezien zijn voorrangspositie kwijt is.
Met ingang van 1 januari 2018 geldt er bovendien een meldingsplicht voor de belastingschuldige als de belastingschuldige zelf bodemzaken wenst te verkopen. Op het niet nakomen van de meldingsplichten zijn sancties gesteld[11].

---

[6] Art. 22 bis Invorderingswet 1990.
[7] Zie R. Vriesendorp, “Inst. 2,1,40-41: een dogmatisch-historisch argument voor het fiscale bodemrecht?”, online publication GROM XXVII (2010) en de door hem genoemde rechtspraak HR 5 oktober 1979, NJ 1980, 280; HR 9 januari 1981, NJ 1981, 656; HR 10 april 1987, NJ 1987, 829.
[8] Art. 22bis lid 1 Invorderingswet 1990.
[9] In het bijzonder art. 57 lid 3 Fw. Zie verder hierna.
[10] Uiteraard alleen indien er een door het bodemrecht gedekte belastingschuld is. In verreweg de meeste faillissementen is dat het geval.
[11] Bij het niet voldoen aan de meldingsplicht is de pandhouder op verzoek van de Belastingdienst op grond van artikel 22bis lid 7 Invorderingswet 1990- verplicht een verklaring omtrent de executiewaarde van de bodemzaken af te leggen en die, tot het beloop van de door het bodemrecht gedekte belastingen, aan de Belastingdienst af te dragen ex art 22 bis lid 10 Invorderingswet 1990.

Toen met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 de positie van de Belastingdienst dreigde te veranderen, is het bodemrecht tijdelijk boven het pandrecht gesteld (artikel 21 lid 2 IW 1990). Deze wijziging was van tijdelijke aard omdat de wetgever destijds wilde voorkomen dat het bodemrecht in de huidige vorm werd gehandhaafd, zonder dat er in de eerste jaren na 1992 een grondige herbezinning ten principale met betrekking tot dat recht zou hebben plaatsgevonden. Met die reden is in de zogenaamde "horizonbepaling" vastgelegd dat het bodemrecht in de Tweede Kamer zou worden geëvalueerd[12] en bij gebreke daarvan zou vervallen. Om verval van het bodemrecht te voorkomen is in 1992 wetsvoorstel 22942 ingediend. Dit inmiddels 30 jaar oude wetsvoorstel is het oudste in behandeling zijnde wetsvoorstel. Sinds 1992 is dit wetsvoorstel niet daadwerkelijk in behandeling genomen. Uit een op 18 januari 2021 onder de naam Fiscale verzamelwet 2022 ingediend wetsvoorstel kan worden afgeleid dat het voornemen bestaat tot het laten vervallen van de horizonbepaling om daarna alsnog wetsvoorstel 22942 in te trekken bij de Tweede Kamer.[13] In de toelichting bij de Fiscale verzamelwet 2022 wordt hierover het volgende geschreven:

> *"Voorgesteld wordt nu de horizonbepaling te laten vervallen. Hiermee wordt zeker gesteld dat het bodemrecht niet vervalt bij intrekking van wetsvoorstel 22942. Na het vervallen van de horizonbepaling zal vervolgens worden voorgesteld om wetsvoorstel 22942 in te trekken. Het vervallen van de horizonbepaling betekent overigens niet zonder meer dat het bodemrecht ook in de toekomst in zijn huidige vorm gehandhaafd moet blijven. In dat kader wordt erop gewezen dat het Ministerie van Veiligheid en Justitie en het Ministerie van Financiën ten behoeve van de herijking van het faillissementsrecht onderzoek doen naar alternatieven voor het fiscale bodemrecht."*[14]

Aldus onthoudt de wetgever de maatschappij de beloofde herbezinning over het bodemrecht. In plaats daarvan is het bodemrecht juist uitgebreid en versterkt. In de literatuur wordt geconstateerd dat het huidige bodemrecht onverenigbaar is met de horizonbepaling en in strijd is met artikel I Eerste Protocol EVRM.

7. Bezwaren tegen het bodemrecht

7.1. Belemmering voor de financiering van bodemzaken

Voor 2013 was er in de literatuur al regelmatig kritiek op het bodemrecht van de Belastingdienst[15]. Het bodemrecht van de Belastingdienst is nooit onderworpen aan een uitgebreide herevaluatie en in 2013 zoals gezegd ingrijpend veranderd doordat in de praktijk ontwikkelde – en door de Hoge Raad goedgekeurde – oplossingen door de meldingsplicht niet meer uitvoerbaar waren. Daardoor werd de positie van de Belastingdienst aanzienlijk verstrekt. Tot het moment van de wetswijziging werd de positie van financiers t.o.v. de Belastingdienst nog enigszins beschermd doordat financiers als pandhouder de bodemzaken rechtmatig in vuistpand konden nemen voordat de Belastingdienst bodembeslag had gelegd of de belastingschuldige failleerde. De financier kon bodemzaken in vuistpand nemen door die zaken onder zich te nemen. Door de wetswijziging worden financiers (zoals banken en leasemaatschappijen) verplicht om alle handelingen die het bodemrecht van de Belastingdienst beperken vóóraf aan de Belastingdienst te melden. Het huren van de bodem en het uitwinnen van bestaande pandrechten zijn voorbeelden van beperking van het bodemrecht die op

[12] Zie bijv. Eindrapport MDW-Werkgroep Modernisering Faillissementsrecht, Kamerstukken II 2001-2002, 24036, nr. 238 en T. Kaandorp, De (on)verenigbaarheid van artikel 22bis IW 1990 met de horizonbepaling, FIP 2015/225
[13] Zie A.J. Tekstra, "Het bodemrecht van de fiscus komt (mogelijk) te vervallen. Wat nu?", Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk nr 3, april 2021, p. 13.
[14] Kamerstukken II 2020/21, 35708, nr. 4.
[15] Zie bijvoorbeeld P.A. Stein in *RMThemis* 1995/8 maar ook het advies van de Commissie Insolventierecht opgenomen bij het Voorontwerp Insolventiewet in Geschiedenis van de Faillissementswet Serie Onderneming en Recht. Deel 2-IV, p. 160 e.v. Zie ook A.J. Tekstra, Actualiteiten belastingen, opgenomen in de *Insolad jaarboek 2014*, voor bodemrecht in het bijzonder p. 194 e.v. met verwijzing naar andere schrijvers. Zie voor een rechtsvergelijkend kritiek naar het fiscale voorrecht, E. Dirix in het *Insolad jaarboek 2009*, p. 65 e.v. Zie recentelijk ook heel kritisch over de fiscale voorrang, M.J. Franken, *Het insolventiepassief*, hoofdstuk 8.11.

grond van de nieuwe regeling moeten worden gemeld. De Belastingdienst heeft vervolgens vier weken de tijd om te beslissen of zij bodembeslag wil gaan leggen. In die periode mag de financier haar pandrechten niet uitoefenen. Dit betekent effectief dat herstructurering of uitwinning vertraging kan oplopen en de financier haar onderpand op bodemzaken kwijt kan raken. Hiermee is de waarde van deze vorm van zekerheid op bodemzaken dus in aanzienlijk mate af genomen. Of de financier uiteindelijk nog verhaal kan nemen op de bodemzaken hangt af van de omvang van de fiscale schuld van de klant.
Als gevolg daarvan is de uitwinwaarde van bodemzaken die bezitloos aan banken zijn verpand drastisch afgenomen. Daardoor is ook het uitwinpercentage met betrekking tot bodemzaken (zijnde het percentage van de marktwaarde dat verpande zaken bij uitwinning zullen opleveren) in de modellen van de banken neerwaarts aangepast. Dit heeft gevolgen voor het door banken aan te houden kapitaal. Indirect heeft dit ook gevolgen gehad voor de beschikbaarheid en pricing van kredieten. Uiteindelijk betalen de ondernemingen die afhankelijk zijn van bancaire financiering hiervoor de rekening.
Afschaffing van het bodemrecht zou derhalve kunnen bijdragen aan verbetering van de financierbaarheid van Nederlandse bedrijven in maakindustrie en de agrarische sector, omdat machines dan makkelijker te financieren zijn.

7.2. Maakindustrie en agrarische sector onevenredig geraakt

Zoals gezegd is het bodemrecht is in de praktijk het meest relevant indien de onderneming over machines, inventaris en “ingeoogste of nog niet ingeoogste vruchten” beschikt[16]. De hiervoor besproken voorrangsregels beteken dat de verhaalspositie van de Belastingdienst ten opzichte van pandhouders in de maakindustrie en agrarische sector veel sterker is dan in de dienstensector. Dit is historisch zo gegroeid omdat de Nederlandse economie vroeger voor een belangrijk deel op de agrarisch sector en later de maakindustrie gebaseerd was. Het bodemrecht wordt om deze reden wel “archaïsch” genoemd.
Er is in de huidige tijd echter geen logische reden waarom deze voorrangspositie vooral in de maakindustrie en de agrarische sector zou moeten spelen. In dat opzicht is het bodemrecht “discriminerend”. Het algemene fiscale voorrecht is dat niet en speelt een zelfde rol in alle sectoren van de economie. Dit is een argument om de fiscale voorrangspositie ten aanzien van bodemzaken af te schaffen.

7.3. De regelingen ten aanzien van bodemzaken zijn complex en administratief belastend

Mede door de invoering van de meldingsplichten voor zowel de pandhouders als de ondernemers zelf zijn de regelingen met betrekking tot het bodemrecht erg complex geworden. Deze complexe regels leiden tot extra administratieve lasten voor pandhouders en ondernemers, omdat zij op grond van de wet genoodzaakt zijn om complexe formulieren in te vullen en in te sturen.
De complexe regels met betrekking tot het bodemrecht leiden ook al sinds jaar en dag tot discussie tussen de betrokken stakeholders over wat er precies onder het begrip bodemzaken valt (denk bijvoorbeeld aan showroomartikelen zoals keukens), of zaken roerend of onroerend zijn, wat precies onder “de bodem van de belastingschuldige” valt, over de vraag wat onder “reële eigendom” moet worden verstaan, over de verdeling van de totale opbrengst over bodemzaken en niet-bodemzaken en de hoogte van de belastingschulden die door het bodemrecht worden gedekt.
Op grond van de wet[17] worden deze discussies door de curator namens de Belastingdienst gevoerd. Dit soort discussies leidt tot vertraging in en extra kosten van de afwikkeling van faillissementen. [18]

[16] Art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990.
[17] Op grond van art. 57 lid 3 Fw dient de curator de belangen te behartigen van schuldeisers die in rang boven pand- en hypotheekhouders gaan.
[18] Empirisch onderzoek heeft aangetoond dat de aanwezigheid van hoog gerangschikte voorrechten voor de fiscale autoriteiten, zoals in Nederland het bodemrecht, niet alleen een negatief effect heeft op de recovery rate van banken maar ook resulteert in verlenging van de termijn die nodig is om verhaalsopbrengsten te realiseren (*time to recovery*). Dat blijkt uit een grootschalig onderzoek van de European Banking Authority naar recovery door banken in EU-lidstaten. Zie voor de rapportage van het onderzoek: ‘Report on the benchmarking of national loan enforcement frameworks – Response to the European Commission’s call for advice on

Dergelijke discussies zijn bepaald niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid en evenmin voor de efficiënte afwikkeling van faillissementen. Bovendien belasten die discussies in een aantal gevallen de rechterlijke macht als partijen er niet onderling uitkomen.

7.4. Curator heeft een eigen belang bij het bodemrecht

Een effect van het bodemrecht – dat is versterkt door de invoering van artikel 22bis IW 1990 in 2013 – is dat de curator een eigen belang bij de uitoefening van het bodemrecht en de opbrengsten daarvan voor de faillissementsboedel heeft, omdat de pandhouder verplicht is de opbrengst van bodemzaken bij faillissement aan de boedel af te dragen tot de hoogte van de door bodemrecht gedekte belastingschulden.[19] Bij veel kleine boedels en boedels die onvoldoende middelen bevatten om de boedelschuldeisers te voldoen, zal de opbrengst van bodemzaken daardoor in belangrijke mate in veel gevallen zelfs uitsluitend dienen om het salaris van de curator te dekken. In dat soort gevallen komt de opbrengst van bodemzaken niet terecht bij de Belastingdienst in wiens belang het bodemrecht in de wet is opgenomen. Het financieren van het salaris van de curator is een oneigenlijke aanwending van het bodemrecht waarvoor geen goede rationale is. Met andere woorden: waarom moeten Nederlandse ondernemers in de industriële- en de agrarische sector nadeel ondervinden van het bodemrecht ter financiering van het salaris van curatoren, terwijl ondernemers in andere sectoren of in het buitenland dat nadeel niet hebben?
De oneigenlijke toepassing van het bodemrecht zorgt er voor dat de curator in veel faillissementen waarin bodemzaken zitten een persoonlijk belang heeft bij de opbrengst van bodemzaken. Sommige discussies tussen curatoren en banken zijn daarom terug te voeren op het bodemrecht. Het is merkwaardig dat de curator hier op grond van de wet de belangen van de Belastingdienst behoort te behartigen, terwijl de curator in de praktijk in de meeste gevallen een eigen belang behartigt doordat de opbrengst van de bodemzaken ”door de boedel loopt” en de curator uit de boedel zijn salaris met voorrang boven de Belastingdienst betaald krijgt. De curator krijgt daardoor een eigen belang tegenover de pandhouder om een zo groot mogelijk deel van de verkoopopbrengst te alloceren aan bodemzaken in plaats van aan andere activa.
Uiteraard heeft de curator een gerechtvaardigd belang bij betaling van zijn salaris. Daarvoor dient een passende oplossing te komen; ook in gevallen waarin er geen bodemzaken zijn. De legeboedelproblematiek speelt immers juist in gevallen waarin geen bodemzaken zijn. Het is een vreemde prikkel dat de curator in sommige faillissementen moet proberen zijn salaris te dekken door een discussie over bodemzaken met de pandhouder aan te gaan. Daardoor hangt de discussie over (afschaffing) van het bodemrecht samen met de vraag hoe de lege boedelproblematiek (in die zin dat de boedel onvoldoende middelen bevat om het salaris van de curator te voldoen) zou moeten worden opgelost. Daarvoor zijn in de reactie op het consultatiedocument insolventierecht recentelijk door diverse stakeholders voorstellen gedaan.[20]

7.5. Dogmatische en juridische bezwaren

Zoals gezegd is de wettelijke hoofdregel dat pand en hypotheek boven voorrechten gaan, tenzij de wet anders bepaalt[21]. Op grond van de wet gaan bijvoorbeeld de kosten tot behoud van een goed boven pand en hypotheek. De pand- of hypotheekhouder heeft er belang bij deze kosten worden gemaakt en zal daarom in het algemeen weinig bezwaar hebben tegen deze vorm van voorrang.
Het aantal voorrechten dat boven pand en hypotheek gaat zou beperkt moeten zijn. Dat maakt pand- en hypotheekrechten relatief sterke zekerheidsrechten. Dit is ook noodzakelijk omdat een financier daar op moet kunnen vertrouwen en zo goed mogelijk moet kunnen voorspellen welke dekking aan

---

benchmarking national loan enforcement frameworks (including in solvency frameworks) from a bank creditor perspective’. Het rapport is op 18 november 2020 gepubliceerd op de website van de EBA (www.eba.europe.eu). Op p. 66 van het rapport wordt ingegaan op de invloed die de aanwezigheid van hoog gerangschikte voorrechten voor de fiscale autoriteiten heeft op de duur van het proces om verhaalsopbrengsten te realiseren.

[19] Zie over de onwenselijkheid van belangconflicten bij de curator en de wenselijkheid van een passende vergoeding voor curatoren: M. van Wingerden, H.J. Damkot, ‘Voorstel tot systeemwijziging om belangenconflicten weg te nemen en de faillissementsafwikkeling harmonieuzer, voorspelbaarder en efficiënter te maken’ in: INSOLAD Jaarboek 2022.

[20] Zie https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie/reacties.

[21] Art. 3:279 BW.

deze zekerheden kan worden toegekend. Een hoger vertrouwen in zekerheidsrechten en een grotere voorspelbaarheid van de opbrengst daarvan bevordert economisch gezien de financierbaarheid van het bedrijfsleven.
Het bodemrecht is echter een belangrijke (en voor velen onverwachte) uitzonding op de hiervoor genoemde hoofdregel. Deze uitzondering doet daarom dus juist afbreuk aan het vertrouwen in pand- en hypotheekrechten en is daarom onwenselijk.
Het effect van het bodemrecht is voor pandhouders ook vrijwel niet in te schatten. De waarde van bodemzaken is meestal nog wel vast te stellen, maar pandhouders weten meestal niet wat de omvang is van de fiscale schuld die op bodemzaken verhaald zal worden. Bovendien zijn ook een aantal fiscale schulden in geval van faillissement geheel onvoorspelbaar, zoals de vordering van de Belastingdienst op grond van artikel 29 lid 2 Wet Omzetbelasting. Pandhouders zullen daarom (ook tegenover hun toezichthouders) gehouden zijn de dekkingswaarde van bodemzaken op z'n minst conservatief in te schatten en in veel gevallen zelfs op nihil te stellen.

Vanuit adviesorganen van de overheid is de nodige kritiek geuit op het bodemrecht. De Staatscommissie Insolventierecht (naar haar voorzitter ook wel de Commissie Kortmann genoemd) heeft in haar Voorontwerp Insolventiewet - zoals op 1 november 2007 aan de minister van Justitie aangeboden - als oordeel uitgesproken dat het bodemrecht dient te worden afgeschaft. Volgens de commissie vormt het een te ernstige inbreuk op rechten van derden, zonder voldoende rechtvaardiging. De Raad van State constateerde t.a.v. de invoering van artikel 22bis IW:

> *"Met de maatregel wordt het bodem(voor)recht van de Belastingdienst aanmerkelijk versterkt ten koste van bijvoorbeeld het pandrecht, eigendomsvoorbehoud, huurkoop en leasing. Het gaat om een maatregel die ingrijpend is, niet alleen voor het MKB maar ook voor het grotere bedrijfsleven. Het gevolg van de voorgestelde wijziging is dat de thans gebruikelijke voorbehouden en zekerheden vrijwel illusoir worden".*

Het bodemrecht vormt bovendien een inbreuk op eigendomsrechten. Het bodemrecht wordt in de literatuur aangemerkt als strijdig met artikel I Eerste Protocol EVRM. Prof. Snijders[22] vraagt zich - mede op grond van de ratio van de horizonbepaling - af of het bodemrecht, zoals het zich na het in 1995 gewezen arrest Gasus/Nederland van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) heeft ontwikkeld, thans nog wel stand zou houden in Straatsburg indien een hernieuwde toetsing aan artikel 1 Eerste Protocol EVRM (right of property) zou plaatsvinden. In het arrest Gasus/Nederland werd de inbreuk op het eigendomsrecht door het toen al zeer omstreden bodemrecht nog gerechtvaardigd geacht ter verzekering van de betaling van belastingen, zij het met inachtneming van de eis van proportionaliteit. Volgens Snijders is het zeer twijfelachtig of die proportionaliteit thans nog valt aan te nemen. Snijders merkt op dat – hangende wetsvoorstel 22 942 – het bodemrecht steeds verder wordt uitgebreid. Hij wijst in dit verband onder meer op de invoering van artikel 22bis IW 1990, dat de uitoefening van goederenrechtelijke rechten buitengewoon moeilijk zo niet bezwaarlijk maakt. Al met al is het volgens hem zeer de vraag of het bodemrecht nog wel aan de proportionaliteitseis van het EHRM voldoet. Het zou de wetgever sieren het niet op een tweede toets in Straatsburg aan te laten komen, aldus Snijders.

7.6. Bodemrecht beantwoordt niet aan het doel

Het bodemrecht zou moeten leiden tot een grotere opbrengst voor de schatkist. Of dit doel gerealiseerd wordt, kan ernstig worden betwijfeld. Voor zover bekend zijn er geen recente cijfers die duidelijk maken wat het bodemrecht van jaar tot jaar voor de overheid opbrengt. Gezien het feit dat de opbrengst van bodemzaken door de boedel loopt, wordt die opbrengst in veel gevallen gebruikt om de kosten van afwikkeling van het faillissement te voldoen. Bovendien fluctueert het aantal faillissementen van jaar tot jaar. Ook is er sinds de invoering van de meldingsplicht een tendens dat bodemzaken minder vaak bancair worden gefinancierd en steeds vaker onderwerp zijn van een operationele lease

[22] Zie H.J. Snijders in zijn noot onder 3. bij HR 9 november 2012, NJ 2013/510 (ABN AMRO Lease/Ontvanger). Zie ook: S.F. van Immerseel en F.W. Linders in Het bodem(voor)recht om zeep geholpen, WFR 2013/36 en B. Hoops, E.J. Marais, Werpt het bodemrecht het net te ver uit?, WPNR 2015(7079), p. 864-872.

of huur. Daarenboven is de tendens dat ondernemingen meer actief zijn in de dienstensector en minder in de agrarische sector en industrie, zodat er minder vaak sprake is van bodemzaken. De opbrengst van bodemzaken was voor de overheid reeds onvoorspelbaar en neemt als gevolg van voornoemde tendensen steeds verder af. Betrouwbare cijfers omtrent de daadwerklelijke opbrengst van bodemzaken zijn niet openbaar en kennelijk ook bij de Belastingdienst niet bekend. Het is dan ook moeilijk voor te stellen dat de overheid haar budgettaire beleid op haar verhaalspositie ten aanzien van bodemzaken zou kunnen baseren.

7.7. Internationale context

Het Nederlandse bodemrecht van de Belastingdienst is voor zover bekend uniek in Europa en wellicht zelfs in de wereld. Voor zover bekend zijn er geen andere Europese landen die het bodemrecht of een variant daarop kennen. Buitenlandse financiers die in de Nederlandse markt actief zijn, zijn daarom niet bedacht op de rangwisseling tussen pandhouder en de Belastingdienst ten aanzien van bodemzaken, omdat dit geen “common practice” is. Dit maakt Nederland minder aantrekkelijk voor buitenlandse financiers. Dit staat op gespannen voet staat met het Europese streven naar een level playing field voor bancaire financieringen en de kapitaalmarktunie.

7.8. Diverse auteurs en stakeholders vóór afschaffen bodemrecht

Zoals gezegd is het bodemrecht al tientallen jaren onderwerp van kritiek en discussie in de literatuur. Veel auteurs (waaronder de hiervoor genoemde auteurs) hebben gepleit voor afschaffing van het bodemrecht.

Ook uit de recente reacties op het consultatiedocument Insolventierecht blijkt dat diverse stakeholders hebben gepleit voor afschaffing van het bodemrecht. Genoemd kunnen worden: NOVA, NVB, NVL, Insolad heeft zich in het verleden ook voor afschaffing van het bodemrecht uitgesproken. Daarnaast hebben advocatenkantoren zoals Linklaters en Windt Legrand Leeuwenburgh in hun consultatiereactie gepleit voor afschaffing van het bodemrecht.[23]

8. Alternatieven voor het bodemrecht

De analyse van prof. Snijders maakt duidelijk dat de inbreuk die het bodemrecht maakt op eigendoms- en zekerheidsrechten niet proportioneel is en dat het bodemrecht daardoor niet meer gerechtvaardigd is. p basis van een kosten/baten analyse ligt het daarom voor de hand het bodemrecht simpelweg af te schaffen.
Indien er zonder alternatief onvoldoende draagvlak bestaat om het bodemrecht af te schaffen kan er gekeken worden naar een passend alternatief voor het bodemrecht. Een alternatief voor het bodemrecht dient uiteraard de hiervoor voormelde bezwaren te ondervangen.

Alternatief
Een alternatief voor het bodemrecht is een rechtstreekse afdracht door de pandhouder van een deel van de verhaalsopbrengst van roerende zaken aan de Belastingdienst. Een variant hierop is een deel van de netto opbrengst van zogenoemde “bedrijfgebonden activa” wordt afgedragen. In beide gevallen is de basis waarover wordt afgedragen een stuk ruimer dan wanneer het zou gaan om “bodemzaken die zich op de bodem van de belastingschuldige” bevinden. Daarom kan de afdracht gelijk zijn aan een bescheiden (in de wet of een AMVB) vast te leggen percentage. De pandhouder dient het percentage van de netto-verkoopopbrengst van de verpande roerende zaken of van de bedrijfsgebonden activa rechtstreeks afdragen aan de Belastingdienst tot maximaal het bedrag van verschuldigde loon- en/of omzetbelasting, ongeacht de vraag of het pandrecht in of buiten faillissement zou worden uitgeoefend. Tegenover deze afdrachtplicht van de pandhouder dient het bodemrecht (met alle bijzondere wettelijke en beleidsregels) te worden afgeschaft.

[23] Zie ook schrijvers opgenomen in noot 13.

Toelichting
Dit voorstel heeft een aantal voordelen ten opzichte van de huidige regels omtrent het bodemrecht:

- De financier weet vooraf waar hij aan toe is en kan voor de kapitaaleisen hiermee rekening houden.
- Een eenvoudiger systeem geeft efficiency voordelen bij met name de Belastingdienst, maar ook bij banken en andere stakeholders. Het leidt tot minder discussies, afwegingen, procedures, etc. en bespaart dus tijd, mankracht en kosten. Discussies over de vraag welke zaken als “bodemzaken” kwalificeren behoren tot het verleden, alsmede discussies over de vraag of een bepaald terrein of object kwalificeert als “bodem van de belastingplichtige”.
- De Belastingdienst ontvangt zijn uitkering niet via de boedel doch rechtstreeks. Er wordt aldus meer recht gedaan aan het voorrecht dat de Belastingdienst zou moeten toekomen. Dit maakt de opbrengst voor de Belastingdienst zekerder en beter voorspelbaar.
- De Belastingdienst zal de uitkering meteen na verkoop van de betreffende zaken ontvangen, omdat hij niet hoeft te wachten totdat het faillissement is afgewikkeld of een tussentijdse uitkering kan worden gedaan.
- Voor de Belastingdienst bestemde verhaalsopbrengsten worden niet langer aangewend voor betaling van algemene faillissementskosten

Keerzijde is dat de Belastingdienst niet langer een bijdrage levert aan betaling van het salaris van curatoren door afdracht van de opbrengst van bodemzaken aan de boedel. Het alternatief zal in eerste instantie het probleem van de betaling van het salaris van curatoren dus vergroten. Toch is naar de mening van NVB een rechtstreekse afdracht aan de Belastingdienst zuiverder. Het probleem van het ontbreken van middelen om in alle gevallen het salaris van de curator te betalen zal door (een combinatie van) andere maatregelen moeten worden opgelost. In plaats van die middelen via een niet inzichtelijk systeem op oneigenlijke wijze ter beschikking te stellen, zou de overheid daar op andere wijze een bijdrage aan dienen leveren. De overheid heeft ten slotte ook een eigen belang bij de deugdelijke afwikkeling van faillissementen. Ook maatschappelijke belangen kunnen hierbij een rol spelen.[24]

Het percentage dat de pandhouder aan de Belastingdienst moet afdragen, moet in de Faillissementswet en niet in een belastingwet worden opgenomen. Aldus wordt voorkomen dat het percentage jaarlijks kan worden aangepast. Wijziging van het percentage doet afbreuk aan de voorspelbaarheid van de opbrengst van een pandrecht op roerende zaken. Die zekerheid is van belang, onder meer voor de prijsstelling van bancaire financiering en voor de modellen die met name bancaire financiers hanteren.

De curator kan controle uit op de uitvoering van deze afdrachtregeling uitoefenen. Dat past bij zijn taken in het faillissement. De pandhouder is als separatist bovendien toch al verplicht de executieopbrengst van de verpande zaken aan de curator te verantwoorden. Verder zal in de praktijk de curator vaak (juridisch gezien) de verkoper zijn van aan de bank verpande roerende zaken en daarom inzicht hebben in de opbrengst van bodemzaken en de Belastingdienst daarover kunnen informeren.

Leasemaatschappijen hebben thans ook met het bodemrecht te maken voor zover zij het niet de reële eigendom[25] hebben maar een vorm van zekerheidseigendom of pandrecht hebben. Het heeft in beginsel de voorkeur wanneer alle financiers van roerende zaken c.q. bedrijfsgebonden activa gelijk worden behandeld om zo een “level playing field” voor alle financiers ten aanzien van de Belastingdienst te creëren. Dat betekent dat ook leveranciers met een eigendomsvoorbehoud en leasemaatschappijen (in geval van een financial lease) een verplichting tot afdracht van een percentage van de netto opbrengst van de gefinancierde roerende objecten zouden moeten krijgen.

[24] Zie over een passende vergoeding voor curatoren: M. van Wingerden, H.J. Damkot, ‘Voorstel tot systeemwijziging om belangenconflicten weg te nemen en de faillissementsafwikkeling harmonieuzer, voorspelbaarder en efficiënter te maken’ in: INSOLAD Jaarboek 2022.
[25] Zie de hiervoor geldende leaseregeling https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2019-66228.html

Gezien hun bijzondere positie als objectfinancier hoeft dit percentage echter niet gelijk te zijn aan het afdrachtpercentage dat voor andere financiers zou moeten gelden. In het verleden is ook met deze positie rekening gehouden en zijn er separate regelingen voor leasemaatschappijen getroffen met het oog op de financierbaarheid van het MKB.