



Ministerie van Financiën

<i>Datum</i>	9 december 2024	<i>Contactpersoon</i>	mr. dr. R.C.P. (Ruben) van Uden
<i>Onderwerp</i>	Consultatie Herijking fiscale bodem(voor)recht	<i>E-mailadres</i>	r.c.p.van.uden@law.leidenuniv.nl

Geachte heer, mevrouw

Graag maak ik van de gelegenheid gebruik te reageren op de consultatie Herijking fiscale bodem(voor)recht. In deze reactie baseer ik mij primair op de bevindingen uit mijn recent voltooide promotieonderzoek, getiteld 'Voorrang bij verhaal. Rechtvaardigingen en verklaringen', waarin de fiscale verhaalspositie in faillissementen een belangrijke plaats inneemt.¹

1. Ter inleiding

Graag start ik met het uitspreken van mijn waardering voor het feit dat uw ministerie de herwaardering van de fiscale verhaalspositie ter hand heeft genomen, en dat stakeholders in een vroeg stadium van het herwaarderingsproces in de besluitvorming worden betrokken.

Met deze herwaardering pakt u in feite de handschoen op die in 1994 na het eindverslag van de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer inzake wetsvoorstel 22 942 is neergelegd. De herwaardering in dat wetsvoorstel is terug te voeren tot 1958, in welk jaar de vaste commissie voor Privaat- en Strafrecht zich in het kader van de hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek (BW) negatief uitsprak over het ontbreken van een reflectie op de destijds al 'al te zeer verschoven' verhouding tussen de Belastingdienst en de andere preferente schuldeisers in het preferentiestelsel. Dit was aanleiding voor de installatie van de 'Commissie bevoorrechting van vorderingen' (de zogenoemde commissie-Houwing), die met haar rapport (1974) de eerste stappen in de herwaardering heeft gezet die uiteindelijk de basis vormden voor de voorgestelde wijzigingen in wetsvoorstel 22 942. In deze herwaardering werd niet alleen het bodemrecht (en later ook het bodemvoorrecht) betrokken, maar ook de rang van het algemene fiscale voorrecht dat de Belastingdienst heeft op alle goederen van belastingschuldigen ex artikel 21 lid 1 jo. lid 2, eerste zin, IW 1990. Gelet op deze geschiedenis permitteer ik mij de vrijheid om ook dit voorrecht in mijn reactie te betrekken.

¹ R.C.P. van Uden, *Voorrang bij verhaal. Rechtvaardigingen en verklaringen* (diss. Leiden; Recht en Praktijk nr. InsR22), Deventer: Wolters Kluwer 2024.



2. Herwaardering van de fiscale verhaalspositie

Aan de basis van de keuze voor een bepaalde beleidsrichting inzake de herijking van de fiscale verhaalspositie ligt mijns inziens de vraag in hoeverre deze verhaalspositie (nog) gerechtvaardigd is. In het consultatiedocument wordt gesteld en onderbouwd dat de huidige sterke fiscale verhaalspositie volgens het kabinet inderdaad gerechtvaardigd is en dat daarom doorontwikkeling van deze verhaalspositie (via beleidsrichting 1 of 2) in de rede ligt. Op deze onderbouwing is evenwel het een en ander af te dingen, met als gevolg dat zij mijns inziens onvoldoende dragend is om de bestaande sterke fiscale verhaalspositie te kunnen continueren. Ik licht dit hieronder toe.

In de eerste plaats is een deel van de genoemde argumenten onvoldoende onderscheidend om specifiek de Belastingdienst als schuldeiser qua verhaalspositie boven de andere schuldeisers te laten uitstijgen. Het argument dat de Belastingdienst niet zijn eigen schuldeisers kan uitkiezen geldt bijvoorbeeld ook voor andere onvrijwillige schuldeisers, zoals de benadeelden van een door de belastingschuldige gepleegde onrechtmatige daad. Zij zijn tegen wil en dank schuldeiser geworden, maar deze omstandigheid levert hen geen bevoorrechte verhaalspositie op.² Ook het argument dat de Belastingdienst vooraf geen zekerheid kan bedingen geldt evengoed voor de gehele groep onvrijwillige schuldeisers, en geldt bovendien ook voor vele (mkb-)ondernemingen die zaken doen met de belastingschuldige. Slechts de leveranciers van (roerende) zaken zullen gebruik kunnen maken van juridische instrumenten zoals het eigendomsvoorbehoud, het recht van reclame en het retentierecht. Andere schuldeisers, dienstverleners in het bijzonder, hebben deze mogelijkheden niet en de theoretische mogelijkheid om stille pandrechten te verkrijgen op de goederen van de belastingschuldige is in de praktijk een utopie, zeker in het mkb. Professionele financiers staan dit in de regel niet toe, via 'negative pledge'-clausules in hun algemene kredietvoorwaarden die het (nogmaals) in zekerheid geven van de goederen van hun kredietnemers verbieden.³ Het argument dat de overheid met voldoende zekerheid op de inkomsten uit geheven belastingen moet kunnen rekenen geldt voorts evengoed voor alle andere schuldeisers. In feite is iedere entiteit voor haar voortbestaan afhankelijk van de voldoening van haar openstaande vorderingen, en dit argument geldt des te sterker naarmate de betreffende entiteit kleiner is.

Ten tweede wordt met deze argumenten miskend dat de Belastingdienst ook zonder het algemene fiscale voorrecht, bodemvoorrecht en bodemrecht al een sterke verhaalspositie inneemt ten opzichte van de gemiddelde andere schuldeiser. In het oog springen de verschaffing van een executoriale titel door uitvaardiging van een dwangbevel en de vele hoofdelijke aansprakelijkheden in de IW 1990 (o.a. van bestuurders van rechtspersonen ex art. 36 IW 1990). Dat vereist naar mijn opvatting zwaardere argumenten om daarbovenop ook voorrang bij verhaal te kunnen rechtvaardigen.

Van belang is verder, ten derde, dat in het kader van de hercodificatie van het BW diverse voorrechten van private schuldeisers zijn afgeschaft met het argument dat de ratio achter het desbetreffende voorrecht onvoldoende onderscheidend was of onvoldoende krachtig was voor het behoud van voorrang bij verhaal. Dat had tot gevolg dat met de invoering van het Nieuw BW in 1992 de spreekwoordelijke bezem is gehaald door de privaatrechtelijke voorrechten, zonder dat ook de publiekrechtelijke voorrechten zijn herijkt.

² Hooguit hebben zij een voorrecht op de vordering van de belastingschuldige op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar ter uitkering van de verschuldigde schadevergoeding ex art. 3:287 BW, mits de belastingschuldige hiervoor inderdaad was verzekerd.

³ Zie hierover bijv. W.H. van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2023, par. 37.2.



Die herijking werd immers doorgeschoven naar wetsvoorstel 22 942. Dat maakt dat de bestaande verhouding tussen de Belastingdienst en de private schuldeisers geenszins een gegeven mag zijn. Het preferentiestelsel is in feite in 1992 verder in onbalans geraakt, in afwachting van het moment dat de argumenten voor de fiscale verhaalspositie zijn gewogen en vervolgens aan de hand daarvan de plaats van deze verhaalspositie in de rangorde bij verhaal opnieuw wordt bepaald.

Het enige wel krachtige argument voor fiscale voorrang is in mijn ogen, ten vierde, dat zij ruimte biedt voor een soepeler invorderingsbeleid, maar dit argument alleen acht ik – mede vanwege de krachtige invorderingsmiddelen die de Belastingdienst al ten dienste staan – van onvoldoende gewicht om de Belastingdienst via het algemene fiscale voorrecht, bodemvoorrecht én bodemrecht te rangschikken boven nagenoeg alle andere private schuldeisers. Zo valt niet in te zien waarom dit belang zwaarder weegt dan het belang van de onbetaalde kleine aannemer in de zin van artikel 3:285 BW of de appartementseigenaren uit artikel 3:286 BW.

3. Toegepast op de drie beleidsrichtingen

Het voorgaande toepassend op de drie beleidsrichtingen, dan dwingt dat tot het kiezen voor beleidsrichting 3: het afschaffen van het bodemvoorrecht en het bodemrecht. Deze sterke verhaalsrechten laten zich niet rechtvaardigen in hun onderlinge verhouding tot de verhaalsrechten van andere, lager gerangschikte schuldeisers. Beleidsrichtingen 1 en 2, die uitgaan van behoud en zelfs uitbreiding van de verhaalspositie van de Belastingdienst, staan hier immers haaks op.⁴

Het voorgaande dwingt tevens tot het herzien van de rang van het algemene fiscale voorrecht. Ook voor wat betreft dit voorrecht is superpreferentie (boven nagenoeg alle andere voorrechten) niet te rechtvaardigen. Het achterliggende belang, met name het faciliteren van soepele invordering, is niet krachtiger dan het doorsnee belang achter de andere voorrechten. Dat pleit ervoor om dit voorrecht een plaats te geven in titel 3.10 BW, gelijkwaardiger aan de andere algemene voorrechten die zijn opgenomen in artikel 3:288 BW. Het verdient hierbij aanbeveling om tevens de aanbeveling van de commissie-Houwing (tevens voorgesteld in wetsvoorstel 22 942) tot onderlinge pariteit van de algemene voorrechten (de kosten van de faillissementsaanvraag uitgezonderd) in overweging te nemen. De motieven voor deze voorrechten lopen namelijk dermate uiteen dat een onderlinge weging van de achterliggende belangen per definitie arbitrair is. Dat zou het algemene fiscale voorrecht een rang geven die gelijk is aan de andere algemene voorrechten.

4. Beleidsrichting 3 leidt tot herverdelingsvraag

De afschaffing van het fiscale bodemvoorrecht en bodemrecht conform beleidsrichting 3 leidt tot een herverdelingsvraag. Welke schuldeisers dienen van deze afschaffing te profiteren? Indien deze vraag *niet* wordt gesteld, dan profiteren de zekerheidsgerechtigden, die bij verhaal op bodemzaken op de bodem van de belastingschuldige de Belastingdienst niet meer boven zich te duchten hebben. Dit betekent onder meer dat het legeboedelprobleem wordt vergroot doordat meer uitwinningsopbrengsten (de opbrengsten uit stil verpande bodemzaken) buiten

⁴ Hierbij dient bovendien de kanttekening te worden geplaatst dat de in beleidsrichting 2 voorgestelde positie van de Belastingdienst (uitkering via de pandhouder, buiten het faillissement van de belastingschuldige om) in strijd is met het stelsel van de Faillissementswet. Slechts de in art. 182 Fw genoemde schuldeisers kunnen zich buiten het faillissement om op goederen van de gefailleerde verhalen. Voor de toevoeging van de Belastingdienst hieraan is geen overtuigende rechtvaardiging aan te wijzen.



de boedel vallen. Dit laatste acht ik niet wenselijk, en voorts zie ik geen rechtvaardiging voor een verdere versterking van de verhaalspositie van de zekerheidsgerechtigden. Het ligt meer voor de hand om, gelet op de lage uitkeringspercentages in faillissementen, de lager gerangschikte ongesecureerde schuldeisers te laten profiteren. Dat vereist het behoud van voorrang boven de zekerheidsgerechtigden, maar dan op een andere wijze vormgegeven.

5. Alternatieve verdelingssystematiek: fixed fraction priority

Het voorgaande is te realiseren door de invoering van partiële voorrang (*fixed fraction priority*) boven de zekerheidsgerechtigden op alle goederen met tot zekerheid strekkende aanspraken, die de schuldenaar onder zich heeft.⁵ Vanuit rechtseconomisch oogpunt verdient het hierbij aanbeveling om deze partiële voorrang te fixeren op een vast percentage van de uitwinningsopbrengst (een *fixed fraction*) ter grootte van het bedrag dat – naar Brits model – zekerheidsgerechtigden nu gemiddeld via de curator aan de fiscus dienen af te dragen.⁶ Dit biedt deze zekerheidsgerechtigden meer zekerheid dan nu het geval is: zij weten dan bij voorbaat met meer zekerheid op welke opbrengst zij kunnen rekenen dan dat zij nu ten aanzien van bodemzaken op de bodem van de belastingschuldige kunnen inschatten. Deze afdracht dient dan via de bestaande rangorderegels te worden verdeeld, zodat zij in de eerste plaats ten goede komt aan de schuldeisers met een bijzonder of algemeen voorrecht (inclusief de Belastingdienst, dan paritair delend met de andere algemene voorrechten). Bij faillissement van de schuldenaar betekent dat tevens dat over deze afdracht eerst een evenredig deel van algemene faillissementskosten wordt omgeslagen ex artikel 182 lid 1 Fw. In dit opzicht wordt met dit voorstel het legeboedelprobleem dus niet verder vergroot.

6. Fiscale bevoegdheid tot aanvragen faillissement zonder steunvordering?

Het voorstel in het consultatiedocument om bij beleidsrichting 3 de Belastingdienst de mogelijkheid te geven om zonder steunvordering het faillissement van de belastingschuldige aan te vragen, acht ik geen goed idee. Ik verwijs in dit verband naar het onderzoek van het CPB en ECORYS-NEI inzake de gevolgen van afschaffing van het fiscale bodemvoorrecht en bodemrecht (2004). In de aanname dat deze afschaffing leidt tot een strenger invorderingsbeleid, wordt in dit onderzoek namelijk een welvaartsverlies voorzien met betrekking tot mkb-ondernemingen in de vorm van onnodige faillissementen van in de kern levensvatbare ondernemingen met tijdelijke financiële problemen.⁷ Indien de bevoegdheid van de Belastingdienst om het faillissement van een belastingschuldige aan te vragen vervolgens wordt versoepeld, ligt het in de rede dat dit negatieve welvaartseffect alleen maar groter wordt. Dat maakt het vanuit rechtseconomisch oogpunt een onwenselijk voorstel. Voorts valt niet goed in te zien waarom de Belastingdienst deze extra bevoegdheid nodig heeft, aangezien hij – ik verwijs terug naar par. 2 – al over een uitgebreid palet aan invorderingsmiddelen kan beschikken, zeker in verhouding tot vele andere schuldeisers.

⁵ Zie hierover nader Van Uden, *Vorrang bij verhaal (R&P nr. InsR22) 2024/5.4.2-5.4.4*.

⁶ Om ontwijking van deze partiële voorrang via oversecuring tegen te gaan verdient het daarbij aanbeveling om de afdracht te berekenen als percentage van de gesecureerde vordering indien die vordering lager is dan de uitwinningsopbrengst. Deze afdracht dient dan tevens te worden vermeerderd met het verschil tussen die vordering en de uitwinningsopbrengst om het oversecureringsrisico volledig af te dekken. Zie nader Van Uden, *Vorrang bij verhaal (R&P nr. InsR22) 2024/5.4.4*.

⁷ CPB & ECORYS-NEI, *Afschaffen of niet? Analyse van fiscale verhaalsrechten bij faillissementen* (CPB-rapport nr. 53 van februari 2004 aan het Ministerie van Economische Zaken), Den Haag: CPB 2004, p. 26.



Blad 5/5

7. Tot besluit

Zoals uit het voorgaande volgt, gebaseerd op de bevindingen uit mijn promotieonderzoek, vergt de keuze voor een bepaalde beleidsrichting in de eerste plaats een herwaardering van de gehele fiscale verhaalspositie, inclusief (de rang van) het algemene fiscale voorrecht. In mijn opvatting dwingt deze herwaardering tot het kiezen voor beleidsrichting 3, waarbij de afschaffing van het fiscale bodemvoorrecht en bodemrecht gepaard dient te gaan met *i*) rangverlaging van het algemene fiscale voorrecht en *ii*) invoering van *fixed fraction priority* ten laste van de zekerheidsgerechtigden en ten bate van de overige schuldeisers. Het tevens creëren van een fiscale bevoegdheid tot het aanvragen van faillissement zonder steunvordering acht ik daarbij onwenselijk.

Hoogachtend,

mr. dr. R.C.P. (Ruben) van Uden
Universitair docent Civiel recht