

# It’s a waiting game

# De mededelingsplicht uit art. 22bis Invorderingswet 1990 nader bekeken.


## Janneke van Slobbe

## Roosendaal, mei 2013

# It’s a waiting game

# De mededelingsplicht uit art. 22bis Invorderingswet 1990 nader bekeken.

## Auteur: Janneke van SlobbeStudentnummer: 2032916Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-FontysDatum: mei, 2013Afstudeerorganisatie: Haans AdvocatenAfstudeerdocente: Jenny Pop

**Voorwoord**

Voor u ligt mijn afstudeerscriptie voor de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Het is de afsluiting van vier jaar hard werken en in die tijd heb ik ontzettend veel geleerd. Gedurende mijn derde jaar ben ik tot de conclusie gekomen dat mijn passie op het gebied van insolventierecht ligt. Ik ben dan ook zeer dankbaar dat ik bij Haans Advocaten de gelegenheid heb gekregen om een onderzoek uit te voeren wat verband houdt met het insolventierecht. In mijn tijd bij Haans heb ik veel meegekregen van de advocatuur en de faillissementspraktijk.

Gedurende mijn onderzoek ben ik steeds dieper het bodem(voor)recht ingedoken, het is een onderwerp waar ik nog veel meer over zou kunnen uitweiden/schrijven. Het is een onderwerp waar nog veel meer over te schrijven valt dan wat u in dit rapport zal lezen. Ik heb gedurende mijn onderzoek, met het oog op de tijd en ruimte, helaas enkele facetten moeten laten varen die ik graag verder had uitgezocht. Bovendien is het helaas niet gelukt om enkele relevante partijen aan het woord te krijgen over de wetswijziging die ik onderzocht heb. Tijdens het schrijven van mijn scriptie heb ik gemerkt dat de wetswijziging nog heel vers is, en de tijd zal moeten uitwijzen hoe het in de praktijk daadwerkelijk gaat uitpakken. Er zijn nog weinig concrete casussen die met deze wetswijziging te maken hebben gehad.

Graag wil ik mijn stagebegeleider Joost Willemen bedanken voor de vele tips die ik heb gekregen voor wat betreft de invulling van dit onderzoek. Daarnaast wil ik Ivo Stolting en Vincent Veldhuis bedanken omdat ze altijd bereid waren mijn vragen te beantwoorden en mee te denken. Voorts dien ik ook Jeroen Bolweg te bedanken van Troostwijk Waardering en Advies B.V. De heer Bolweg heeft mij gedurende onze afspraak een helder inzicht gegeven in het gebruik van zekerheidsrechten in de praktijk zowel voor als na de wetswijziging. Daarnaast bedank ik ook Rolf Verhoeven en Alexander van Sonsbeeck van ABN Amro N.V. voor het bieden van een blik in de praktijk van een bank met betrekking tot het bodem(voor)recht en de wetswijziging.

Op persoonlijke noot bedank ik Maartje van de Meij die met haar nimmer aflatende positieve feedback een grote rol heeft gespeeld in het voltooien van mijn scriptie. Zonder jou had deze scriptie niet zijn volle potentieel bereikt.

Ik hoop dat u met plezier en belangstelling dit onderzoeksrapport zal lezen.

Met vriendelijke groet,
Janneke van Slobbe

Mei, 2013

**Inhoudsopgave**

[Samenvatting 6](#_Toc357408392)

[Hoofdstuk 1: Inleiding 7](#_Toc357408393)

[Hoofdstuk 2: Wat is bodem(voor)recht? 8](#_Toc357408394)

[§ 2.1. Bodemvoorrecht 8](#_Toc357408395)

[§ 2.2. Bodemrecht 8](#_Toc357408396)

[§ 2. 3. Goederen van een derde 8](#_Toc357408397)

[§ 2.4. Reëel eigendom 9](#_Toc357408398)

[§ 2.5. Bodem 9](#_Toc357408399)

[§ 2.5. Bodem 10](#_Toc357408400)

[§ 2.6. Bodemzaken 10](#_Toc357408401)

[Conclusie 11](#_Toc357408402)

[Hoofdstuk 3: Toevoeging mededelingsplicht bodem(voor)recht 13](#_Toc357408403)

[§ 3.1. Art. 22bis Invorderingswet 1990 13](#_Toc357408404)

[§ 3.1.1. Mededelingsplicht 13](#_Toc357408405)

[§ 3.1.2. Uitzonderingen 13](#_Toc357408406)

[§ 3.1.3. Nuanceringen op de uitzonderingsposities 15](#_Toc357408407)

[§ 3.1.4. Procedure 15](#_Toc357408408)

[§ 3.1.5. Naleving verzuimen 16](#_Toc357408409)

[§ 3.1.6. Afkoelingsperiode 17](#_Toc357408410)

[§ 3.2. Motivatie van de formele wetgever 17](#_Toc357408411)

[§ 3.3. Aankomende ontwikkelingen 18](#_Toc357408412)

[§ 3.3.1. Elektronische mededeling 18](#_Toc357408413)

[§ 3.3.2. Drempelbedrag verlaagd 19](#_Toc357408414)

[§ 3.4. Conclusie 19](#_Toc357408415)

[Hoofdstuk 4: Zekerheidsrechten 20](#_Toc357408416)

[§ 4.1. Pand- en hypotheek recht 20](#_Toc357408417)

[§ 4.1.1.Wettelijke regeling 20](#_Toc357408418)

[§ 4.1.2.Vestiging 20](#_Toc357408419)

[§ 4.1.3. Effectuering 20](#_Toc357408420)

[§ 4.1.4. Invloed bodem(voor)recht 21](#_Toc357408421)

[§ 4.1.5. Invloed 22bis IW 1990 21](#_Toc357408422)

[§ 4.2. Eigendomsvoorbehoud 21](#_Toc357408423)

[§ 4.2.1. Wettelijke regeling 21](#_Toc357408424)

[§ 4.2.2. Vestiging 21](#_Toc357408425)

[§ 4.2.3. Effectuering 21](#_Toc357408426)

[§ 4.2.4. Invloed bodem(voor)recht 22](#_Toc357408427)

[§ 4.2.5. Invloed 22bis IW 1990 22](#_Toc357408428)

[§ 4.3. Lease 22](#_Toc357408429)

[§ 4.3.1. Wettelijke regeling 22](#_Toc357408430)

[§ 4.3.2. Vestiging 22](#_Toc357408431)

[§ 4.3.3. Effectuering 23](#_Toc357408432)

[§ 4.3.4. Invloed bodem(voor)recht 23](#_Toc357408433)

[§ 4.3.4. Invloed 22bis IW 1990 23](#_Toc357408434)

[Hoofdstuk 5: Visies van hoofdrolspelers 24](#_Toc357408435)

[§ 5.1. Nederlandse vereniging van insolventieadvocaten 24](#_Toc357408436)

[§ 5.2. Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen 25](#_Toc357408437)

[§ 5.3. Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties 26](#_Toc357408438)

[§ 5.4. Troostwijk Waardering en Advies 27](#_Toc357408439)

[§ 5.5. ABN Amro 28](#_Toc357408440)

[Hoofdstuk 6: Omgangswijzen met bedongen zekerheidsrechten 31](#_Toc357408441)

[§ 6.1. Wegvoeren van nog niet beslagen bodemzaken 31](#_Toc357408442)

[§ 6.1.1. Relatie tot bodem(voor)recht 31](#_Toc357408443)

[§ 6.1.2. Toepasbaar onder 22bis IW 1990 31](#_Toc357408444)

[§ 6.1.3. Veranderd gebruik praktijk na 22bis IW 1990 31](#_Toc357408445)

[§ 6.2. Toepassing bodemverhuurmethode 31](#_Toc357408446)

[§ 6.2.1. Relatie tot bodem(voor)recht 31](#_Toc357408447)

[§ 6.2.2. Toepasbaar onder 22bis IW 1990 32](#_Toc357408448)

[§ 6.2.3. Veranderd gebruik praktijk na 22bis IW 1990 32](#_Toc357408449)

[§ 6.3. Afstand doen van zekerheidsrechten 32](#_Toc357408450)

[§ 6.3.1. Relatie tot bodem(voor)recht 32](#_Toc357408451)

[§ 6.3.2. Toepasbaar onder 22bis IW 1990 33](#_Toc357408452)

[§ 6.3.3. Veranderd gebruik praktijk na 22bis IW 1990 33](#_Toc357408453)

[§ 6.4. Handelingen in de normale uitoefening 33](#_Toc357408454)

[§ 6.4.1. Relatie tot bodem(voor)recht 33](#_Toc357408455)

[§ 6.4.2. Toepasbaar onder 22bis IW 1990 33](#_Toc357408456)

[§ 6.4.3. Veranderd gebruik na 22bis IW 1990 33](#_Toc357408457)

[Hoofdstuk 7: Conclusies 34](#_Toc357408458)

[Hoofdstuk 8: Aanbevelingen 36](#_Toc357408471)

[Hoofdstuk 9: Evaluatie van het onderzoek 37](#_Toc357408472)

[Literatuurlijst 38](#_Toc357408473)

# Samenvatting

Deze scriptie is geschreven in opdracht van Haans Advocaten, een advocatenkantoor dat ondere andere gespecialiseerd is in het insolventierecht.
Op 1 januari 2013 is de Wet van 20 december 2012 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2013) in werking getreden. In deze wet is onder andere een ingrijpende toevoeging opgenomen, art. 22bis, aan de Invorderingswet 1990 met betrekking tot het bodem(voor)recht van de fiscus. Art. 22bis IW 1990 behelst een mededelingsplicht voor de zekerheidsgerechtigde aan de fiscus. De zekerheidsgerechtigde moet voortaan de fiscus middels een mededeling op de hoogte stellen, van ieder voornemen tot het verrichten van een handeling ten aanzien van een bodemzaak, waardoor deze zaak niet meer onder de werking van het bodem(voor)recht valt.
Haans Advocaten vraagt zich af welke invloed de toevoeging van de mededelingsplicht, artikel 22bis, aan het bodem(voor)recht in de Invorderingswet 1990 heeft op de hantering en effectuering van zekerheidsrechten voor de praktijk van de adviserend advocaat van noodlijdende ondernemingen en de curator die de belangen behartigd van de gezamenlijke crediteuren. Daarnaast heeft het kantoor aan de onderzoeker de wens doorgeven om de visie van enkele hoofdrolspelers in het werkveld ten aanzien van het bodem(voor)recht in het algemeen en de wetswijziging in het bijzonder in kaart te brengen. De centrale vraag in dit onderzoek luidt dan ook: ‘Welke zekerheidsrechten zijn van belang bij faillissement en/of een noodlijdende onderneming en welke invloed heeft, mede in het licht van de standpunten van enkele hoofdrolspelers op dit terrein, de toevoeging van de mededelingsplicht, artikel 22bis, aan het bodem(voor)recht in de Invorderingswet 1990 daarop voor de praktijk van de adviserend advocaat en de curator die de belangen behartigd van de gezamenlijke crediteuren?’.

Op basis van het onderzoek kan geconcludeerd worden dat het bodem(voor)recht grip heeft op bezitloos pandrecht, eigendomsvoorbehoud en financial lease. Zowel de bezitloos pandhouder als de financial lessor vallen onder de mededelingsplicht van art. 22bis IW 1990. De eigendomsvoorbehouder is uitgezonderd van de mededelingsplicht.

Daarnaast kan geconcludeerd worden dat de bodemverhuurmethode slechts sporadisch gebruikt zal worden door de banken. Zekerheidseigenaren zullen slechts handelingen verrichten zonder de verplichte mededeling te doen indien de waarde van de bodemzaken min of meer gelijk is aan het drempelbedrag van € 10.000,-. Daarnaast zal geen mededeling gedaan worden van een handeling indien de verwachte opbrengst van de bodemzaken significant hoger is dan de opgebouwde belastingschuld van de belastingschuldige.

Wanneer bodemverhuur en andere toepassingen in de praktijk gebruikt worden zonder voorafgaande mededeling aan de fiscus heeft dit tot gevolg dat er, in faillissement, minder boedelactief is, nu de consequentieregeling buiten de boedel om gaat. Daarnaast is de belastingschuld hoger wanneer de fiscus niet op de hoogte is van de ongemelde handeling en aldus geen vergoeding van de executiewaarde zal vorderen.

De curator zal in het vervolg nauw moeten samenwerken met de fiscus om eventueel niet gemelde handelingen op te sporen. De fiscus kan ten aanzien van de betreffende bodemzaken tot één jaar na de handeling de executiewaarde vorderen van de zekerheidseigenaar die de handeling heeft verricht. Hierdoor vermindert de openstaande belastingschuld die uit het boedelactief voldaan moet worden en blijft er meer over om naar evenredigheid van rang te verdelen onder de crediteuren.

# Hoofdstuk 1: Inleiding

Op 1 januari 2013 is de Wet van 20 december 2012 tot wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2013) in werking getreden. In deze wet is onder andere een ingrijpende toevoeging opgenomen, art. 22bis, aan de Invorderingswet 1990 met betrekking tot het bodem(voor)recht van de fiscus. Art. 22bis IW 1990 behelst een mededelingsplicht voor de zekerheidsgerechtigde aan de fiscus. De zekerheidsgerechtigde moet voortaan de fiscus middels een mededeling op de hoogte stellen, van ieder voornemen tot het verrichten van een handeling ten aanzien van een bodemzaak, waardoor deze zaak niet meer onder de werking van het bodem(voor)recht valt.

Deze scriptie is geschreven in opdracht van Haans Advocaten, een advocatenkantoor dat ondere andere gespecialiseerd is in het insolventierecht. Het kantoor vraagt zich af welke invloed de toevoeging van de mededelingsplicht, artikel 22bis, aan het bodem(voor)recht in de Invorderingswet 1990 heeft op de hantering en effectuering van zekerheidsrechten voor de praktijk van de adviserend advocaat van noodlijdende ondernemingen en de curator die de belangen behartigd van de gezamenlijke crediteuren. Daarnaast heeft het kantoor aan de onderzoeker de wens doorgeven om de visie van enkele hoofdrolspelers in het werkveld ten aanzien van het bodem(voor)recht in het algemeen en de wetswijziging in het bijzonder in kaart te brengen. De centrale vraag in dit onderzoek luidt dan ook: ‘Welke zekerheidsrechten zijn van belang bij faillissement en/of een noodlijdende onderneming en welke invloed heeft, mede in het licht van de standpunten van enkele hoofdrolspelers op dit terrein, de toevoeging van de mededelingsplicht, artikel 22bis, aan het bodem(voor)recht in de Invorderingswet 1990 daarop voor de praktijk van de adviserend advocaat en de curator die de belangen behartigd van de gezamenlijke crediteuren?’.

In deze scriptie zal allereerst het leerstuk van het bodem(voor)recht helder worden uitgewerkt. Dit is van belang om de werking van art. 22bis IW 1990, die uiteengezet wordt in hoofdstuk 3, ten volle te begrijpen. In dit hoofdstuk wordt naast art. 22bis IW 1990 en de aanverwante nieuwe wet- en regelgeving, ingegaan op de motivatie van de formele wetgever die tot de invoering van dit artikel heeft geleid. Bovendien wordt hier nog kort ingegaan op enkele ontwikkelingen van de in dit artikel vervatte mededelingsplicht, die wellicht in de toekomst doorgevoerd worden. Vervolgens zullen de van belang zijnde zekerheidsrechten worden toegelicht in hoofdstuk 4. In het daaropvolgende hoofdstuk zal het theoretisch kader verlaten worden om de visies van enkele hoofdrolspelers te bespreken. Er is gesproken met vertegenwoordigers van ABN Amro en Troostwijk Waardering en Advies. Daarnaast zijn diverse documenten geraadpleegd om de visie van de Nederlandse Vereniging voor Leasemaatschappijen en de Nederlandse vereniging van insolventieadvocaten te destilleren. Aan de hand van de reeds verkregen resultaten zal daarna in hoofdstuk 6 de omgangswijze van zekerheidseigenaren met hun rechten besproken worden, hierbij wordt met name ingegaan op de invloed van het bodem(voor)recht hierop en op de veranderde praktijk na invoering van art. 22bis IW 1990.

# Hoofdstuk 2: Wat is bodem(voor)recht?

Voor een helder beeld van de implicaties van de wetswijziging is het van belang dat het leerstuk van het bodem(voor)recht en de werking daarvan volledig inzichtelijk zijn. Dit hoofdstuk heeft derhalve tot doel de leerstukken van het bodemvoorrecht en het bodemrecht te doorgronden. Daarnaast zal begrijpelijk worden gemaakt wat onder goederen van een derde geschaard wordt en wanneer er sprake is van reëel eigendom van de derde. In dit hoofdstuk zal tevens inzicht worden gegeven in wat verstaan wordt onder de begrippen ‘bodem’ en ‘bodemzaken’.

Het bodem(voor)recht van de fiscus bestaat uit het fiscaal voorrecht en het fiscaal bodemrecht. Het fiscaal voorrecht is geregeld in art. 21 Invorderingswet 1990 (IW 1990), het fiscaal bodemrecht in artikel 22 van diezelfde wet.

## § 2.1. Bodemvoorrecht

Ingevolge art. 3:277 BW hebben de schuldeisers onderling een gelijk recht om uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan. Dit noemt men ook wel het paritas creditorum beginsel. Deze gelijkheid der crediteuren is behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. Een dergelijke door de wet erkende reden van voorrang is het bodemvoorrecht. In art. 21 lid 1 IW 1990 is namelijk bepaald dat ’s Rijks schatkist een voorrecht heeft op alle goederen van de belastingschuldige. Het voorrecht gaat boven alle andere voorrechten met uitzondering van de vordering tot vergoeding van schade (op de vordering die de schuldenaar uit hoofde van de verzekering van zijn aansprakelijkheid op de verzekeraar mocht hebben), uitwinningskosten ( inclusief kosten van de faillissementsaanvraag, op alle goederen) en kosten tot behoud van een goed (op dat goed, voor zover de kosten zijn gemaakt na de dagtekening van het aanslagbiljet). Daarnaast gaat het voorrecht van de fiscus boven het recht van de pandhouder indien en voor zover het betreffende pandrecht een bezitloos pandrecht is en indien dit recht rust op een bodemzaak in de zin van art. 22 lid 3 IW 1990.

## § 2.2. Bodemrecht

Ingevolge art. 3:276 BW kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen. Sommige schuldeisers kunnen zich echter ook op goederen van derden verhalen. De fiscus kan op basis van het bodemrecht uit art. 22 lid 3 IW 1990 ten einde verhaal te nemen beslag leggen op alle goederen die zich op dat moment op de bodem van de belastingschuldige bevinden, ongeacht of die zaken in eigendom toebehoren aan anderen dan de belastingschuldige. De fiscus kan uitsluitend gebruik maken van het bodemrecht ter zake van specifieke zakelijke belastingen. Hieronder vallen, in gelimiteerde opsomming, de naheffingsaanslagen in:

1. de loonbelasting ten laste van inhoudingsplichtigen met uitzondering van naheffingsaanslagen ter zake van huispersoneel;
2. de omzetbelasting, alsmede de belasting van personenauto's en motorrijwielen ten laste van een ander dan degene op wiens naam het kenteken is gesteld;
3. de accijns;
4. de verbruiksbelastingen van alcoholvrije dranken en van pruimtabak en snuiftabak;
5. de in artikel 1 van de Wet belastingen op milieugrondslag genoemde belastingen;
6. de dividendbelasting;
7. de kansspelbelasting ten laste van inhoudingsplichtigen;
8. de assurantiebelasting.

## § 2. 3. Goederen van een derde

Zoals vermeld kan de fiscus ook beslag leggen op bodemzaken die in eigendom toebehoren aan anderen dan de belastingschuldige. Goederen van een derde kunnen zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden op basis van verschillende grondslagen. In dit onderzoek wordt alleen in gegaan op de derde als zekerheidseigenaar. Naast een mogelijk pandrecht van de zekerheidseigenaar op zaken van de belastingschuldige is het mogelijk dat de zekerheidseigenaar een eigendomsrecht heeft op een of meerdere bodemzaken. Van een eigendomsrecht is sprake als er leveringen zijn verricht onder eigendomsvoorbehoud, maar ook als er sprake is van een levering onder contracten van huurkoop of lease. De fiscus zal in eerste instantie proberen zich te verhalen op goederen die zuiver van de belastingschuldige zijn. Bij het uitoefenen van het bodemrecht zal de fiscus over het algemeen zaken ontzien waarbij er sprake is van reëel eigendom van de derde.

## § 2.4. Reëel eigendom

Onder reële eigendom van de derde wordt verstaan de situatie waarin de zaken zowel juridisch eigendom zijn van de derde, als in economisch opzicht in overwegende mate aan hem toebehoren.[[1]](#footnote-1) In de praktijk worden als voorbeelden van reëel eigendom gezien de zaken waarop de onvoldaan gebleven leverancier zijn recht van reclame op uitoefent en zaken geleverd onder een huurovereenkomst.[[2]](#footnote-2)
In de zogenaamde circulaire leaseregeling[[3]](#footnote-3), is aangegeven onder welke voorwaarden de lessor fiscaal als eigenaar van het leaseobject wordt aangemerkt en er derhalve sprake is van reële eigendom. Deze vorm van leasing wordt aangeduid als operational lease. De voorwaarden zijn: indien de lessor zich als eigenaar van het leasebject gedraagt, hij de juridische eigendom van het leaseobject heeft en hij positief en/of negatief restwaarderisico ten aanzien van het leaseobject loopt. Het gaat te ver om hier de uitgebreide voorwaarden voor restwaarderisico te bespreken.
De fiscus acht verhaal op goederen van een derde daarentegen in het algemeen wel gerechtvaardigd in gevallen waarin de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de goederen aanleiding geeft om ze als de zijne aan te merken en er derhalve geen sprake is van reële eigendom. Bijvoorbeeld de gevallen waarin goederen zijn geleverd in huurkoop of onder eigendomsvoorbehoud, en waarin door middel van leasing of andere vormen van huur of bruikleen het economisch risico van waardevermindering in overwegende mate bij de belastingschuldige ligt.[[4]](#footnote-4)

## § 2.5. Bodem

*Bron: www.belastingbelangen.nl*

Aangezien in de Invorderingswet geen definitie van het begrip ‘bodem’ is neergelegd moet de betekenis van dit begrip uit de jurisprudentie gedestilleerd worden. In 1991 is door de Hoge Raad bepaald dat voor de vraag of een perceel de bodem van de belastingschuldige is het er om gaat of de belastingschuldige het perceel in gebruik heeft en daarover onafhankelijk van anderen de feitelijke beschikking heeft.[[5]](#footnote-5) Er zijn diverse feitelijke omstandigheden die een rol van betekenis kunnen spelen bij het kwalificeren van een perceel als de bodem van de belastingschuldige. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan de toegang tot het perceel onafhankelijk van anderen, de afnemer van de aan het perceel verbonden nutsvoorzieningen en aan de belastingschuldige verbonden op het perceel aanwezige zaken zoals administratie en post. Voor de vraag of sprake is van bodem van de belastingschuldige is niet van belang de juridische verhouding waarin deze tot de bodem staat, maar is de feitelijke verhouding van doorslaggevend belang.[[6]](#footnote-6) Doch dient hierbij niet in zijn geheel voorbij te worden gegaan aan bestaande rechtsverhoudingen.

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat het woonadres van een ondernemer die hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van de onderneming mede is aan te merken als de bodem van de belastingschuldige.[[7]](#footnote-7) Tevens als bodem van de belastingschuldige wordt aangemerkt het huis, dat door de belastingschuldige is gehuurd en door hem als hoofd van het gezin wordt bewoond. [[8]](#footnote-8) Daarnaast is het huis dat eigendom is van de echtgenote van de belastingschuldige, of dat door de vrouw is gehuurd en waarin man en vrouw tezamen wonen de bodem in de zin van het fiscale bodemrecht. [[9]](#footnote-9) Bovendien wordt als bodem aangemerkt een perceel naar buiten presenterend en door continuïteit kenmerkend gebruikt door de onderneming voorafgaand aan en ten tijde van de beslaglegging. [[10]](#footnote-10) In casu werd belang gehecht aan de gedragingen van de belastingschuldige en verklaringen van de buren. Een schip kan echter geen bodem in de zin van het fiscale bodemrecht zijn nu de bodem per definitie onroerend moet zijn.[[11]](#footnote-11)

## § 2.6. Bodemzaken

Ingevolge artikel 22 lid 3 IW 1990 moet onder bodemzaken verstaan worden alle ingeoogste of nog niet ingeoogste vruchten en alle roerende zaken tot stoffering van een huis of landhoef, of tot gebruik van het land die zich tijdens de beslaglegging op de bodem van de belastingschuldige bevinden. Onder ingeoogste of nog niet ingeoogste vruchten wordt verstaan roerende vruchten. Dat wil zeggen vruchten van een land die van het land zijn afgescheiden doordat deze zijn gerooid, gemaaid of geplukt. Deze kunnen nog op het land liggen, maar vaker zijn deze al opgeslagen in een schuur of andere opslagplaats. Zolang de vruchten nog duurzaam met de grond verbonden zijn behoren deze niet tot de bodemzaken aangezien de vruchten dan nog onroerend zijn.
Roerende zaken tot bebouwing of gebruik van het land zijn zaken die de bestemming hebben of het middel zijn om het land voor gebruik geschikt te maken of deze geschiktheid te vergroten.[[12]](#footnote-12)

Veruit de belangrijkste categorie bodemzaken zijn de zaken die vallen onder de beschrijving roerende zaken tot stoffering van een huis of landhoef. Deze categorie kan grofweg worden samengevat onder de noemer bedrijfsinventaris. Het begrip ‘stoffering’ staat voor alle roerende goederen die strekken tot een duurzaam gebruik om het gebouw geschikt te doen zijn voor zijn bestemming. Het is volgens vaste jurisprudentie voldoende dat deze roerende zaken zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden, zij hoeven niet noodzakelijkerwijs in het gebouw aanwezig te zijn. Over het begrip landhoef bestaat voor zover bekend geen afzonderlijke jurisprudentie.
De Hoge Raad overwoog bij arrest in 1981, dat onder ‘roerende goederen tot stoffering van een huis’ is te verstaan: al hetgeen strekt tot een enigszins duurzaam gebruik van het gebouw overeenkomstig zijn bestemming, waardoor het gebouw tevens beter aan die bestemming beantwoordt.[[13]](#footnote-13) De zinsnede ‘huis of landhoef’ dient aldus ruim uit te worden gelegd. Tevens volgt uit voornoemd arrest dat de bestemming van een gebouw bepaald wordt door het feitelijke gebruik ervan en dus een andere bestemming kan hebben dan die waartoe het gebouw is neergezet.
Uitgesloten van bodemzaken zijn onder andere winkelvoorraad en vervoersmiddelen aangezien deze niet bestemd zijn om duurzaam op de bodem te verblijven.

In de insolventiepraktijk passeren regelmatig roerende zaken de revue waarvan het niet direct eenduidig is of deze gekwalificeerd moeten worden als zijnde bodemzaken of als zijnde roerende zaken uitgezonderd van het bodemrecht. Hierbij is over het algemeen het feitelijke gebruik van de roerende zaken van doorslaggevende waarde. In het gesprek met de heer Bolweg van Troostwijk Waardering en Advies zijn hiervan de hiernavolgende voorbeelden aan bod gekomen. Een heftruck in eigendom van een tentverhuurbedrijf is geen bodemzaak meer zodra deze heftruck gebruikt wordt voor het op locatie opzetten van tenten. De heftruck is namelijk niet meer bedoeld om duurzaam op het bedrijfsperceel te verblijven. Dezelfde redenering kan worden toegepast op boormachines die met een monteur mee gaan naar een klus. Een zeecontainer die voorzien is van licht en een verbinding heeft met het bedrijfspand, via bijvoorbeeld nutsvoorzieningen, valt onder de bodemzaken omdat deze dan duurzaam is ingericht om op het bedrijfsperceel te verblijven. Maar zolang de zeecontainer geen verbinding heeft met het perceel is dit geen bodemzaak omdat zeecontainers van origine bedoeld zijn om verplaatsbaar te zijn. Indien het een container betreft waar roerende zaken in worden opgeslagen is het nog steeds geen bodemzaak aangezien deze dan nog steeds verplaatst kan worden zonder schade van betekenis. Er bestaat aldus dan niet de intentie om de zeecontainer duurzaam op het perceel te laten verblijven.

Het meest recente belangwekkende arrest met betrekking tot de bodemzaken is gewezen in 2011.[[14]](#footnote-14) Hierin heeft de Hoge Raad beslist dat showroommodellen behoren tot de inventaris van de belastingschuldige. Deze modellen zijn derhalve geen bodemzaak, ongeacht of deze modellen verkocht worden of niet. De showroommodellen zijn immers gelijk aan de handelswaar van de winkel. Daarnaast zijn showroommodellen niet bedoeld om duurzaam in de winkel te verblijven nu zij met zekere regelmaat worden vervangen door nieuwe modellen. Zij kunnen derhalve niet dienen tot stoffering in de zin van de Invorderingswet 1990. Dit arrest is van belang op alle showroommodellen ongeacht de specifieke branche. Onder de reikwijdte van dit arrest vallen aldus keukens, badkamers, slaapkamers, meubilair en andere zaken van gelijksoortige aard.

## Conclusie

Het fiscaal voorrecht is een voorrecht van ’s Rijks schatkist op alle goederen van de belastingschuldige. Het voorrecht van de fiscus gaat boven alle andere voorrechten behoudens enkele uitzonderingen. Daarnaast gaat het boven bezitloze pandrechten die rusten op een bodemzaak. De fiscus kan op basis van het bodemrecht beslag leggen op alle bodemzaken teneinde de belastingschuld te vereffenen.
Bodemzaken waarbij sprake is van reëel eigendom van de derde zullen door de fiscus bij het uitwinnen van de bodemzaken over het algemeen worden ontzien. Er is sprake van reëel eigendom wanneer de bodemzaken zowel juridisch als in overwegende mate economisch aan de derde toebehoren.
In de jurisprudentie is bepaald dat een perceel als de bodem van de belastingschuldige kan worden aangemerkt als hij het perceel in gebruik heeft en daarover onafhankelijk van anderen de feitelijke beschikking heeft. Hiervoor is de feitelijke verhouding waarin de belastingschuldige tot de bodem staat van doorslaggevend belang.
Bodemzaken zijn alle alle ingeoogste of nog niet ingeoogste vruchten en alle roerende zaken tot stoffering van een huis of landhoef, of tot gebruik van het land die zich tijdens de beslaglegging op de bodem van de belastingschuldige bevinden.

# Hoofdstuk 3: Toevoeging mededelingsplicht bodem(voor)recht

In dit hoofdstuk wordt artikel 22bis IW 1990 en de totstandkoming daarvan verder toegelicht. Allereerst zal de wetswijziging zoals deze in werking is getreden en de na de wetswijziging hierop ingevoerde uitzonderingen worden verhelderd. Aansluitend zal worden gekeken wat de werking is van de wetswijziging met het oog op de afkoelingsperiode en welke nieuwe ontwikkelingen er na inwerkingtreding van deze wetswijziging ophanden zijn. Tenslotte zal de achterliggende motivatie van de wetgever die heeft geleid tot deze wetswijziging worden uiteengezet aan de hand van de door de minister gedane uitspraken in de Memorie van Toelichting.

## § 3.1. Art. 22bis Invorderingswet 1990

In deze paragraaf zal de wetswijziging en de uitzonderingen, die al dan niet na inwerkingtreding van art. 22bis IW 1990 ingevoerd zijn, worden uiteengezet en toegelicht. Voor het leesgemak van de lezer is in bijlage 1 een schematisch overzicht opgenomen van de mededelingsplicht en de daarop geldende uitzonderingen.

### § 3.1.1. Mededelingsplicht

Artikel 22bis IW 1990 is van toepassing op pandhouders of overige derden die hun recht op een bodemzaak willen uitoefenen. Hierna zullen deze worden aangeduid als de derde, ook wel zekerheidseigenaar. Deze derden zijn op grond van artikel 22bis lid 2 IW 1990 gehouden om een mededeling te doen van ieder voornemen om dan wel hun rechten uit te oefenen op een bodemzaak, dan wel het (laten) verrichten van enigerlei andere handeling waardoor die zaak niet meer kwalificeert als bodemzaak.

### § 3.1.2. Uitzonderingen

Er zijn twee uitzonderingen op de mededelingsplicht opgenomen in art. 22bis IW 1990: één met betrekking tot het drempelbedrag en de andere met betrekking tot handelingen in de normale uitoefening van bedrijf of beroep. Daarnaast is er na inwerkingtreding van art. 22bis IW 1990 nog één uitzondering doorgevoerd, te weten de uitzondering voor zuivere voornemens tot afvoeren in combinatie met aankoopfinanciering of reële eigendom.

De eerste uitzondering op de mededelingsplicht heeft zoals hierboven genoemd te maken met een drempelbedrag. Derden met het voornemen tot het verrichten van een handeling hoeven ingevolge lid 17 van art. 22bis IW 1990 geen mededeling te doen, indien de waarde van de bodemzaken bij het aangaan van de overeenkomst tussen belastingschuldige en de derde onder een bij ministeriële regeling vastgestelde drempel blijft. In artikel 1cj van de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 is de drempel vastgesteld op € 10.000. In de toelichting hierop is te lezen dat de drempel de waarde betreft van het totaal van de bodemzaken waar de betreffende derde rechten op heeft rusten ten tijde van de handeling, waardoor een of meerdere van deze zaken niet meer als bodemzaken kwalificeren.[[15]](#footnote-15) Op de website van de Belastingdienst is echter het volgende te lezen met betrekking tot het drempelbedrag: “*U hoeft geen mededeling te doen als de totale waarde van de bodemzaken bij het aangaan van de overeenkomst tussen u en de pandgever- of houder van de bodemzaken lager was dan € 10.000. U bent dan vrij om uw rechten veilig te stellen.*”[[16]](#footnote-16)

* De bewoording van de Belastingdienst doet vermoeden dat het peilmoment voor de waardebepaling ligt bij het aangaan van de overeenkomst wat incoherent is aan de in de toelichting op de ministeriële regeling gebruikte formulering, waarin het gaat om het moment van het uitvoeren van de handeling.
* Het is op dit moment nog onduidelijk welk moment en welke documentatie in de praktijk bepalend gaan zijn voor de waardebepaling van de bodemzaken. Daarnaast zijn zowel de ministeriële regeling als de verwoording van de Belastingdienst onscherp over welke waarde van de bodemzaken gehanteerd wordt. Dit zou namelijk de executiewaarde kunnen zijn, maar het zou ook net zo goed de aanschafwaarde, boekwaarde of de onderhandse verkoopwaarde kunnen zijn. In het na inwerkingtreding gepubliceerde mededelingsformulier wordt gevraagd naar de totale waarde van de bodemzaken op het moment van het aangaan van de overeenkomst. Daarnaast wordt verzocht de waarde van de bodemzaken op het moment van de mededeling in te vullen. Hieruit valt niet af te leiden welke waarde gehanteerd wordt bij het berekenen van de drempelwaarde.
* De Belastingdienst heeft enige tijd na inwerkingtreding een gewijzigde versie van het mededelingsformulier op de website opgenomen. Het gewijzigde formulier vraagt de mededeler naar de datum waarop het pandrecht is gevestigd of de bodemzaken ter beschikking zijn gesteld. Daarnaast wordt de mededeler geacht in te vullen wat de geschatte executiewaarde van de betreffende bodemzaken is op het moment van invullen van het formulier. Deze bewoording suggereert dat de drempel waaronder geen mededeling vereist is berekend wordt aan de hand van de executiewaarde van de bodemzaken.

De tweede uitzondering behelst de handelingen in de normale uitoefening van bedrijf of beroep. Derden zijn aldus verlost van de mededelingsplicht indien de handelingen die worden verricht vallen onder de normale uitoefening van het bedrijf of beroep van de belastingschuldige. Per 1 april 2013 is in de Leidraad Invordering 2008, nader te noemen Leidraad, in artikel 22bis.3. neergelegd wat verstaan wordt onder normale uitoefening van het bedrijf of beroep. Hieronder worden ingevolge de Leidraad verstaan vervangingsinvesteringen of andere handelingen die nadrukkelijk in het teken staan van de continuïteit van het bedrijf of beroep van de belastingschuldige zoals dat bedrijf ten tijde van die handeling wordt gevoerd, respectievelijk het beroep wordt uitgeoefend. Handelingen die plaatsvinden met het oogmerk zekerheid uit te winnen of te versterken, vinden niet plaats in de normale uitoefening van het bedrijf of het beroep zo is in de Leidraad te lezen.

Na inwerkingtreding van deze wet is in de Leidraad nog een uitzondering opgenomen per 1 april 2013. De wijziging die de staatssecretaris van Financiën heeft doorgevoerd in de Leidraad Invordering 2008 is een versoepeling van de mededelingsplicht zoals deze geldt op grond van artikel 22bis IW 1990. Er hoeft voortaan geen mededeling te worden gedaan als er sprake is van een zuiver voornemen tot het afvoeren van een bodemzaak van de bodem van de belastingschuldige en er sprake is van reële eigendom van de derde of van een vorm van aankoopfinanciering.

Wanneer de zekerheidseigenaar met reëel eigendom zuiver voornemens is de betreffende zaak van de bodem van de belastingschuldige af te voeren is hij aldus vrijgesteld van de mededelingsplicht. Hierop is een exceptie aangebracht welke in paragraaf 3.1.3 verder wordt toegelicht.
Wanneer er een zuiver voornemen tot afvoeren is in combinatie met een vorm van aankoopfinanciering is er zoals voornoemd onder voorwaarden ook geen mededeling vereist. Zowel bij aankoopfinanciering met behulp van een pandrecht, als bij aankoopfinanciering waarbij de eigendom van de zaak wordt voorbehouden, gelden er de volgende drie cumulatieve voorwaarden:

1. De verpanding of het voorbehoud moet een individuele bodemzaak betreffen. Hier worden echter ook onder begrepen ‘het samenstel van bodemzaken die samen een zaak vormen’ en ‘verschillende bodemzaken die gezamenlijk en gelijktijdig verworven en geleverd of verpand worden’.
2. De initiële vordering dient (nagenoeg) de aankoopsom van de bodemzaak te betreffen.
3. De afbetaling dient te geschieden middels een overeengekomen vast aantal termijnen die moet corresponderen met de economische levensduur van de bodemzaak.

Daarnaast geldt voor de aankoopfinanciering met gebruik van een pandrecht aanvullend de voorwaarde dat er sprake moet zijn van een aantoonbaar eerste pandrecht ten tijde van de vestiging van genoemd pandrecht.

### § 3.1.3. Nuanceringen op de uitzonderingsposities

Wanneer de zaak in reële eigendom toebehoort aan de derde geldt de mededelingsplicht echter onverkort indien er sprake is van een van de zes situaties genoemd in artikel 22.8.10, laatste alinea van de Leidraad. In die situaties van reële eigendom maar geen terughoudend beleid is de zesde situatie toegevoegd namelijk; ‘Zaken waarvan de lessor fiscaal als eigenaar wordt aangemerkt terwijl de fiscale eigendom van die zaken op een eerder tijdstip krachtens een toen bestaande lease-overeenkomst – waaronder medebegrepen aankoopfinancieringscontracten op basis van verpanding van de verworven zaak – bij de huidige lessee heeft berust.’.

In afwijking van de in paragraaf 3.1.2. beschreven versoepeling van de mededelingsplicht, voor zuivere voornemens tot afvoeren in combinatie met aankoopfinanciering, geldt de mededelingsplicht onverkort als er sprake is van een van de volgende vier omstandigheden. De eerste omstandigheid waardoor de mededelingsplicht onverkort van toepassing is, is als er ten tijde van de handeling een betalingsachterstand is op de aankoopfinanciering van meer dan vier maanden. De mededelingsplicht geldt daarnaast onverkort als de derde op de bodemzaak meer, andere of omvangrijkere zekerheidsrechten c.q. eigendomsrechten heeft verworven dan voor de financiering van de aankoop van de betreffende bodemzaak benodigd waren. Bovendien is de mededelingsplicht onverkort van toepassing indien de aankoopfinanciering meer dan drie maanden na de machtsverschaffing van de bodemzaak is overeengekomen. Het laatste geval waarin de mededelingsplicht alsnog onverkort geldt is als er een wederzijdse zekerheden-regeling is overeengekomen met betrokkenheid van een derde-financier.

### § 3.1.4. Procedure

Wanneer bovengenoemde uitzonderingen van de mededelingsplicht van toepassing zijn kan de derde de voorgenomen handeling uitvoeren zonder consequenties te hoeven verwachten.

Is er op grond van artikel 22bis een mededelingsplicht voor de derde, dan zal deze het formulier van de fiscus dat hiervoor bedoeld is, ingevuld per post moeten verzenden en de kennisgeving van de fiscus moeten afwachten.[[17]](#footnote-17) Het op dit moment geldende formulier is opgenomen in bijlage 2.

* Praktisch bekeken kan de derde er voor kiezen om de voorgenomen handeling te verrichten zonder de vereiste mededeling te doen of zonder de kennisgeving van de fiscus op de mededeling af te wachten; de gevolgen hiervan zullen in paragraaf 3.1.5 aan bod komen.

Gedurende vier weken na de mededeling heeft de fiscus de tijd om een besluit te nemen met betrekking tot de gemelde voorgenomen handeling. De fiscus kan ervoor kiezen om zelf beslag te leggen, maar kan ook de derde toestemming verlenen om de handeling te verrichten.

* De onderzoeker veronderstelt dat indien de fiscus zelf beslag legt, hij hiervan geen voorafgaande kennisgeving hoeft te verzenden. De fiscus heeft immers altijd de bevoegdheid om beslag te leggen. Art. 22bis IW 1990 beperkt de fiscus zelfs in hun bevoegdheid nu zij geen bodembeslag mogen leggen in de vier weken nadat zij toestemming hebben verleend aan de derde om de voorgenomen handeling uit te voeren.

Als de fiscus toestemming verleent voor de voorgenomen handeling dan heeft de derde vier weken de tijd vanaf de kennisgeving, om de gemelde handeling te verrichten. Dit geldt ook indien de fiscus geen beslag heeft gelegd en verzuimt om binnen vier weken na deze melding een kennisgeving te verzenden. De termijn voor het verrichten van de handeling vangt dan aan na ommekomst van de wachttermijn na het doen van de mededeling. Verzuimt de derde om binnen 4 weken de gemelde handeling te verrichten, dan verspeelt hij zijn verworven rechten en zal hij opnieuw de gehele procedure moeten doorlopen, te beginnen met het doen van een mededeling aan de fiscus.

Schematische weergave van de hierboven geschetste procedure:

Bron: Kienhuishoving

### § 3.1.5. Naleving verzuimen

Zoals eerder vermeld, is het mogelijk dat de derde geen mededeling doet van de voorgenomen handeling of dat de derde de kennisgeving van de fiscus in reactie op de mededeling, niet afwacht en de handeling direct uitvoert. De derde zal in dat geval op vordering van de fiscus een met bescheiden gestaafde verklaring moeten doen omtrent de executiewaarde van de bodemzaak. In lid 14 van art. 22bis IW 1990 is een verjaringstermijn van één jaar na de verrichtte handeling opgenomen waarbinnen de fiscus deze verklaring kan vorderen. Wanneer de fiscus dit niet binnen deze termijn doet, vervallen de rechten van de fiscus op de executiewaarde van de bodemzaken.

De verklaring omtrent de executiewaarde dient binnen 14 dagen na de vordering van de fiscus hiertoe te geschieden. De fiscus neemt deze verklaring mee in de vaststelling van de executiewaarde van de bodemzaak. De fiscus is aldus niet verplicht om dezelfde waarde vast te stellen als die de derde verklaard heeft. Wordt niet of niet tijdig verklaard dan stelt de fiscus de executiewaarde naar eigen goeddunken vast. De vaststelling van de executiewaarde geschiedt per voor bezwaar vatbare beschikking. Geschillen over de executiewaarde van de bodemzaken worden derhalve door de fiscale rechter afgedaan.[[18]](#footnote-18)

* De termijn waarin de fiscus deze waarde moet vaststellen is niet in de wet of de Leidraad opgenomen, maar de onderzoeker verondersteld dat ook deze termijn 14 dagen bedraagt, in gelijke lijn met de rest van het artikel.

De derde zal vervolgens de executiewaarde van de voormalige bodemzaak moeten vergoeden aan de fiscus. De hoogte van deze betaling is gemaximeerd tot de hoogte van de belastingschuld waarop de fiscus zich ter zake van de betreffende zaak kon verhalen. De derde dient dit bedrag binnen 14 dagen na dagtekening van de beschikking te voldoen. Indien de derde niet of niet op tijd betaalt vordert de fiscus dat bedrag in, als ware dat bedrag een rijksbelasting. De derde die tijdig de executiewaarde heeft verklaard en vergoed, heeft voor het bedrag dat hij aan de fiscus heeft betaald verhaal op de belastingschuldige. De derde treedt met zijn regresvordering niet in de voorrechten van de ontvanger en hem rest derhalve een concurrente vordering.[[19]](#footnote-19)

* De onderzoeker verwacht dat de geschetste procedure ook van toepassing indien de derde de handeling toch verricht, voordat de fiscus het, in reactie op de door de derde gedane mededeling, aangekondigde beslag legt op de bodemzaak in kwestie.

### § 3.1.6. Afkoelingsperiode

Ingevolge lid 18 vind de mededelingsplicht overeenkomstige toepassing tijdens de afkoelingsperiode.

De afkoelingsperiode is neergelegd in artikel 63a van de Faillissementswet. Ingevolge lid 1 van dit artikel is dit een periode in het faillissement, waarin elke bevoegdheid van derden tot verhaal op tot de boedel behorende goederen of tot de opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden, niet kan worden uitgeoefend. Deze periode wordt door de rechter-commissaris afgekondigd, ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende, voor de duur van ten hoogste twee maanden. Het is ingevolge art. 63a lid 4 FW ook mogelijk om de afkoelingsperiode te laten afkondigen door de rechter die de faillietverklaring uitspreekt, tegelijkertijd met deze faillietverklaring. De rechter-commissaris is bevoegd om deze periode eenmalig te verlengen met een duur van wederom ten hoogste twee maanden.[[20]](#footnote-20) Bij wijze van uitzondering zijn bepaalde derden niet gebonden door de afkoelingsperiode. Dit betreft de boedelschuldeisers en derden die handelen op basis van een machtiging van de rechter-commissaris.[[21]](#footnote-21) De fiscus kan ten tijde van de afkoelingsperiode bodembeslag leggen, hij kan dit echter nog niet uitwinnen zolang deze periode nog van kracht is.

De Memorie van Toelichting stelt dat de afkoelingsperiode van overeenkomstige toepassing is verklaard om te voorkomen dat derde-eigenaren de werking van art. 22bis IW 1990 frustreren. Derden kunnen namelijk tegelijkertijd met het aanvragen van het faillissement van de belastingschuldige een afkoelingsperiode verzoeken. Wanneer de derde-eigenaar dan direct middels een deurwaardersexploot aanspraak maakt op afgifte van de zaak, voordat de fiscus bodembeslag heeft kunnen leggen, kan ingevolge art. 63c FW het gelegde bodembeslag niet aan de derde worden tegengeworpen.

Door de overeenkomstige toepassing van de afkoelingsperiode zal de derde, alvorens een deurwaardersexploot uit te kunnen brengen tot afgifte van de zaak waarbij sprake is van reële eigendom, eerst mededeling moeten doen aan de fiscus van dat voornemen en de ommekomst van de bijbehorende wachttermijn moeten afwachten. Hierdoor is er voor de fiscus ruimte gecreëerd om alsnog bodembeslag te leggen. De fiscus zal daarna beoordelen of er daadwerkelijk sprake is van reële eigendom. In het geval van reële eigendom zal de fiscus dit op basis van de Leidraad moeten respecteren en tot afgifte van de zaak moeten overgaan.

* Wanneer er geen sprake is van reële eigendom, is de overeenkomstige toepassing van de afkoelingsperiode op de mededelingsplicht uit art. 22bis IW 1990 onduidelijk. De zaken vallen dan namelijk onder de bewindvoering van de curator. Wanneer de mededelingsplicht en bijbehorende bevoegdheden van de fiscus ook van kracht blijven nadat het faillissement is uitgesproken doorkruist de fiscus de bevoegdheid van de curator. Beiden hebben dan de bevoegdheid om te beslissen hoe er met de betreffende zaken omgesprongen gaat worden. De fiscus kan in dat geval namelijk nog steeds toestemming verlenen voor het revindiceren van de zaak door de derde, maar de fiscus kan in dat geval ook nog steeds besluiten om zelf beslag te leggen.
Onderzoeker verwacht echter, na overleg met onder andere mr. I. Stolting, curator bij Haans Advocaten, dat in de praktijk de fiscus de bevoegdheid van de curator zal respecteren.

## § 3.2. Motivatie van de formele wetgever

In de Memorie van Toelichting heeft de formele wetgever onder andere zijn beweegredenen voor de wetswijziging uiteen gezet. De motiveringen die de wetgever hierin heeft gegeven zullen in deze paragraaf gebruikt worden om het ontstaan van artikel 22bis te verklaren.

De wetgever geeft in de Memorie van Toelichting aan dat de wetswijziging bedoeld is om te voorkomen dat belastingschulden van zakelijke belastingen die de ondernemer doorberekend aan een derde, of die door de ondernemer worden afgedragen namens een derde, zoals loonheffing en btw, niet worden betaald. De wetgever is namelijk van mening dat de Belastingdienst feitelijk bank van lening wordt op het moment dat de zakelijke belastingschulden niet worden betaald. De wetgever noemt als gevolg van de wetswijziging dat er een effectiever gebruik van de verhaalspositie van de ontvanger wordt gerealiseerd en verwacht dat daardoor minder hoeft te worden afgeschreven op openstaande belastingschulden.

Daarnaast wordt in de Memorie van Toelichting aangegeven dat ondernemers tot nog toe onvoldoende stimulans hebben om bij oplopende schulden de Belastingdienst als eerste te betalen. Ondernemers treden, volgens de wetgever, namelijk met het oog op de continuïteit van de bedrijfsvoering allereerst in overleg met hun kredietverleners, waardoor de fiscus in een achtergestelde positie geplaatst wordt. De wetgever gaat ervan uit dat door de wetswijziging de fiscus in een eerder stadium wordt betrokken in het overleg tussen de ondernemer en zijn kredietverleners omdat de kredietverleners bij het effectueren van hun zekerheidsrechten nadrukkelijk rekening zullen moeten houden met het verhaalsrecht van de fiscus. De wetgever geeft daarbij uitdrukking aan de wens om de fiscus om de tafel te krijgen met de belastingschuldige en zijn kredietverleners in het stadium voorafgaand aan een eventueel faillissement.

De wetgever is tevens van mening dat het van belang is dat het fiscale voorrecht, inclusief het bodem(voor)recht in al zijn facetten kan worden aangewend door de ontvanger. De wetgever sluit hiervoor aan bij de motivering van de wetgever ten tijde van het eerste ontstaan van het fiscale voorrecht in 1845. Destijds gaf de wetgever aan dat de schatkist haar debiteuren niet kiest en de schatkist met zekerheid op haar inkomsten moet kunnen rekenen. Bij die gelegenheid werd voorts opgemerkt, dat ‘Den last, die door allen getorscht, des te lichter gedragen wordt, moeten niet enkelen kwalijkgezinden straffeloos kunnen afwerpen’. De wetgever is van mening dat heden ten dage deze zinsnede nog steeds ten volle van toepassing is. De formele wetgever heeft derhalve met de toevoeging van artikel 22bis aan de Invorderingswet 1990 beoogd een halt toe te roepen aan constructies waardoor het bodem(voor)recht volgens hem wordt uitgehold. In dit verband worden onder andere het wegvoeren van nog niet beslagen bodemzaken en de bodemverhuurmethode door de wetgever genoemd. Hij gebruikt hierbij de termen bodemconstructie en verijdelingsconstructie. Een van de vele stellingen waarmee artikel 22bis onderbouwd wordt is dat door het verijdelen van dergelijke constructies een vermindering plaatsvindt van het aantal geforceerde bedrijfsbeëindigingen door kredietverleners omdat zij duidelijkheid hebben omtrent de verhaalspositie van de fiscus.

Ten slotte noemt de wetgever nog de verwachting dat curatoren meer bodemzaken in de boedel terecht zullen zien komen omdat pandhouders minder geneigd zullen zijn verhaalsobjecten buiten de boedel om tot zich te nemen. Dientengevolge levert de aanpak van zogenoemde verijdelingsconstructies naar verwachting van het kabinet meer middelen in de boedel op en mutatis mutandis meer financiële ruimte voor bestrijding van faillissementsfraude.

## § 3.3. Aankomende ontwikkelingen

Naast de reeds doorgevoerde uitzondering voor zuivere aankoopfinanciering zijn er ook twee ontwikkelingen die waarschijnlijk op korte termijn doorgevoerd gaan worden. Achtereenvolgens worden in deze paragraaf de elektronische mededeling en de verlaging van het drempelbedrag besproken.

### § 3.3.1. Elektronische mededeling

De eerste op handen zijnde uitzondering is gelegen in de toezegging dat de mededeling, die nu geschiedt middels een per post aan de fiscus toe te zenden formulier, op termijn ook kan geschieden middels een elektronische verzending via het zogenoemde persoonlijke domein. Hoe deze ontwikkeling in detail uitgevoerd gaat worden, is tot op heden nog onbekend. Deze ontwikkeling wordt genoemd in de toelichting op de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990.[[22]](#footnote-22)

### § 3.3.2. Drempelbedrag verlaagd

De tweede op handen zijnde uitzondering betreft het vermoeden dat het drempelbedrag van de totale waarde van de bodemzaken waar de pandhouder of derde-eigenaar recht op heeft verlaagd gaat worden van € 10.000 naar € 5.000. Indien de waarde van de bodemzaken onder deze drempel blijft, is de pandhouder of derde-eigenaar vrijgesteld van de mededelingsplicht. Deze ontwikkeling is vooralsnog alleen vermeld in de Nieuwsbrief april 2013 van Smithuijsen, Winters & de Vries Advocaten.[[23]](#footnote-23) Een van hun advocaten, C.H. Hartsuiker, bevestigde dit later per e-mail. Deze e-mail is opgenomen in bijlage 3.

## § 3.4. Conclusie

Derden met rechten op een bodemzaak zijn ingevolge art. 22bis IW 1990 voortaan gehouden een mededeling aan de fiscus te zenden wanneer zij voornemens zijn een handeling te verrichten of te laten verrichten met betrekking tot deze bodemzaak, waardoor deze niet langer kwalificeert als bodemzaak.
Geen mededeling is vereist wanneer de waarde van het samenstel van bodemzaken waar de derde rechten op heeft onder de drempel van € 10.000 blijft. Daarnaast is geen mededeling vereist indien de handeling te scharen valt onder de normale uitoefening van het beroep of bedrijf van de belastingschuldige. Bovendien zijn derden uitgezonderd van de mededelingsplicht indien zij een zuiver voornemen hebben tot het afvoeren van de bodemzaak van de bodem van de belastingschuldige en er daarnaast sprake is van een vorm van aankoopfinanciering of van reële eigendom van de derde.
Op bovenstaande uitzonderingspositie voor reële eigendom is één nuancering aangebracht. Bij de uitzonderingspositie in relatie tot aankoopfinanciering zijn vier situaties aangegeven waarin de mededelingsplicht onverkort geldt.
Wanneer de derde verzuimt mededeling te doen heeft de fiscus tot één jaar na de verrichtte handeling om vergoeding van de executiewaarde van de betreffende bodemzaak te vorderen. Deze vergoeding is gemaximeerd tot de hoogte van de belastingschuld ten tijde van de niet medegedeelde handeling. Wanneer de derde tijdig de executiewaarde heeft verklaard en vergoed aan de fiscus, heeft de derde voor dat bedrag verhaal op de belastingschuldige.

#  Hoofdstuk 4: Zekerheidsrechten

In dit hoofdstuk worden de diverse zekerheidsrechten besproken die binnen een onderneming van toepassing kunnen zijn en hoe deze in relatie staan tot het bodem(voor)recht van de fiscus. Daarnaast wordt de invloed van de mededelingsplicht op deze zekerheidsrechten beoordeeld.

## § 4.1. Pand- en hypotheek recht

### § 4.1.1.Wettelijke regeling

Het pandrecht en het hypotheekrecht zijn beperkte zekerheidsrechten. Beide rechten zijn gecodificeerd in titel 3.9 van boek 3 BW. Art. 3:277 lid 1 BW omschrijft deze rechten als beperkte rechten, strekkende om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. De wet geeft daarnaast aan dat het recht van hypotheek van toepassing is op registergoederen en het pandrecht gebruikt wordt bij alle andere goederen. In de praktijk worden er twee verschillende vormen van pandrecht gebruikt, namelijk het stil pandrecht en het vuistpandrecht. Dit laatste wordt ook wel openbaar pandrecht genoemd.

### § 4.1.2.Vestiging

Het recht van hypotheek wordt gevestigd middels een notariële akte, gevolgd door haar inschrijving in de daartoe bestemde openbare registers.[[24]](#footnote-24)

Het vuistpand (art. 3:236 BW) wordt gevestigd door de zaak in de macht te brengen van de pandhouder. Het stil pand daarentegen wordt gevestigd zonder machtsverschaffing door het registreren van het pandrecht middels een authentieke of onderhands geregistreerde akte.[[25]](#footnote-25)

### § 4.1.3. Effectuering

Wanneer de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor het pand c.q. de hypotheek tot waarborg strekt, is de pandhouder respectievelijk de hypotheekhouder bevoegde het goed waarop het beperkte recht rust te verkopen. Dit wordt aangeduid als het recht van parate executie.[[26]](#footnote-26) De verkoop geschiedt in de regel openbaar middels een executieveiling, doch de zekerheidseigenaar kan de voorzieningenrechter verzoeken om een afwijkende vorm van verkoop toe te staan. De uitwinning van een registergoed zou bijvoorbeeld ook middels een onderhandse verkoop kunnen geschieden.[[27]](#footnote-27)

Wanneer de pandhouder het goed verkoopt middels een openbare executieveiling is hij rechthebbende op de netto-opbrengst, na voldoening van de kosten van executie. Indien de executiewaarde de hoogte van zijn vordering waarvoor het pandrecht als zekerheid diende overstijgt wordt het overschot aan de pandgever uitgekeerd.[[28]](#footnote-28) Bij de executie van een onroerende zaak door de hypotheekhouder geldt grotendeels dezelfde regeling op grond van art. 3:270 lid 1 BW. Echter het is mogelijk dat er op de opbrengst van het geëxecuteerde onroerende goed meerdere gerechtigden zijn. In dat geval worden alle gerechtigden eerst voldaan uit de netto-opbrengst van de executie alvorens en voor zover mogelijk enig overschot van de opbrengst aan de hypotheekgever wordt uitgekeerd.[[29]](#footnote-29)

Op grond van artikel 57 FW komt het recht van parate executie ook toe aan de pand- en hypotheekhouder in geval van faillissement van de pand- of hypotheekgever. De executie van het goed kan uitgevoerd worden zonder de afwikkeling van het faillissement af te wachten. De bezitloos pandhouder of hypotheekhouder die niet tijdig gebruik maakt van zijn recht van parate executie moet bijdragen in de omslag van de faillissementskosten.[[30]](#footnote-30)

### § 4.1.4. Invloed bodem(voor)recht

Zowel de zaken waarop een recht van hypotheek is gevestigd als de zaken waarop een geldig vuistpandrecht is bedongen vallen niet onder het bereik van het bodem(voor)recht van de fiscus. De onroerende zaak is per definitie geen bodemzaak, ongeacht of deze is bezwaard met een recht van hypotheek of niet, nu alleen roerende zaken als bodemzaak kunnen kwalificeren. De in vuistpand genomen roerende zaken behoren niet meer tot de duurzaam op de bodem van de belastingschuldige verblijvende goederen en zijn derhalve ook geen bodemzaken. De zaken waarop een bezitloos pandrecht is gevestigd vallen daarentegen wel onder het bereik van het bodem(voor)recht van de fiscus. Zolang er geen sprake is van een uitzonderingspositie is de fiscus gerechtigd om de stil verpande zaken te executeren teneinde de belastingschuld te vereffenen.

### § 4.1.5. Invloed 22bis IW 1990

Voor de effectuering van het recht van hypotheek alsmede het vuistpandrecht verandert er niets door de invoering van de mededelingsplicht aan het bodem(voor)recht nu de zaken waarop hypotheek dan wel vuistpandrecht gevestigd is geen bodemzaken zijn.

De bezitloos pandhouder zal echter voortaan moeten voldoen aan hetgeen is bepaald in art. 22bis IW 1990. Dit houdt in dat de bezitloos pandhouder een mededeling moet zenden aan de fiscus indien hij voornemens is zijn rechten met betrekking tot de bodemzaak uit te oefenen, met dien verstande dat dit alleen benodigd is indien de zaak door het uitoefenen van die rechten niet meer kwalificeert als bodemzaak. De bezitloos pandhouder zal het besluit van de fiscus aangaande de betreffende bodemzaken moeten afwachten.

## § 4.2. Eigendomsvoorbehoud

### § 4.2.1. Wettelijke regeling

De levering onder eigendomsvoorbehoud is geregeld in art 3:92BW en is in feite een levering onder opschortende voorwaarde. Onder eigendomsvoorbehoud wordt verstaan een beding in een titel tot overdracht van een zaak met de strekking dat de eigendom van die zaak ondanks aflevering wordt voorbehouden door de vervreemder totdat de door de verkrijger verschuldigde prestatie is voldaan.[[31]](#footnote-31)

### § 4.2.2. Vestiging

Een geldig eigendomsvoorbehoud op roerende zaken wordt bedongen bij het aangaan van de overeenkomst tot levering van de betreffende roerende zaak. Dit kan slechts ter zake van vorderingen betreffende de tegenprestatie voor door de vervreemder aan de verkrijger krachtens overeenkomst geleverde of te leveren zaken.[[32]](#footnote-32)

### § 4.2.3. Effectuering

De leverancier die onder een rechtsgeldig eigendomsvoorbehoud heeft geleverd kan de geleverde zaak revindiceren als zijn eigendom indien de verkrijger niet voldoet aan de opschortende voorwaarde.[[33]](#footnote-33) Een eventueel faillissement van de schuldenaar kan niet aan dit recht worden tegengeworpen nu de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak niet binnen het gehele vermogen van de schuldenaar valt.

### § 4.2.4. Invloed bodem(voor)recht

Een door de fiscus gelegd bodembeslag op de bodem van de belastingschuldige is ook van kracht op bodemzaken die onder eigendomsvoorbehoud geleverd zijn maar ten aanzien waarvan de opschortende voorwaarde nog niet is voldaan. Op grond van artikel 22.8.10 Leidraad Invordering 2008 is verhaal op zaken van een derde gerechtvaardigd indien de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de zaken aanleiding geeft deze zaken als zijn zaken aan te merken. Daarbij worden zaken geleverd onder eigendomsvoorbehoud als een voorbeeld hiervoor genoemd. De leverancier kan dit alleen tegen gaan door tijdig de bodemzaken te revindiceren, dat wil zeggen voor beslaglegging door de fiscus.

### § 4.2.5. Invloed 22bis IW 1990

Ter zake van de effectuering van het eigendomsvoorbehoud is met de wetswijziging een verandering opgetreden, deze verandering heeft echter daarna zijn effect verloren door de invoering van een uitzonderingspositie. Waar de leverancier eerst nog gehouden was een mededeling te doen op grond van artikel 22bis IW 1990 van zijn voornemen tot revindiceren, is deze per 1 april 2013 in artikel 22bis.1 van de Leidraad Invordering 2008 uitgezonderd van de mededelingsplicht. De leverancier zal aldus buiten faillissement probleemloos kunnen revindiceren en in faillissement moeten zorgen dat hij zijn rechten uitoefent voor dat de fiscus bodembeslag legt.

## § 4.3. Lease

### § 4.3.1. Wettelijke regeling

Leasing is de overeenkomst waarbij een persoon, de lessor, een goed in gebruik geeft aan een ander, de lessee, tegen een vergoeding, voor een bepaalde periode.[[34]](#footnote-34) Bij lease als zekerheidsrecht dient een onderscheid gemaakt te worden tussen twee vormen: financial lease en operational lease. De leaseovereenkomst is niet als zodanig opgenomen in de wet, er zijn echter wel regelingen in de wet en beleidsregels terug te vinden waar de leaseovereenkomst aan moet voldoen. Financial lease wordt ook wel getypeerd als een variant van de huurkoop waarop dezelfde wettelijke regelingen van overeenkomstige toepassing zijn.[[35]](#footnote-35) Daarnaast zijn de voorwaarden voor het kwalificeren van een leaseovereenkomst als operational lease opgenomen in de circulaire leaseregeling. [[36]](#footnote-36) Die voorwaarden zijn: indien de lessor zich als eigenaar van het leaseobject gedraagt, hij de juridische eigendom van het leaseobject heeft en hij positief en/of negatief restwaarderisico ten aanzien van het leaseobject loopt. Samenvattend is er sprake van operational lease als de lessor als fiscaal eigenaar van het lease-object wordt aangemerkt.

### § 4.3.2. Vestiging

Lease wordt gevestigd middels een overeenkomst waarbij de lessor de zaak financiert en ofwel bepaald is dat de lessee na afloop van de overeenkomst de eigendom van de zaak verkrijgt ofwel dat de eigendom van de geleasde zaak ook na de looptijd van het leasecontract bij de lessor blijft.

Bij financial lease financiert de lessor, meestal de leasemaatschappij, de zaak en betaalt de lessee, ofwel de ondernemer, het gefinancierde bedrag in vaste termijnen terug gedurende de looptijd van het leasecontract. Na afloop van het leasecontract gaat de eigendom van de zaak ofwel automatisch ofwel voor een relatief klein bedrag over op de lessee. De looptijd van het leasecontract is bij financial lease nooit langer dan de economische levensduur van de geleasde zaak.[[37]](#footnote-37)

Bij operational lease is het nooit de intentie van partijen om de eigendom van de geleasde zaak over te doen gaan. De lessor financiert wederom de zaak en de lessee krijgt tegen vergoeding het gebruiksrecht op de zaak. De contractsduur is echter korter dan de economische levensduur van de zaak. De lessor heeft dan ook de reële optie om na afloop van het contract de zaak te verkopen of opnieuw te leasen om zijn financiering terug te verdienen.[[38]](#footnote-38)

### § 4.3.3. Effectuering

Wanneer de lessee niet voldoet aan de voorwaarden uit het leasecontract heeft de lessor de mogelijkheid om de geleasde zaak te revindiceren als zijnde zijn eigendom nu bij beide vormen van lease geen sprake is van overgang van eigendom gedurende de looptijd van het leasecontract. Een eventueel faillissement kan niet aan de lessor tegengeworpen worden nu de geleasde zaak, evenals bij een levering onder eigendomsvoorbehoud, niet binnen het gehele vermogen van de schuldenaar valt.

### § 4.3.4. Invloed bodem(voor)recht

Een door de fiscus gelegd bodembeslag is ook van kracht op de zaken die geleverd zijn onder een leaseovereenkomst. Operational lease wordt echter gekwalificeerd als zijnde reëel eigendom van de lessor, de fiscus zal dit aldus op basis van de Leidraad invordering moeten respecteren. Hierdoor heeft het bodem(voor)recht slechts minimale invloed op de onder operational lease geleverde zaken. Daarentegen wordt financial lease niet aangemerkt als reëel eigendom van de lessor en staat niets de fiscus in de weg om deze bodemzaken uit te winnen teneinde de belastingschuld te vereffenen. De operational lessor kan dit derhalve slechts voorkomen door de bodemzaken te revindiceren vóór beslaglegging door de fiscus.

### § 4.3.4. Invloed 22bis IW 1990

Met de inwerkingtreding van art. 22bis werd ook de lessor, zowel operational als financial, gehouden om de fiscus een mededeling te zenden van het voornemen tot enige handeling betreffende de bodemzaken met als resultaat dat deze niet meer kwalificeren als bodemzaken. Per 1 april 2013 heeft de minister echter een uitzondering doorgevoerd voor de gevallen waarin sprake is van een zuiver voornemen tot het afvoeren van een bodemzaak en er sprake is van reële eigendom van de derde of vorm van aankoopfinanciering. Onder de voorwaarden zoals besproken in paragraaf 3. 2 is de lessor aldus uitgezonderd van de mededelingsplicht indien hij het voornemen heeft om de zaken van de bodem van de belastingschuldige af te voeren. Hierop zijn echter weer enkele uitzonderingen geformuleerd welke reeds zijn besproken in paragraaf 3.1. 3.

# Hoofdstuk 5: Visies van hoofdrolspelers

In deze paragraaf worden de visies besproken van de hoofdrolspelers in het werkveld met betrekking tot het bodem(voor)recht in reactie op de wetswijziging.

Allereerst zal de visie van INSOLAD, de Nederlandse vereniging van insolventieadvocaten, aan bod komen. Vervolgens zal besproken worden welke visie NVL, de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen, in hun brieven aan de minister hebben tentoongesteld. Aansluitend zal de visie van RCO, de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties, worden gedestilleerd aan de hand van de door deze raad gepubliceerde documenten. De visie van TWA, Troostwijk Waardering en Advies, zal daaropvolgend worden opgenomen. TWA adviseert en assisteert, als taxateur en veilinghuis, diverse partijen bij dreigende faillissementen. Er is met dhr. Bolweg, directeur van TWA een gesprek gevoerd om hun visie te achterhalen. De laatste partij waarvan de visie uiteen gezet wordt is ABN Amro Bank N.V. Er is hiervoor gesproken met dhr. Verhoeven en dhr. Van Sonsbeeck, beide legal counsels bij ABN Amro.

Zoals uit bovenstaande blijkt, vertegenwoordigen de gekozen partijen ieder een deel van de ondernemingsrechtelijke samenleving waar de wetswijziging effect op heeft.

## § 5.1. Nederlandse vereniging van insolventieadvocaten

INSOLAD is de Nederlandse vereniging van insolventieadvocaten. Vrijwel alle advocaten die gespecialiseerd zijn in het insolventierecht zijn lid van INSOLAD. Tot die advocaten behoren de curatoren die door de rechtbanken benoemd worden in faillissementen, maar ook advocaten die in het voortraject of tijdens faillissement optreden voor crediteuren, overnemende partijen en voor aandeelhouders. INSOLAD ziet zichzelf als het belangrijkste podium voor overleg over insolventierecht door deskundigen. De visie van INSOLAD wordt opgetekend aan de hand van de voorstellen die de vereniging heeft gedaan voor de wijziging van het bodem(voor)recht. Daarnaast zal gebruik worden gemaakt van de reacties van INSOLAD op de wetswijziging en de toelichting daarvan door de minister.

INSOLAD beschouwt het bodem(voor)recht als een ongelukkige wettelijke constructie, blijkt uit het eerste voorstel dat de vereniging naar de minister heeft gestuurd. Volgens de vereniging bemoeilijkt het bodem(voor)recht een reorganisatie van het bedrijf van de schuldenaar. Het bedrijf zou namelijk vlak voor de faillissementsdatum moeten worden stilgelegd aangezien de goederen niet langer op de bodem kunnen blijven. INSOLAD is van mening dat artikel 22bis IW 1990 geen oplossing is voor het probleem, maar vooral tot nieuwe procedures zal leiden tussen de belastingschuldige en zijn kredietverleners enerzijds en de Belastingdienst anderzijds. Naar het oordeel van INSOLAD is een alternatief voorhanden dat wel een oplossing biedt voor de gesignaleerde problemen, dit alternatief heeft de vereniging meerdere malen verwoord in een voorstel dat aan de verantwoordelijke minister is gezonden.

Volgens het voorstel dat INSOLAD naar de Tweede Kamer heeft gestuurd, zou het huidige stelsel waarbij de separatist, behoudens enkele hoger gerangschikte crediteuren, de gehele opbrengst behoudt, worden aangepast. De aanpassing die INSOLAD heeft voorgesteld houdt in, dat altijd een percentage van de tijdens faillissement gerealiseerde opbrengsten van verpande en verhypothekeerde goederen aan de boedel toekomt. In dit voorstel wordt het bodem(voor)recht in zijn geheel afgeschaft en vervangen door de nieuwe regeling.
De kern van het voorgestelde stelsel is dat de boedel in alle gevallen een vergoeding ontvangt ter hoogte van een percentage van de opbrengst van de goederen en dat in geval van verkoop door de curator aan de pand- en hypotheekhouder een zelfde percentage van de opbrengst toekomt als wanneer de pand- of hypotheekhouder zelf had verkocht.

Het door INSOLAD voorgedragen systeem van de percentage-afdracht sluit aan bij de regelingen die gelden voor zekerheidscrediteuren in voor ons land belangrijke rechtsstelsels, zoals die van Engeland, Frankrijk, Duitsland en de Verenigde Staten. De zekerheidscrediteuren moeten onder die rechtsstelsels in veel gevallen de verkoop van de goederen overlaten aan de curator, al dan niet in combinatie met de verplichting een percentage van de opbrengst aan de boedel af te dragen. Geen van de landen kent een met het bodem(voor)recht vergelijkbare positie van de fiscus.

INSOLAD heeft in eerste instantie eind november 2012 een voorstel gedaan met een vast percentage voor de afdracht van 20 procent van de opbrengst van het verpande of verhypothekeerde goed en een lager percentage van 15 voor onroerende zaken en daarop gevestigde beperkte rechten. Later, 13 december 2012, is er een gewijzigde versie aan de tweede kamer gezonden. In dit voorstel is er afgezien van het noemen van concrete percentages voor de boedelafdracht. INSOLAD heeft wel voorgesteld om de af te dragen vergoeding te berekenen aan de hand van de totale opbrengst van de goederen. In dit voorstel wordt opnieuw een onderscheid aangebracht tussen de opbrengst van onroerende zaken en daarop rustende beperkte rechten en de opbrengst van overige goederen. Naast de werking ten aanzien van de opbrengst op verpande of verhypothekeerde goederen wordt dit systeem overeenkomstig van toepassing verklaard op andere vormen van zakelijke zekerheid waarbij het goed dient als verhaalsobject voor de zekerheidscrediteur.

De wetgever heeft de voorstellen van INSOLAD ontvangen, hij heeft er echter voor gekozen om niet op deze voorstellen in te gaan.

## § 5.2. Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen

De Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen (NVL) behartigt de belangen van de algemene leasemaatschappijen in Nederland. De NVL heeft aan de basis gestaan van het Leasebesluit dat sinds 1999 regels geeft rond de verdeling van objecten van een insolvente onderneming tussen de ontvanger en leasemaatschappijen.

De NVL heeft meerdere malen een brief gezonden aan het ministerie van Financiën met haar standpunt en commentaar op de, toen nog aanstaande, wetswijziging. Helaas heeft er geen gesprek plaats gevonden met NVL waardoor de visie van deze hoofdrolspeler opgetekend zal worden aan de hand van de drie brieven die zij hebben opgesteld en gepubliceerd in reactie op de wetswijziging. [[39]](#footnote-39)

In hun brief van 27 september 2012 vraagt zij zich openlijk af of versterking van het bodem(voor)recht van de ontvanger een onaanvaardbare handelsbelemmering oplevert nu dit in Europees perspectief een unieke rechtsfiguur is. De NVL verwacht een stagnatie van leverancierskrediet en leveranties van duurzame productiemiddelen. Daarnaast verwacht de NVL een stilstand van de financiering van duurzame kapitaalgoederen voor het bedrijfsleven door banken en leasemaatschappijen waardoor ondernemers belemmerd zouden worden in de vervanging en uitbreiding van productiemiddelen. Leveranciers van deze productiemiddelen zullen volgens de NVL niet langer vertrouwen op hun eigendomsvoorbehoud maar vooruitbetaling verlangen. De NVL zag in het initiële voorstel een ernstige bedreiging van leasing als financieringsmethodiek voor het bedrijfsleven en daarmee de Nederlandse economie. Bovendien is de NVL van mening dat geen zorgvuldig handelend financier meer zal durven financieren op basis van bodemzaken aangezien de opbrengst daarvan in geval van faillissement naar de boedelcrediteuren gaat. De NVL stelt zich in deze brief op het standpunt dat de mededelingsplicht de snelle afwikkeling van een boedel en daarmee een doorstart belemmert.

In de brief van 25 oktober waarschuwt de NVL andermaal voor de effecten van het wetsvoorstel op de kredietverlening. Daarnaast stelt de NVL dat de fiscus door de wetswijziging wel nieuwe verhaalsrechten krijgt, namelijk op grond van lid 7 een rechtstreekse voorwaardelijke wettelijke vordering op de financier, indien deze niet aan de verplichtingen uit artikel 22bis voldoet.

Vervolgens heeft de NVL op 7 november 2012 een tweede reactie gegeven, ditmaal op door het ministerie van Financiën geformuleerde antwoorden op Kamervragen. In deze brief geeft de NVL aan dat de leasemaatschappijen een nauwe band hebben met de verleasede bodemzaak. Zij houden derhalve goed zicht op de ontwikkelingen bij de lessee en halen in geval van (dreigende) insolventie hun zaken terug. De NVL stelt dat het terughalen van de verleasede bodemzaak in veel gevallen met instemming van de lessee plaatsvindt. De lessee ziet hierin volgens de vereniging de kans om de lasten te verlichten teneinde het bedrijf te redden. Wanneer de leasemaatschappij vier weken moet wachten alvorens de bodemzaak terug te halen zal de ondernemer de leasetermijnen moeten blijven voldoen gedurende de wachttermijn. De noodlijdende onderneming is niet gebaat met deze voortdurende betalingsverplichting, aldus NVL. Een van de gevolgen van de wetswijziging die NVL noemt is dat bodemzaken ‘onleasebaar’ worden. De NVL vraagt zich bovendien af of de mededeling door de fiscus niet wordt gezien als verkapte melding betalingsonmacht en de fiscus dus, ook als er nog geen directe betalingsachterstand is op de belastingschuld, voor de zekerheid beslag gaat leggen.

De NVL heeft op 28 maart 2013 via hun website de volgende reactie gegeven op de doorgevoerde uitzondering voor zuivere voornemens tot afvoeren in combinatie met aankoopfinanciering of reële eigendom: *“De NVL verwelkomt de beperking van de fiscale meldplicht die werd ingevoerd in het Belastingplan 2013, ten gunste van leasemaatschappijen. Hierdoor wordt een belangrijke hindernis voor leasing aan het MKB weggenomen. Het Ministerie van Financiën is hiermee tegemoet gekomen aan de ernstige en legitieme bezwaren van de leasebranche tegen de maatregel. Het leasen van 'bodemzaken' als machines krijgt hiermee een belangrijke impuls.”* [[40]](#footnote-40)

## § 5.3. Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties

De Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties is het samenwerkingsverband van VNO-NCW, MKB-Nederland en LTO Nederland. Samen vormen zij de drie centrale ondernemingsorganisaties die Nederland telt.[[41]](#footnote-41)
VNO-NCW, MKB-Nederland en LTO Nederland hebben zitting in de Raad van de Centrale Ondernemingsorganisaties (RCO). Via deze organisatie laten ondernemers gezamenlijk hun stem horen.[[42]](#footnote-42) De visie van RCO wordt opgetekend aan de hand van de documenten die op de website van het vno-ncw zijn geplaatst.

Gevolg van de maatregel is volgens RCO dat de financiering van bedrijfsmiddelen voor alle ondernemingen duurder wordt, dan wel dat meer zekerheid moet worden geboden.

De maatregelen die het kabinet heeft genomen maken, in de ogen van RCO, de kredietverlening nog moeilijker dan het in deze tijd van economische crisis al was.

Het RCO beoordeelt de positie van de fiscus als comfortabel. De fiscus hoeft bij betalingsachterstanden niet meer direct in actie te komen, maar kan na de wetswijziging een melding van de kredietverlener rustig afwachten en indien nodig tijdig bodembeslag leggen. Wanneer de mededeling verzuimt wordt, dan kan de fiscus toch verhalen ondanks dat de fiscus in het voorgaande traject geen of zeer weinig actie heeft ondernomen tot inning van de achterstallige belastingschulden.

RCO is van mening dat de wetswijziging diverse ongewenste gevolgen met zich meebrengt, te weten:

* De wetswijziging maakt de rechten van leveranciers onder eigendomsvoorbehoud, huurverkopers en lessors illusoir en wordt ten onrechte als constructiebestrijding gepresenteerd.
* Leveranciers met een bedongen eigendomsvoorbehoud zullen contante betaling gaan verlangen waardoor lopend leverancierskrediet wordt getroffen en nieuwe leveringen zullen stagneren als de afnemer niet contant kan betalen. Hierdoor worden ondernemers onevenredig hard getroffen.
* Volgens het RCO zullen ook leasemaatschappijen en banken hun financieringsbeleid aanpassen met als gevolg dat ondernemingen alleen tegen hogere kosten of met het verlenen van extra zekerheden financiering voor hun (duurzame) productiemiddelen kunnen verkrijgen of dat financiering voor hen zelfs onmogelijk wordt.
* Er zal volgens het VNO-NCW en MKB Nederland een verschuiving plaatsvinden van Financial naar operational lease omdat operational lease op basis van de Leidraad invorderingen als reële eigendom moet worden gezien en aldus niet onder de meldingsplicht van artikel 22bis IW 1990 valt. Het risico van deze leasevorm is, volgens RCO, echter groter dan van financial lease waardoor ondernemingen voor de lease hogere financieringslasten moeten dragen.

Met de kwalificatie constructiebestrijding wordt in de memorie van toelichting vooral gedoeld op bodemverhuurconstructies. Daar de Hoge Raad het gebruik van bodemverhuurovereenkomsten onder voorwaarden heeft aanvaard is, volgens het RCO, de in het fiscale recht negatieve kwalificatie ‘constructie’ hier niet op haar plaats.

De visie van RCO op de recent toegevoegde uitzondering voor het zuivere voornemen tot afvoeren in combinatie met aankoopfinanciering of reële eigendom:

*“De schade die de meldingsplicht dreigde toe te brengen aan de kredietverlening aan, in het bijzonder het midden- en kleinbedrijf, wordt daarmee afgewend, zo stellen VNO-NCW en MKB-Nederland. “*

*“Door de meldingsplicht zou de fiscus altijd de eerste keuze hebben om belastingvorderingen te verhalen. Het zekerheidsrecht van de leverancier zou hierdoor niets meer voorstellen. Met als gevolg dat de kredietverlening duurder zou worden, aldus VNO-NCW en MKB-Nederland. Dat Weekers de meldingsplicht nu beperkt, is dus vooral goed nieuws voor het midden- en kleinbedrijf. Voor deze bedrijven blijkt kredietverlening vandaag de dag al lastig genoeg, aldus de beide organisaties. “* [[43]](#footnote-43)

## § 5.4. Troostwijk Waardering en Advies

Op 22 maart 2013 is er met Jeroen Bolweg, directeur van Troostwijk Waardering en Advies (TWA) gesproken in hun kantoor te Amsterdam. In deze paragraaf wordt de in dat gesprek geuite visie op de wetswijziging en de gevolgen daarvan kernachtig weergegeven. Troostwijk adviseert en assisteert bedrijven, banken en curatoren bij onder meer een dreigend faillissement. Troostwijk Waardering en Advies verzorgt taxaties van machines en bedrijfsinventarissen. Troostwijk bestaat sinds 1930 en is uitgegroeid tot het grootste industriële (online) veilinghuis van Europa.

De heer Bolweg verwacht, net als de minister, niet dat de wetswijziging drastische gevolgen gaat hebben voor de financiering van het bedrijfsleven. Hij is van mening dat er gekeken moet worden naar het moment waarop de financiering afgesloten wordt. De financieringsmaatschappij heeft op dat moment vertrouwen in de continuïteit van de onderneming. Het afsluiten van zekerheden heeft als doel de investering in te dekken voor het geval de onderneming tegen de verwachting in toch schulden opbouwt welke deze niet kan voldoen. Als de financieringsmaatschappij bij het afsluiten van het krediet van mening is dat de onderneming geen goede kans van slagen heeft, zal deze geen krediet verlenen.

Daarnaast verwacht de heer Bolweg dat de banken vaker hun zekerheden zullen omzetten naar reële eigendom middels zogenoemde sale & leaseback constructies als gevolg van de wetswijziging. De heer Bolweg acht het ook een reële mogelijkheid dat de fiscus niet binnen de voorgeschreven termijn van 4 weken zal reageren op mededelingen van zekerheidseigenaren. Enerzijds omdat hij verwacht dat onder andere banken zoveel mededelingen zullen doen dat de fiscus niet voldoende capaciteit heeft om iedere mededeling adequaat te onderzoeken, anderzijds ziet hij het als een mogelijkheid dat de fiscus in een groot aantal gevallen waarin zij geen probleem heeft met de gemelde voorgenomen handeling eenvoudigweg geen kennisgeving zal verzenden nu het gevolg daarvan voor de fiscus gelijk is als middels een kennisgeving toestemming verlenen voor het uitvoeren van de handeling. De verwachting binnen TWA is dat de fiscus alleen een kennisgeving zal verzenden indien zij zelf besluite beslag te gaan leggen op de betreffende bodemzaken.

De heer Bolweg geeft ook aan dat diverse partijen alternatieve voorstellen bij de minister hebben aangedragen. Hij merkt op dat de minister deze voorstellen ter zijde heeft geschoven zonder hier nader op in te gaan. De heer Bolweg is van mening dat het afdrachtspercentage wat INSOLAD in haar eerste voorstel heeft opgenomen veel te hoog is. INSOLAD heeft haar voorstel onder andere gebaseerd op het Duitse rechtssysteem, maar het percentage voor de boedelafdracht in Duitsland is volgens TWA veel kleiner dan hetgeen INSOLAD voorstelde. Het percentage wat door de Nederlandse Vereniging van Banken werd genoemd in hun position paper was ook veel lager dan het voorstel van INSOLAD. Dit is echter nooit in een concreet voorstel aan de minister aangeboden. De heer Bolweg is van mening dat ook dit systeem geen perfect alternatief is voor het bodem(voor)recht van de fiscus in zijn geheel. De bank is namelijk naast de fiscus een van de grootste schuldeisers en de heer Bolweg vraagt zich af waarom de banken zoveel zouden moeten bijdragen.

De heer Bolweg heeft ook zijn verwachtingen geuit met betrekking tot de door de ingevoerde mededelingsplicht verwachte omgangswijze met bedongen zekerheidsrechten door zekerheidseigenaren. Zijn visie ten aanzien van deze punten is meegenomen in Hoofdstuk 6: Omgangswijzen met bedongen zekerheidsrechten.

## § 5.5. ABN Amro

Woensdag 8 mei 2013 heeft er een gesprek plaatsgevonden met Rolf Verhoeven en Alexander van Sonsbeeck, beide legal counsel bij het hoofdkantoor van ABN Amro te Amsterdam, betreffende het bodem(voor)recht in het algemeen en de daaraan toegevoegde mededelingsplicht in het bijzonder. De visie van de ABN Amro ten aanzien van de wetswijziging wordt naar aanleiding van dit gesprek hier beknopt weergegeven.

De ABN Amro heeft nog geen volledig zicht op enige wijzigingen in de praktijk na inwerkingtreding van artikel 22bis IW 1990. Hetgeen hier weergegeven wordt zijn aldus de verwachtingen die zij hebben met betrekking tot wijzigingen in de praktijk.

In het gesprek geven ze aan dat in hun optiek door de toevoeging van de mededelingsplicht niet een einde is gekomen aan de discussie over het bestaansrecht van het bodem(voor)recht. Volgens beide legal counsels vinden alle bij het bodem(voor)recht betrokken partijen deze rechtsfiguur ‘een gedrocht’. ABN Amro is onder de indruk dat zelfs de fiscus onder voorwaarden bereid is afstand te doen van het bodem(voor)recht.

De legal counsels van ABN Amro hebben diverse bedenkingen bij de toevoeging van de mededelingsplicht aan het bodem(voor)recht in de Invorderingswet 1990. Zo zien zij de nieuwe mededelingsplicht als een oneerlijke toepassing van het recht. Zij zijn van mening dat de mededelingsplicht een bevooroordeling inhoudt van een der crediteuren namelijk de fiscus. Maar zodra je een der crediteuren op de hoogte stelt, dan zouden de andere crediteuren die kennis ook willen hebben.
Beide legal counsels hebben kritiek op de motivatie van de wetgever dat de toevoeging van de mededelingsplicht er mede toe zal moeten leiden dat de fiscus aan tafel komt bij gesprekken tussen noodlijdende ondernemingen en hun kredietverstrekkers. De heren vragen zich af welke toegevoegde waarde het met zich meebrengt om de fiscus deel te laten nemen aan deze gesprekken. De uitnodiging voor de fiscus om aan tafel te komen is volgens ABN Amro in feite een verkapte mededeling van dreigende insolventie. Bovendien geven ze aan dat de fiscus geen andere of uitgebreidere bevoegdheden heeft om van dienst te kunnen zijn in een dergelijk gesprek. De fiscus kan slechts uitstel van betaling verlenen en in een uitzonderlijk geval een gedeelte van de belastingschuld kwijtschelden. Daarnaast vragen de heren zich af waarom de fiscus aan tafel uitgenodigd moet worden, want als je een mededeling doet van een voornemen tot het uitwinnen van je zekerheidsrechten, dan is er al besloten om de kredietverlening aan de onderneming stop te zetten. Ten slotte zetten zij vraagtekens bij de capaciteit van de fiscus om bij iedere dreigende insolventie om de tafel te gaan met de onderneming en haar kredietverstrekkers.

De bank trekt ook de effectiviteit van de mededelingsplicht in twijfel. Het vermogen van de banken om middels reorganisatie van de zekerheden een faillissement te voorkomen is tot op heden immers altijd al heel groot geweest. De banken slagen er in de levensvatbaarheid van veel ondernemingen te bewaren door de onderneming in afgeslankte vorm te laten voortzetten. Op deze manier krijgen de crediteuren, waaronder ook de fiscus, hun vorderingen volledig voldaan.

ABN Amro geeft aan dat de drempel van € 10.000 waaronder geen mededelingsplicht geldt, niet in grote mate van belang is voor banken. De bodemzaken waar de banken pandrecht op hebben overstijgen grosso modo de drempel met gemak, deze bodemzaken zijn voornamelijk machines. De mogelijk toekomstige verlaging van de drempel naar € 5.000 zal voor de banken dan ook geen verschil maken in de handelwijze na inwerkingtreding van art. 22bis IW 1990.

Ook de laatst gemaakte uitzondering op de mededelingsplicht, voor vormen van zuivere aankoopfinanciering, heeft slechts in uitzonderlijke gevallen betrekking op de praktijk van de bank als kredietverstrekker. ABN Amro geeft aan dat banken over het algemeen een pandrecht overeen komen op alle roerende goederen en bestaande en toekomstige vorderingen. Hierdoor kan het niet gaan om ‘een individuele bodemzaak’ zoals vereist in de Leidraad Invordering 2008. De legal counsels zijn van mening dat maar een kleine hoeveelheid zekerheidseigenaren onder deze uitzonderingen zal vallen nu het volgens ABN Amro vereist is voor de uitzondering dat de zekerheidseigenaar de betreffende bodemzaken af moet voeren van de bodem van de belastingschuldige. Beide heren verwachten niet dat leasemaatschappijen regelmatig een beroep zullen gaan doen op deze uitzondering omdat de leasemaatschappij dan de geleasde zaak zal moeten afvoeren, wat vaak gepaard gaat met kosten voor demontage. Dit alles vergt capaciteit en kapitaal wat ten koste gaat van de opbrengst.

De ABN Amro zag het gebruik van de bodemverhuurmethode als een toepassing van hun zekerheidsrecht. Het is volgens hen in feite het omzetten van een bezitloos pandrecht in een vuistpandrecht, waarbij de zaken in de macht worden gebracht van de pandhouder door de bodem waarop deze zaken zich bevinden in de macht van de pandhouder te brengen. Hierdoor vergt het omzetten in vuistpand minder capaciteit en kapitaal en blijft de waarde van de zaken nagenoeg gelijk in tegenstelling tot de waardedaling na demontage van de zaken. ABN Amro is zich er van bewust dat er tussen belanghebbenden onderling gesproken wordt over de mogelijkheid om bewust de verplichte mededeling achterwege te laten en simpelweg bodemverhuur toe te passen, waarna de fiscus de executiewaarde kan vorderen tot een hoogte van maximaal de belastingschuld. De heren Verhoeven en Van Sonsbeeck geven echter aan dat zij in de regel geen overeenkomsten op basis van bodemverhuur meer zullen aangaan, hoewel zij dit na inwerkingtreding van de mededelingsplicht wel uitgebreid overwogen hebben. Het niet langer toepassen van bodemverhuurovereenkomsten motiveren zij als het respecteren van de wet en de wetgever nu deze in de Memorie van Toelichting heeft aangegeven dat bodemverhuur als een ongewenste constructie wordt gezien en de wetswijziging met name bedoeld is om het aangaan van bodemverhuurovereenkomsten te verhinderen. Bovendien geeft ABN Amro aan dat de hoogte van de belastingschuld in grote mate toeneemt op en na datum faillissement, door de zogenaamde art. 29 OB claim. De ABN Amro is daarentegen niet zeker of deze oplopende belastingschuld deel zal uitmaken van hetgeen de fiscus kan vorderen van de zekerheidseigenaar die ten onrechte niet gemeld heeft nu dit gaat om belastingschulden die zijn opgelopen nadat de bodemverhuur is toegepast.
Daarnaast geeft ABN Amro aan dat ze weliswaar deels de dekkingsgraad die ze door de mededelingsplicht verliezen op hun pandrechten kunnen opvangen met het afsluiten van hypotheekrechten, maar dat dit in veel gevallen niet mogelijk is aangezien er al een hypotheekrecht rust op de onroerende goederen van de belastingschuldige onderneming.

# Hoofdstuk 6: Omgangswijzen met bedongen zekerheidsrechten

In dit hoofdstuk worden vier verschillende omgangswijzen met bedongen zekerheidsrechten genoemd die als uitwerking hebben dat het bodem(voor)recht van de fiscus geen toepassing heeft op de betreffende zekerheidsrechten. Achtereenvolgens komen aan de orde het wegvoeren van nog niet beslagen bodemzaken, de toepassing van de bodemverhuurmethode, het doen van afstand van zekerheidsrechten en het uitvoeren van handelingen in de normale uitoefening van het beroep of bedrijf.

## § 6.1. Wegvoeren van nog niet beslagen bodemzaken

In deze situatie voert de zekerheidseigenaar met reëel eigendom voordat de fiscus bodembeslag heeft gelegd zijn zaken af die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden.[[44]](#footnote-44) De zekerheidseigenaar heeft zowel in als buiten faillissement de mogelijkheid om de bodemzaken af te voeren van de bodem.

### § 6.1.1. Relatie tot bodem(voor)recht

Door het wegvoeren van de zaken kwalificeren deze niet meer als bodemzaken. De fiscus heeft zodoende geen gelegenheid meer om het bodem(voor)recht te laten gelden ten aanzien van deze zaken.

### § 6.1.2. Toepasbaar onder 22bis IW 1990

De zekerheidseigenaar heeft ook na de inwerkingtreding van art. 22bis IW 1990 de mogelijkheid om zaken van de bodem van de belastingschuldige weg te voeren. Deze methode behelst het zuivere voornemen tot het afvoeren van de bodemzaak, derhalve is het mogelijk dat de zekerheidseigenaar onder een van de uitzonderingen op de mededelingsplicht te scharen valt.
Wanneer de zekerheidseigenaar tevens reëel eigenaar is in de zin van Leidraad invordering is hij vrijgesteld van de mededelingsplicht tenzij een van de zes situaties zoals genoemd in artikel 22.8.10, laatste alinea van de Leidraad van toepassing is.
Is het betreffende zekerheidsrecht bedongen in het kader van een vorm van aankoopfinanciering dan is er, zoals in paragraaf 3.1.2 reeds vermeld, geen mededeling vereist indien het een individuele bodemzaak betreft waarbij de initiële vordering nagenoeg gelijk is aan de aankoopwaarde van de bodemzaak en de afbetaling in termijnen overeenkomt met de economische levensduur van de bodemzaak. Ofschoon aan bovenstaande voorwaarden is voldaan geldt de mededelingsplicht onverkort indien er sprake is van een van excepties zoals benoemd in paragraaf 3.1.3.

### § 6.1.3. Veranderd gebruik praktijk na 22bis IW 1990

In veel gevallen is de zekerheidseigenaar uitgezonderd van de mededelingsplicht indien deze zuiver voornemens is de zaken van de bodem weg te voeren. In deze gevallen zal er geen verandering optreden in het gebruik hiervan in de praktijk. Of de zekerheidseigenaren die niet onder de uitzondering vallen en derhalve gehouden zijn hun voornemen mede te delen meer dan wel minder gebruik hiervan zullen maken is ten tijde van dit onderzoek nog niet uitgekristalliseerd.

## § 6.2. Toepassing bodemverhuurmethode

De bodemverhuurmethode is een alternatieve methode om bezitloze pandrechten om te zetten in vuistpandrechten. Het houdt in dat de belastingschuldige de bedrijfsruimte verhuurt aan de pandhouder.

### § 6.2.1. Relatie tot bodem(voor)recht

Door toepassing van de bodemverhuurmethode kwalificeert de bedrijfsruimte niet meer als ‘bodem van de belastingschuldige’ in de zin van de Invorderingswet 1990. Derhalve heeft de fiscus geen mogelijkheden meer om bodembeslag te leggen en de bodemzaken uit te winnen. Hoewel deze methode door de fiscus met regelmaat is bestreden is deze, onder voorwaarden, in de jurisprudentie als rechtsgeldig bevonden.[[45]](#footnote-45)

### § 6.2.2. Toepasbaar onder 22bis IW 1990

Wanneer de zekerheidseigenaar voornemens is een overeenkomst van bodemhuur aan te gaan zal hij hiervan een mededeling aan de fiscus moeten zenden en de ommekomst van de wachttermijn van 4 weken af moeten wachten.

In de praktijk wordt echter gewezen op een alternatieve route naast mededeling doen van het voornemen.[[46]](#footnote-46) De pandhouder kan immers ook de keuze maken zijn wettelijke plicht niet te vervullen, door geen mededeling te doen van zijn voornemen maar direct de bodemverhuur aangaan. In dat geval zal de fiscus de executiewaarde van de bodemzaken moeten vorderen en na het doorlopen van de procedure zal de pandhouder aan de fiscus de executiewaarde van de voormalige bodemzaken moeten vergoeden, tot een maximum van de belastingschuld.

### § 6.2.3. Veranderd gebruik praktijk na 22bis IW 1990

Volgens de heer Bolweg van Troostwijk zal de pandhouder voor deze alternatieve route, bewust niet mededelen, kiezen indien de belastingschuld van de belastingschuldige significant lager is dan de verwachte opbrengst van de bodemzaken. De pandhouder vergoedt dan de opbrengst van de bodemzaken aan de fiscus, tot de hoogte van de belastingschuld. De resterende executieopbrengst mag de pandhouder behouden. In geval van faillissement gaat de vergoeding aan de fiscus via de consequentieregeling dan buiten de boedel om. De voormalige bodemzaken behoren namelijk niet tot de failliete boedel, waardoor de curator geen grondslag heeft om een boedelbijdrage te verlangen.

Echter in het gesprek met legal counsels van ABN Amro is naar voren gekomen dat in ieder geval deze bank de zogenaamde alternatieve route niet bewust zal bewandelen, zoals ook al is besproken in paragraaf 5.5.
Toepassing van bodemverhuurovereenkomsten waarbij wel een mededeling aan de fiscus gezonden wordt zal in de praktijk niet of nauwelijks meer voorkomen. De wetgever heeft de wetswijziging ingevoerd om onder andere bodemverhuur te voorkomen en de fiscus zal zodra deze de kans krijgt zelf bodembeslag leggen in plaats van toestemming te verlenen voor de bodemverhuur.

## § 6.3. Afstand doen van zekerheidsrechten

Deze casus betreft de zekerheidseigenaar die nog een (gedeeltelijke) vordering open heeft staan bij de failliete belastingschuldige, maar ten gunste van de boedel afstand doet van zijn zekerheidsrecht. Dit is echter alleen mogelijk indien de zekerheidseigenaar hiervoor geen tegenprestatie uit de boedel ontvangt. De zekerheidseigenaar zal dit alleen doen wanneer hij er baat bij heeft om afstand te doen van zijn recht. Dit is in de praktijk wanneer hij op andere zekerheidsrechten een grotere opbrengst verwacht in verband met een going-concern verkoop van de failliete onderneming. Daarnaast is het mogelijk dat de zekerheidseigenaar buiten de boedel om van een derde een vergoeding ontvangt hiervoor.

### § 6.3.1. Relatie tot bodem(voor)recht

Als gevolg van deze afstand vervalt het fiscale bodembeslag en vloeien de betreffende bodemzaken terug in het vermogen van de gefailleerde belastingschuldige.[[47]](#footnote-47) De vordering van de fiscus op de executieopbrengst van de betreffende zaken is hoog preferent. De fiscus zal de opbrengst moeten delen met schuldeisers met een voorrecht van gelijke rang.

### § 6.3.2. Toepasbaar onder 22bis IW 1990

Voor de zekerheidseigenaar die afstand wil doen van zijn zekerheidsrecht ten gunste van de boedel vormt art. 22bis geen beletsel. Door het afstand doen van zijn rechten verandert de zekerheidseigenaar namelijk niet de status van bodemzaak.

### § 6.3.3. Veranderd gebruik praktijk na 22bis IW 1990

Het doen van afstand komt in de praktijk slechts sporadisch voor en de wetswijziging heeft geen effect op het gebruik hiervan nu er geen mededeling vereist is.

## § 6.4. Handelingen in de normale uitoefening

De zekerheidseigenaar kan zijn voorgenomen handeling uitvoeren als deze te scharen is onder de normale uitoefening van het beroep of bedrijf. Onder normale uitoefening moet ingevolge de Leidraad invordering worden verstaan vervangingsinvesteringen of andere handelingen die nadrukkelijk in het teken staan van de continuïteit van het bedrijf of beroep van de belastingschuldige zoals dat bedrijf ten tijde van die handeling wordt gevoerd respectievelijk het beroep wordt uitgeoefend.

### § 6.4.1. Relatie tot bodem(voor)recht

Wanneer de zekerheidseigenaar deze handeling uitvoert kwalificeren de betreffende zaken niet meer als bodemzaken. De fiscus heeft voorts geen gelegenheid meer om de zaken uit te winnen teneinde de belastingschuld te vereffenen.

### § 6.4.2. Toepasbaar onder 22bis IW 1990

Het uitoefenen van handelingen in de normale uitoefening van het beroep of bedrijf is onder art. 22bis geoorloofd nu ter deze zake een uitzondering is opgenomen in lid 3 van datzelfde artikel.

### § 6.4.3. Veranderd gebruik na 22bis IW 1990

Deze mogelijkheid om het bodem(voor)recht geen werking te laten hebben op de bodemzaken is ontstaan met de inwerkingtreding van de mededelingsplicht. De heer Bolweg van Troostwijk verwacht niet dat dit in significante mate gebruikt gaat worden door zekerheidseigenaren. De bodemzaken dienen immers vervangen te worden door andere, waarschijnlijk voordeligere, bodemzaken. Voor de zekerheidseigenaar is het weliswaar gunstig dat een bodemzaak verkocht wordt, maar niet dat met de opbrengst van die verkoop een vervangende bodemzaak aangekocht wordt. De belastingschuldige is immers al noodlijdend en de zekerheidseigenaar zal volgens Troostwijk voornemens zijn zoveel mogelijk van zijn vordering voldaan zien te krijgen.

# Hoofdstuk 7: Conclusies

In voorliggend rapport is getracht met het oog op het bodem(voor)recht de van belang zijnde zekerheidsrechten bij een faillissement of een noodlijdende onderneming te identificeren. Daarnaast is onderzocht welke invloed de toevoeging van de mededelingsplicht, artikel 22bis, aan het bodem(voor)recht in de Invorderingswet 1990 heeft op de hantering en effectuering van deze zekerheidsrechten voor de praktijk van de adviserend advocaat en de curator die de belangen behartigd van de gezamenlijke crediteuren. Hierbij zijn ook de visies meegenomen van enkele hoofdrolspelers in het werkveld met betrekking tot het bodem(voor)recht in het algemeen en de wetswijziging in het bijzonder. In dit hoofdstuk worden de belangrijkste conclusies uit het onderzoek puntsgewijs weergegeven.

## **Zekerheidsrechten**

### Bezitloos pandrecht

Dit is de enige vorm van pandrecht waarop het bodem(voor)recht grip heeft. Zaken in vuistpand behoren namelijk niet tot de bodem van de belastingschuldige.

### Eigendomsvoorbehoud

Deze vorm van zekerheid stellen voldoet niet aan de voorwaarden van reëel eigendom. De fiscus kan aldus met een beroep op haar bodem(voor)recht de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken uitwinnen. De derde heeft slechts de mogelijkheid te revindiceren indien er nog geen bodembeslag dan wel faillissementsbeslag is gelegd.

### Financial lease

Zaken geleverd in het kader van een financial lease overeenkomst worden, in tegenstelling tot zaken waarop operational lease van toepassing is, niet gekwalificeerd als zijnde reëel eigendom van de derde. De fiscus heeft aldus het recht om deze zaken uit te winnen ten behoeve van het vereffenen van de belastingschuld.

## Mededelingsplicht

### Bezitloos pandrecht

De pandhouder moet mededeling doen van zijn voornemen tot het uitoefenen van zijn rechten op zaken ten gevolge waarvan deze zaken niet meer kwalificeren als bodemzaken. Daarna zal hij de kennisgeving van de fiscus hieromtrent moeten afwachten.

### Eigendomsvoorbehoud

De eigendomsvoorbehouder is uitgezonderd van de mededelingsplicht. Artikel 22bis IW 1990 heeft aldus geen invloed op de hantering en effectuering hiervan.

### Financial lease

Ook de financial lessor zal mededeling moeten doen van zijn voornemen en de periode moeten afwachten.

## Omgangswijze

### Bodemverhuur

In het gesprek met TWA werd een andere verwachting over het gebruik hiervan geschetst dan in het gesprek met ABN Amro naar voren is gekomen. TWA verwachtte dat banken de bodemverhuurmethode onveranderd zouden blijven gebruiken, dat wil zeggen zonder voorafgaande mededeling van het voornemen hiertoe. ABN Amro geeft aan bodemverhuur niet rauwelijks toe te gaan passen. Onderzoeker verwacht op basis hiervan dat het gros van de banken deze opvatting deelt.

### Niet melden

Het uitvoeren van handelingen zonder voorafgaande mededeling aan de fiscus zal door zekerheidseigenaren gedaan worden in het geval dat de waarde van de bodemzaken min of meer gelijk is an de drempel. Daarnaast zal dit gebruikt worden in gevallen waarin de verwachte opbrengst significant hoger is dan de opgebouwde belastingschuld.

## Betekenis voor de praktijk

Wanneer bodemverhuur en andere toepassingen in de praktijk gebruikt worden zonder voorafgaande mededeling aan de fiscus heeft dit tot gevolg dat er, in faillissement, minder boedelactief is, nu de consequentieregeling buiten de boedel om gaat. Daarnaast is de belastingschuld hoger wanneer de fiscus niet op de hoogte is van de ongemelde handeling en aldus geen vergoeding van de executiewaarde zal vorderen.

De curator zal door de wetswijziging naar verwachting van de onderzoeker geen significant andere samenstelling gaan zien van zekerheidsrechten dan het geval was voor inwerkingtreding van art. 22bis IW 1990.

De adviserende advocaat zal rekening moeten houden met de mededelingsplicht in zijn advies. Wanneer hij adviseert om bijvoorbeeld stil pand om te laten zetten in vuistpand, zal hij de wezenlijke kans moeten afwegen dat de fiscus bodembeslag gaat leggen naar aanleiding van de verplichte mededeling.
De advocaat kan ook gebruik maken van de mededelingsplicht door te voorkomen dat de bodemzaken worden afgevoerd van de bodem. Hij kan dit doen door zorg te dragen voor zo min mogelijk zaken die kwalificeren als reëel eigendom.

# Hoofdstuk 8: Aanbevelingen

Naar aanleiding van de conclusies uit het voorgaande hoofdstuk zal in dit hoofdstuk enkele anbevelingen worden gedaan voor zowel de curator als de adviserend advocaat met betrekking tot de mededelingsplicht uit art. 22bis IW 1990.

De curator zal voortaan in overleg met de fiscus moeten treden omtrent de bij de fiscus gemelde voorgenomen handelingen uit het afgelopen jaar. Wanneer de curator in de boeken constateerd dat er handelingen zijn verricht waardoor zaken niet meer voldoen aan de kwalificatie van bodemzaak, zal de curator moeten nagaan of deze handelingen bij de fiscus zijn gemeld. De fiscus kan met de informatie van de curator binnen één jaar na de handeling de executiewaarde van die bodemzaak vorderen van de betreffende zekerheidseigenaar. De zekerheidseigenaar die onterecht niet gemeld heeft krijgt indien hij op tijd de executiewaarde verklaard en betaald een concurrente vordering ter hoogte van deze waarde op de belastingschuldige. Door de actie van de fiscus vermindert de openstaande belastingschuld die uit het boedelactief voldaan moet worden en blijft er meer over om naar evenredigheid van rang over de crediteuren te verdelen.

Zowel de curator als de adviserend advocaat zal moeten afwachten welke waarde de fiscus in de praktijk gebruikt om te bepalen of het samenstel van bodemzaken wel of niet onder het drempelbedrag valt.

Zowel de curator als de adviserend advocaat heeft er baat bij om de komende ontwikkelingen met betrekking tot art. 22bis IW 1990 op de voet te volgen. Het drempelbedrag wordt wellicht verlaagd naar € 5.000,- euro en het verzenden van de mededeling kan op termijn digitaal geschieden.

# Hoofdstuk 9: Evaluatie van het onderzoek

In dit hoofdstuk wordt teruggeblikt op het onderzoek en wordt de waarde en bruikbaarheid van de onderzoeksresultaten beoordeeld.
Het onderzoek is ruim van opzet geweest om zowel de wetswijziging als de huidige en toekomstige praktijk te omvatten. De onderzoeksopzet was om naast literatuuronderzoek, gesprekken te voeren met vertegenwoordigers van alle hoofdrolspelers op de markt die te maken hebben met het bodem(voor)recht en de mededelingsplicht. Helaas is dit voornemen niet makkelijk uitvoerbaar gebleken. Er zijn slechts gesprekken gevoerd met Troostwijk Waardering en Advies en met ABN Amro. Beide gesprekken zijn echter zeer waardevol geweest en hebben de onderzoeker vanuit een ander perspectief naar het vraagstuk laten kijken.
Spijtig genoeg heeft de fiscus niet gereageerd op de vele verzoeken om een afspraak. De bevoegdheden van de fiscus maken vanzelfsprekend een groot deel uit van dit onderzoek. Nu er geen gesprek heeft kunnen plaatsvinden zijn er enkele onduidelijkheden in dit onderzoek onopgehelderd gebleven. Doordat er genoeg literatuur voorhanden was is de onderzoeker echter van mening dat ook deze aspecten van het onderzoek afdoende beargumenteerd zijn.
Naast de fiscus is ook de NVL benaderd. Na enkele hoopvolle contacten heeft de vereniging echter de communicatie stil laten vallen nadat de uitzondering met betrekking tot aankoopfinanciering en reële eigendom doorgevoerd was. Ook dit gat is door de onderzoeker opgevuld met behulp van literatuur onderzoek.
De onderzoeker heeft meerdere banken benaderd, om zo een representatieve visie te krijgen van de gewijzigde praktijk binnen de kredietverstrekkers. Helaas is alleen ABN Amro bereid gevonden om mee te werken aan dit onderzoek. Hierdoor is het mogelijk dat de praktijk bij andere banken totaal verschilt van hetgeen is geconstateerd bij ABN Amro.

# Literatuurlijst

## Boeken:

Fiscaal commentaar, Invordering, 2001, Kluwer

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2007.

Vakstudie Invorderingswet, 2013, Kluwer

Wessels Insolventierecht II, par. Gevolgen van de faillietverklaring (1), 2012, Kluwer

## Jurisprudentie:

HR 26 januari 1981, NJ 1981, 656

HR 12 april 1985, NJ 1986, 808

HR 18 oktober 1991, NJ 1992, 298

HR 9 december 2011, JOR 2012/33

Hof Den Bosch B. nr. 4669

Rb Rotterdam 14 december 1990

Rb Zwolle 20 december 1990

Rb Den Bosch 11 april 1997

Rb Haarlem 4 juni 2003

Rb Den Bosch B. nr. 4105 en nr. 4323

1. Leidraad Invordering 2008, 22.8.10 [↑](#footnote-ref-1)
2. Fiscaal commentaar, Invordering, 2001, Kluwer blz 262 [↑](#footnote-ref-2)
3. Circulaire leaseregeling 28-06-2001, Stcrt. 2001, 122 [↑](#footnote-ref-3)
4. H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2007. [↑](#footnote-ref-4)
5. HR 18 oktober 1991, NJ 1992, 298 [↑](#footnote-ref-5)
6. Rb Den Bosch 11 april 1997 [↑](#footnote-ref-6)
7. Rb Haarlem 4 juni 2003 [↑](#footnote-ref-7)
8. Hof Amsterdam [↑](#footnote-ref-8)
9. Rb Den Bosch B. nr. 4105 en nr. 4323, Hof Den Bosch B. nr. 4669 [↑](#footnote-ref-9)
10. Rb Zwolle 20 december 1990 [↑](#footnote-ref-10)
11. Rb Rotterdam 14 december 1990 [↑](#footnote-ref-11)
12. Vakstudie invorderingswet aantekening 3.2.1. Roerende zaken [↑](#footnote-ref-12)
13. HR 26 januari 1981, NJ 1981, 656 [↑](#footnote-ref-13)
14. HR 9 december 2011, JOR 2012/33 [↑](#footnote-ref-14)
15. Toelichting ministeriële regeling. Artikel XVII onderdeel B [↑](#footnote-ref-15)
16. [www.Belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/Belastingdienst/zakelijk/bijzondere\_regelingen/mededeling\_zekerstelling\_recht\_op\_bodemzaak/geen\_mededeling](http://www.Belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/Belastingdienst/zakelijk/bijzondere_regelingen/mededeling_zekerstelling_recht_op_bodemzaak/geen_mededeling) [↑](#footnote-ref-16)
17. Belastingdienst.nl > Prive > programma’s en formulieren > jaaronafhankelijk > Mededeling artikel 22bis, Invorderingswet 1990 [↑](#footnote-ref-17)
18. Kamerstukken II 2012/13, 33 402, nr. 8, p.9. [↑](#footnote-ref-18)
19. http://actueel.deloitte.nl/diensten/belastingadvies/belastingplan-2013/uitbreiding-bodem(voor)recht/ [↑](#footnote-ref-19)
20. Art. 63a FW lid 1, laatste volzin [↑](#footnote-ref-20)
21. Wessels Insolventierecht II, par. Gevolgen van de faillietverklaring (1), 2012, Kluwer [↑](#footnote-ref-21)
22. Toelichting Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990, Artikel XVII, Onderdeel B [↑](#footnote-ref-22)
23. http://www.swdv-advocaten.nl/NL/259/nieuwsbrief.html [↑](#footnote-ref-23)
24. Art. 3:260 lid 1 BW [↑](#footnote-ref-24)
25. Art. 3:237lid 1 BW [↑](#footnote-ref-25)
26. Art. 3:248 lid 1 BW, art. 3:268 lid 1 BW [↑](#footnote-ref-26)
27. Art. 3:268 lid 2 BW [↑](#footnote-ref-27)
28. Art. 253 lid 1 BW [↑](#footnote-ref-28)
29. Art. 3:270 BW [↑](#footnote-ref-29)
30. Art. 182 lid 1 FW [↑](#footnote-ref-30)
31. H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2007. P. 415 [↑](#footnote-ref-31)
32. Art. 92 lid 1 BW [↑](#footnote-ref-32)
33. Art. 5:20 BW [↑](#footnote-ref-33)
34. H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2007. Nr. 196 [↑](#footnote-ref-34)
35. H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2007. Nr. 197 [↑](#footnote-ref-35)
36. Regelingnummer: RTB2001/2423M , 28 juni 2001, *Stcrt.* 2001, 122 [↑](#footnote-ref-36)
37. [www.nvl-lease.nl/equipment-leasing/leasing-uitgelegd/financieel-lease-en-operational-lease/wat-is-financial-lease/](http://www.nvl-lease.nl/equipment-leasing/leasing-uitgelegd/financieel-lease-en-operational-lease/wat-is-financial-lease/) [↑](#footnote-ref-37)
38. [www.nvl-lease.nl/equipment-leasing/leasing-uitgelegd/financieel-lease-en-operational-lease/wat-is-operational-lease/](http://www.nvl-lease.nl/equipment-leasing/leasing-uitgelegd/financieel-lease-en-operational-lease/wat-is-operational-lease/) [↑](#footnote-ref-38)
39. Open brief NVL tegen versterking bodemrecht fiscus, NVL, 27 september 2012 [↑](#footnote-ref-39)
40. [www.nvl-lease.nl/nieuws/actueel/?we\_objectID=42](http://www.nvl-lease.nl/nieuws/actueel/?we_objectID=42) [↑](#footnote-ref-40)
41. [www.vno-ncw.nl/over\_vnoncw/gelieerd\_aan\_vnoncw/rco/Pages/default.aspx#.UZdLFbXLp8E](http://www.vno-ncw.nl/over_vnoncw/gelieerd_aan_vnoncw/rco/Pages/default.aspx#.UZdLFbXLp8E) [↑](#footnote-ref-41)
42. [www.parlement.com/id/vh8lnhrq7yb1/werkgeversorganisaties](http://www.parlement.com/id/vh8lnhrq7yb1/werkgeversorganisaties) www.parlement .com > polder > beïnvloeding > werkgevers [↑](#footnote-ref-42)
43. www.vno-ncw.nl/Publicaties/Nieuws/Pages/Beperking\_fiscale\_meldplicht\_bodemrecht\_goed\_nieuws\_mkb\_2487.aspx#.UXlAirWpopM [↑](#footnote-ref-43)
44. Vakstudie Invorderingswet, art. 22 Invorderingswet 1990, aant. 4.19.1 [↑](#footnote-ref-44)
45. Hoge Raad 12 april 1985, NJ 1986, 808 [↑](#footnote-ref-45)
46. Onder andere door Dhr. Bolweg, directeur Troostwijk Waardering en Advies [↑](#footnote-ref-46)
47. Vakstudie Invorderingswet, art. 22 Invorderingswet 1990, aant. 4.19.3 [↑](#footnote-ref-47)