**Het fiscale bodemvoorrecht anno 2013**

Het grootste ‘cadeau’ voor de curator

****

Foto: J.J. de Vorst

**Afstudeerscriptie HBO-Rechten**

Naam: A.J.C. (Sharon) de Rijder

Studentnummer: 2035358

Opleiding: HBO-Rechten, Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg

Jaar/blok: Jaar 4, blok 3 en 4

1e stagedocent: mevrouw mr. T. Wielders

2e stagedocent: mevrouw mr. A. Cobben

Stagementor: mevrouw mr. S. el Ayoubi

Tilburg, mei 2013

**Het fiscale bodemvoorrecht anno 2013**

Het grootste ‘cadeau’ voor de curator

**Afstudeerscriptie HBO-Rechten**

Naam: A.J.C. (Sharon) de Rijder

Studentnummer: 2035358

Opleiding: HBO-Rechten, Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg

Jaar/blok: Jaar 4, blok 3 en 4

1e stagedocent: mevrouw mr. T. Wielders

2e stagedocent: mevrouw mr. A. Cobben

Opdrachtgever: VDT Advocaten & Mediators

Stagementor: mevrouw mr. S. el Ayoubi

Tilburg, mei 2013

**Voorwoord**

In september 2008 ben ik begonnen aan de studie HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Deze opleiding sluit ik af met een stage bij VDT Advocaten & Mediators (hierna: VDT Advocaten). Van februari tot en met mei 2013 heb ik hier met veel plezier mijn afstudeerscriptie geschreven.

Het afstudeerrapport dat voor u ligt is bestemd voor VDT Advocaten. Het onderwerp van dit onderzoek komt voort uit de wetswijziging in het fiscale bodemvoorrecht die per 1 januari 2013 is ingevoerd. VDT Advocaten is actief in het rechtsgebied faillissementsrecht en wil voorzien zijn van de actuele informatie omtrent de wetswijziging. De vraag naar advisering door de betrokken partijen in een faillissement over het bodemvoorrecht groeit gestaag. Daarnaast treedt VDT Advocaten regelmatig op als curator in faillissementen. Dit gaf mij de gelegenheid uitgebreid onderzoek te doen naar de gevolgen van de wetswijziging. Wanneer VDT Advocaten optreedt als curator in faillissementen of betrokken partijen in een faillissement adviseert in haar hoedanigheid van advocaat, weet zij hoe het fiscale bodemvoorrecht anno 2013 in elkaar steekt.

Informatie die u in dit onderzoek leest, heb ik ingewonnen uit bestaande bronnen. Ik heb bestaande informatie over het fiscale bodemvoorrecht geanalyseerd en gestructureerd. Daarnaast heb ik praktijkonderzoek verricht bij VDT Advocaten, waarbij ik onderzocht hoe het faillissementsproces verloopt. Tevens had ik de planning om de Belastingdienst te interviewen met betrekking tot het bodemvoorrecht per 1 januari 2013. Ik wilde een interview houden waarbij ik vragen zou stellen over hoe de fiscus omgaat met de mededelingsplicht en of reeds is overlegd tussen de fiscus en de banken naar aanleiding van een mededeling. Helaas bleek na telefonisch contact met de heer J.J.P. Coeleveld van de Belastingdienst te ’s-Hertogenbosch dat er nog geen mededelingen in het kader van het nieuwe bodemvoorrecht zijn binnengekomen, waardoor het interview niet kon plaatsvinden. Indien in de toekomst mededelingen worden gedaan, biedt dit wellicht verdere onderzoeksmogelijkheden.

Graag wil ik een aantal partijen bedanken die mijn stage en mijn onderzoek mogelijk hebben gemaakt. Als eerste wil ik een dankwoord uitbrengen aan mijn school, de Juridische Hogeschool te Tilburg, voor het aanbieden van de stageperiode. Mijn stagedocent, mevrouw mr. T. Wielders, ben ik dankbaar voor de begeleiding tijdens mijn stage alsmede voor de feedback op het onderwerp van mijn onderzoek.

Daarnaast wil ik VDT Advocaten bedanken voor het aanbieden van deze bijzonder interessante stageplaats. In het bijzonder wil ik mijn stagementor, mevrouw mr. Samira el Ayoubi, bedanken voor haar begeleiding tijdens mijn stageperiode en de begeleiding gedurende het schrijven van dit onderzoek. Door haar kritische terugkoppeling is mijn stageonderzoek geworden zoals het nu is. Tot slot wil ik mijn andere collega’s van VDT Advocaten bedanken voor de ondersteuning tijdens het schrijven van mijn scriptie.

Met veel enthousiasme heb ik gewerkt aan dit verfrissende onderzoek. Ik hoop van harte dat VDT Advocaten dit onderzoek goed kan gebruiken en dat het een duidelijk inzicht geeft omtrent het bodemvoorrecht anno 2013.

Sharon de Rijder

Tilburg, mei 2013

**Samenvatting**

Deze scriptie is de uitwerking van een onderzoek dat is verricht met als doel te beschrijven welke gevolgen de wetswijziging in het fiscale bodemvoorrecht per 1 januari 2013 heeft voor de faillissementspraktijk van VDT Advocaten. Vanaf 4 februari tot en met 10 mei 2013 is het onderzoek verricht en verwerkt in deze scriptie. Dit onderzoek is op 27 mei 2013 opgeleverd.

Op 18 december 2012 is de Eerste Kamer akkoord gegaan met het Belastingplan 2013. Hierdoor werd er vanaf 1 januari 2013 een wijziging doorgevoerd in het bodemvoorrecht. Na artikel 22 van de Invorderingswet 1990, is artikel 22bis toegevoegd. Hierdoor wordt beoogd dat de Belastingdienst een sterkere positie krijgt. Deze wijziging houdt in dat de houders van pandrechten of andere derden die geheel of gedeeltelijk recht hebben op een bodemzaak, een mededelingsplicht hebben. Hierdoor zijn zekerheidshouders verplicht de fiscus te informeren wanneer zij hun rechten op bodemzaken willen uitoefenen. Daarna heeft de fiscus vier weken de tijd om zijn verhaalsrecht op de bodemzaken uit te oefenen. De fiscus respecteert uitsluitend de reële eigendom bij het leggen van bodembeslag. Indien de mededeling niet wordt gedaan of er wordt geen rekening gehouden met de wettelijke termijn dan heeft dit consequenties voor de zekerheidshouder. Zo kan de fiscus de zekerheidshouder verplichten de openstaande belastingschulden van de bodemzaken aan de fiscus te betalen met een maximum van de executiewaarde van de bodemzaken. Doordat het bodemvoorrecht wijzigt, heeft dit invloed op de insolventiepraktijk. VDT Advocaten is een advocatenkantoor en zij treedt bij faillissementen op als curator. Daarnaast adviseert VDT Advocaten haar cliënten op het gebied van insolventierecht. Het is derhalve cruciaal om op de hoogte te zijn van de gevolgen van wijzigingen in het insolventierecht. Dit onderzoek zal duidelijkheid bieden over de wetswijziging die vanaf 1 januari 2013 werking heeft. De medewerkers van VDT Advocaten kunnen door middel van de resultaten uit dit onderzoek meteen zien wat de wetswijziging inhoudt. De verschillen tussen het oude recht en het nieuwe recht wordt duidelijk en ook de posities van de betrokken partijen van voor en na de wetswijziging worden verduidelijkt in het onderzoek.

In dit rapport wordt antwoord gegeven op de vraag welke gevolgen de wetswijziging in het fiscale bodemvoorrecht heeft voor de faillissementspraktijk van VDT Advocaten. Door het schrijven van een onderzoeksplan is het onderzoek gestart. Er is gebruik gemaakt van bestaande documentatie, wetten en jurisprudentie. De onderzoeksmethoden die zijn toegepast zijn inhoudsanalyse en praktijkonderzoek. Door inhoudsanalyse is de informatie geanalyseerd die nodig was bij het beantwoorden van de centrale vraag. Vervolgens is deze informatie gestructureerd. Vanuit de praktijk is het faillissementsproces geobserveerd en zijn documenten (dossiers) onderzocht. Dit is verwerkt in de scriptie.

De conclusie is dat er voor de curator niet veel verandert. Indien de pandhouder overgaat tot executie vlak voor een faillissement zonder mededeling te doen aan de fiscus of zonder zich te houden aan de wachttijd, moet de curator de rechtshandeling onderzoeken in het kader van paulianeus handelen. De curator kan de rechtshandeling dan vernietigen. Dit deed de curator reeds in de situatie vóór 1 januari 2013. Aanbevolen wordt dat VDT Advocaten haar cliënten adviseert een pandrecht te vestigen op niet-bodemzaken of op bodemzaken met een waarde onder de € 10.000,00. In geval van leasing is het verstandig te kiezen voor operationele lease, zodat sprake is van reële eigendom en de fiscus bij bodembeslag zich niet kan verhalen op die zaken. Daarnaast wordt aanbevolen de derde in overleg te laten treden met de fiscus alvorens de mededeling wordt gedaan. Door de wetswijziging is de fiscus te allen tijde bevoorrecht en kan geen partij de fiscus omzeilen. Indien de fiscus nog geen bodembeslag heeft gelegd en het faillissement wordt uitgesproken, vindt een omslag plaats in de faillissementskosten. Dit betekent dat het bodemvoorrecht anno 2013 een groot cadeau is voor de curator.

**Lijst van afkortingen**

*AT* mr. A.J. Tekstra

*B.V.* besloten vennootschap

*BW*  Burgerlijk Wetboek

*Fw* Faillissementswet

*HR*  Hoge Raad der Nederlanden

*HvJ Eu* Hof van Justitie van de Europese Unie

*Insolad* Vereniging Insolventierecht Advocaten Insolad

*Iw 1990* Invorderingswet 1990

*JH* Prof. mr. J.J. van Hees

*JOR*  Jurisprudentie Onderneming & Recht

*Leidraad Invordering* Leidraad Invordering 2008, vastgesteld door de Staatssecretaris van

Financiën

*MvT* Memorie van Toelichting

*NF* mr. N.E.D. Faber

*NJ*  Nederlandse Jurisprudentie

*NJF* Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak

*PvS* Prof. mr. P. van Schilfgaarde

*Recofa*  Landelijk overleg van rechters-commissarissen insolventie

*Recofa-richtlijnen* Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling vastgesteld

*faillissementen* door Recofa

*Rb.* Rechtbank

*Rv.* Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

*Separatistenregeling* de separatistenregeling bijlage E bij de Recofa-richtlijnen faillissementen

*Stcrt* Staatscourant

*Wsnp*  Wet schuldsanering natuurlijke personen

*VDT Advocaten* VDT Advocaten & Mediators

Inhoudsopgave

**Samenvatting**

**Lijst van afkortingen**

[**1. Inleiding** 1](#_Toc357180351)

[1.1 Beschrijving van de organisatie 1](#_Toc357180352)

[1.2 De probleembeschrijving 1](#_Toc357180353)

[1.3 De centrale vraag en de subvragen 3](#_Toc357180354)

[1.4 Bronnen en methoden 3](#_Toc357180355)

[1.5 De interne en externe doelstelling 4](#_Toc357180356)

[**2. Theoretisch kader bodemvoorrecht** 5](#_Toc357180357)

[2.1 Het bodemvoorrecht van de fiscus 5](#_Toc357180358)

[2.2 Voor welke belastingen geldt het bodemvoorrecht? 5](#_Toc357180359)

[2.3 Definitie bodemzaken 5](#_Toc357180360)

[2.3.1 Begrip roerende zaken 6](#_Toc357180361)

[2.3.2 Begrip bodem 6](#_Toc357180362)

[2.3.3 Begrip stoffering van de bodem 6](#_Toc357180363)

[2.4 Samenvatting 7](#_Toc357180364)

[**3. Het bodemvoorrecht vóór 1 januari 2013** 8](#_Toc357180365)

[3.1 Bodemvoorrecht versus bezitloos pandrecht 8](#_Toc357180366)

[3.2 Bodemvoorrecht versus vuistpand: de bodemverhuurconstructie 8](#_Toc357180367)

[3.2.1 Bodemverhuurconstructie en jurisprudentie 9](#_Toc357180368)

[3.3 De posities van de partijen vóór 1 januari 2013 10](#_Toc357180369)

[3.3.1 De fiscus 10](#_Toc357180370)

[3.3.2 De pandhouder 11](#_Toc357180371)

[3.3.3 De overige derden met een eigendomsrecht 12](#_Toc357180372)

[3.3.3.1 De lessor 12](#_Toc357180373)

[3.3.3.2 De leverancier onder eigendomsvoorbehoud 14](#_Toc357180374)

[3.3.3.3 De huurverkoper 14](#_Toc357180375)

[3.3.3.4 Rechtsmiddelen derden 15](#_Toc357180376)

[3.3.3.5 De curator 15](#_Toc357180377)

[3.3.3.6 De gefailleerde ondernemer 16](#_Toc357180378)

[3.4 Samenvatting 16](#_Toc357180379)

[**4. Het bodemvoorrecht na 1 januari 2013** 18](#_Toc357180380)

[4.1 De wetswijziging 18](#_Toc357180381)

[4.1.1 De mededeling 18](#_Toc357180382)

[4.1.2 Na de mededeling 18](#_Toc357180383)

[4.1.3 Het bodembeslag van de fiscus 19](#_Toc357180384)

[4.1.4 Sancties voor derden bij niet-melden of bij niet-houden aan de wachttijd 19](#_Toc357180385)

[4.2 Overgangstermijn voor bestaande zekerheden 20](#_Toc357180386)

[4.3 De posities van de partijen na 1 januari 2013 20](#_Toc357180387)

[4.3.1 De fiscus 20](#_Toc357180388)

[4.3.2 De pandhouder 20](#_Toc357180389)

[4.3.3 De overige derden met een eigendomsrecht 21](#_Toc357180390)

[4.3.4 De lessor 21](#_Toc357180391)

[4.3.5 Samenwerking derde die rechten wil uitoefenen en fiscus 22](#_Toc357180392)

[4.3.6 De curator 23](#_Toc357180393)

[4.4 Samenvatting 23](#_Toc357180394)

[**5. De faillissementspraktijk bij VDT Advocaten** 25](#_Toc357180395)

[5.1 De curatoren en insolventiemedewerkers van VDT Advocaten 25](#_Toc357180396)

[5.1.2 Benoemingsbeleid van de rechtbank 25](#_Toc357180397)

[5.1.2.1 Toedeling faillissementen 25](#_Toc357180398)

[5.2 De opstartfase 26](#_Toc357180399)

[5.2.1 De benoeming 26](#_Toc357180400)

[5.2.2 Opvragen uittreksels KvK en Kadaster 26](#_Toc357180401)

[5.2.3 Aanmaken faillissementsdossier 27](#_Toc357180402)

[5.2.4 Contact opnemen met de bestuurder 27](#_Toc357180403)

[5.2.4.1 Afspraak met de bestuurder 28](#_Toc357180404)

[5.2.5 Brieven uitdoen 28](#_Toc357180405)

[5.3 Het verloop 29](#_Toc357180406)

[5.3.1 Voortzetten failliete onderneming 29](#_Toc357180407)

[5.3.2 Indiening van de vorderingen 29](#_Toc357180408)

[5.3.3 Het bodemvoorrecht van de fiscus 30](#_Toc357180409)

[5.3.4 De pandhouder 31](#_Toc357180410)

[5.3.5 Verslaglegging richting de rechtbank 31](#_Toc357180411)

[5.4 De verificatie 32](#_Toc357180412)

[5.5 De renvooiprocedure 32](#_Toc357180413)

[5.6 De afwikkeling 33](#_Toc357180414)

[5.6.1 Vernietiging 33](#_Toc357180415)

[5.6.2 Opheffing 33](#_Toc357180416)

[5.6.3 Akkoord 33](#_Toc357180417)

[5.6.4 Vereenvoudigde afwikkeling 34](#_Toc357180418)

[5.6.5 Vereffening 34](#_Toc357180419)

[5.6.5.1 Opmaken uitdelingslijst en depot uitdelingslijst 35](#_Toc357180420)

[5.6.5.2 Verzet en cassatie tegen uitdelingslijst 35](#_Toc357180421)

[5.6.5.3 Verbindende uitdelingslijst en uitdeling crediteuren 35](#_Toc357180422)

[5.6.5.4 Rekening en verantwoording 35](#_Toc357180423)

[5.7 Samenvatting 35](#_Toc357180424)

[**6. Conclusies en aanbevelingen** 37](#_Toc357180425)

[6.1 Conclusies 37](#_Toc357180426)

[6.1.1 Het theoretisch kader van het bodemvoorrecht 37](#_Toc357180427)

[6.1.2 De wetswijziging 37](#_Toc357180428)

[6.1.3 De positie van de fiscus 38](#_Toc357180429)

[6.1.4 De positie van de pandhouder 38](#_Toc357180430)

[6.1.5 De positie van de overige derden 38](#_Toc357180431)

[6.1.6 De positie van de curator 39](#_Toc357180432)

[6.2 Aanbevelingen 39](#_Toc357180433)

**Literatuurlijst**

**Jurisprudentielijst**

**Bijlagen**

1. InleidingIn dit hoofdstuk wordt de organisatie en het probleem binnen de organisatie beschreven. De centrale vraag en de deelvragen worden genoemd en worden verantwoord onder het kopje bronnen en methoden. Tot slot wordt de doelstelling in het onderzoek geformuleerd.

## 1.1 Beschrijving van de organisatie

VDT Advocaten en Mediators is een advocatenkantoor uit Tilburg. Zij adviseert en begeleidt voornamelijk ondernemers in alle juridische facetten van het zakendoen.

Bij VDT Advocaten zijn elf advocaten werkzaam, van wie er vier in de maatschap zitten. Iedere advocaat heeft zijn of haar eigen specialisatie. VDT Advocaten adviseert en begeleidt in de volgende rechtsgebieden:

* Ondernemingsrecht
* Contractenrecht
* Algemene voorwaarden
* Arbeids- en ambtenarenrecht
* Milieu en onroerend goed
* Ruimtelijke ordening
* IT vraagstukken
* Insolventierecht
* Invordering & incasso
* Beslag en Executie
* Zorg

Alle advocaten worden ondersteund door een team van vier secretaresses. Er één persoon werkzaam bij VDT Advocaten die de administratie verzorgt van het kantoor.

Vier van de elf advocaten hebben zich gespecialiseerd in het insolventierecht middels een specialisatieopleiding (Insolad) en treden regelmatig op als curator in faillissementen. Het kantoor telt twee bewindvoerders die de wettelijke schuldsaneringen natuurlijke personen (WSNP) op het kantoor begeleiden. Naast hun werkzaamheden als bewindvoerder bieden zij ondersteuning aan de curators in faillissementen. Er is één insolventiesecretaresse die de insolventieadvocaten en de bewindvoerders ondersteunt.

## 1.2 De probleembeschrijving

Op grond van artikel 1 lid 1 Fw kan de schuldenaar die in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen bij rechterlijk vonnis failliet worden verklaard. De schuldenaar verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen indien er is voldaan aan het pluraliteitsvereiste. Dit vereiste houdt in dat er sprake moet zijn van meerdere schuldeisers. Er moet aan de voorwaarde zijn voldaan dat de schuldenaar niet meer betaalt.[[1]](#footnote-1) Daarnaast moet er minimaal één van de vorderingen van de schuldeisers opeisbaar zijn.[[2]](#footnote-2) Op het moment van faillietverklaring omvat het faillissement het gehele vermogen (de boedel) van de schuldenaar en al het vermogen dat hij gedurende het faillissement verwerft.[[3]](#footnote-3) Dit wordt het fixatiebeginsel genoemd.

Verschillende partijen spelen een rol in het faillissement. De *curator* wordt benoemd door de rechtbank. Het is de taak van de curator om de boedel te beheren. Dit gebeurt onder toezicht van de *rechter-commissaris*. De *schuldenaar* – oftewel de *failliet* - verliest de beschikking over en het beheer van zijn vermogen. De *schuldeisers* spelen een grote rol in het faillissement. De schuldenaar is ten slotte opgehouden met betalen aan hen. Op grond van art. 3:277 lid 1 BW bestaat er een gelijkheid van crediteuren, de *paritas creditorium*. Dit is behoudens door de wet erkende redenen van voorrang. In een faillissement zijn de schuldeisers als volgt onder te verdelen:

* *Boedelschuldeisers:* deze worden onmiddellijk en als eerste uit de boedel betaald en indien er geen baten zijn om deze te betalen, wordt er een rangorde vastgesteld. Deze schulden zijn door of ná faillietverklaring ontstaan door toedoen van de curator of ingevolge de wet. Er zijn twee soorten boedelschuldeisers: de algemene en de bijzondere. Algemene boedelschulden zijn bijvoorbeeld het salaris van de curator en bijzondere boedelschulden zijn de kosten die gemaakt worden, bijvoorbeeld de huur over de opzegtermijn van een bedrijfspand.
* *Separatisten:* deze schuldeisers hebben een voorrang op grond van artt. 3:278 jo. 3:279 BW. Deze voorrang vloeit voort uit een pandrecht, hypotheekrecht, voorrecht en uit de andere in de wet aangegeven gronden. Separatisten kunnen buiten het faillissement om executeren ex. art. 57 lid 1 Fw.
* *Wettelijk preferente schuldeisers*: dit zijn schuldeisers die op grond van de wet recht op voorrang hebben ex. art. 3:278 BW. Dit zijn bijvoorbeeld werknemers die nog salaris tegoed hebben van de failliet.[[4]](#footnote-4)
* *Feitelijk preferente schuldeisers*: deze schuldeisers hebben een voorrang op grond van een bepaald feitencomplex zoals eigendomsvoorbehoud, recht van reclame of retentierecht.[[5]](#footnote-5)
* *Fiscus*: de fiscus heeft een hoog preferente positie in het faillissement.
* *Concurrente crediteuren*: dit zijn de overige schuldeisers die geen voorrang hebben in het faillissement.

Op 18 december 2012 is de Eerste Kamer akkoord gegaan met het Belastingplan 2013. Hierdoor werd er vanaf 1 januari 2013 een wijziging doorgevoerd in het bodemvoorrecht.[[6]](#footnote-6) Na artikel 22 van de Invorderingswet 1990, is artikel 22bis toegevoegd. Hierdoor wordt beoogd dat de Belastingdienst een sterkere positie krijgt. Deze wijziging houdt in dat de houders van pandrechten of andere derden die geheel of gedeeltelijk recht hebben op een bodemzaak, een mededelingsplicht hebben. Hierdoor zijn zekerheidshouders verplicht de fiscus te informeren wanneer zij hun rechten op bodemzaken willen uitoefenen. Daarna heeft de fiscus vier weken de tijd om zijn verhaalsrecht op de bodemzaken uit te oefenen. Indien de mededeling niet wordt gedaan of er wordt geen rekening gehouden met de wettelijke termijn dan heeft dit consequenties voor de zekerheidshouder. Zo kan de fiscus de zekerheidshouder verplichten de openstaande belastingschulden van de bodemzaken aan de fiscus te betalen met een maximum van de executiewaarde van de bodemzaken.

Doordat het bodemvoorrecht wijzigt, heeft dit invloed op de insolventiepraktijk. VDT Advocaten & Mediators (hierna: VDT Advocaten) is een advocatenkantoor en zij treedt bij faillissementen op als curator. Daarnaast adviseert VDT Advocaten haar cliënten op het gebied van insolventierecht. Het is derhalve cruciaal voor VDT Advocaten om op de hoogte te zijn van de gevolgen van wijzigingen in het insolventierecht. Dit onderzoek zal duidelijkheid bieden over de wetswijziging die vanaf 1 januari 2013 werking heeft. De medewerkers van VDT Advocaten & Mediators kunnen door middel van de resultaten die dit onderzoek gaat opleveren meteen zien wat er is veranderd in de wetgeving. De verschillen tussen het oude recht en het nieuwe recht wordt duidelijk en ook de posities van de betrokken partijen van voor en na de wetswijziging worden verduidelijkt in het onderzoek.

## 1.3 De centrale vraag en de subvragen

Welke gevolgen heeft de wijziging in het bodemvoorrecht die per 1 januari 2013 is ingevoerd voor de faillissementspraktijk van VDT Advocaten & Mediators?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden zullen de volgende subvragen worden behandeld:

1. *Wat is het theoretisch kader van het bodemvoorrecht?*
2. *Hoe zat het bodemvoorrecht tot 1 januari 2013 in elkaar?*
3. *Wat houdt de bodemverhuurconstructie in en hoe werd deze toegepast?*
4. *Wat houdt de wetswijziging in?*
5. *Wat betekent de wetswijziging voor de positie van de fiscus, de pandhouder, de overige derden en de curator?*
6. *Hoe verloopt het faillissementsproces bij VDT Advocaten?*
7. *In welke fase van het faillissementsproces bij VDT Advocaten kan het bodemvoorrecht een rol spelen?*

## 1.4 Bronnen en methoden

Ter beantwoording van de hoofdvraag en de daarbij behorende subvragen zal onderzoek worden gedaan naar rechtsbronnen, literatuur, documenten en jurisprudentie. De onderzoeksmethode die wordt toegepast is inhoudsanalyse. Er wordt gebruik gemaakt van bestaande wetten, jurisprudentie, documenten en literatuur. Door inhoudsanalyse wordt de informatie geselecteerd die nodig is bij het beantwoorden van de deelvragen en tot slot bij het uitwerken van de centrale vraag. In deze scriptie wordt de situatie van het bodemvoorrecht vóór 1 januari 2013 geschetst en de situatie na deze datum. Voornamelijk wordt het insolventierecht geraadpleegd: de faillissementswet en de Invorderingswet 1990. Voor het zoeken van relevante jurisprudentie en documenten wordt er gebruik gemaakt van rechtsorde.nl, rechtspraak.nl en andere databanken waar uitspraken te vinden zijn, zoals SDU Online of Kluwer Online. Ook de Kamerstukken worden geraadpleegd en recente artikelen over de wetswijziging. Er wordt in vakliteratuur gezocht naar informatie, zoals in actuele juridische tijdschriften (bijvoorbeeld Advocatenblad, Ars Aequi). Ook het intranet van Insolad (insolventieadvocaten) wordt geraadpleegd.

Naast het onderzoeken van de bestaande rechtsbronnen, wordt er een praktijkonderzoek uitgevoerd. Het bodemvoorrecht wordt vanuit verschillende invalshoeken bekeken, namelijk vanuit de theorie en vanuit de praktijk. Deze combinatie van onderzoeken wordt triangulatie genoemd. De situatie en de processen bij VDT Advocaten worden geobserveerd om zo tevens een duidelijk beeld te krijgen van de processen in de praktijk. Er wordt geobserveerd hoe de partijen (de fiscus, de pandhouder en de curator) omgaan met het bodemvoorrecht in een faillissement. Daarnaast worden bestaande documenten onderzocht.[[7]](#footnote-7)

Wellicht zijn er knelpunten te vinden in de nieuwe wet. De pro’s en contra’s van de nieuwe wet worden tegen elkaar afgewogen in deze scriptie. De praktijk, maar ook de opinies en standpunten van rechtsgeleerden kunnen bijdragen aan een oordeelsvorming over het nieuwe bodemvoorrecht.

## 1.5 De interne en externe doelstelling

De interne doelstelling is om voor 27 mei 2013 een onderzoeksrapport op te leveren waarin staat in hoeverre de wijziging in het bodemvoorrecht de positie van de fiscus, de curator/de boedel, de pandhouder en eventuele andere schuldeisers beïnvloedt in een faillissement.

Regelmatig schakelen cliënten de hulp in van VDT Advocaten als het gaat om insolventierecht. Het is hiervoor van belang dat VDT Advocaten is voorzien van de meest actuele informatie rondom dit rechtsgebied. Daarnaast is VDT Advocaten regelmatig curator in faillissementen. Dan moeten de posities van de betrokken partijen duidelijk zijn voor de curator, maar ook voor de andere betrokkenen bij een faillissement. Onderzocht wordt in hoeverre de wijziging in het bodemvoorrecht de positie van de fiscus, de curator/de boedel, de pandhouder en eventuele andere schuldeisers beïnvloedt in een faillissement, zodat VDT Advocaten de kennis hiervan draagt wanneer zij als curator optreedt in een faillissement en wanneer zij cliënten adviseert. Hierop kan VDT Advocaten haar strategie/werkwijze aanpassen in faillissementen in de hoedanigheid van curator of wanneer zij cliënten adviseert. Dit beslaat de externe doelstelling van het onderzoek.

# 2. Theoretisch kader bodemvoorrecht

In dit hoofdstuk wordt het theoretisch kader van het bodemvoorrecht van de fiscus behandeld. Tevens wordt het begrip bodemzaken toegelicht. De begrippen worden toegelicht door middel van jurisprudentie.

## 2.1 Het bodemvoorrecht van de fiscus

Het voorrecht op bodemzaken wordt het ‘bodemvoorrecht’ genoemd. De fiscus heeft een algemeen voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige op grond van art. 21 lid 1 Iw 1990. Op grond van lid 2 van dat artikel gaat dit voorrecht boven alle andere voorrechten met uitzondering van die van artt. 3:287 jo. 3:288 onder a BW (vordering gelaedeerde op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker van de schade) en de kosten van de faillissementsaanvraag. Ook art. 3:284 BW wordt uitgezonderd (kosten behoud van een goed) voor zover de kosten gemaakt zijn na dagtekening van het aanslagbiljet.

Op grond van art. 21 lid 2 IW 1990 gaat het voorrecht van de fiscus tevens boven een pandrecht dat rust op een zaak als bedoeld in art. 22 lid 3 IW 1990, die zich op de bodem van de belastingschuldige bevindt en tegen inbeslagneming waarvan derden zich op die grond niet kunnen verzetten. Met dit artikel kan de fiscus zich via beslaglegging verhalen op zaken van derden, die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden. In geval van faillissement behoudt het tevens deze rang.

## 2.2 Voor welke belastingen geldt het bodemvoorrecht?

Op grond van art. 22 lid 3 Iw 1990 geldt de regeling uitsluitend voor de zakelijke belastingen. Het bodemvoorrecht geldt alleen ten aanzien van de openstaande belastingen genoemd in dit artikel:

* De loonbelasting ten laste van inhoudingsplichtigen met uitzondering van naheffingsaanslagen ter zake van huispersoneel;
* De omzetbelasting, alsmede de belasting van personenauto’s en motorrijwielen ten laste van een ander dan degene op wiens naam het kenteken is gesteld;
* De accijns;
* De verbruiksbelastingen van alcoholvrije dranken en pruimtabak en snuiftabak;
* De in art. 1 van de Wet belastingen op milieugrondslag genoemde belastingen;
* De dividendbelasting;
* De kansspelbelasting ten laste van inhoudingsplichtigen; en
* De assurantiebelasting,

Tevens:

* Uitnodigingen tot betaling;
* Ingevolge art. 2 lid 2 onderdeel c, met een belastingaanslag gelijkgestelde beschikkingen inzake heffingsrente, inzake bestuurlijke boeten die worden opgelegd in verband met vorenbedoelde naheffingsaanslagen, inzake bestuurlijke boeten als bedoeld in hoofdstuk 9 van de Algemene douanewet, inzake compenserende rente of inzake kosten van ambtelijke werkzaamheden.

Het bodemvoorrecht kan niet worden toegepast bij beslaglegging van een persoonlijke belastingschuld zoals inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting.

## 2.3 Definitie bodemzaken

Bij het begrip *bodemzaken* kan onderscheid worden gemaakt tussen drie categorieën op grond van art. 22 lid 3 Iw 1990:

* Ingeoogste of nog niet ingeoogste vruchten;
* Roerende zaken tot bebouwing of gebruik van het land;
* Roerende zaken tot stoffering van een huis of landhoef.

In deze scriptie wordt ingegaan op de derde categorie. Deze is voor de praktijk van het meeste belang. In faillissementen wordt de hele roerende inventaris als bodemzaken beschouwd, met name meubilair en machines.[[8]](#footnote-8)

Om als bodemzaak te worden aangemerkt, moet er sprake zijn van *roerende zaken* die zich tijdens de beslaglegging op de *bodem* van de belastingschuldige bevinden en die dienen tot *stoffering van de bodem*.

## 2.3.1 Begrip roerende zaken

Een bodemzaak dient een roerende zaak te zijn. Roerende zaken zijn alle zaken die niet onroerend zijn op grond van art. 3:3 lid 2 BW. Onroerende zaken zijn zaken die niet kunnen worden verplaatst, zoals een stuk grond. Indien er natrekking heeft plaatsgevonden als bestanddeel van een onroerende zaak op grond van art. 5:3 BW wordt de roerende zaak een onroerende zaak en is het niet meer te kwalificeren als een bodemzaak. Dit is ook het geval bij zaaksvorming ex. art. 5:16 lid 1 BW. Voor het uitoefenen van het bodemvoorrecht dient er sprake te zijn van zaken die verplaatsbaar zijn.

## 2.3.2 Begrip bodem

De Hoge Raad heeft bepaald dat de *bodem* van de belastingschuldige het perceel of een gedeelte van een perceel is dat op het tijdstip van de beslaglegging feitelijk in gebruik is bij de belastingschuldige en waar hij onafhankelijk van andere de beschikking over heeft.[[9]](#footnote-9) Het begrip perceel wordt zeer ruim opgevat. Daartoe behoren ook de binnenplaats van een woonhuis, een kantoor, een fabriek met fabrieksterrein of een bedrijfsruimte.[[10]](#footnote-10) Ook het medegebruik van de bodem valt onder het begrip bodem. Samenwonenden hebben bijvoorbeeld een woonhuis gezamenlijk in gebruik. Ook ondernemers die samen een bedrijfsruimte huren en bepaalde ruimten samen gebruiken, worden ieder afzonderlijk als gebruiker van die bodem aangemerkt.[[11]](#footnote-11) Zoals bepaald in eerdergenoemde jurisprudentie is het begrip bodem van feitelijke aard. De bodem hoeft niet in eigendom te zijn van de belastingschuldige. De vraag is of de bodem gebruikt wordt door belastingschuldige en dat hij toegang heeft tot de bodem zonder dat hij hiervoor toestemming nodig heeft.

## 2.3.3 Begrip stoffering van de bodem

Zaken die dienen tot stoffering van de bodem moeten het doel dienen waarvoor die bodem door de gebruiker is bestemd. Het is de vraag of de zaken bestemd zijn om het bedrijf duurzaam te (gaan) dienen.[[12]](#footnote-12) Hierdoor valt de handelswaar c.q. voorraad buiten zaken die dienen tot stoffering van de bodem, nu deze een tijdelijk karakter heeft. Deze zaken zijn namelijk niet bestemd het bedrijf duurzaam te dienen. Het antwoord op de vraag of showroommodellen bodemzaken zijn was eerst verdeeld in de rechtspraak. Rechtbanken kwamen o.a. in de zaken Rabobank/Van As, Quint q.q./ING en Wilco Engineering/Van Zeijl q.q. tot de conclusie dat showroommodellen (o.a. keukens, slaapkamermeubels en bubbelbaden die als showroommodellen opgesteld staan) bodemzaken waren.[[13]](#footnote-13) De zaak Wilco Engineering/Van Zeijl deed zich voor bij het Hof in Arnhem en zij oordeelde dat showroombubbelbaden geen bodemzaken vormden.[[14]](#footnote-14)

Ook het Hof Amsterdam beschouwde showroommodellen niet als bodemzaken[[15]](#footnote-15). Hierbij haalde het Hof de memorie van toelichting bij de Invorderingswet 1990 naar voren. Showroommodellen dienen niet tot het gebruik van de ruimte waarin zij zijn geplaatst. De Hoge Raad gaf het Hof Amsterdam recent gelijk in deze. Showroommodellen behoren tot de handelswaar voor de bedrijfsactiviteit waarvoor het gebouw juist dient. Daarnaast worden de modellen met regelmaat vervangen door een nieuwer model. De conclusie was dat showroommodellen niet strekken tot duurzaam gebruik van de winkel of showroom waarin zij zijn opgesteld. Derhalve dienen tot stoffering van de bodem in de zin van art. 22 lid 3 Iw 1990.[[16]](#footnote-16)

Voor pandhouders met een bezitloos pandrecht op showroommodellen is de uitspraak van de Hoge Raad zeer gunstig geweest. Het betekent dat de fiscus geen bodemvoorrecht kan uitoefenen op deze zaken, omdat deze zaken geen bodemzaken zijn. Door deze uitspraak van de Hoge Raad is de kwalificatie ‘bodemzaken’ met betrekking tot showroommodellen verduidelijkt.

## 2.4 Samenvatting

De fiscus heeft op grond van art. 21 lid 1 Is 1990 een algemeen voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige. Op grond van lid 2 van dit artikel gaat het voorrecht van de fiscus tevens boven een pandrecht dat rust op een zaak die zich op de bodem bevindt van de belastingschuldige. In geval van een faillissement blijft dit het geval. Het bodemvoorrecht geldt enkel voor openstaande zakelijke belastingen en niet voor persoonlijke belastingen.

Bodemzaken zijn roerende zaken die zich tijdens de beslaglegging op de bodem van de belastingschuldige bevinden en die dienen tot stoffering van de bodem. Het dient te gaan om een zaak die verplaatsbaar is. Onder de bodem wordt verstaan (een gedeelte van) een perceel dat op het moment van beslaglegging wordt gebruikt door de belastingschuldige. De belastingschuldige dient onafhankelijk van een derde toegang te hebben tot de bodem. Daarbij maakt het geen verschil of de bodem door meerdere personen wordt gebruikt of dat de bodem niet in eigendom is van de belastingschuldige. Van stoffering van de bodem is sprake indien de zaken die op de bodem staan het doel dienen van die bodem. De vraag is of de zaken bestemd zijn om de onderneming duurzaam te dienen. Handelswaar valt bijvoorbeeld buiten de stoffering van de bodem. Handelswaar heeft een tijdelijk karakter en is niet bestemd om de onderneming duurzaam te gaan dienen. Uit jurisprudentie is gebleken dat ook showroommodellen niet zijn te kwalificeren als bodemzaken.

# 3. Het bodemvoorrecht vóór 1 januari 2013

In dit hoofdstuk wordt het bodemvoorrecht vóór 1 januari 2013 uiteengezet. Het bodemvoorrecht wordt afgezet tegen het bezitloos pandrecht en het vuistpand. Door de bodemverhuurconstructie kan de pandhouder een zaak in vuistpand nemen. Vervolgens wordt er ingegaan op de mening van de rechtspraak over deze constructie. Tot slot worden de posities van de partijen beschreven in het kader van het bodemvoorrecht vóór 1 januari 2013.

## 3.1 Bodemvoorrecht versus bezitloos pandrecht

Het bodemvoorrecht van de fiscus gaat dus op grond van art. 21 lid 2 IW 1990 boven een bezitloos pandrecht op bodemzaken. In dat geval bevinden de zaken zich namelijk op de bodem van de belastingschuldige en heeft de belastingschuldige onafhankelijk van een derde de beschikking over de bodem. Bij vestiging van een bezitloos pandrecht worden de zaken niet in de macht van de pandhouder gebracht, omdat de pandgever de zaken bijvoorbeeld nodig heeft voor uitoefening van zijn onderneming. Indien er sprake is van een bezitloos pandrecht in een faillissement, is de curator op grond van art. 57 lid 3 Fw gehouden de belangen van de fiscus te behartigen omdat de fiscus een bevoorrechte schuldeiser is. De opbrengst van de verpande zaken wordt dan afgedragen aan de fiscus na omslag van de faillissementskosten. Het bezitloos pandrecht behoudt deze rang in geval van faillissement. Dit betekent dat omzetting naar een vuistpand, hetgeen betekent dat de zaken in de macht worden gebracht van de pandhouder, na faillietverklaring van de belastingschuldige niet meer mogelijk is.

## 3.2 Bodemvoorrecht versus vuistpand: de bodemverhuurconstructie

Om te voorkomen dat de fiscus de pandhouder voor is met het uitoefenen van zijn bodemvoorrecht, moest de pandhouder haar bezitloos pandrecht omzetten in een vuistpand. Op grond van art. 3:237 lid 3 BW vorderde de bezitloos pandhouder afgifte van de zaken wanneer de kredietnemer – oftewel de pandgever – niet meer betaalde. Door die afgifte raakten de zaken in de macht van de pandhouder en werd het bezitloos pandrecht een vuistpand.

In de loop der jaren heeft zich een alternatief voorgedaan die grootschalig werd toegepast door kredietverstrekkers. De zaken werden niet van de bodem van de pandgever weggehaald, maar het vuistpand werd gevestigd door de bodem van de pandgever weg te halen. Dit wordt de *bodemverhuurconstructie* genoemd. De bodem waarop de verpande zaken zich bevinden wordt dan (tijdelijk) gehuurd door de pandhouder van de belastingplichtige. Dit heeft als gevolg dat de bodem niet langer meer in de macht van de pandgever is, maar van de pandhouder. De pandgever verliest hierdoor haar beschikking over de bodem. Kortom, het bezitloos pandrecht is omgezet in een vuistpand nu de zaken in de macht zijn gebracht van de pandhouder. De pandhouder krijgt hierdoor het exclusieve gebruik van de bodem van de pandgever. Door deze constructie wordt er niet meer voldaan aan art. 22 lid 3 IW 1990 en kan de fiscus geen beslag leggen op die zaken, omdat deze zich simpelweg niet bevinden op de bodem van de belastingplichtige. Bij een faillissement gaat het vuistpand voor op het bodemvoorrecht van de fiscus.

Het toepassen van de bodemverhuurconstructie heeft ten opzichte van het vorderen van afgifte van de verpande zaken vele voordelen. Wanneer de zaken vanaf de verhuurde bodem worden verkocht, leveren deze zaken vaak meer op dan wanneer deze na vordering van afgifte van de verpande zaken worden geëxecuteerd. Daarnaast wordt er met deze constructie kosten bespaard voor het afvoeren en het extern opslaan van de verpande zaken. Ook blijven de zaken onbeschadigd doordat de zaken niet worden losgekoppeld, vervoerd en dergelijke.[[17]](#footnote-17)

Deze constructie bood de pandhouder de mogelijkheid om de fiscus te slim af te zijn. Echter valt erover te twisten of deze constructie al dan niet toelaatbaar is in faillissementen in het kader van paulianeus handelen. Indien een rechtshandeling wordt aangemerkt als paulianeus handelen, kan de curator de handeling vernietigen op grond van art. 42 lid 1 Fw. Voor een succesvol beroep op art. 42 lid 1 Fw dient er sprake te zijn van een onverplichte rechtshandeling, benadeling van schuldeisers en wetenschap van die benadeling.

## 3.2.1 Bodemverhuurconstructie en jurisprudentie

De bodemverhuurconstructie werd door de Hoge Raad in 1985 toelaatbaar geacht.[[18]](#footnote-18) Echter, de laatste jaren is de rechtspraak verdeeld geweest over de toelaatbaarheid van de bodemverhuurconstructie. De constructie werd in 1997 door de rechtbank Breda gezien als een verplichte rechtshandeling[[19]](#footnote-19), waardoor er geen beroep gedaan kon worden op art. 42 lid 1 Fw. Door andere rechtbanken[[20]](#footnote-20) werd de bodemverhuurconstructie gezien als een onverplichte rechtshandeling waarbij geen sprake was van benadeling. Ook hier slaagde een beroep op de faillissementspauliana niet.

In 2010 was de rechtbank Breda van mening dat de bodemverhuurconstructie en de verplichting tot het vooruitbetalen van de huurpenningen wel paulianeuze rechtshandelingen betreffen.[[21]](#footnote-21) De rechtbank oordeelde dat door het toepassen van de bodemverhuurconstructie de fiscus zich niet langer vóór de pandhouder op de bezitloos verpande zaken kan verhalen. Ook is de boedel benadeeld omdat de pandhouder niet bijdraagt in de algemene faillissementskosten. De afspraak tussen de pandhouder en de vennootschap dat de huurpenningen over de eerste drie maanden vooruit moeten worden betaald, was voor de gezamenlijke crediteuren een bezwaarlijke clausule. In deze zaak werd de overeenkomst van de bodemverhuur dan ook vernietigd.

In recentere rechtspraak heeft het Gerechtshof te Arnhem bepaald dat toepassing van de bodemverhuurconstructie door de bank niet paulianeus is.[[22]](#footnote-22) In deze zaak slaagde het beroep van de curator op art. 42 Fw niet. Het hof oordeelde dat er geen sprake was van benadeling van schuldeisers. De keuze van de bank voor de verhuurconstructie als alternatief voor het wegvoeren en elders opslaan van de verpande zaken, leidde niet tot benadeling van de schuldeisers. De mogelijke verslechtering van de positie van de fiscus en de boedel is het gevolg van het tijdig omzetten door de bank van het bezitloos pandrecht in een vuistpand waardoor de pandhouder een positie voor de fiscus kreeg. In het voorgaande is te zien dat er geen peil te trekken is op de toelaatbaarheid van de bodemverhuurconstructie.

In de jurisprudentie is echter wel een aantal voorwaarden uitgesproken met betrekking tot de bodemverhuurconstructie. Er moet sprake zijn van een reële huurconstructie. Noch de kredietnemer, noch de curator mag in staat zijn om het gehuurde te betreden. Zoals in paragraaf 2.2.1 uiteengezet, de pandhouder dient het *exclusieve gebruik* te hebben over het gehuurde. Van medegebruik door de kredietnemer of de curator mag evenmin sprake zijn. Het gehuurde bevat uitsluitend de verpande zaken en andere zaken van de bedrijfsvoering mogen niet op deze bodem staan. Bovendien dient er een marktconforme vergoeding betaald te worden voor de huur van de bodem door de pandhouder.[[23]](#footnote-23)

*Voorbeeld: Onderneming X is een kozijnenfabriek. Onderneming X fabriceert onder andere kozijnen, deuren, dakkappellen, serres, schuifpuien, garage- en tuindeuren, luiken en hang- en sluitwerken. Om deze goederen te fabriceren gebruikt Onderneming X een groot aantal machines. Onderneming X heeft ten behoeve van een krediet bij de bank een zekerheid verschaft. Onderneming X heeft de machines aan de bank verpand. Onderneming X heeft al een aantal betaaltermijnen gemist van de bank. De bank besluit zijn bezitloos pandrecht om te zetten in een vuistpand. In plaats van afgifte van de goederen, gebeurt dit middels de bodemverhuurconstructie. Er wordt voor deze constructie gekozen, omdat dit makkelijker is. Het betreffen grote, zware machines en op deze manier hoeft de bank de goederen niet af te voeren en ergens op te slaan. Beschadiging van de machines wordt voorkomen doordat de machines niet vervoerd hoeven te worden. Daarnaast is het bij executie vaak aantrekkelijker voor een koper om de machines te zien op de plaats waar deze gebruikt werden. De machine kan dan eventueel nog werkend gezien worden door een koper. Indien de bank de machine elders zou opslaan, zou dit niet kunnen. Doordat de bank het exclusieve gebruik dient te hebben tot het gehuurde, wordt de gehuurde bodem afgezet zodat alleen de bank toegang heeft tot die bodem. Op de bodem mogen alleen de verpande machines staan. Andere zaken van onderneming X mogen niet op deze bodem staan. Indien er bij de machines bijvoorbeeld een stoel stond, moet dit van de bodem afgehaald worden.*

## 3.3 De posities van de partijen vóór 1 januari 2013

In hoofdstuk 2.1, de probleembeschrijving, werden de betrokken partijen bij een faillissement reeds genoemd. In deze scriptie wordt de nadruk gelegd op de fiscus, de pandhouder en de curator. In deze paragraaf worden de posities van deze partijen bekeken in de situatie van het bodemvoorrecht vóór 1 januari 2013.

## 3.3.1 De fiscus

De positie van de fiscus werd eerder in dit hoofdstuk reeds besproken. Op grond van de wet heeft hij een algemeen voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige.[[24]](#footnote-24) Daarnaast heeft hij het bodemvoorrecht. Het voorrecht van de fiscus op bodemzaken gaat voor een bezitloos pandrecht op die bodemzaken. Op grond van art. 22 lid 3 Iw 1990 kan de fiscus beslag leggen op zaken van derden die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden. Dit betreft een executoriaal beslag.

Door een bodembeslag worden met name leasemaatschappijen en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud geraakt. De fiscus hanteert namelijk een eigen begrip van het eigendom. De fiscus respecteert enkel het *reële eigendom* van de derde indien de zaken zowel juridisch eigendom zijn van de derde, als in economisch opzicht in overwegende mate aan hem toebehoren. Verhaal op de zaken van een derde door de fiscus is hierdoor toegestaan indien uit de feitelijke omstandigheden blijkt dat tussen de belastingschuldige en de zaken een economische verhouding bestaat en deze zaken aan te merken zijn als de zaken van de belastingschuldige. [[25]](#footnote-25) Dus de curator zal op grond van art. 57 lid 3 Fw de belangen moeten behartigen van de fiscus met betrekking tot de bodemzaken.

Voor 1 januari 2013 kon de pandhouder de fiscus ‘een loer draaien’ door het bezitloos pandrecht om te zetten in een vuistpand voordat er bodembeslag door de fiscus werd gelegd door het toepassen van een bodemverhuurconstructie. Zoals eerder beschreven, moest de bodemzaak dan ‘in de macht’ gebracht worden van de pandhouder. Hierdoor kwalificeerde deze zaken zich niet meer als bodemzaak en greep de fiscus mis.

Op grond van art. 182 lid 1 Fw worden de algemene faillissementskosten omgeslagen over ieder deel van de boedel. De pandhouders worden hierbij uitgezonderd. Onder algemene faillissementskosten wordt verstaan de kosten die op wettige wijze zijn gemaakt voor het afwikkelen van een faillissement. Het salaris van de curator wordt gerekend tot de algemene faillissementskosten. In de uitspraak Verdonk q.q./Ontvanger heeft de Hoge Raad bepaald dat het vrije boedelactief moet worden vastgesteld na de omslag van de algemene faillissementskosten.[[26]](#footnote-26) De opbrengst van de bodemzaken wordt derhalve omgeslagen over de boedel. Indien er nog actief is na het voldoen van de algemene faillissementskosten, mag de fiscus zich hierop verhalen. Dit is dan het vrije boedelactief. In de praktijk komt het vaak voor dat er geen vrij boedelactief meer is en dat de fiscus in dat geval niets ontvangt.

## 3.3.2 De pandhouder

Indien er sprake is van een pandrecht bij de faillissementsuitspraak, kan de pandhouder aanspraak maken op zijn pandrecht. De pandhouder dient in het faillissement zijn voorrecht aan te geven en aan de curator duidelijk te maken of hij overgaat tot het uitoefenen van zijn zekerheid. De pandhouder kon dan zelf openbaar executeren of de curator onderhands laten verkopen. Hiervoor moet wel aan een aantal formele voorwaarden zijn voldaan. Op grond van art. 3:237 lid 1 BW wordt het bezitloos pandrecht gevestigd door notariële of geregistreerde onderhandse akte. Indien er sprake was van een bodemvoorrecht van de fiscus, kan de bezitloos pandhouder zich niet op zijn zekerheidsrecht beroepen indien het ging om bodemzaken. Immers, het voorrecht van de fiscus gaat voor op het bezitloos pandrecht. Indien er sprake was van een vuistpand voor faillietverklaring kon de pandhouder zich buiten de fiscus om beroepen op zijn zekerheidsrecht. Op grond van art. 3:236 lid 1 BW wordt het vuistpand gevestigd door de zaak in de macht te brengen van de pandhouder. Zoals eerder in dit hoofdstuk genoemd, werd een bezitloos pandrecht vaak omgezet in een vuistpandrecht middels de bodemverhuurconstructie.

De faillissementswet kent voor de pandhouder geen omslag voor de boedel, zoals dat bij de fiscus wel is. Hiervoor is de separatistenregeling tot stand gekomen. Deze regeling is vastgelegd in de Richtlijnen van Recofa. Op basis van de separatistenregeling wordt een boedelbijdrage tussen de curator en de separatist overeengekomen. De curator en de pandhouder mogen dit zelf bedingen; de rechter-commissaris staat hier buiten. Indien de pandhouder zelf openbaar gaat executeren, verricht de curator minimale inspanningen, zoals het toestemming vragen aan de rechter-commissaris en de transactie beoordelen. Afhankelijk van de mate van de inspanning van de curator, zullen deze kosten ca. € 1.000,00 tot € 2.500,00 bedragen. Indien de curator onderhands gaat verkopen met toestemming van de rechter-commissaris, zal er afhankelijk van de werkzaamheden van de curator en de verwachte opbrengst een percentage worden vastgesteld. Vaak is dit tussen de 3% en 10% van de opbrengst[[27]](#footnote-27). Echter, indien de curator dermate grote inspanningen verricht met betrekking tot de verkoop, kan hij met de pandhouder een hoger percentage bedingen. Daarnaast kunnen de curator en de pandhouder afspraken maken over de kosten van de verkoop. Er kan afgesproken worden dat deze kosten direct in mindering gebracht worden op de opbrengst, zodat de curator en de pandhouder de kosten delen. Er kan ook worden afgesproken dat de pandhouder alle kosten voor zijn rekening neemt of dat de kosten aan de hand van het bedongen percentage wordt verdeeld tussen de curator en de pandhouder. Deze kosten worden de bijzondere faillissementskosten genoemd. Deze strekken ertoe om een bepaalde bate voor de boedel te verkrijgen of om een bepaalde bate te vereffenen en te gelde te maken.[[28]](#footnote-28) Dit zijn bijvoorbeeld taxatie- of veilingkosten.

Indien de pandhouder niet is overgegaan tot executie nadat de curator hem een redelijk termijn heeft gesteld op grond van art. 57 lid 2 Fw om zijn zekerheid uit te oefenen, is de curator bevoegd de goederen op te eisen en te verkopen. Dit heeft dan tot gevolg dat de pandhouder het hem toekomende via de uitdelingslijst ontvangt en dus moet meedelen in de faillissementskosten. Er vindt in dat geval wel een omslag plaats over de boedel zoals dat bij de fiscus het geval is.[[29]](#footnote-29)

## 3.3.3 De overige derden met een eigendomsrecht

In faillissementen spelen overige derden met een eigendomsrecht een rol. Denk aan de leasemaatschappij, de verkoper die onder eigendomsvoorbehoud levert en de huurkoper. Indien die derde een beroep wenst te doen op zijn zekerheid, moet hij het bestaan van die zekerheid eerst bewijzen aan de curator.

## 3.3.3.1 De lessor

*Financiële lease* is de vorm van financiering van een bedrijfsmiddel waarbij het economisch risico ligt bij de ondernemer. De leasemaatschappij koopt een roerend of onroerend bedrijfsmiddel en staat dit af aan de ondernemer die verplicht is de aankoopsom, vermeerderd met kosten en winst, in termijnen aan de leasemaatschappij te betalen. De bedrijfsmiddelen worden afgestaan voor een periode die (nagenoeg) gelijk is aan de economische levensduur van deze zaak. Deze leaseovereenkomst is formeel en feitelijk onopzegbaar. Nadat de overeenkomst is afgelopen, kan de ondernemer de zaak teruggeven aan de leasemaatschappij of overkopen voor een vooraf bepaald gering bedrag. Daarnaast kan de leaseovereenkomst ook gecontinueerd worden.

Bij deze vorm van leasing ligt het economische risico van de geleasede zaak bij de ondernemer. Door deze leasing wordt niet voldaan aan de reële eigendom en kan de fiscus zich door een bodembeslag op de geleasete zaken verhalen.

*Het Gerechtshof te ’s-Hertogenbosch heeft recentelijk uitgesproken dat enkele ontbinding of opzegging van de financiële leaseovereenkomst niet voldoende is. De lessor heeft daarmee nog niet de reële eigendom verkregen. Ontbinding of opzegging en opeising van de zaken zonder daadwerkelijk over te gaan tot daden is onvoldoende om de rechten van de lessor over de zaak te laten prevaleren boven het bodemrecht van de fiscus.[[30]](#footnote-30)*

Naast financiële lease, bestaat er *operationele lease*. Bij deze vorm van leasing blijft het economisch risico met betrekking tot het geleasede bij de leasemaatschappij. De leasemaatschappij koopt bij deze leasing een roerend of onroerend bedrijfsmiddel en staat dit af aan de ondernemer die verplicht is tot betaling van een periodieke vergoeding aan de leasemaatschappij. De bedrijfsmiddelen worden afgestaan voor een periode die korter is dan de economische levensduur van deze zaak. Deze leaseovereenkomst is opzegbaar na korte tijd. Nadat de overeenkomst is afgelopen of is opgezegd, moet de ondernemer de zaak teruggeven aan de leasemaatschappij of kopen voor een reëel en substantieel bedrag.

De fiscus respecteert bij het leggen van bodembeslag uitsluitend de reële eigendom. Met operationele lease is er sprake van reële eigendom. Naast het juridische eigendom, ligt het economische eigendom namelijk niet bij de ondernemer, maar bij de leasemaatschappij. In de praktijk is het echter lastig onderscheid te maken in financiële en operationele leasing. De fiscus zal met een aantal criteria toetsen of de economische eigendom van de geleasede zaak in het geheel of bijna in het geheel ligt bij de leasemaatschappij of bij de belastingschuldige. Er hoeft niet aan alle criteria voldaan te zijn. Uit de toetsing moet in ieder geval objectief duidelijk worden van welke vorm van leasing er sprake is. [[31]](#footnote-31)

Om te bepalen welke vorm van leasing aan de orde is, is van belang hoe groot de contante waarde is van de gedurende de leaseperiode in termijnen afgeloste bedragen ten opzichte van de aanschafwaarde van de bodemzaak. Indien de contante waarde een aanzienlijk deel van de aanschafwaarde betreft, is dit een aanwijzing dat de economische eigendom substantieel bij de lessee ligt. Indien de reparaties, belastingen en verzekeringen met betrekking tot de geleasede bodemzaak voor rekening van de lessor komen, zal er sprake zijn van een vorm van dienstverlening. De bodemzaak daalt in waarde. Om de vorm van leasing te bepalen, is het cruciaal om te weten op wie het risico van waardedaling van de bodemzaak berust. Indien dit risico meer rust op de lessee dan op de lessor dan zal het financieringsaspect eerder overheersen.

*Bijvoorbeeld: computers hebben een korte economische levensduur gelet op de snelle technologische ontwikkelingen. Bij een onopzegbare leaseperiode zal het risico van waardedaling bij de lessee liggen.*

Indien het mogelijk is de leaseovereenkomst op te zeggen, zodat de lessee het economische risico draagt van de zaak, dan is dit aan te merken als een financiële leasing. Indien formeel de mogelijkheid van opzegging wel bestaat doch hieraan hoge kosten door boete of betaling van de niet verschenen leasetermijnen zijn verbonden, is de leaseovereenkomst te kwalificeren als onopzegbaar. De opzeggingsmogelijkheid heeft dan feitelijk geen realiteitswaarde. Voor zover een koopoptie in de leaseovereenkomst is opgenomen, is eerder sprake van een financiële lease indien een koopoptie bestaat tegen een lage of niet-reële prijs. Indien een koopoptie bestaat tegen een reëel en substantieel bedrag, wordt dit eerder aangemerkt als operationele lease.*[[32]](#footnote-32)*

Resumerend worden vijf vragen gesteld om te bepalen van welke vorm van lease sprake is:

* Wat is de contante waarde van de afgeloste waarde van de bodemzaak ten opzichte van de aanschafwaarde van de bodemzaak?
* Voor wiens rekening komen reparaties, belastingen en verzekeringen?
* Voor wiens rekening komt de waardedaling van de bodemzaak?
* Is er mogelijkheid tot opzegging van de leaseovereenkomst?
* Bestaat er een koopoptie in de leaseovereenkomst?

In de jurisprudentie haalde de rechter eerdergenoemde criteria vaak aan. Er hoeft niet aan alle criteria te zijn voldaan. In ieder geval moet objectief duidelijk worden van welke vorm van leasing er sprake is.[[33]](#footnote-33)

## 3.3.3.2 De leverancier onder eigendomsvoorbehoud

Normaliter gaat de eigendom over door een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid van de verkoper en levering ex. art. 3:84 lid 1 BW. Op grond van art. 3:92 lid 1 BW gaat bij een levering onder eigendomsvoorbehoud de eigendom pas over indien er aan een aanvullende voorwaarde is voldaan. Indien er nog niet aan die voorwaarde is voldaan, blijft de eigendom bij de verkoper. Indien het geleverde goed nog niet is betaald in geval van faillissement van de koper, kan de verkoper door zijn eigendomsvoorbehoud de spullen meestal terughalen bij de gefailleerde. Het eigendomsvoorbehoud dient wel schriftelijk bedongen te worden. Dit kan met een overeenkomst tussen de verkoper en de koper.

De curator toetst de juridisch eigendom van het geleverde. Indien er levering heeft plaatsgevonden onder eigendomsvoorbehoud, blijft volgens de wet de verkoper de eigenaar. Bij een faillissement zal de curator derhalve de belangen behartigen van de verkoper die onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd en hem het geleverde terug laten halen. In paragraaf 2.3.1 werd reeds ingegaan op de reële eigendom van de fiscus. Indien de fiscus bodembeslag legt op grond van art. 22 lid 3 Iw 1990 en het goed dat geleverd is onder eigendomsvoorbehoud is te kwalificeren als een bodemzaak, zal de fiscus het eigendomsvoorbehoud niet accepteren. In dat geval legt de fiscus ook beslag op het onder eigendomsvoorbehoud geleverde goed. In geval van faillissement dient de curator dan de belangen van de fiscus te behartigen op grond van art. 57 lid 3 Fw.

Voor 1 januari 2013 kon de verkoper onder eigendomsvoorbehoud zijn goederen terughalen indien er verzuimd was met betalen en hij wellicht vermoeden had van een komend faillissement. Op die manier stelde hij zijn goederen veilig voor het bodembeslag van de fiscus. Kortom, het ging er om welke partij eerder was: de fiscus of de verkoper onder eigendomsvoorbehoud. Indien de fiscus bodembeslag legde en er bevond zich een goed geleverd onder eigendomsvoorbehoud op de bodem van de belastingplichtige, kon de verkoper onder eigendomsvoorbehoud zijn rechten niet meer uitoefenen.

In principe heeft de verkoper onder eigendomsvoorbehoud dus geen last van de curator bij faillissement. De zaak bevindt zich namelijk niet in het vermogen van de failliet. Echter zijn hierop een aantal uitzonderingen van toepassing. De rechter-commissaris kan op verzoek van elke belanghebbende of ambtshalve bij schriftelijke beslissing een afkoelingsperiode afkondigen. Indien deze beslissing is genomen kan de verkoper de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak slechts met machtiging van de rechter-commissaris vorderen. De fiscus kan in dit geval tijdens de afkoelingsperiode bodembeslag leggen indien de rechter-commissaris hiervoor toestemming verleent. Wil de verkoper onder eigendomsvoorbehoud dan boven de fiscus prevaleren, dient hij op grond van art. 63c lid 2 Fw hierop bij deurwaardersexploot aanspraak te hebben gemaakt op afgifte van de zaak voordat het bodembeslag was gelegd.

## 3.3.3.3 De huurverkoper

In art. 7A:1576h BW staat de definitie van huurkoop: Huurkoop is de koop en verkoop op afbetaling, waarbij partijen overeenkomen, dat de verkochte zaak niet door enkele aflevering in eigendom overgaat, maar pas door vervulling van de opschortende voorwaarde van algehele betaling van wat door de koper uit hoofde van de koopovereenkomst verschuldigd is. Dit houdt in dat er wordt gekocht op afbetaling. De koper mag de koopprijs in termijnen betalen. Daar staat wel tegenover dat de verkoper het goed meteen aan de koper voor gebruik afstaat. De verkoper behoudt echter het eigendom totdat de koper de koopprijs volledig heeft betaald[[34]](#footnote-34). Dit is een vergelijkbaar fenomeen met het leveren van goederen onder eigendomsvoorbehoud. Huurkoop is een vorm van leasing. Er wordt betaald in termijnen en na betaling van het overeengekomen aantal termijnen of van de gehele aankoopprijs gaat de eigendom pas over naar de koper. Bij huurkoop dient er een notariële akte opgemaakt te worden waarin de volledige verkoopprijs, het aflossingsschema en het eigendomsvoorbehoud is opgenomen.

In geval van faillissement van de huurkoper staat het de curator als de verkoper vrij om de huurkoopovereenkomst te ontbinden. De zaak kan daarna door de huurverkoper worden teruggenomen.[[35]](#footnote-35)

Net als bij de andere zekerheden, is het bodemvoorrecht van toepassing voor zover de in de huurkoop geleverde zaken dienen tot stoffering van de bodem van de belastingschuldige.

## 3.3.3.4 Rechtsmiddelen derden

Indien de pandhouder of een andere derde het niet eens is met het door de fiscus ingeroepen bodemvoorrecht - oftewel op wiens juridisch eigendom beslag is gelegd - kan hij de volgende rechtsmiddelen aanwenden:

- Administratief beroep instellen op grond van art. 22 lid 1 Iw 1990. Dit beroep dient uiterlijk binnen zeven dagen na de beslaglegging te worden ingediend. Het beroepschrift schort de executie op totdat de Directeur uitspraak heeft gedaan. Er zijn geen vormvoorschriften en er worden geen kosten gerekend voor het indienen van een administratief beroep. De derde die beroep instelt wordt in de gelegenheid gesteld gehoord te worden. Binnen acht weken na ontvangst van het beroep zal de Directeur beslissen.

- Verzet instellen op grond van art. 435 lid 3, 438 of 456 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv.). De derde dient aan de deurwaarder te laten weten dat hij verzet gaat instellen. Het executoriale beslag gaat dan van rechtswege over in conservatoir beslag.

- Op grond van onrechtmatige daad, gecodificeerd in art. 6:162 BW, een procedure aanhangig maken bij de civiele rechter. Indien de Directeur de regels niet toepast uit de Leidraad Invordering 2008 (hierna: de Leidraad Invordering), staat deze mogelijkheid nog open. Echter, om de kosten zo laag mogelijk te houden is het aan te raden eerst administratief beroep in te stellen. Indien dit beroep niet slaagt, kan men op grond van de onrechtmatige daad een procedure aanhangig maken.

## 3.3.3.5 De curator

Het bodemvoorrecht wordt op grond van art. 57 lid 3 Fw uitgeoefend door de curator in het belang van de fiscus. De curator is gehouden tegenover de fiscus een zo optimaal mogelijke opbrengst te realiseren van de bodemzaken. De curator pleegt in de praktijk vaak overleg met de fiscus over de verkoop van de bodemzaken. Het is in ieder geval verstandig dat de curator beschikt over een objectieve en deugdelijke taxatie van de bodemzaken, die enigszins aansluit bij de verkoopprijs van de bodemzaken.[[36]](#footnote-36) Op die manier blijft de onafhankelijke positie van de curator gewaarborgd. De algemene faillissementskosten worden in mindering gebracht op de opbrengst van de verkoop ex. art. 182 lid 1 Fw. Zoals eerder beschreven, overtreffen deze kosten vaak het actief waardoor de fiscus niets zal ontvangen. Het salaris van de curator wordt onder andere voldaan uit de opbrengst.

Bij pandhouders met een vuistpand geldt de omslagregeling niet zoals die bij de fiscus geldt. Op grond van de separatistenregeling draagt de pandhouder een percentage over de opbrengst af aan de curator indien de verkoop van de zaken via de curator is gelopen. De curator heeft een sterkere positie tegenover de pandhouder indien de verkoopopbrengst van de zaken via de curator loopt. De curator is in dat geval in de positie om in onderhandeling te treden met de pandhouder over de boedelbijdrage. Indien de pandhouder zelf de verpande bodemzaken gaat executeren op grond van art. 57 lid 1 Fw, dan is de pandhouder niet gehouden een boedelbijdrage te voldoen. De curator heeft dan een minder sterke positie.

## 3.3.3.6 De gefailleerde ondernemer

Kredietverleners zijn cruciaal voor de continuïteit van de bedrijfsvoering. Indien er betalingsproblemen zijn, is het vanzelfsprekend dat de ondernemer eerst met zijn kredietverleners gaat overleggen. De fiscus is niet van belang voor de continuïteit van de bedrijfsvoering. De fiscus komt daarom pas later aan de beurt. Voor de fiscus leidt dit tot openstaande belastingschulden waarvan hij geen betaling ontvangt. Een deel hiervan zal dus afgeschreven worden. Doordat de pandhouder op de hoogte is van de financiële situatie van de ondernemer kan hij goed inschatten op welk moment hij het bezitloos pandrecht het beste kan omzetten in een vuistpandrecht. Dit deed hij door het toepassen van de eerdergenoemde bodemverhuurconstructie. De ondernemer heeft baat bij een preferentiële positie van de pandhouder. In de praktijk wordt namelijk vaak een *borgtocht* ex. art. 7:850 BW afgegeven door de ondernemer aan de bank (pandhouder) voor het verkrijgen van een krediet. De ondernemer stelt zich persoonlijk borg voor de vordering die de pandhouder op zijn bedrijf heeft.

*Voorbeeld: Ondernemer X is bestuurder van Metaalfabriek A. Ondernemer X heeft nieuwe machines nodig, doch heeft hier de liquiditeit niet voor. Hij vraagt de Bank om een krediet van € 100.000,00. De Bank verleent krediet voor het kopen van de machines en vestigt ter zekerheid van zijn vordering een bezitloos pandrecht op de machines. Het bezitloos pandrecht wordt gevestigd omdat Ondernemer X de machines nodig heeft voor de bedrijfsvoering. Bovendien wordt een persoonlijke borgtocht opgenomen van € 50.000,00 in de overeenkomst. Metaalfabriek A gaat failliet. De Bank noch Ondernemer X zagen het faillissement aankomen. De Bank had om deze reden niet de tijd om het bezitloos pandrecht om te zetten in een vuistpand. Bij faillissement van Metaalfabriek A gaat het bodemvoorrecht in rang voor op het bezitloos pandrecht. De Bank kan derhalve zijn pandrecht niet uitoefenen nu de verpande bodemzaken (de machines) onder het voorrecht van de fiscus vallen. Door de persoonlijke borgtocht van Ondernemer X kan de Bank € 50.000,00 verhalen op Ondernemer X.*

*Indien de Bank voor de uitspraak van het faillissement van Metaalfabriek A zijn bezitloos pandrecht wel kon omzetten in een vuistpand, kon de Bank de machines openbaar gaan verkopen. Stel dat de machines € 70.000,00 opleveren bij openbare verkoop, resteert een vordering van € 30.000,00 op Metaalfabriek A. Ondernemer X heeft zich voor € 50.000,00 borg gesteld voor de vordering van de Bank op Metaalfabriek A, echter is de vordering van de Bank nu lager. De Bank vordert thans in dit geval persoonlijk € 30.000,00 in plaats van € 50.000,00 bij Ondernemer X.*

## 3.4 Samenvatting

Het bodemvoorrecht van de fiscus gaat op grond van art. 21 lid 2 IW 1990 boven een bezitloos pandrecht op bodemzaken. Bij een bezitloos pandrecht bevinden de zaken zich op de bodem van de belastingschuldige en deze blijven in de macht van de belastingschuldige. De curator is dan op grond van art. 57 lid 3 Fw gehouden de belangen van de fiscus te behartigen.

De pandhouder kon de fiscus voor zijn door zijn bezitloos pandrecht om te zetten in een vuistpand, oftewel de bodemzaak in de macht te nemen.[[37]](#footnote-37) De pandhouder kon afgifte van zaken vorderen wanneer de pandgever niet meer betaalde.[[38]](#footnote-38) Naast afgifte van zaken, kon de pandhouder middels de *bodemverhuurconstructie* het bezitloos pandrecht omzetten in een vuistpandrecht. De pandhouder huurde de bodem van de pandgever, waardoor de bodem waarop de verpande zaken staan niet langer meer in de macht was van de pandgever. Het is discutabel of de bodemverhuurconstructie toelaatbaat is in geval deze wordt toegepast vlak voor het faillissement. Het zou aangemerkt kunnen worden als een paulianeuze rechtshandeling. De rechtspraak is hierover verdeeld.

De fiscus heeft op grond van art. 21 lid 1 Iw 1990 een algemeen voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige. Daarnaast heeft de fiscus het bodemvoorrecht. Door een bodembeslag worden met name leasemaatschappijen en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud geraakt. Dit komt doordat de fiscus uitsluitend het reële eigendom accepteert. Dit houdt in dat de zaken zowel juridisch als economisch eigendom moeten zijn van de derde. Indien er tussen de belastingschuldige en de zaken een economische verhouding bestaat, kan de fiscus zich verhalen op deze zaken. Bij faillissement wordt op grond van art. 57 lid 3 Fw het bodemvoorrecht uitgeoefend door de curator. De opbrengst van bodemzaken wordt op grond van art. 182 lid 1 Fw omgeslagen over de boedel. Indien na het voldoen van de algemene faillissementskosten nog actief is, is dit voor de fiscus.

De pandhouder kan aanspraak maken op zijn pandrecht bij een faillissement. Indien er sprake is van een vuistpand, kan de pandhouder zelf openbaar executeren of de curator onderhands laten verkopen. Indien er sprake is van een bezitloos pandrecht op een bodemzaak en de failliet heeft een belastingschuld, gaat het voorrecht van de fiscus voor op het bezitloos pandrecht. Voor de pandhouder geldt geen omslag over de boedel zoals bij de fiscus. Voor de pandhouder geldt de separatistenregeling. Op basis van de separatistenregeling wordt een boedelbijdrage tussen de curator en de separatist overeengekomen.

De lessor, de leverancier onder eigendomsvoorbehoud en de huurkoper worden geraakt door een bodembeslag. Bij financiële lease ligt het economisch risico bij de ondernemer. Hierdoor wordt niet voldaan aan de reële eigendom omdat de fiscus de eigendom van de lessor uitsluitend respecteert indien sprake is van zowel de juridische als de economische eigendom. Bij operationele lease blijft het economisch risico wel bij de lessor. Hierdoor wordt wel voldaan aan de reële eigendom en kan de leasemaatschappij bij het bodembeslag van de fiscus zijn zaken terughalen. De lessor moet wel kunnen aantonen dat er sprake is van operationele lease. Indien de fiscus voor een faillissement bodembeslag legde en op de bodem zaken stonden die onder eigendomsvoorbehoud geleverd waren, kon hij zich hierop verhalen indien er geen reële eigendom bestond. Indien de derde ‘slachtoffer’ is geworden van bodembeslag, kan hij een drietal rechtsmiddelen aanwenden. Hij kan administratief beroep of verzet instellen. De laatste optie is op grond van de onrechtmatige daad een procedure aanhangig maken bij de civiele rechter. Bij faillissement kunnen derden met de juridische eigendom hun zaken terughalen, omdat de curator enkel deze vorm van eigendom toetst.

# 4. Het bodemvoorrecht na 1 januari 2013

Per 1 januari 2013 is art. 22bis toegevoegd na art. 22 Iw 1990. De fiscus is de bodemverhuurconstructie gaan beschouwen als een misbruikconstructie. In het Belastingplan 2013 worden de aanpassingen van het bodemrecht behandeld onder de kop ‘constructiebestrijding bodem(voor)recht’. In de Nota naar aanleiding van het Verslag[[39]](#footnote-39) wordt uitgelegd dat door de bodemverhuurconstructie het bodemrecht niet meer uit de verf komt zoals destijds door de wetgever is bedoeld. Aan het bodemrecht werd ontgaan door deze constructie.

## 4.1 De wetswijziging

Met de toevoeging van art. 22bis Iw 1990 geldt er vanaf 1 januari 2013 een mededelingsplicht voor de pandhouders of andere derden. Op grond van lid 2 van dit artikel moeten houders van pandrechten of overige derden die geheel of gedeeltelijk recht hebben op een bodemzaak, de fiscus mededeling doen van het voornemen hun rechten uit te oefenen met betrekking tot deze bodemzaak. Ook indien zij het voornemen hebben enige andere handeling te verrichten of te laten verrichten waardoor die zaak niet meer kwalificeert als bodemzaak dienen zij dit te melden aan de fiscus. Handelingen met bodemzaken die worden verricht in de normale beroeps of bedrijfsuitoefening hoeven niet te worden gemeld op grond van art. 22bis lid 3 Iw 1990. Dit is bijvoorbeeld noodzakelijke vervanging. Op grond van lid 17 van art. 22bis Iw 1990 bestaat er geen mededelingsplicht voor bodemzaken onder de € 10.000,00.[[40]](#footnote-40)

## 4.1.1 De mededeling

Op grond van art. 22bis lid 4 Iw 1990 is er een speciaal mededelingsformulier. Door de pandhouder of de derde die zijn recht wil uitoefenen op een bodemzaak moet er een centrale mededeling gedaan worden bij het Serviceteam Invordering bij de Belastingdienst in Amsterdam. Er worden dan diverse gegevens gevraagd over de bodemzaken, waaronder de waarde.[[41]](#footnote-41) De aankoopnota dient bijgevoegd te worden. Dit dient erg secuur te gebeuren. Een onjuiste verklaring over bijvoorbeeld de waarde van de bodemzaken kan strafrechtelijke gevolgen hebben, zoals staat in art. 64 lid 1 jo. 65 lid 1 Iw 1990.

Nadat de mededeling is gedaan, mag de pandhouder of overige derde die de mededeling heeft gedaan, gedurende vier weken zijn rechten op de bodemzaak niet uitoefenen. Ook mag hij geen andere handeling verrichten of laten verrichten waardoor de fiscus wordt beperkt in zijn recht met betrekking tot de bodemzaak. Hierdoor heeft de fiscus vier weken de tijd om te beslissen of hij beslag gaat leggen op de bodemzaken of niet.[[42]](#footnote-42) De fiscus dient zich in te spannen om zo snel mogelijk duidelijkheid te verschaffen of hij beslag gaat leggen of niet.[[43]](#footnote-43)

## 4.1.2 Na de mededeling

Na de mededeling gaat de termijn van vier weken lopen. Indien de fiscus binnen vier weken te kennen geeft dat hij geen beslag gaat leggen op de bodemzaken of gaan de vier weken voorbij zonder beslaglegging door de fiscus, dan heeft de melder na deze termijn vier weken de tijd om alsnog zijn rechten met betrekking tot de bodemzaken uit te oefenen op grond van art. 22bis lid 6 Iw 1990. In datzelfde artikel is bepaald dat na die vier weken dat de melder zijn rechten kan uitoefenen en indien hij dit niet doet, er een nieuwe mededelingsperiode aanvangt. Dan begint het terug bij af en dient de pandhouder of de overige derde zich wederom te melden bij de fiscus. Op deze manier is het ‘vier weken op en vier weken af’.

## 4.1.3 Het bodembeslag van de fiscus

De fiscus kan niet onverlet beslag leggen op de bodemzaken van de gefailleerde. De regeling geldt enkel voor de zakelijke belastingen van art. 22 lid 3 Iw 1990, die zijn ontstaan na 2012. Dit betreffen vooral de loonbelastingen en omzetbelastingen. De fiscus zal dus alleen van de mogelijkheid om beslag te leggen na de mededeling gebruik maken wanneer er belastingschulden open staan. In de volgende paragraaf is te lezen voor welke belastingen het bodemvoorrecht geldt.

Het gaat om belastinggelden waarop de overheid moet kunnen rekenen. Daarnaast is het van belang dat het bedrag van de al dan niet in een naheffingsaanslag vervatte belastingschulden ter zake van bovenstaande rijksbelastingen, voor zover deze belastingschulden zijn ontstaan in de periode voorafgaande aan het tijdstip waarop de zaak niet meer als bodemzaak kwalificeert. Dit is namelijk het maximum waarvoor de overtreder van de mededelingsplicht kan worden aangesproken. De fiscus stelt het beloop van de betalingsverplichting vast in de beschikking waarin de executiewaarde van de bodemzaken vastgesteld worden.[[44]](#footnote-44)

## 4.1.4 Sancties voor derden bij niet-melden of bij niet-houden aan de wachttijd

Indien de pandhouder of de derde die recht heeft op een bodemzaak niet, of niet binnen vier weken heeft gemeld, dan wel zich niet aan de vier weken wachttijd heeft gehouden, dan dient hij de fiscus de executiewaarde te vergoeden van de bodemzaak die zich niet meer op de bodem bevindt van de belastingschuldige, met als maximum de openstaande schuld. Dit is bepaald in lid 10 van art. 22bis Iw 1990.

De pandhouder of derde is verplicht op vordering van de fiscus binnen veertien dagen verklaring van de executiewaarde te doen, onderbouwd met het taxatierapport.[[45]](#footnote-45) De fiscus stelt bij beschikking de executiewaarde vast.[[46]](#footnote-46) Dit dient de pandhouder of de derde binnen een termijn van veertien dagen na de dagtekening van de beschikking van de fiscus te betalen.[[47]](#footnote-47) Indien de openstaande belastingschuld van de belastingschuldige lager is dan de executiewaarde, moet de pandhouder of de derde dit bedrag betalen. Indien er binnen dat gestelde termijn niet wordt betaald door de pandhouder of de derde, vordert de fiscus dat bedrag in als een rijksbelasting op grond van art. 22bis lid 12 Iw 1990. Hierdoor krijgt de fiscus een rechtstreekse fiscale titel jegens de pandhouder of de derde. De fiscus dient dit bedrag wel binnen een jaar na het tijdstip waarop de zaak niet meer als bodemzaak kwalificeert te vorderen. Na deze periode verjaart de bevoegdheid van de fiscus om in te vorderen bij de pandhouder of derde, tenzij de fiscus binnen dat jaar een met bescheiden gestaafde verklaring heeft gevorderd van de pandhouder of de derde omtrent de executiewaarde van de zaak.[[48]](#footnote-48)

Indien de pandhouder of de derde eerdergenoemd bedrag heeft betaald aan de fiscus, kan hij dat bedrag verhalen op de belastingschuldige op grond van lid 16 van art. 22bis Iw 1990. Echter, in de praktijk is dit natuurlijk niet zinvol aangezien de belastingschuldige failliet is gegaan en er geen geld te halen valt. Daarnaast vindt er geen subrogatie plaats in het voorrecht. Dat de pandhouder of de derde een verhaalsrecht krijgt op de belastingschuldige betekent niet dat zijn rang verandert in het faillissement.

## 4.2 Overgangstermijn voor bestaande zekerheden

Voor bestaande zekerheden gold een overgangstermijn van drie maanden. Vanaf 1 april 2013 is de regeling derhalve van toepassing met betrekking tot pandrechten en overige rechten van derden die zijn ontstaan voor 1 januari 2013. Bovendien is de mededelingsplicht enkel geldig voor belastingschulden genoemd in paragraaf 3.3 die zijn ontstaan op of na 1 januari 2013.

## 4.3 De posities van de partijen na 1 januari 2013

Op grond van art. 5:2 BW kan een leverancier onder eigendomsvoorbehoud zijn zaken revindiceren. De pandhouder heeft op grond van art. 3:248 BW het recht van parate executie. De positie van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud is de positie van eigenaar en de pandhouder is separatist in het faillissement.[[49]](#footnote-49) De meningen zijn verdeeld of met de komst van art. 22bis Iw 1990 inbreuk wordt gemaakt op het Burgerlijk Wetboek, de Faillissementswet en de structuur van het Nederlandse goederenrecht. Prof. mr. drs. F.E.J. Beekhoven van den Boezem is van mening dat de rechten van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud of de pandhouder inderdaad op de schop gaan met de nieuwe wetgeving.[[50]](#footnote-50) T. van Hees ziet de inbreuk niet. Hij schrijft dat de wetgeving vol staat met beperkingen van aanspraken.[[51]](#footnote-51)

## 4.3.1 De fiscus

Door de wetswijziging wordt beoogd de fiscus een sterkere positie te geven. De pandhouder kan nu niet meer het bezitloos pandrecht omzetten in een vuistpand zonder dat de fiscus hiervan op de hoogte is. De pandhouder moet met de komst van art. 22bis Iw 1990 de fiscus altijd voorrang geven zodat hij de kans heeft zijn bodemvoorrecht eerst uit te oefenen. Er werd reeds toegelicht dat de fiscus een ander begrip van eigendom hanteert, de reële eigendom. De leasemaatschappijen en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud kunnen nu niet zonder meer de zaken terughalen bij de belastingschuldige. Dit komt omdat de eigendom dan juridisch of economisch niet bij de belastingschuldige ligt, maar bij die derde.

## 4.3.2 De pandhouder

De fiscus gaat met het bodemvoorrecht voor op het pandrecht van de pandhouder. De pandhouder komt pas aan de beurt nadat de fiscus geen bodembeslag heeft gelegd binnen vier weken na de mededeling. Indien de fiscus na de mededeling van de pandhouder binnen vier weken overgaat tot bodembeslag, wordt de pandhouder ‘buiten spel’ gezet. De pandhouder kan in dat geval enkel aanspraak maken op de verkoopopbrengst van de verpande zaken na omslag van de algemene faillissementskosten en voldoening van de fiscale vorderingen. Dit kan dus alleen indien er sprake is van een opbrengst die hoger is dan de algemene faillissementskosten en de openstaande belastingen van de belastingschuldige. In de praktijk komt dit heel zelden voor. Na voldoening van de algemene faillissementskosten blijft er vaak weinig over. Zoals in hoofdstuk 2 werd uiteengezet, grijpt dan zelfs de fiscus mis.

Met de komst van art. 22bis Iw 1990 wordt het voor de pandhouder onmogelijk om een bezitloos pandrecht zonder tussenkomst van de fiscus om te zetten in een vuistpand. De pandhouder moet het voornemen tot het uitoefenen van zijn pandrecht op bodemzaken melden aan de fiscus (bijvoorbeeld het voornemen tot openbare verkoop). Het in vuistpand nemen door bodemzaken af te voeren of door het toepassen van de bodemverhuurconstructie moet ook gemeld worden. Eigenlijk moeten alle handelingen waardoor het bodemvoorrecht niet meer kan worden uitgeoefend, gemeld worden aan de fiscus.

Bij bodemzaken met een waarde van minder dan € 10.000,00 hoeft er geen mededeling te worden gedaan.[[52]](#footnote-52) Er bestaan verder geen specifieke uitzonderingen op de mededelingsplicht van de pandhouder.

## 4.3.3 De overige derden met een eigendomsrecht

Door de komst van art. 22bis Iw 1990 worden de financial lessor, de leverancier onder eigendomsvoorbehoud en de huurverkoper beperkt in het uitoefenen van hun zekerheidsrechten. De leverancier onder eigendomsvoorbehoud en de huurverkoper moeten, zoals eerder aangegeven, de reële eigendom aantonen. Indien zij enkel de juridische eigenaar zijn en niet de economische eigenaar van de bodemzaken, zal de fiscus zich ook op die goederen verhalen. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de positie van de lessor en de positie van de curator na 1 januari 2013.

## 4.3.4 De lessor

In paragraaf 2.4.3.1 werd ingegaan op financiële lease en operationele lease. Na 1 januari 2013 moeten ook de lessors mededeling doen bij de fiscus indien zij hun zekerheidsrecht willen uitoefenen op een bodemzaak van de belastingschuldige. Volgens de criteria in het Besluit leaseregeling zal de lessor als fiscaal eigenaar worden aangemerkt indien hij zich als zodanig gedraagt, hij de juridische eigendom van het lease-object heeft en er een positief en/of negatief restwaarderisico ten aanzien van het lease-object loopt. Ten aanzien van het positief en/of negatief restwaarderisico wordt er getoetst aan vijf criteria die staan in de Leaseregeling. Dit is in paragraaf 3.3.3.1 reeds uitvoerig uitgelegd.

Met de komst van art. 22bis Iw 1990 is tevens aan de Leidraad Invordering een aantal artikelen toegevoegd. Zo is art. 22bis.1 toegevoegd. In dit artikel staat een uitzondering van de verplichte mededeling ex art. 22bis lid 2 Iw 1990. Afvoeren van de bodemzaken van de bodem van de belastingschuldige mag in drie gevallen:

1. Indien er sprake is van reële eigendom van de derde in de zin van de Leaseregeling[[53]](#footnote-53);
2. Indien er sprake is van pandlease op basis van een specifiek pandrecht[[54]](#footnote-54);
3. Indien er sprake is van eigendomslease, oftewel operationele lease[[55]](#footnote-55).

De reële eigendom is reeds uitvoerig besproken. Indien er operationele lease bestaat, mag de lessor de bodemzaken afvoeren. De voorwaarden om een beroep te doen op pandlease worden hieronder kort toegelicht:

* in de lease- of pandakte staat duidelijk het *gespecificeerde object;*
* dit object dient tot zekerheid voor een *specifieke vordering* die betreft gehele of vrijwel gehele financiering van de aanschafwaarde van het object;
* er vindt afbetaling plaats in *termijnen* voor een duur die (nagenoeg) overeenkomt met de economische levensduur; en
* het betreft een *eerste pandrecht*. [[56]](#footnote-56)

Indien is voldaan aan deze voorwaarden is sprake van een specifiek pandrecht en bestaat er geen mededelingsplicht.

Echter, op grond van art. 22bis.2. van de Leidraad Invordering geldt de mededelingsplicht onverkort in de in dat artikel genoemde gevallen. Kortom, de mededelingsplicht herleeft dan. Dit is het geval in de volgende situaties:

* er is een betalingsachterstand ontstaan die meer dan vier maanden bestaat;
* de financier ook zekerheids- of eigendomsrechten op bodemzaken heeft verworven die generiek zijn en dus niet uitsluitend strekken ter zekerheid van de vorderingen die voortvloeien uit de financiering van de verwerving van de betreffende zaken;
* indien de lease is overeengekomen na verloop van drie maanden nadat de bodemzaak in de macht is gesteld van de belastingschuldige;
* indien er een wederzijdse zekerheden-regeling bestaat met een derde-financier.

Deze ‘onverkorte mededelingsverplichting’ is opgenomen in de Leidraad Invordering zodat financiers niet (mee-)profiteren. De financiering moet verstrekt zijn ten tijde van de aankoop en het moet gericht zijn op de aankoop van dat object, die als bodemzaak kwalificeert.

Bovenstaande betekent voor de lessors dat zij in geval van operationele lease en pandlease kunnen afvoeren zonder mededeling hoeven te doen indien er geen sprake is van een geval genoemd in art. 22bis.2. van de Leidraad Invordering. Echter kunnen zij geen bodemverhuurconstructie toepassen zonder melden/wachten. Dit is immers niet uitgezonderd in de Leidraad Invordering.

## 4.3.5 Samenwerking derde die rechten wil uitoefenen en fiscus

Op grond van art. 22bis.5 van de Leidraad Invordering kan de derde die voornemens is zijn rechten uit te oefenen in overleg treden met de fiscus teneinde overeenstemming te bereiken over de afhandeling van de mededeling. Op verzoek van de derde die mededeling heeft gedaan, kan de fiscus afzien van het leggen van bodembeslag c.q. de vervolging van een naar aanleiding van de mededeling gelegd beslag op de betreffende bodemzaken, tegen betaling van een geldsom. Dit is geregeld in art. 22bis.5.1 van de Leidraad Invordering. De geldsom dient niet direct of indirect afkomstig te zijn uit het vermogen van de belastingschuldige, maar wordt gefinancierd door een derde. Het beloop van de aangeboden geldsom is ten minste gelijk aan de executiewaarde van de betreffende bodemzaken en de fiscus behoudt zich het recht voor het restant van de belastingschuld in te vorderen met alle middelen die het recht hem biedt. Indien deze samenwerking tot stand komt vlak voor het faillissement, vindt er geen omslag plaats in de faillissementskosten. De fiscus heeft dan namelijk geen voorrecht meer. Om deze reden is geen bodemverhuur meer nodig en heeft de curator geen taak meer onder art. 57 lid 3 Fw. Voor de curator is dit nadelig, maar voor de fiscus en de derde is dit een voordeel. De fiscus draagt op deze manier niet bij in de omslag over de boedel en ook de pandhouder ziet wellicht nog een deel van zijn vordering tegemoet. Voor het faillissement is er nog geen curator in het spel en kunnen de fiscus en de derde overleggen wat zij gaan doen met betrekking tot de bodemzaken.

Op grond van art. 22bis.5.3 van de Leidraad Invordering kan de fiscus afzien van het leggen van beslag c.q. de vervolging van een naar aanleiding van de mededeling gelegd beslag op de betreffende bodemzaken indien dit noodzakelijk is voor de instandhouding van (een deel van) de onderneming. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de ondernemer tijdelijk niet in staat is aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen. Op grond van art. 25.6 Leidraad Invordering kan uitstel worden verleend voor een periode van ten hoogste twaalf maanden, gerekend vanaf de vervaldag van de betreffende fiscale aanslagen. Voorwaarde is dat de ondernemer nieuw opkomende fiscale en andere financiële verplichten, waarvan de invordering door de fiscus is opgedragen, nakomt. De ondernemer mag geen nieuwe achterstand laten ontstaan. Daarnaast dient de ondernemer de fiscus een zekerheid te stellen welke gelijk is aan de schuld waarvoor het uitstel wordt verzocht.

Vaak bestaat er wetenschap bij de pandhouder over het komend faillissement van de pandgever. Deze wetenschap kan ontstaan door inlichtingen van de pandgever of door eigen vermoeden doordat de pandgever een aantal betaaltermijnen heeft gemist. Vaak moet de pandgever de pandhouder informeren over zijn liquiditeit op basis van een kredietovereenkomst. Indien er wetenschap is en er vlak voor het faillissement handelingen verricht worden die het bodemvoorrecht van de fiscus aantasten, kan de pauliana ingeroepen worden door de curator. De mededelingsplicht negeren of binnen de vier weken wachttijd executeren is voor de pandhouder enkel interessant om te doen indien de belastingschuld aanzienlijk lager is dan de executiewaarde van de bodemzaken. De pandhouder kan weten hoe hoog de belastingschuld is door informatie van de pandgever.

Bij de fiscus is echter nog geen dergelijk geval aan de orde geweest na 1 januari 2013. Er zijn nog geen mededelingen gedaan en er hebben geen overleggen plaatsgevonden tussen de fiscus en een derde met betrekking tot afkoop van het voorrecht of het verhaalsrecht.[[57]](#footnote-57)

## 4.3.6 De curator

Door de versterking van het bodemvoorrecht van de fiscus heeft naast de fiscus tevens de curator een bevoordeelde positie gekregen, namelijk de omslag in de algemene faillissementskosten. De pandhouder kan vlak voor een faillissement niet meer zijn rechten uitoefenen op de bodemzaken zonder tussenkomst van de fiscus. Op grond van art. 57 lid 3 Fw moet de curator hier rekening mee houden. Voorts verandert er weinig in de rol van de curator met betrekking tot het bodemvoorrecht. De curator heeft door eerdergenoemde reden profijt van de toevoeging van art. 22bis Iw 1990.

## 4.4 Samenvatting

Vóór 1 januari 2013 kon de pandhouder door het in vuistpand nemen van de verpande zaken het bodemvoorrecht van de fiscus voor zijn, zonder hierbij mededeling te hoeven doen aan de fiscus. Met de komst van de mededelingsplicht wordt beoogd dat constructies om het bodemvoorrecht te omzeilen - door bijvoorbeeld het toepassen van de bodemverhuur - worden bestreden. Indien geen mededeling wordt gedaan aan de fiscus door de andere derde of de wachttijd van vier weken wordt niet in acht genomen, bestaan er sancties voor de derde. De fiscus kan zijn vordering die hij oorspronkelijk op de belastingschuldige had, vorderen bij de derde als zijnde een rijksbelasting met een maximaal beloop van de executiewaarde. Voor de pandhouders is het niet meer mogelijk de bodemverhuurconstructie toe te passen zonder mededeling te doen bij de fiscus. Ook (het laten) afvoeren van bodemzaken moet gemeld worden bij de fiscus. Kortom, alle handelingen waardoor het bodemvoorrecht niet meer kan worden uitgeoefend, moeten gemeld worden aan de fiscus. In de Leidraad Invordering staan uitzonderingen op de verplichte mededeling: de reële eigendom, de pandlease en de operationele lease. In deze drie gevallen bestaat geen mededelingsplicht. In een aantal situaties kan de mededelingsplicht herleven: indien sprake is van meer dan vier maanden betalingsachterstand, indien sprake is van generieke zekerheids- of eigendomsrechten of indien de lease overeengekomen is nadat de bodemzaak reeds drie maanden in de macht is van de belastingschuldige.

De lessor, leverancier onder eigendomsvoorbehoud en de huurverkoper moeten de reële eigendom aantonen. Indien er geen reële eigendom bestaat, zal de fiscus zich bij bodembeslag ook op die zaken verhalen. De derde kan alvorens hij zekerheids- of eigendomsrechten wil uitoefenen, in overleg treden met de fiscus om tot afspraken te komen.

# 5. De faillissementspraktijk bij VDT Advocaten

In dit hoofdstuk wordt beschreven hoe het faillissementsproces verloopt bij VDT Advocaten. Aan de hand van (geanonimiseerde) dossierstukken uit de praktijk van VDT Advocaten wordt geschetst hoe VDT Advocaten als curator handelt in faillissementen. Dit betreft dus een praktijkonderzoek. De curatoren en insolventiemedewerkers van VDT Advocaten worden benoemd en de benoeming en toedeling door de rechtbank wordt nader uitgelegd in dit hoofdstuk. Het faillissement is te onderscheiden in vier fasen: de opstartfase, het verloop, de verificatie en de afwikkeling. Bij iedere fase wordt omschreven welke handelingen de curator en de insolventiemedewerker van VDT Advocaten verrichten. Uiteraard zal de fase waarbij het bodemvoorrecht van de fiscus naar voren komt verder uitgediept worden.

## 5.1 De curatoren en insolventiemedewerkers van VDT Advocaten

Aan VDT Advocaten zijn thans vier advocaten verbonden die tevens als curator optreden: de heer mr. P.J.C.D. (Paul) van Dijk, de heer mr. K.E.H. (Koenraad) de Klerk, de heer mr. B.W.H. (Boris) Pepping en mevrouw mr. S. (Samira) el Ayoubi. Zij zijn als curator ingeschreven bij de Rechtbank Zeeland West-Brabant en worden door die rechtbank benoemd. De curators van VDT Advocaten zijn tevens in hun hoedanigheid van advocaat actief in het bijstaan van cliënten in het insolventie- en ondernemingsrecht.

Deze curatoren worden ondersteund door een team van twee insolventiemedewerkers die tevens als bewindvoerder optreden in de WSNP. Deze worden op hun beurt weer ondersteund door een insolventiesecretaresse. Daar waar mogelijk, ondersteunen de insolventiemedewerkers de curatoren.

## 5.1.2 Benoemingsbeleid van de rechtbank

Om tot curator te worden benoemd, dient men op grond van het benoemingsbeleid van de Rechtbank Zeeland-West Brabant te voldoen aan deze criteria:

* een voltooide stageopleiding, waarbij de nadruk heeft gelegen op de civielrechtelijke praktijk;
* werkzaam op een kantoor waaraan een ervaren curator is verbonden die in staat is de noodzakelijke begeleiding te geven, tenzij reeds elders de vereiste ervaring is opgedaan;
* relevante ervaring in faillissementen, bijvoorbeeld door werkzaamheden te hebben verricht in faillissementen van kantoorgenoten;
* een afgeronde VSO-cursus insolventierecht basis en voortgezet, danwel een vergelijkbare cursus insolventierecht;
* een beroepsaansprakelijkheidsverzekering die ook de bijzondere risico’s van het curatorschap dekt, zoals die zich kunnen voordoen bij een voortzetting van de onderneming;
* een bereidheid de Deken te machtigen tot het verschaffen van tuchtrechtelijke gegevens met betrekking tot zijn integriteit als advocaat.[[58]](#footnote-58)

## 5.1.2.1 Toedeling faillissementen

Op grond van het benoemingsbeleid van de Rechtbank Zeeland-West Brabant kunnen de volgende criteria een rol spelen bij de toedeling van faillissementen:

* de ervaring van de curator op basis van het aantal jaren en het aantal c.q. de zwaarte van eerder behandelde faillissementen;
* de bijzondere kennis en vaardigheden van de curator;
* de wijze waarop eerdere faillissementen zijn afgewikkeld, waarbij onder meer wordt gekeken naar voortvarendheid, zelfstandigheid in beleid- en besluitvorming, tijdigheid en volledigheid in verslaglegging, effectiviteit in optreden en bestede uren etc;
* de kantoororganisatie, waarbij het aantal curatoren, faillissementsmedewerkers en gespecialiseerde advocaten een rol spelen.
* de regio waar failliet gevestigd of woonachtig is, speelt ook een rol.[[59]](#footnote-59)

Er bestaat geen recht op benoeming. Alle criteria zijn namelijk niet doorslaggevend. Uitgangspunt is dat de rechtbank bij ieder faillissement een curator benoemt die de rechtbank het meest geschikt acht.

*Opmerkelijk is dat bij VDT Advocaten mevrouw mr. Samira el Ayoubi onder andere benoemd werd als curator in de faillissementen van ondernemingen die door een vrouw werden geëxploiteerd, zoals schoonheidssalons, een bruidswinkel en een kinderdagverblijf.*

## 5.2 De opstartfase

In deze paragraaf wordt beschreven hoe een faillissement bij VDT Advocaten wordt opgestart. Hierbij ondersteunt de insolventiemedewerker de curator.

## 5.2.1 De benoeming

Het arrondissement van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (hierna: de rechtbank) omvat de gemeente Tilburg. VDT Advocaten is gevestigd in Tilburg en derhalve benoemt deze rechtbank de curatoren die aan VDT Advocaten zijn verbonden. Iedere dinsdag worden faillissementen uitgesproken door de rechtbank. De rechtbank bericht VDT Advocaten telefonisch indien een curator van VDT Advocaten benoemd wordt als curator in een faillissement. De insolventiemedewerker noteert alle gegevens die de rechtbank verschaft zoals: wie als curator is benoemd, de statutaire naam en eventueel de handelsnaam van de failliete onderneming, de adres- en contactgegevens van de failliete onderneming, de gegevens van de bestuurder, de aanvrager van het faillissement en de naam van de rechter-commissaris en de secretaris. Deze gegevens noteert de insolventiemedewerker op een formulier.[[60]](#footnote-60) De rechtbank verschaft niet altijd alle gegevens, omdat zij die niet altijd heeft. De insolventiemedewerker stuurt de gegevens die van de rechtbank zijn ontvangen in een e-mail naar de curator. Het vonnis wordt vaak later opgestuurd door de rechtbank.

Indien het faillissement een (voormalige) cliënt van VDT Advocaten betreft, kan het faillissement niet behandeld worden. In dat geval belt de insolventiemedewerker de rechtbank op om het faillissement af te wijzen.

## 5.2.2 Opvragen uittreksels KvK en Kadaster

De insolventiemedewerker vraagt online uittreksels op uit de KvK en het Kadaster. In het handelsregister van de KvK is het bedrijfsprofiel van failliet te vinden. Daarnaast wordt duidelijk wie de bestuurder is. Indien de bestuurder van de failliete onderneming een B.V. is, wordt tevens een uittreksel van die B.V. opgevraagd, net zo lang totdat de bestuurder een natuurlijke persoon is. De curator moet zich namelijk wenden tot een natuurlijk persoon voor het contact. Uittreksels opvragen uit het Kadaster is cruciaal zodat de curator meteen een overzicht heeft van de hypotheken en beslagen die er rusten op de failliete onderneming.

## 5.2.3 Aanmaken faillissementsdossier

Het faillissement wordt aangemaakt in het systeem van VDT Advocaten: BaseNet. BaseNet is een online programma waar de dossiers van VDT Advocaten digitaal opgeslagen worden. Het faillissementsdossier wordt digitaal aangemaakt met de bijbehorende subdossiers. Dit dossier wordt tevens fysiek aangemaakt en wordt gehangen in de kast van de curator. De dossierindeling is als volgt:

1. Dossier Algemeen / werkdossier
2. Dossier Auto’s
3. Dossier Bank
4. Dossier Bestuur / failliet
5. Dossier Boekhouding / Cijfers
6. Dossier Duurovereenkomsten
7. Dossier Financieel (hangt op bij het insolventiebureau)
8. mapje faillissementsrekening
9. mapje boedelfacturen
10. mapje correspondentie (bank)
11. Dossier Fiscus / bedrijfsvereniging

- mapje Fiscus

- mapje Bedrijfsvereniging

1. Dossier Gas Water Licht
2. Dossier Inventaris
3. Dossier Onroerend goed (verhuur/eigendom)
4. Dossier RC

- mapje correspondentie RC

- mapje verslagen

- mapje afwikkeling

- mapje salarisbepaling(en) – urenstaten

1. Dossier Statuten / oprichting
2. Dossier Telecom (Telefoon/Fax/E-mail)
3. Dossier Verkoop / Doorstart
4. Dossier Verzekeringen
5. Dossier Werknemers
6. Dossier Zekerheidsgerechtigden (Hypotheek/Pand/EVB)

In de kast van de curator hangen dus 17 dossiers ten behoeve van één faillissement. Daarnaast worden er twee ordners aangemaakt. Een ordner voor de crediteuren en één ordner voor de debiteuren. Deze ordners worden net als het dossier ‘Financieel’ bewaard op het insolventiebureau. Tot slot wordt een map aangemaakt in de harde schijf van VDT Advocaten ten behoeve van excel-bestanden waarin bijvoorbeeld de crediteuren worden verwerkt.[[61]](#footnote-61)

## 5.2.4 Contact opnemen met de bestuurder

De curator stuurt een brief naar de bestuurder om hem op de hoogte te brengen dat de curator is benoemd in het faillissement. De brief is tevens een oproep om een afspraak te maken met de bestuurder. De curator verzoekt de bestuurder om de gehele administratie tot zijn beschikking te stellen voor de afspraak. Daarna neemt de curator contact op met de bestuurder om een afspraak te maken om de boedel vast te stellen. Dit is de curator op grond van art. 68 lid 1 Fw verplicht. De curator informeert de bestuurder over zijn beschikkingsonbevoegdheid over de gelden of goederen die in het faillissement vallen. De curator informeert de bestuurder over de postblokkade. Alle post wordt naar het adres van VDT Advocaten gestuurd. De brochure “De Failliet en/of haar bestuurder en/of aandeelhouders” wordt gestuurd naar de bestuurder.[[62]](#footnote-62) Hierin staat informatie over de positie van de failliet, wat de gevolgen zijn van een faillissement en hoe het faillissement wordt afgewikkeld.

## 5.2.4.1 Afspraak met de bestuurder

De curator voert op de locatie van de failliete onderneming een eerste gesprek met de bestuurder. De bestuurder levert de gehele administratie van de onderneming in bij de curator. De curator gaat het bedrijf langs om de boedel vast te stellen. Tijdens het bezoek van de curator aan de failliete onderneming neemt hij vaak de sleutels mee van het pand en de auto’s, maar ook de bankpassen en telefoons van de failliet.

## 5.2.5 Brieven uitdoen

Door de insolventiemedewerker:

Na voornoemde handelingen worden brieven uitgedaan naar partijen die betrokken zijn bij het faillissement. ***Banken*** worden aangeschreven voor het opvragen van gegevens en/of saldi bij die bank. Daarnaast wordt een ***faillissementsrekening*** geopend bij de bank. Bij de ***RDW*** wordt informatie opgevraagd over ten name van failliet geregistreerde voertuigen. Aan de *fiscus* wordt per brief een stopcode gemeld. Dit is om te voorkomen dat er na de faillissementsdatum steeds weer nieuwe (ambtshalve) aanslagen worden opgelegd.

Door de curator of door de insolventiemedewerker na instructie curator:

De ***werknemers*** worden per brief ontslagen tegen het vroegst mogelijke tijdstip. Ex. art. 40 lid 1 Fw bedraagt deze opzegtermijn 1 maand, maar maximaal 6 weken voor werknemers die langer dan 5 jaar in dienst werken. De werknemer hoeft tijdens de opzegtermijn geen werkzaamheden te verrichten. Wel dient de werknemer tijdens deze termijn beschikbaar te blijven om nog activiteiten te verrichten indien nodig. De werknemer meldt zich bij de UWV voor het ontvangen van achterstallige loon. Op grond van art. 69 van de Werkeloosheidswet bestaat er voor de werknemers een loongarantiebetaling. Op basis van deze regeling betaalt het UWV bij een faillissement het loon uit over de laatste 13 weken tot de faillissementsdatum. Daarnaast betaalt het UWV ook loon uit over de opzegperiode die maximaal 6 weken bedraagt. Eerst betaalde het UWV geen loon uit over de opzegperiode indien de werknemer bij een faillissement zich niet binnen een week na de opzegging door de curator inschreef als werkzoekende. Het Europese Hof van Justitie heeft echter op 17 november 2011 bepaald dat de voorwaarden die gesteld worden die de opening van een hoofdinsolventieprocedure verhinderen, geen betrekking hebben op de voorwaarden waardoor bepaalde specifieke personen worden uitgesloten van de groep personen die bevoegd zijn om de opening van deze procedure aan te vragen. [[63]](#footnote-63) Dit betekent kortom dat deze voorwaarde niet gesteld mag worden aan een werknemer die ontslagen wordt bij faillissement om een volledig aanspraak te kunnen maken op de betaling van loon (dus 13 weken voor het faillissement en maximaal 6 weken tijdens de opzegperiode).

Het ***UWV*** dient ingelicht te worden over de werknemers. Zodra een werknemersbestand beschikbaar is, wordt dit doorgestuurd naar de contactpersoon bij het UWV.

Indien de gefailleerde huurder is, wordt de huurovereenkomst met de ***verhuurder*** opgezegd tegen de gebruikelijke termijn die is overeengekomen, met een maximum van drie maanden.

De ***crediteuren*** worden spoedig bericht over het faillissement. Door de administratie die ontvangen is van de failliet, worden crediteuren aangeschreven. Indien er geen crediteurenlijst is, komen er aanmaningen binnen bij VDT Advocaten via de postblokkade. De curator opent op grond van art. 99 Fw krachtens de in art. 14 Fw bedoelde last de post van aan de gefailleerde gericht. Deze aanmaningen worden beantwoord met een mededeling van het faillissement. Door de crediteuren op de hoogte te brengen, worden telefoontjes en rappellen aan failliet voorkomen.

## 5.3 Het verloop

Na de opstartfase moet de curator op grond van art. 68 lid 1 Fw de boedel in stand houden. Dit houdt in dat hij is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De curator gaat zo spoedig mogelijk over tot het opmaken van een beschrijving van de failliete boedel en het opstellen van een staat van baten en schulden.[[64]](#footnote-64) Dit deponeert de curator op grond van art. 97 Fw bij de griffie van de rechtbank. Een ieder heeft kosteloze inzage in deze afschriften.

*Een beschrijving van de failliete boedel is een lijst waarop alle tot de boedel behorende goederen met hun waardering staan. Het doel is vaststellen welke activa deel uitmaakt van de boedel om te voorkomen dat deze worden onttrokken aan de boedel. Deze beschrijving bevat een bijlage met daarop de staat van goederen buiten het faillissement. De curator verzamelt deze gegevens tijdens het eerste bezoek aan de failliete onderneming. De staat van baten en schulden betreft een staat van de activa en passiva van de failliete onderneming. Voor de curator is dit tevens de basis voor de beoordeling van de ter verificatie ingediende vorderingen.*

## 5.3.1 Voortzetten failliete onderneming

De curator kan de failliete onderneming voortzetten. Hiervoor moet hij advies inwinnen bij de schuldeiserscommissie op grond van art. 98 Fw. Indien er geen schuldeiserscommissie is benoemd, heeft de curator de machtiging van de rechter-commissaris nodig. De curator zal het bedrijf gedurende een korte tijd voorzetten indien hij verwacht dat dit de boedel baat.

## 5.3.2 Indiening van de vorderingen

De crediteuren dienen hun vordering in bij de curator. Deze vorderingen worden genoteerd op de lijst der crediteuren[[65]](#footnote-65) en bevestigd aan de crediteur. De curator beoordeelt of de vordering geplaatst kan worden op de lijst der crediteuren. De ingediende vordering dient onderbouwd te worden met onderliggende bescheiden. Bij de indiening van de vorderingen van de crediteuren, kan er een beroep worden gedaan op een ***voorrecht*** of ***zekerheidsrecht***. Dit recht dient aangetoond te worden met bewijsstukken. Indien een ingediende vordering of een zekerheidsrecht niet beoordeeld kan worden wegens het ontbreken van onderliggende stukken, wordt de crediteur een brief gestuurd om die stukken alsnog toe te sturen aan de curator. De crediteur die onder eigendomsvoorbehoud een goed heeft geleverd, zal een beroep doen op zijn eigendomsvoorbehoud bij de curator. Deze crediteur moet dan aantonen dat zijn beroep terecht is. Als hij een beroep doet op eigendomsvoorbehoud zonder dat hij heeft aangetoond dat zowel de algemene voorwaarden op de transactie van toepassing waren als deze voorwaarden ook ter hand zijn gesteld, wordt hem verzocht om de geldigheid van het eigendomsvoorbehoud aan te tonen.

In deze fase dient de fiscus zijn vordering in bij de curator in het faillissement. Daarnaast melden eventueel derden met een eigendomsrecht zich bij de curator: de pandhouder, de lessor, de verkoper onder eigendomsvoorbehoud en de huurkoper.

## 5.3.3 Het bodemvoorrecht van de fiscus

In dit stadium van het faillissement wordt gecorrespondeerd met de fiscus en de partijen die een eigendomsrecht hebben. Als voorbeeld een dossier uit het archief van VDT Advocaten: Beautyonderneming B.V. (naam is geanonimiseerd). Mr. Samira el Ayoubi werd in dit faillissement als curator benoemd. Deze onderneming betrof een deskundig schoonheidssalon. De schoonheidssalon voerde verzorgende, ontspannende en cosmetische handelingen uit op het gezicht en het lichaam. Daarnaast gaf de salon advies voor de behandelingen van huidproblemen en verkocht zij cosmetische producten aan klanten.

Bij het versturen van de brieven naar de crediteuren met de melding van het faillissement, is een brief van de Bank ontvangen betreffende een uitstaande financiering. De Bank heeft 14 januari 2011 een bezitloos pandrecht gevestigd op de inventaris en de voorraden van Beautyonderneming B.V.

Voordat het faillissement werd uitgesproken, is de failliet in overleg getreden met de Bank. De failliet heeft de Bank laten weten dat zij het faillissement heeft aangevraagd van haar schoonheidssalon, aangezien een verdere voortzetting enkel zou leiden tot een hogere schuldenpost. De contactpersoon van de Bank heeft voorgesteld de bodemhuurconstructie toe te passen. Een aantal dagen later heeft de Bank de financiering opgezegd middels een schrijven waarin de Bank schreef dat de ondernemer besloot na overleg met de adviseur van de Bank de exploitatie van de schoonheidssalon stop te zetten en het faillissement aan te vragen.[[66]](#footnote-66) Vlak voor het faillissement is de bodemverhuurconstructie toegepast. Het faillissement is op 17 oktober 2011 uitgesproken en op 14 oktober 2011 werd een overeenkomst van vuistpandrecht alsmede een bodemverhuurovereenkomst opgemaakt.[[67]](#footnote-67)

Bovenstaande werd door de curator gezien als een paulianeuze handeling op grond van art. 42 lid 1 Fw. Voor het aangaan van de bodemhuurovereenkomst bestond geen wettelijke en/of contractuele grondslag. Ook stelde de curator zich op het standpunt dat een eventuele verplichting om de verpande roerende zaken in vuistpand te geven aan de Bank niet inhoudt dat een verplichting bestaat om mee te werken aan een bodemverhuurconstructie. De schoonheidssalon en de Bank waren op de hoogte van het faillissement. Dit is tevens medegedeeld in de brief die de Bank schreef naar failliet. Op grond van voornoemde argumenten vernietigde de curator primair de bodemhuurovereenkomst en de overeenkomst van vuistpand op grond van art. 42 Fw. Indien de Bank zich op het standpunt zou stellen dat er sprake is van een verplichte rechtshandeling, vernietigde de curator subsidiair die rechtshandelingen op grond van art. 47 Fw. De Bank en de failliet wisten dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd.[[68]](#footnote-68)

In het dossier van Schoenenfabriek B.V. kon de bodemverhuurconstructie niet vernietigd worden. De Bank heeft in dit dossier ook kort voor het faillissement een bodemhuurconstructie toegepast. Echter kon de curator hierbij niet bewijzen dat er sprake was van paulianeus handelen.

## 5.3.4 De pandhouder

In het faillissement van de Bruidswinkel B.V. had de Bank een vordering van € 40.000,00 op failliet uit hoofde van een lening en krediet in rekening-courant. Ter zekerheid van deze vordering heeft de failliet het inventaris, de voorraden en vorderingen op derden verpand aan de Bank. Dit is vastgelegd in een onderhandse geregistreerde akte, welke geregistreerd is. Dit betrof een bezitloos pandrecht. De inventaris, de voorraden en de vorderingen op derden zijn immers niet in de macht van de Bank. De hoogte van de schuld van de fiscus is thans nog niet bekend, omdat de failliet nog belastingaangifte moet doen over de afgelopen jaren. Derhalve reserveert de curator het inventaris vooralsnog voor de fiscus. In paragraaf 2.3.3. is reeds uitgelegd dat de voorraden en niet vallen onder het bodemvoorrecht van de fiscus. De voorraden kunnen derhalve verkocht worden ten behoeve van de Bank. In het faillissement van de Bruidswinkel B.V. is afgesproken dat de curator de voorraad onderhands gaat verkopen. Dit levert meer op dan een openbare verkoop. De insolventiemedewerker heeft namens de curator de bruidswinkels in de regio van de gefailleerde onderneming benadert om te peilen of er interesse is voor de voorraad. Een aantal bruidswinkels hadden interesse en zij hebben een bod uitgebracht. Doordat de curator zich veel moet inspannen om een reële verkoopprijs te krijgen voor de voorraad, is een boedelbijdrage afgesproken van 25 procent. De curator heeft met de Bank afgesproken dat de kosten eerst in mindering worden gebracht op de opbrengst en dat dan de boedelbijdrage wordt berekend.

*Bijvoorbeeld: de voorraad van Bruidswinkel B.V. wordt onderhands verkocht voor een bedrag van € 20.000,00. De curator heeft taxatiekosten gemaakt ad € 200,00. Verder heeft de insolventiemedewerker namens de curator bruidswinkels in de omgeving benaderd en onderhandeld met de geïnteresseerden die een bod hebben gedaan.*

*De berekening van de boedelbijdrage is als volgt:*

*Verkoopopbrengst € 20.000,00*

*Taxatiekosten € 200,00 –*

*Netto opbrengst € 19.800,00*

*25 % = € 4.950,00. Dit is het bedrag wat de curator in de boedel voldaan krijgt.*

*75 % = € 14.850,00. Dit is het bedrag dat de Bank overhoudt na het voldoen van de boedelbijdrage.*

De boedelbijdrage en de verdeling van de kosten kunnen de curator en de Bank zelf afspreken. Hier bestaan richtlijnen voor in de separatistenregeling die uitvoerig werd besproken in paragraaf 3.3.2. Van die richtlijnen kan echter afgeweken worden, indien de omstandigheden van het geval hiertoe mogelijkheid bieden. In casu is de curator heel intensief bezig met het verkopen van de voorraad. Om die reden is er een hogere boedelbijdrage overeengekomen.

## 5.3.5 Verslaglegging richting de rechtbank

Het eerste verslag dient uiterlijk vier weken na uitspraak faillissement bij de rechtbank te zijn. De vervolgverslagen dienen drie maanden na het vorige verslag ingediend te worden bij de rechtbank. De verslagen en bijbehorende bijlagen worden twee weken voordat het verslag binnen moet zijn bij de rechtbank voorbereid. Voor het faillissementsverslag is een template aangemaakt. De insolventiemedewerker bereid dit verslag voor aan de hand van het model en leidt dit door naar de curator. Bij het eerste verslag wordt toegevoegd:

* een organogram in geval er sprake is van een structuur met meerdere vennootschappen;
* een verlies- en winstrekening van de failliete onderneming van twee tot drie jaar voorafgaand aan het faillissement; en
* uittreksels KvK.

Bij de vervolgverslagen wordt in de bijlagen toegevoegd:

* een lijst van ingediende vorderingen;
* het financieel verslag. Dit betreft een verslag in excel en is opgebouwd in baten, reeds betaalde en nog te betalen verschotten/boedelschulden, saldo boedelrekening, BTW afdracht, definitief saldo en het uit te betalen saldo op dat moment;
* het laatste afschrift van de faillissementsrekening (de mutaties op de faillissementsrekening worden bijgehouden door de insolventiemedewerker) ; en
* de urenverantwoording van de curator.

De tekstuele verslagen alsmede de financiële verslagen en de crediteurenlijst worden openbaar gemaakt. Op deze manier kunnen crediteuren op de hoogte gehouden worden van de stand van zaken in een faillissement. In het financieel verslag kunnen crediteuren vinden of er kans is op enige uitkering.[[69]](#footnote-69)

## 5.4 De verificatie

Indien er actief aanwezig is in het faillissement waarbij de concurrente crediteuren zicht hebben op enige uitkering, dienen de vorderingen formeel door de rechtbank vastgesteld te worden tijdens de verificatievergadering op grond van art. 108 Fw. De insolventiemedewerker verzoekt namens de curator de rechter-commissaris om een datum voor het houden van de verificatievergadering. De rechter-commissaris zal de curator dan middels een schrijven op de hoogte brengen van de datum voor de verificatievergadering. Hierna dient de insolventiemedewerker alle crediteuren aan te schrijven om hen op de hoogte te brengen van de verificatievergadering. Dit betekent dat ook crediteuren worden aangeschreven die nog geen vordering hebben ingediend, maar wel een vordering zouden kunnen hebben volgens de administratie van failliet.

De curator dient alle ingediende vorderingen te controleren. Deze vorderingen zijn reeds beoordeeld op grondslag, samenstelling en hoogte. De onderliggende stukken (bijvoorbeeld facturen) dienen aanwezig te zijn in het dossier. Na controle wordt er door de insolventiemedewerker een lijst samengesteld met de ingediende vorderingen ten behoeve van verificatie. Alle vorderingen die akkoord zijn bevonden door de curator worden op deze lijst geplaatst. De curator stuurt deze lijst en de lijst met crediteuren die niet akkoord zijn bevonden of die hun vordering niet hebben ingediend naar de griffie van de rechtbank ter depot. Op de vergadering leest de rechter-commissaris de lijst der voorlopig erkende en de door de curator betwiste vorderingen voor. Schuldeisers die op deze lijsten voorkomen zijn bevoegd inlichtingen te vragen aan de curator op grond van art. 119 lid 1 Fw.

## 5.5 De renvooiprocedure

In geval een vordering wordt betwist, zal de rechter-commissaris een schikking beproeven op grond van art. 122 lid 1 Fw. Indien de curator en de crediteur niet kunnen schikken, worden zij doorverwezen naar de renvooiprocedure. Dit is een gewone procedure voor de rechtbank, sector handelszaken. Hiervoor is geen dagvaarding vereist. De crediteur is de eiser en de curator is de gedaagde. De gedaagde hoeft pas te stellen/verschijnen zodra de eiser zich heeft gemeld. De curatoren bij VDT Advocaten stellen zich altijd alvast voorwaardelijk, voor het geval de crediteur komt opdagen. Dit gebeurt met een formulier van de rechtbank.[[70]](#footnote-70) Gedaagde staat dan op de roladministratie als niet verschenen, doch krijgt wederom de kans zich formeel te stellen. Door alvast te stellen voorkomt de curator dat hij griffiegeld moet betalen indien de eiser niet verschijnt.

Indien de eiser niet verschijnt op de terechtzitting, dan wordt diens vordering niet meegenomen in de uitdeling van het faillissement. Verschijnt de eiser en heeft gedaagde zich niet voorwaardelijk gesteld, dan wordt de vordering toegewezen en is daarmee tevens geverifieerd. Heeft gedaagde zich voorwaardelijk gesteld, dan kan hij wanneer de eiser is verschenen zich formeel stellen ten behoeve van de proceskostenveroordeling. De gedaagde kan ook wachten het vonnis. De rechtbank zal dan een vonnis wijzen waarbij wordt bepaald of de vordering wordt toegelaten of afgewezen in het faillissement.

## 5.6 De afwikkeling

Een faillissement kan op verschillende manieren eindigen. Een faillissement komt tot zijn einde door vernietiging, opheffing, een akkoord, vereffening of vereenvoudigde afwikkeling. In deze paragraaf worden de vernietiging en het akkoord kort toegelicht omdat dit niet vaak voor komt in de praktijk van VDT Advocaten. De andere manieren van afwikkeling van een faillissement komen uitgebreider aan het licht.

## 5.6.1 Vernietiging

Vernietiging vindt grondslag in art. 15 Fw. Dit kan door een rechtsmiddel tegen vonnis tot faillietverklaring: verzet, hoger beroep of cassatie. De gefailleerde kan binnen veertien dagen verzet instellen indien hij niet is gehoord of binnen acht dagen na faillietverklaring hoger beroep aantekenen[[71]](#footnote-71). Ook schuldeisers of belanghebbenden kunnen verzet instellen gedurende acht dagen na faillietverklaring van de schuldenaar.[[72]](#footnote-72) Indien een rechtsmiddel is ingesteld na faillietverklaring, zal de curator minimale werkzaamheden verrichten in het faillissement.

## 5.6.2 Opheffing

Opheffing van een faillissement kan de rechtbank uitspreken indien er niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden op grond van art. 16 Fw.

## 5.6.3 Akkoord

*Thans is er een lopend faillissement bij VDT Advocaten waarin een akkoord wordt aangeboden. Dit betreft het faillissement van Kinderdagverblijf B.V.. Deze onderneming betreft een kinderdagverblijf dat opvang biedt aan kinderen van 0 tot 4 jaar. In deze zaak had failliet hoger beroep ingesteld tegen het faillissementsvonnis. Het hoger beroep werd afgewezen. De failliet is nu drukdoende met het voorbereiden van een akkoord. Met toestemming van de rechter-commissaris is besloten om het kinderdagverblijf voort te zetten. De onderneming draait momenteel goed. Doordat het kinderdagverblijf wordt voortgezet, ontstaan er meer gelden voor de schuldeisers.*

Voor een akkoord is op grond van art. 145 Fw de toestemming van de gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en voorwaardelijk toegelaten concurrente crediteuren vereist. Deze crediteuren dienen minstens de helft van het bedrag van de erkende en voorwaardelijk toegelaten concurrente crediteuren te vertegenwoordigen. Daarnaast moeten de boedelcrediteuren en de preferente crediteuren 100 % betaald worden. Dit is geregeld in art. 163 lid 1 Fw. Indien het akkoord door de crediteuren is aangenomen, moet de rechtbank het akkoord goedkeuren. Dit wordt de *homologatie van het akkoord* genoemd ex. art. 150 lid 1 Fw. Op grond van art. 153 lid 2 onder 1 t/m 4 Fw zal de rechtbank het akkoord weigeren indien de boedel aanzienlijk meer geld oplevert dan het totaal van de akkoordpenningen. Ook indien de nakoming van het akkoord niet voldoende is gewaarborgd, wordt de homologatie geweigerd. De rechtbank moet namelijk overtuigd zijn dat daadwerkelijk tot uitbetaling van de toegezegde gelden kan worden gekomen. Tot slot controleert de rechtbank of het akkoord op de juiste manier tot stand is gekomen. Het akkoord mag niet tot stand zijn gekomen door bedrog, begunstiging van één of meer schuldeisers of met behulp van andere oneerlijke middelen. Er mag geen sprake zijn van een *sluipakkoord*. Hiervan is sprake wanneer schuldeisers een regeling treffen met de failliet, ten nadele van de andere schuldeisers.

*Voorbeeld: in het faillissement van ’t Dorpje vertegenwoordigen de ingediende vorderingen van de crediteuren een totaalbedrag van € 38.762,48. Deze zijn erkend en voorwaardelijk toegelaten. Er zijn elf crediteuren die ieder een verschillende vordering in het faillissement hebben ingediend. In totaal komt dit neer op eerdergenoemd bedrag. Om tot een akkoord te komen in dit faillissement dienen minstens zes concurrente crediteuren akkoord te gaan en tezamen moeten zij een bedrag vertegenwoordigen van minstens de helft van eerdergenoemd bedrag, derhalve € 19.381,24.*

## 5.6.4 Vereenvoudigde afwikkeling

Als op enig moment blijkt dat er geen uitkering voor concurrente crediteuren beschikbaar zal komen, zal de curator een verzoek aan de rechter-commissaris doen om het faillissement vereenvoudigd te mogen afwikkelen[[73]](#footnote-73). Er hoeft dan geen verificatie van de vorderingen plaats te vinden en het faillissement wordt ‘vereenvoudigd’ afgewikkeld. De boedelcrediteuren en de preferente crediteuren worden wel voldaan.

De curator kan de rechtbank tijdens een periodiek verslag met een bijgevoegd financieel verslag verzoeken om een vereenvoudigde afwikkeling. Het laatste overzicht van de faillissementsrekening wordt bijgevoegd alsmede de crediteurenlijst. Hierna zal de rechtbank beslissen of er vereenvoudigde afwikkeling plaats kan vinden. Dit zal de rechtbank in een beschikking bekendmaken.

## 5.6.5 Vereffening

Indien geen akkoord is aangeboden, een aangeboden akkoord is verworpen of de homologatie van een akkoord is geweigerd, verkeert de boedel van rechtswege in staat van insolventie op grond van art. 173 Fw. Indien de failliete onderneming niet wordt voortgezet, gaat de curator onmiddellijk over tot vereffening en te gelde making van alle baten van de boedel. Hierbij is geen toestemming of medewerking nodig van de gefailleerde.[[74]](#footnote-74) De curator verkoopt de goederen openbaar of met toestemming van de rechter-commissaris onderhands op grond van art. 176 lid 1 Fw. De curator mag zowel roerende goederen als onroerende goederen verkopen met toestemming van de rechter-commissaris. De toestemming kan ook achteraf worden verkregen. De koopovereenkomst wordt dan gesloten onder voorbehoud van goedkeuring van de rechter-commissaris.[[75]](#footnote-75)

*In het faillissementsdossier de Bruidswinkel B.V. zijn in de voorraad bruidsjurken en andere bruidsaccessoires aangetroffen. Deze goederen verkoopt de curator onderhands. De curator benadert partijen die interesse hebben in de voorraad en zij mogen een bod uitbrengen op de voorraad. Onder voorbehoud van toestemming van de rechter-commissaris gaat de curator akkoord met een bod. Alvorens de rechter-commissaris akkoord gaat met de verkoop, dient er sprake te zijn van een reëel bod. VDT Advocaten heeft hiervoor biedregels opgesteld.[[76]](#footnote-76)*

## 5.6.5.1 Opmaken uitdelingslijst en depot uitdelingslijst

Zodra de beschikking (vereenvoudigde) afwikkeling is ontvangen van de rechtbank, dienen de crediteuren daarvan op de hoogte te worden gebracht. De insolventiemedewerker maakt hierna een uitdelingslijst op ex. Art. 180 lid 1 Fw. De lijst houdt in een overzicht van de ontvangsten en de uitgaven, de namen van de schuldeiser, het bedrag van ieders vordering en de daarop te ontvangen uitkering. Indien de curator de door de insolventiemedewerker opgestelde uitdelingslijst goedkeurt, wordt deze opgestuurd naar de rechter-commissaris. Daarop ontvangt de curator bericht van de rechter-commissaris wanneer deze lijst ter depot wordt gelegd.

## 5.6.5.2 Verzet en cassatie tegen uitdelingslijst

Op grond van art. 183 lid 1 jo. 184 lid 1 Fw kan iedere schuldeiser in het faillissement gedurende tien dagen in verzet komen tegen de uitdelingslijst. De rechter-commissaris neemt onmiddellijk na het verstrijken van de termijn van tien dagen een beslissing op het verzet[[77]](#footnote-77). Tegen deze beschikking staat beroep in cassatie open op grond van art. 187 lid 1 Fw. Dit moet binnen acht dagen na de gegeven beschikking plaatsvinden. Indien sprake is geweest van verzet, wordt de uitdelingslijst verbindend doordat de beschikking van de rechtbank op het verzet in kracht van gewijsde is gegaan of door beschikking van de Hoge Raad in geval van beroep in cassatie.

## 5.6.5.3 Verbindende uitdelingslijst en uitdeling crediteuren

Na verloop van de termijn dat de slotuitdelingslijst ter inzage ligt is deze verbindend geworden en kan op basis daarvan de uitkering aan de crediteuren plaatsvinden[[78]](#footnote-78). De slotuitdelingslijst wordt dan - door de rechter-commissaris getekend en akkoord bevonden - teruggestuurd naar de curator. Hierop controleert de insolventiemedewerker de slotuitdeling en of alle rekeninggegevens van de schuldeisers bekend zijn bij de curator. Indien de rekeninggegevens nog niet bekend zijn, worden deze opgevraagd bij de schuldeisers. Hierna maakt de insolventiemedewerker de betaalopdrachten klaar. Dit dient erg nauwkeurig te gebeuren. Het totaalbedrag van de betaalopdrachten moet precies op het beschikbare saldo uitkomen. De insolventiemedewerker legt dit aan de curator voor ter controle, ondertekening en definitieve verzending.

## 5.6.5.4 Rekening en verantwoording

Zodra het volledige boedelactief is uitbetaald, wordt dit verantwoord aan de rechter-commissaris. De uitdelingslijst en de bankafschriften met mutatieoverzichten worden naar de rechter-commissaris gestuurd.

## 5.7 Samenvatting

Het faillissement kent vier fasen: de opstartfase, het verloop, de verificatie en de afwikkeling. Aan VDT Advocaten zien vier advocaten verbonden die tevens als curator optreden. De rechtbank hanteert een benoemingsbeleid. Op grond van dit beleid dient een curator te voldoen aan een aantal criteria, zoals de stageopleiding voltooid hebben, werkzaam zijn op een kantoor waaraan een ervaren curator is verbonden en relevante ervaring opgedaan hebben in faillissementen. Een faillissement wordt toegedeeld aan de curator waarbij de ervaring, de zwaarte van de eerder behandelde faillissementen en de bijzondere kennis en vaardigheden van de curator onder andere een rol spelen. Bij een tegenstrijdig belang behandelt VDT Advocaten het faillissement niet. De curator heeft een eerste gesprek met de bestuurder van de gefailleerde onderneming. Hierbij neemt de curator de administratie mee van de onderneming. De curator of de insolventiemedewerker onderzoekt deze administratie en er worden brieven uitgedaan naar partijen die het faillissement raken. De crediteuren worden hierbij bericht over het faillissement, waarna zij hun vordering indienen bij de curator. Hierbij maakt de crediteur kenbaar of er sprake is van een voorrecht of zekerheidsrecht. Dit moet de crediteur bewijzen met de onderliggende stukken, zoals een overeenkomst of algemene voorwaarden.

In paragraaf 3.2.1 is reeds uiteengezet dat de rechtspraak verdeeld is over de toelaatbaarheid van de bodemverhuurconstructie. In de praktijk van VDT Advocaten is wederom naar voren gekomen dat het toepassen van een bodemverhuurconstructie niet per definitie paulianeus handelen in het kader van art. 42 Fw oplevert. In het dossier van Beautyonderneming B.V. kon de curator de bodemverhuurconstructie wel vernietigen. Het was duidelijk dat de Bank reeds op de hoogte was van het komend faillissement bij het toepassen van de constructie. Dit heeft de Bank immers schriftelijk aan failliet bevestigd. In het dossier van Schoenenfabriek B.V. kon de bodemverhuurconstructie niet vernietigd worden. De curator behartigt de belangen van de pandhouder in het faillissement voor zover de verpande zaken niet te kwalificeren zijn als bodemzaken. Met betrekking tot bodemzaken wacht de curator eerst de vordering van de fiscus af alvorens hij in overleg gaat met de pandhouder. Uit het faillissementsdossier van Bruidswinkel B.V. blijkt dat de curator en de Bank een separatistenbijdrage c.q. boedelbijdrage zijn overeengekomen conform de mate van inspanning van de curator voor de verkoop van de voorraad. Indien er uitkering plaatsvindt aan de crediteuren wordt de uitdelingslijst gedeponeerd. Iedere schuldeiser kan gedurende tien dagen in verzet komen tegen de uitdelingslijst. Tegen de beschikking op het verzet staat beroep in cassatie open binnen acht dagen. Na verloop van de termijn dat de slotuitdelingslijst ter inzage ligt is deze verbindend geworden. Hierna vindt uitkering plaats aan de crediteuren. Een faillissement komt tot afwikkeling door vernietiging, opheffing, een akkoord, vereffening of vereenvoudigde afwikkeling.

# 6. Conclusies en aanbevelingen

In de voorafgaande hoofdstukken zijn de resultaten verwerkt van het onderzoek naar de vraag welke gevolgen de wijziging in het bodemvoorrecht die per 1 januari 2013 is ingevoerd voor de insolventiepraktijk van VDT Advocaten en Mediators heeft. Dit hoofdstuk antwoord op de subvragen uit hoofdstuk 1 alsmede op de centrale vraag. Het hoofdstuk wordt afgesloten met aanbevelingen aan VDT Advocaten.

## 6.1 Conclusies

Deze paragraaf geeft kort de recapitulaties weer van het theoretisch kader, de wetswijziging en de posities van de partijen. Tevens bevat het de conclusies op de subvragen en tot slot de beantwoording van de centrale vraag en de uiteindelijke conclusie van het onderzoek.

## 6.1.1 Het theoretisch kader van het bodemvoorrecht

De fiscus heeft op grond van art. 21 lid 1 Is 1990 een algemeen voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige. Op grond van lid 2 van dit artikel gaat het voorrecht van de fiscus tevens boven een pandrecht dat rust op een zaak die zich op de bodem bevindt van de belastingschuldige. In geval van een faillissement blijft die positie hetzelfde. Het bodemvoorrecht geldt enkel voor openstaande zakelijke belastingen en niet voor persoonlijke belastingen. Bodemzaken zijn roerende zaken die zich tijdens de beslaglegging op de bodem van de belastingschuldige bevinden en die dienen tot stoffering van de bodem. Het dient te gaan om een zaak die verplaatsbaar is. Onder de bodem wordt verstaan (een gedeelte van) een perceel dat op het moment van beslaglegging wordt gebruikt door de belastingschuldige. De belastingschuldige dient onafhankelijk van een derde toegang te hebben tot de bodem. Van stoffering van de bodem is sprake indien de zaken die op de bodem staan het doel dienen van die bodem. De vraag is of de zaken bestemd zijn om de onderneming duurzaam te dienen. Handelswaar valt bijvoorbeeld buiten de stoffering van de bodem. Handelswaar heeft een tijdelijk karakter en is niet bestemd om de onderneming duurzaam te gaan dienen. Uit de jurisprudentie wordt geconcludeerd dat showroommodellen niet te kwalificeren zijn als bodemzaken.

## 6.1.2 De wetswijziging

Vanaf 1 januari 2013 geldt een mededelingsplicht op grond van art. 22bis Iw 1990. Derden die (gedeeltelijk) recht hebben op een bodemzaak moeten alvorens zij hun rechten uit willen oefenen, mededeling doen aan de fiscus. Ook indien zij het voornemen hebben handelingen te (laten) verrichten waardoor die zaak niet meer kwalificeert als een bodemzaak, moet dit gemeld worden aan de fiscus. Handelingen met bodemzaken die worden verricht in de normale beroeps- of bedrijfsuitvoering hoeven niet gemeld te worden. Ook voor bodemzaken met een waarde onder de € 10.000,00 geldt de mededelingsplicht niet. Nadat de mededeling is gedaan, mag de pandhouder of de derde die de mededeling heeft gedaan, gedurende vier weken zijn rechten op de bodemzaak niet uitoefenen. Dit betekent ook dat er geen handelingen verricht mogen worden waardoor de fiscus wordt beperkt in zijn recht met betrekking tot de bodemzaak. De fiscus heeft dan vier weken de tijd om bodembeslag te leggen. Indien de fiscus binnen vier weken geen bodembeslag legt, heeft de melder na deze termijn binnen vier weken alsnog zijn rechten met betrekking tot de bodemzaak uitoefenen op grond van art. 22bis lid 6 Iw 1990. Dit betekent dat de fiscus en de derde steeds om de beurt vier weken de tijd hebben om hun rechten uit te oefenen. Indien geen mededeling wordt gedaan aan de fiscus of de wachttijd van vier weken wordt niet in acht genomen, bestaan er sancties voor de derde. Gevolg is dan dat de fiscus zijn bedrag kan vorderen bij de derde als zijnde een rijksbelasting. De derde moet dan de openstaande belastingschulden betalen van de belastingschuldige, met een maximum van de executiewaarde. Alle handelingen waardoor het bodemvoorrecht niet meer kan worden uitgeoefend, moeten gemeld worden aan de fiscus. De lessor, leverancier onder eigendomsvoorbehoud en de huurverkoper moeten de reële eigendom aantonen. Indien er geen reële eigendom bestaat, zal de fiscus zich bij bodembeslag ook op die zaken verhalen. Conclusie is dat het voor de pandhouders is het niet meer mogelijk de bodemverhuurconstructie toe te passen zonder mededeling te doen bij de fiscus. Ook (het laten) afvoeren van bodemzaken moet gemeld worden bij de fiscus.

## 6.1.3 De positie van de fiscus

De curator is op grond van art. 57 lid 3 Fw gehouden de belangen van de fiscus te behartigen en zal het bodemvoorrecht uitoefenen voor de fiscus. De opbrengst van de verpande zaken zal worden afgedragen aan de fiscus, na omslag van de faillissementskosten op grond van art. 182 lid 1 Fw. Vaak overtreffen deze kosten de opbrengst, waardoor er geen actief over blijft voor de fiscus. Geconcludeerd kan worden dat de beoogde sterkere positie van de fiscus met de wetswijziging een feit is.

## 6.1.4 De positie van de pandhouder

De pandhouder kon de fiscus voor zijn door zijn bezitloos pandrecht om te zetten in een vuistpand. De pandhouder kon afgifte van zaken vorderen wanneer de pandgever niet meer betaalde. Naast afgifte van zaken, kon de pandhouder middels de bodemverhuurconstructie het bezitloos pandrecht omzetten in een vuistpandrecht. Door deze constructie werden de zaken niet afgevoerd, maar werd de bodem ‘weggehaald’. Hierdoor kan de fiscus geen beslag meer leggen op die zaken, omdat deze zaken niet meer op de bodem staan van de belastingplichtige. Door deze constructie werden kosten bespaard voor het afvoeren en het opslaan van de verpande zaken. De pandhouder kan in een faillissement zelf openbaar verkopen of de curator onderhands laten verlopen. Het is discutabel of de bodemverhuurconstructie toelaatbaat is in geval deze wordt toegepast vlak voor het faillissement. Het zou aangemerkt kunnen worden als een paulianeuze rechtshandeling ex. art. 42 lid 1 Fw. De rechtspraak is hierover verdeeld. Ook in de praktijk van VDT Advocaten is gebleken dat het discutabel is of de bodemverhuurconstructie al dan niet toelaatbaar is. In het faillissement D&B werd de bodemverhuurconstructie wel vernietigd en in het faillissement van Sigma Schoenen B.V. kon de constructie niet vernietigd worden. Voor de pandhouder geldt geen omslag over de boedel zoals bij de fiscus. Voor de pandhouder geldt de separatistenregeling. Op basis van de separatistenregeling wordt een boedelbijdrage tussen de curator en de separatist (pandhouder) overeengekomen. Gaat de pandhouder niet over tot executie indien de curator hem een redelijk termijn heeft gesteld om zijn zekerheid uit te oefenen op grond van art. 57 lid 2 Fw, dan is de curator bevoegd de zaken op te eisen en te verkopen. De pandhouder heeft dan geen voorrang meer.

## 6.1.5 De positie van de overige derden

Door een bodembeslag worden met name leasemaatschappijen en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud geraakt. Dit komt doordat de fiscus uitsluitend het reële eigendom accepteert. Dit houdt in dat de zaken zowel juridisch als economisch eigendom moeten zijn van de derde. Indien er tussen de belastingschuldige en de zaken een economische verhouding bestaat, kan de fiscus zich verhalen op deze zaken. De fiscus kan enkel bodembeslag leggen voor de zakelijke belastingen van art. 22 lid 3 Iw 1990, die zijn ontstaan na 2012. De fiscus zal alleen bodembeslag leggen indien er belastingschulden open staan.

Behalve de pandhouder spelen ook de lessor, de verkoper onder eigendomsvoorbehoud en de huurkoper een rol in het bodemvoorrecht. Bij financiële lease ligt het economisch risico bij de ondernemer, waardoor niet wordt voldaan aan de reële eigendom. Bij operationele lease blijft het economisch risico wel bij de leasemaatschappij. Hierdoor wordt wel voldaan aan de reële eigendom en kan de leasemaatschappij bij het bodembeslag van de fiscus zijn zaken terughalen. De leasemaatschappij moet wel kunnen aantonen dat er sprake is van operationele lease. Zaken die onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd kunnen bij faillissement teruggehaald worden. De curator toets namelijk uitsluitend het juridische eigendom. Indien voor een faillissement bodembeslag werd gelegd door de fiscus en op de bodem zaken stonden die onder eigendomsvoorbehoud geleverd waren, kon de fiscus zich hierop verhalen. De zaken waren namelijk in juridisch opzicht eigendom van de derde, maar in economisch opzicht niet. Hierdoor werd niet voldaan aan de reële eigendom. Hetzelfde geldt voor huurkoop. Het geleverde is juridisch in eigendom van de derde, maar economisch gezien ligt de eigendom bij de belastingschuldige.

## 6.1.6 De positie van de curator

Doordat de curator enkel de juridische eigendom toetst, kunnen de leverancier onder eigendomsvoorbehoud en de lessor hun zaken terug kunnen halen bij een faillissement. Bij huurkoop kan de curator alsmede de huurverkoper de huurkoopovereenkomst ontbinden. de zaak kan daarna door de huurverkoper teruggenomen worden. De curator wacht eerst de vordering van de fiscus af, alvorens hij stappen onderneemt met de pandhouder indien er een bezitloos pandrecht bestaat op bodemzaken. Geconcludeerd wordt dat de curator er baat bij heeft indien hij het bodemvoorrecht kan uitoefenen voor de fiscus. Hierdoor wordt de opbrengst door de boedel omgeslagen en ziet de curator zijn kosten vergoed.

De onderzoeksvraag die centraal stond in deze scriptie is: *‘Welke gevolgen heeft de wijziging in het bodemvoorrecht die per 1 januari 2013 is ingevoerd voor de insolventiepraktijk van VDT Advocaten en Mediators?’*

Na onderzoek wordt geconcludeerd dat voor de curator niets verandert in de fasen van het faillissement. Het toepassen van de bodemverhuurconstructie of het (laten) afvoeren van bodemzaken door de pandhouder is vlak voor het faillissement niet meer mogelijk zonder hiervan mededeling te doen aan de fiscus. Indien de pandhouder toch gaat executeren, bestaan er sancties voor de pandhouder. De fiscus krijgt dan een vordering op de pandhouder. Indien dit net voor een faillissement gebeurt, kan de curator de rechtshandeling (het (laten) afvoeren van de zaken of het toepassen van de bodemverhuurconstructie) vernietigen op grond van paulianeus handelen. Ten aanzien van de situatie tot 1 januari 2013 is de positie van de curator dus niet veranderd. Indien de pandhouder overgaat tot executie vlak voor een faillissement zonder mededeling te doen aan de fiscus of zonder zich te houden aan de wachttijd, moet de curator de rechtshandeling onderzoeken in het kader van paulianeus handelen. De curator kan de rechtshandeling dan vernietigen. Dit deed de curator reeds in de situatie vóór 1 januari 2013. Door vernietiging van de rechtshandeling wordt de fiscus een bevoorrechte schuldeiser die in rang boven de pandhouder gaat in het faillissement. Door de wetswijziging is de fiscus te alle tijde bevoorrecht en kan geen partij de fiscus omzeilen. Indien de fiscus nog geen bodembeslag heeft gelegd en het faillissement wordt uitgesproken, vindt een omslag plaats in de faillissementskosten. Dit mondt uit in de conclusie dat het bodemvoorrecht anno 2013 een groot cadeau is voor de curator.

## 6.2 Aanbevelingen

De centrale vraag is reeds beantwoord door uiteenzetting van de subvragen in de conclusies. De aanbevelingen die passen bij de faillissementspraktijk van VDT Advocaten ten gevolge van de wijziging in het bodemvoorrecht per 1 januari 2013 worden hieronder toegelicht.

Indien VDT Advocaten optreedt in de hoedanigheid van curator, wordt het volgende geadviseerd:

* Rechtshandelingen onderzoeken gepleegd tot één jaar voor het faillissement die het bodemvoorrecht van de fiscus aantasten.
* Indien die rechtshandelingen geplaatst kunnen worden in het kader van paulianeus handelen, vernietigt de curator die rechtshandeling.

Indien VDT Advocaten in haar hoedanigheid van advocaat een cliënt adviseert die zijn rechten met betrekking tot de bodemzaak wil uitoefenen, wordt aanbevolen het volgende te adviseren:

* VDT Advocaten adviseert de pandhouder een pandrecht te vestigen op niet-bodemzaken. Bij een bodembeslag van de fiscus wordt dan geen beslag gelegd op die zaken. VDT Advocaten adviseert de pandhouder een pandrecht te vestigen op de voorraad en op showmodellen indien aanwezig.
* VDT Advocaten adviseert de pandhouder een pandrecht te vestigen op bodemzaken met een waarde onder de € 10.000,00. Hiervoor bestaat namelijk geen mededelingsplicht.
* VDT Advocaten adviseert de lessor alvorens er een leaseovereenkomst wordt aangegaan, goed te kijken naar de vorm van leasing. Bij operationele lease blijven de eigendom en het economisch risico bij de lessor, waardoor sprake is van reële eigendom. Bij bodembeslag van de fiscus zal de fiscus zich niet verhalen op zaken die op basis van operationele lease worden geleased.
* VDT Advocaten adviseert de derden die voornemens zijn hun rechten uit te oefenen met betrekking tot een bodemzaken vooroverleg met de fiscus te plegen over een voorgenomen mededeling of handeling. Hierdoor is het mogelijk overeenstemming te bereiken tussen de derde en de fiscus.

**Literatuurlijst**

**Boeken**

**Aardema, De Jong-Braaksma, Van der Maas e.a. 2006**

E. Aardema, K. de Jong-Braaksma, C.H.J. van der Maas e.a., *Faillissement en de fiscus,* Deventer: Kluwer 2006.

**Aerts, Van der Heijden, Van Munster e.a. 2005**

W. Aerts, C.M. van der Heijen, I.P.L. van Munster e.a., *Faillietverklaring, curator en R-C,* Deventer: Kluwer 2005.

**Dümmer, Hagendoorn, Koedood e.a. 2010**

G.J.M.H. Dümmer, M. Hagendoorn, P. Koedood e.a., *Invorderingsgids 2010*, Wijchen: Involon BV 2010.

**Polak 2011**

N.J. Polak, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Reehuis**

W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**Van Sint Truiden en Verstijlen 2010**

M.Ph. van Sint Truiden & F.M.J. Verstijlen, *Insolventierecht: Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2010.

**Tekstra 2011**

A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

A.J. Tekstra, J. Vette, P.J. Wattel, *Invordering van Belastingschulden*, Deventer: Kluwer 2012.

**Tjittes-Groot 2011**

E.F. Tjittes-Groot, *Insolventierecht,* Deventer: Kluwer 2011.

**Kamerstukken**

*Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 2, p. 13.

*Kamerstukken II* 2012/13, 33402, nr. 7, p. 28 (NV II).

**Rapporten en niet gepubliceerde teksten**

**Vab Eijsden 2012**

A. van Eijsden, *Insolventierecht. Fiscus Invordering*, Nijmegen: Grotius Academie 2012.

**Artikelen in tijdschriften**

**Beekhoven van den Boezem**

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *wetsvoorstel wijziging bodem(voor)recht: overheid, bezint eer ge begint*, forum afl. 6 november/december 2012 nr. 26.

**Van den Bosch**

R. van den Bosch, Belastingplan 2013: de beoogde versterking van het bodemvoorrecht van de fiscus, MvV, 2012, nummer 11.

**Van Hees**

T. van hees, wetsvoorstel wijziging bodem(voor)recht: een te billijken aanpassing, forum afl. 6 november/december 2012 nr. 27.**Jurisprudentielijst**

**Europees Hof van Justitie**

**HvJ EU 17 november 2011, nr. C-112/10.**

**Hoge Raad**

Hoge Raad 9 november 2012, LJN BX7851;

**Hoge Raad 9 december 2011, *LJN* BT2700 <**JOR> 2012/33

Hoge Raad 12 juli 2002, <JOR> 2002, 17, NF, *NJ* 2002, PvS, V-N 2002/38.33.

Hoge Raad 7 september 2001, *NJ* 2001, 562

Hoge Raad 3 december 1993, *NJ* 1994/176

Hoge Raad 18 maart 1993, *NJ* 1983/568.

Hoge Raad 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 298.

Hoge Raad 22 maart 1985, NJ 1985, 548.

Hoge Raad 12 april 1985, *NJ* 1986/808.

**Gerechtshoven**

Gerechtshof ‘s –Gravenhage, 22 januari 2013, *LJN* BY9447

Gerechtshof **Amsterdam 14 juli 2009 *LJN* BN6231 <JOR> 2010/251, m.nt. AT onder <JOR> 2010/252.**

**Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2010 *LJN* BM3484** <NJF> 2010, 224.

Gerechtshof Arnhem, 20 maart 2012, *LJN* BW0215.

Gerechtshof Arnhem, 3 november 2011, *LJN* BU3293.

Gerechtshof Arnhem, 1 november 2011, *LJN* BU3293.

Gerechtshof Arnhem 6 september 2011, LJN BT6754.

Gerechtshof ’s-Hertogenbosch 17 mei 2011, *LJN* BQ5273

Gerechtshof Den Bosch 18 oktober 1988, V-N 1989, 1030;.

Gerechtshof Arnhem 26 januari 1988, *NJ* 1988, 900.

**Rechtbanken**

Rechtbank Den Haag 5 oktober 2011, JOR 2012, 29.

Rechtbank Arnhem 13 oktober 2010, *LJN* BO2145.

Rechtbank Breda 4 augustus 2010, JOR 2011, 93.

Rechtbank Zutphen 17 maart 2010, *LJN* BL7599.

Rechtbank Amsterdam 27 augustus 2008, <JOR> 2009/114.

Rechtbank Utrecht 6 oktober 2004, <JOR> 2004/317.

Rechtbank Den Bosch 4 augustus 2000, JOR 2000, 184

Rechtbank Roermond 28 januari 1999, JOR 1999, 37.

Rechtbank **Rotterdam 17 september 1998, <JOR> 1998, 175.**

Rechtbank Breda 18 maart 1997, JOR 1997, 45, m.nt. NF.

Rechtbank Utrecht 3 juli 1996, JOR 1996, 91, m. nt. JH

1. Polak 2011, blz. 16. [↑](#footnote-ref-1)
2. HR 18 maart 1993, *NJ* 1983, 568. [↑](#footnote-ref-2)
3. Art. 20 Fw [↑](#footnote-ref-3)
4. Art. 40 Fw [↑](#footnote-ref-4)
5. Art. 60 Fw jo. art. 3:92 BW [↑](#footnote-ref-5)
6. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 402, nr. 2, p. 13. [↑](#footnote-ref-6)
7. Zie bijlage 1 [↑](#footnote-ref-7)
8. Tekstra 2011, blz. 141. [↑](#footnote-ref-8)
9. HR 18 oktober 1991, *NJ* 1992, 298. [↑](#footnote-ref-9)
10. Tekstra, Vette en Wattel 2012, p. 281. [↑](#footnote-ref-10)
11. Art. 22.1 Leidraad Invordering 2008 [↑](#footnote-ref-11)
12. **Rb. Rotterdam, 17 september JOR 1998, 175.** [↑](#footnote-ref-12)
13. Rb. Utrecht, 6 oktober 2004, <JOR> 2004/ 317.  
    Rb. Amsterdam, 27 augustus 2008, <JOR> 2009/114.  
    Rb. Zutphen, 17 maart 2010, *LJN* BL7599. [↑](#footnote-ref-13)
14. Hof Arnhem 6 september 2011, LJN BT6754. [↑](#footnote-ref-14)
15. **Hof Amsterdam 14 juli 2009 *LJN* BN6231 <JOR> 2010/251, m.nt. AT onder <JOR> 2010/252.  
    Hof Amsterdam 2 maart 2010 *LJN* BM3484** <NJF> 2010, 224. [↑](#footnote-ref-15)
16. **HR, 9 december 2011, *LJN* BT2700**.  
    **Rb. Amsterdam 27 augustus 2008; <JOR> 2009/114.** [↑](#footnote-ref-16)
17. Bosch 2012, nummer 11. [↑](#footnote-ref-17)
18. HR 12 april 1985, *NJ* 1986/808. [↑](#footnote-ref-18)
19. Rb. Breda, 18 maart 1997, JOR 1997, 45, m.nt. NF. [↑](#footnote-ref-19)
20. Rb. Utrecht, 3 juli 1996, JOR 1996, 91, m. nt. JH.   
    Rb. Roermond, 28 januari 1999, JOR 1999, 37;

    Rb. Den Bosch 4 augustus 2000, JOR 2000, 184. [↑](#footnote-ref-20)
21. Rb. Breda 4 augustus 2010, JOR 2011, 93. [↑](#footnote-ref-21)
22. Hof Arnhem, 1 november 2011, *LJN* BU3293. [↑](#footnote-ref-22)
23. Rb. Den Haag, 5 oktober 2011, JOR 2012, 29.  
    Hof Den Bosch, 18 oktober 1988, V-N 1989, 1030.  
    Hof Arnhem, 26 januari 1988, *NJ* 1988, 900. [↑](#footnote-ref-23)
24. Art. 21 lid 1 Iw 1990 [↑](#footnote-ref-24)
25. Tekstra 2011, p. 160. [↑](#footnote-ref-25)
26. HR 12 juli 2002, <JOR> 2002, 17, NF, *NJ* 2002, PvS, V-N 2002/38.33. [↑](#footnote-ref-26)
27. ‘Separatistenregeling’, *Recofa* 1 april 2009, www.rechtspraak.nl (zoek op *Rrseparatistenregeling*). [↑](#footnote-ref-27)
28. Polak 2011, p. 284. [↑](#footnote-ref-28)
29. HR 3 december 1993, *NJ* 1994/176. [↑](#footnote-ref-29)
30. Hof ‘s-Hertogenbosch, 17 mei 2011, *LJN* BQ5273. [↑](#footnote-ref-30)
31. Invorderingsgids, p. 148-149. [↑](#footnote-ref-31)
32. Invorderingsgids, p. 149. [↑](#footnote-ref-32)
33. HR, 9 november 2012, LJN BX7851.  
    Hof ‘s-Hertogenbosch, 17 mei 2011, *LJN* BQ5273.  
    Hof ‘s –Gravenhage, 22 januari 2013, *LJN* BY9447. [↑](#footnote-ref-33)
34. Reehuis 2010, p. 115. [↑](#footnote-ref-34)
35. Van Sint Truiden & Verstijlen 2010, p. 78. [↑](#footnote-ref-35)
36. Tekstra 2011, p. 151. [↑](#footnote-ref-36)
37. Art. 3:236 lid 1 BW [↑](#footnote-ref-37)
38. Art. 3:237 lid 3 BW [↑](#footnote-ref-38)
39. *Kamerstukken II* 2012/13, 33402, nr. 7, p. 28. [↑](#footnote-ref-39)
40. Wijziging Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990, artikel 1ci en 1cj Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990, *Stcrt.* 2012, nr. 26349. [↑](#footnote-ref-40)
41. Wijziging Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990, artikel 1ci en 1cj Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990, *Stcrt.* 2012, nr. 26349. [↑](#footnote-ref-41)
42. Art. 22bis lid 6 Iw 1990 [↑](#footnote-ref-42)
43. Leidraad Invordering 22bis.4. MvT, p.47. [↑](#footnote-ref-43)
44. Art. 22bis lid 9 en 10 Iw 1990 [↑](#footnote-ref-44)
45. Art. 22bis lid 7 en 8 Iw 1990 [↑](#footnote-ref-45)
46. Art. 22bis lid 9 Iw 1990 [↑](#footnote-ref-46)
47. Art. 22bis lid 10 Iw 1990 [↑](#footnote-ref-47)
48. Art. 22bis lid 14 en Leidraad Invordering 22bis.4. MvT p. 42. [↑](#footnote-ref-48)
49. Art. 57 Fw [↑](#footnote-ref-49)
50. Beekhoven van den Boezem, 2012. [↑](#footnote-ref-50)
51. Van Hees, 2012. [↑](#footnote-ref-51)
52. Art. 22bis lid 17 Iw 1990 jo. Art. 1cj Uitvoeringsregeling Iw 1990 [↑](#footnote-ref-52)
53. Art. 22bis.1. lid 1 onder A Leidraad Invordering [↑](#footnote-ref-53)
54. Art. 22bis.1. lid 1 onder B sub 1 Leidraad Invordering [↑](#footnote-ref-54)
55. Art. 22bis.1. lid 1 onder B sub 2 Leidraad Invordering [↑](#footnote-ref-55)
56. Art. 22bis.1. lid 1 onder B sub 1 onder a t/m d Leidraad Invordering [↑](#footnote-ref-56)
57. Mondelinge bron: de heer J.J.P. Coeleveld van de Belastingsdienst ‘s-Hertogenbosch [↑](#footnote-ref-57)
58. ‘Benoemingsbeleid’, www.rechtspraak.nl (zoek op *Benoemingsbeleid*). [↑](#footnote-ref-58)
59. ‘Benoemingsbeleid’, www.rechtspraak.nl (zoek op *Benoemingsbeleid*). [↑](#footnote-ref-59)
60. Zie Bijlage 2 [↑](#footnote-ref-60)
61. Zie Bijlage 3 [↑](#footnote-ref-61)
62. ‘Brochure de failliet en/of bestuurder en/of aandeelhouders’, *VDT Advocaten* 1 januari 2012, www.vdt-advocaten.nl (zoek op *brochure failliet*). [↑](#footnote-ref-62)
63. **HvJ EU 17 november 2011, nr. C-112/10.** [↑](#footnote-ref-63)
64. Art. 94 jo. 96 Fw [↑](#footnote-ref-64)
65. Zie Bijlage 4 en 5 [↑](#footnote-ref-65)
66. Zie Bijlage 6 [↑](#footnote-ref-66)
67. Zie Bijlagen 7 en 8 [↑](#footnote-ref-67)
68. Zie Bijlage 9 [↑](#footnote-ref-68)
69. Zie Bijlage 10 [↑](#footnote-ref-69)
70. ‘Benoemingsbeleid’, www.rechtspraak.nl (zoek op *B2 formulier*). [↑](#footnote-ref-70)
71. Art. 8 lid 1 Fw [↑](#footnote-ref-71)
72. Art. 10 lid 1 Fw [↑](#footnote-ref-72)
73. Art. 137a Fw [↑](#footnote-ref-73)
74. Art. 175 lid 1 Fw [↑](#footnote-ref-74)
75. HR, 7 september 2001, *NJ* 2001, 562. [↑](#footnote-ref-75)
76. Zie Bijlage 11 [↑](#footnote-ref-76)
77. Art. 185 lid 1 Fw [↑](#footnote-ref-77)
78. Art. 187 lid 4 Fw. [↑](#footnote-ref-78)