

## **CPB Document**

**in samenwerking met  
ECORYS-NEI**

**No 53**

Februari 2004

**Afschaffen of niet?**

**Analyse van fiscale verhaalsrechten bij  
faillissementen**

**Patrick de Bas, Marcel Canoy, Nick van der Lijn**

Centraal Planbureau  
Van Stolkweg 14  
Postbus 80510  
2508 GM Den Haag

Telefoon       (070) 338 33 80  
Telefax        (070) 338 33 50  
Internet        [www.cpb.nl](http://www.cpb.nl)

ISBN 90-5833-163-6

## **Korte samenvatting**

Fiscale verhaalsrechten geven de Belastingdienst een bevoorrechte positie ten opzichte van concurrente crediteuren. Er zijn voor- en nadelen verbonden aan het afschaffen van de verhaalsrechten. Een voordeel is onder meer dat verspillende ontwijkconstructies kunnen worden verhinderd. Een nadeel is dat belasting- en premie inkomsten verloren gaan. Afschaffen betekent ook dat bedrijven minder lang zullen doormodderen. De koek wordt daarmee groter, maar het effect is niet te kwantificeren. Het vermijden van verspillende ontwijkconstructies vergroot de koek ook. Deze welvaartwinsten zijn te realiseren door het bodem(voor)recht af te schaffen voor grote ondernemingen en voor kleine ondernemingen te behouden. Er zijn ook verdelingseffecten van het afschaffen van verhaalsrechten. Indien het niet wenselijk geacht wordt om belastinginkomsten te derven, zijn er nog alternatieve opties. Zo kan de Belastingdienst worden aangemoedigd strenger in te vorderen bij grote ondernemingen.

## **Abstract**

The tax authorities are first in line when firms go bankrupt. What are the advantages and disadvantages of abolishing this preferential treatment? One advantage is it prevents banks and firms from exploiting a loophole in the law. A second advantage is that firms with a low survival chance are more quickly reorganised. The main disadvantage is that the tax authorities lose money. A second – less obvious – disadvantage is that SME's will unnecessarily go bankrupt after the abolishment of the preferential treatment. This is so because banks are relatively uninterested in SME's. A solution is to abolish the treatment for large firms and to keep it for small firms. Another solution is to encourage the tax authorities to be tougher on large firms.



# Inhoud

Ten geleide	7
Samenvatting	9
1 Inleiding	11
2 Cijfermatig beeld van het belang van fiscale verhaalsrechten	13
3 Argumenten die pleiten voor handhaving	17
4 Argumenten die pleiten voor afschaffing	21
5 Ontwijkingconstructies en type I & II fouten: 3 opties	25
6 Conclusies	29
Referenties	31



## Ten geleide

Deze studie is een uitvloeisel van een langlopende discussie over de modernisering van de Faillissementswet. Moet de fiscus haar bevoorrechte positie opgeven of niet? Het CPB is gevraagd om hier samen met ECORYS-NEI een analyse van te maken.

Het onderzoek is verricht door Patrick de Bas en Nick van der Lijn (ECORYS-NEI) en Marcel Canoy (CPB). Dankbaar hebben zij gebruik gemaakt van de expertise en het commentaar van Casper van Ewijk, Rocus van Opstal, Gerbert Romijn en Jürgen Weigand (CPB), Marc van Oers en Reinout Vriesendorp (Universiteit van Tilburg), en van Arnoud Boot (Universiteit van Amsterdam).

Het onderzoek is begeleid door een klankbordgroep bestaande uit mw. J.S.H. de la Bursi en W. Helmink van het Ministerie van Economische Zaken, A.J. Berends, A. van Eijnsden, en G. Scholten van het Ministerie van Financiën, F.R. Salomons en N. Hagemans van het Ministerie van Justitie, G. Vatteveld van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, alsmede R.J. van Halderen van het UWV. Voorts danken de onderzoekers Jenny Thunnissen van het Ministerie van Financiën.

Henk Don  
Directeur



## Samenvatting

Dit rapport is een uitvloeisel van de MDW<sup>1</sup>-werkgroep ‘Modernisering Faillissementswet’. Deze werkgroep heeft een advisering over de vraag om al dan niet de fiscale verhaalsrechten af te schaffen uitgesteld tot nader onderzoek beschikbaar was. Fiscale verhaalsrechten geven de Belastingdienst een bevoorrechte positie ten opzichte van concurrente crediteuren. Er zijn voor- en nadelen verbonden aan het afschaffen van de verhaalsrechten.

Als een onderneming in financiële moeilijkheden komt, is het van maatschappelijk belang dat de procedures rondom betalingsmoeilijkheden efficiënt en zorgvuldig verlopen, anders kunnen ondernemingen ten onrechte failleren. De onderneming is levensvatbaar, maar de crediteuren verhinderen een succesvolle sanering. Ook is het mogelijk dat ondernemingen ten onrechte niet failliet gaan. Een onderneming is niet levensvatbaar, maar een te coulante houding van de crediteuren laat de onderneming te lang voortbestaan.

Een voordeel van het afschaffen van fiscale verhaalsrechten is onder meer dat verspillende ontwijkconstructies kunnen worden verhinderd. Het is moeilijk een realistische schatting van de verspilling te geven. Op basis van het beschikbare empirische materiaal kan het bedrag geraamd worden op zo’n 15 miljoen euro (met een flinke foutenmarge).

Afschaffen van de fiscale verhaalsrechten betekent ook dat bedrijven minder lang zullen doormodderen. Dit is zo omdat de Belastingdienst zich een tamelijk coulante houding kan permitteren bij betalingsproblemen van ondernemingen: zij heeft immers toch fiscale verhaalsrechten achter de hand. Het is de vraag of deze coulante houding in alle gevallen wel maatschappelijk gewenst is. Afschaffen betekent dat de Belastingdienst genoodzaakt is strenger in te vorderen. De maatschappelijke gevolgen van strenger invorderen zijn onduidelijk. Voor grote ondernemingen zijn er vooral voordelen: de banken bepalen wanneer een onderneming wel of niet levensvatbaar is. Een coulante Belastingdienst dient hier geen maatschappelijke belangen. Bij kleine ondernemingen is dit een stuk minder evident. Op de markt voor kredietverlening voor het MKB is sprake van gebrekkige concurrentie. Daarnaast hebben banken zekerheden op deze markt via hypotheek- en pandrecht. Hierdoor zullen banken geneigd zijn kleine ondernemingen te snel failliet te laten gaan. Een relatief coulante Belastingdienst kan hier een maatschappelijk nuttige rol spelen.

Hoe kan het beleid inspelen op deze verschillen tussen grote en kleine ondernemingen? Dat kan op verschillende manieren. Ten eerste kunnen fiscale verhaalsrechten worden afgeschaft voor grote ondernemingen en behouden blijven voor kleine ondernemingen. Een onderscheid maken tussen verschillende typen ondernemingen in de Belastingwetgeving is niet ongebruikelijk. De Belastingdienst zal wel inkomsten derven door het afschaffen. Indien dat niet wenselijk geacht wordt (een inschatten van de wenselijkheid van Belastingkomsten is immers een politieke keuze), zijn er nog alternatieve opties, die eventueel in combinatie gehanteerd kunnen worden. De fiscus en UWV kunnen een zogeheten ‘vuistloos pandrecht’ op

<sup>1</sup> Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.

de roerende zaken krijgen. Gevolg is dat ontwijingconstructies vermeden worden. Deze 'variant Van Mierlo' leidt evenwel de facto tot een versterking van de positie van de fiscus vis-à-vis de banken. Het effect hiervan op het doormodderen van ondernemingen is negatief. Ook kan worden gedacht om methoden te ontwikkelen die het geloofwaardig maken dat de fiscus strenger gaat invorderen bij grote ondernemingen, maar is het is vooralsnog niet duidelijk hoe dat geëffectueerd kan worden.

# 1 Inleiding

Dit rapport is een uitvloeisel van de MDW-werkgroep 'Modernisering Faillissementswet'. Deze werkgroep heeft een advisering over de vraag om al dan niet de fiscale verhaalsrechten af te schaffen uitgesteld tot nader onderzoek beschikbaar was. Fiscale verhaalsrechten geven de Belastingdienst een bevoorrechte positie ten opzichte van concurrente crediteuren.<sup>2</sup> Er zijn voor- en nadelen verbonden aan het afschaffen van de fiscale verhaalsrechten. Een voordeel van het afschaffen is onder meer dat verspillende ontwijkconstructies kunnen worden verhinderd. Een nadeel is dat belasting- en premie inkomsten als gevolg van het afschaffen van de verhaalsrechten verloren gaan.

Ten behoeve van de verdere discussie over fiscale verhaalsrechten heeft het Ministerie van Economische Zaken opdracht verleend voor een ECORYS-NEI-studie naar de gedragseffecten van een wijziging van de fiscale verhaalsrechten en heeft het Ministerie van Financiën opdracht verleend voor een studie van de Belastingdienst naar de budgettaire consequenties van een dergelijke wijziging.<sup>3</sup> Aan het CPB is vervolgens gevraagd om samen met ECORYS-NEI een welvaartsanalyse te maken. Dit rapport maakt in ruime mate gebruik van de twee eerder genoemde studies die ook tegelijkertijd met dit rapport gepubliceerd worden.

Stel dat een onderneming in financiële moeilijkheden komt. Er zijn diverse reacties door crediteuren voorhanden, van lichte (bijvoorbeeld stille sanering door banken) naar zware (aanvragen van faillissement). Het is van maatschappelijk belang dat de procedures rondom betalingsmoeilijkheden efficiënt en zorgvuldig verlopen. Een minder efficiënt verloop van die procedures kan tot gevolg hebben dat ondernemingen ten onrechte failleren. De onderneming is levensvatbaar maar de crediteuren verhinderen een succesvolle sanering. Ook is het mogelijk dat ondernemingen ten onrechte *niet* failliet gaan. Een onderneming is niet levensvatbaar maar een te coulante houding van de crediteuren laat de onderneming te lang voortbestaan. Beide problemen leiden tot waardevermindering en zijn maatschappelijk gezien verspillend.

Als een onderneming in de problemen komt hebben zowel de fiscus als de andere crediteuren mogelijkheden om hun verlies te beperken.<sup>4</sup> De banken hebben een zuiver commerciële relatie met de onderneming, met privaatrechtelijke rechten en plichten. Veelal hebben banken hun risico's al beperkt door hypotheek- en pandrecht, maar zeker bij grotere ondernemingen is er veelal ook sprake van echte risico's. De banken maken in een dergelijke situatie een kosten-baten-analyse en sluiten hun acties daarop aan. Hierbij worden alleen de private kosten en baten van een faillissement in beschouwing genomen. Bij de Belastingdienst ligt het ingewikkelder, omdat ondernemingen als een soort doorgeefluik fungeren voor de fiscus

<sup>2</sup> UWV heeft een soortgelijk (maar minder verstrekkend) recht (zie paragraaf 2 en ECORYS-NEI 2004).

<sup>3</sup> In de ECORYS-NEI studie zijn een vijftal varianten onderzocht: handhaven van de fiscale voorechten, afschaffen van de fiscale verhaalsrechten, afschaffen van het bodemrecht en het bodemvoorrecht en het handhaven van het fiscale voorrecht, en een hervorming van de fiscale verhaalsrechten op basis van de varianten van Van Mierlo en De Liagre Böhl. Zie voor de precieze inhoud van de verschillende varianten ECORYS-NEI 2004, hoofdstuk 3.

<sup>4</sup> Banken zijn de belangrijkste crediteur naast de Belastingdienst en UWV. In het onderstaande wordt veelal verwezen naar banken, hoewel ook bijvoorbeeld leasemaatschappijen en leveranciers tot de andere crediteuren kunnen behoren.

bij de loon- en omzetbelasting. De Belastingdienst heeft daarbij te maken met een mix van publieke en private afwegingen. Voor een gedeelte moet ze evenals een bank de afweging maken of een onderneming levensvatbaar is. Er zijn echter ook maatschappelijke kosten verbonden aan een faillissement, zoals het verlies aan werkgelegenheid of onverkoopbare goederen. Voor het handelen bij bedrijven die in betalingsproblemen zijn gekomen is de fiscus onder meer gebonden aan de Leidraad Invordering 1990. In de Leidraad wordt, op instigatie van de toenmalige Tweede Kamer, een terughoudend beleid bij het aanvragen van faillissementen vereist, juist om rekening te houden met de maatschappelijke kosten van een faillissement.

De vraag rijst of fiscale verhaalsrechten het juiste instrument zijn om met bovengenoemde publieke belangen rekening te houden. Een manier om dit te toetsen is om naar verschillende typen fouten te kijken. Type I fouten worden gemaakt als crediteuren bedrijven ten onrechte te lang laten voortbestaan. Type II fouten ontstaan wanneer het faillissement wordt aangevraagd van levensvatbare ondernemingen. Efficiënte procedures zorgen voor het minimaliseren van beide typen fouten, zowel bij faillissementen als bij betalingproblemen.

De rest van dit rapport analyseert de merites van afschaffing versus handhaving. Dit gebeurt door een welvaartsanalyse te maken. In een welvaartsanalyse gaat het om de grootte van de koek, niet om de verdeling. Welke crediteur wat krijgt is voor de grootte van de koek niet van belang en zal daarom geen prominente rol spelen in dit rapport. Paragraaf 2 vat enkele basisgegevens samen. Paragraaf 3 en 4 gaan in op respectievelijk de voordelen van handhaving en de voordelen van afschaffing van de fiscale verhaalsrechten. Paragraaf 5 beziet hoe type I en II fouten kunnen worden verminderd waarbij onder meer een splitsing wordt gemaakt tussen grote en kleine ondernemingen. Paragraaf 6 concludeert.

## 2      **Cijfermatig beeld van het belang van fiscale verhaalsrechten**

Deze paragraaf dient om een gevoel te krijgen waar het hier in numerieke zin om draait. Hoeveel ondernemingen komen jaarlijks in de problemen? Wat voor ondernemingen zijn dat? Hoe verlopen de procedures? Wat leveren fiscale verhaalsrechten de Belastingdienst op?

Allereerst zij geconstateerd dat er verschillende fiscale verhaalsrechten zijn. Ten eerste zijn er het bodemrecht en bodemvoorrecht. Bodemrecht rust op bodemzaken van derden en bodemvoorrecht op bodemzaken van de belastingschuldige.<sup>5</sup> In de Nederlandse context worden beide rechten vaak in één adem genoemd. De consequentie van het feit dat het om bodemzaken gaat, is dat de betrokken bedrijven waar het bodem(voor)recht financieel gezien relevant wordt, vooral productiebedrijven zijn. In de dienstensector is er immers veelal geen sprake van bodemzaken van substantiële financiële omvang.<sup>6</sup> Naast het bodem(voor)recht is er het fiscale voorrecht dat - mutatis mutandis - ook geldt voor het UWV.<sup>7</sup> De volgorde van verhaalsrechten is grofweg gezegd de volgende. Het hypotheekrecht gaat voor het fiscaal voorrecht en bodem(voor)recht. De hypotheekhouder (vaak een bank) heeft dus niets te maken met fiscus en UWV. Het pandrecht gaat voor het fiscaal voorrecht en het bodemvoorrecht, zij het dat het bodemvoorrecht voorgaat bij bodemzaken van de belastingschuldige. Het UWV heeft voor bepaalde vorderingen een voorrecht dat gelijk staat met het fiscaal voorrecht. De handelscrediteuren zijn bij een uitdeling als laatste aan de beurt.

Het onderscheid tussen de verschillende typen voorrechten is relevant. Zo kunnen banken het initiatief nemen een ontwijkingconstructie aan te gaan om het bodem(voor)recht te omzeilen. Een voorbeeld van een ontwijkingconstructie is indien een onderneming tijdelijk stilgelegd wordt en het perceel aan een bank verhuurd wordt ('de verhuurconstructie', zie verder paragraaf 4 en ECORYS-NEI (2004)). Ontwijkingconstructies worden irrelevant indien het bodem(voor)recht wordt afgeschaft. Als behalve het bodem(voor)recht ook het fiscale voorrecht zou worden afgeschaft, heeft dit nauwelijks effect op het gedrag van de betrokken partijen. Het gaat hier met name om een verdelingskwestie tussen de fiscus en andere crediteuren, al zijn er ook nog enige gedragseffecten (zie verder paragrafen 3 en 4).

Jaarlijks gaan er zo'n 4.500 ondernemingen failliet. Een kleine minderheid daarvan zijn grote ondernemingen (GO).

<sup>5</sup> Bij bodemzaken gaat het om goederen die in het productieproces worden gebruikt en die zich bovendien op de bodem van de belastingschuldige bevinden. In de praktijk gaat het doorgaans om de inventaris (inclusief machines; voorraden vallen niet onder bodemzaken).

<sup>6</sup> In de dienstensector zijn er veelal weinig of geen bodemzaken, soms ook omdat er geen bodem is (denk aan intellectuele arbeid, uitzendbureaus, glazenwassers en dergelijke). Het bodemrecht en het bodemvoorrecht worden in het vervolg tezamen aangeduid met bodem(voor)recht.

<sup>7</sup> Op de rol van het UWV zal in dit rapport minder uitgebreid ingegaan worden. Zie verder ECORYS-NEI (2004).

De hoeveelheid aanslagen die bij de Belastingdienst bekend staan, is een veelvoud daarvan, namelijk 10.000 bij GO en 327.000 bij kleinere ondernemingen (O).<sup>8</sup> De door de Belastingdienst geraamde waarde van de fiscale claims bij die dossiers is in totaal ongeveer 2,4 miljard euro (0,6 miljard GO + 1,8 miljard O). In veel gevallen overleven deze bedrijven. Het gaat echter ook wel eens mis. De hoeveelheid faillissementen is redelijk stabiel over de tijd en volgt grofweg - wat vertraagd - de conjunctuur (de piek in de afgelopen 10 jaar was 5.512 in 1993, het dal 3.238 in 1999). De Nederlandse situatie steekt numeriek niet ongunstig af tegen de situatie bij de buurlanden. In België en Duitsland liggen de aantallen (gecorrigeerd voor aantal inwoners) meer dan 20% hoger dan in Nederland.<sup>9</sup>

We kunnen onderscheid maken tussen schade die geleden wordt indien ondernemingen failliet gaan en schade die geleden wordt in overige gevallen. Bij failliete ondernemingen wijst dossieronderzoek van OOR (2001)<sup>10</sup> uit dat de recovery rate van de Belastingdienst gemiddeld 49% van de pre-faillissementschulden bedraagt (tegen een gemiddelde van 33% voor alle crediteuren). Dit percentage is vergelijkbaar met wat in het buitenland gebruikelijk is. Deze hogere recovery rate voor de Belastingdienst kan te maken hebben met de fiscale verhaalsrechten. Een rekenexercitie van ECORYS-NEI die vertrekt vanuit de veronderstelling dat de recovery rate van de fiscus bij afschaffing van de fiscale verhaalsrechten gelijk wordt aan die van de diverse concurrente en preferente crediteuren zonder zekerheidsrechten, komt tot een som van ongeveer 80 miljoen euro aan gederfde inkomsten. Bij iets andere veronderstellingen zou dit bedrag kunnen oplopen tot 105 miljoen euro.

Recovery rates betreffen faillissementen en daarmee slechts een minderheid van de financiële belangen van fiscale verhaalsrechten. Om een totaalbeeld te krijgen van de directe aan fiscale verhaalsrechten gerelateerde derving van belastinginkomsten, heeft de Belastingdienst een aselechte steekproef genomen van 470 dossiers van per november 2002 in betalingsproblemen verkerende ondernemingen. Bij deze cases is aan de betrokken ontvangers bij de belastingen gevraagd een inschatting te maken van het effect van de fiscale verhaalsrechten op de mate waarin de belastingschuld nog kan worden ingevorderd (voor details zie Belastingdienst (2004)). Indien de resultaten van de steekproef doorgetrokken worden naar de hele economie schat de Belastingdienst op jaarbasis een bedrag tussen de 700 miljoen en 926 miljoen euro te derven, afhankelijk van de conjunctuur en een bepaalde gevoeligheidsanalyse. De derving komt voor ongeveer  $\frac{1}{4}$  voort uit een verwachte derving bij grote ondernemingen en voor  $\frac{3}{4}$  uit een verwachte derving bij andere ondernemingen. Als een

<sup>8</sup> De definitie die de Belastingdienst hanteert voor het onderscheid tussen O en GO is gebaseerd op het ondernemingsvermogen (OV), de verschuldigde omzetbelasting (OB) en het aantal werknemers (WN). GO is een onderneming die ofwel aan twee van de volgende criteria voldoet (1. OV aan het begin van het jaar meer dan 5 miljoen gulden, 2. verschuldigde OB meer dan 10 miljoen gulden, 3. meer dan 50 WN in dienst), dan wel aan een van de navolgende criteria (1. OV aan het begin van het jaar meer dan 20 miljoen gulden, 2. verschuldigde OB meer dan 40 miljoen gulden, 3. meer dan 250 WN in dienst). Zie bijvoorbeeld Agenda voor de fiscale praktijk, Kluwer (2002). Per 1 januari 2003 maakt de Belastingdienst niet langer onderscheid tussen O en GO.

<sup>9</sup> Grote voorzichtigheid is wel gepast bij internationale vergelijkingen.

<sup>10</sup> Voor meer detail zie ECORYS-NEI (2004). Hieruit blijkt onder meer dat OOR (2001) volgens vele partijen de meest betrouwbare bron is.

onderscheid gemaakt wordt tussen de verschillende voorrechten blijkt dat het merendeel van het totale bedrag is toe te schrijven aan het bodem(voor)recht. De verhouding is ongeveer 2/3 bodem(voor)recht en 1/3 fiscaal voorrecht.

De Belastingdienst (2004) heeft hiermee een inschatting gemaakt van de directe inkomstendervingen. Volgens de begrotingssystematiek kunnen alleen deze directe effecten meegerekend worden. Ons onderzoek is evenwel niet gebonden aan de begrotingssystematiek zodat ook andere effecten meegenomen kunnen worden. Zo gaan er inverdieneffecten gepaard met afschaffing. Deze effecten zijn veel moeilijker te kwantificeren omdat de gegevens daartoe gedeeltelijk ontbreken. Toch zijn er belangrijke aanwijzingen voor substantiële opbrengsten. We kunnen hier niet meer dan een orde van grootte van deze opbrengsten geven. In het onderstaande gaan wij uit 813 miljoen euro inkomstenderving (het gemiddelde van de bandbreedte die door de Belastingdienst is aangegeven, nl. 700 miljoen en 926 miljoen euro), waarbij er dus steeds rekening mee moet worden gehouden dat elk genoemd bedrag 14% hoger of lager kan zijn.

Ten eerste kan alternatief invorderingsbeleid een deel van de gederfde inkomsten terughalen (voor meer details zie paragrafen 3 en 4). Het is niet mogelijk te zeggen hoeveel hiermee is gemoeid. Duidelijk is wel dat het niet om een klein bedrag gaat.

Ten tweede kan er redelijkerwijs aangenomen worden dat het deel van de belastingschuld dat nu naar de Belastingdienst gaat, bij afschaffing van fiscale verhaalsrechten naar andere crediteuren gaat. Aangezien die crediteuren meestal belastingplichtig zijn, krijgt de Belastingdienst een behoorlijk deel rechtstreeks terug. Een rekenexercitie: stel dat de gederfde inkomsten 813 miljoen euro zijn. Verminderd met 100 miljoen euro van alternatief invorderingsbeleid resteert 713 miljoen euro. Stel dat 75% van de concurrente crediteuren belastingplichtig is, dan krijgt de fiscus  $34,5\% \text{ (vbp)} \times 75\% \times 713 \text{ miljoen} = 184 \text{ miljoen euro}$ . Het blijft gissen naar de omvang, zodat een flinke bandbreedte wel nodig is. Het lijkt in ieder geval redelijk om een stevig bedrag in mindering te brengen op de genoemde gederfde opbrengsten.

Ten derde zijn er macro-effecten. De preferente positie van de Belastingdienst ten opzichte van crediteuren betekent dat leveranciers een risico lopen dat betaling achterwege blijft. Dit risico betekent dat de verwachte opbrengst lager is dan de waarde van de levering zodat dus het risico fungeert als een impliciete belasting op leveranciers. Banken zijn in het algemeen beter in staat zich in te dekken tegen dit risico doordat zij een informatievoorsprong hebben op andere zakenrelaties en aanvullende zekerheden zullen eisen als het risico op faillissement toeneemt. De impliciete belasting drukt dus meer op de leveranciers van goederen en van niet-financiële diensten dan op banken. Afschaffing van de fiscale verhaalsrechten komt neer op een geringe verlaging van deze impliciete belasting.

Het afschaffen van fiscale verhaalsrechten kent ook een *netto* efficiëntiewinst indien de kosten van de 'reparatie' van het belastinggat niet groter zijn dan de gevolgen van de lastenverlichting, waarbij ook de uitvoeringskosten nog in beschouwing genomen moeten

worden. De fiscus heeft een aantal mogelijkheden om belastinginkomsten te vermeerderen. Het repareren via de vpb, d.w.z. een generieke verhoging van de vpb levert een licht negatief macro-beeld op. Indien andere manieren gekozen worden om het belastinggat te dichten, bijvoorbeeld via het eigen huis ziet het plaatje er veel positiever uit. Achter de verschillende keuzen liggen politieke motieven ten grondslag waar de onderzoekers verder geen uitspraak over doen. De effecten zijn hoe dan ook bescheiden te noemen.

Tot slot zijn er ook indirecte rekenen. Deze ontstaan onder meer door een vermindering aan ontwijkingconstructies. In paragraaf 4 worden ontwijkingconstructies besproken. Hier volstaan we met een zeer ruwe kwantitatieve inschatting. Uit ECORYS-NEI (2004) blijkt dat bij grote ondernemingen de constructie vaker voorkomt dan bij kleine ondernemingen. Bij grote ondernemingen vindt men ook zogenaamde (niet altijd succesvolle) voorbereide faillissementen, die een snelle doorstart mogelijk maken. Bij kleine ondernemingen zijn ontwijkingconstructies zeldzaam. Hoe groot de kapitaalvernietiging is die gepaard gaat met ontwijkingconstructies, is heel moeilijk te zeggen. Als een ontwijkingconstructie bij GO in eenderde van de faillissementen voorkomt en de kapitaalvernietiging als gevolg van ontwijkingconstructies een omvang heeft van 20% van het totale bedrijfskapitaal (zonder ontwijkingconstructies) kom je uit op een bedrag van 10 miljoen euro. Daarbij moet nog het bedrag voor het middenbedrijf opgeteld worden (circa 5 miljoen euro).<sup>11</sup> Natuurlijk kunnen de werkelijke cijfers anders zijn, maar het rekenvoorbeeld geeft een gevoel voor de orde van grootte. Zo is de Belastingdienst van mening dat het bedrag flink lager moet zijn, terwijl de banken juist menen dat ontwijkingconstructies tamelijk regelmatig voorkomen. Anders dan gederfde belastinginkomsten zijn deze bedragen evenwel werkelijke welvaartsverliezen en geen herverdeling. De bedragen mogen daarom niet zomaar met elkaar worden vergeleken.

Concluderend, de Belastingdienst zal een bedrag derven na afschaffing van de fiscale verhaalsrechten. De directe inkomstenderving is door de Belastingdienst geraamd op tussen de 700 miljoen en 926 miljoen euro. Hiervan is zo'n 2/3 toe te rekenen aan bodem(voor)recht en 1/3 aan het fiscaal voorrecht. De rekenen van grofweg enkele honderden miljoenen euro moeten daar nog van worden afgetrokken (op basis van een zeer ruwe schatting). Een zeer ruwe schatting van de kapitaalvernietiging die samenhangt met constructies de toepassing van het bodem(voor)recht te ontwijken is 15 miljoen euro.

<sup>11</sup> De schatting van respectievelijk € 10 miljoen en € 5 miljoen voor GO en O is gebaseerd op de aanname dat een ontwijkingconstructie in 33% van de faillissementen voorkomt bij GO en in 20% van de faillissementen bij O. Deze cijfers zijn gebaseerd op ervaringscijfers van 15 door ECORYS-NEI geïnterviewde curatoren. Voor de kapitaalvernietiging als gevolg van de ontwijkingconstructies is als gemiddelde 20% aangenomen voor GO en O in de gevallen dat er een ontwijkingconstructie wordt toegepast. De waarde van het resterend actief in faillissementen is ongeveer € 280 miljoen per jaar over de periode 1992 – 2002 (bron: CBS Statline). Dit bedrag is gelijkmatig verdeeld over GO en O.

### 3 Argumenten die pleiten voor handhaving

Er zijn verschillende argumenten die kunnen wijzen op handhaving van de fiscale verhaalsrechten. Ten eerste zijn er argumenten van principiële aard. Zo wordt onder meer gesteld dat de fiscus en UWV, in tegenstelling tot andere crediteuren, niet hun eigen debiteuren kunnen uitzoeken<sup>12</sup> en bovendien vooraf geen zekerheden kunnen bedingen. Ook wordt gesteld dat sommige belastingschulden voor de Staat geïnde, nog niet afgedragen gelden betreffen en dat belastinggelden de bezittingen zijn van de gehele gemeenschap. Met de invordering van belastinggelden is zo een algemeen belang gemoeid dat in deze redenering belangrijker wordt geacht dan het particuliere belang van bijvoorbeeld een bank of een leverancier. Hetzelfde geldt voor gederfde belastinginkomsten. Het betreft hier vooral een herverdeling, aangezien lagere inkomsten voor fiscus of UWV leiden tot hogere inkomsten van andere schuldeisers. Dit impliceert dat de weging van dit argument vooral een politieke weging is en niet een welvaartstheoretische. De onderzoekers staan neutraal ten opzichte van dit type normatieve argumenten voor handhaving of voor afschaffing en hebben deze argumenten verder grotendeels buiten beschouwing gelaten.

Een meer pragmatisch argument voor handhaving van de fiscale verhaalsrechten is dat het een 'efficiënte' manier van belastinginning mogelijk maakt. De fiscale verhaalsrechten zijn volgens de Belastingdienst van groot belang voor de handhavingactiviteiten. De fiscale verhaalsrechten fungeren als pressiemiddel om betalingen af te dwingen bij betalingsachterstanden nog voordat er van een faillissement sprake is of zal zijn. De implicatie hiervan is dat de verwachte vermindering van de belastingopbrengsten na afschaffing van de fiscale verhaalsrechten maar ten dele kan worden gecompenseerd door additionele of intensievere handhavingactiviteiten te ontplooiën. Dit argument geldt in veel mindere mate voor het UWV dat zich de laatste jaren steeds meer als een gewone crediteur ontplooit en dat bovendien niet beschikt over het bodem(voor)recht. Daarentegen kan strengere invordering van de Belastingdienst de betalingsdiscipline van ondernemingen vergroten waardoor de belastinginning juist efficiënter wordt: ondernemingen, wetende dat uitstel van betaling moeilijk te verkrijgen is en faillissement sneller zal worden aangevraagd, zullen trachten te voorkomen dat betalingsachterstanden bij de Belastingdienst ontstaan. Hierdoor hoeven minder handhavingactiviteiten te worden ontplooid en kan het negatieve effect van het afschaffen van de fiscale verhaalsrechten grotendeels teniet worden gedaan.

Om de vermindering van de belastingopbrengsten zoveel mogelijk tegen te gaan, is het zeer aannemelijk dat het afschaffen van de fiscale verhaalsrechten zal leiden tot een strenger invorderingsbeleid van de fiscus.<sup>13</sup> Dit blijkt zowel uit het rapport van ECORYS-NEI als uit het onderzoek van de Belastingdienst. Wat betreft het UWV is de verwachting dat het

<sup>12</sup> MDW Werkgroep Faillissementsrecht, 2001a: paragraaf 7.3.

<sup>13</sup> De onderzoekers gaan ervan uit dat een strengere invordering binnen de bestaande Leidraad Invordering mogelijk is dan wel dat de Leidraad op dit punt kan en zal worden aangepast.

invorderingsbeleid niet zal wijzigen bij afschaffing van het fiscaal voorrecht, aangezien zij momenteel niet beperkt is in haar invorderingmogelijkheden en dus nu al gebruik kan maken van alternatieve maatregelen (zoals het inschakelen van een incassobureau) en dit in de praktijk ook doet. Uit het onderzoek van de Belastingdienst blijkt dat in 23% van het totaal aantal dossiers waarin uitstel van betaling is verleend, dit niet gebeurd zou zijn indien er geen bodem(voor)recht zou zijn geweest. In een meerderheid van de gevallen zou dus ook zonder fiscale verhaalsrechten uitstel van betaling zijn verleend. Uit hetzelfde onderzoek kan worden geconcludeerd dat in ongeveer 15% van de gevallen zonder het bestaan van het bodem(voor)recht tot een faillissementsaanvraag zou worden overgegaan. Als tevens het fiscaal voorrecht zou worden afgeschaft, zou in nog eens 6% van de onderzochte gevallen faillissement worden aangevraagd.

Een strengere invorderingsbeleid van de fiscus kan zowel positieve als negatieve welvaartseffecten hebben. Negatief is dat een strengere invordering zou kunnen leiden tot verminderde mogelijkheden voor nog levensvatbare ondernemingen om uit tijdelijke problemen te komen. Een positief welvaartseffect ontstaat als een strengere invordering leidt tot het tijdig onderkennen van problemen ofwel het eerder staken van de activiteiten van niet-levensvatbare ondernemingen. In het laatste geval wordt de mogelijkheid immers kleiner om door het niet betalen van belastingen geld vrij te maken waarmee tegenover derden een schijn van kredietwaardigheid kan worden opgehouden. Hierdoor lopen de schulden van de onderneming in kwestie niet langer nodeloos op. Bovendien kan het huidige relatief soepele invorderingsbeleid van de fiscus leiden tot ongelijke concurrentievoorwaarden tussen ondernemingen die wel en ondernemingen die niet in betalingsmoeilijkheden komen.

Een strengere invordering van de fiscus zal onmiskenbaar leiden tot een bepaalde verharding (of iets neutraler: verzakelijking) van de relatie tussen de fiscus en ondernemingen. De Belastingdienst meent zelfs dat een strengere invordering een negatief effect zal hebben op het vestigingsklimaat in Nederland. De onderzoekers verschillen op dit punt van mening met de Belastingdienst en menen dat ook zonder het bestaan van de fiscale verhaalsrechten de fiscus een juiste balans zal weten te vinden tussen het al dan niet verlenen van uitstel van betaling en het al dan niet aanvragen van faillissement. Een negatief effect op het vestigingsklimaat in Nederland is niet te verwachten, aangezien een dergelijke belastingmaatregel een te marginale bijdrage levert aan vestigingsplaatsfactoren.

Een laatste argument dat wordt genoemd voor handhaving van de verhaalsrechten is dat de fiscale verhaalsrechten invloed hebben op zowel het aangifte- als het betaalgedrag van ondernemingen. De veronderstelling hierbij is, dat ondernemingen hun belastingsschulden mogelijk zouden laten oplopen als de fiscus een pressiemiddel kwijtraakt door afschaffing van de fiscale verhaalsrechten. Als de fiscus hierop reageert door sneller faillissement aan te vragen zouden ondernemingen, hierop anticiperend, wellicht een prikkel hebben om in de periode waarin faillissement dreigt een te lage aangifte loon- en omzetbelasting te doen om hiermee, tenminste op papier, geen betalingsachterstand op te lopen.

Er lijkt weinig grond te zijn voor deze argumentatie, althans in de zin dat hier grote bedragen mee gemoeid zijn.<sup>14</sup> Hoewel niet geheel vergelijkbaar, blijkt er ook geen prikkel tot frauduleus handelen voor vennootschappen om de melding betalingsonmacht ex artikel 36 Iw 1990 te ontlopen: er zijn geen aanwijzingen dat via valsheid in geschrifte bij aangiftes op grootschalig niveau de melding betalingsonmacht wordt ontweken. Daarnaast kan daarmee iedere vorm van lastenverzwaring aangevallen worden.

<sup>14</sup> Harwood et al (1992) wijzen op enige effecten van '*non-tax compliance*' als gevolg van liquiditeitsbeperkingen maar andere door Harwood et al genoemde empirische studies vinden geen effect.



## 4 Argumenten die pleiten voor afschaffing

Er is ook een aantal principiële argumenten die juist pleiten voor afschaffing van (een deel van) de fiscale verhaalsrechten. Zo kan de fiscus door het bodemrecht ook verhaal nemen op zaken van anderen dan het bedrijf dat de schuld heeft, wat indruist tegen de hoofdregel dat je schulden alleen kunt verhalen op het vermogen van de schuldenaar zelf.<sup>15</sup> Tevens is aangegeven dat de inning van belastingschulden en schulden uit hoofde van sociale verzekeringen de laatste jaren geleidelijk is gelijkgeschakeld. In de komende jaren zal mogelijk ook de heffing en inning van de verplichte premies werknemersverzekeringen door de Belastingdienst in plaats van door het UWV gaan geschieden. Het voortbestaan van het bodem(voor)recht, dat op dit moment wel voor bepaalde belastingschulden (met name loon- en omzetbelasting) geldt, maar niet voor achterstallige sociale verzekeringspremies, wordt hiermee ter discussie gesteld. Net als de principiële argumenten voor handhaving hebben de onderzoekers deze argumenten buiten beschouwing gelaten.

Bepaalde leasevormen zijn wel en andere leasevormen zijn niet geschikt om het bodemrecht te ontlopen.<sup>16</sup> Dit zou kunnen leiden tot ‘gefiscaliseerd handelen’ en hiermee tot inefficiënties in de huidige situatie. Bovendien zou het bestaan van het bodemrecht ertoe kunnen leiden dat door de leasemaatschappij afgezien wordt van een lease-overeenkomst met een onderneming. Uit het onderzoek van ECORYS-NEI blijkt dat in de praktijk de leasevorm voornamelijk is gebaseerd op de wens van de ondernemer en dat een verschuiving van operational lease naar financial lease onwaarschijnlijk is. Uit hetzelfde onderzoek blijkt bovendien dat het bodemrecht slechts een marginale invloed heeft op de beslissing van een leasemaatschappij een leasecontract aan te gaan. Er gaat dus maar een heel klein positief effect van afschaffing van het bodemrecht op dit punt uit.

Het bestaan van de fiscale verhaalsrechten benadeelt andere schuldeisers en dit kan nadelig zijn voor hun bereidheid ondernemingen te financieren door middel van (leveranciers)krediet of anderszins.<sup>17</sup> Voorstanders van afschaffing van het bodem(voor)recht menen dat afschaffing zal leiden tot een ruimere financiering van ondernemingen door banken, al dan niet tegen betere voorwaarden. Uit het onderzoek van ECORYS-NEI blijkt dat dit slechts in zeer geringe mate te verwachten is. In de praktijk blijkt dat banken zich bij de financieringsbeslissing primair laten leiden door het vertrouwen in de onderneming. Bij het MKB komen zekerheden pas ter sprake als het gaat om de omvang van het eventueel te verlenen krediet, maar het huidige gebruik van de bevoorschottingspercentages wordt niet beïnvloed door het bestaan van de fiscale verhaalsrechten. Grote ondernemingen worden over het algemeen op basis van ratio’s (bijv.

<sup>15</sup> Voor het daadwerkelijk overgaan tot uitwinning van een beslag op goederen van derden moet overigens aan een aantal criteria zijn voldaan. De ontvanger bij de belastingen dient zich in beginsel eerst te verhalen op de eigen zaken van de belastingschuldige en op de bezitloos verpande zaken en pas als verder verhaal noodzakelijk is kan tot uitwinning worden overgegaan (ECORYS-NEI 2004, p.28).

<sup>16</sup> Het bodemrecht is van toepassing op bodemzaken die met financial lease zijn verkregen, maar is niet van toepassing als er sprake is van operational lease.

<sup>17</sup> MDW Werkgroep Faillissementsrecht, 2001b: p. 37.

solvabiliteit) gefinancierd. Er wordt pas gezocht naar zekerheden (in de vorm van hypotheek of pand) als de onderneming in financiële moeilijkheden is geraakt en getracht wordt de financiële risico's zoveel mogelijk af te dekken. Als afschaffing van het bodem(voor)recht een effect heeft op de financieringsbeslissing van banken, dan zal dit slechts onder voorwaarden ten goede komen aan de cliënten en zich, mogelijk mede onder invloed van het Basel-II akkoord, uiten in een beperkte stijging van het maximale krediet, maar niet in betere voorwaarden of tarieven.<sup>18</sup> Afschaffing van het bodemvoorrecht heeft hiermee een klein positief effect op de financieringsbereidheid van banken. Bij kleinere ondernemingen betreft het een klein effect op de omvang van het maximale krediet op het moment dat er geen financieringsproblemen zijn, bij grotere ondernemingen betreft het een klein effect op de financieringsbereidheid als de onderneming in problemen is gekomen.

Uit het onderzoek van ECORYS-NEI blijkt tevens dat voor concurrente crediteuren de fiscale verhaalsrechten nauwelijks een rol spelen bij hun overweging wel of geen leverancierskrediet te geven. Ook voor kredietverzekeraars, die het risico van niet betalen voor hun rekening nemen, is er geen effect op hun gedrag te verwachten als het fiscaal voorrecht wordt afgeschaft en zal het niet makkelijker worden een kredietverzekering af te sluiten.

Voorts kan pleiten voor afschaffing van het bodem(voor)recht dat dit een einde maakt aan het plaatsvinden van ontwijkconstructies en daarmee van de met die constructies gepaard gaande versnippering van het bedrijfskapitaal. Dit zal leiden tot grotere doorstartkansen van een onderneming en minder kapitaalvernietiging. Ontwijkconstructies worden veelal op initiatief van de banken genomen om er voor te zorgen dat de fiscus zijn bodem(voor)recht niet kan uitoefenen op bodemzaken waarop een pand of een eigendomsvoorbehoud rust. Er zijn grosso modo vier ontwijkconstructies mogelijk waarvan in de praktijk er maar twee, de afvoerconstructie en met name de (bodem)verhuurconstructie, wordt toegepast. De afvoerconstructie betreft het weghalen van de goederen van de bodem, de verhuurconstructie bestaat er uit dat de bodem naar een derde overgaat voordat het faillissement wordt uitgesproken en voordat de fiscus beslag heeft kunnen leggen (de pandhouder, de eigendomsvoorbehouder of eventueel een ander huurt het perceel van de belastingschuldige). Een van de eisen van een succesvolle verhuurconstructie is staking van de bedrijfsactiviteiten op die bodem. Dit vermindert de doorstartmogelijkheden van ondernemingen, ook wanneer zij in principe levensvatbaar zijn. De kapitaalvernietiging door ontwijkconstructies is vaak veel groter bij 'gewone' doorstarts dan bij succesvolle voorbereide doorstarts. Bij een voorbereide doorstart blijft het vaak bij een beperkte stilstand van de onderneming, terwijl het gevolg van een verhuurconstructie bij 'gewone' doorstarts (of bij niet gelukte voorbereide doorstarts) vaak

<sup>18</sup> Het (nog niet afgesloten) Basel-II akkoord behelst een wijziging van de normen voor risicodragende kredietverlening. De verwachting is dat de bevoorschottingspercentages tengevolge van dit akkoord zullen worden gebaseerd op de gerealiseerde recovery rates op vastgoed, debiteuren, voorraden en inventaris (op inventaris is het bodem(voor)recht van toepassing). Uit onderzoek van Canoy et al (2001, p.79-81) blijkt dat de concurrentie op de markt voor de financiering van het MKB tal van onvolkomenheden bevat: er is sprake van regionale monopolies, banken hebben superieure informatie en het is moeilijk voor ondernemingen om te wisselen van bank. In zo'n situatie worden de voordelen van hogere recovery rates voor banken niet automatisch doorgegeven aan ondernemingen in de vorm van gunstiger financieringsmogelijkheden.

is dat een onderneming voor langere tijd stil ligt. Dit leidt tot extra kapitaalvernietiging en een verminderde kans op een succesvolle doorstart: goede werknemers lopen weg, leveranciers verliezen het vertrouwen en bovendien wordt er op zich al omzetverlies geleden.

Voor afschaffing pleit tenslotte dat de fiscale verhaalsrechten mogelijk de kansen op een akkoord (schuldsanering) verminderen en in het algemeen dat de rol van fiscus en UWV bij saneringen na afschaffing verbeterd zou kunnen worden. Met betrekking tot het laatste stelt ongeveer 20% van de curatoren die door Blom zijn ondervraagd dat de werking van de surseance zou kunnen worden verbeterd als preferente en concurrente schuldeisers meer gelijkwaardige posities zouden krijgen.<sup>19</sup> In dat geval hebben ook preferente schuldeisers zoals fiscus en UWV er belang bij tijdig op surseance aan te dringen. Het eerste (deel)argument wordt door het ECORYS-NEI onderzoek niet bevestigd: de opstelling van fiscus en UWV staat doorgaans geen akkoord in de weg en de fiscale verhaalsrechten lijken geen invloed te hebben op het feit dat akkoorden relatief weinig voorkomen als saneringsvorm. Ten aanzien van het tweede (deel)argument levert het ECORYS-NEI onderzoek geen aanvullende inzichten op. Een belangrijk struikelblok voor het bereiken van een akkoord voor schuldsanering is overigens per 1 januari 2003 weggenomen: de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 is zo gewijzigd dat per die datum door de fiscus niet langer integrale voldoening van de omzetbelasting ex artikel 29 lid 2 OB wordt geëist teneinde met een akkoord tussen schuldeisers in te stemmen (ECORYS-NEI 2004, p.55, 72).<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Blom, 2000: blz. 190-191.

<sup>20</sup> Hiermee lijkt het afschaffen van de fiscale verhaalsrechten op zichzelf onvoldoende om de procedure rond schuldsanering te verbeteren. Andere, of aanvullende, maatregelen zijn hiervoor nodig, zoals mogelijk het door de commissie Kortmann voorgestelde één-ingang-insolventiesysteem dat crediteuren de mogelijkheid biedt om een procedure te starten die in plaats van liquidatie ook sanering tot gevolg kan hebben.



## 5 Ontwijkingconstructies en type I & II fouten: 3 opties

De paragrafen 3 en 4 schetsen een algemeen beeld van de voor- en nadelen van afschaffing van de fiscale verhaalsrechten. Zoals tevens blijkt uit de samenvattende tabel 1 hieronder, zijn er twee belangrijke argumenten die pleiten voor afschaffing van het bodem(voor)recht. Ten eerste zullen na afschaffing van het bodem(voor)recht ontwijkingconstructies niet meer voorkomen. Bovendien is het beeld dat de fiscus tamelijk coulant is bij betalingsproblemen, wat type I fouten oplevert. Deze coulance wordt teruggedrongen door fiscale verhaalsrechten (met name het bodem(voor)recht) af te schaffen. Tegen afschaffing pleit dat een strengere invordering van de fiscus zou kunnen leiden tot een stijging van het aantal type II fouten en dat er een pressiemiddel verloren gaat waardoor de belastinginning minder efficiënt wordt.

**Tabel 5.1 Effect van afschaffen fiscale verhaalsrechten**

Effect afschaffen bodem(voor)recht	Effect afschaffen fiscaal voorrecht
Financieringsbereidheid van banken neemt toe (zeer klein positief effect)	Financieringsbereidheid van leveranciers neemt toe (zeer klein positief effect)
Maakt einde aan ontwijkingconstructies (kleine welvaartswinst)	
Invordering van de fiscus wordt strenger resulterend in minder type I (positief effect) en meer type II fouten (negatief effect)	Invordering van de fiscus wordt (nog) strenger resulterend in minder type I (positief effect) en meer type II fouten (negatief effect)
Iets grotere kans op schuldsanering (zeer klein positief effect)	Iets grotere kans op schuldsanering (zeer klein positief effect)
Vindt herverdeling plaats van fiscus (minder inkomsten) naar banken en leasemaatschappijen (meer inkomsten)	Vindt herverdeling plaats van fiscus (minder inkomsten) naar leveranciers en andere concurrente crediteuren, waaronder banken (meer inkomsten)
Belastinginning wordt minder efficiënt, een pressiemiddel gaat verloren	
Een bepaalde mate van verharding in de relatie tussen de fiscus en ondernemingen	Verharding wordt nog iets pregnanter als ook het fiscale voorrecht wordt afgeschaft

De vraag die in deze paragraaf aan bod komt, is welke methoden er zijn om een welvaartswinst te boeken door het tegengaan van ontwijkingconstructies en/of door het type I fouten terug te dringen zonder het aantal type II fouten al te zeer te laten stijgen. Bovendien is de vraag in hoeverre het efficiëntieverlies bij de belastinginning na het afschaffen van het bodem(voor)recht kan worden vermeden door de Leidraad Invordering 1990 anders toe te passen, dan wel aan te passen. Een aantal beleidsopties worden besproken die gedeeltelijk in samenspel kunnen worden uitgevoerd.

## Optie 1: Een onderscheid tussen grote en kleine ondernemingen

Het maken van een onderscheid tussen grote ondernemingen en andere ondernemingen (GO en O) bij het afschaffen van de fiscale verhaalsrechten blijkt een mogelijkheid te bieden om type I fouten te verminderen zonder het aantal type II fouten al te zeer te vergroten. Voor GO hebben de gedragsreacties na afschaffing van de fiscale verhaalsrechten voornamelijk een gunstig effect, terwijl bij O de gedragsreacties een minder evident effect hebben:

- De algemene inschatting is dat in Nederland bij GO type I fouten voorkomen terwijl type II fouten relatief zeldzaam zijn (er gaan alleen grote ondernemingen failliet als het niet anders meer kan). Afschaffen van fiscale verhaalsrechten leidt bij GO tot een strengere invordering van de fiscus en tot een grotere rol voor banken. Door de sterke concurrentie tussen banken bij GO, zullen de banken hun extra middelen deels inzetten voor extra financiering voor bedrijven. Banken kunnen de risico's bij GO beter inschatten dan de fiscus zodat een vermindering van type I fouten is te verwachten (aldus het onderzoek van Blom en interviews met curatoren, zie ECORYS-NEI 2004). Voor een stijging van het aantal type II fouten hoeft niet zozeer te worden gevreesd.
- Hoewel bij O ook type I fouten voorkomen en een vermindering van deze fouten door een strengere invordering als positief valt aan te merken, is voor deze groep het totale welvaartseffect niet evident. Banken concurreren bij O veel minder intensief dan bij GO (zie onder meer Canoy et al 2001). Bovendien hebben banken bij O veel zekerheden en laten ondernemingen relatief gemakkelijk 'aan hun lot over' (ECORYS-NEI (2004)). Het nut van een maatschappelijke verantwoordelijkheid die de Belastingdienst (werkgelegenheid, sociale functie) wel heeft en banken niet, openbaart zich vooral bij deze groep ondernemingen. Het gevaar is dus reëel dat een strengere invordering van de fiscus zal leiden tot een stijging van het aantal type II fouten.
- Ontwijkingconstructies komen vaker voor bij GO dan bij O (paragraaf 2 en ECORYS-NEI (2004)), waardoor het positieve effect van het afschaffen van het bodem(voor)recht met name op deze groep van toepassing is.

Wat betekent bovenstaande? Bij GO zijn er vooral baten van afschaffen: type I fouten (kansloze ondernemingen worden te lang voortgezet) worden gereduceerd, omdat de fiscus strenger invordert. Type II fouten (kansrijke ondernemingen worden ten onrechte failliet verklaard) zijn minder te verwachten. Bij O is het minder duidelijk: type I fouten nemen na afschaffing waarschijnlijk wel wat af, maar minder dan bij GO, terwijl type II fouten toenemen. De gedragseffecten pleiten daarom voor het afschaffen van het bodem(voor)recht voor GO en het mogelijk laten voortbestaan van het bodem(voor)recht voor O. Het al dan niet afschaffen van het fiscale voorrecht is vooral een politieke keuze: het betreft hier met name een verdelingsvraagstuk terwijl de welvaartseconomische effecten zeer klein zijn.

Hoe zit dat met de belastinginkomsten? Die wijzen dezelfde kant op. De aan fiscale verhaalsrechten toerekenbare potentiële derving aan belastinginkomsten betreffen voor ongeveer 75% O (Belastingdienst 2004). Hierdoor blijft er van het oorspronkelijke door de Belastingdienst (2004) geraamde bedrag, na aftrek van opbrengsten en gederfde inkomsten van O, nog maar een bedrag van 100 tot 150 miljoen euro over. Hiervan is zo'n 2/3 toe te schrijven aan het bodem(voor)recht en 1/3 aan het fiscale voorrecht. De macro-economische effecten bij een dergelijk bedrag zijn geheel verwaarloosbaar.

Het is in principe mogelijk om voor ondernemingen van verschillende omvang een ander invorderingsregime te laten gelden, al is de Belastingdienst een andere mening toegedaan. Zo maakt de Leidraad Invordering zelf een onderscheid tussen O en GO en zijn ook tal van andere wetten en regels verschillend voor grote en kleine ondernemingen.<sup>21</sup>

Hetzelfde doel kan ook bereikt worden met de volgende maatregel:

- Bodem(voor)recht is van toepassing voor belastingschulden kleiner dan X euro.
- Komt de belastingschuld hoger uit dan X euro, dan geldt het bodem(voor)recht alleen voor de eerste X euro.

Een dergelijk type regeling is juridisch niet ongebruikelijk en komt vrijwel op hetzelfde neer als een splitsing GO/O maken. Het heeft als voordeel dat er geen definitiekwesties spelen (wat is een grote onderneming?). Ook is de regeling niet discriminerend van aard: er geldt voor GO en O hetzelfde invorderingsregime.<sup>22</sup> Natuurlijk rest wel de vraag hoe hoog X moet zijn. Het bedrag moet in ieder geval klein genoeg zijn om ontwijkingsconstructies onaantrekkelijk te maken. Vanuit de curatoren wordt aangegeven dat als de waarde van de betreffende bodemzaken kleiner is dan 50.000 euro, ontwijkingsconstructies duidelijk minder aantrekkelijk worden gegeven de inspanningen die hiertoe moeten worden geleverd. Hoewel de hoogte van X natuurlijk arbitrair is, wijst het bovenstaande op 50.000 euro als mogelijke waarde. De Belastingdienst wijst er wel op dat deze variant uitvoeringstechnisch heel ingewikkeld is.

Overigens kan onderzocht worden in hoeverre het efficiëntieverlies bij de belastinginning na het afschaffen van het bodem(voor)recht op effectieve wijze kan worden gemitigeerd of gecompenseerd door de Leidraad Invordering 1990 anders toe te passen dan wel aan te passen. Een mogelijkheid is de Belastingdienst eerder dan nu het geval is het recht te geven faillissement aan te vragen. Ook kan het effect van andere incassoprocedures worden onderzocht. Ook zonder afschaffing van de verhaalsrechten is een aanpassing van de Leidraad wenselijk. Bij optie 2 zal immers blijken dat type I fouten gereduceerd kunnen worden als de

<sup>21</sup> Voorbeelden waarin een onderscheid naar grootte van een onderneming wordt gemaakt zijn: Leidraad Invordering 1990, §1, lid 9: invordering tegen grote bedrijven (Meer dan 50 werknemers); Wet op de ondernemingsraden, art. 2: instelling OR (Ten minste 50 personen); Wet op de Europese ondernemingsraden, art. 1: instelling EOR (150 of meer werknemers); Burgerlijk wetboek, art. 2:153/263: structuurvennootschap (100 werknemers of meer, eveneens financiële criteria); SER-besluit fusiegedragsregels, art 2: toepasselijkheid besluit (50 of meer werknemers); en Wet melding collectief ontslag: speciale regeling (Ontslag van meer dan 20 werknemers)]

<sup>22</sup> De auteurs danken Arnoud Boot voor het suggereren van deze alternatieve optie.

fiscus strenger invordert bij grote ondernemingen. De Leidraad lijkt hierbij als beperkende factor te fungeren op dit moment.

## **Optie 2 Strenger invorderen fiscus**

Het is ook mogelijk de Belastingdienst strenger te laten invorderen bij GO met handhaving van de huidige fiscale verhaalsrechten. Wat betreft de invloed op type I en type II fouten komt dat grotendeels op hetzelfde neer als afschaffen van het bodem(voor)recht; de grond van het bestaan van ontwijkingsconstructies wordt hiermee echter niet weggenomen. Hierbij is evenwel wel een aantal kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste kan men zich afvragen waarom er nu niet strenger wordt ingevorderd. Het is institutioneel vermoedelijk lastig om zoets af te dwingen als er geen financiële prikkel bestaat. Het strengere invorderingsbeleid, gericht op het minder hoog laten oplopen van de belastingschuld, betekent immers een extra inspanning voor de fiscus. Het voordeel van een strengere invordering, namelijk dat het ondernemingen dwingt tot een strikter financieel beleid en dat problemen in een vroeger stadium worden onderkend, levert voor de fiscus niet evident wat op, maar kost wel wat. Ook worden ontwijkingsconstructies niet vermeden. Het is wel zo dat deze maatregel als voordeel heeft dat er niets wezenlijks veranderd hoeft te worden en de Belastingdienst minder inkomsten derft. Als er een oplossing gevonden wordt om de fiscus geloofwaardig strenger te laten invorderen bij GO kunnen hierdoor evenwel type I fouten gereduceerd worden.

## **Optie 3 Variant van Mierlo<sup>23</sup>**

Ontwijkingsconstructies worden ook tegengegaan als voor de variant Van Mierlo wordt gekozen (voor details zie ECORYS-NEI 2004, hoofdstuk 3). Bij deze variant krijgen de fiscus en UWV een gezamenlijk zogeheten 'vuistloos pandrecht' op de roerende zaken, onverschillig aan wie de zaken toebehoren of wie op dergelijke zaken enig recht kan doen gelden. Gevolg is dat ontwijkingsconstructies zinloos worden. De variant Van Mierlo leidt de facto tot een versterking van de positie van de fiscus vis-à-vis de banken. Het effect hiervan op type I fouten (onnodig lang laten aanmodderen van ondernemingen) is negatief. Door het gegeven dat de fiscus in hoge mate gedekt is op grond van het pandrecht, is er weinig druk op de invordering en zal het verkrijgen van uitstel van betaling eerder makkelijker dan moeilijker worden. De variant De Liagre Böhl wordt door de onderzoekers niet als een goed alternatief bevonden, aangezien aan deze variant nogal wat praktische bezwaren kleven (zie ECORYS-NEI 2004).

<sup>23</sup> Het is ook mogelijk met reparatiewetgeving ontwijkingsconstructies onmogelijk te maken. Over de mate waarin dit met succes kan geschieden, verschillen de meningen onder juristen. Het afschaffen van het bodem(voor)recht of de variant Van Mierlo is waarschijnlijk eenvoudiger en trefzekerder. Aan het reduceren van type I en II fouten doet reparatiewetgeving niets.

## 6 Conclusies

Deze studie bevat een analyse van het CPB en ECORYS-NEI over de wenselijkheid om fiscale verhaalsrechten af te schaffen bij faillissementen. Allereerst zij opgemerkt dat een totaal welvaartsoordeel niet gegeven kan worden. Een deel van de verwachte effecten van het afschaffen van de verhaalsrechten betreft welvaartswinsten door het reduceren van type I fouten (bedrijven minder lang laten doormodderen). De koek wordt daarmee groter, maar hoe groot die welvaartswinst is, is niet te kwantificeren. Het vermijden van ontwijkconstructies vergroot de koek ook. Die winst is wel te benaderen en ligt om en nabij de 15 miljoen euro (met een heel flinke foutenmarge). Deze beide welvaartswinsten zijn te realiseren door het bodem(voor)recht af te schaffen voor grote ondernemingen en voor kleine ondernemingen te behouden. Het al dan niet afschaffen van het fiscale voorrecht is vooral een politieke keuze: het betreft hier immers een verdelingsvraagstuk terwijl de welvaartseconomische effecten naar verwachting beperkt zijn.

Naast deze potentiële welvaartswinsten zijn er ook andere effecten van het afschaffen van fiscale verhaalsrechten. Deze effecten betreffen het verdelen van de koek. Het afschaffen van fiscale verhaalsrechten leidt immers tot lagere inkomsten voor fiscus en tot hogere inkomsten voor andere schuldeisers. Dit impliceert dat de weging van dit argument vooral een politieke weging is en niet een welvaartstheoretische. De door de Belastingdienst geraamde gedeerde belastinginkomsten zijn iets meer dan 800 miljoen euro met een bandbreedte van plus of min 14%. Indien we van dit bedrag uit zouden gaan moet het in ieder geval nog wel verlaagd worden met de verwachte opbrengsten, zoals de extra inkomsten door een strenger invorderingsbeleid en de vennootschapsbelasting van alternatieve crediteuren. Die opbrengsten zijn vele miljoenen groot maar heel moeilijk preciezer in te schatten op basis van het beschikbare cijfermateriaal. Het grootste deel (zo'n 2/3) van deze gedeerde inkomsten is toe te schrijven aan het bodem(voor)recht.

Indien het niet politiek wenselijk geacht wordt om belastinginkomsten te derven, zijn er nog twee alternatieve opties beschikbaar, die eventueel in combinatie gehanteerd kunnen worden. De fiscus en UWV kunnen een zogeheten 'vuistloos pandrecht' op de roerende zaken krijgen. Gevolg is dat ontwijkconstructies vermeden worden. Deze 'variant Van Mierlo' leidt evenwel de facto tot een versterking van de positie van de fiscus vis-à-vis de banken. Het effect hiervan op type I fouten is negatief. Ook kan worden gedacht om methoden te ontwikkelen die het geloofwaardig maken dat de fiscus strenger gaat invorderen bij grote ondernemingen, maar is het is vooralsnog niet duidelijk hoe dat geëffectueerd kan worden.



## Referenties

Belastingdienst, 2004, Financieel belang van het bodem(voor)recht en het fiscale voorrecht bij invordering.

Blom, R.J., 2000, Faillissement, surseance en schuldsanering, Amsterdam: Graydon.

Boot, A.W.A. & J.E. Ligterink, 2000, Faillissementswetgeving en Economische Efficiëntie, ACCF Working Paper.

Canoy, M.F.M., M.F. van Dijk, J.C. Weigand, R.A. de Mooij en J.J.G. Lemmen, 2001, Competition and Stability in Banking, CPB Document No. 15

ECORYS-NEI, 2004, Gedragseffecten ten gevolge van wijzigingen in het regime van de fiscale verhaalsrechten.

Harwood G., Larkins E.R, Martinez-Vazquez J., 1992, 'Withholding position and income tax compliance: some experimental evidence', *Public Finance Quarterly*, 20-2, 152-174.

Interdepartementale werkgroep voorrecht en bodemrecht, 1990, Rapport voorrecht en bodemrecht.

MDW Werkgroep Faillissementswet, 2001a, Discussiememorandum 'Nadere Herziening van het Nederlandse Insolventierecht'.

MDW Werkgroep Faillissementswet, 2001b, Eindrapport Modernisering Faillissementswet Tweede Fase.

Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, 2001, De efficiëntie van de faillissementswet.

Vriesendorp, R.D., 1994, Wetsvoorstel 22 942 en het ontwijkingsgedrag door de stille pandhouder, *Weekblad Fiscaal Recht*, no. 6126, p. 1660-1664.

