

# Vereenvoudigde afwikkeling van de BTW bij faillissement

MR. S.H. DE RANITZ, MR. DRS. M.O. KRAAMWINKEL EN MR. DR. A.J. TEKSTRA

Degenen die, in welke hoedanigheid dan ook, betrokken zijn bij een faillissement en de afwikkeling daarvan, kunnen constateren dat de daaraan verbonden BTW-aspecten lastig en tijdrovend zijn. Crediteuren moeten helaas vaak erg lang wachten op een teruggaaf van de BTW die al door hen is afgedragen aan de fiscus voor facturen die niet meer (volledig) worden voldaan. Curatoren moeten vaak ingewikkelde rekensommen maken om de BTW-afwikkeling in goede banen te leiden. Deze problemen kunnen op een eenvoudige manier worden opgelost. In dit artikel wordt uiteengezet hoe deze vereenvoudiging in zijn werk gaat.

## Inleiding

De oorzaak van de ingewikkelde BTW-systematiek bij faillissement is vooral gelegen in het gegeven dat strikt genomen de art. 29 lid 1 Wet OB-vordering, strekkende tot teruggaaf van de reeds afgedragen BTW aan de crediteur, losstaat van de vordering op de voet van art. 29 lid 2 Wet OB, die ziet op de door de belastingschuldige (lees: failliet) ten onrechte gepleegde vooraf trek voor de BTW.<sup>1</sup> Wij zullen in dit artikel deze beide kanten van – in principe – dezelfde medaille bespreken en daarbij aangeven hoe zij voor de praktijk beter met elkaar in lijn kunnen worden gebracht.

Er wordt momenteel van verschillende kanten uit het maatschappelijke veld aangedrongen op modernisering van de afwikkeling van faillissementen, ter besparing van kosten. In een brief van 11 april 2011 aan het ministerie van Veiligheid en Justitie pleiten VNO-NCW en MKB Nederland hier uitdrukkelijk voor en geven als voorbeeld van modernisering de geautomatiseerde indiening van vorderingen bij de curator en een vereenvoudiging van verzoeken om een BTW-teruggaaf bij de Belastingdienst, dit met als doel gedupeerde crediteuren sneller uitkeringen uit (en ter zake van) een faillissement te laten krijgen. Ook de regering pleit, blijkens de brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 27 november 2012 aan de Tweede Kamer, voor concrete oplossingen voor concrete problemen in de faillissementspraktijk. Het kabinet uit daarbij de wens de Faillissementswet meer in lijn te brengen met de technische ontwikkelingen en mogelijkheden, met name die van interactieve media. De door ons bepleite vereenvoudigde afwikkeling van de BTW bij faillissement vormt hier een voorbeeld van, met name bij de vereenvoudi-

ging van de verzoeken tot teruggaaf van de BTW, uitgaande van een geautomatiseerde indiening van vorderingen bij de curator.

## Kernpunten teruggaaf BTW (art. 29 lid 1 Wet OB)

De procedure voor teruggaaf van reeds afgedragen BTW in geval van faillissement is nodeloos ingewikkeld en leidt tot een onnodig tekort aan liquiditeit bij de schuldeisers. Zij kunnen de omzetbelasting, die zij aan de failliet hebben gefactureerd en aan de fiscus hebben afgedragen, pas terugvragen als vaststaat dat de schuldeisers uit het faillissement geen betaling zullen verkrijgen. In de praktijk verleent de fiscus teruggaaf als de schuldeiser bij zijn verzoek om teruggaaf een briefje van die strekking van de curator overlegt. Curatoren die vermoeden dat er weleens een uitkering kan volgen – hoe gering ook – zijn niet altijd even scheutig met het geven van een verklaring. Het faillissement doet de schuldeisers al pijn. De fiscus moet dan niet ook nog eens op het geld van de getroffen ondernemers blijven zitten. Onduidelijkheid over het tijdstip waarop zij de omzetbelasting moeten terugvragen en het lange wachten op de teruggaaf leiden daarbij tot onnodige frustratie. Onnodig, omdat de vaststelling en afwikkeling van de ‘correctie vooraf trek’ van BTW onder de bestaande regelgeving voor alle betrokkenen veel eenvoudiger, sneller en effectiever kan. Bij een BTW-tarief van (meestal) 21% zijn de gevolgen voor het werkkapitaal van de schuldeiser van een late teruggaaf van reeds afgedragen BTW evident.

Bij faillissementen met enig actief vormt de BTW-afwikkeling veelal een weerbarstig onderwerp. Dit wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door het INSOLAD Rapport Afwikkeling Faillissementen (uit 2011), met name de paragrafen 5.4, 6.4 en 7.3. In zeker 90% van de faillis-

<sup>1</sup> Zie in algemene zin over dit onderwerp A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Sdu Uitgevers 2011, p. 326-333.

sementen wordt aan de concurrente crediteuren echter geen uitkering gedaan. Het is dan geheel terecht dat deze crediteuren kort na de faillietverklaring van hun debiteur de ten onrechte afgedragen BTW op de voet van art. 29 lid 1 terug kunnen vorderen. Deze route valt eveneens te baseren op een arrest van de Hoge Raad van 16 oktober 2009, «JOR» 2010/34. Daarin heeft de Hoge Raad de crediteur een eigen beoordelingsvrijheid toegekend voor de vraag of (en wanneer) conform art. 29 lid 1 redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de debiteur de betreffende facturen niet zal voldoen. De art. 29 lid 2-claim van de fiscus (zie hierna) kan in dergelijke faillissementen weliswaar nog een rol spelen, vooral bij de afwikkeling van het bodemvoorrecht en bij een eventuele vereenvoudigde afwikkeling, maar die staat los van de terugbetaling door de fiscus van de art. 29 lid 1-vordering.

Voor de gevallen waarin de concurrente crediteuren wel enige uitkering kunnen verwachten, kan eveneens de regel worden aangehouden dat de crediteuren kort na de faillietverklaring recht hebben op de BTW op de voet van art. 29 lid 1. In dit soort gevallen bestaat er hooguit een mogelijkheid dat de crediteuren enige uitkering zullen krijgen. Meestal zal het slechts gaan om een gering percentage. Daarnaast zal de crediteur daar lang – meestal jaren – op moeten wachten. Bedacht moet nog worden dat de *recovery rate* voor concurrente crediteuren in faillissementen slechts ca. 3% bedraagt.<sup>2</sup> Kortom, het zou een zeer reële gang van zaken zijn als alle concurrente crediteuren in staat worden gesteld met de (onherroepelijke) faillietverklaring van hun debiteur hun BTW terstond terug te vorderen. In België is eenzelfde systematiek reeds in 2005 ingevoerd, als reactie op het faillissement van luchtvaartmaatschappij Sabena en de financiële problemen die daarna ontstonden bij de toeleveranciers die te lang op de BTW-teruggaaf moesten wachten. De fiscus zou deze gang van zaken zo nodig in een beleidsbesluit of resolutie kunnen vastleggen, vergelijkbaar met het Besluit van 27 december 2006, CPP2006/2883M, V-N 2007/4.5, betreffende de aangifte vennootschapsbelasting tijdens faillissement.<sup>3</sup>

### Huidige praktijk bij art. 29 lid 2 Wet OB: naheffing, gevolgd door herziening

Kort na de faillietverklaring vraagt de fiscus doorgaans aan de curator om een opgave van het totaal van de niet-betaalde schulden. Op basis van die opgave legt de fiscus vervolgens een naheffingsaanslag omzetbelasting op (zie art. 29 lid 2 Wet OB). De curator heeft dan echter vaak nog niet voldoende inzicht in de crediteurenpositie verkregen om een juiste opgave te doen, bijvoorbeeld omdat de crediteurenadministratie van de failliet gebrekkig is. En dat, terwijl in beginsel de curator ter zake *aangifte* moet doen en hij het bedrag van de aangifte met voorrang

moet afdragen. In de huidige praktijk wordt de kort na de faillietverklaring opgelegde naheffingsaanslag (soms) later ambtshalve herzien indien deze achteraf onjuist blijkt.

### Voorstel: naheffing in één keer afwickelen, zonder herziening

Wij stellen voor dat de fiscus zal afwachten en zal toestaan dat de curator op een later moment aangifte doet van de ‘correctie vooraf trek’ op basis van de bij hem ter verificatie ingediende vorderingen.<sup>4</sup> Drie tot zes maanden na faillissement lijkt daarvoor een redelijke termijn. Ook de minister heeft voorgesteld dat er een deadline komt voor de indiening van vorderingen.<sup>5</sup> De rechter-commissaris zou deze termijn kunnen bepalen op de voet van art. 108 Fw, maar op zichzelf genomen is dat niet noodzakelijk: (generieke) overeenstemming hierover tussen de fiscus enerzijds en de curatoren (INSOLAD)

### Voor het invoeren van de voorgestelde aanpassing is niet meer nodig dan een wijziging van de fiscale praktijk en misschien van het fiscale beleid

anderzijds zou voldoende zijn. Die aangifte leidt tot een beter onderbouwde naheffingsaanslag dan de opgave in de huidige faillissementspraktijk. Latere herziening van de naheffingsaanslag is dan niet meer nodig<sup>6</sup>, ook niet indien het faillissement eindigt met een uitdeling of een akkoord.

Als gevolg van het feitelijk gelijkschakelen van het art. 29 lid 2-moment met de teruggaaf van de BTW, krijgen de crediteuren recht op deze teruggaaf op de voet van art. 29 lid 1 direct na de (definitieve) faillietverklaring van de debiteur. Als in het faillissement later een ‘percentage-uitkering’ volgt, dan is het zinloos de naheffingsaanslag met dat percentage te verlagen en van de crediteuren te verlangen dat zij dat percentage van de door hun terug ontvangen BTW alsnog aan de fiscus afdragen. Het is uiteraard efficiënter deze voor alle betrokkenen administratief ingewikkelde correcties achterwege te laten. In plaats daarvan kan de curator de naheffingsaanslag beter integraal voldoen. In geval van een akkoord zal voldoening aan de fiscus plaatsvinden op basis van de gehele correctie vooraf trek, rekening houdend met het door de fiscus geaccepteerde percentage (meestal het dubbele van de concurrente crediteuren). De vooraf trekclaim hoeft dan evenmin te worden bijgesteld wegens betaling van het akkoordgedeelte aan de concurrente crediteuren. In het voorgestelde systeem dient de curator de vorderingen

2 Zie onder meer A.P.K. Luttkhuis, *Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht*, (diss.) 2007, p. 34-35.

3 Zie over dat besluit A. van Eijnsden in *Tv* 2007/1, p. 21-24.

4 Het belang van de fiscus gaat immers niet verder dan de daadwerkelijk terug te vragen BTW.

5 Zie de brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 27 november 2012 aan de Tweede Kamer, p. 3.

6 Herziening van de correctie vooraf trek in de praktijk zou niet op de wet zijn gebaseerd, aldus Hof Amsterdam 2 september 1992, V-N 1993, p. 1913, punt 21. De door ons voorgestelde wijzigingen hebben uitsluitend betrekking op de faillissementspraktijk.

overigens zonder BTW in de verificatie op te nemen. Vaststaat immers dat de crediteuren die BTW per datum faillietverklaring kunnen terugvorderen, dus die component kan/moet in dat geval bij de verificatie buiten beschouwing blijven. Ook op dit punt vormt de wet, in dit geval de Faillissementswet, geen belemmering. De fiscus weet door deze BTW-eliminatie dat de crediteuren niet nog op enig moment af te dragen BTW uit het faillissement zullen ontvangen, dus die kan zich concentreren op de art. 29 lid 2-claim. In dat verband doet de curator er wel verstandig aan een aparte vermelding bij te houden van de BTW in de schulden van de failliet. Voor zover op die BTW vooraf trek heeft plaatsgevonden, zal die BTW volledig als preferente faillissementsschuld moeten worden voldaan, voordat aan een uitkering aan de concurrente crediteuren kan worden toegekomen. Deze ‘vooraf trekschuld’ aan de fiscus kan alsdan in één keer (definitief) worden vastgesteld.

### Bijkomend voordeel: gelijktijdigheid naheffingsaanslag (art. 29 lid 2) en teruggaaf (art. 29 lid 1)

De door ons voorgestelde aanpassing neemt bovendien een aantal in de huidige praktijk levende onzekerheden weg. Deze onzekerheden volgen uit de omstandigheid dat de wet niet per definitie hetzelfde tijdstip hanteert voor de totstandkoming van de naheffingsaanslag (art. 29 lid 2) als voor het ontstaan van het recht op teruggaaf van BTW (art. 29 lid 1). Dit gegeven resulteert sinds jaar en dag in tijdverslindende discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus over het tijdstip van ontstaan van rechten en plichten. Ook de Commissie Insolventierecht achtte het zeer wenselijk een systeem in te voeren waarbij op het moment van de faillietverklaring de schuldeisers direct de gehele omzetbelasting uit de nog openstaande facturen terug kunnen vragen.<sup>7</sup> Dat biedt helderheid en voorkomt discussies, zonder dat de fiscus nadeel ondervindt of belastingplichtigen worden bevoordeeld.<sup>8</sup> Het vormt ook geen inbreuk op de systematiek van art. 29 lid 2 OB, omdat de vordering als zodanig reeds per de datum van de faillietverklaring ontstaat of kort daarvoor is ontstaan. De definitieve hoogte staat nog niet vast, maar in vrijwel alle gevallen zal die honderd procent van de BTW-vooraf trek zijn. Deze tamelijk theoretische discussie wordt van zijn belang ontdaan, doordat fiscus en curator op enig moment (kort na het verstrijken van de door de minister in de brief van 27 november 2012 voorgestelde deadline) de correctie vooraf trek vaststellen. Deze naheffingsaanslag komt materieel steeds noodzakelijkerwijze overeen met de som van de aan de crediteuren daadwerkelijk terug te geven BTW. De wet van de communicerende vaten geldt hier: wat daadwerkelijk door de crediteuren aan BTW wordt

teruggevraagd, is de boedel verschuldigd ten titel van ‘ten onrechte in vooraf trek gebrachte BTW’.

### Bijkomend voordeel 2: geen nadeel voor de fiscus door handel in schuldvorderingen

Er is een toename te zien in de handel in schuldvorderingen, ook vorderingen op failliete schuldenaren. Buitenlandse partijen kopen vorderingen op Nederlandse (failliete) schuldenaren op. Als een crediteur die de BTW in zijn vorderingen al heeft teruggevraagd en gekregen, zijn vordering verkoopt aan bijvoorbeeld een Amerikaanse *debt trader*, dan zal deze laatste in geval van uitkering uit het faillissement, thans nog gebaseerd op de vordering inclusief BTW, allicht vergeten of rechtens niet gehouden zijn de BTW-component via aangifte af te dragen. Dan ondervindt de fiscus dus een nadeel. Indien echter de voorgestelde aanpassing wordt gedaan, dan vervalt dit nadeel dat het gevolg kan zijn van *debt trading*. De BTW wordt dan in geval van een uitkering door de boedel voldaan. De verhandelde vordering is zonder BTW, althans wordt door de curator zonder BTW behandeld.

### Resumerend

De vraag of de crediteuren in een faillissement reeds in een vroeg stadium de BTW al dan niet integraal mogen terugvragen indien mogelijk een uitkering in het faillissement zal volgen, verliest betekenis als de afdracht van de correctie vooraf trek in alle gevallen volledig voor rekening van de boedel komt. De crediteuren kunnen dan vroegtijdig, reeds bij de faillietverklaring, hun BTW terugvragen. Ongeacht de wijze waarop het faillissement zal eindigen, krijgt de fiscus wat hem toekomt. Herziening van de correctie – een discussiepunt – is niet meer aan de orde.

### Conclusie

Voor het invoeren van de voorgestelde aanpassing is niet meer nodig dan een wijziging van de fiscale praktijk en misschien van het fiscale beleid. De bestaande *formele* regelgeving kan in alle opzichten ongewijzigd blijven. En vaststaat dat de rechtszekerheid en de betalingszekerheid van alle betrokkenen als gevolg van de aanpassing toenemen. Zeker in de huidige barre economische tijden zou de fiscus daar een open oog voor behoren te hebben. Insolventierecht blijft in belangrijke mate praktisch recht. Wij pleiten daarom voor een voortvarende invoering van deze oplossing in de insolventiepraktijk.

### Over de auteurs

Mr. S.H. de Ranitz is advocaat bij RESOR en Insolvency Expert bij het Internationaal Monetair Fonds, mr. drs. M.O. Kraamwinkel is advocaat en founder van ClaimsAgent.nl, mr. dr. A.J. Tekstra is advocaat en fiscalist en redacteur van dit tijdschrift.

7 Commissie insolventierecht, *Voorontwerp Insolventiewet*, 2007 in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Deel 2-IV, p. 161.

8 Het recht op teruggaaf zou uitsluitend moeten worden verleend aan de crediteuren die hun vordering tijdig bij de curator hebben ingediend.