

Verleggingsregeling omzetbelasting: einde gevolgen Rentekas-arrest¹

21

1. Inleiding

Bijna 25 jaar na het Rentekas-arrest van de Hoge Raad² is de wetgever met wetgeving gekomen die een einde maakt aan de mogelijkheid voor zekerheidsgerechtigden om zich te verhalen op de omzetbelastingcomponent die in een executieopbrengst is begrepen. Door de omzetbelasting bij executie door een pand- of hypotheekhouder te verleggen naar de koper wordt voorkomen dat de Ontvanger spreekwoordelijk achter het net vist.

2. Het Rentekas-arrest en de gevolgen daarvan

In het Rentekas-arrest diende de Hoge Raad te oordelen over de vraag of een hypotheekhouder van een flatwoning zich bij executie mocht verhalen op de verkoopopbrengst inclusief de op de levering betrekking hebbende omzetbelasting. De Hoge Raad overwoog dat

de verantwoordingsplicht van de hypothecaire schuldeiser jegens de faillissementscurator zich blijkens art. 59 Fw³ beperkte tot de opbrengst van het verbonden goed. Daarmee strookt het dan – aldus de Hoge Raad – om aan te nemen dat onder 'opbrengst' is te verstaan het volle bedrag dat de koper uit hoofde van de koopovereenkomst voor het aan hem verkochte goed moet betalen, dus met inbegrip van het bedrag van de te zijnen laste gebrachte, op de levering verschuldigde omzetbelasting.

Het gevolg van dit arrest was dat bij een executie door een hypotheekhouder deze zich eveneens mocht verhalen op het deel van de koopsom dat betrekking heeft op de verschuldigde omzetbelasting. Dit levert derhalve een voordeel op voor de hypotheekhouder. De geëxecuteerde diende vervolgens wel de verschuldigde omzetbelasting af te dragen, maar in de praktijk bleek dit in het merendeel

1. Gelieve dit artikel aan te halen als: D.J. Bos, 'Verleggingsregeling omzetbelasting: einde gevolgen Rentekas-arrest', *TvI* 2008, 21, p. 142. David Bos is advocaat bij CMS Derks Star Busmann te Utrecht en werkzaam binnen de

sectie Corporate Restructuring & Insolvency.

2. HR 6 mei 1983, *NJ* 1984, 228.

3. Het oude art. 59 lid 1 Fw luidde als volgt: 'De hypothecaire schuldeiser of pandhouder, die van zijne rechten gebruik heeft ge-

maakt, is verplicht de opbrengst van het verbonden goed aan den curator te verantwoorden, met uitkeering van hetgeen die opbrengst het verschuldigde met interesten en kosten te boven gaat.'

van de gevallen niet mogelijk. Indien sprake is van een faillissement is de verschuldigde omzetbelasting een boedelschuld. In een zeer groot aantal gevallen kan deze niet worden voldaan.

Ook ten aanzien van de executie van verpande zaken mocht de pandhouder zich verhalen op de omzetbelasting die in de verkoopopbrengst was begrepen. In het arrest van het Hof Leeuwarden⁴ inzake *Ontvanger Groningen/Mr. Overes q.q. en Rabobank Midden-Groningen* oordeelde het hof in de kern dat ten aanzien van verpande zaken geen reden bestond om tot een ander oordeel te komen dan in het geval van hypothecair verbonden zaken. Uit het besluit van de Staatsecretaris van Financiën van 10 september 1996⁵ blijkt dat deze zaak als proefprocedure diende tussen het Ministerie van Financiën en de vertegenwoordigers van banken in Nederland. Nadat het hof oordeelde dat de in de verkoopprijs begrepen omzetbelasting aan de pandgever toekwam heeft het Ministerie van Financiën om moverende redenen afgezien van cassatie. De bestaande praktijk waarin de zekerheidsgerechtigden zich konden verhalen op de omzetbelastingcomponent kon derhalve gecontinueerd worden.

In de praktijk blijkt dat zekerheidsgerechtigden zich nog wel eens laten sturen door dit voordeel bij de beantwoording van de vraag welke wijze van executie tot het beste resultaat voor de betreffende zekerheidsgerechtigde zal leiden. Op basis van art. 31 Wet op de omzetbelasting 1968 (Wet OB 1968) is in bepaalde gevallen geen omzetbelasting verschuldigd indien sprake is van de overgang van een geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen. In het kader van deze bijdrage gaat het te ver om uitvoerig op dit aspect in te gaan. In hoofdlijn is echter van belang dat voor de toepasselijkheid van dit artikel voldoende is dat de overgedragen activa en passiva naar hun aard een zelfstandige onderneming *kunnen* vormen.⁶ Indien daarvan sprake is betekent dit voor de zekerheidsgerechtigde een financieel nadeel, namelijk in de vorm van het mislopen van de omzetbelastingcomponent. Als gevolg daarvan werd nog wel eens gekozen voor een veiling van de individuele zaken, aangezien dan wel omzetbelasting verschuldigd is. De opbrengst waarop verhaal gezocht kan worden is in dat geval groter.

Een mooie illustratie van een geval waarin een afweging door een zekerheidsgerechtigde tot uiting komt, is de zaak die blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 26 april 2002.⁷ In dat geval bestond het voornemen aan de zijde van de hypotheekhouder om tot sloop van het gebouw dat op de verhypothekerde grond stond over te gaan. Dit zou uiteindelijk tot gevolg hebben dat het perceel als bouwgrond zou kwalificeren en dat in dat geval omzetbelasting verschuldigd zou zijn waarop de hypotheekhouder zich mocht verhalen. Daarnaast zou voor de koper het voordeel ontstaan dat geen overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn. De curator verzette zich tegen de sloop van het gebouw en de levering van de grond als bouwterrein, aangezien de boedel anders geconfronteerd zou worden met omzetbelasting als boedelschuld. De Hoge Raad oordeelde uiteindelijk dat de betreffende hypotheekhouder geen bevoegdheid tot sloop had zolang de hypotheekgever nog eigenaar is.

3. Invoering verleggingsregelingen

Om de gevolgen van het Rentekas-arrest te beperken werd in het verleden door de wetgever al een verleggingsregeling ingevoerd op basis waarvan – in de gevallen dat een levering van een onroerende zaak met btw belast is – de heffing van de omzetbelasting in beginsel naar de koper werd verlegd.⁸ Het gevolg daarvan is dat een te realiseren opbrengst geen omzetbelastingcomponent bevat. De koper dient de verschuldigde omzetbelasting af te dragen. In de praktijk kan de koper diezelfde omzetbelasting weer in vooraf trek brengen. Per saldo wordt daarmee voorkomen dat de fiscus geen omzetbelasting ontvangt terwijl zij wel vooraf trek moet toestaan. Indien verlegging van omzetbelasting plaatsvindt kan een zekerheidsgerechtigde zich dan ook niet verhalen op de betreffende omzetbelasting. De Ontvanger is nimmer gelukkig geweest met de gevolgen van het Rentekas-arrest. Aangezien de Ontvanger in verschillende juridische procedures bakzeil heeft moeten halen, kon slechts een wetswijziging uitkomst bieden. Ter illustratie, Abendroth en Oosthout⁹ schreven in 1999 het volgende: 'Er van uitgaande dat het de bedoeling van de wetgever is dat de belastingopbrengst in 's Rijks schatkist vloeit, lijkt hier een taak voor de wetgever te

4. Hof Leeuwarden 29 mei 2002, V-N 2002/39.30.

5. AFZ96/3164M, V-N 1996/4319, pt. 31.

6. A.J. Tekstra, *Fiscale aspecten van insolventies*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1999, p. 262.

7. HR 26 april 2002, NJ 2005, 180.

8. Zie art. 11 Wet OB 1968 en art. 24ba lid 1 sub a Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968, waaruit tevens blijkt dat in bepaalde gevallen geen verlegging volgt.

9. R.J. Abendroth en H.B. Oost-

hout, 'Omzetbelasting verschuldigd door executie van zekerheden tijdens faillissement – boedelschuld?', *TvI* 1999, p. 31-38, afl. 2.

liggen. Door wijziging van de Wet op de omzetbelasting 1968 – bijvoorbeeld door de in art. 12 Wet OB opgenomen verleggingsregeling uit te breiden tot de executie (of verkoop door separatisten als zodanig) van roerende zaken – zou dit onwenselijke gevolg ongedaan kunnen worden gemaakt.’ Op basis van Europese regelgeving was het echter niet mogelijk om zonder meer een verleggingsregeling in te voeren.

Inmiddels heeft de wetgever de mogelijkheid gekregen om in te grijpen en zijn de verleggingsregelingen omzetbelasting uitgebreid. De wetgever heeft hierbij gebruikgemaakt van art. 199 van Richtlijn 2006/112/EG betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde.¹⁰ Deze bepaling biedt de mogelijkheid om in bepaalde gevallen verleggingsregelingen in te voeren. Uit de considerans bij deze richtlijn blijkt dat de afnemer van een goed of dienst aangewezen moet kunnen worden als de tot voldoening van btw gehouden persoon. Het doel daarvan is om de lidstaten te helpen om in bepaalde sectoren en bij bepaalde soorten handelingen de regelgeving te vereenvoudigen en om belastingfraude en -ontwijking aan te pakken.

Met de inwerkingtreding per 1 januari 2008 van het Besluit van 20 december 2007 tot wijziging van enige fiscale Uitvoeringsbesluiten¹¹ is onder meer art. 24ba van het Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 gewijzigd. Dit artikel houdt verband met art. 12 lid 1 Wet OB 1968 op basis waarvan omzetbelasting wordt geheven van de ondernemer die de levering van een goed of dienst verricht. Art. 12 lid 4 Wet OB 1968 bepaalt dat in bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gevallen de omzetbelasting – ten einde voor de inning daarvan meer waarborgen te scheppen – geheven wordt van degene aan wie de levering wordt verricht of de dienst wordt verleend. Dit laatste artikel wordt dan van toepassing verklaard in voornoemd art. 24ba Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968.

De wetgever motiveert de noodzaak tot het invoeren van de verleggingsregeling met een verwijzing naar het nadeel dat de schatkist lijdt ten gunste van executerende schuldeisers, hetgeen ook wel wordt aangeduid als het weglekken van omzetbelasting. Vervolgens wordt aangevoerd dat voor de achterstelling van de fiscus ten opzichte van executerende schuldeisers geen enkele rechtvaardiging bestaat. Hierbij speelt mede een rol dat executerende schuldeisers ten tijde van het ontstaan

van hun vorderingen doorgaans geen risico hebben genomen voor de omzetbelasting. Het is minder gebruikelijk dat een financier eveneens de omzetbelastingcomponent financiert.

4. Toepassing verleggingsregeling bij zekerheidsgerechtigden

Art. 24ba Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 bepaalt thans (onder meer) dat de verleggingsregeling van toepassing is in het geval dat een in zekerheid gegeven roerende zaak of onroerende zaak dan wel een recht waaraan een onroerende zaak is onderworpen, wordt geleverd aan een ondernemer tot executie van die zekerheid. Uit de toelichting op deze regeling blijkt dat de verleggingsregeling zowel binnen als buiten faillissementssituaties van toepassing is.¹²

Feitelijk betekent de nieuwe regeling dat bij executie van zaken door een pand- of hypotheekhouder sprake is van toepasselijkheid van de verleggingsregeling. Dit brengt de vraag met zich in welke gevallen sprake is van executie.

Het is duidelijk dat sprake is van executie in alle gevallen die als zodanig in de wet zijn geregeld. Het gaat dan om de openbare verkoop van het betreffende zekerheidsobject. Bij onroerende zaken is dat ook het geval bij de onderhandse verkoop met toestemming van de voorzieningenrechter. Bij roerende zaken kan daarvan ook sprake zijn als – nadat de pandhouder in verzuim is geraakt – tussen de pandhouder en pandgever een afwijkende wijze van verkoop is overeengekomen. Ook als de voorzieningenrechter heeft toegestaan dat op een afwijkende wijze kan worden verkocht of in het geval sprake is van verblijving aan de pandhouder vindt executie plaats.

De Hoge Raad heeft echter ook toegestaan dat tegen de achtergrond van art. 58 lid 2 Faillissementswet (Fw) tussen een zekerheidsgerechtigde en een curator – met toestemming van de rechter-commissaris – afspraken worden gemaakt die de strekking hebben dat de curator tot verkoop van het object overgaat, waarbij de vordering van de pand- of hypotheekhouder direct na de verkoop wordt voldaan zonder dat deze behoeft bij te dragen in de faillissementskosten.¹³ Er is dan sprake van een zogenaamde oneigenlijke lossing. De wetgever is een discussie uit de weg gegaan over de vraag of in een dergelijk geval sprake is van een executie door een zekerheidsgerechtigde, door in de toelichting op de nieu-

10. Inwerkingtreding per 1 januari 2007.

11. *Stb.* 2007, 573.

12. Zie nota van toelichting bij het Besluit van 20 december 2007 tot wijziging van enige fiscale Uit-

voeringsbesluiten, *Stb.* 2007, 573.

13. HR 13 maart 1987, *NJ* 1988, 556.

we regeling expliciet op te nemen dat verlegging ook plaatsvindt in het geval van een oneigenlijke lossing.

Men kan zich afvragen of de verleggingsregeling toepassing vindt als de curator tot verkoop van de verbonden zaak overgaat, nadat de zekerheidsgerechtigde heeft nagelaten om binnen een redelijke termijn ex art. 58 lid 1 Fw tot uitoefening van zijn rechten over te gaan. Formeel gezien is in dat geval geen sprake van een executie door de zekerheidsgerechtigde en zal de curator omzetbelasting in rekening dienen te brengen. Ik zou menen dat – met de overwegingen van de Hoge Raad in het Rentekas-arrest en art. 58 lid 1 Fw in het achterhoofd – de betreffende pand- of hypotheekhouder een voorrang heeft op de gehele opbrengst, inclusief de daarin begrepen omzetbelasting. De pand- of hypotheekhouder zal echter wel moeten meedelen in de omslag van de faillissementskosten.

De verleggingsregeling geldt overigens uitsluitend indien sprake is van een levering aan ondernemers. Uit art. 7 Wet OB 1968 blijkt onder meer dat eenieder die een bedrijf of beroep zelfstandig uitoefent ondernemer is. Uit de toelichting op de nieuwe regeling blijkt dat er om praktische redenen vanaf is gezien verlegging toe te passen bij verkoop aan particulieren en andere niet-ondernemers. Op deze wijze wordt voorkomen dat deze partijen incidenteel aangifte omzetbelasting moeten doen, terwijl zij ook nog eens onbekend zijn met de geldende procedures en verplichtingen en dat vervolgens onevenredige controle-inspanningen van de belastingdienst worden gevraagd.

Dit onderscheid tussen een transactie met ondernemers en anderen brengt wel met zich dat in de praktijk toch alle partijen alert dienen te zijn bij een verkoop. De executerende zekerheidsgerechtigde zal duidelijk moeten krijgen of verkocht wordt aan een ondernemer of aan een ander. Indien in een dergelijk geval sprake is van een verkoop aan een ondernemer zal op de factuur aangetekend dienen te worden dat de omzetbelasting is verlegd. Het komt regelmatig voor dat de curator tot verkoop overgaat op basis van gemaakte afspraken met de zekerheidsgerechtigde. Aangezien in die gevallen – omdat sprake is van een afwijkende wijze van executie of omdat sprake is van een oneigenlijke lossing – ook verlegging plaatsvindt, heeft de curator in dat geval ook een eigen verantwoordelijkheid om de fiscale afwikkeling correct te verzorgen.

5. Gevolgen voor de praktijk

In de praktijk betekent de nieuwe verleggingsregeling voor pand- en hypotheekhouders dat zij zich in een aanzienlijk aantal gevallen op een lagere opbrengst kunnen verhalen voor de voldoening van hun vordering. Het lijkt niet gek om te veronderstellen dat verstrekkers van vreemd vermogen met die omstandigheid terdege rekening gaan houden bij het verstrekken van krediet en het bepalen van hun dekkingspositie.

In het geval waarin een te verwachten executieopbrengst (dus zonder de omzetbelastingcomponent) onvoldoende is voor de verhaalde zoekende zekerheidsgerechtigde om de volledige vordering te voldoen, is het volgende van belang. Het kan aantrekkelijk zijn voor de zekerheidsgerechtigde om bij haar debiteur aan te dringen op het omzetten van bijvoorbeeld voorraden in vorderingen. Bij de verkoop door de debiteur brengt deze omzetbelasting in rekening. Ervan uitgaande dat de betreffende vordering vervolgens regulier verpand wordt, kan de zekerheidsgerechtigde als nog grip krijgen op de omzetbelastingcomponent die in de verpande vordering is begrepen. Het eventueel toestaan van het verlenen van een korting op de verkoopprijs door de debiteur om een snellere omloop van de verpande zaken te bewerkstelligen, kan interessant zijn. De lagere opbrengst kan onder omstandigheden opwegen tegen het daarmee te verkrijgen voordeel dat de zekerheidsgerechtigde zich toch op de omzetbelastingcomponent kan verhalen. Indien geen sprake is van een bestaande verplichting tot het verpanden van vorderingen is het de vraag of de remedie in dit geval niet erger is dan de kwaal. Er bestaat een kans dat een verpanding wegens bijvoorbeeld (onder meer) een onverplicht karakter vernietigbaar is.

Ook voor curatoren heeft de nieuwe verleggingsregeling enige financiële gevolgen. Regelmatig worden door curatoren en pand- of hypotheekhouders met inachtneming van de Separatistenregeling¹⁴ afspraken gemaakt op basis waarvan de curator tot verkoop van de objecten overgaat tegen voldoening van een boedelbijdrage door de betreffende pand- of hypotheekhouder. Op de opbrengst worden eerst de executiekosten in mindering gebracht. Vervolgens wordt over de resterende opbrengst (inclusief omzetbelasting) een boedelbijdrage berekend, welke bijdrage in een percentage van de opbrengst is uitgedrukt. Als sprake is van een lagere opbrengst, is per

14. Onderdeel 1E van de 'Richtlijnen in faillissementen en surséances van betaling 2005'.

definitie ook sprake van een lagere boedelbijdrage.

6. Executie door (gewone) schuldeisers

In deze bijdrage sta ik nog kort stil bij een andere nieuwe verleggingsregeling die in het verlengde van de hiervoor besproken regeling ligt en ook het weglekken van omzetbelasting wenst te voorkomen. Deze verleggingsregeling houdt in dat de omzetbelasting naar de koper van een onroerende zaak wordt verlegd in het geval dat sprake is van een executoriale verkoop door een schuldeiser.¹⁵ Deze bepaling is opgenomen, aangezien algemeen aangenomen werd dat de lijn van het Rentekas-arrest ook gold in geval van een executoriale verkoop op last van beslagleggende schuldeisers. Het verbaast dan ook niet dat de wetgever ook in deze gevallen het weglekken van omzetbelasting wenst te voorkomen.

In het algemeen worden de nieuwe verleggingsregelingen samengevat in de nota van toelichting op het Besluit van 20 december 2007 tot wijziging van enige fiscale Uitvoeringsbesluiten: 'Het gaat om verleggingen van de belastingschuld bij executieverkopen op last van zekerheidsgerechtigden en bij executieverkopen op last van schuldeisers in het bezit van een executoriale titel.' Het is dan op het eerste gezicht opmerkelijk dat de wetgever vervolgens slechts tot een verlegging van omzetbelasting overgaat in het geval van een executoriale verkoop door een schuldeiser van onroerende zaken, terwijl bij een executoriale verkoop van roerende zaken volgens de letterlijke tekst van de regeling geen verlegging plaatsvindt. In het artikelsgewijs commentaar van de toelichting wordt zeer specifiek slechts naar de executie van onroerende zaken verwezen. Toch spreekt het Ministerie van Financiën in haar eindejaarspersbericht 2008¹⁶ in zijn algemeenheid over verlegging van omzetbelasting bij executieverkopen op last van zekerheidsgerechtigden en

schuldeisers die over een executoriale titel beschikken. Vervolgens wordt gesteld dat in die gevallen de koper van een roerende of onroerende zaak de omzetbelasting dient af te dragen. Deze samenvatting van de regeling is niet juist. Op basis van art. 199 van Richtlijn 2006/112/EG betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde is het slechts toegestaan om een verleggingsregeling in te voeren die van toepassing is bij een executoriale verkoop van onroerende zaken. De nieuwe regeling rept dan ook terecht uitsluitend over dat geval. Een gewone executoriale verkoop van roerende zaken blijft dan ook voordeel bieden van een 'extra' opbrengst in de vorm van de omzetbelastingcomponent. Dit roept de vraag op of pandhouders het aan zullen durven om onder omstandigheden af te zien van het uitwinnen van het pandrecht en te kiezen voor een 'normale' executie.

7. Conclusie

Faber begon zijn noot onder het hiervoor genoemde arrest van het Hof Leeuwarden inzake de *Ontvanger Groningen/Mr. Overes q.q.* met de constatering dat sprake was van een kansloze zaak voor de Ontvanger. Door de invoering van de verleggingsregeling per 1 januari 2008 bij uitwinning door zekerheidsgerechtigden heeft de wetgever de Ontvanger in een winnende positie gebracht. Voorkomen wordt dat de zekerheidsgerechtigde bij executie met de in de verkoopprijs begrepen omzetbelastingcomponent als winnaar aan de haal gaat. De oplettende zekerheidsgerechtigde heeft onder omstandigheden – mits de zekerheidsggever meewerkt – echter de mogelijkheid om voortijdig alsnog de winst naar zich toe te trekken door de zaken tijdig onderhands te laten verkopen door de zekerheidsgerechtigde en deze dus om te laten zetten in een verpande vordering waarin de omzetbelasting wel is begrepen.

15. Zie art. 24ba lid 1 sub e Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968, op basis waarvan overigens verlegging van omzetbelasting eveneens aan de orde is in geval van executie van een recht waar-

aan een onroerende zaak onderworpen is. Ook bij het invoeren van deze verleggingsregeling heeft de wetgever gebruikge maakt van de daartoe geboden mogelijkheid door art. 199 Richt-

lijn 2006/112/EG.

16. Te raadplegen via: www.minfin.nl/nl/onderwerpen/belastingen/belastingplannen/eindejaarspersbericht-2008.