

Fiscale aspecten bij bedrijfssaneringen

Inleiding

De huidige economische malaise treft veel bedrijven in hun voortbestaan. Waar een aantal jaar geleden de markt voor fusies en overnames nog floreerde, zijn nu faillissementen en reorganisaties aan de orde van de dag. Voor enkele bedrijven kan een grondige financiële reorganisatie een overlevingskans bieden. Vaak wordt banken en crediteuren, zoals de fiscus, om een offer gevraagd. De fiscus heeft zich echter tot de tanden toe gewapend om niets tekort te komen.

Elke overlevingsreorganisatie heeft nu meer dan ooit te voldoen aan specifieke fiscale regels, ingevoerd om de 'fair share' van de fiscus te beschermen. In dit artikel zal een aantal belangrijke fiscale aspecten aan de orde komen die zich voordoen bij zulke reorganisaties. In het bijzonder zal worden ingegaan op de kwijtscheldingsfaciliteit binnen de vennootschapsbelasting.

Vrijval van schulden

Indien een Nederlandse vennootschap niet (geheel) in staat is vorderingen van crediteuren te voldoen, heeft dat consequenties voor de fiscale winst. Volgens de fiscale regels is winst het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm dan ook, worden verkregen uit een onderneming. Wanneer de vennootschap op zakelijke grond wordt bevrijd van (een deel van) haar verplichtingen, is er sprake van fiscale winst en wel ter hoogte van de vrijgevallen schulden. Een op onzakelijke grond genoten bevrijding van schulden (dat wil zeggen, op grond van een aandeelhoudersrelatie) leidt niet tot winst, maar moet worden beschouwd als een informele kapitaalstorting. Een zakelijke vrijval van schulden kan zich voordoen in drie situaties: (1) de vennootschap komt overeen met haar schuldeisers dat zij van (een deel van) hun vordering afzien (ook wel kwijtschelding genoemd), (2) de vordering is verjaard (hetgeen in de praktijk vaak neerkomt op het afzien van een vordering door de schuldeiser vlak voor verjaring), of (3) de vordering 'valt' in het faillissement zonder dat er een crediteurenakkoord is bereikt. In principe dient in alle drie de situaties het gehele bedrag dat vrijvalt tot de fiscale winst te worden gerekend in het jaar waarin de schulden vrijvallen. De wet voorziet echter in een vrijstelling voor de kwijtscheldingswinst die ontstaat bij de schuldenaar in situatie 1.

Kwijtscheldingswinstvrijstelling

De gedachte achter de kwijtscheldingswinstvrijstelling is gelegen in de wens verlieslijdende ondernemingen saneringsmogelijkheden te bieden. Als gevolg van een kwijtschelding wordt een vennootschap bevrijd van een schuld. Door deze bevrijding zou in beginsel fiscale winst ontstaan en vervolgens leiden tot een (belasting)schuld bij de schuldenaar. Om die reden is de kwijtscheldingswinstvrijstelling in de wet opgenomen; niet tot de winst behoren de voordelen verkregen door het prijsgeven van niet voor verwezenlijking vatbare rechten door schuldeisers, voorzover de voordelen de te verrekenen verliezen uit het verleden overtreffen. De laatste bijzin geeft aan dat de kwijtscheldingswinstvrijstelling geen onbeperkte vrijstelling is. Voorzover de vennootschap beschikt over fiscaal compensabele verliezen, hetgeen doorgaans het geval is als een schuldeiser overgaat tot kwijtschelding van (een deel van) zijn vordering, is de vrijstelling niet van toepassing. Gevolg hiervan is dat de kwijtschelding van een vordering door een schuldeiser (doorgaans) leidt tot het wegvallen van fiscaal verrekenbare verliezen.

De vrijstelling is alleen van toepassing als de crediteur zijn vorderingen 'prijsgeeft'. Voor het 'prijsgeven' is een min of meer bewuste activiteit van de schuldeiser noodzakelijk. Het simpelweg vrijvallen van onbetaalde schulden, zoals bij verjaring of bij een faillissement, leidt niet tot toepassing van de vrijstelling. Het faillissement van een schuldenaar betekent weliswaar ontbinding van de vennootschap en vereffening van haar vermogen door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst waardoor de schuldeisers hun rechten 'in feite' verloren zien gaan. Dit betekent echter niet dat gesproken kan worden van het 'prijsgeven' van 'rechten'. Uit de jurisprudentie volgt duidelijk dat de crediteur het 'prijsgeven' van de vordering hoe dan ook kenbaar moet maken aan de debiteur. Het in bepaalde situaties aannemen dat creditoren hun rechten toch wel zullen prijsgeven omdat de vordering niet meer betaald zal worden, leidt niet tot toepassing van de kwijtscheldingswinstvrijstelling, maar tot belastbare winst voor de schuldenaar.

De kwijtscheldingswinstvrijstelling vindt geen toepassing indien er tegenover het prijsgeven van vorderingen een tegenprestatie door de schuldenaar geleverd wordt, bijvoorbeeld door de vordering om te zetten in aandelenkapitaal (eigen vermogen). Het argument hiervoor is dat de stortingsverplichting wordt verrekend met de vordering, waardoor geen sprake is van prijsgeven. Naar mijn mening kunnen hier vraagtekens bij worden gezet, want ook in dit geval geeft de crediteur zijn vordering

op. Het feit dat de crediteur daarvoor aandelen verkrijgt, zou daarop geen invloed moeten hebben, gezien het feit dat de aandelen op het moment van omzetting geen waarde in het economische verkeer hebben. In het navolgende zal hier verder op worden ingegaan.

Omzetting van schuld in eigen vermogen

Vanaf 1 januari 2002 is anti-misbruikwetgeving in de wet opgenomen met betrekking tot afgewaardeerde vorderingen (art. 12 Wet VPB 1969). Indien een vennootschap verlieslijdend is, zal de schuldeiser op basis van goed koopmansgebruik ertoe kunnen overgaan om zijn vordering op een dergelijke vennootschap af te waarderen. De schuldeiser zal zijn vordering weer moeten opwaarderen als het de schuldenaar beter gaat. Door het tijdig omzetten van de vordering in eigen vermogen van de schuldenaar kon, voor de invoering van artikel 12 Wet VPB 1969, worden voorkomen dat de vordering belast opgewaarderd moest worden. Indien de schuldeiser een deelneming (minimaal een 5%-belang in het nominale gestorte aandelenkapitaal) heeft in de schuldenaar, is een waardestijging van de aandelen in de schuldenaar in beginsel onbelast. Deze belaste afwaardering en onbelaste opwaardering wordt door de wetgever als misbruik ervaren. De bepaling die deze onevenwichtigheid rechtzet, knoopt aan bij de schuldenaar. Artikel 12 Wet VPB 1969 leidt tot winstneming bij de schuldenaar in geval van aflossing van de schuld door het uitgeven van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten of bewijzen van deelgerechtigdheid (omzetting) of ingeval de schuld gaat functioneren als eigen vermogen van de schuldenaar zonder dat deze daartoe aandelen uitgeeft. De winst is gelijk aan het verschil tussen de boekwaarde van de schuld en de waarde in het economische verkeer. De winst die door omzetting wordt gerealiseerd bij de schuldenaar, kan worden verrekend met de nog te verrekenen verliezen, maar voor het overschot is geen vrijstelling beschikbaar, zoals de vrijstelling voor kwijtscheldingswinst.

In de praktijk heeft de regeling van artikel 12 Wet VPB 1969 financiële reorganisaties aanzienlijk bemoeilijkt. Bij onvoldoende fiscale verliezen kan immers de ontstane winst uit de vrijval van schuldvorderingen niet volledig worden gecompenseerd, met alle gevolgen van dien. De staatssecretaris is altijd van mening geweest dat noodlijdende ondernemingen voldoende compensabele verliezen (zouden moeten) hebben, zodat omzetting van schulden in aandelen geen te belasten winst als gevolg heeft. Door de omvang van schulden waar sommige bedrijven in deze tijd onder gebukt gaan, zijn bij omzetting van deze schulden in aandelen niet altijd genoeg

compensabele verliezen aanwezig en wordt er door toepassing van artikel 12 Wet VPB 1969 wel degelijk winst gemaakt. Benadrukt moet worden dat slechts fiscale verliezen in aanmerking komen voor compensatie. Commerciële verliezen, die bijvoorbeeld ontstaan bij een afwaardering van deelnemingen, komen in dit verband niet in aanmerking voor compensatie. Onlangs heeft de staatssecretaris echter aangegeven het voornemen te hebben om de regeling van artikel 12 Wet VPB 1969 zodanig aan te passen, dat ook voor de winst die ontstaat bij omzetting, een vrijstelling zal gelden voorzover deze het bedrag van de compensabele verliezen overtreft. De staatssecretaris heeft hier echter wel bij opgemerkt dat additionele voorwaarden zullen worden gesteld om te voorkomen dat de op het conversietijdstip aanwezige (latente) verliezen worden uitgesteld om op die manier verliesverrekeningsmogelijkheden uit te breiden. Naar verluidt zal echter de invoering van het herziene artikel 12 Wet VPB 1969 nog wel even op zich laten wachten. Het is eveneens waarschijnlijk dat de wetwijziging niet met terugwerkende kracht wordt ingevoerd, zodat voor de huidige noodlijdende ondernemingen de versoepeling wellicht te laat zal komen.

Kwijtscheldingswinstvrijstelling binnen concernverband

De fiscus lijkt van mening te zijn dat de vrijstelling in het geheel niet van toepassing is voor kwijtscheldingswinst in concernverband. Volgens de fiscus kan er geen sprake zijn van 'prijsgeven' binnen gelieerde verhoudingen. Immers, de gelieerde vennootschap zou altijd de waarde van haar aandelen in de schuldenaar zien stijgen in ruil voor de kwijtschelding.

Naar mijn weten heeft de Hoge Raad tot nu toe nooit geoordeeld dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen het 'prijsgeven' van vorderingen binnen of buiten het concern. Er lijkt dan ook geen reden te zijn om per definitie uit te sluiten dat een crediteur binnen concernverband zakelijk handelt, dat wil zeggen in de hoedanigheid van crediteur en niet in de hoedanigheid van aandeelhouder. Zeker in de situatie dat een crediteur een schuld binnen concernverband kwijtscheldt zonder dat hij als tegenprestatie (extra) aandelen in de debiteur ontvangt. Verder blijkt uit de ontstaansgeschiedenis van de kwijtscheldingswinstvrijstelling dat de staatssecretaris eveneens van mening was dat bij kwijtschelding binnen concernverband een tweedeling gemaakt moet worden tussen handelen in de hoedanigheid van crediteur en handelen in de hoedanigheid van aandeelhouder. Ook in de literatuur wordt deze opvatting gevolgd.

Kwijtscheldingswinstvrijstelling binnen de fiscale eenheid

Inleiding

Per 1 januari 2003 is het herziene fiscale eenheidsregime van kracht. Daarin zijn maatregelen opgenomen om de toepassing van de kwijtscheldingswinstvrijstelling in het kader van de fiscale eenheid aanzienlijk te beperken. Ten tijde van de fiscale eenheid is slechts de moedermaatschappij belastingplichtig voor het gecombineerde resultaat en dit komt dan ook slechts tot uitdrukking bij de moedermaatschappij. Onder de oude regels van de fiscale eenheid kon de kwijtscheldingswinstvrijstelling volgens de staatssecretaris in een aantal gevallen onevenwichtig uitpakken. In het nieuwe fiscale eenheidsregime is dit 'misbruik' dan ook rigoureuus aangepakt.

Kwijtscheldingswinst bij gevoegde dochtermaatschappij

Hoewel schulden van een dochtermaatschappij, die deel uitmaakt van een fiscale eenheid, fiscaal technisch worden toegerekend aan de moedermaatschappij, blijven zij civielrechtelijk toegerekend aan de dochtermaatschappij. Indien een crediteur zijn vordering op een dochtermaatschappij van een fiscale eenheid prijsgeeft, verricht hij een kwijtschelding jegens de dochtermaatschappij en niet jegens de moedermaatschappij van de fiscale eenheid. Echter, voor de heffing van vennootschapsbelasting wordt deze kwijtschelding beschouwd als een kwijtschelding jegens de moedermaatschappij. De kwijtscheldingswinst dient in eerste instantie te worden verrekend met verliezen van de fiscale eenheid in het jaar van de kwijtschelding en de nog te verrekenen verliezen van de fiscale eenheid uit vorige jaren. Als gevolg van het bestaan van de fiscale eenheid kunnen verliezen van de schuldenaar reeds zijn verrekend met winsten van andere gevoegde maatschappijen. Indien de fiscale eenheid op het moment van de kwijtschelding niet over verrekenbare verliezen beschikt, zal de volledige kwijtscheldingswinst worden vrijgesteld. In de situatie dat de schuldenaar (in dit geval een dochtermaatschappij) geen deel zou hebben uitgemaakt van de fiscale eenheid, zou hij afzonderlijk belastingplichtig zijn geweest. Bij afzonderlijke belastingplicht van de schuldenaar zouden de verliezen die mede aan de kwijtschelding ten grondslag liggen, niet zijn verrekend binnen de fiscale eenheid en nog openstaan. Deze verliezen zouden wegvallen tegen de vrij te stellen kwijtscheldingswinst. Als gevolg van de toepassing van het oude fiscale eenheidsregime valt de vrij te stellen kwijtscheldingswinst derhalve hoger uit.

Per 1 januari 2003 is hier verandering in gekomen. Bij het bepalen van de winst van de fiscale eenheid vindt de kwijtscheldingsvrijstelling geen toepassing, behoudens voorzover aannemelijk wordt gemaakt dat het voordeel uit hoofde van de kwijtschelding niet tot de winst van de schuldenaar zou hebben gehoord indien deze geen deel zou hebben uitgemaakt van de fiscale eenheid (art. 15ac lid 2 Wet VPB 1969). Op grond van deze bepaling zal moeten worden berekend hoe groot de compensabele verliezen zijn van de dochtermaatschappij/schuldenaar, indien deze geen deel zou uitmaken van de fiscale eenheid. In de praktijk zal dit niet altijd eenvoudig zijn. Deze bepaling zou echter eenvoudig kunnen worden omzeild indien tijdig zou kunnen worden ontvoegd, zodat de verliezen zouden worden achtergelaten in de fiscale eenheid.

Kwijtscheldingswinst bij ontvoegde dochtermaatschappij

Om misbruik van de toepassing van de kwijtscheldingswinstvrijstelling verder aan te scherpen is een anti-misbruikbepaling opgenomen in de Wet VPB 1969 ten aanzien van de ontvoeging van een dochtermaatschappij (art. 8 lid 4 Wet VPB 1969). De kwijtscheldingswinstvrijstelling is niet van toepassing indien de belastingplichtige deel heeft uitgemaakt van een fiscale eenheid en sinds het ontvoegingstijdstip minder dan zes jaren zijn verstreken, behoudens voorzover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat het bedoelde voordeel niet tot zijn winst zou behoren, indien hij geen deel zou hebben uitgemaakt van de fiscale eenheid. Een voorbeeld kan deze bepaling verduidelijken. Stel: gedurende 2001 is een zieltogende dochtermaatschappij ontvoegd. Men heeft de fiscale verliezen van de fiscale eenheid, die bij de eenheid achterblijven en niet meegaan met de dochter, willen beschermen tegen een beperking van de toekomstige kwijtscheldingswinstvrijstelling en daarom de zieltogende dochtermaatschappij ontvoegd. Geniet de dochtermaatschappij immers binnen de fiscale eenheid kwijtscheldingswinst, dan zouden eerst alle compensabele verliezen van de fiscale eenheid worden verrekend. Stel vervolgens dat in het jaar 2003 de dochtervennootschap kwijtscheldingswinst geniet. De nieuwe bepaling is dan van toepassing. Dit betekent dat, zoals we eerder zagen bij de gevoegde dochtermaatschappij, alsnog een berekening moet worden gemaakt van de verliezen van deze dochter ten tijde van de fiscale eenheid. Deze verliezen verminderen de kwijtscheldingswinstvrijstelling. Het door de fiscale eenheid in het verleden genoten 'voordeel', bestaande uit de in aanmerking genomen dan wel in aanmerking te nemen verliezen van de ontvoegde dochtermaatschappij, wordt op de hiervoor genoemde

manier teruggenomen bij de ontvoegde dochtermaatschappij op het moment van kwijtschelding.

Ontvoeging dochtermaatschappij in het zicht van liquidatie

Om te voorkomen dat de vrijval van schulden tot belaste winst leidde of dat de verliezen van de fiscale eenheid door de werking van de kwijtscheldingswinstvrijstelling verloren gingen, werd in het verleden de desbetreffende dochtermaatschappij tijdig ontvoegd. In het verleden heeft de Hoge Raad beslist dat de verkoop van aandelen in het zicht van faillissement, met als gevolg verbreking van de fiscale eenheid, geen ongeoorloofde of onzedelijke oorzaak is, ondanks het feit dat belanghebbende zich ervan bewust was dat de fiscus er niet in zou slagen de belastingschulden te innen. Deze uitspraak kon de staatssecretaris maar matig bekoren. Hij achtte het ongewenst dat door verbreking van de fiscale eenheid de belastingplichtige zich van een belastingclaim kon ontdoen. In het herziene fiscale eenheidsregime is opgenomen dat een dochtermaatschappij die in het zicht van liquidatie wordt ontvoegd, een tot haar vermogen behorende schuld op het tijdstip van ontvoeging te boek dient te stellen op de waarde in het economische verkeer (art. 15aj lid 3 Wet VPB 1969). Een daarmee gepaard gaande boekwinst wordt gerekend tot de winst van de fiscale eenheid. De wettekst spreekt over 'in het zicht van liquidatie', maar dit begrip wordt verder niet verduidelijkt. Het lijkt niet onaannemelijk dat hier aan een periode van zes jaar moet worden gedacht, zoals reeds in de bepaling van artikel 8 lid 4 Wet VPB 1969 is opgenomen. Dit betekent dat bij verkoop van een dochtermaatschappij een beding dient te worden opgenomen dat de koper en de opvolgende kopers binnen een termijn van (ten minste) zes jaar niet tot liquidatie van de vennootschap zullen overgaan. Door wie de liquidatie precies moet zijn geïnstigeerd en wat precies onder de term liquidatie valt, is eveneens niet duidelijk.

*Drs. M.R.C. Blomme
Allen & Overy*