

218. De WHOA en de fiscaliteit

MR. DR. A.J. TEKSTRA

Het bij de Tweede Kamer ingediende voorstel voor de WHOA kent diverse facetten die fiscale consequenties kunnen hebben. Helaas wordt in het wetsvoorstel of de toelichting daarop in het geheel niet op deze (mogelijke) fiscale consequenties ingegaan en hun eventuele effecten op de totstandkoming en homologatie van een WHOA-akkoord. De praktijk zal hier dus zelf, via *trial and error*, een weg in moeten zoeken. In deze bijdrage worden de fiscale aandachtspunten bij de WHOA in kaart gebracht, teneinde deze zoek/speurtocht te faciliteren.

1. Inleiding en te behandelen onderwerpen

In dit artikel worden de fiscale ‘modaliteiten’ die (kunnen) spelen bij toepassing van de WHOA verkend. Het is nogal een gemiste kans van de wetgever dat deze fiscaliteit nergens in de WHOA of de toelichting daarop is terug te vinden. Dat terwijl met name prof. mr. A.C.P. Bobeldijk – niet de eerste de beste op dit gebied¹ – in zijn preadvies van de Vereniging Handelsrecht in 2017² al een uitgebreide en zeer nuttige poging heeft ondernomen de fiscale aspecten van de WHOA te bespreken. Daarbij heeft hij diverse fiscale pijnpunten benoemd. De wetgever heeft hier dus verder niets mee gedaan, ondanks dat uit genoemd preadvies duidelijk naar voren komt dat de fiscale belangen een grote rol kunnen spelen bij de uitvoering van de WHOA. In zijn conclusies schrijft Bobeldijk dan ook dat het opvalt dat in de WHOA met geen woord over de fiscaliteit wordt gesproken, terwijl de fiscaliteit voor aandeelhouders en schuldeisers een belangrijke rol kan spelen bij het al dan niet instemmen met een akkoord.³

Bobeldijk wijst op de volgende situaties:⁴

- 1 Bobeldijk is hoogleraar vennootschapsbelasting aan de Nyenrode Business Universiteit, Tax Partner bij Loyens & Loeff en promoveerde in 2009 op het onderwerp Afgewaardeerde vorderingen in de vennootschapsbelasting.
- 2 A.C.P. Bobeldijk e.a., *Het dwangakkoord buiten faillissement. Beschouwingen over het Voorontwerp Wet Homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement*, Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017. De beschouwingen van Bobeldijk zijn terug te vinden in Hoofdstuk 7 van het Preadvies. Dit stuk van Bobeldijk zal hierna worden aangehaald als: Bobeldijk, Preadvies 2017.
- 3 Bobeldijk, Preadvies 2017, p. 246, nr. 7.7.1.
- 4 Bobeldijk, Preadvies 2017, p. 233. Hij heeft het in dit citaat over het voorontwerp, maar zijn opmerkingen gelden evenzeer voor het wetsvoorstel zelf.

‘Het Voorontwerp laat zich ten aanzien van de klassenindeling met geen woord uit over de fiscaliteit. De fiscale belangen van de schuldeisers of aandeelhouders kunnen echter van dusdanige omvang zijn dat zij, bijvoorbeeld, beter af zouden zijn in geval van een faillissement van de schuldenaar. Zo is denkbaar dat een schuldeiser meer belang heeft bij het recht op teruggaaf van de btw op oninbare vorderingen dan een aangeboden akkoord (...). Voor een aandeelhouder geldt dat een liquidatieverlies, hetgeen fiscaal aftrekbaar is, de voorkeur kan hebben boven een aangeboden akkoord. Een liquidatieverlies kan slechts worden genomen bij de ontbinding en vereffening van de deelneming. Als een aandeelhouder in het kader van een pre-insolventieakkoord zijn aandelenbelang kwijtraakt zonder dat de deelneming wordt ontbonden en vereffend, kan er geen (aftrekbaar) liquidatieverlies worden genomen (...). Deze fiscale belangen c.q. rechten zullen bij partijen meespelen in hun bereidheid mee te werken aan een pre-insolventieakkoord en zijn aldus belangen bij de totstandkoming van een akkoord.’

De vraag komt vervolgens op – Bobeldijk werpt die vraag eveneens op – of een weigeringsgrond voor de homologatie van een akkoord kan zijn gelegen in de omstandigheid dat met de fiscale belangen van een schuldeiser of aandeelhouder geen of onvoldoende rekening is gehouden. Deze relevante vraag komt hierna nog aan de orde (in paragraaf 3).

Voor het inzicht in de hierna te bespreken onderwerpen, is het nuttig om te vermelden uit welke onderdelen/varianten een WHOA-akkoord kan bestaan. Dit met de kanttekening

dat er ook sprake kan zijn van een ‘mix’ van deze onderdelen.⁵

- In de eerste plaats kan het akkoord inhouden dat schuldenaar meer tijd wordt gegeven om aan zijn of haar betalingsverplichtingen te voldoen; feitelijk is hier sprake van een uitstel van betaling.
- Ten tweede kan het akkoord inhouden dat de crediteuren hun vorderingen op de schuldenaar geheel of gedeeltelijke kwijtschelden.⁶ Hieronder kan mede zijn begrepen de kwijtschelding van een lening door een aandeelhouder, moedervenootschap of een andere geïsoleerde partij.
- De derde variant is die waarbij de vorderingen van de crediteuren geheel of gedeeltelijk worden omgezet in aandelenkapitaal (dan wel een andere vorm van eigen vermogen). Dit wordt ook wel aangeduid als de *debt for equity swap*. Deze variant kan zijn gekoppeld aan het overnemen van de vorderingen door een specifieke partij, die vervolgens deze omzetting verricht (ook wel aangeduid als de overname- of Begemannconstructie).
- Ten vierde kan worden bepaald dat de door de aandeelhouders gehouden aandelen in de schuldenaar geheel of gedeeltelijk komen te vervallen.
- Een vijfde mogelijkheid is dat een WHOA-akkoord leidt tot een wijziging van een of meer lopende overeenkomsten.⁷
- Ten zesde kan toepassing van de WHOA gevolgen hebben voor de positie van een derde die borg of medeschuldenaar is ten aanzien van de WHOA-schuldenaar.

Aan deze zes varianten kunnen fiscale consequenties zijn verbonden, met name voor de vennootschapsbelasting en

de omzetbelasting.⁸ Die zullen per variant in de volgende paragrafen worden besproken. Deze bespreking beperkt zich tot de fiscale aandachtspunten vanuit de Nederlandse situatie. Het plaatje kan uiteraard anders worden als er een of meer buitenlandse partijen (aandeelhouders, crediteuren) bij betrokken zijn. De behandeling van mogelijke buitenlandse (*cross border*) fiscale aandachtspunten gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

Er zal dus wel een sterk negatief fiscaal effect moeten zijn in de vergelijking tussen het WHOA-akkoord en de positie bij een faillissement wil het kunnen leiden tot een weigering van de homologatie

Voordat ik toekom aan de nadere bespreking van deze zes (hoofd)varianten, zal ik eerst nog twee belangrijke algemene fiscale kwesties bespreken. Om te beginnen kan de vraag worden gesteld hoe de mogelijkheden die de WHOA biedt, met uitdrukkelijk ook de variant dat de fiscale vordering geheel of gedeeltelijk wordt kwijtgescholden, dan wel dat de betalingstermijn daarvoor wordt ‘verlengd’, zich verhoudt tot het eigen – uitgebreide – uitstel- en kwijtscheldingsbeleid van de fiscus. Deze kwestie wordt in de volgende paragraaf besproken. Daarna zal aandacht worden besteed aan de hiervoor reeds (ook door Bobeldijk) aangehaalde vraag of een nadelige fiscale positie door het WHOA-akkoord voor sommige betrokkenen een grond kan vormen voor de rechter om de homologatie van een akkoord te weigeren.

5 Zie p. 9-11 van de memorie van toelichting bij de WHOA (*Kamerstukken II 2018/2019, 35249, nr. 3*). Nog een algemene opmerking (in de kantlijn) bij deze memorie van toelichting. Op p. 1 van het Algemeen deel van deze memorie wordt gesproken over ‘vermogensverschaffers’, waaronder worden begrepen ‘schuldeisers en aandeelhouders’. Mij lijkt dat deze twee categorieën hiermee ten onrechte over één kam worden geschoren. Een vermogensverschaffer is iemand die vermogen beschikbaar stelt aan een bedrijf of andere organisatie, met name in de vorm van aandelenkapitaal of een (obligatie)lening (ontleend aan: Financieel Woordenboek). Men kan toch moeilijk stellen dat een leverancier of dienstverlener van een bedrijf die voor die activiteit een factuur stuurt en een vordering heeft op de opdrachtgever, daarmee een vermogensverschaffer is geworden. Normaal gesproken bestaat er toch een wezenlijk verschil tussen de genoemde vermogensverschaffer (aandeelhouder, financier etc.) en een gewone (handels)crediteur. Dat laat overigens onverlet dat beide ‘groepen’ betrokken kunnen zijn of worden bij de uitvoering van de WHOA.

6 Een combinatie met de eerste variant kan zijn dat voor het niet kwijtgescholden deel – al dan niet gedeeltelijk – een aangepaste betalingstermijn zal gelden; in zoverre is dan sprake van uitstel van betaling.

7 Uit art. 369 lid 4 Fw, zoals opgenomen in de WHOA, volgt overigens dat een WHOA-akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in de rechten van bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers. Lopende arbeidsovereenkomsten kunnen dus niet worden gewijzigd in het kader van de WHOA.

8 Ten aanzien van de omzetbelasting wordt er steeds vanuit gegaan dat de betrokken schuldenaar en de betrokken schuldeisers ondernemers zijn voor de omzetbelasting en geen vrijgestelde prestaties verrichten. Tevens blijven de effecten van een eventuele fiscale eenheid voor de omzetbelasting buiten beschouwing. Een dergelijke fiscale eenheid leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid voor tijdens de fiscale eenheid ontstane omzetbelastingsschuld. Met die hoofdelijkheid moet dan rekening worden gehouden in het kader van een akkoord (zie ook hierna voetnoot 13). De fiscale eenheid vennootschapsbelasting komt in dit overzicht wel nader aan de orde (zie par. 5), met uitzondering van de specifieke verrekeningsmogelijkheid die art. 24 lid 1 Iw 1990 de fiscus/ontvanger biedt bij een dergelijke fiscale eenheid. Die verrekeningsregeling zal bij een WHOA-akkoord naar verwachting niet snel spelen. Het voorgestelde art. 372 Fw geeft overigens wel de mogelijkheid om in het akkoord groepsvennootschappen van de schuldenaar te betrekken; dat kunnen onderdelen van een fiscale eenheid zijn.

2. De invloed van het eigen uitstel- en kwijtscheldingsbeleid van de fiscus op de WHOA

De fiscus heeft een uitgebreid eigen uitstel- en kwijtscheldingsbeleid voor belastingschulden ontwikkeld.⁹ Het uitstelbeleid is gebaseerd op art. 25 Invorderingswet 1990 ('Iw 1990') en verder uitgewerkt in de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 en de Leidraad Invordering 2008 (een zestigtal artikelen in art. 25 van de Leidraad).¹⁰ Het kwijtscheldingsbeleid vindt zijn grondslag in art. 26 Iw 1990.¹¹ De verdere uitwerking daarvan is opgenomen in art. 20-22a Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 (kwijtschelding rijksbelastingen in de zakelijke sfeer) en in art. 26 Leidraad Invordering 2008, omvattende een vijftigtal bepalingen. Onder de WHOA kan zich de situatie voordoen dat de fiscus, mede op basis van dit breed opgezette uitstel- of kwijtscheldingsbeleid, het aangeboden akkoord niet ondersteunt. Een reden daarvoor kan zijn dat de fiscus niet (minimaal) het dubbele percentage aangeboden krijgt van het aan de concurrente crediteuren aangeboden percentage,¹² of dat de fiscus – gezien diens sterke (verhaals)positie – meer zou ontvangen zonder akkoord.¹³ Stel nu dat het akkoord wel volgens de vereiste meerderheid wordt ondersteund in een of meer klassen. In hoeverre moet bij de homologatie dan rekening worden gehouden met de door de fiscus aangevoerde weigeringsgronden?

Voor het antwoord op deze vraag moet worden gekeken naar de weigeringsgronden voor een homologatie, zoals voorgesteld in art. 384 Fw. Volgens het derde lid van die bepaling kan de rechter een verzoek tot homologatie van een akkoord in de hiervoor geschetste situatie afwijzen als (summierlijk) blijkt dat de tegenstemmende crediteur op basis van het akkoord slechter af is dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. Bij de fiscus kan een dergelijke omstandigheid zich zeer wel voordoen, omdat de fiscus in een faillissement een beroep kan doen op een hoge voorrangpositie (zie art. 21 Iw 1990). Een andere afwijzingsgrond voor de homologatie is terug te vinden in het voorgestelde art. 384 lid 4 Fw. Een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle

klassen hebben ingestemd kan door de rechtbank worden afgewezen als (sub a) bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd, ten nadele van de klasse die niet heeft ingestemd, wordt afgeweken van – kort gezegd – de wettelijke rangorde, tenzij voor die afwijking een redelijke grond bestaat en de genoemde schuldeisers of aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad. Deze weigeringsgrond veronderstelt aldus dat de klasse waarin de (vordering van de) fiscus is ingedeeld niet bij meerderheid vóór het akkoord heeft gestemd. Indien dat het geval is, zal de fiscus op zichzelf genomen een sterke positie hebben om zich tegen de homologatie te verzetten, als de fiscus met het akkoord minder krijgt dan conform de wettelijke rangorde het geval zou zijn.

Verder zou het mogelijk zijn dat in het kader van een WHOA-akkoord ook aan de klasse waarin de fiscus zich bevindt, wordt aangeboden de vorderingen om te zetten in bijvoorbeeld aandelenkapitaal of een andere vorm van eigen vermogen dan wel participatie in de schuldenaar (*debt for equity*). Het beleid van de fiscus zegt hier bij mijn weten niets over, maar het is moeilijk voorstelbaar dat van de fiscus kan worden verwacht genoeg te nemen met een dergelijk aandelenbelang in een belastingplichtige. We zullen gaan zien of deze variant in de WHOA-praktijk een rol zal gaan spelen.

3. Kan een nadelige fiscale positie bij een crediteur of aandeelhouder een rol spelen bij de WHOA?

Zoals in paragraaf 1 al aangehaald, heeft Bobeldijk in zijn Preadvies de belangwekkende vraag aan de orde gesteld of een nadelige fiscale positie bij een crediteur of aandeelhouder een rol kan spelen bij de toepassing van de WHOA. Hij geeft eerst aan dat er op basis van de tekst van de voorgestelde wet geen reden is de homologatie te weigeren indien met de fiscale belangen geen rekening is gehouden.¹⁴ Daar voegt hij het volgende aan toe:¹⁵

'In de memorie van toelichting wordt echter een veel ruimere beoordelingsmarge gehanteerd dan de tekst van de bepaling doet vermoeden. De memorie van antwoord geeft aan dat de rechtbank homologatie van het akkoord moet weigeren indien "het akkoord *onredelijk* is omdat er schuldeisers of aandeelhouders zijn die op basis van het akkoord in een wezenlijk slechtere positie zouden komen dan zij zouden zijn in faillissement". Het feit dat beoordeeld moet worden of het akkoord "onredelijk" is (en dit woord zelfs is gecursiveerd) omdat de schuldeisers in een 'wezenlijk slechtere positie' komen te verkeren, biedt mijns inziens wel ruimte om de fiscale positie mee te wegen. Het

9 Dit uitgebreide uitstel- en kwijtscheldingsbeleid van de kant van de fiscus staat in schril contrast met uitstel en kwijtschelding door het UWV. Laatstgenoemde heeft vrijwel geen beleid op papier staan en de beslissing daarover wordt door enkele, daartoe aangewezen ambtenaren genomen.

10 Zie over het fiscale uitstel van betaling in meer algemene zin: J.J. Vetter & A.J. Tekstra, *Invordering van belastingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, hoofdstuk 7.

11 Zie over kwijtschelding door de fiscus Vetter & Tekstra, t.a.p., hoofdstuk 8.

12 Zie art. 22 sub a, onder 1, Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 en art. 26.3.4 Leidraad Invordering 2008.

13 Zie art. 22 sub a, onder 3, Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990. Hieronder kan ook vallen de situatie dat de fiscus voor de openstaande belastingschuld verhaal kan zoeken bij een of meer derden onder de (vele) hoofdelijke aansprakelijkheden uit de Iw 1990, zoals de fiscale bestuursaansprakelijkheid van art. 36 Iw 1990. Wordt de belastingschuld kwijtgescholden, dan kan de fiscus voor dat kwijtgescholden deel de derde niet meer aanspreken (zie A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 269).

14 Bobeldijk ging nog uit van de regeling in art. 381 Fw zoals die in het voorontwerp was opgenomen. In het wetsvoorstel is de homologatieregeling opgenomen in art. 384, met enigszins afwijkende tekst (die afwijkingen kunnen hier buiten beschouwing blijven).

15 Bobeldijk, Preadvies 2017, p. 234.

zou echter goed zijn indien de wetgever duidelijk aangeeft op welke wijze fiscale belangen mee dienen te wegen bij de beoordeling of een akkoord redelijk is.’

Met Bobeldijk ben ik het eens dat de fiscale positie in het kader van deze afweging een rol kan spelen, met dien verstande dat het door de wetgever aangegeven kader een min of meer marginale toetsing veronderstelt (dat de tegenstemmende schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord in een aanmerkelijk of wezenlijk slechtere positie komen te verkeren). Er zal dus wel een sterk negatief fiscaal effect moeten zijn in de vergelijking tussen het WHOA-akkoord en de positie bij een faillissement – dat zich bijvoorbeeld uitstrekt over een grotere groep potentieel gedupeerde crediteuren of aandeelhouders – wil het kunnen leiden tot een weigering van de homologatie. In de volgende paragrafen komen deze mogelijke negatieve fiscale effecten nader aan bod.

4. Het WHOA-akkoord als uitstel van betaling

Mocht het zo zijn dat het WHOA-akkoord een uitstel van betaling inhoudt, dan zal dat voor de vennootschapsbelasting normaal gesproken geen gevolgen hebben. De vorderingen en de daartegenover staande schulden blijven in stand, alleen de betalingstermijn wordt aangepast. Het is overigens niet te verwachten dat een WHOA-akkoord uitsluitend zal bestaan uit een dergelijke ‘crediteurenstretching’. Meestal zal dit in combinatie gaan met een kwijtschelding van een deel van de vorderingen, dan wel een omzetting daarvan in bijvoorbeeld eigen vermogen. De fiscale gevolgen van die varianten worden behandeld in de paragrafen 5 en 6.

Ook voor de omzetbelasting geldt het uitgangspunt dat een uitstel van betaling geen consequenties zal hebben. De betalingsverplichting blijft in stand en er is dus geen reden om, vanuit de kant van de crediteur of de debiteur, een correctie op de omzetbelasting door te voeren. De crediteur die een factuur naar de schuldenaar heeft gestuurd, zal op grond van het factuurstelsel de daarin opgenomen omzetbelasting moeten aangeven en afdragen (na verrekening in de aangifte met de terug te vragen omzetbelasting). De schuldenaar zal in het tijdvak van de ontvangst van de factuur het bedrag

aan omzetbelasting in vooraf trek kunnen nemen in de aangifte. De hernieuwde afspraken over de betalingstermijn in het kader van het WHOA-akkoord doen daar niet aan af. Een correctie in deze omzetbelasting zou aan de orde kunnen komen als de hier genoemde factuur langer dan een jaar open komt te staan. Op de voet van art. 29 lid 1 en 2 Wet OB krijgt de crediteur dan automatisch recht op teruggaaf van de al afgedragen omzetbelasting.¹⁶ Het (min of meer) spiegelbeeld daarvan is te vinden in art. 29 lid 7 Wet OB, volgens welke bepaling de schuldenaar de in vooraf trek genomen omzetbelasting weer dient terug te ‘geven’ op het moment dat de factuur langer dan een jaar open staat. Het lijkt er echter op dat bij het hier besproken uitstel van betaling die jaarstermijn niet op deze (rigoureuze) wijze moet worden toegepast. Deze termijn begint namelijk te lopen vanaf het moment waarop de in de factuur besloten liggende vergoeding ‘opeisbaar is geworden’. Wordt de betalingstermijn van de factuur opgeschoven in het kader van het akkoord, dan is daarmee eveneens het opeisbaarheidsmoment in de tijd verplaatst, zodat de genoemde tijdsbepaling van art. 29 Wet OB, naar mag worden aangenomen, geen werking zal hebben.¹⁷

5. Het WHOA-akkoord in de vorm van kwijtschelding

In het geval het WHOA-akkoord een gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van de vorderingen inhoudt, geldt voor de vennootschapsbelasting het volgende.¹⁸ De crediteur die in het kader van het akkoord kwijtscheldt zal, indien dit een niet aan de schuldenaar gelieerde partij is en indien de vordering door de crediteur nog niet fiscaal is afgewaardeerd, normaal gesproken een fiscaal verlies nemen ter hoogte van het kwijtscholden bedrag (exclusief de omzetbelasting). Dit volgt uit het beginsel van goed koopmansgebruik. Voor het geval dat de vordering al eerder door een crediteur fiscaal is afgewaardeerd, verwijs ik verder naar de volgende paragraaf voor de werking van het alsdan van toepassing zijnde art. 13ba Wet Vpb. Is sprake van een vordering van een aan de schuldenaar gelieerde partij die wordt kwijtscholden, dan zal fiscale afwaardering in de

16 Dit bedrag van de teruggaaf kan op de voet van art. 29 lid 4 Wet OB in mindering worden gebracht in de aangifte voor het tijdvak waarin het recht op teruggaaf is ontstaan. Tot 2017 was hier een afzonderlijk teruggaafverzoek voor nodig. Het is in dit voorbeeld mogelijk dat de crediteur al op het moment van het WHOA-akkoord deze omzetbelasting heeft teruggevorderd via de reguliere aangifte, omdat de vordering door hem/haar als oninbaar werd beschouwd. Art. 29 lid 5 Wet OB geeft dan een correctiemechanisme voor het geval de als oninbaar aangemerkte vordering alsnog geheel of gedeeltelijk wordt voldaan.

17 Voor de omzetbelasting wordt in een geval zoals hier aan de orde wel gesproken van ‘schuldvernieuwing’. Die zal tot gevolg hebben dat de crediteur de omzetbelasting niet kan terugvragen omdat de schuld nog steeds bestaat en het juist door deze nieuwe afspraak minder voor de hand ligt dat de (‘geconverteerde’) vordering op de schuldenaar oninbaar zal zijn. Zie over deze vorm van schuldvernieuwing (dus een specifiek fiscaal leerstuk) onder meer Rb. Zeeland-West-Brabant 19 november 2015, «JOR» 2016/84, m.nt. Tekstra.

18 Zie in uitgebreide zin hierover Bobeldijk, Preadvies 2017, p. 234-238. Ik beperk mij hier tot de hoofdlijnen.

meeste gevallen niet mogelijk zijn, met name niet als blijkt dat het gaat om een onzakelijke vordering of lening.¹⁹

Van de kant van de schuldenaar beschouwd, leidt deze kwijtschelding – zowel van door gelieerde als door niet-gelieerde partijen²⁰ – tot een fiscale winst ter hoogte van het totale bedrag van de kwijtschelding. Deze winst valt normaal gesproken onder de kwijtscheldingswinstvrijstelling van art. 8 lid 1 Wet Vpb jo art. 3.13 lid 1 sub a Wet IB, nadat het bedrag van de kwijtschelding eerst is verrekend met een eventueel aanwezige verliescompensatie/carry forward.²¹ Indien de schuldenaar zich bevindt in een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting of daar de afgelopen zes jaar onderdeel van heeft uitgemaakt, zal de kwijtscheldingswinstvrijstelling zoals hier uiteengezet in de meeste gevallen niet van toepassing zijn en zal de kwijtscheldingswinst, voor zover die het bedrag van de aanwezige verliescompensatie overtreft, tot belastbare winst aanleiding kunnen geven.²²

Het niet kunnen nemen van een liquidatieverlies bij het verval van het aandeelhouderschap kan betekenen dat een WHOA-akkoord voor deze partijen tot een aanzienlijk ongunstigere uitkomst kan leiden dan een faillissement

Voor de omzetbelasting gelden twee aandachtspunten (voortbouwend op hetgeen in de vorige paragraaf is besproken ten aanzien van deze belastingsoort). Ten eerste zal de crediteur voor het deel dat in het kader van het akkoord wordt kwijtgescholden de omzetbelasting mogen terugvorderen op de voet van art. 29 lid 1 en 2 Wet OB. Dat deel is immers oninbaar en aangenomen mag worden dat de kwijtschelding op voldoende zakelijke gronden heeft plaatsgevonden. Voor de schuldenaar geldt het omgekeerde. Die zal de reeds gepleegde vooraf trek op de binnengekomen facturen op de voet van art. 29 lid 7 Wet OB dienen te corrigeren voor het deel dat niet hoeft te worden

voldaan vanwege de kwijtschelding door de crediteuren. Indien de fiscus in het akkoord meedoet, bijvoorbeeld voor het dubbele percentage van de concurrente crediteuren, is het voor de schuldenaar van belang dat deze correctie in de vooraf trek omzetbelasting wordt ‘meegenomen’ onder het akkoord. Strikt genomen moet de schuldenaar voor die correctie aangifte doen, wat in de praktijk nog wel eens wordt vergeten, waardoor deze omzetbelastingsschuld (ten onrechte) buiten een akkoord blijft. Hierdoor kan deze fiscale schuld nog na het akkoord een rol gaan spelen en dat zal een negatief liquiditeitseffect hebben bij de schuldenaar.

6. Debt for equity

Houdt het WHOA-akkoord in dat de crediteuren hun vorderingen omzetten in aandelen of andere vormen van eigen vermogen/*equity*, dan kan dat gevolgen hebben voor de vennootschapsbelasting. Een en ander is met name afhankelijk van de fiscale status van de om te zetten vorderingen. Is het zo dat een crediteur de vordering op de schuldenaar nog niet fiscaal heeft afgewaardeerd, dan zal de omzetting in aandelenkapitaal geen (directe) gevolgen hebben voor de vennootschapsbelasting aan de kant van de crediteur. Heeft de crediteur de vordering wel al fiscaal afgewaardeerd, dan komt art. 13ba Wet Vpb in beeld. Kort gezegd zorgt die regeling ervoor dat het bedrag van de eerdere fiscale afwaardering alsnog tot winst voor de vennootschapsbelasting zal leiden.²³ Het is daarbij wel mogelijk om dit bedrag toe te voegen aan een zogenoemde opwaarderingsreserve. Deze reserve zal vervolgens alsnog aan de fiscale winst worden toegevoegd als de actuele waarde in het economische verkeer van het aandelen/deelnemingsbelang stijgt.

De regeling van art. 13ba Wet Vpb is overigens in de eerste plaats niet van toepassing als het belang dat de crediteur als gevolg van het akkoord verkrijgt in de schuldenaar geen deelnemingsbelang vormt. Van een deelnemingsbelang is, kort gezegd, sprake bij een aandelenbelang van minimaal 5% in het nominale kapitaal van (in dit geval) de schuldenaar. Het kan zijn dat de vordering van de crediteur zodanig laag is dat de 5% niet wordt gehaald na de omzetting. Ten tweede geldt de regeling van art. 13ba Wet Vpb niet als een afgewaardeerde vordering (door cessie) in handen komt van een derde partij. Die kan de aldus overgenomen vordering(en) omzetten in aandelenkapitaal zonder het hiervoor aangegeven effect van art. 13ba Wet Vpb. Deze overname van de vorderingen door een derde wordt wel aangeduid als de overname- of Begemannconstructie. De verdere uitwerking daarvan ten aanzien van de fiscaliteit zal hier buiten beschouwing blijven, omdat het in het kader van het WHOA-akkoord primair zal gaan om de omzetting van de vorderingen in de aandelen, al dan niet voorafge-

19 Zie over het fenomeen van de onzakelijke lening eveneens A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 311 e.v. Er gaan ook stemmen op om juist aandeelhoudersleningen die worden of zijn verstrekt ter voorkoming van een faillissement fiscaal beter te behandelen, in die zin dat afwaardering daarvan wel mogelijk is. Zie daarover J. Schoenmaeckers, ‘De fiscale behandeling van een aandeelhouderslening ter voorkoming van een faillissement’, *WFR* 2019/88.

20 Ook een kwijtschelding door de fiscus leidt tot fiscale winst bij de crediteur ter hoogte van het kwijtgescholden belastingbedrag.

21 Zie eveneens Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 328 e.v. Sinds 1 januari 2019 bedraagt de *carry forward*-termijn nog maar zes jaar, daarvoor was de termijn negen jaar. Er is in de literatuur nog sprake van een discussie over de vraag of de kwijtscheldingswinstvrijstelling wel van toepassing is op de gedwongen kwijtschelding, bijvoorbeeld als gevolg van een dwangakkoord. Zie daarover Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 331.

22 Zie art. 8 lid 4 en 15ac lid 2 Wet Vpb en Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, 2017, p. 242-243.

23 Volgens art. 13ba lid 2 sub c Wet Vpb wordt met een ‘omzetting’ gelijkgesteld het geheel of gedeeltelijk prijsgeven/kwijtschelden van de vordering. In lid 2 sub a en b wordt aangegeven welke omzettingen van vorderingen in eigen vermogen in de werking van art. 13ba vallen (naast de voornoemde kwijtschelding).

gaan door de overname van vorderingen door een derde partij.²⁴

Bij de omzetting van vorderingen in aandelenkapitaal dan wel in andere vormen van eigen vermogen, is de omzetbelasting overzichtelijk. Ervan uitgaande dat de vorderingen in hun geheel in eigen vermogen worden omgezet, is het gevolg daarvan dat voor de omzetbelasting de vorderingen worden geacht te zijn voldaan, in dit geval door uitgifte van aandelen. Het zal de crediteuren dan ook niet zijn toegestaan om de omzetbelasting op de voet van art. 29 lid 1 en 2 Wet OB terug te vorderen wegens oninbaarheid van de onderliggende vordering. Die vordering is immers voldaan, ook al zal de ‘omrekenkoers’ van de vorderingen in de aandelen niet 100% bedragen maar aanzienlijk minder.

Stel een crediteur heeft een vordering op de schuldenaar van € 100.000 ex btw. Er staat in totaal dan een bedrag van € 121.000 inclusief btw open. De crediteur heeft de omzetbelasting in deze vordering al afgedragen aan de fiscus in het tijdvak waarin de factuur is verstuurd. Het blijkt dat de economische waarde van de vordering nog maar 20% is. In het kader van een WHOA-akkoord wordt het voorstel gedaan aan deze crediteur om de vordering om te zetten in aandelen, uitgaande van een waarde van de vordering van deze 20% (€ 20.000 ex btw), afgezet tegen de op dat moment berekende waarde van de aangeboden aandelen. De crediteur zal door deze omzetting in aandelen echter niet de mogelijkheid hebben 80% van de afgedragen omzetbelasting terug te vorderen, omdat de omzetting wordt gezien als (volledige) voldoening van de vordering. Dat scheelt dus € 16.800. Deze crediteur zou dus, los van de verwachtingswaarde naar de toekomst toe van het aangeboden aandelenpakket, in een (aanzienlijk) betere positie komen te verkeren als er niet een omzetting in aandelen zou worden aangeboden maar een kwijtschelding van 80% tegen betaling van 20%.²⁵ Zelfs een faillissement van de schuldenaar zou in dit opzicht beter voor deze crediteur kunnen uitpakken. In dat geval zal die 20% waarschijnlijk niet worden betaald, maar kan er wel € 21.000 bij de fiscus worden teruggevorderd aan omzetbelasting. Voor de vraag of een dergelijke situatie reden kan zijn een homologatie van een WHOA-akkoord te weigeren, wordt verder verwezen naar paragraaf 3.

Een ander fiscaal aandachtspunt bij de *debt for equity swap* is dat de fiscus bij dergelijke omzettingsakkoorden niet bereid is de kwijtscheldingsregels toe te passen, met name niet de regel dat de fiscus normaal gesproken genoegen zal nemen met het dubbele percentage ten opzichte

van de concurrente crediteuren. Dit is als volgt neergelegd in art. 26.3.3 Leidraad Invordering 2008: ‘*De ontvanger verleent geen medewerking aan een saneringsakkoord waarbij één of meer schuldeisers het gedeelte van hun vordering dat niet wordt voldaan niet kwijtschelden maar overdragen aan een derde of omzetten in aandelenkapitaal.*’ Hiermee wordt weer relevant of een dergelijke beleidsbepaling van de fiscus onder de WHOA van invloed kan zijn. Zie daarover verder paragraaf 2.

Aan het slot van paragraaf 2 gaf ik overigens al aan dat het weinig voor de hand ligt dat (en waarom) de fiscus zelf aan een *debt for equity swap* mee zal doen, of zal worden gedwongen mee te doen.

7. Verval van aandeelhouderschap onder de WHOA

Het verval van aandeelhouderschap in het kader van de WHOA zal fiscaal gezien uitsluitend effect kunnen hebben voor de vennootschapsbelasting. De omzetbelasting kan voor dat geval buiten beschouwing blijven, aangezien deze variant alleen de positie van een aandeelhouder raakt en niet die van een crediteur (met mogelijke gevolgen voor de omzetbelasting). Bij de vennootschapsbelasting doet zich de opmerkelijke situatie voor dat dit – geheel of gedeeltelijke – verval van het aandeelhouderschap niet door de aandeelhouders in kwestie als fiscaal verlies mag worden opgevoerd. De enige fiscale faciliteit waarvoor de aandeelhouder in aanmerking kan komen, is die van het liquidatieverlies van art. 13d Wet Vpb.²⁶ Die regeling maakt het mogelijk om het door de aandeelhouder met een deelnemingsbelang (dus 5% of meer) ‘opgeofferde bedrag’ als verlies op te voeren.²⁷ Daaronder valt het bedrag dat voor de aandelen is betaald vermeerderd met de daarnaast nog bijgestorte bedragen en de als aandeelhouder (in die hoedanigheid) verstrekte leningen. Echter, de naam van deze regeling indiceert het al: er moet dan wel sprake zijn van een liquidatie van de schuldenaar en het verlies kan pas worden genomen op het moment dat de liquidatie is voltooid (art. 13d lid 11 Wet Vpb).

Met het WHOA-akkoord is het nu juist niet de bedoeling dat de schuldenaar zal worden geliquideerd. Het aldus niet kunnen nemen van een dergelijk verlies door de aandeelhouders bij het verval van aandeelhouderschap, kan betekenen dat een WHOA-akkoord voor deze partijen tot een (aanzienlijk) ongunstigere uitkomst kan leiden dan het faillissement van de schuldenaar, dat wel tot het nemen van het liquidatieverlies kan leiden. Vandaar dat in paragraaf 3 voor deze situatie de vraag aan de orde is gesteld of de rechter dan wel tot homologatie kan overgaan, gezien de verslechterde positie van de aandeelhouders. Deze

24 Zie over de overnameconstructie verder Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 372 e.v.

25 Deze problematiek kan eventueel worden ondervangen door aan deze crediteur het berekende aandelenbelang aan te bieden tegen omzetten van 20% van de vordering, onder kwijtschelding van de overige 80% van de vordering. Dat kan overkomen als een wat gekunstelde constructie en het ligt in gevallen als deze het meeste voor de hand dat de gehele vordering wordt omgezet in *equity*.

26 Zie over het liquidatieverlies onder meer Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 313 e.v.

27 Is sprake van een belang van minder dan 5% in het nominale kapitaal, dan is er geen deelnemingsbelang en zal de aandeelhouder het verval van het aandeelhouderschap naar het lijkt wel als fiscaal verlies mogen nemen, zulks ter hoogte van de fiscale boekwaarde.

bottleneck bij het (liquidatie)verlies is al diverse malen in de literatuur gesignaleerd en er zijn oplossingsvoorstellen gedaan,²⁸ maar het Ministerie van Financiën houdt zich op dit punt tot nog toe (Oost-Indisch) doof dan wel ontkent dat er een probleem zou zijn. Het allerwege gesignaleerde probleem zal echter met de WHOA in aantocht alleen maar groter worden.

8. Wijziging van lopende overeenkomsten

De WHOA biedt de mogelijkheid dat wijzigingen worden aangebracht in lopende overeenkomsten, waaronder begrepen de beëindiging daarvan. De basis daarvoor wordt gelegd in art. 373 Fw. Kort gezegd kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige, zo die is aangewezen, aan de contractuele wederpartij een voorstel doen tot wijziging of beëindiging van een lopende overeenkomst (lees: die voor de schuldenaar knellend is). Stemt de wederpartij niet met dit voorstel in, dan kan namens de schuldenaar de overeenkomst worden opgezegd, met toestemming van de rechter. In art. 373 lid 2 Fw wordt bepaald dat de wederpartij na deze opzegging recht krijgt op vergoeding van de schade die hij of zij lijdt door de beëindiging. Deze schadevergoeding kan in het WHOA-akkoord worden betrokken.

De bij een WHOA-akkoord betrokken partijen en hun adviseurs zullen behoefte hebben aan zo veel mogelijk fiscale duidelijkheid (vooraf)

Fiscaal gezien lijken er bij deze variant geen bijzonderheden te spelen. Het kan uiteraard zo zijn dat de contractuele wederpartij nog openstaande vorderingen heeft op de schuldenaar, die in het akkoord worden meegenomen, door middel van kwijtschelding, omzetting of anderszins. Daarvoor gelden de fiscale aandachtspunten uit de betreffende voorgaande paragrafen. Indien de beëindiging of wijziging van de overeenkomst inderdaad tot verlichting bij de schuldenaar leiden, dan zal daardoor na het afhandelen van het akkoord de winstgevendheid kunnen stijgen en daarmee zal er naar verwachting meer vennootschapsbelasting verschuldigd worden (na verrekening met een na het akkoord eventueel overgebleven *carry forward*). Vanuit de contractuele wederpartij gezien zal de winstgevendheid af kunnen gaan nemen. Het zal normaal gesproken niet mogelijk zijn voor deze wederpartij om een fiscale voorziening te treffen voor het geheel of gedeeltelijk wegvallen van het contract. De schadevergoeding zal een vordering betreffen, die ook weer onder het akkoord kan worden gebracht, maar het deel dat uiteindelijk wordt ontvangen zal in het fiscale resultaat van deze wederpartij worden meegenomen. Voor de omzetbelasting zijn er in dit verband geen bijzonderheden te melden.

28 Zie Bobeldijk, Preadvies 2017, p. 241 e.v., met name p. 243 en verder A.C.P. Bobeldijk, T.P. Akyürek & D.T.L. Tol, 'Het "dwangakkoord" is in zicht; hoog tijd om de liquidatieverliesregeling toe te passen', *Wfr* 2018/7225.

9. De positie van de borg of medeschuldenaar

In de WHOA is een specifieke regeling opgenomen voor de positie van de borg of medeschuldenaar. Die is opgenomen in art. 370 lid 2 Fw. De regeling komt er in de kern op neer dat, evenals bij art. 160 Fw, een akkoord onverlet laat dat de aan het akkoord gebonden crediteuren hun rechten jegens borgen en andere medeschuldenaren volledig kunnen blijven uitoefenen, inclusief de (zekerheids)rechten op goederen van derden.²⁹ Deze derde kan voor het bedrag dat hij na de homologatie van het akkoord aan de betreffende crediteur(en) voldoet geen verhaal halen op de schuldenaar. De bedoeling is hiermee te voorkomen dat de schuldenaar alsnog voor de oorspronkelijke schuld wordt aangesproken en het akkoord nog steeds geen oplossing biedt voor de financiële problemen. Indien en voor zover de betaling van de derde en de toekenning van rechten op basis van het akkoord ertoe leiden dat de crediteur meer aan waarde ontvangt dan het bedrag van zijn oorspronkelijke vordering op de schuldenaar, gaan de rechten die in het akkoord aan de crediteur zijn toegekend op de voet van art. 370 lid 2, tweede deel Fw van rechtswege over op de derde. Op deze wijze kan het verlies dat de derde lijdt, doordat hij geen regresrecht heeft op de schuldenaar, (enigszins) worden gecompenseerd en kan worden voorkomen dat de crediteur uiteindelijk meer ontvangt dan waarop hij op basis van zijn oorspronkelijke vordering recht heeft.³⁰

De fiscale effecten hiervan laten zich lastig duiden. Vooral de positie van de derde die borg staat of medeschuldenaar is, kan fiscaal gezien van belang zijn. Die derde betaalt – geheel of gedeeltelijk – een schuld van een ander en mag daarvoor, bij betaling na het WHOA-akkoord, geen verhaal op de oorspronkelijke schuldenaar nemen. Zou er betaling vóór het akkoord plaatsvinden, dan is dit verhaal kennelijk wel mogelijk, maar zal de derde aan het akkoord kunnen worden gebonden, waardoor de verhaalsvordering minder zal 'opleveren'. Is de derde een rechtspersoon die onder de vennootschapsbelasting valt, dan mag worden verwacht dat deze mutaties fiscaal kunnen worden meegenomen, in die zin dat het verschil tussen de te betalen schuld onder de borgtocht of het medeschuldenaarschap en het deel dat nog valt te verhalen, als fiscaal verlies kan worden geboekt. Dit tenzij de borg of medeschuldenaar een aan de schuldenaar gelieerde partij is, omdat de Hoge Raad dan al snel aanneemt dat de borg of het medeschuldenaarschap is ingegeven door deze gelieerdheid.³¹

29 In art. 370 lid 2 Fw wordt hierop weer een uitzondering gemaakt voor zover het een akkoord betreft als bedoeld in art. 372 lid 1 Fw. Dat is kort gezegd een akkoord dat zich mede uitstrekt tot vennootschappen die zich bevinden in dezelfde groep (in de zin van art. 2:24b BW) als de schuldenaar.

30 Zie voor enkele voorbeelden in dit verband de memorie van toelichting bij de WHOA, p. 10 (*Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 10).

31 Zie HR 1 maart 2013, «JOR» 2013/195, m.nt. Tekstra (*Paraplukredietarrest*) en HR 10 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:681, ECLI:NL:HR:2019:682, ECLI:NL:HR:2019:683.

Is de derde een natuurlijke persoon, niet IB-ondernemer,³² dan zal het lastig zijn een fiscale compensatie te realiseren in deze gevallen. Een compensatiemogelijkheid zal wel aan de orde zijn als blijkt dat de borg of medeschuldenaar een privépersoon is met een aanmerkelijk belang in de schuldenaar. De borg of het medeschuldenaarschap kan dan in het zogenoemde tbs-vermogen van deze aandeelhouder vallen, waardoor de mogelijkheid bestaat om, onder voorwaarden, de niet te innen verhaals- of regresvordering af te boeken in box 1.³³ Dit is een vrij gecompliceerde materie met de nodige haken en ogen.

10. Slotopmerkingen

Het voorgaande overziend, kan worden vastgesteld dat de WHOA veel fiscale facetten kent die een belangrijke rol kunnen spelen bij het al dan niet slagen van een akkoord, inclusief de homologatie daarvan. Het vereist op dit moment een stevige zoektocht om alle mogelijke fiscale aandachtspunten in kaart te brengen. De praktijk wordt tot nu toe op geen enkele wijze door de wetgever of de fiscus geholpen bij het vinden van de juiste route en oplossingen, met name voor de diverse gesignaleerde onduidelijkheden en tekortkomingen. Dat maakt de zoektocht enerzijds wel fascinerend en zo wordt de ruimte gegeven voor

fantasierijke en creatieve invalshoeken. Anderzijds is ook sprake van een ontmoedigende werking, omdat het deels gissen blijft hoe dit toch prominente onderwerp bij een WHOA-akkoord zijn uitwerking zal gaan krijgen. Dat staat nogal haaks op het uitgangspunt dat de bij een WHOA-akkoord betrokken partijen en hun adviseurs behoefte aan zo veel mogelijk duidelijkheid (vooraf) zullen hebben. Voor de positie van de aandeelhouders die bij een WHOA-akkoord zijn betrokken en daardoor (een deel) van hun aandelenbelang kwijtraken, zou het voor de hand liggen dat de fiscale wetgever daarvoor een faciliteit in het leven roept die de aandeelhouder in staat stelt een fiscale last te nemen voor het verlies van deze aandelenpositie, analoog aan het liquidatieverlies.³⁴ Verder zal op de homologatierechter in het kader van een WHOA-akkoord een zware taak rusten om af te wegen of en in hoeverre een rol dient te spelen dat het akkoord bij een of meer van de betrokken partijen tot negatieve fiscale effecten zal leiden, vergeleken met een faillissementsscenario dan wel ten opzichte van een anders vormgegeven akkoord.³⁵

Over de auteur

Mr. dr. A.J. (Ton) Tekstra

Advocaat en fiscalist en werkzaam bij Blauw Tekstra Uding Advocaten te Amsterdam, tevens redacteur van *FIP*.

32 Is de borg of medeschuldenaar IB-ondernemer en valt de borgstelling of het medeschuldenaarschap binnen het kader van deze onderneming, dan zal fiscaal naar verwachting hetzelfde gelden als hiervoor is vermeld voor de (niet aan de schuldenaar gelieerde) rechtspersoon die borg of medeschuldenaar is.

33 Zie Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu 2017, p. 302 e.v. met verdere verwijzingen.

34 Zie par. 7.

35 Zie par. 3.