

Recensie van fiscale monografie van Mr. dr. M.H.M. van Oers met de titel "De doorstart van een BV bij insolventie", tweede druk

Mr. dr. J.A. Booij, datum 18-09-2020

Datum

18-09-2020

Auteur

Mr. dr. J.A. Booij^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS231339:1

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Algemeen

1. Inleiding

De redactie van het tijdschrift *Tvl* heeft mij gevraagd om een recensie van de tweede druk van het boek van Van Oers over de doorstart van een BV bij insolventie te verzorgen. Het manuscript is op 6 november 2019 afgesloten en is bijgewerkt tot 31 oktober 2019. Dit betekent dat het een behoorlijk actueel boek is. Het boek is uitgegeven in de serie Fiscale Monografieën van Kluwer.

Het boek behandelt het thema *de doorstart van een BV bij insolventie* en is een zeer uitgebreid fiscaal naslagwerk voor iedereen die met insolventies te maken heeft. Alle belangrijke fiscale aspecten met betrekking tot insolventie en de doorstart komen uitgebreid aan de orde. Het boek is daarom niet alleen interessant voor fiscalisten, maar ook voor curatoren die meer willen weten over de fiscaliteit op dit gebied. De auteur heeft zijn werk nauwgezet gedaan en heeft wat mij betreft een degelijk boek geproduceerd. In de reeks van de Fiscale Monografieën worden meestal specifieke fiscale onderwerpen behandeld. In dit geval is een breder thema gekozen en daarom komen ook alle heffingswetten aan de orde. Een dergelijke brede opzet zie je niet zo vaak. De belangrijkste oorzaak daarvan is wellicht dat de fiscalisten op de verschillende onderwerpen alleen in een bepaalde heffingswet (of een onderdeel daarvan) zijn gespecialiseerd. Juist de brede opzet maakt het boek bijzonder. Het is tevens een nadeel, omdat het goed mogelijk is dat onderdelen van het boek wat sneller verouderd raken vanwege nieuwe wet- en regelgeving of nieuwe jurisprudentie.

De brede opzet van dit boek stelt mij voor een dilemma ten aanzien van de bespreking van dit boek voor *Tvl*. Men kan uiteraard kritiek hebben op de beperkingen die de auteur heeft aangebracht (bijvoorbeeld de keuze om niet de internationale aspecten te behandelen), maar tegelijkertijd is dat gezien de omvang van het boek (535 pagina's) onvermijdelijk en begrijpelijk. Ik heb er daarom voor gekozen om een aantal thema's die in het boek voorkomen te behandelen vanuit het gezichtspunt van een curator en daar iets uitgebreider op in te gaan dan de auteur. Ik stel de vraag aan de orde wat nu op dat thema de aspecten zijn waar een curator in het bijzonder op moet letten en wat je daarover in het boek kan vinden. Ik behandel achtereenvolgens de fiscale boete, de onzakelijke lening en de aansprakelijkheid bij verbreking van een fiscale eenheid.

2. Thema 1: de fiscale boete

Het eerste thema dat ik aan de orde stel betreft de fiscale boete (ofwel de bestuurlijke boete in het belastingrecht) en de vraag op welke wijze een curator daarmee te maken kan krijgen.

Belastingplichtigen kunnen te maken krijgen met *verzuimboeten* (te laat indienen van aangiften, te laat betalen) en met *vergrijpboeten*.^[2] Het gaat mij nu om deze laatste categorie. Voor de aangifte inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting geldt dat als opzettelijk een onjuiste of onvolledige aangifte is gedaan een boete van ten hoogste 100% van de verschuldigde belasting kan worden opgelegd (art. 67d AWR). Bij navorderingsaanslagen (als correctie van de eerder opgelegde aanslagen) kan, als het aan de opzet of grove schuld van de belastingplichtige te wijten is dat er een te lage aanslag is opgelegd of te weinig belasting is geheven, ook een boete opgelegd worden van maximaal 100% bij opzet en maximaal 50% bij grove schuld (art. 67e AWR). Grove schuld is "aan nalatigheid grenzende onachtzaamheid".

Voor aangifte- of afdrachtsbelastingen, zoals de loonbelasting, omzetbelasting, overdrachtsbelasting en dividendbelasting, kan bij opzet of grove schuld ook een boete van maximaal 100% worden opgelegd als de belasting niet op tijd wordt afgedragen, wordt betaald of te weinig belasting is geheven en een naheffingsaanslag is opgelegd (art. 67f). Op grond van art. 5:1 lid 2 Awb kan een bestuurlijke boete ook worden opgelegd aan de medepleger van het beboetbare feit (de adviseur, de directie van een vennootschap, maar mogelijk ook aan de curator q.q.). Op grond van art. 67o AWR kan een boete ook aan de doen-pleger, de uitlokker of de medeplichtige worden opgelegd. Doen-plegen en uitlokking zal zich ten aanzien van de curator niet snel voordoen, maar (mede)plegerschap of medeplichtigheid kan wellicht wel aan de orde zijn. Ik kom hier later op terug.

Van Oers gaat in paragraaf 3.2.2.3 van zijn boek in op de bestuurlijke boete, voornamelijk in het kader van de verzuimboete bij te laat ingediende of betaalde BTW- aangiften. Ik meen dat in het kader van een doorstart er wat meer aandacht besteed had kunnen worden aan de effecten van een fiscale vergrijpboete in diverse situaties (en niet alleen met betrekking tot een BTW- aangifte).

De volgende situaties kunnen zich (in theorie) voordoen:

- a. Aan de failliete vennootschap is vóór faillissement een fiscale vergrijpboete opgelegd.
- b. Bij de failliete vennootschap is na faillissementsdatum een fiscale vergrijpboete opgelegd voor de periode van voor faillissementsdatum.
- c. Bij de failliete vennootschap is na faillissementsdatum een fiscale vergrijpboete opgelegd voor de periode na faillissementsdatum.
- d. Na een akkoord en een doorstart wordt een fiscale vergrijpboete opgelegd betreffende de periode tussen faillissementsdatum en het akkoord.
- e. Na opheffing wegens gebrek aan baten wordt een vergrijpboete opgelegd voor de periode voor of na faillissementsdatum.
- f. Aan een (voormalige) bestuurder of adviseur van de vennootschap is een vergrijpboete als medepleger of medeplichtige opgelegd.
- g. Aan de curator wordt een vergrijpboete als medepleger of medeplichtige opgelegd.

Als een vergrijpboete kan worden opgelegd aan de belastingplichtige, creëert dat de mogelijkheid voor de Belastingdienst om ook een vergrijpboete op te leggen aan de medepleger of de medeplichtige.⁴ Dit zou dus onder omstandigheden ook de curator kunnen zijn. Er kan dus geen boete aan een medepleger of medeplichtige worden opgelegd als de belastingplichtige geen boete heeft gehad, of deze na een procedure is vernietigd.

Als de vergrijpboete aan de belastingplichtige wordt opgelegd (meestal tegelijkertijd met de naheffingsaanslag of navorderingsaanslag), is de eerste vraag of de directie van de failliete vennootschap tijdig (binnen zes weken) bezwaar heeft gemaakt tegen de boetebeschikking. Als er bezwaar wordt gemaakt tegen een aanslag, dan wordt die geacht ook te zijn gericht tegen de boete (art. 24a, lid 2 AWR). Het zijn echter wel twee afzonderlijke beschikkingen en tegen de boete zal veelal ook afzonderlijk inhoudelijk verweer moeten worden gevoerd.

Als in situatie a. de termijn voor bezwaar is verstreken, staat de vergrijpboete vast. De aanslag en boete zijn beide een fiscaal preferente faillissementsschuld.⁴ In een later stadium kan nog een boete worden opgelegd aan een medepleger of medeplichtige van het beboetbare feit. Deze boete vermindert niet de boete die aan de vennootschap is opgelegd.

Als er een vergrijpboete aan de failliete vennootschap is opgelegd, en de curator onderzoekt of de oud-bestuurders aansprakelijk kunnen worden gesteld, dan kan het feit dat een vergrijpboete is opgelegd een rol spelen in de beoordeling van de mate van verwijtbaarheid van het handelen van de bestuurder. Als door de vennootschap geen bezwaar is gemaakt, staat de boete weliswaar vast, maar is nooit in rechte komen vast te staan dat de bestuurder verwijtbaar heeft gehandeld. In een civiele procedure zal deze discussie dan mogelijk alsnog moeten worden gevoerd.

Een boete waartegen de vennootschap zich niet heeft verweerd (omdat niet tegen de aanslag bezwaar is gemaakt), kan een aanwijzing zijn voor “persoonlijk ernstig verwijtbaar handelen” van de directie, afhankelijk van de reden waarom de bestuurder niet tegen de aanslag en de boete is opgekomen. Immers, de aanwezigheid van opzet of grove schuld van de vennootschap wordt dan aangenomen.

Als de vennootschap wel al bezwaar heeft gemaakt tegen deze boete (en de aanslag), dan kan het voor de curator van belang zijn dat de bestuurder namens de vennootschap de gelegenheid krijgt om zich tegen deze boete te verweren. Strategisch kan dit van belang zijn, omdat op deze wijze de bestuurder zelf alle gelegenheid krijgt om aan te tonen dat er geen sprake was van opzet of grove schuld van de vennootschap. In de discussie met de Belastingdienst kunnen door de Belastingdienst argumenten naar voren worden gebracht die de curator kunnen helpen om het persoonlijk ernstig verwijtbaar handelen van de bestuurder aannemelijk te maken (of te ontcrachten). Fiscale advocaten die voor de bestuurders optreden zullen hiermee rekening houden als ze de processtukken opstellen, door bijvoorbeeld meer de nadruk te leggen op het standpunt dat geen belasting verschuldigd is dan op de vraag of er al dan niet sprake is van opzet. Als de bezwaartermijn tegen de boete nog niet is verlopen bij faillissement dan kan dit dus ook een reden zijn voor de curator om

de bestuurder dit te laten uitvechten met de Belastingdienst.

In situatie b gaat het om een belastingschuld van vóór faillissementsdatum, die pas daarna in een aanslag is vervat en waarvoor op dat moment ook een fiscale vergrijpboete is opgelegd. Ook in dit geval is het voor een curator raadzaam om het verweer tegen de boete door de bestuurder zelf te laten voeren om dezelfde redenen als hierboven zijn aangegeven. De belastingschuld is dan een faillissementsschuld. Maar hoe zit het met de boete? De boetebeschikking is van na faillissementsdatum, maar ziet op gedragingen van voor faillissementsdatum. Voor de invorderingswet wordt deze boete wel als een rijksbelasting gezien (zie art. 2, lid 2, onderdeel a IW 1990). Maar omdat de belastingaanslag voortvloeit uit een materiële belastingschuld die is ontstaan in de tijdvakken waarop die schuld betrekking heeft (van voor faillissementsdatum), is evident dat dit een faillissementsschuld betreft. Omdat de boeteschuld pas ontstaat bij de boetebeschikking (na faillissementsdatum) moet worden aangenomen dat dit een niet-verifieerbare schuld betreft.^[5]

Om diezelfde reden is in situatie c., de boete in de regel een niet-verifieerbare schuld, en valt de boete in situatie d en e buiten het faillissement. In situatie c. kan de situatie zich voordoen dat het beboetbare feit is veroorzaakt door de curator of dat – in theorie – de boedel daarmee gebaat zou zijn (ik kan mij overigens niet goed voorstellen wanneer dat het geval is) en dat om die reden de boete dan wel als boedelschuld moet worden aangemerkt.

In de situaties c, d, en e kan sprake zijn van een situatie dat de beboeting is te wijten aan het handelen of nalaten van de bestuurder of van de curator. De curator kan dan een eigen belang (of q.q.-belang) hebben om tegen de beschikking op te komen.

Situatie f ziet op de situatie dat aan de vennootschap een vergrijpboete is opgelegd en daarna een derde (bijvoorbeeld de bestuurder of de adviseur) ook een boete krijgt (los van de belastingaanslag). Deze situatie doet zich steeds vaker voor.^[6] Als het om een aangifte gaat die de curator heeft ingediend of had moeten indienen zou ook de curator onder de categorie personen kunnen vallen aan wie als (mede)pleger van het beboetbare feit een vergrijpboete kan worden opgelegd. Voor zover ik weet heeft deze situatie zich nog niet voorgedaan, maar gezien de toename van de medeplegersboeten moet met deze mogelijkheid wel rekening worden gehouden.

Mocht een derde (zoals een bestuurder) op grond van de Invorderingswet voor de belastingschuld aansprakelijk worden gehouden, dan geldt dat ook voor de daarmee verband houdende bestuurlijke boete, mits de Ontvanger kan aantonen dat het belopen daarvan aan de aansprakelijk gestelde is te wijten (art. 32, lid 2 IW 1990). Wordt bijvoorbeeld een loon- of omzetbelastingsschuld niet volledig voldaan, dan kan onder omstandigheden de bestuurder op grond van art. 36 IW aansprakelijk worden gesteld. In dat geval kan de aansprakelijkheid ook gelden voor de boete, indien kan worden vastgesteld dat het belopen daarvan aan de aansprakelijkgestelde is te wijten.

In situatie d (akkoord), is het daarom van belang dat de curator zeker weet dat er later geen belastingaanslagen met boetes worden opgelegd over de periode dat de vennootschap in faillissement verkeerde. Blijken de aanslagen, maar met name ook de boetes niet betaald te worden dan heeft de Ontvanger alsnog de vrijheid om derden (zoals de voormalige bestuurders) hiervoor aansprakelijk te stellen. Om de bestuurders in een akkoord mee te krijgen kan het van belang zijn om hierover vooraf duidelijkheid te krijgen van de Ontvanger.

In het boek gaat Van Oers op een aantal momenten in op de fiscale gevolgen van het faillissementsakkoord (paragraaf 2.3.3, 3.2.4., 4.3, 5.4, 6.3 en 7.6). Dat er een akkoord wordt gesloten impliceert dat het boedelactief voldoende is om de boedelschuld (waaronder belastingen) te voldoen. Een percentuele vermindering van de belastingschuld impliceert ook een evenredige vermindering van de vergrijpboete.

Omdat na het akkoord de activiteiten van de vennootschap kunnen worden voortgezet, is van de zijde van de curator voorzichtigheid geboden ten aanzien van eventuele beboeting die later nog kan volgen of die buiten het faillissement valt. Zoals hierboven beschreven zou het goed kunnen dat de boete geen faillissementsschuld of boedelschuld is, maar daarmee is de betreffende verplichting voor de vennootschap (en dreigende aansprakelijkheid voor bestuurders) nog niet verdwenen. Bij een doorstart zullen de betrokkenen zich daarvan bewust moeten zijn.

Als aan een voormalige bestuurder een medeplegersboete is opgelegd door de Belastingdienst (situatie f), dan kan dat interessante informatie voor de curator opleveren in het kader van zijn onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid. Er zal dan ook een boete aan de gefailleerde vennootschap opgelegd moeten zijn. Een curator zal zich afvragen waarom de Belastingdienst een boete aan een reeds gefailleerde vennootschap zou willen opleggen, maar de reden daarvoor zou dus kunnen zijn dat men met name ook de oud-bestuurders en/of adviseurs zou willen beboeten (of aansprakelijk zou willen stellen).

In situatie g zou mogelijk ook de curator met een vergrijpboete kunnen worden geconfronteerd als (mede)pleger van een beboetbaar feit van de gefailleerde vennootschap. Ik heb nog niet vernomen dat een dergelijke situatie zich daadwerkelijk heeft voorgedaan, maar toch is dit niet geheel ondenkbaar. Stel, er is een bepaalde fiscale structuur opgezet door de gefailleerde vennootschap (voor faillissement) die blijft bestaan na faillissement. Deze structuur wordt door de Belastingdienst betwist en leidt elk jaar tot (navorderings)aanslagen met boetes. Ook na faillissement zal belastingaangifte moeten worden gedaan en het dilemma voor de curator is dan of de lijn van de jaren daarvoor gevolgd gaat worden (en

daarover geprocedeerd gaat worden) of dat hij de aangifte indient conform de wens van de Belastingdienst. In dat laatste geval zou dan veel meer belasting verschuldigd zijn. In het eerste geval riskeert hij beboeting. Natuurlijk hangt een en ander af van de soort zaak en de risicoanalyse ten aanzien van de fiscale standpunten, met name of er sprake is van een fiscaal pleitbaar standpunt.

3. Thema 2: de onzakelijke lening en het akkoord

Een ander relevant fiscaal onderwerp dat in het boek uitgebreid aan de orde komt is de problematiek van de “onzakelijke lening”. Deze problematiek speelt zowel in de inkomstenbelasting (zie par. 5.2) alsmede in de vennootschapsbelasting (zie par. 6.4.2.1). Dit is taaie problematiek voor de fiscalist (laat staan voor de civilist) en is bovendien nog volop in ontwikkeling.

In de kern gaat het om de vraag of de lening die is verstrekt wel onder zakelijke voorwaarden is aangegaan en of de lening überhaupt wel verstrekt zou zijn tussen onafhankelijke partijen (zie par. 6.2.4.3.). Als de voorwaarden onzakelijk zijn dan kan de Belastingdienst dit vaak achteraf nog corrigeren door bijvoorbeeld de renteaftrek te beperken tot het zakelijke gedeelte van de rente of de renteopbrengst te corrigeren met het verschil tussen de werkelijk ontvangen rente en de zakelijke rente (tussen onafhankelijke partijen). Deze discussie raakt de problematiek van “transfer-pricing”: als met gelieerde partijen zaken worden gedaan moet dat altijd gebeuren op dezelfde wijze als dat tussen onafhankelijke partijen zou gebeuren. Dit leidt vaak achteraf tot lange discussies met de Belastingdienst. Als de leningen in zakelijke verhoudingen in het geheel niet zouden worden verstrekt dan heeft dit tot gevolg dat de vorderingen van een partij niet kunnen worden afgewaardeerd ten laste van zijn winst. Hierdoor is de betreffende vennootschap meer vennootschapsbelasting verschuldigd.

In de praktijk zijn bij failliete vennootschappen vaak leningen verstrekt aan aandeelhouders of aan gelieerde partijen of zijn activa van de vennootschap voor een te laag bedrag verkocht. Dat betekent dat de bovengeschetste problematiek in de praktijk vaak speelt. De curator zal proberen zoveel mogelijk van de openstaande vorderingen/leningen terug te krijgen maar kan daarbij tegen de volgende fiscale problematiek aanlopen:

- a) Als de Belastingdienst achteraf terecht stelt dat de lening een schijnlening was is het bedrag van die “lening” dat aan de aandeelhouder of gelieerde partij is betaald in het verleden een “onttrekking” geweest. Een onttrekking wordt fiscaal gezien als een dividenduitkering. Dat betekent dat rente die de vennootschap in het verleden heeft afgetrokken van de winst niet aftrekbaar is (vanuit fiscaal oogpunt is er namelijk geen lening verstrekt) en dat er soms dividendbelasting verschuldigd is. Een curator die het standpunt inneemt dat een lening feitelijk een schijnlening was en daarom moet worden terugbetaald (onverschuldigde betaling of onrechtmatige daad) kan zich dus in de vingers snijden, omdat dit een fiscale claim kan veroorzaken (die echter soms al verjaard is).
- b) Een lening aan een gelieerde partij wordt op een later moment (bijvoorbeeld bij de beoordeling van de aangifte) door de Belastingdienst als “onzakelijk” gezien. Het gevolg hiervan is dat er fiscaal geen afwaardering van deze vordering had mogen plaatsvinden. De Belastingdienst kan in dat geval de aangifte corrigeren door middel van het opleggen van een (navorderings) aanslag (veelal met boete). Stel dat de curator het voor elkaar krijgt dat een deel van deze lening wordt terugbetaald, dan heeft dit in principe geen effect op de belastingheffing. Dit is anders als de vordering al is afgewaardeerd ten laste van de winst, want dan zal daarvan een deel moeten worden teruggenomen. Als de curator ook van mening is dat de leningen onzakelijk waren dan heeft de curator er belang bij om de voormalige bestuurders te laten procederen tegen deze navorderingsaanslagen. Daarmee kan hij immers argumenten verzamelen om de bestuurders aansprakelijk te stellen.
- c) Een afwaardering van een vordering/lening kan ook hebben plaatsgevonden in het kader van een zakelijke verstrekking van een lening (aan een derde). De vennootschap moet dan aannemelijk maken dat er in dat jaar een aanmerkelijk debiteurenrisico werd gelopen. Hierover kan achteraf discussie met de Belastingdienst ontstaan. De Belastingdienst kan stellen dat in dat betreffende jaar de voorziening (ten laste van de fiscale winst) niet mocht worden gevormd, omdat op dat moment nog niet duidelijk was dat er een aanmerkelijk debiteurenrisico werd gelopen. In een later jaar is dat misschien wel het geval, maar in een (bijna) faillissementssituatie is er dan veelal geen winst meer om de verliezen tegen af te zetten. Per saldo is dan belasting betaald waar feitelijk geen inkomsten tegenover hebben gestaan.

Als bij faillissement blijkt dat de leningen niet worden terugbetaald dan heeft een afwaardering van de vordering in dat jaar vaak geen zin meer omdat er dan meestal geen winsten meer zijn ter compensatie van dit fiscale verlies. Het kan zinvol zijn dat de curator deze procedure overneemt of laat voeren door de oud-bestuurders. Soms speelt er op de achtergrond de discussie of die leningen nu wel of niet aan gelieerde partijen zijn verstrekt. Als dat het geval is, dan is het voor de Belastingdienst eenvoudiger om met succes te kunnen stellen dat de leningen onzakelijk zijn en de afwaardering dus ook niet ten laste van de winst kan komen. Het gaat dan om het leveren van het bewijs van de gelieerdheid van de vennootschap met de debiteur. Als deze discussie speelt, kan dit een argument zijn om de procedure door de oud-bestuurder te laten voeren. Vaak is voor de belastingdienst en curator niet duidelijk of en welke vorm van gelieerdheid er was tussen de vennootschap haar aandeelhouders

en de ontvangers van de lening. De belastingdienst zal dan vaak stellen dat sprake is van gelieerdheid, want dat leidt in de meeste gevallen tot belastingheffing. Als de curator heffing wil voorkomen, dan moet hij in de fiscale procedure verdedigen dat de leningen zijn verstrekt aan niet-gelieerde partijen. In veel gevallen wil de curator echter ook weten of de leningen aan gelieerde partijen zijn verstrekt, zodat er een verder onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid kan plaatsvinden. Door naar de fiscus toe het standpunt in te nemen dat de leningen aan niet-gelieerde partijen zijn verstrekt, kan het de positie van de curator verzwakken als hij later de bestuurders op grond hiervan aansprakelijk zou willen stellen. Daarom zie ik in de praktijk dat de curator in een dergelijk geval vooralsnog geen standpunt in neemt en de procedure door de oud-bestuurders laat voeren.

d) Fiscale gevolgen van het akkoord.

Als een vennootschap een schuld heeft aan een derde partij en deze partij de schuld (gedeeltelijk) kwijtscheldt dan is deze vrijval van de schuld een (fiscale) winst, tenzij de kwijtschelding om zakelijk redenen heeft plaatsgevonden. In dat laatste geval is de winst vrijgesteld. Als een dergelijke kwijtschelding heeft plaatsgevonden, onderzoekt de Belastingdienst meestal wat de zakelijke gronden hiervoor zijn. Kunnen die niet worden aangetoond dan stelt de Belastingdienst veelal dat sprake is van een belaste vrijval. Als de lening van een gelieerde partij is verkregen, wordt meestal niet aangenomen dat de lening zakelijk was en dat bij de kwijtschelding van die schuld de vrijstelling dus niet van toepassing was. Dit leidt tot belaste winst. Vaak neemt de belastingplichtige dan (achteraf) de stelling in dat het voordeel (de kwijtschelding) om aandeelhoudersredenen heeft plaatsgevonden en dat er als het ware een kasrondeje heeft plaatsgevonden (een kapitaalstorting door de aandeelhouder, gevolgd door een terugbetaling van de lening van die aandeelhouder). In hoeverre deze stelling standhoudt hangt geheel van de feiten af. De wijze van vennootschappelijke besluitvorming ten aanzien van het kwijtschelden van de schulden is daarbij ook van belang.

Ook bij een percentageakkoord dient men rekening te houden met beperkingen van de kwijtscheldingswinstvrijstelling (met name binnen een fiscale eenheid, zie Van Oers paragraaf 6.3.2.). Als een schuldeiser in het kader van een akkoord afziet van een deel van zijn of haar vordering wordt dat in de regel als een zakelijke gelegenheid gezien (vrijval van de winst is dan onbelast), maar dat is niet vanzelfsprekend als het een vordering van een gelieerde partij betreft. In het kader van een akkoord dienen deze fiscale aspecten onderzocht en onderkend te worden.

e) De WHOA en het dwangakkoord

Nu recentelijk (op 26 mei 2020) de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) is aangenomen door de Tweede Kamer komt daar na akkoord van de Eerste Kamer nog een variant bij, namelijk het onderhandse akkoord, ook wel een dwangakkoord genoemd (buiten faillissement) [\[7\]](#). Het betreft hier een akkoord dat is gesloten tussen een onderneming, haar schuldeisers en haar aandeelhouders ten aanzien van het herstructureren en het saneren van de schuldenlast van de onderneming. Door deze wet zou surseance van betaling of faillissement van de onderneming voorkomen kunnen worden als een onderneming een te zware schuldenlast heeft of te hoge structurele kosten. Is het onderhands akkoord eenmaal goedgekeurd door een rechtbank dan zijn alle schuldeisers gebonden aan het akkoord, zelfs de schuldeisers die tegen het akkoord hebben gestemd. Voor de rechter zal het lastig zijn om alle omstandigheden (en met name de fiscale omstandigheden) mee te wegen bij zijn oordeel om het onderhands akkoord wel of niet goed te keuren.

In paragraaf 2.3.4.2 merkt Van Oers op dat hij verwacht dat hier flankerend fiscaal beleid over zal komen. Dit beleid is er tot op heden nog niet. Dit zal er mogelijk mee te maken hebben dat de wet nog wordt behandeld in de Eerste Kamer. Over de fiscale gevolgen van de WHOA wordt in het wetsvoorstel niet gesproken.

Verder wordt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel opgemerkt dat de omstandigheid dat een schuldenaar een traject is gestart om een akkoord tot stand te brengen de Belastingdienst niet beperkt in het gebruik van alle aan hem ten dienste staande fiscale en civiele aansprakelijkheidsbepalingen (waaronder de bestuurdersaansprakelijkheid). Zo blijven bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van deelnemers in een fiscale eenheid betreffende de omzetbelasting van toepassing op alle bestaande (al dan niet geformaliseerde) belastingschulden. Ook het fiscale (bodem)voorrecht van de Belastingdienst blijft van toepassing [\[8\]](#).

Over de fiscale aspecten van de WHOA is reeds geschreven door Bobeldijk en door Tekstra [\[9\]](#). In het geval het dwangakkoord op grond van de WHOA een gehele of gedeeltelijke kwijtschelding van schulden inhoudt, dan gelden de hoofdregels zoals hierboven beschreven onder a t/m d. Bij zakelijke leningen van derden geldt dan dat de schuldeiser een verlies mag nemen en bij de schuldenaar zal fiscaal een winst worden gerealiseerd waarop (voor het bedrag dat de fiscale compensabele verliezen overstijgt) de kwijtscheldingswinstvrijstelling van toepassing is. Omdat de kwijtschelding niet door de schuldeiser plaatsvindt maar wordt opgelegd door het dwangakkoord, mag men ervan uitgaan dat ook in de situatie dat de schulden aan gelieerde partijen worden kwijtgescholden, de kwijtscheldingswinstvrijstelling van toepassing is. Of de gelieerde schuldeiser dit verlies dan ook ten laste van de winst mag brengen is mijns inziens nog de vraag. Dit hangt ervan af of de lening al dan niet als zakelijk kon worden aangemerkt.

Als het akkoord ziet op een omzetting van schuld in aandelenkapitaal (*debt for equity-swap*) vindt er geen kwijtschelding

plaats omdat deze transactie in de kapitaalsfeer plaatsvindt. Bij de schuldenaar zal er geen belastingheffing plaatsvinden. De verliezen bij de vennootschap kunnen dan nog verrekend worden, hetgeen belangrijk is bij een doorstart.

Tenslotte speelt dan nog de vraag of de schuldeiser die zijn vordering gedwongen moet omzetten in aandelenkapitaal, terwijl de waarde van die aandelen niet gelijk is aan de nominale waarde van de vordering nog op enige wijze op een fiscale tegemoetkoming kan rekenen. Het omzetten van een vordering is niet gelijk aan kwijtschelden, dit vindt namelijk plaats in de kapitaalsfeer. Als de vordering al was afgewaardeerd zal art. 13ba Wet Vpb moeten worden toegepast, hetgeen uiteindelijk weer tot een winstneming zal leiden als de vordering in aandelen wordt omgezet (zie Van Oers par. 6.3.2.2.2.).

Op basis van dit aandelenbelang (mits 5% of meer) kan in de toekomst nog wel een liquidatieverlies worden genomen, maar dan moet de vennootschap wel geliquideerd worden (hetgeen niet de bedoeling is van het dwangakkoord). Bovendien is het opgeofferde bedrag van die aandelen waarschijnlijk niet gelijk aan de nominale waarde van de vordering, waardoor er door de schuldeiser feitelijk een verlies wordt geleden dat niet verrekenbaar lijkt te zijn. De liquidatieverliesregeling van art. 13d Vpb is hier niet op van toepassing. Dit dwangakkoord kan daarom voor de schuldeiser/aandeelhouder fiscaal ongunstiger zijn dan een faillissement in welk geval uiteindelijk een liquidatieverlies voor de gehele investering had kunnen worden genomen. Al met al lijkt fiscale begeleiding van de WHOA dringend gewenst.

4. Thema 3: aansprakelijkheid binnen fiscale eenheid

Van Oers gaat voor de omzetbelasting in paragraaf 3.5.3 en 3.5.4 in op de aansprakelijkheid van de vennootschappen die deel hebben uitgemaakt van de fiscale eenheid voor de omzetbelasting (FE-OB). In paragraaf 6.6 wordt de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting (FE-Vpb) behandeld, maar daar wordt geen specifieke aandacht besteed aan de aansprakelijkheid voor de belastingschulden van de fiscale eenheid. Dit geeft mij aanleiding om hier nog kort aandacht aan te besteden.

De fiscale eenheid wordt als entiteit voor de belastingheffing gezien, terwijl deze fiscale entiteit juridisch geen status heeft. Dit gegeven heeft met name consequenties voor de invordering en de aansprakelijkheid van belastingschulden. Immers, hoe kan je belasting invorderen van een entiteit die juridisch niet bestaat? In de praktijk gebeurt dit door de onderdelen van de fiscale eenheid aansprakelijk te stellen voor de niet-betaalde belasting, maar daar zitten veel juridische haken en ogen aan.

De criteria om een fiscale eenheid te vormen zijn voor de OB anders dan voor de Vpb. Voor de OB is er sprake van een fiscale eenheid als de BTW-ondernemers een eenheid vormen op financieel, organisatorisch en economisch gebied (art. 7, lid 4 Wet OB). Dit geldt van rechtswege, al wordt er in praktijk wel vaak om een beschikking gevraagd (dan weet je het immers zeker). Er kan dus achteraf met de Belastingdienst onenigheid ontstaan over de vraag of er wel of geen fiscale eenheid voor de OB was. Op grond van art. 43 IW 1990 zijn de onderdelen van de fiscale eenheid OB hoofdelijk aansprakelijk voor de verschuldigde omzetbelasting.

Stel dat vlak voor faillissement een onderdeel van het concern verkocht zou zijn, dan zou dat onderdeel ook hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de *gehele fiscale eenheid* die zijn ontstaan in de periode dat deze vennootschap onderdeel uitmaakte van deze fiscale eenheid. De Ontvanger kan deze vennootschap alleen aansprakelijk stellen als "*de belastingschuldige in gebreke is met de betaling van zijn belastingschuld*" (art. 49 lid 1 IW 1990). Wanneer dat het geval is bij een fiscale eenheid OB gaat het bestek van deze bijdrage te buiten (maar is wel een interessante vraag). Een curator van het concern of van concernonderdelen kan er iets aan hebben als deze verkochte groepsvennootschap opdraait voor de belastingschulden van de fiscale eenheid OB. Daarmee gaat immers de belastingschuld teniet. De curator zal wel enig geduld moeten betrachten, aangezien eerst de naheffingsaanslagen aan de fiscale eenheid moeten vaststaan en de aansprakelijk gestelde zich daarna nog kan verweren tegen de aansprakelijkstelling (zie art. 49 IW 1990).

Vanwege de dreigende aansprakelijkheid is het eigenlijk onmogelijk om in het kader van een doorstart of afwikkeling van een faillissement onderdelen van deze fiscale eenheid te verkopen. De koper haalt daarmee een potentiële aansprakelijkheid op zich. Mijn ervaring is dat-afhankelijk van de casus- hier met de Belastingdienst wel afspraken over te maken zijn. De potentiële aansprakelijkheid kan wel zeer disproportioneel uitvallen als een klein onderdeel van de groep wordt verkocht, terwijl daar een zeer grote fiscale claim uit kan voortvloeien (en niet gerelateerd aan de eigen omzet van dat onderdeel).

Als toch vóór faillissement een fiscale eenheid OB wordt verbroken is het van belang om dit aan de Belastingdienst mee te delen. Zolang dit niet gebeurt, zal de hoofdelijke aansprakelijkheid voortduren (zie art. 43, lid 1 IW 1990). Van Oers beschrijft dit in het laatste gedeelte van paragraaf 3.5.3. Door faillissement van een vennootschap wordt veelal (maar niet altijd) de fiscale eenheid met de andere onderdelen beëindigd (geen organisatorische eenheid meer). Dat heeft tot gevolg dat de failliete vennootschap weer een eigen BTW-nummer zal moeten krijgen (zolang er nog een onderneming wordt voortgezet).

Een relatief onbekend onderdeel van de Invorderingswet betreft art. 36b IW 1990, waarin staat dat bestuurders van een

lichaam in de zin van de AWR hoofdelijk aansprakelijk zijn voor niet-betaalde aansprakelijkheidsschulden (zoals die op grond van art. 43 IW 1990). De verkochte vennootschap wordt dan door de ontvanger aansprakelijk gesteld voor niet betaalde omzetbelasting van de fiscale eenheid (niet alleen de schuld van de betreffende vennootschap). Als die aansprakelijkheidsschuld niet kan worden betaald, zijn de bestuurders van de gekochte vennootschap mogelijk aansprakelijk voor deze aansprakelijkheidsschuld. Als tijdig een melding betalingsonmacht is gedaan zijn de bestuurders alleen aansprakelijk als de Ontvanger kan bewijzen dat het niet betalen van de aansprakelijkheidsschuld te wijten is aan het kennelijk onbehoorlijke bestuur van de bestuurder, waarbij als referentieperiode geldt een periode van *zeven jaar* (en niet drie jaar, zoals opgenomen in art. 36 IW 1990). Deze regeling is daarom een extra drempel voor potentiële kopers om een onderdeel van de fiscale eenheid over te nemen. Hoe kunnen zij immers zekerheid verkrijgen dat zij niet met een aansprakelijkstelling worden geconfronteerd?

Voor de fiscale eenheid Vpb geldt een soortgelijke aansprakelijkheidsregel (art. 39 IW 1990): de onderdelen van de fiscale eenheid zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de schuld van de gehele fiscale eenheid (zie Van Oers par. 6.6.4.1 waarin de sterfhuisconstructie wordt besproken). Echter, voor de vennootschapsbelasting ontbreekt een specifieke aansprakelijkheidsregeling voor de bestuurders, zoals 36b IW 1990 voor de OB schulden van de FE-OB. Van Oers beschrijft in onderdeel 6.6 uitvoerig wanneer een FE-Vpb tot stand komt en verbroken kan worden. Kort gezegd, omdat een FE Vpb aangevraagd moet worden en op verzoek kan worden verbroken is daar bij de planning om aansprakelijkheid te voorkomen iets meer manoeuvreerruimte dan bij een FE-OB (van rechtswege).

In tegenstelling tot de FE-OB wordt de FE-Vpb meestal niet verbroken door het faillissement van een van de vennootschappen van de fiscale eenheid. De curator kan dan wel te maken krijgen met een ander fenomeen: het (civielrechtelijk) verrekenen van Vpb-schulden van de fiscale eenheid tussen de vennootschappen van de fiscale eenheid. Of dit kan hangt af van de afspraken die hierover tussen de vennootschappen van de FE-Vpb zijn gemaakt. Vaak staan deze niet op papier, maar worden die afgeleid uit de wijze waarop de commerciële jaarstukken worden opgesteld. Als daarin consequent de te betalen belasting en de terug te krijgen belasting aan de onderdelen van de FE-Vpb worden toegerekend, kan het zo zijn dat ook na faillissement een belastingclaim uit de tijd van de FE-Vpb civielrechtelijk verhaald kan worden op vennootschappen die dan niet meer deel uit maken van die fiscale eenheid. In het geval van een overname wordt vaak op advies van betrokken advocaten en fiscalisten hierover nadere afspraken gemaakt.

Afgezien van de aansprakelijkheidsproblematiek zal in veel gevallen een verbreking van de fiscale eenheid Vpb door verkoop van een onderdeel al fiscale consequenties hebben. Zo bepaalt art. 15ai Vpb namelijk dat een verplichte (belaste) herwaardering moet plaatsvinden van een vermogensbestanddeel op het moment voorafgaand aan de ontvoeging (en dus voor de verbreking van de fiscale eenheid) van de overdrager of overnemer, als binnen de fiscale eenheid dat vermogensbestanddeel binnen zes jaar (drie jaar in het geval een zelfstandig onderdeel van een onderneming) wordt overgedragen. Op deze wijze wordt voorkomen dat een vermogensoverdracht binnen fiscale eenheid onbelast kan plaatsvinden en vervolgens de fiscale eenheid wordt verbroken of dat overdrachtswinst die binnen fiscale eenheid wordt behaald wordt omgevormd tot onbelast vervreemdingsvoordeel (zie Van Oers par. 6.6.3.6.1.)

Ook art. 15aj, lid 3 Vpb kan zorgen voor fiscale consequenties als een vennootschap in het zicht van liquidatie wordt ontvoegd en daarmee de fiscale eenheid wordt verbroken (zie Van Oers par.6.6.3.3.). Als dat gebeurt, dan moeten de schulden van die dochtermaatschappij gesteld worden op de bedrijfswaarde als deze waarde lager is dan de nominale waarde van de schuld. De Fiscale Eenheid maakt daarmee een winst, die wordt belast. Daarnaast moet een eventuele egaliseringsreserve of herinvesteringsreserve aan de winst worden toegevoegd.

Ontvoeging in het zicht van faillissement kan in bepaalde gevallen ook worden gezien als ontvoeging in het zicht van liquidatie.^[10] De schulden van deze ontvoegde dochtervennootschap moeten dan gesteld worden op de bedrijfswaarde als die lager is dan de nominale waarde van de schuld. De fiscale winst die daarmee wordt gemaakt valt dan nog binnen de fiscale eenheid en is daarmee een faillissementsschuld (bij faillissement van het concern).

Onbetaalde schulden aan crediteuren vallen aan het einde van het faillissement in principe vrij binnen fiscale eenheid. Als de fiscale eenheid dit probeert te voorkomen door een onderdeel van de fiscale eenheid in het zicht van de liquidatie te ontvoegen (bijvoorbeeld verkopen) dan zal dit niet werken, omdat deze onbetaalde schulden dan alsnog binnen fiscale eenheid vrijvallen (en daarover belasting verschuldigd is). Alle onderdelen van de fiscale eenheid uit die tijd zijn aansprakelijk voor deze belastingschuld (art. 39 IW 1990), dus ook de ontvoegde vennootschap. Zo kan een gebeurtenis voor faillissement, achteraf na ontvoeging nog tot een belastingclaim van de fiscale eenheid leiden en tot aansprakelijkheid van de ontvoegde vennootschap.

Zowel het achterblijvende deel van de fiscale eenheid als de koper wil niet graag met deze fiscale consequenties geconfronteerd worden. In dergelijke gevallen zijn fiscale claims en aansprakelijkheid voor de FE Vpb-schuld moeilijk te voorkomen. Zoals Van Oers in zijn boek al aangeeft: de meest eenvoudige manier om deze problematiek te voorkomen is de activa te verkopen en niet de aandelen (zie Van Oers, paragraaf 6.6.3.3.).

5. Tot slot

Ik hoop met deze thema's een voor de insolventiepraktijk nuttige aanvulling te hebben gegeven op hetgeen Van Oers al in zijn boek heeft beschreven. De inhoud van het boek geeft aanleiding om in de toekomst wellicht meer van dergelijke thema's te behandelen.

Voetnoten

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: J.A. Booij, 'Recensie van fiscale monografie van Mr. dr. M.H.M. van Oers met de titel "De doorstart van een BV bij insolventie", tweede druk', *TvI* 2020/44. Arnaud Booij is advocaat bij Booij Bikkers Advocaten.

[2]

Art. 67a t/m 67q AWR (Hoofdstuk VIIA).

[3]

Ik merk op dat in dergelijke gevallen er in plaats van het opleggen van een boete ook besloten kan worden tot strafrechtelijke vervolging, aangezien het opzettelijk niet indienen van een onjuiste aangifte een fiscaal delict is (art. 69 AWR). Dit gebeurt dan volgens het AAFD-protocol, dat is het protocol aanmelding en afdoening van fiscale delicten en delicten op het gebied van douane en toeslagen, nr. BLKB/2015/572M, *Stcr.* 2015, 17271.

[4]

De Invorderingswet 1990 verstaat onder Rijksbelastingen tevens de bestuurlijke boete (art. 2, lid 2, onder a IW 1990). Het voorrecht van de Belastingdienst is ook op de boete van toepassing, zij het dat conform art. 22.2 van de Leidraad Invordering het bodemrecht niet wordt toegepast voor de bestuurlijke boete.

[5]

Zie ook art. 19.2.1. Leidraad Invordering 1990.

[6]

Zie o.a. Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:803 en Hof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4680.

[7]

[Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3](#) (MvT), p. 22.

[8]

[Kamerstukken I 2019/20, 35 249, A](#) (gewijzigd voorstel van wet).

[9]

A.C.P. Bobeldijk '*Fiscale aspecten Wet Homologatie onderhandsakkoord ter voorkoming van faillissement*' preadvies van de vereniging handelsrecht 2017, Hoofdstuk 7, p. 231 t/m 238), en A.J. Tekstra, '*De WHOA en de fiscaliteit*', *FIP* 2019/6, p. 45-52.

[10]

HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0473.