

Tilburg University

Fiscale aspecten omzetting in aandelen bij een akkoord

van Oers, Marc

Published in:
Tijdschrift financiering zekerheden en insolventierechtpraktijk

Publication date:
2022

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Oers, M. (2022). Fiscale aspecten omzetting in aandelen bij een akkoord. *Tijdschrift financiering zekerheden en insolventierechtpraktijk*, 2022(1), 11-17. Article FIP 2022/3.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

3. Fiscale aspecten omzetting in aandelen bij een akkoord

MR. DR. M.H.M. VAN OERS

De gangbare variant bij een akkoord is het percentageakkoord. De schuld wordt voor een bepaald percentage betaald en voor het overige wordt kwijting of kwijtschelding door de schuldeiser verleend. De akkoordvariant waarbij de schuld wordt omgezet in aandelen ('debt for equity swap', ook bekend als 'conversie') komt nauwelijks voor. Nu de fiscus sinds 1 juli 2021 ook deel kan nemen aan een WHOA-akkoord met deze variant, is het goed de fiscale aspecten ervan eens te beschouwen. Schuldenaren en hun adviseurs moeten bij het ontwerpen van een akkoord ook de variant omzetting in aandelen overwegen.

1. Inleiding

De akkoordvariant van omzetting in aandelen – ook wel aangeduid als *debt for equity* – wordt meermaals in de memorie van toelichting bij de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) aangehaald.¹ Het wekt de suggestie dat deze akkoordvariant op grote schaal bij een WHOA-akkoord kan worden toegepast. Fiscaal is het ook aantrekkelijk. De BV-schuldenaar die een akkoord wil aanbieden heeft bijna altijd fiscale verliezen en op zich blijven deze verliezen in stand waardoor ze gecompenseerd kunnen worden met toekomstige winsten.

Akkoordvariant omzetting in aandelen komt nauwelijks voor

Ondanks dit moet men vaststellen dat omzetting in aandelen bij een akkoord, dus ook buiten een WHOA-akkoord, al vele jaren nauwelijks voorkomt. Toch kan deze akkoordvariant in bepaalde gevallen een betere optie zijn dan bijvoorbeeld een percentageakkoord. In deze bijdrage worden de fiscale aspecten van omzetting in aandelen besproken en in welke situaties een adviseur moet denken aan gebruikmaking van deze akkoordvariant.

Actoren

In deze bijdrage beperk ik de bespreking tot de fiscale positie van drie actoren. De eerste actor betreft de schuldenaar die hier altijd een BV is. De tweede actor is een AB-houder met een vordering op de schuldenaar. In de praktijk spreekt men ook van de dga, maar dit is geen fiscale term. Het gaat dan fiscaal-juridisch gezien om een aanmerkelijkbelang-

houder (ab-houder) in de zin van art. 4.6-4.11 Wet IB 2001, grofweg gezegd degene die 5% of meer van de aandelen houdt. Hierna spreek ik standaard van ab-houder-schuldeiser. De derde actor is een BV die een vordering op de schuldenaar heeft en vóór of na de omzetting in aandelen een deelneming (zie art. 13-13k Wet VPB 1969; zeg minimaal 5% van de aandelen) in de schuldenaar heeft. Hiermee zullen de meest fiscaal interessante situaties wel zijn gedekt.

Leeswijzer

Eerst wordt ingegaan op de fiscale invorderingsaspecten (par. 2). Daarna ga ik in op de fiscale aspecten van IB en Vpb (par. 3) alsmede van omzetbelasting (par. 4). Na kennisneming van die fiscale aspecten wordt ingegaan op de beperkte toepassingsmogelijkheden van de akkoordvariant in de praktijk (par. 5). Het geheel wordt in par. 6 afgesloten met een conclusie.

2. Fiscale aspecten: Invordering

Het is hier niet de plaats voor een verhandeling van de door de Ontvanger te stellen voorwaarden voor deelname aan een akkoord. Wel wijs ik op de voorwaarde van art. 26.3.3 Leidraad Invordering 2008 (hierna: Leidr. Inv.) op grond waarvan de Ontvanger beleidsmatig geen medewerking verleent aan een akkoord waarbij één of meer schuldeisers het gedeelte van hun vordering dat niet wordt voldaan niet kwijtschelden, doch bijvoorbeeld overdragen aan een derde of omzetten in aandelenkapitaal. Dit betekent dat omzetting van aandelen alleen een optie is wanneer de belasting-schuld integraal betaald kan worden. De Ontvanger is dan geen schuldeiser in het kader van een akkoord en daarmee komt art. 26.3.3 Leidr. Inv. niet aan bod.

¹ Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 3, p. 2, 11, 18, 34, 35, 46, 62, 68, 69 en 71.

Voor WHOA-akkoorden wordt echter een uitzondering gemaakt. Blijkens art. 73.3a.2 lid 4 Leidr. Inv. kan de Ontvanger instemmen met een WHOA-akkoord waarbij vorderingen in aandelen worden omgezet, zij het dat de fiscus niet instemt met omzetting van een belastingschuld in aandelenkapitaal of enige andere betalingsvorm van gelijke strekking.² Opmerkelijk is overigens dat de Leidr. Inv. niet de voorwaarde van inlevering verliescompensatie stelt. Tekstra & Vetter gingen daar wel van uit toen zij pleiten voor aanpassing van het beleid.³ Dit laat onverlet dat de Ontvanger in het concrete geval wel die voorwaarde kan stellen op basis van art. 8 lid 1 onderdeel g Uitv.reg. IW 1990.⁴ Indien de compensabele verliezen na de omzetting in aandelen niet meer aanwezig zijn, is het wel de vraag of die akkoordvariant nog wel aantrekkelijk genoeg is.

Fiscus neemt niet deel aan akkoord met omzetting in aandelen, tenzij WHOA-akkoord

3. Fiscale aspecten: IB en Vpb

3.1 Inleiding

In deze bijdrage wordt ervan uitgegaan dat een handelsvordering of lening wordt omgezet in aandelenkapitaal. In de fiscale wereld worden drie typen leningen onderscheiden, namelijk de zakelijke lening, een ODR-lening ('Onzakelijk Debiteuren Risico'-lening) en een 'prijonzakelijke lening', ook wel 'OR-lening' ('Onzakelijke Rente-lening') genoemd.⁵ Indien hierna wordt gesproken van onzakelijke lening wordt een ODR-lening bedoeld. Er is sprake van een onzakelijke lening wanneer een geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden en voorwaarden dat een onafhankelijke derde deze geldlening onder die condities niet of alleen tegen een winstdelende rente zou hebben verstrekt. De belangrijkste consequentie van een onzakelijke lening is dat het verlies daarop fiscaal niet aftrekbaar is. De ruimte ontbreekt hier nader in te gaan op de algemene aspecten van een onzakelijke lening.⁶ Hierna bespreek ik fiscale aspecten voor de drie actoren bij een zakelijke en onzakelijke lening. Strikt genomen gaat het om geldvorderingen, dus een handelsvordering valt daar ook onder. Ook fiscale afwaardering op een handelsvordering kan wel eens onmogelijk zijn. In HR 8 december 1954,

ECLI:NL:HR:1954:AY2716, BNB 1955/46, ging het om een vordering van het bedrijf van de vader op dat van zijn zoon wiens financiële toestand van dien aard was dat de vordering van de vader vanwege leveranties of diensten dubieus was. De Hoge Raad overwoog dat de vader binnen het raam van het door hem uitgeoefende bedrijf om niet-zakelijke redenen leveranties deed of diensten verrichtte. Ondanks dat betaling onzeker was bleef de vader doorleven omdat het zijn zoon betrof. Dan kan de vordering nog steeds tot zijn bedrijfsvermogen behoren, maar een afschrijving op de vordering kan dan niet ten laste van de winst komen. Dit arrest is gewezen voor de IB, maar heeft ook gelding voor de Vpb wanneer er (indirect) betrekkingen van persoonlijke aard tussen de BV's van leverancier en afnemer zijn. De onmogelijkheid van de fiscale afwaardering is dus niet beperkt tot een onzakelijke lening.

3.2 Zakelijke lening

3.2.1 BV-schuldenaar

In HR 25 juni 1969, ECLI:NL:HR:1969:AX6850, BNB 1969/202, was sprake van een situatie waarbij door de moedermaatschappij de nominale waarde van haar onvolwaardige vordering op haar dochtermaatschappij gestort werd op door de dochtermaatschappij uitgegeven aandelenkapitaal. De Hoge Raad oordeelde dat er sprake was van een vereffeningsovereenkomst waarbij verrekening plaatsvond. Daardoor was er bij de BV-schuldenaar geen winst of verlies als gevolg van deze transactie.

3.2.2 Ab-houder-schuldeiser

3.2.2.1 Omzetting betekent geen winst

De lening is een zogeheten tbs-vordering ex art. 3.92 lid 1 aanhef en onderdeel a Wet IB 2001. De ab-houder-schuldeiser valt voor wat betreft deze vordering onder bijna hetzelfde fiscale regime als een IB-ondernemer omdat art. 3.95 Wet IB 2001 (bepaling van het resultaat) veel bepalingen van het winstregime van overeenkomstige toepassing verklaart.

Bij omzetting in aandelen behoudt schuldenaar fiscale verliezen

Blijkens HR 26 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2941, BNB 1978/140, is er ook geen winstneming aan de zijde van de schuldeiser bij omzetting van een vordering in aandelenkapitaal. Anno 2022 zal dit arrest niet snel toepassing vinden omdat de vordering van de schuldeiser zal zijn afgewaardeerd en mitsdien art. 3.98a Wet IB 2001, te behandelen in par. 3.2.2.2, toepassing vindt. Nu zal een fiscalist mogelijk op het idee komen om opzettelijk fiscaal niet af te waarden om een verlies definitief te maken. Die redeneert dan dat er geen winst op grond van BNB 1978/140 is; het verschil tussen nominale waarde en waarde van de aandelen kan als verlies worden genomen in het kader van eindafrekening doordat de werkzaamheden (tbs-positie) een einde nemen. Strikt genomen is er dan

2 Zie hierover nader M.H.M. van Oers, 'Leidraadwijziging voor WHOA-akkoord', *WFR* 2021/164, par. 3.2.4.

3 A.J. Tekstra & J.J. Vetter, 'Hoe om te gaan met fiscale schulden bij een WHOA-akkoord en andere fiscale aandachts- en knelpunten in tijden van corona (en erna)', *FIP* 2021/96, par. 3.2a, p. 24, l.k.

4 De wettelijke basis om extra voorwaarden te stellen is niet onomstreden. Zie hierover M.H.M. van Oers, *De doorstart van een BV bij insolventie* (Fiscale Monografieën nr. 121), Deventer: Wolters Kluwer 2020, § 7.6.4.2, p. 506-508.

5 Er is dan slechts sprake van een zakelijke lening met een onzakelijk rentepercentage.

6 Ik verwijs naar het actuele boek R.R. Boltjes & F.J. Elsweier, *Onzakelijke lening* (Fiscale Monografieën nr. 163), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

geen afwaardering in de zin van art. 3.98a Wet IB 2001. De vraag is of de fiscale rechter hierin meegaat. De pendant van dit wetsartikel is art. 13ba Wet VPB 1969 dat deels te gelden heeft als opvolger van art. 13b (tekst tot 1 januari 2001). Blijkens de wetgeschiedenis van dit laatste wetsartikel dient het begrip ‘afgevaardeerde vordering’ ruim te worden uitgelegd. Daarbij is onder meer gezegd dat ook de situatie waarbij de vordering in de loop van een boekjaar voor minder dan de boekwaarde aan een verbonden lichaam wordt vervreemd onder dat begrip valt. Zonder die ruime uitleg zou immers wellicht kunnen worden gesteld dat de vordering in die situatie niet is afgevaardeerd, maar dat een verlies uit verkoop van de vordering is geleden.⁷

3.2.2.2 Afwaardering: wel winst

Indien de vordering fiscaal was afgevaardeerd bij de omzetting in aandelen dan heeft de ab-houder-schuldeiser te maken met art. 3.98a Wet IB 2001, meer specifiek lid 2 onderdeel a. Hij moet winst nemen. De winst kan⁸ worden toegevoegd aan een opwaarderingreserve,⁹ die vrijvalt naarmate de ab-aandelen in waarde stijgen (lid 4), daarbij rekening houdende met veranderingen in het bezit van de aandelen of winstbewijzen (lid 5). In wezen is er sprake van betalingsuitstel, zolang geen waardevermindering van de aanmerkelijkbelangaandelen of winstbewijzen aan de orde is. Directe afrekening kan interessant zijn wanneer de schuldeiser verliescompensatiemogelijkheden heeft openstaan.¹⁰ Onbelaste vrijval vindt plaats indien noch de belastingplichtige noch een met hem verbonden persoon een ab in de zin van hoofdstuk 4 Wet IB 2001 in de (gewezen) schuldenaar heeft (lid 6). Deze onbelaste vrijval is niet aan de orde indien de beëindiging van het ab in overwegende mate is gericht op het realiseren van een vrijval van de opwaarderingreserve die niet tot toevoeging aan het resultaat leidt (lid 7). Lid 8 is een antimisbruikbepaling;¹¹ de opwaarderingreserve wordt toegevoegd aan de winst bij verkoop van (een gedeelte van) de onderneming van de BV aan de belastingplichtige of aan een met hem verbonden persoon dan wel aan een vennootschap waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft. Art. 3.92a Wet IB 2001 bewerkstelligt dat de opwaarderingreserve tot het resultaatvermogen blijft behoren. Deze bepaling is nodig, omdat na het prijsgeven van de vordering mogelijk geen sprake meer is van het ter beschikking stellen van vermogen.

Ophoging verkrijgingsprijs

Art. 4.33a Wet IB 2001 regelt dat, voor zover winst wordt genoten bij een omstandigheid genoemd in art. 3.98a lid 2 Wet IB 2001, dan wel op een later moment een vrijval van

de opwaarderingreserve wordt belast, de verkrijgingsprijs van de aandelen hiermee mag worden verhoogd. Dit is op zich een evenwichtige regeling.

3.2.3 BV-schuldeiser

3.2.3.1 Omzetting betekent geen winst

Evenals bij een ab-houder-schuldeiser kan ook hier HR 26 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2941, BNB 1978/140, toepassing vinden, zij het dat ook voor afgevaardeerde vorderingen een speciaal regime geldt.

3.2.3.2 Afwaardering: wel winst

De pendant van art. 3.98a Wet IB (ab-houder-schuldeiser) voor de vennootschapsbelasting is art. 13ba Wet VPB 1969. Bij omzetting in aandelen gaat het om lid 2 onderdeel a. Men ziet hier dezelfde systematiek als bij de AB-houder-schuldeiser. Dit wordt niet anders indien de schuldeiser vóór de omzetting in aandelen slechts een vordering op de schuldenaar had. Het elfde lid verklaart namelijk art. 13ba Wet VPB 1969 van overeenkomstige toepassing indien de belastingplichtige in verband met een in art. 13ba lid 2 Wet VPB 1969 genoemde omstandigheid een deelneming in de schuldenaar verkrijgt.

3.3 Onzakelijke lening

3.3.1 BV-schuldenaar

Ook bij de omzetting van een onzakelijke lening in aandelen kan met een beroep op het in par. 3.2.1 aangehaalde arrest BNB 1969/202 worden verdedigd dat er geen winst voor de schuldenaar is. Naar mijn mening kan men niet stellen dat de transactie zich (volledig) afspeelt in de kapitaalsfeer en dat daarom er geen winst is geïndiceerd. De onzakelijke lening is immers vreemd vermogen.¹²

3.3.2 Ab-houder-schuldeiser

Mocht de lening onzakelijk zijn, dan kan er geen afwaardering ten laste van de fiscale winst plaatsvinden. Art. 3.98a lid 2 onderdeel a Wet IB 2001 (terugname verlies bij afgevaardeerde vordering) is niet van toepassing, tenzij in een vorig bestaan – als zakelijke lening – de lening fiscaal is afgevaardeerd. Evenals bij een zakelijke lening kan door de omzetting de werkzaamheid eindigen.

De omzetting in aandelen is een gebeurtenis die de transformatie van de lening naar informeel kapitaal rechtvaardigt. Er staat dan immers vast dat de debiteur niet meer aan zijn aflossingsverplichting hoeft te voldoen.¹³ De verkrijgingsprijs van de nieuwe aandelen is dan gelijk aan de nominale

⁷ Kamerstukken II 1989/90, 19968, 13, p. 9 (tweede NvW).

⁸ De keuze wordt gemaakt door op de aangifte IB over het betreffende jaar aan te geven dat een opwaarderingreserve is gevormd. Zie Kamerstukken II 2004/05, 29686, nr. 7, p. 4 (NvW).

⁹ Deze opwaarderingreserve komt alleen op de balans te staan van de resultaatgenieter en niet van de schuldenaar.

¹⁰ Kamerstukken II 2003/04, 29686, nr. 3, p. 23-24 (MvT).

¹¹ Kamerstukken II 2003/04, 29686, nr. 3, p. 26-27 (MvT).

¹² De Hoge Raad voert een consistente koers als het gaat om het verschil tussen kapitaalverstreking of geldlening. Zie voor het laatste HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:874, BNB 2020/117.

¹³ Vergelijk HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:417, r.o. 3.3.4.3.

waarde van de lening. Het gaat hier om de afwikkeling van de onzakelijke lening bij de schuldeiser.¹⁴

3.3.3 BV-schuldeiser

Er geldt mutatis mutandis hetzelfde als bij de AB-houder-schuldeiser. Bij een BV gaat het uiteraard om het opgeofferd bedrag (art. 13d lid 5 Wet VPB 1969) en niet om de verkrijgingsprijs (art. 4.21 Wet IB 2001).

Schuldeisers hebben geen recht op teruggaaf btw

3.4 Evaluatie IB- en Vpb-aspecten

Men kan zeggen dat de omzetting in aandelen fiscaal neutraal uitwerkt voor de schuldenaar. De fiscale verliezen blijven behouden. De ab-houder-schuldeiser en BV-schuldeiser kunnen geen verlies nemen bij de omzetting in aandelen. Indien ze al een afwaarderingsverlies hadden genomen, moeten ze dat terugnemen. Indien de omzetting in aandelen niet succesvol is en de BV-schuldenaar later wordt geliquideerd, dan kan de ab-houder-schuldeiser een ab-verlies nemen tegen 26,9% (art. 4.53 Wet IB 2001), terwijl het verlies op een vordering tegen het progressieve tarief had kunnen worden vergolden bij zakelijke leningen. Voor de BV-schuldeiser ligt dit iets anders. Een verlies op een vordering en een liquidatieverlies worden beide tegen het reguliere Vpb-tarief vergolden. Bij onzakelijke leningen die worden omgezet in aandelen komt het nemen van een verlies pas aan de orde bij liquidatieverlies. Bij een ab-houder-schuldeiser kan een eerdere verkoop van de AB-aandelen leiden tot een ab-verlies.

Wel is er natuurlijk een tijdsverschil. De aftrek vanwege verlies van een vordering kan eerder plaatsvinden dan verliezen te nemen na liquidatie van de BV-schuldenaar. Daar staat weer tegenover dat aandelen een opwaarts potentieel kunnen hebben dat de nominale waarde van een vordering kan overstijgen. Ik denk dat men al met al kan stellen dat de IB en Vpb geen belemmeringen zijn bij omzetting in aandelen.

4 Fiscale aspecten: btw

4.1 Omzetting betekent betaling

De omzetting in aandelen wordt gezien als betaling waardoor de schuldeiser geen recht op teruggaaf ex art. 29 lid 1 Wet OB 1968 heeft. De schuldenaar is dan geen correctie vooraftrek ex art. 29 lid 7 Wet OB 1968 verschuldigd; zo nodig ontstaat weer recht op aftrek op de voet van art. 29 lid 8 Wet OB 1968 indien de correctie vooraftrek is voldaan. Dat de vordering niet volwaardig is, maakt dit

niet anders; er wordt betaald voor de nominale waarde van de vordering.¹⁵

Hier zit dus een duidelijk verschil met kwijtschelding. Indien bijvoorbeeld 60% van de vordering wordt kwijtschelding, dan heeft de schuldeiser recht op teruggaaf op basis van 60% van de vordering. Bij omzetting van de gehele vordering in aandelen is er geen recht op teruggaaf btw.

4.2 Evaluatie btw-aspecten

De omzetting in aandelen betekent dat de vordering geacht wordt te zijn betaald. De schuldeiser heeft geen recht op teruggaaf van 9%/21% indien de vordering met btw is belast. Het vloeit voort uit het systeem. Het kan wel een drempel voor een schuldeiser opwerpen om voor omzetting in aandelen te kiezen.

5. Beperkte toepassingsmogelijkheden

Hiervoor is gebleken dat het voornaamste fiscale voordeel het behoud van verliescompensatie bij de schuldenaar is; het belangrijkste fiscaal nadeel is dat schuldeisers hun recht op teruggaaf ex art. 29 Wet OB 1968 verliezen. De drie voornaamste voordelen van civiele aard zijn dat er geen liquiditeiten benodigd zijn voor het akkoord,¹⁶ de lasten verminderen¹⁷ en de balanspositie verbetert. Deze drie voordelen betreffen alleen de schuldenaar. Al met al kan men zeggen dat de voordelen voor een schuldenaar dus aantrekkelijk zijn, maar toch komt de omzetting in aandelen in de praktijk niet vaak voor. In deze paragraaf bespreek ik waarom omzetting in aandelen maar beperkte toepassingsmogelijkheden heeft.

Gemiddelde schuldeiser heeft geen interesse in aandelen in niet-beursgenoteerde onderneming

5.1 Verschillende interesses schuldeisers

5.1.1 Geen interesse aandelen bij gemiddelde schuldeiser

De meeste schuldeisers zijn simpelweg niet in aandelen in een afnemer die niet betaalt geïnteresseerd. Laat ik als voorbeeld geven een bedrijf dat een hekwerk rond het bedrijf van een schuldenaar uit het mkb heeft aangelegd en de (rest-)factuur van € 15.000 exclusief € 3.150 btw onbetaald ziet. Die wil gewoon geld uit een percentageakkoord, stel € 5.000 + € 1.050 btw, vervolgens € 10.000 op de fiscale winst afboeken (voor zover nog niet gedaan met afwaardering van de vordering) en een teruggaaf btw van € 2.100 bij de fiscus indienen. Deze schuldeiser zit niet te wachten op aandelen in een niet-beursgenoteerde onderneming. De

14 Zie uitgebreid hierover R.R. Boltjes & F.J. Elswier, *Onzakelijke lening* (Fiscale Monografieën nr. 163), Deventer: Wolters Kluwer 2021, hoofdstuk 10.

15 Zie HR 29 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1529, *BNB* 1996/244.

16 Dit in tegenstelling tot het percentageakkoord.

17 Er zullen kosten aan het aanhouden van vreemd vermogen verbonden zijn.

bekende curator Leuftink zag in 1995 als oplossing een garantiemoeder of de bereidheid van een derde de aandelen onder bepaalde voorwaarden op bepaalde termijn over te nemen.¹⁸ Zo'n 25 jaar later moeten we concluderen dat zijn idee niet echt is aangeslagen. De WHOA zal dat ook niet echt gaan veranderen. De reden is dat de feiten en omstandigheden van het geval vaak niet geschikt zijn voor een omzetting in aandelen. De gemiddelde schuldeiser vindt een percentage-akkoord praktischer.

5.1.2 Wel interesse bij bepaalde schuldeisers

In de adviespraktijk moet men oppassen met generaliseren. Dat de omzetting in aandelen niet kan rekenen op warme belangstelling bij de meeste schuldeisers is wel duidelijk. Toch kan omzetting in aandelen voor sommige schuldeisers en/of in specifieke gevallen een interessante akkoordvariant zijn. Ik denk met name aan drie gevallen: intercompany loans, een handelscrediteur die een belang in zijn afnemer wil nemen en obligaties van beursgenoteerde ondernemingen.

Omzetting in aandelen kan aantrekkelijk zijn bij intercompany loans, een handelscrediteur die een belang in zijn afnemer wil nemen en obligaties van beursgenoteerde ondernemingen

Bij intercompany loans zal het vaak gaan om schuldeisers die al een aandelenbelang hebben in een schuldenaar. Hiertoe reken ik ook de ab-houder-schuldeiser hoewel deze geen 'company' is. Soms wil de bank alleen financiering voortzetten als zo'n schuldeiser de leningen omzet in aandelen. Zeker als het een aandelenbelang betreft van 100% zal er economisch niet veel verschil zijn tussen een lening en aandelenkapitaal. Leningen zijn niet belast met btw¹⁹, dus het nadeel van geen teruggaaf btw speelt dan ook niet. Het tweede geval gaat om een handelscrediteur die een grote vordering op een afnemer wil omzetten in aandelen. De motieven om te participeren in de schuldenaar kunnen divers zijn. Mogelijk wil men een afzetkanaal behouden, expansiedrift, met participatie en zeggenschap kan men het management in de afnemer vervangen door een beter management etc. Naddeel is wel dat de uitstaande vordering met 9%/21% belast zal zijn, dus dat zal de schuldeiser moeten laten vallen. Het derde geval betreft het geval waarin de emittent van obligaties zoekt naar lastenverlichting door die om te zetten in aandelen. Aan het begin van deze eeuw werd de surseance gebruikt als een instrument om via een dwangakkoord leningen/obligaties om te zetten in eigen vermogen/aandelen. Het ging dan om beursgenoteerde ondernemingen die werkzaam waren op het gebied van communicatie in meerdere landen (zoals UPC

en Versatel). Hun probleem was niet zozeer een te groot personeelsbestand als wel een torenhoge schuld, ontstaan door het aantrekken van kapitaal om dure investeringen te bekostigen.²⁰

5.1.3 Bedienen van alle schuldeisers

De combinatie van twee akkoordvarianten zou wel eens de oplossing kunnen zijn om de wensen van alle schuldeisers te vervullen. De schuldeiser die een percentageakkoord wil, wordt door de (groot)aandeelhouder van de schuldenaar een bedrag aangeboden²¹ in ruil waartegen de vordering aan deze aandeelhouder wordt overgedragen. De schuldeiser die de vordering omgezet wil zien in aandelen participeert in de akkoordvariant van omzetting in aandelen.

Combinatie van omzetting in aandelen en percentageakkoord kan optimalisatie zijn

Aan deze opzet zit een extra fiscaal voordeel voor die (groot)aandeelhouder, bij de schuldenaar blijven de verliezen in stand en de oude schuldeiser krijgt (minimaal)²² hetzelfde als bij een percentageakkoord. De oude schuldeiser heeft dan zijn omzetbelasting materieel terug en kan een verlies nemen op de vordering/lening, tenzij het natuurlijk handelt om een onzakelijke lening. Art. 3.98b Wet IB 2001/art. 13b Wet VPB 1969 regelt de terugname van het verlies op een afgewaardeerde vordering bij vervreemding. Deze artikelen zullen bijna nooit van toepassing zijn, omdat een vereiste is dat de belastingplichtige (lees de oude schuldeiser) vervreemdt aan een met hem verbonden lichaam of natuurlijk persoon (zie lid 2 onderdeel a van beide artikelen). Het gaat dus om een verbondenheid tussen vervreemder en overnemer van de vordering.²³ Indien een en ander goed is opgezet²⁴ en de schuldenaar na het akkoord in goede doen komt, dan kan de ab-houder-schuldeiser de waardevermindering van de aandelen tegen (uiteindelijk) het reguliere ab-tarief

20 Zie over deze surseances en enkele andere telecombedrijven H.F. van Druten, V.R. Vroom & T.W. Gitmans, 'Van vreemd vermogen naar eigen vermogen', *O&F* 2003/56, p. 3-10, en C.M. Harmsen, '2002: de comeback van de surseance van betaling', *TvI* 2003, p. 275.

21 Dit is de verwachte uitkering bij een percentageakkoord en, indien toepasselijk, de omzetbelasting. Kortheidshalve verwijs ik naar art. 29 lid 6 Wet OB 1968, dat handelt over de overdracht van een vordering.

22 In de praktijk kan het handig zijn om een kleine bonus, bijvoorbeeld 2%, te geven, als een soort van 'behavioural nudging'.

23 Dit is overigens geen 'ongewild belastinglek'. De wetgever wilde alleen de constructie bestrijden waarbij er verbondenheid is tussen de belastingplichtige/oude schuldeiser en de overnemer van de vordering/nieuwe schuldeiser. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29686, nr. 3, p. 9 (MvT). Met ingang van 1 december 2005 is het verbondenheids criterium bewust versoepeld (tot dan ging het om vervreemding aan een met de belastingplichtige of de schuldenaar verbonden lichaam of natuurlijk persoon).

24 In dit verband verwijs ik naar beschrijvingen van deze constructie door A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, par. 11.6, p. 372-375, P.G.H. Albert, 'Art. 13ba', *NtFR* 2006/181, en A.C.P. Bobeldijk, 'De vennootschapsbelastingaspecten van financiële herstructurerings', *TFO* 2019/162.1, onderdeel 4.3.

18 A.L. Leuftink, *Surséance van betaling* (Serie Recht en Praktijk nr. 87), Deventer: Kluwer 1995, par. 18.9, p. 294.

19 Art. 11 lid 1 onderdeel j Wet OB 1968.

genieten en de aandeelhouder-BV geniet deze stijging en dividenden belastingvrij door de deelnemingsvrijstelling.

5.2 Zittende aandeelhouders

De zittende aandeelhouders zullen zelden een conversie in aandelen steunen, omdat hun aandelenbelang verwaterd. Eind 2021 is er een boek verschenen van Oosterhelt over de weigerende aandeelhouder en een gedwongen debt-for-equity swap buiten surseance en faillissement.²⁵ Moulen-Janssen heeft in 2020 een dissertatie over de positie van aandeelhouders bij preventieve herstructurerings geschreven.²⁶ Helaas is daarbij geen aandacht besteed aan de fiscale aspecten;²⁷ die kunnen ook bijdragen om conversie in aandelen niet te steunen. Beide schrijvers gaan uitgebreid in op de flankerende wetgeving om een akkoord tegen de zin van de aandeelhouders ‘er doorheen te drukken’, maar soms kan een doorstart feitelijk niet buiten de zittende aandeelhouders om.

5.3 Verbreking FE Vpb/beperking verliesverrekening

Bobeldijk heeft in de INSOLAD-bundel van 2021 over het WHOA-akkoord een artikel geschreven waarin de kwijtschelding van schulden werd vergeleken met omzetting van aandelen.²⁸ Hij noemt twee aandachtspunten bij omzetting in aandelen,²⁹ te weten verbreking van de fiscale eenheid³⁰ en het wijzigen van het saldo van vorderingen en schulden op of aan een verbonden lichaam welke kan leiden tot beperking van verliesverrekening.³¹ De verbreking van de FE Vpb kan wel een relevant aandachtspunt in de praktijk zijn, maar dit is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Te denken is bijvoorbeeld aan de antimisbruikbepaling van art. 15ai Wet VPB 1969 (schuiven met stille reserves). Zoals Bobeldijk zelf al zegt is het tweede punt mogelijk niet relevant, omdat de wijziging van het saldo als gevolg van omzetting in aandelen niet in overwegende mate is gericht op verliesverrekening.³²

Op een andere plaats behandelt Bobeldijk het teloorgaan van verliezen als gevolg van een aandeelhouderswijziging (art. 20a Wet VPB 1969).³³ Er kan inderdaad zo’n wijziging aan de orde komen door de omzetting van vorderingen in aandelen, maar de impact van dit wetsartikel voor de insolventiepraktijk is al jaren erg klein. Bij een akkoord dat wordt ingezet bij een doorstart zal in bijna alle gevallen niet worden voldaan aan de zogeheten inkrimpingstoets (minimaal 30% van de werkzaamheden moet worden voortgezet), bijgevolg dat art. 20a Wet VPB 1969 geen toepassing kan vinden.

Waarde compensabele verliezen tegenwoordig lager

5.4 Relativering economische relevantie verliezen

Hiervoor werd ervan uitgegaan dat de verliezen voor de schuldenaar in stand blijven bij omzetting van aandelen, tenzij de Ontvanger als voorwaarde voor deelname aan een akkoord verval van de aanwezige verliezen stelt.³⁴

Met verliescompensatie kan een BV winst maken zonder Vpb te betalen. De compensabele verliezen hebben dus een bepaalde waarde. Men moet zich wel realiseren dat met een al jaren dalend Vpb-tarief en wettelijke voorwaarden gesteld aan verliesverrekening, bijvoorbeeld een maximale termijn,³⁵ die waarde veel minder is dan bijvoorbeeld in de jaren van de crisis in de jaren tachtig. Oosthout schreef in 1998 dat in de insolventiepraktijk de waarde van de compensabele verliezen op 10% à 20% van de nominale waarde van het compensabele verlies wordt gesteld.³⁶ In 1998 was het Vpb-tarief 35% en de termijn van verrekening was onbeperkt.³⁷ Als vuistregel voor de waarde kan thans nog zo’n 5% (max 10%) van de nominale omvang van de verliezen worden genomen. Vanaf 2022³⁸ zijn verliezen weer onbeperkt voorwaarts verrekenbaar, zij het met de beperking dat voor zover de winst meer dan € 1 miljoen bedraagt, de winst slechts voor 50% kan worden verrekend met aanwezige compensabele verliezen. Dit zal de waarde

25 M.F. Oosterhelt, *De weigerende aandeelhouder en de WHOA*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2021.

26 S.C.E.F. Moulen-Janssen, *De positie van aandeelhouders bij preventieve herstructurerings*. In *het bijzonder onder de Wet homologatie onderhands akkoord* (diss. Nijmegen, Serie Van der Heijden Instituut nr. 163), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

27 Zie daarvoor M.H.M. van Oers, ‘Fiscale positie aandeelhouder en WHOA’, *WFR* 2021/174. In dit FIP-artikel is alleen aandacht besteed aan de schuldeisers.

28 A.C.P. Bobeldijk, ‘De impact van een kwijtscheldingsakkoord onder de WHOA op de fiscale verliezen’, in: R. F. Feenstra e.a. (red.), *Wet Homologatie Onderhands Akkoord* (Insolad Jaarboek 2021), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 51-64.

29 Par. 5.2, p. 60-61.

30 Het lijkt erop dat zijn tekst alleen ziet op de FE Vpb, maar ook de FE OB kan worden verbroken door de aandelenwijziging.

31 Dit hangt samen met het overgangsregime voor verliezen uit houdsteren financieringsactiviteiten; art. 20 lid 4 Wet VPB 1969 geldt niet meer voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2019. Bobeldijk gaat daar nader op in in § 2.2, p. 52-53, en § 5.2, p. 60-61.

32 Art. 20 lid 5 Wet VPB 1969 (oud), de zogeheten tegenbewijsregeling inzake de vorderingsaldotoets.

33 Par. 2.3, p. 53-54.

34 Zie hierover par. 2.

35 Voor een goed overzicht van de verschillende voorwaarden onder de Wet VPB 1969 zie M.J. Boer, ‘Vijftig jaar verliesverrekening in de Wet VPB 1969’, in: A.J.A. Stevens & J.L. van de Streek (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen van 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 257-268.

36 H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming: niks of Phoenix*, Deventer: Kluwer 1998, p. 24.

37 Ingevolge de Wet van 23 december 1994, *Stb.* 1994, 937 (Wet onbeperkte voorwaartse verrekening van ondernemingsverliezen en vaststelling van verliezen bij beschikking), werd de termijn voor voorwaartse verliesverrekening onbeperkt in de tijd. Ingevolge de Wet van 30 november 2006, *Stb.* 2006, 631 (Wet werken aan winst), werd de termijn voor voorwaartse verliesverrekening beperkt tot negen jaren. Zie het toenmalige art. 34i Wet VPB 1969 voor het overgangsrecht.

38 Besluit van 21 mei 2021 tot inwerkingtreding van artikel XXVI, onderdelen Aa, Ab en Ba tot en met Bc, artikel XXVID en artikel XXXVII, onderdeel B, van het Belastingplan 2021, *Stb.* 2021, 257.

van compensabele verliezen nog verder doen dalen voor de wat grotere bedrijven. Daar staat weer tegenover dat een bijkomend effect van deze nieuwe beperking is dat er belastingheffing over de kwijtscheldingswinst in sommige gevallen kan gaan plaatsvinden ondanks de kwijtscheldingswinstvrijstelling.³⁹ Dit maakt de omzetting in aandelen weer aantrekkelijker, omdat er dan geen winst bij de schuldenaar is.

5.5 Specifieke reden

Er kan altijd in het concrete geval een specifieke reden zijn waarom omzetting in aandelen geen optie is. Voor een speciale categorie schuldeisers, te weten de pand- en hypotheekhouders die de schuldenaar bedrijfsmatig een financiering hebben verstrekt, hebben we nog dat omzetting in aandelen geen optie is. Art. 384 lid 4 onderdeel d Fw staat niet toe hen (certificaten van) aandelen aan te bieden zonder in plaats daarvan te kunnen opteren voor een uitkering in een andere vorm.

Optimalisatie akkoord kan meerdere akkoordvarianten omvatten

5.6 Zoeken naar optimalisatie

De adviseur moet afhankelijk wiens belangen worden behartigd een aantrekkelijk akkoord voor de schuldeiser, aandeelhouders en schuldenaar concipiëren gegeven de feiten en omstandigheden van het geval. Het kan zijn dat de meest optimale keuze is om aan handelscrediteu-

ren een percentageakkoord aan te bieden en aan gelieerde schuldeisers een akkoord strekkende tot omzetting van hun vorderingen in aandelen. Er is hier geen algemeen advies te geven, maar adviseurs moeten altijd ‘maatkostuums’ leveren en de maten daarvan zijn afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval.

6 Conclusie

In deze bijdrage zijn de fiscale aspecten van de akkoordvariant omzetting in aandelen besproken. De belangrijkste voordelen liggen bij de schuldenaar: behoud van de fiscale verliezen voor de schuldenaar, er zijn geen liquiditeiten benodigd, de lasten verminderen en de balanspositie verbetert. In de praktijk komt deze akkoordvariant weinig voor. De belangrijkste reden is dat de gemiddelde schuldeiser geen interesse heeft in aandelen in een niet-beursgenoteerde onderneming en daarom niet wil deelnemen aan een akkoord. Toch kan in voorkomende gevallen het een heel geschikte akkoordvariant zijn of een onderdeel van een akkoord met meerdere varianten. De adviseur moet deze akkoordvariant dan ook altijd overwegen.

Dit artikel is afgesloten op 1 december 2021.

Over de auteur

Mr. dr. M.H.M. (Marc) van Oers

Gast-onderzoeker bij het Fiscaal Instituut Tilburg van Tilburg University. Hij publiceert over fiscale en civiele aspecten van insolventie.

³⁹ Zie hierover A. Bobeldijk, 'Maatschappelijk onaanvaardbaar: belastingheffing over kwijtscheldingswinst', *WFR* 2021/16.