

# Fiscale aandachtspunten bij een dreigend faillissement

Op het moment dat een ondernemer in zwaar weer terecht komt of dreigt te komen, is het van groot belang dat er een goede check plaatsvindt van diens fiscale positie. Bovendien is het zaak die positie zo vroeg mogelijk in kaart te brengen. Hoe langer het duurt voordat de fiscaal adviseur wordt ingeschakeld om de ondernemer bij te staan, des te groter de kans dat de fiscale positie tot onomkeerbare problemen leidt. In dit artikel geef ik aan de hand van een 'checklist' aan welke fiscale onderwerpen speciale aandacht verdienen bij de ondernemer met continuïteitsproblemen.



**Ton Tekstra**  
Mr. dr. A.J. Tekstra  
is als advocaat en  
fiscalist werkzaam  
bij Blauw Tekstra  
Uding N.V. te  
Amsterdam

**W**aanneer een onderneming in financiële (continuïteits)problemen verkeert, moet snel worden onderzocht hoe haar fiscale profiel eruit ziet. De tijdsdruk is veelal hoog. De hierna volgende lijst met aandachtspunten is slechts een indicatief overzicht van de van belang zijnde topics; in dit bestek kunnen de onderwerpen natuurlijk slechts op hoofdlijnen worden behandeld. Verdieping kan plaatsvinden door het raadplegen van handboeken.<sup>1</sup>

## Meldingen aan de fiscus

Momenteel bestaan er twee regimes voor melding aan de fiscus bij bedrijven in moeilijkheden. De meldingsregeling bij betalingsonmacht, opgenomen in art. 36 e.v. Iw 1990 bestaat al vele jaren. Daar is recentelijk bijgekomen de meldingsregeling van 22bis Iw 1990, voor financiers die voornemens zijn handelingen te verrichten ten aanzien van bodemzaken. Beide meldingsregelingen kunnen een rol spelen bij continuïteitsproblemen, met name doordat de fiscus naar aanleiding van een melding tot nadere invorderingsacties overgaat, die de onderneming verder in de problemen kunnen brengen. Daarom is het belangrijk dat een inschatting wordt gemaakt van de verschillende meldingsmomenten en de mogelijke gevolgen daarvan voor de onderneming. De *melding betalingsonmacht* moet plaatsvinden uiterlijk

## Ondernemer in zwaar weer

In een tijd waarin het faillissementen regent, heeft de redactie van *Het Register* het plan opgevat om een korte serie te wijden aan diverse aspecten rond naderend onheil bij een onderneming die (ook) voor de fiscalist van groot belang zijn. De aftrap wordt hierbij verzorgd door Ton Tekstra, die via een checklistachtige benadering een groot aantal aandachtspunten beschrijft. In een volgende aflevering zal Joost Vetter zich specifiek op de bestuurdersaansprakelijkheid richten.

binnen twee weken na de dag waarop de afdracht van de desbetreffende belastingen – voornamelijk loonbelasting en omzetbelasting – dient plaats te vinden. Het begrip betalingsonmacht is erg ruim. Het gaat niet alleen om een blijvende toestand van niet-betalen, maar ook om tijdelijke betalingsmoeilijkheden waarin nog een verwachting bestaat dat de vennootschap aan haar financiële verplichtingen kan voldoen. Is door de bestuurders te laat namens de vennootschap gemeld, dan zijn ze normaal gesproken hoofdelijk aansprakelijk voor de

niet-gemelde belastingschuld. De bestuurders moeten het hier niet op aan laten komen en dus tijdig namens de vennootschap melden. Het komt voor dat de bestuurders twijfelen of ze wel tot melding moeten overgaan, omdat ze vrezen dat de fiscus daardoor actief tot invordering zal overgaan. Er zijn mogelijkheden om de fiscus van de betalingsonmacht op de hoogte te stellen, terwijl tegelijkertijd het risico van een actieve ontvanger zo veel mogelijk wordt beperkt.

De *meldingsregeling voor het bodemrecht* is feitelijk op 1 april 2013 in werking getreden en is met name bedoeld om 'bodemverhuurconstructies' door de banken in te perken.<sup>2</sup> De regeling verplicht financiers een melding aan de ontvanger te doen op het moment dat zij voornemens zijn handelingen te gaan verrichten met bodemzaken – machines, apparatuur en inventaris, echter niet de voorraad – die zich bevinden bij de ondernemer in problemen. Zodra de melding wordt gedaan, krijgt de ontvanger vier weken de tijd om te beslissen of hij (bodem) beslag op deze zaken zal gaan leggen. Een melding kan er dus toe leiden dat de financiers hun dekking op deze zaken zien verdwijnen, omdat de opbrengst daarvan niet meer aan hen zal toekomen. De kans is dan groot dat de financiers zich in dergelijke situaties zullen terugtrekken bij de onderneming, onder meer onder opzegging van de financiering. Dit risico moet in een specifiek geval op voorhand zo goed mogelijk worden ingeschat (en geëlimineerd).

### Fiscale kruisverbanden, met name fiscale eenheden

Is de onderneming in problemen onderdeel van een groep(je) vennootschappen, dan zal er meestal sprake zijn van fiscale en financiële kruisverbanden. Die moeten goed in kaart worden gebracht. Financiële kruisverbanden kunnen het gevolg zijn van groepsvoordringen en aansprakelijkheden vanwege garanties, 403-verklaringen e.d., waarover verderop meer. De belangrijkste fiscale kruisverbanden worden gevormd door fiscale eenheden. Het gaat dan met name om de fiscale eenheid omzetbelasting en de fiscale eenheid vennootschapsbelasting. Dat zijn voor de hand liggende fiscale figuren voor het geval de vennootschappen die in de eenheid zijn gevoegd, geen continuïteitsproblemen hebben. Maar op het moment dat die problemen zich wel (ergens) binnen de groep voordoen, vormen de fiscale eenheden 'knellende verbanden', die zich lastig laten loskoppelen zonder schade van betekenis.

Bij de fiscale eenheid voor de *omzetbelasting* zijn de risico's gelegen in de verplichting om in vooraf trek genomen omzetbelasting weer terug te betalen op het moment dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de facturen waarvoor de vooraf trek is gepleegd, niet worden voldaan (art. 29, lid 2 Wet OB). De vennootschappen binnen de fiscale eenheid zijn op grond van art. 43, lid 1 Iw 1990 hoofdelijk aansprakelijk voor deze fiscale schuld. Om aan deze aansprakelijkheid te ontkomen, moet de fiscale eenheid met de probleemdochter tijdig worden verbroken en daarvan moet de inspecteur schriftelijk op

## Het is belangrijk dat een inschatting wordt gemaakt van de verschillende meldingsmomenten en de mogelijke gevolgen daarvan voor de onderneming

de hoogte worden gesteld. De tijdigheid van de verbreking moet van geval tot geval worden bekeken. Is er tevens een fiscale eenheid vennootschapsbelasting, dan moet worden onderzocht of die hierdoor ook wordt verbroken. Dat laatste zal meestal niet verstandig zijn (zie hierna). Er moet dan worden gezorgd dat de verbreking slechts voor de omzetbelasting plaatsvindt.

Bij een fiscale eenheid *vennootschapsbelasting* bestaan er diverse latente fiscale claims, die worden 'getriggerd' op het moment dat een vennootschap uit de eenheid in de problemen komt en haar crediteuren niet meer (geheel) kan betalen. Gaat de vennootschap op enig moment failliet en eindigt het faillissement zonder (volledige) uitkering aan de crediteuren – dit gebeurt in circa 90% van de faillissementen – dan vallen de onbetaalde schulden aan het einde van het faillissement vrij binnen de fiscale eenheid.<sup>3</sup> Probeer men dit vrijvaleffect te voorkomen door de desbetreffende probleemdochter te ontvoegen, dan zal veelal sprake zijn van een ontvoeging in het zicht van de liquidatie in de zin van art. 15aj, lid 3 Wet Vpb.<sup>4</sup> Ook dit heeft tot gevolg dat de onbetaalde schulden zullen vrijvallen binnen de fiscale eenheid. Een crediteurenakkoord bij de probleemdochter levert in gevallen als deze ook complicaties op; ik kom daar verderop nog op terug.

## De meldingsregeling voor het bodemrecht is met name bedoeld om 'bodemverhuurconstructies' door de banken in te perken

### De status van groepsvoordringen

In veel gevallen zal een onderneming in problemen gelieerd zijn aan een of meer andere ondernemingen en bestaan er onderling diverse financiële relaties tussen deze entiteiten, meestal vennootschappen. In die situaties moet speciale aandacht worden besteed aan de fiscale status van de groepsvoordringen. Er kan sprake zijn van zogenoemde 13ba-leningen, dus leningen die reeds door de geldlener geheel of gedeeltelijk fiscaal zijn afgewaardeerd. Op het moment dat er handelingen met deze leningen plaatsvinden waardoor ze een andere status krijgen – zoals kwijtschelding, achterstelling of omzetting in aandelen – zal er een fiscaal winstmoment ontstaan.

Dit kan in veel gevallen tijdelijk worden opgevangen door de vorming van een opwaarderingsreserve, maar op enig moment zal over de meerwaarde (na een geslaagde sanering) fiscale winst moeten worden genomen.

Een groepsvordering kan ook de status van deelnemerschapslening hebben, in welk geval een fiscaal afwaarderingsverlies niet mogelijk is. Het verlies kan dan fiscaal slechts worden gerealiseerd in de vorm van een liquidatieverlies. Dan moet echter de liquidatie van de vennootschap zijn voltooid (art. 13d, lid 9 Wet Vpb). Bij bedrijven in moeilijkheden betekent dit dat de vennootschap in faillissement moet gaan en vervolgens het faillissement volledig moet zijn afgewikkeld. Ook kan, om een liquidatieverlies op de deelneming (inclusief de deelnemerschapslening) te kunnen nemen, worden gekozen voor de figuur van de versnelde liquidatie

## Bij veel groepsvorderingen zal de fiscus meestal het standpunt innemen dat sprake is van onzakelijke leningen/verhoudingen

of de turboliquidatie. Daar zitten de nodige haken en ogen aan. Doet de aandeelhouder mee in een doorstart en neemt hij een aandelenbelang in de doorstart-bv, dan wordt het liquidatieverlies uitgesteld (art. 13e Wet Vpb). Bij veel groepsvorderingen zal de fiscus meestal het standpunt innemen dat sprake is van onzakelijke leningen/verhoudingen in de zin van de bekende arresten van 25 november 2011. Het is veelal lastig dit standpunt te pareren, waardoor het in de huidige praktijk uiterst moeilijk blijkt te zijn om fiscale verliezen te nemen op (oninbare) groepsvorderingen. Dan resteert nog slechts het nemen van een liquidatieverlies aan het einde van de rit. Als de fiscaal adviseur hier tijdig bij is, kan worden geprobeerd de groepsvorderingen op een zakelijk verantwoorde wijze af te wikkelen voordat een of meer groepsvennootschappen insolvent worden. Dat kan via feitelijke betalingen of eventueel via verrekeningsafspraken. Dit laatste is echter 'juridisch kwetsbaar', gezien het risico dat de curator die afspraken kan aantasten met een beroep op de *actio pauliana*. Voorzichtigheid is hier geboden.

### Paraplukredieten, garanties, borgstellingen e.d.

De Hoge Raad heeft bepaald dat betalingen van een groepsvennootschap aan een bankconsortium van een hoofdelijke schuld in verband met een paraplukrediet niet fiscaal aftrekbaar zijn bij deze groepsvennootschap.<sup>5</sup> De Hoge Raad vindt dat het op zich nemen van een hoofdelijke schuld en de betaling daarvan aan de financiers zich voltrekt in de aandeelhouderssfeer. Hetzelfde zal waarschijnlijk gelden voor een door een groepsvennootschap afgegeven borg, garantie of een

403-verklaring. Na deze betaling aan de financier zal de groepsvennootschap in veel gevallen een regresvordering krijgen op de vennootschap(pen) waarvoor ze heeft betaald. Het is zeer de vraag of een afwaardering op deze regresvordering, omdat die oninbaar blijkt te zijn, tot een fiscaal verlies aanleiding kan geven. Waarschijnlijk zal ook deze omstandigheid zich in de aandeelhouders- of kapitaalsfeer voltrekken. Voor de dga die zich persoonlijk borg heeft gesteld, kan een fiscaal verlies onder de tbs-regeling nog wel mogelijk zijn, tenzij daarbij sprake is van een onzakelijke borgstelling.<sup>6</sup>

### Carry back-mogelijkheden

De vennootschap in moeilijkheden kan mogelijk in aanmerking komen voor een *carry back*. Deze faciliteit is voor de jaren 2009-2011 tijdelijk verruimd naar drie jaar. Bij een fiscale eenheid vennootschapsbelasting komt de carry back aan de moedervenootschap toe. Bedacht moet worden dat de fiscus deze teruggaaf in ruime mate kan verrekenen met fiscale schulden, bijvoorbeeld omzet- en loonbelastingsschulden. De fiscus kan de teruggaaf aan een moeder in een fiscale eenheid zelfs verrekenen met vorderingen op een of meer dochters in de fiscale eenheid (art. 24, lid 1 Iw 1990). Dit zou een reden kunnen zijn om de fiscale eenheid te verbreken, maar dat heeft, zoals we hiervoor hebben gezien, ook weer vervelende neveneffecten. Daarnaast moet men erop zijn bedacht dat een belastingteruggaaf, zoals hier de carry back, normaal gesproken verpand zal zijn aan de financierende bank.<sup>7</sup> De teruggaaf komt daardoor automatisch onder het pandrecht van de bank te vallen. Dit laat de verrekeningsmogelijkheden van de ontvanger echter onverlet, tenzij de ontvanger met de verpanding aan de bank heeft ingestemd. Die instemming wordt overigens in de praktijk vrijwel nooit gevraagd.

### De mogelijkheden van een crediteurenakkoord en de carry forward

Een geslaagd crediteurenakkoord, al dan niet onderhands, heeft als gevolg dat het kwijtgescholden deel van de vorderingen fiscale winst oplevert, de kwijtgescholden belasting daaronder begrepen. Die winst moet worden verrekenend met een eventueel aanwezige verliescompensatie (carry forward). Het meerdere valt normaal gesproken onder de kwijtscheldingswinstvrijstelling. Deze vrijstelling zal echter niet gelden als het akkoord ziet op een vennootschap die zich in een fiscale eenheid vennootschapsbelasting bevindt (art. 15ac, lid 2 Wet Vpb), of die de afgelopen zes jaar in een dergelijke eenheid heeft gezeten (art. 8, lid 4 Wet Vpb). Deze bepalingen, die sinds 2003 gelden, kunnen vervelend uitpakken. Daar moet dus tijdig op worden geanticipeerd. Er zijn methoden om een aanwezige carry forward in stand te laten terwijl er met de crediteuren een regeling wordt getroffen voor de openstaande schulden. Het gaat dan vooral om de zogenoemde overname- of Begemannconstructie, of een regeling met een of meer crediteuren waarbij sprake is van een voorwaardelijke kwijtschelding. Ook dit is maatwerk. Uiteraard dient bij een aan-



deelhouderswisseling in verband met een crediteurenakkoord rekening te worden gehouden met de werking van art. 20a Wet Vpb, omdat anders de verliescompensatie via deze bepaling verdampt.

### De verkoop van activa en btw

In de meeste gevallen zullen bij een bedrijf in moeilijkheden verkopen van activa plaatsvinden. De btw vormt dan een belangrijk aandachtspunt. Bij verkoop en levering van onroerende zaken speelt de btw meestal geen rol, omdat alleen in de eerste twee jaar na de eerste ingebruikneming btw van toepassing is. In die gevallen zal de hypotheekhouder overigens wel aanspraak willen (en kunnen) maken op de opbrengst inclusief de btw, gebaseerd op het oude Rentekasarrest uit 1983. Zit de onroerende zaak niet meer in de tweejaarsperiode, dan kan wel worden geopteerd voor een btw-belaste levering, maar sinds 1989 moet in die gevallen de btw worden verlegd naar de koper en kan de btw zo dus niet bij de hypotheekhouder terechtkomen.

Speciale aandacht verdient nog de herzienings-btw. Deze herzieningsschuld zal ontstaan op het moment dat

Er kunnen zich nog steeds situaties voordoen waarin de btw niet is verlegd en de pandhouder zich dus mag verhalen op de btw

het pand binnen de herzieningstermijn van tien jaar wordt verkocht zonder btw. Bij een fiscale eenheid omzetbelasting vormt de herzienings-btw een hoofdelijke schuld. Hier zijn oplossingen voor, die tijdig moeten worden onderzocht. Daarnaast is de overdrachtsbelasting een specifiek aandachtspunt, vooral wanneer het de bedoeling is onroerende zaken elders in de groep onder te brengen of zelfs buiten de groep te brengen. Voorkomen moet worden dat hier overdrachtsbelasting verschuldigd wordt. De reorganisatievrijstelling is lastig toepasbaar op dit soort herstructureringen, maar ook hier zijn mogelijkheden bij tijdige advisering. Vindt er verkoop en levering van roerende zaken plaats en dient daarbij omzetbelasting in rekening te worden

gebracht – niet zijnde een ‘art. 37d Wet OB-geval’ – dan geldt sinds 2008 een btw-verlegging als sprake is van een executie door de ‘zekerheidsgerechtigde’ (meestal de pandhouder) en de levering aan een niet-particulier plaatsvindt. De pandhouder kan zich in dat geval niet op het Rentekas arrest beroepen. De vraag is wanneer nu sprake is van executie. Dat is ten eerste openbare verkoop (veiling), ten tweede verkoop door de pandhouder met toestemming van de voorzieningenrechter en ten derde verkoop op grond van een onderlinge afspraak tussen de ondernemer en de pandhouder. In de meeste gevallen zal dus de verleggingsregeling van toepassing zijn, maar er kunnen zich nog steeds situaties voordoen waarin de btw niet is verlegd en de pandhouder zich dus mag verhalen op de btw. Het is van groot belang deze varianten tijdig in kaart te brengen.

### De btw in verband met de debiteuren- en crediteurenposities

Ondernemers in zwaar weer worden op hun beurt geconfronteerd met debiteuren die zelf in de financiële problemen zitten en daardoor de openstaande facturen niet kunnen voldoen. Het is dan mogelijk op de voet van art. 29, lid 1 Wet OB de reeds afgedragen btw in deze facturen bij de fiscus terug te vorderen. Dit mag niet via de reguliere aangifte, maar moet door middel van een separaat verzoek.<sup>8</sup> Helaas doet de fiscus vaak lang over het afwikkelen van deze teruggaaf, en dat terwijl de crediteur de terugbetaling van de btw zeer goed kan gebruiken. In het kader van een doorstart, al dan niet via faillissement, kan de debiteurenportefeuille overgaan naar een andere partij. De bevoegdheid om de btw terug te

### Tot slot: hoe fiscaal te anticiperen op naderend onheil?

Uit het voorgaande blijkt hoe cruciaal het is dat de fiscaal adviseur tijdig wordt ingeschakeld bij een bedrijf dat vreest in financiële problemen te komen. Dat maakt het mogelijk om fiscale en financiële kruisverbanden nog uiteen te rafelen en te voorkomen dat er bij de betrokken partijen fiscale aansprakelijkheden ontstaan, bijvoorbeeld doordat de meldingsregelingen niet op een juiste wijze worden toegepast. De eventuele neveneffecten van de meldingen kunnen vooraf in kaart worden gebracht. Ook kunnen groepsvorderingen en -schulden in die gevallen tijdig worden herschikt op een fiscaal optimaal niveau.

Hiervoor zijn diverse aandachtspunten aan bod gekomen die snel, maar toch ook diepgaand moeten worden onderzocht. Het lastigste onderwerp vormt de fiscale eenheid, vooral die voor de vennootschapsbelasting. Die komt vaker voor dan wel eens wordt gedacht, ook in het MKB. Wordt tijdig opgemerkt dat binnen een dergelijke fiscale eenheid een of meer dochters actief zijn die op enig moment in de problemen kunnen komen, dan kan het verstandig zijn om die uit de fiscale eenheid te plaatsen, zodanig dat zij een substantieel deel van de carry forward meekrijgen (art. 15af Wet Vpb). Zij zijn daardoor in de toekomst in staat de fiscale effecten op te vangen van een vrijval van hun crediteuren – vanwege een akkoord of het om andere reden onbetaald laten van (een deel van) de schulden – zonder dat de rest van de groepsvennootschappen daardoor nog kan worden geraakt. <<<

## In veel faillissementen waarin uitkeringen zijn te verwachten, worden vorderingen op de failliete vennootschap overgenomen door handelaren in ‘distressed claims’

vorderen blijft dan in beginsel bij de oorspronkelijke crediteur achter, tenzij daar andere voorzieningen voor worden getroffen. In veel faillissementen waarin uitkeringen zijn te verwachten, worden vorderingen op de failliete vennootschap overgenomen door handelaren in ‘distressed claims’. Ook hier dienen zich specifieke fiscale kwesties aan, die tijdig moeten worden gescand. De (latente) verplichting voor de ondernemer in problemen om de in vooraf trek genomen btw weer aan de fiscus terug te betalen (art. 29, lid 2 Wet OB) is hiervoor al aan de orde gekomen.

### Noten

- 1 Zie bijvoorbeeld A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Sdu Uitgevers 2011 en J.J. Vetter, A.J. Tekstra en P.J. Wattel, *Invoering van belastingen*, Kluwer 2012.
- 2 Zie mijn artikel ‘Het bodemrecht van de fiscus anno 2013’ in *Ondernemingsrecht* 2013/7.
- 3 Zie HR 10 september 2010, JOR 2010/297, V-N 2010/43.14.
- 4 Zie HR 10 juni 2011, JOR 2011/280, BNB 2011/221.
- 5 HR 1 maart 2013, JOR 2013/195, BNB 2013/109.
- 6 HR 14 september 2012, JOR 2012/346.
- 7 Zie mijn beantwoording rechtsvraag complicaties bij verpanding van een belastingteruggaaf in het *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012/1.
- 8 Zie Hof Amsterdam 4 april 2013, JOR 2013/230.