

RUBRIEKEN

FISCAAL RECHT

Auteur: dr. E.A. Brood, NautaDutilh,
Rotterdam

Vennootschappen verlost van belasting op omzetting van schulden?

Gastauteur: mr. H.H. Drijer, NautaDutilh,
Rotterdam

Inleiding

Aangezien in de praktijk vaak leningen worden omgezet in aandelen, veelal in het kader van de schuldsanering van vennootschappen, worden hieronder de fiscale gevolgen van het omzetten van een schuld in aandelen van de schuldenaar kort weergegeven.

Sinds 1 januari 2001 is er een nieuw artikel 12 in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 ingevoerd. Hierdoor vindt er onder de hierna beschreven omstandigheden belastingheffing plaats in geval van omzetting van een schuld in aandelen. Vennootschappen als Versatel, UPC en Song kwamen hierdoor in de knel met hun schuldsanering. De Staatssecretaris van Financiën heeft op 11 december 2002 een wetsvoorstel aangekondigd om op zeer korte termijn artikel 12 aan te passen. Als aan nog nader te bepalen voorwaarden voldaan zal zijn, zal er een vrijstelling van belasting zijn en zal er derhalve geen belastingheffing plaatsvinden.

Artikel 12 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 12 verplicht tot winstneming bij de schuldenaar, indien, kort gezegd, een niet volwaardige schuldvordering wordt omgezet in eigen vermogen (o.a. aandelen). De schuldenaar dient winst aan te geven ter grootte van het verschil tussen de boekwaarde (normaal gesproken de nominale waarde) en de lagere marktwaarde (waarde in het economisch verkeer).

Normaal gesproken ontstaat er een verschil tussen de boekwaarde en de marktwaarde indien de schuldenaar geheel of gedeeltelijk niet in staat is de schuld te voldoen. Er is dan sprake van een niet volwaardige schuldvordering.

Er doen zich echter ook andere gevallen voor waarbij er wel sprake is van een volwaardige schuldvordering. De marktwaarde kan namelijk eveneens lager zijn dan de boekwaarde bij o.a. valutafluctuaties en wijziging van de marktrente (lagere marktrente) ten opzichte van de afgesproken rente. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat deze gevallen ook onder artikel 12 vallen, omdat bij omzetting in eigen vermogen van een dergelijke schuld een vermogensvoortgang bij de schuldenaar kan worden geconstateerd. Het is dus niet zo, dat gezegd kan worden, dat indien de schuld wordt omgezet in aandelen en er geen sprake is van een slechte financiële situatie bij de schuldenaar, er per definitie geen belastingheffing zal optreden.

Tekst artikel 12 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 12 luidt voor zover relevant:

Lid 1. Indien een schuld waarvan de boekwaarde meer bedraagt dan de waarde in het economische verkeer van de met die schuld corresponderende schuldvordering, door de belastingplichtige (schuldenaar) wordt voldaan door het uitgeven van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten of bewijzen van deelgerechtigdheid (omzetting), wordt de belastingplichtige geacht een voordeel te hebben genoten. Het voordeel wordt gesteld op het verschil tussen de boekwaarde van de schuld en de waarde in het economische verkeer van de met die schuld corresponderende schuldvordering op het tijdstip van de omzetting.

Lid 2. [...]

Lid 3. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing indien een schuld gaat functioneren als eigen vermogen van de schuldenaar zonder dat deze daartoe aandelen uitgeeft.

Onder de term "voldaan" in lid 1 van artikel 12 valt zowel het geval dat de schuldeiser en de schuldenaar overeenkomen dat de schuldenaar van de schuld wordt bevrijd door de uitgifte van aandelen als het geval waarin zij overeenkomen dat de schuldenaar aan de schuldeiser aandelen uitgeeft en de schuldeiser zijn stortingsverplichting op deze aandelen verrekent met de schuld.

Artikel 12 is alleen van toepassing wanneer de schuld wordt voldaan door uitgifte van aandelen in de schuldenaar en niet door uitgifte van aandelen in een ander lichaam, ook al is dat lichaam gelieerd.

Indien de schuld bij de schuldenaar feitelijk gaat functioneren als eigen vermogen, zonder dat de vennootschap daartoe formeel aandelen uitgeeft, dan wordt dit behandeld alsof de schuld wordt voldaan door uitgifte van aandelen (artikel 12 lid 3). Hierbij treedt een verschil op tussen de civielrechtelijke kwalificatie en de fiscale kwalificatie. Fiscaal kan een schuld feitelijk gaan functioneren als eigen vermogen (informeel kapitaal), terwijl civielrechtelijk nog steeds sprake is van een schuld. Hoewel dit begrip informeel kapitaal tamelijk uitgerijpt is in het fiscale recht, blijft het in het civiele recht een moeilijk te duiden begrip. Het valt buiten de context van dit artikel om hier nader op in te gaan, maar er is o.a. sprake van informeel kapitaal bij wijziging van de leningsvoorwaarden in een hybride lening en bij het onzakelijk kwijtschelden.

Artikel 12 noemt slechts het uitgeven van aandelen en niet het uitgeven van rechten op aandelen. Het is de vraag of, wanneer er in plaats van aandelen rechten op aandelen, zoals opties en warrants, worden uitgegeven door de schuldenaar winst moet worden genomen op grond van artikel 12.

Doel en strekking

Als een vennootschap verlies lijdt, kan een schuldeiser op basis van goedkoopmanschap zijn vordering op de vennootschap afwaarderen. Als het weer beter gaat met

de vennootschap, zal de schuldeiser de vordering belast moeten opwaarderen. Door de vordering om te zetten in eigen vermogen kan onder bepaalde voorwaarden worden voorkomen dat de vordering belast opgewaardeerd dient te worden bij de schuldeiser. Daarnaast is de schuldenaar bij de omzetting gebaat, aangezien hij hierdoor een vermogensvoortgang realiseert. De schuldenaar heeft vaak vóór de omzetting een negatief vermogen (het eigen vermogen is door de verliezen geheel verdwenen), terwijl dit na de omzetting niet meer het geval is (de schuld is weggevalen). Artikel 12 belast dit voordeel door middel van winstneming op het niveau van de schuldenaar.

Het uitgangspunt voor de invoering van artikel 12 was dat een omzetting van een schuldvordering in eigen vermogen op één lijn is te stellen met kwijtschelding van de schuld (o.a. het afstand doen om niet, zie artikel 6:160 BW), hetgeen ook tot winst voor de schuldenaar leidt (vaak is hierop echter de kwijtscheldingsvrijstelling van toepassing zodat dit niet tot belastingheffing leidt). In gevallen waarin artikel 12 toegepast dient te worden, was de staatssecretaris tot 11 december 2002 van mening dat de kwijtscheldingsvrijstelling niet kon worden toegepast.

Voorwaarden voor toepassing van artikel 12

Er moet sprake zijn van een (niet volwaardige) schuld, waarbij de boekwaarde (normaal gesproken de nominale waarde) van de schuld meer bedraagt dan de marktwaarde van de schuldvordering; en Deze schuld moet worden omgezet in eigen vermogen (worden voldaan door o.a. het uitgeven van aandelen).

Wetsvoorstel: Conversiewinst vrijstelling

In bovengenoemd wetsvoorstel zal een conversiewinst vrijstelling worden ingevoerd, die waarschijnlijk vergelijkbare voorwaarden zal kennen als de reeds bestaande kwijtscheldingsvrijstelling.

De conversiewinst zal zijn vrijgesteld voor zover de conversiewinst de beschikbare compensabele verliezen van de schuldenaar te boven gaat. Als gevolg van deze voorwaarde zal de vennootschap haar compensabele verliezen kwijtraken, aangezien de vennootschap de conversiewinst eerst dient te verrekenen met de compensabele verliezen (door verliesverrekening wordt de conversiewinst verlaagd evenals in de huidige situatie). Hetgeen dan nog resteert aan conversiewinst is vrijgesteld.

Tevens zullen volgens de staatssecretaris van Financiën nadere voorwaarden worden gesteld om te voorkomen dat latent aanwezige compensabele verliezen worden uitgesteld om toekomstige andere winsten (normale winst, i.e. geen conversiewinst) te verlagen. Waarschijnlijk zijn deze nadere voorwaarden niet vergelijkbaar met de huidige kwijtscheldingsvrijstelling voorwaarden. Indien de voorwaarden echter volledig vergelijkbaar zijn met de kwijtscheldingsvrijstelling voorwaarden, dan ontstaan interessante planningsmogelijkheden om de compensabele verliezen te behouden voor andere winsten dan de conversiewinst. Afgewacht dient te worden of het wetsvoorstel vergelijkbare voorwaarden zal kennen als de reeds bestaande voorwaarden voor toepassing van de kwijtscheldingsvrijstelling.

Conclusie

Wanneer een lening wordt omgezet in aandelenkapitaal van de schuldenaar, kan er belaste conversiewinst ontstaan bij de schuldenaar van die lening. Belastingheffing vindt plaats over het verschil tussen de boekwaarde en de marktwaarde van de lening. Op dit moment is er geen belastingvrijstelling voor de conversiewinst, maar de Staatssecretaris van Financiën heeft op 11 december 2002 een wetsvoorstel conversiewinst vrijstelling aangekondigd waardoor belastingheffing voorkomen kan worden.

MILIEURECHT

mr. B. Koolhaas, Clifford Chance LLP, Amsterdam

Rechtspersoon en bestuurder: één overtreder?

Gastauteur: mr. C.E. Würdemann, Clifford Chance LLP, Amsterdam

Inleiding

Dat in het bestuursrecht een directeur als overtreder kan worden aangemerkt in verband met milieuschade veroorzaakt door de rechtspersoon is algemeen bekend. Zo oordeelde de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State in 1984 dat de enig directeur en aandeelhouder van het betrokken bedrijf aan te merken was als overtreder in de zin van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. Dit vloei- de volgens de Voorzitter voort uit het feit dat de enig directeur opdracht had gegeven tot verboden lozingen en daaraan feitelijk leiding had gegeven, althans deze niet had verhinderd (*Vz Afd. rechtspraak RvS 24 februari 1984, AB 1984, 480*).

Het artikel 5.0.1 lid 3 van het Voorontwerp vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (het "Voorontwerp") codificeert deze regel die in de bestuursrechtelijke jurisprudentie reeds was aanvaard naar analogie van artikel 51 Wetboek van Strafrecht. Het artikel bepaalt dat indien een rechtspersoon een overtreding begaat, een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd zowel aan de rechtspersoon als aan degenen die tot de overtreding opdracht of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.

Het genoemde artikel van het Voorontwerp roept een aantal vragen op over de verhouding tussen de rechtspersoon en de opdrachtgever of feitelijke leidinggever. Er kan onduidelijkheid ontstaan als er naast een bestuurlijke boete tevens een strafrechtelijke vervolging wordt geïnitieerd. Indien een feitelijke leidinggever strafrechtelijk wordt vervolgd, maar een rechtspersoon niet, mag dan aan de laatste wel een bestuurlijke boete worden opgelegd?