

Mr. dr. M.H.M. van Oers

# **De doorstart van een BV bij insolventie**

*2e druk*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2020

## WOORD VOORAF

In 2007 verscheen de handelseditie van mijn dissertatie *Fiscale aspecten bij doorstart van de insolvente NV/BV* die ik op 13 september 2006 verdedigde aan Tilburg University (toen nog Universiteit van Tilburg geheten). Ik was toen nog docent Belastingrecht aan die universiteit. Door emigratie naar the Isle of Man in 2010 is er tot nu toe geen update van deze handelseditie verschenen. Begin 2017 heb ik besloten alsnog zulk een update te schrijven, hoewel ik niet meer werkzaam ben in de fiscale praktijk.

Ik heb besloten het boek evenals in 2007 te beperken tot één rechtsstelsel, waarbij wel rekening wordt gehouden met het voor Nederland relevante internationale recht. Gevolg is wel dat ik een boek heb geschreven over het fiscale recht van een voor mij buitenlandse mogendheid. Tijdens het schrijfproces is mijn land opgenomen in de Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden, *Stcrt.* 2018, 72064. Dit heeft geen gevolgen (gehad) voor de wijze waarop ik mij in dit boek uitlaat over de Nederlandse Belastingdienst, het Ministerie van Financiën in Den Haag et cetera. Bovendien was het schrijven van dit boek louter een technisch proces. Ik word niet (meer) gehinderd door persoonlijke of zakelijke ervaringen en belangen bij zaken die in dit boek aan de orde komen, dus de uitkomst van wetgeving of rechtspraak raakt mij niet. De onderwerpen worden puur zakelijk behandeld.

Dit boek is geheel geschreven op the Isle of Man. Ik wil Tilburg University dankzeggen voor de online faciliteiten waarvan ik als (buitenlands) gastonderzoeker gebruik heb kunnen maken om dit boek te schrijven. Zoekopdrachten uit te voeren in de Tilburgse Universiteitsbibliotheek zijn allemaal gedaan door Wilco Geelhoed, student Fiscale Economie aan Tilburg University. Ook heeft hij (onder meer) het voetnotenapparaat verzorgd, waarvoor dank. Ik ben ook dank verschuldigd aan de mensen uit wetenschap en praktijk die bereid bleken de kopij van commentaar te voorzien. Het gaat achtereenvolgens om:

Mr. dr. A.J. Tekstra, Blauw Tekstra Uding Advocaten te Amsterdam: alle hoofdstukken.

Mr. dr. drs. F.P. van Koppen, NautaDutilh: hoofdstuk 2.

Mr. dr. B.G.A. Heijnen, Loyens & Loeff, Maastricht University en Nyenrode Business University: hoofdstuk 3 en 4.

Em. prof. dr. A.C. Rijkers, emeritus hoogleraar aan Tilburg University: hoofdstuk 5.

Dr. F.J. Elswelier, EY en Tilburg University: hoofdstuk 6.

A. van Eijdsden, coördinerend/specialistisch adviseur (invordering) bij het Ministerie van Financiën: hoofdstuk 7.

Mr. J.J. Vetter, Geradts & Vetter Advocaten-Belastingkundigen te Amsterdam: hoofdstuk 7.

Deze mensen hebben mij voorzien van vele suggesties. Daardoor wordt een groot aantal onderwerpen grondiger behandeld dan in 2007 en ook zijn nieuwe onderwerpen toegevoegd, zoals de verleggingsregeling voor de omzetbelasting bij insolventie. Het resultaat is een groot scala aan onderwerpen van civiele en fiscale aard rondom het thema 'insolventie'. Dit heeft er wel toe geleid dat het boek een grotere omvang heeft dan de handelseditie van mijn proefschrift in 2007.

Andere factoren voor een omvangrijker boek zijn de volgende. Het boek is zowel voor civilisten als fiscalisten geschreven, hetgeen soms een langere aanloop nodig maakt. Ik heb gepoogd een aantal syntheses (visies, invalshoeken en onderlinge samenhangen) van het fiscaal insolventierecht, voor zover het de doorstart van een onderneming van de BV betreft, te laten zien. Heden ten dage is er door internet veel juridische informatie beschikbaar, maar optimaal gebruik van die informatie kan mijns inziens pas aan de orde zijn wanneer de gebruiker die informatie in een breder verband kan plaatsen. Men moet het fiscaaljuridisch kader kennen om overzicht te krijgen. In dit boek heb ik getracht die kaders tegen de achtergrond van insolventie duidelijk weer te geven. Dit heeft allemaal wel geleid tot een omvangrijk boekwerk. De norm die de FM-redactiecommissie en de uitgever plegen aan te houden voor de omvang van de uitgaven in deze serie is evident overschreden. Ik ben deze commissie en uitgever zeer erkentelijk dat ik van deze norm bij uitzondering heb mogen afwijken.

Er blijven nieuwe ontwikkelingen komen, maar op een gegeven moment moet de kopij naar Wolters Kluwer Nederland B.V. De afsluiting van de kopij is geschied op 31 oktober 2019. Dit betekent dat bijvoorbeeld rekening is gehouden met wetsvoorstellen gepresenteerd op Prinsjesdag 2019 en met de relevante periodieken die tot deze datum zijn verschenen.

Ramsey (The Isle of Man), 6 november 2019

Mr. dr. M.H.M. van Oers

# INHOUDSOPGAVE

## **Woord vooraf / V**

### HOOFDSTUK 1

#### **Inleiding / 1**

- 1.1 Toenemende aandacht voor fiscale aspecten / 1
- 1.2 Afbakening onderwerp / 3
  - 1.2.1 Doorstart / 3
  - 1.2.2 Beperking tot BV en nationale situaties / 5
- 1.3 Indeling boek / 7

### HOOFDSTUK 2

#### **Doorstart (civiel) / 11**

- 2.1 Inleiding / 11
- 2.2 Herziening insolventierecht / 12
  - 2.2.1 Inleiding / 12
  - 2.2.2 Ontwikkelingen sinds jaren 80 / 13
  - 2.2.3 Wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' / 17
  - 2.2.4 Europese Herstructureringsrichtlijn / 19
  - 2.2.5 Toekomst / 20
- 2.3 Akkoord / 21
  - 2.3.1 Inleiding / 21
  - 2.3.2 Paulianeus handelen / 21
    - 2.3.2.1 Inleiding / 21
    - 2.3.2.2 Benadeling / 22
      - 2.3.2.2.1 (On)middellijke benadeling / 22
      - 2.3.2.2.2 Twee praktijkvoorbeelden van benadeling / 22
    - 2.3.2.3 Artikel 47 Fw / 23
    - 2.3.2.4 Afronding / 24
  - 2.3.3 Dwangakkoord in surseance en faillissement / 24
  - 2.3.4 Onderhands akkoord / 27
    - 2.3.4.1 Klassiek onderhands akkoord / 27
    - 2.3.4.2 Onderhands dwangakkoord (WHOA) / 29
      - 2.3.4.2.1 Inleiding / 29
      - 2.3.4.2.2 Inhoud wetsvoorstel / 29
    - 2.3.5 Vijf akkoordvarianten / 32

2.3.5.1	Inleiding / 32
2.3.5.2	Bepalende factoren voor keuze / 32
2.3.5.3	Percentageakkoord / 35
2.3.5.4	Converteerbare geldlening / 37
2.3.5.5	Omzetting vorderingen in achtergestelde lening / 37
2.3.5.6	Omzetting vordering in aandelen / 39
2.3.5.7	Overnameconstructie / 39
2.4	Aandelentransactie / 40
2.5	Sterfhuisconstructie / 41
2.5.1	Inleiding / 41
2.5.2	Paulianeus handelen / 43
2.5.3	Regres / 44
2.5.3.1	Concernfinanciering / 44
2.5.3.2	403-verklaring / 48
2.6	Ziekenhuisconstructie / 50
2.7	Activatransactie / 53
2.7.1	Inleiding / 53
2.7.2	Misbruik van bevoegdheid / 60
2.7.3	Uitleg van richtlijn werknemers bij overgang onderneming / 62
2.7.3.1	Pre-pack / 62
2.7.3.2	Richtlijn 2001/23/EG en <i>Smallsteps</i> / 64
2.7.3.3	Consultatiewetsontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement c.a. / 67
2.8	Juridische splitsing / 69
2.9	Keuze doorstartmodel / 72
2.9.1	Inleiding / 72
2.9.2	Voorkeur buiten surseance/faillissement / 73
2.9.3	Afweging doorstartconstructies / 74
2.10	Afronding / 76

### HOOFDSTUK 3

#### **Wet op de omzetbelasting 1968 / 77**

3.1	Inleiding / 77
3.1.1	Algemeen / 77
3.1.2	Wijziging artikel 29 Wet OB 1968 / 78
3.1.3	Europeesrechtelijk kader / 79
3.1.4	Einde belastingplicht / 79
3.2	Artikel 29 Wet OB 1968 / 81
3.2.1	Inleiding / 81
3.2.2	Schuldenaar en correctie vooraf trek / 82
3.2.2.1	Correctie vooraf trek omzetbelasting / 82
3.2.2.2	Kwalificatie schuld in faillissement/surseance / 84
3.2.2.3	Bestuurlijke boete / 89
3.2.3	Schuldeiser en teruggaaf / 91
3.2.3.1	Teruggaaf van omzetbelasting / 92

- 3.2.3.2 Rechthebbende op de teruggaaf bij cessie / 94
- 3.2.3.3 Verzoek om teruggaaf / 95
- 3.2.3.4 Samenhang recht van teruggaaf en correctie vooraftek / 101
- 3.2.4 Vijf varianten akkoord en omzetbelasting / 101
  - 3.2.4.1 Variant 1: percentageakkoord / 101
    - 3.2.4.1.1 Positie schuldenaar / 102
    - 3.2.4.1.2 Positie schuldeiser / 103
  - 3.2.4.2 Variant 2: omzetting in converteerbare geldlening / 106
    - 3.2.4.2.1 Positie schuldenaar / 106
    - 3.2.4.2.2 Positie schuldeiser / 107
  - 3.2.4.3 Variant 3: omzetting in achtergestelde lening / 108
    - 3.2.4.3.1 Positie schuldenaar / 108
    - 3.2.4.3.2 Positie schuldeiser / 108
  - 3.2.4.4 Variant 4: omzetting in aandelenkapitaal / 109
    - 3.2.4.4.1 Positie schuldenaar / 111
    - 3.2.4.4.2 Positie schuldeiser / 111
  - 3.2.4.5 Variant 5: overnameconstructie / 111
    - 3.2.4.5.1 Positie schuldenaar / 114
    - 3.2.4.5.2 Positie schuldeiser / 116
- 3.3 Aandelentransactie / 116
  - 3.3.1 Inleiding / 116
  - 3.3.2 Bemiddeling / 117
  - 3.3.3 Vrijstelling en aftrekrecht / 119
    - 3.3.3.1 Handelingen inzake aandelen / 119
    - 3.3.3.2 Vrijstelling en aftrekrecht (algemeen) / 120
    - 3.3.3.3 Positie kopende partij / 122
    - 3.3.3.4 Positie verkopende partij / 123
  - 3.3.4 Sterfhuis- en ziekenhuisconstructie / 124
- 3.4 Activatransactie / 124
  - 3.4.1 Inleiding / 124
  - 3.4.2 Artikel 37d Wet OB 1968 / 125
    - 3.4.2.1 Inleiding / 125
    - 3.4.2.2 Algemeenheid van goederen/diensten / 126
      - 3.4.2.2.1 Algemeenheid van goederen / 126
      - 3.4.2.2.2 Algemeenheid van diensten / 129
    - 3.4.2.3 Exploiteren van de onderneming / 130
    - 3.4.2.4 Niet-levering/dienstfictie / 132
    - 3.4.2.5 In de plaats treden van de overdrager / 132
    - 3.4.2.6 Overdracht door aandelen / 135
  - 3.4.3 Juridische splitsing / 136
  - 3.4.4 Omzetbelasting toch in rekening gebracht / 136
  - 3.4.5 Omzetbelasting niet in rekening gebracht / 140
  - 3.4.6 Aftrekrecht omzetbelasting over kosten / 140
  - 3.4.7 Verleggingsregelingen en aansprakelijkheid OB / 141
    - 3.4.7.1 Verlegging tot 2008 / 142
    - 3.4.7.2 Verlegging vanaf 2008 / 143

3.4.7.3	Hoofdelijke aansprakelijkheid OB geleverde zaak vanaf 2018 / 147
3.5	FE OB / 149
3.5.1	Inleiding / 149
3.5.2	Voorwaarden, aanvang en einde van een FE OB / 150
3.5.2.1	Voorwaarden / 150
3.5.2.2	Aanvang FE OB / 154
3.5.2.3	Einde FE OB / 157
3.5.2.4	Geforceerd einde FE OB / 158
3.5.3	Hoofdelijke aansprakelijkheid FE OB / 161
3.5.4	Afwending van aansprakelijkheid door verbreking / 166
3.5.4.1	Correctie vooraf trek omzetbelasting / 167
3.5.4.2	Herzieningsschuld / 168
3.5.5	Doorstartconstructies en FE OB / 170
3.5.5.1	Akkoord / 170
3.5.5.2	Aandelentransactie / 171
3.5.5.3	Activatransactie / 172
3.6	Afronding / 172

#### HOOFDSTUK 4

#### **Wet op belastingen van rechtsverkeer (overdrachtsbelasting) / 173**

4.1	Inleiding / 173
4.2	Rechtsgrond overdrachtsbelasting / 175
4.3	Akkoord / 177
4.4	Aandelentransactie / 177
4.4.1	Inleiding / 177
4.4.2	Onroerendezaakrechtspersoon (OZR) / 178
4.4.2.1	Doel en kern / 178
4.4.2.2	Bezittingentoets / 178
4.4.2.3	Consolidatie-eis / 179
4.4.2.4	Exploitatie-eis / 179
4.4.3	Sterfhuis- en ziekenhuisconstructie / 181
4.5	Activatransactie / 181
4.5.1	Inleiding / 181
4.5.2	Vrijstelling in verband met omzetbelasting / 182
4.5.2.1	Voorwaarden / 183
4.5.2.1.1	Van rechtswege belaste levering / 184
4.5.2.1.2	Vooraf trek van omzetbelasting / 188
4.5.2.1.3	Als bedrijfsmiddel gebruikt zijn / 188
4.5.2.2	Toepassing samenloopvrijstelling in bijzondere gevallen / 189
4.5.2.3	Terugname vrijstelling / 189
4.5.3	Vrijstelling in verband met vereffening vermogen / 190
4.5.4	Vrijstelling in verband met fusie, splitsing of interne reorganisatie / 190
4.5.4.1	Inleiding / 190
4.5.4.2	Fusie / 190
4.5.4.3	Interne reorganisatie / 191

- 4.5.4.3.1 Inleiding / 191
- 4.5.4.3.2 Voorwaarden / 192
- 4.5.4.3.3 Terugname vrijstelling / 192
- 4.5.4.4 Juridische splitsing / 194
- 4.6 Afronding / 195

## HOOFDSTUK 5

### **Wet inkomstenbelasting 2001 / 197**

- 5.1 Inleiding / 197
  - 5.1.1 Algemeen / 197
  - 5.1.2 Te onderscheiden groepen / 198
  - 5.1.3 Tarieven / 199
- 5.2 Onzakelijke lening / 201
  - 5.2.1 Inleiding / 201
  - 5.2.2 Drie situaties / 202
  - 5.2.3 Vermogensetikettering / 203
    - 5.2.3.1 IB-ondernemer / 203
    - 5.2.3.2 Resultaatgenieter / 207
    - 5.2.3.3 AB-houder (tbs-regeling) / 208
    - 5.2.3.4 Box 3-schuldeiser / 208
    - 5.2.3.5 Afronding vermogensetikettering en onzakelijke lening / 209
  - 5.2.4 Kern onzakelijke lening / 209
    - 5.2.4.1 Inleiding / 209
    - 5.2.4.2 Eerste toetsing bij verstrekking lening / 209
    - 5.2.4.3 Van zakelijke naar onzakelijke lening / 211
    - 5.2.4.4 Van onzakelijke naar zakelijke lening / 214
  - 5.2.5 Fiscale behandeling rente en verlies / 216
    - 5.2.5.1 Rente / 217
    - 5.2.5.2 Verlies / 217
      - 5.2.5.2.1 Inleiding / 217
      - 5.2.5.2.2 Verlies IB-ondernemer / 218
      - 5.2.5.2.3 Verlies AB-houder/verbonden persoon (kleine kring) / 219
      - 5.2.5.2.4 Box 3-schuldeiser / 220
      - 5.2.5.2.5 Obts-vorderingen / 221
      - 5.2.5.2.6 Vennootschap-crediteur en vennootschap-debiteur / 224
    - 5.2.6 Ophoging verkrijgingsprijs via schenking? / 224
      - 5.2.6.1 Inleiding / 224
      - 5.2.6.2 Verbonden persoon/geen aandeelhouder / 225
      - 5.2.6.3 Medeaandeelhouders en leningen opzij / 226
    - 5.2.7 Praktijkadvies / 228
    - 5.2.8 Actie Belastingdienst / 229
    - 5.2.9 Afronding / 230
  - 5.3 Borgstelling / 231
    - 5.3.1 Inleiding / 231
    - 5.3.2 Onzakelijke borgstelling / 233



5.3.2.1	Inleiding / 233
5.3.2.2	Fiscale consequenties / 234
5.3.3	Zakelijke borgstelling / 236
5.3.4	Hoofdelijke aansprakelijkheid en zekerheidsstelling / 237
5.3.5	Afronding / 237
5.4	Akkoord / 238
5.4.1	Variant 1: percentageakkoord / 238
5.4.2	Kwijtscheldingswinstvrijstelling / 238
5.4.2.1	Inleiding / 238
5.4.2.2	Prijsgeven / 240
5.4.2.3	Niet voor verwezenlijking vatbare rechten / 245
5.4.2.4	Verliezen / 247
5.4.2.5	Voorwaardelijke kwijtschelding / 248
5.4.2.6	Alsnog betaling / 250
5.4.3	Waardering schulden / 251
5.4.3.1	Inleiding / 251
5.4.3.2	Zelfstandig belastingplichtigen / 252
5.4.3.3	Onderdeel FE VPB / 253
5.4.3.4	Passivering/treffen van een voorziening / 254
5.4.4	Positie van schuldeiser-IB-ondernemer / 255
5.4.4.1	Inleiding / 255
5.4.4.2	Waardering vorderingen / 255
5.4.5	Positie schuldeiser-resultaatgenieter / 258
5.4.6	Positie schuldeiser-AB-houder / 259
5.4.6.1	Inleiding / 259
5.4.6.2	Zakelijke lening / 261
5.4.6.2.1	Inleiding / 261
5.4.6.2.2	Buitenlandse situaties / 261
5.4.6.2.3	Opwaarderingsreserve / 263
5.4.6.2.4	Doorlenen bij een zakelijke lening / 268
5.4.6.2.5	Doorlenen bij een onzakelijke lening / 269
5.4.7	Positie Box 3-schuldeiser / 270
5.4.8	Variant 2: omzetting in converteerbare geldlening / 271
5.4.8.1	Positie schuldenaar / 271
5.4.8.2	Positie schuldeiser / 271
5.4.8.2.1	IB-ondernemer / 272
5.4.8.2.2	De resultaatgenieter / 274
5.4.8.2.3	Aanmerkelijkbelanghouder / 274
5.4.8.2.4	Box 3-schuldeiser / 276
5.4.9	Variant 3: omzetting in achtergestelde lening / 276
5.4.9.1	Inleiding / 276
5.4.9.2	Fiscale duiding achtergestelde lening / 276
5.4.9.3	Positie schuldenaar / 279
5.4.9.4	Positie schuldeiser / 279
5.4.9.4.1	IB-ondernemer / 279
5.4.9.4.2	De resultaatgenieter / 280

5.4.9.4.3	Aanmerkelijkbelanghouder / 280
5.4.9.4.4	Box 3-schuldeiser / 281
5.4.10	Variant 4: omzetting in aandelenkapitaal / 281
5.4.10.1	Positie schuldenaar / 281
5.4.10.2	Positie schuldeiser / 284
5.4.10.2.1	IB-ondernemer / 284
5.4.10.2.2	De resultaatgenieter / 286
5.4.10.2.3	Aanmerkelijkbelanghouder / 286
5.4.10.2.4	Box 3-schuldeiser / 287
5.4.11	Variant 5: overnameconstructie / 287
5.4.11.1	Positie schuldenaar / 287
5.4.11.2	Positie schuldeiser / 287
5.4.11.2.1	IB-ondernemer / 287
5.4.11.2.2	Resultaatgenieter / 288
5.4.11.2.3	Aanmerkelijkbelanghouder / 288
5.4.11.2.4	Box 3-schuldeiser / 290
5.5	Aandelentransactie / 291
5.5.1	Inleiding / 291
5.5.2	IB-ondernemer / 291
5.5.3	Resultaatgenieter / 293
5.5.4	Aanmerkelijkbelanghouder / 293
5.5.4.1	Inleiding / 293
5.5.4.2	Verkrijgingsprijs / 294
5.5.4.3	Overdrachtprijs / 295
5.5.4.4	Wachtjaar / 298
5.5.4.5	Tegengaan tussentijdse verliesneming / 301
5.5.4.5.1	Activiteiten- en aandelentoets / 301
5.5.4.5.2	Uitzonderingen / 303
5.5.4.5.3	Kritiek op tegengaan verliesneming / 304
5.5.4.5.4	Tbs-vordering / 305
5.5.5	Box 3-aandeelhouder / 307
5.5.6	Sterfhuis- en ziekenhuisconstructie / 307
5.6	Activatransactie / 307
5.6.1	Inleiding / 307
5.6.2	Positie schuldenaar / 307
5.6.3	Positie van aandeelhouder en schuldeiser / 308
5.6.3.1	BV-aandeelhoudster / 309
5.6.3.2	IB-ondernemer / 311
5.6.3.3	Resultaatgenieter / 311
5.6.3.4	Aanmerkelijkbelanghouder / 312
5.6.3.4.1	Liquidatie vennootschap / 312
5.6.3.4.2	Tegengaan verliesneming / 313
5.6.3.4.3	Tbs-vordering / 315
5.6.3.4.4	Juridische splitsing / 316
5.6.3.5	Box 3-belastingplichtige / 316
5.7	Afronding / 317

## HOOFDSTUK 6

**Wet op de vennootschapsbelasting 1969 / 319**

- 6.1 Inleiding / 319
- 6.2 Eigen en vreemd vermogen / 320
  - 6.2.1 Inleiding / 320
  - 6.2.2 Beperking renteaftrek / 321
  - 6.2.3 Kwalificatie vermogensverschaffing / 324
    - 6.2.3.1 Inleiding / 324
    - 6.2.3.2 Herkwalificatie van een geldlening / 325
      - 6.2.3.2.1 Inleiding / 325
      - 6.2.3.2.2 Schijnlening / 326
      - 6.2.3.2.3 Deelnemerschapslening / 326
      - 6.2.3.2.4 Bodemlozeputlening / 328
      - 6.2.3.2.5 Herkwalificatie eigen vermogen / 330
    - 6.2.4 Onzakelijke lening / 332
      - 6.2.4.1 Inleiding / 332
      - 6.2.4.2 Basisarrest / 333
      - 6.2.4.3 Hoogte rentetarief en debiteurenrisico / 334
      - 6.2.4.4 Uitzonderingen / 337
      - 6.2.4.5 Rente / 340
      - 6.2.4.6 Afwaardering en nemen van verlies / 342
        - 6.2.4.6.1 Afwaardering / 342
        - 6.2.4.6.2 Nemen van verlies / 342
      - 6.2.4.7 Praktijkadvies / 344
  - 6.2.5 Garantstelling / 345
  - 6.2.6 Afronding / 348
- 6.3 Variant 1: percentageakkoord / 348
  - 6.3.1 Inleiding / 348
  - 6.3.2 Percentageakkoord / 349
    - 6.3.2.1 Positie schuldenaar / 349
      - 6.3.2.1.1 Kwijtschelding binnen FE VPB / 349
      - 6.3.2.1.2 Kwijtschelding na verbreking FE VPB / 352
      - 6.3.2.1.3 Kritiek op beperking kwijtscheldingswinstvrijstelling / 353
    - 6.3.2.2 Positie schuldeiser / 354
      - 6.3.2.2.1 Kwijtschelding in deelnemingsverhoudingen / 355
      - 6.3.2.2.2 Kritiek op artikel 13ba Wet VPB 1969 / 362
  - 6.3.3 Variant 2: omzetting in converteerbare geldlening / 363
    - 6.3.3.1 Inleiding / 363
    - 6.3.3.2 Positie schuldenaar / 364
    - 6.3.3.3 Positie schuldeiser / 365
  - 6.3.4 Variant 3: omzetting in achtergestelde lening / 366
    - 6.3.4.1 Inleiding / 366
    - 6.3.4.2 Positie schuldenaar / 367
    - 6.3.4.3 Positie schuldeiser / 367
  - 6.3.5 Variant 4: omzetting in aandelenkapitaal / 368

6.3.5.1	Inleiding / 368
6.3.5.2	Historie / 368
6.3.5.3	Positie schuldenaar / 370
6.3.5.4	Positie schuldeiser / 370
6.3.6	Overnameconstructie / 370
6.3.6.1	Inleiding / 370
6.3.6.2	Positie schuldenaar / 371
6.3.6.3	Positie schuldeiser / 371
6.3.6.3.1	Artikel 13b Wet VPB 1969 / 371
6.3.6.3.2	Na de overname / 374
6.4	Aandelentransactie / 375
6.4.1	Inleiding / 375
6.4.2	Deelnemingsvrijstelling / 375
6.4.2.1	Inleiding / 375
6.4.2.2	Aan- en verkoopkosten / 378
6.4.2.3	Earn-outregeling en prijsaanpassing / 382
6.4.2.4	Schadevergoeding / 384
6.4.2.5	Ongewenst neveneffect / 385
6.4.3	Positie partijen / 386
6.4.3.1	Positie verkopende partij / 386
6.4.3.2	Positie kopende partij / 386
6.5	Beperking verliesverrekening / 387
6.5.1	Inleiding / 387
6.5.2	Aandeelhouderstoets / 389
6.5.3	Uitzonderingen / 392
6.5.3.1	Tweede lid / 392
6.5.3.2	Derde lid / 394
6.5.4	Beleggings- en inkrimpingstoets / 394
6.5.4.1	Beleggingstoets / 395
6.5.4.2	Inkrimpingstoets / 396
6.5.5	Zekerheid / 398
6.5.6	Tegemoetkomingen / 399
6.5.7	Europeesrechtelijke aspecten / 399
6.6	FE VPB / 401
6.6.1	Inleiding / 401
6.6.2	Algemene aspecten van de FE VPB / 402
6.6.3	Specifieke aspecten FE VPB / 404
6.6.3.1	Inleiding / 404
6.6.3.2	Beperking kwijtscheldingswinstregeling / 404
6.6.3.3	Herwaardering schuld ontvoegde dochter / 405
6.6.3.4	Onderlinge vorderingen en schulden / 410
6.6.3.4.1	Inleiding / 410
6.6.3.4.2	Ontvoeging / 411
6.6.3.4.3	Voeging / 415
6.6.3.5	Meegeven van verliezen bij ontvoeging / 418
6.6.3.5.1	Inleiding / 418

- 6.6.3.5.2 Besluit over meegeven / 420
- 6.6.3.5.3 Toerekening van verliezen / 423
- 6.6.3.5.4 Nut van meegeven verliezen / 426
- 6.6.3.5.5 Zuster-FE VPB / 427
- 6.6.3.6 Herwaardering overgedragen vermogensbestanddeel bij ontvoeging / 428
- 6.6.3.6.1 Inhoud artikel 15ai Wet VPB 1969 / 428
- 6.6.3.6.2 Relevantie voor insolventiepraktijk / 430
- 6.6.4 Sterfhuis- en ziekenhuisconstructie / 430
- 6.6.4.1 Sterfhuisconstructie / 430
- 6.6.4.2 Ziekenhuisconstructie / 431
- 6.7 Activatransactie / 434
- 6.7.1 Inleiding / 434
- 6.7.2 Activatransactie zonder fiscale begeleiding / 435
- 6.7.3 Juridische splitsing / 436
- 6.7.3.1 Inleiding / 436
- 6.7.3.2 Vervreemdings- en eindafrekeningsfictie / 436
- 6.7.3.3 Geruisloze juridische splitsing / 437
- 6.7.3.3.1 Geruisloze juridische splitsing op basis van de wet / 438
- 6.7.3.3.2 Geruisloze juridische splitsing met goedkeuring / 439
- 6.7.3.4 Zevende tot en met elfde lid / 441
- 6.7.3.5 Aandeelhouders en schuldeisers / 442
- 6.7.3.6 Betekenis voor de insolventiepraktijk / 443
- 6.8 Liquidatieverliesregeling / 444
- 6.8.1 Inleiding / 444
- 6.8.2 Ratio liquidatieverliesregeling / 446
- 6.8.3 Opgeofferd bedrag en liquidatie-uitkering / 448
- 6.8.3.1 Opgeofferd bedrag / 448
- 6.8.3.1.1 Inleiding / 448
- 6.8.3.1.2 Nadere bepalingen opgeofferd bedrag / 449
- 6.8.3.1.3 Liquidatie-uitkering / 453
- 6.8.4 Moment van verliesneming / 455
- 6.8.4.1 Inleiding / 455
- 6.8.4.2 Verruiming begrip liquidatie / 456
- 6.8.4.3 Langlopende liquidatie en vereenvoudigde ontbindingsprocedure / 456
- 6.8.5 Drie aanvullende voorwaarden / 458
- 6.8.5.1 Inleiding / 458
- 6.8.5.2 Eerste voorwaarde / 459
- 6.8.5.3 Tweede voorwaarde / 460
- 6.8.5.3.1 Staken en gehele/gedeeltelijke voortzetting / 460
- 6.8.5.3.2 Artikel 13e Wet VPB 1969 / 462
- 6.8.5.4 Derde voorwaarde / 463
- 6.8.6 EU-recht en art. 13d/13e Wet VPB 1969 / 464
- 6.8.7 Algemene kritiek liquidatieverliesregeling / 467
- 6.9 Afronding / 469

HOOFDSTUK 7

**Invorderingswet 1990 / 471**

- 7.1 Inleiding / 471
- 7.2 Algemene betekenis Inv. c.a. / 472
  - 7.2.1 Werkingssfeer / 472
  - 7.2.2 Awb / 473
  - 7.2.3 LInv. 2008 / 475
  - 7.2.4 Instructie Invordering en Belastingdeurwaarders / 477
  - 7.2.5 Keuze onderwerpen / 479
- 7.3 Invordering bij grote bedrijven / 480
- 7.4 Aanvraag faillissement door Ontvanger / 481
  - 7.4.1 Inleiding / 481
  - 7.4.2 Artikel 73.4 LInv. 2008/55.9 Instr. / 482
    - 7.4.2.1 Inleiding / 482
    - 7.4.2.2 Grondslag schuld / 483
    - 7.4.2.3 Verzoek kwijtschelding/uitstel van betaling / 483
    - 7.4.2.4 Belangenafweging / 484
    - 7.4.2.5 Toestemmingsvereiste / 485
  - 7.5 Uitstel van betaling / 487
    - 7.5.1 Inleiding / 487
    - 7.5.2 Voorwaarden uitstel van betaling / 490
      - 7.5.2.1 Algemene uitgangspunten uitstelbeleid / 490
      - 7.5.2.2 Betalingsproblemen algemeen / 491
      - 7.5.2.3 Betalingsproblemen ondernemers / 492
        - 7.5.2.3.1 Inleiding / 492
        - 7.5.2.3.2 Regulier uitstel / 493
        - 7.5.2.3.3 Bijzonder uitstel / 495
        - 7.5.2.3.4 Kort uitstel / 496
    - 7.6 Akkoord / 496
      - 7.6.1 Inleiding / 496
      - 7.6.2 Algemene aspecten kwijtschelding / 497
      - 7.6.3 Specifieke aspecten kwijtschelding / 499
      - 7.6.4 Voorwaarden medewerking aan het akkoord / 502
        - 7.6.4.1 Basisvoorwaarden / 503
        - 7.6.4.2 Extra voorwaarden / 505
        - 7.6.4.3 Gespreide betaling mogelijk / 508
      - 7.6.5 Andere akkoorden dan percentageakkoorden / 509
      - 7.6.6 Invloed wetsvoorstel Onderhands dwangakkoord (WHOA) / 510
    - 7.7 Aandelentransactie: uitstel van betaling voor AB-houder / 511
    - 7.8 Activatransactie: fiscaal voorrecht en bodem(voor)recht / 512
      - 7.8.1 Inleiding / 512
      - 7.8.2 Fiscaal voorrecht / 513
      - 7.8.3 Bodemvoorrecht / 515
      - 7.8.4 Bodemrecht / 516
      - 7.8.5 Ontwijkingsconstructies / 519

- 7.8.6 Mededelingsregeling / 523
- 7.8.6.1 Inleiding / 523
- 7.8.6.2 Geen mededelingsplicht / 523
- 7.8.6.3 Overig / 527
- 7.8.6.4 Relevantie voor activatransactie / 530
- 7.8.7 Toekomst voorrangspolitie fiscus / 531
- 7.8.7.1 Aanhangig wetsvoorstel / 532
- 7.8.7.2 Kritiek voorrangspolitie fiscus / 533
- 7.9 Afronding / 535

**Jurisprudentieregister / 537**

**Trefwoordenregister / 555**

## HOOFDSTUK 1

# Inleiding

### 1.1 Toenemende aandacht voor fiscale aspecten

Heden ten dage ziet men met enige regelmaat dat in beschouwingen over insolventierecht ook aandacht wordt besteed aan de fiscale aspecten. Dit is niet altijd zo geweest.

In de parlementaire behandeling van de Faillissementswet, die heeft geduurd van 9 december 1890<sup>1</sup> tot 6 september 1895<sup>2</sup>, is niets gezegd over de fiscale aspecten van bepaalde transacties. Dat is ook niet zo verwonderlijk, omdat in die tijd de fiscale wetgeving nog niet sterk ontwikkeld was. Ter illustratie zij gewezen op de omzetbelasting, die thans bij faillissementsafwikkeling vaak de belangrijkste belastingsoort is. Nederland voerde pas op 1 januari 1934 een omzetbelasting in met een tarief van 4% en een apart tarief van 10% voor weeldegoederen. Diensten werden zelfs helemaal niet in de heffing betrokken.<sup>3</sup> Dat was dus ruim nadat de Faillissementswet tot stand gekomen was. Maar ook bij de belangrijke wijziging van de Faillissementswet in 1935 (nieuwe regeling van de surseance van betaling)<sup>4</sup> werd geen aandacht besteed aan de fiscale aspecten.

Na de Tweede Wereldoorlog is het fiscale stelsel in Nederland uitgedijd, maar dit leidde niet direct tot verhoogde belangstelling van de praktijk en wetenschap voor de fiscale aspecten van insolventie. Er verscheen wel literatuur over aangelegenheden rond surseance en faillissement, maar een uitgemeten beschouwing over bijvoorbeeld de omzetbelasting in faillissementssituaties bleef achterwege. Pas in 1983 verscheen een *WFR-special Faillissement en fiscus*.<sup>5</sup> De *WFR*-redactie gaf aan dat zij had gemeend bijzondere aandacht te moeten schenken aan de belangrijkste fiscale aspecten van het toentertijd zo veelvuldig voorkomend verschijnsel van faillissement.

---

1 Indiening ontwerp met memorie van toelichting bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal (Bijlagen bij *Kamerstukken II* 1890/91, 100, 1-2, p. 1-16).

2 Bekrachtiging van de wet door H.M. de Koningin-Weduwe, Regentes, en in *Stb.* 1895, 155, opgenomen.

3 Wet van 25 oktober 1933, *Stb.* 1933, 546. De Miljoenennota 1936, p. 4 (zie <http://www.rijksbegroting.nl/algemeen/rijksbegroting/archief>) vermeldde dat de vermoedelijke opbrengst voor 1934 f 54.416.542 was, terwijl f 81.500.000 was geraamd. Een van de verklaringen van deze miscalculatie was dat de omzetbelasting over het vierde kwartaal 1934 pas in 1935 werd ontvangen (zie p. 5).

4 Wet van 7 februari 1935, *Stb.* 1935, 41.

5 *WFR* 1983/5597. Hiervan is ook een overdruk in boekvorm verschenen: H.M.N. Schonis e.a., *Faillissement en fiscus*, Deventer: Kluwer 1983.



Men kan zeggen dat rond de jaren negentig de stroom van publicaties over fiscale aspecten van insolventie echt goed op gang is gekomen. In 1988 verscheen de eerste druk van *Hoofdzaken invordering*.<sup>6</sup> Door de aard van het onderwerp kwamen daarin ook veel zaken rondom insolventie aan bod. Inmiddels is de titel gewijzigd in *Invordering van belastingen*<sup>7</sup> en verscheen de negende druk in 2016.<sup>8</sup> In 1996 bracht Tekstra zijn boek *Fiscale aspecten van insolventies*<sup>9</sup> uit. In 2017 verscheen daarvan de vierde geheel herziene druk.<sup>10</sup> Ook van andere schrijvers verschenen in de laatste jaren van de twintigste eeuw boeken die met name zagen op de fiscale dimensie van insolventierecht. Ik denk dan aan het boek *Overnemen en doorstarten van bedrijven in financiële moeilijkheden* van Conyn e.a.<sup>11</sup> en het boek *De doorstart van een insolvente onderneming: niks of Phoenix* van Oosthout.<sup>12</sup>

In 2000 was de titel van het jaarboek van INSOLAD (de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten; advocaten die zich bezig houden met alle aspecten van faillissementen en herstructurering), *Faillissement en Fiscus*.<sup>13</sup> Aspirant-leden van deze beroepsvereniging moeten de Grotius-specialisatieopleiding Insolventierecht volgen. Het is de meest uitvoerige en complete postacademische opleiding op het gebied van het faillissementsrecht. Inmiddels gaan vier van de twintig modules over fiscaal recht.

Wat betreft periodieken wijs ik op het *Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvi)* en het *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk (FIP)*, waarin tegenwoordig geregeld artikelen over fiscaal insolventierecht verschijnen. De jurisprudentie aangaande fiscus en insolventierecht is ook toegenomen. Ook in tijdschriften die veel aandacht besteden aan jurisprudentie zoals *Jurisprudentie Onderneming & Recht (JOR)* en *Vakstudie-Nieuws (V-N)* ziet men een substantieel aantal rechterlijke uitspraken waarbij fiscale aspecten rondom insolventie een rol spelen. Ook kennen we een nieuwssite zoals *SmartNewz*<sup>14</sup>, die dagelijks al het juridische nieuws bundelt binnen een rechtsgebied, waaronder insolventierecht, waarbij er ook aandacht is voor de fiscale aspecten.

De fiscale wetgever is beduidend actiever dan in de twintigste eeuw. Er is wetgeving ingevoerd om volgens de wetgever onwenselijke zaken te sturen of te beëindigen. Hierna zullen we daarvan duidelijke voorbeelden zien. Het schoolvoorbeeld lijkt me wel de wijziging van het regime voor de fiscale eenheid VPB (FE VPB) per 2003 (of met overgangsregime per 2005). Hiermee werd (onder meer) de kwijtscheldingswinstvrijstelling beperkt. De

6 J.J. Vetter & P.J. Wattel, *Hoofdzaken invordering* (Fed Fiscale Brochures), Deventer: FED 1988.

7 Het boek verscheen tot en met de vijfde druk onder de titel *Hoofdzaken Invordering*.

8 J.J. Vetter & A.J. Tekstra, *Invordering van belastingen* (Fed Fiscale Studieserie, nr. 2), Deventer: Kluwer 2016.

9 A.J. Tekstra, *Fiscale aspecten van insolventies*, Den Haag: Sdu Uitgevers Juridisch & Fiscaal 1996.

10 A.J. Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017.

11 G.A.A. Conyn e.a., *Overnemen en doorstarten van bedrijven in financiële moeilijkheden*, Deventer: Kluwer 1996.

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

13 S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Faillissement en Fiscus* (INSOLAD Jaarboek 2000), Deventer: Kluwer 2001.

14 Zie [www.smartnewz.nl](http://www.smartnewz.nl) of [www.wolterskluwer.nl/smartnewz](http://www.wolterskluwer.nl/smartnewz). Op 31 oktober 2019 maakte de uitgever bekend te stoppen met deze nieuwssite per 1 januari 2020. Er wordt gedacht aan een alternatief.

alsmaar toenemende invloed van fiscale wetgeving relaterende aan insolventie leidt er ook toe dat de betrokkenen ook kennis daarvan moeten hebben.

De geleidingen wetenschap, praktijk (enerzijds insolventieadviseurs, anderzijds fiscus) en rechtspraak zijn tegenwoordig beduidend drukker met de implicaties van fiscale aspecten bij insolventies dan vijftien à twintig jaar geleden. De tweede druk van dit boek beoogt, evenals de eerste druk in 2007, een bijdrage te leveren aan de verdere verspreiding van kennis van fiscale aspecten van het insolventierecht en dan specifiek van de doorstart van de onderneming in financiële moeilijkheden.

## 1.2 Afbakening onderwerp

Dit boek heeft niet de pretentie het gehele terrein van het fiscale insolventierecht te bestrijken. Het onderwerp is in twee opzichten afgebakend.

In de eerste plaats gaat het om een doorstart van een onderneming. In de tweede plaats gaat het om een onderneming gedreven door een in Nederland gevestigde BV<sup>15</sup> met (een) in Nederland wonende of gevestigde<sup>16</sup> schuldeiser(s) of aandeelhouder(s).

### 1.2.1 Doorstart

Er bestaat geen eensluidende definitie van 'doorstart van een onderneming'. Sommigen volstaan met een korte definitie<sup>17</sup> en anderen hanteren weer een lange definitie.<sup>18</sup>

Zelf versta ik onder een doorstart de voortzetting van een onderneming, al dan niet binnen dezelfde rechtspersoon, na een moment waarop het voortbestaan van de onderneming in het geding is (geweest). Hierbij moet men niet alleen denken aan faillissement, maar moet men het fenomeen in een ruimer verband van financiële moeilijkheden plaatsen. Dit kunnen zowel liquiditeits- als solvabiliteitsproblemen zijn. Ik ga me beperken tot de volgende doorstartconstructies.

#### Akkoord

Er zijn gevallen waarin de ondernemingsactiviteiten kunnen worden voortgezet binnen dezelfde vennootschap, omdat de onderneming kan overleven door kostenreductie. Deze kostenreductie kan gerealiseerd worden door bijvoorbeeld ontslag van (overtollig) personeel, nieuwe leveringscontracten met lagere inkooprijzen et cetera. Hieruit kunnen

15 Aangezien de bepalingen voor een NV vaak dezelfde zijn als voor een BV gaat dit boek voor die gevallen ook over een NV.

16 Bij natuurlijk personen spreekt men van 'wonen', bij rechtspersonen, bedrijven etc. van 'gevestigd'.  
17 Bijvoorbeeld E.P.M. Joosen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 3, die onder 'doorstart' 'de overdracht van een onderneming' verstaat.

18 Bijvoorbeeld R.D. Vriesendorp, 'Doorstarten en onbehoorlijk bestuur', in: R.J. van Galen, J.R. Glasz & J.C. van Oven (red.), *Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht* (INSOLAD Jaarboek 1997), Deventer: Kluwer 1997, p. 65, die 'doorstart' omschrijft als 'de voortzetting van (een deel van) de ondernemingsactiviteit van een rechtspersoon in een andere – al dan niet gelieerde – rechtspersoon, waarbij de oude rechtspersoon via een faillissement ter ziele gaat (via art. 2:19 lid 1 onderdeel c BW), terwijl een deel van de schulden van de oude rechtspersoon onbetaald blijft en/of een deel van het personeelsbestand na ontslag door de curator via art. 40 Fw. met relatief korte opzegtermijnen en zonder afvloeiingsregelingen zonder werk blijft'.

schadeloosstellingen voortvloeien<sup>19</sup> maar het uiteindelijke doel zal verlaging van de kosten op termijn zijn. Het gaat dan om beperking van toekomstige schulden. Op die manier kan de onderneming weer winstgevend worden. Bestaande schulden kunnen echter verhinderen dat enkel vermindering van toekomstige schulden toereikend is. Men moet dan een onderscheid maken tussen de situatie dat bestaande schulden integraal betaald kunnen worden door herfinanciering van de onderneming met eigen, dan wel met vreemd vermogen. Bij het aantrekken van eigen vermogen is vooral te denken aan een aandelenemissie. Deze ondernemingen kunnen nog een saneringsplan opstellen, waarbij de te verwachten kosten van het treffen van een voorziening ten laste van het eigen vermogen kunnen komen. In de praktijk gaat het veelal om beursgenoteerde ondernemingen, want zij kunnen in tegenstelling tot niet-beursgenoteerde ondernemingen nog een beroep doen op de kapitaalmarkt om door een aandelenemissie met het verkregen eigen vermogen bestaande schulden te saneren. Ook is het mogelijk dat een onderneming nog vreemd vermogen bij een bank kan aantrekken. Bij een ontoereikend eigen vermogen zal er echter een regeling met betrekking tot de bestaande schuld door middel van een akkoord moeten worden getroffen. Hierbij kan een deel van de schulden worden kwijtgescholden, maar andere varianten zijn ook mogelijk.

#### *Aandelentransactie*

Het is mogelijk dat door bijstorting van kapitaal door de zittende aandeelhouders een onderneming kan revitaliseren. Indien die zittende aandeelhouders geen kapitaal kunnen of willen inbrengen, kunnen nieuwe aandeelhouders toetreden. Aan hen kunnen tegen inbreng van kapitaal aandelen worden gegeven. Ook is mogelijk dat voortzetting van de onderneming binnen de bestaande entiteit plaatsvindt via een aandelentransactie. De zittende aandeelhouders verkopen hun aandelen. Er komen nieuwe aandeelhouders die de onderneming (weer) winstgevend willen maken. Ook deze aandeelhouders zullen zich gesteld zien voor het probleem van bestaande en toekomstige schulden. De nieuwe aandeelhouders zullen dan met een kapitaalinjectie een oplossing moeten vinden voor de bestaande schulden. De insolventiepraktijk laat zien dat een aandelentransactie vaak gepaard gaat met een akkoord en financiering door de nieuwe aandeelhouders, omdat dan tegelijk de schulden gesaneerd kunnen worden.

#### *Activatransactie*

Een akkoord of aandelentransactie blijkt echter niet altijd mogelijk. Vooral in het MKB kan het moeilijk zijn om nieuw eigen vermogen aan te trekken. De desbetreffende ondernemers kunnen feitelijk geen beroep doen op de kapitaalmarkten via de beurs. Dergelijke ondernemingen worden met behulp van een activatransactie gesaneerd. De onderneming wordt dan voortgezet in een nieuwe juridische entiteit en de schulden blijven achter in de oude entiteit. De nieuwe entiteit wordt gefinancierd door de kopende partij, die op haar beurt in het merendeel van de gevallen zal zijn gefinancierd door een bank. Dit kan ook de bank zijn die de oude vennootschap heeft gefinancierd. Met de opbrengst van de verkoop van de

<sup>19</sup> Vermindering van toekomstige schulden door wijziging van de overeenkomst op grond van art. 6:258 BW (wijziging of (gedeeltelijke) ontbinding van overeenkomsten vanwege onvoorziene omstandigheden) zal door de rechter niet snel worden gehonoreerd, omdat (dreigende) betalingsonmacht voor rekening van de schuldenaar moet komen. In dezelfde zin R.D. Vriesendorp, 'Veranderend insolventierecht; Voortgang gewenst!', *WPNR* 2001/6463, p. 893.

onderneming – de facto zal het voornamelijk gaan om de verpande en verhypothekerde goederen – kan de bankschuld van de oude entiteit worden verminderd. Deze situatie zal zich voordoen wanneer sanering binnen de bestaande entiteit niet wenselijk of mogelijk wordt geacht wegens een te hoge schuldenlast en onmogelijkheid van een akkoord. In de insolventiepraktijk vinden activatransacties nagenoeg uitsluitend plaats in faillissement en niet in surseance van betaling. Dit houdt verband met de gewenste afslanking van het personeelsbestand in dergelijke situaties. Bij een overdracht van (een deel van) de onderneming gaan de werknemers mee over.<sup>20</sup> Een uitzondering hierop is de situatie van faillissement.<sup>21</sup> Bij een faillissement ontslaat de curator de werknemers, en de overnemende partij (de nieuwe entiteit) is vrij de oude personeelsleden aan te nemen of niet. Hiermee wordt het mogelijk zich te ontdoen van overtollige personeelsleden zonder al te grote financiële verplichtingen voor de onderneming in de nieuwe entiteit.<sup>22</sup>

### *Concernsituaties*

Bij het voorgaande ben ik uitgegaan van een enkele rechtspersoon die de onderneming drijft en in financiële moeilijkheden verkeert. In concernsituaties ligt de kwestie enigszins anders. Een concern bestaat uit twee of meer afzonderlijke vennootschappen, die gezamenlijk één onderneming drijven. De hiervoor genoemde doorstartconstructies kunnen ook in concernverband worden toegepast. Bij een concern worden echter ook specifieke doorstartconstructies toegepast. In dit boek komen de zogenoemde sterfhuis- en ziekenhuisconstructie en juridische splitsing aan de orde. In wezen zijn het varianten op de aandelen- en activatransactie. Toch verdient het concern speciale aandacht, gezien de specifieke fiscale wetgeving voor situaties waarin er sprake is van een fiscale eenheid voor de omzetbelasting en/of de vennootschapsbelasting.

Samengevat richt dit boek zich derhalve op de doorstart in het geval van een akkoord, de aandelen- en activatransactie, en bij doorstart in concernsituaties op de sterfhuis- en ziekenhuisconstructie en juridische splitsing. Voor de goede orde zij nog vermeld, dat ik geen beschouwingen ga wijden aan de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de doorstartconstructies.<sup>23</sup> Ik ga uit van het gegeven dat doorstartconstructies in de praktijk worden toegepast en blijkbaar een nuttig verschijnsel binnen de Nederlandse economie vormen.

### **1.2.2 Beperking tot BV en nationale situaties**

In dit boek komt alleen de onderneming van een BV aan bod. Blijkens StatLine van het CBS kende Nederland in oktober 2019 ongeveer 1,8 miljoen bedrijven. Daarvan waren er 365.670 bedrijven die in een BV werden uitgeoefend. Dit cijfer was 1085 voor een NV.<sup>24</sup> Qua fiscale aspecten bij een insolventie zijn er eigenlijk geen verschillen tussen een BV en NV. Daarom beperk ik mij in principe tot een BV.

20 Art. 7:663 BW.

21 Art. 7:666 BW.

22 In § 2.7 zal men overigens zien dat er uitzonderingen op deze hoofdregels zijn.

23 Met name de activatransactie na faillissement is maatschappelijk niet onomstreden.

24 <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/81588NED/table?ts=1559656398180>.

Saneringen van ondernemingen gedreven door natuurlijke personen in de vorm van een eenmanszaak, vof, maatschap etc. hangen nauw samen met het wel en wee van die betreffende persoon. Deze ondernemer kan bij insolventie gebruik maken van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.<sup>25</sup> Deze categorie blijft buiten beschouwing omdat de relevante fiscale aspecten daarbij minder divers zijn dan bij een BV. Zo kan er geen sprake zijn van een aandelentransactie. Een activatransactie heeft veel minder fiscale gevolgen dan een BV die haar activa verkoopt. Doordat soms het fiscale regime voor een IB-ondernemer gelijk is aan dat van een VPB-ondernemer<sup>26</sup> zullen impliciet tot op zekere hoogte toch de fiscale aspecten voor een IB-ondernemer behandeld worden.

Voorts zal ik mij in beginsel beperken tot nationale situaties. Uitgangspunt is een in Nederland gevestigde BV (= schuldenaar) met in Nederland wonende of gevestigde schuldeisers. Grensoverschrijdende situaties zullen sporadisch aan bod komen. Voor zover multinationals zich van lokale dochtervennootschappen in Nederland bedienen, vallen die gewoon onder de Nederlandse jurisdictie. Ook kunnen buitenlandse bedrijven zich bedienen van zogeheten vaste inrichtingen. Het gaat dan in het bijzonder om bedrijfspanden, van waaruit bedrijfsactiviteiten worden ontplooid. Een vaste inrichting heeft geen rechtspersoonlijkheid. Wel vallen vaste inrichtingen onder het Nederlandse belastingrecht, in die zin dat hun winst in Nederland volgens de meeste belastingverdragen belast mag worden. Hoewel belastingaanslagen aan een vaste inrichting kunnen worden opgelegd, is het echter bij niet-betaling de buitenlandse rechtspersoon waarbij vermogen zal moeten worden uitgewonnen ter delging van belastingschulden. De fiscale implicaties voor vaste inrichtingen komen derhalve niet aan bod in dit boek.

De Nederlandse wetgeving en rechtspraak wordt echter in toenemende mate beïnvloed door EU-recht en mondiale ontwikkelingen. Dit geldt voor alle rechtsterreinen. Ik noem voor het insolventierecht als voorbeeld de Europese Insolventieverordening<sup>27</sup>, welke van toepassing is bij grensoverschrijdende insolventies binnen de EU. Het fiscale recht staat eveneens onder sterke invloed van het Europese recht. Zo is de Nederlandse omzetbelasting gebaseerd op een BTW-richtlijn uit 2006.<sup>28</sup> In wezen is er sprake van harmonisatie van de omzetbelasting binnen de EU-lidstaten. Bij de totstandkoming van fiscale wetgeving wordt aandacht besteed aan de Europeesrechtelijke implicaties. Bij de winstbelastingen, zoals de vennootschapsbelasting, is er overigens nog geen sprake van harmonisatie binnen Europa, hoewel er wel pogingen daartoe worden ondernomen. Ik denk dan bijvoorbeeld aan het project Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB).<sup>29</sup> De Europese ontwikkelingen zijn ook relevant voor dit boek omdat ze ook effect kunnen hebben op het Nederlandse

25 Art. 284-359a Fw.

26 Zo is het winstregime voor de inkomstenbelasting nagenoeg gelijk aan het winstregime voor de vennootschapsbelasting vanwege de schakelbepaling in art. 8 lid 1 Wet VPB 1969.

27 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PbEG* 2000, L 160/1. Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), *PbEU* 2015, L 141/19.

28 Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, *PbEG* 2006, L 347/1.

29 Voor een overzicht van de voorstellen voor harmonisatie van de winstbelastingen zie F.J. Elsweier & S.A. Stevens, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting* (Fed Fiscale Studiereserie, nr. 31), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 37-40.

fiscale stelsel. Van Arendonk en Essers hebben in 2014 vraagtekens gezet bij de Europese en mondiale invloeden op het Nederlandse recht, met name vanuit het perspectief van democratische controle.<sup>30</sup> Vijf jaar later is de problematiek zeker niet minder in omvang geworden. Het laatste aansprekende voorbeeld van Europese invloed is volgens mij de Wet spoedreparatie fiscale eenheid<sup>31</sup>. CDA-senator Van Rij zei bij de plenaire behandeling van het wetsvoorstel dat dankzij een arrest van het Hof van Justitie in Luxemburg de bijl aan de wortel is gezet van het goedwerkende en doordachte concept van de fiscale eenheid. Ruim 80% van de bedrijven die er gebruik van maken zijn MKB-bedrijven. Volgens hem is dit een voorbeeld waarin de werking van het Europese recht ten koste gaat van het Nederlandse fiscale recht.<sup>32</sup> Dit boek gaat echter niet nader in op de invloeden van buiten Nederland, maar beschouwt die als een gegeven.

### 1.3 Indeling boek

Momenteel kent Nederland twintig rijksbelastingen. Het kan altijd gebeuren dat in een concreet doorstartgeval een specifieke belastingsoort de belangrijkste belastingsschuld vormt. Te denken valt aan een gefailleerde transportonderneming met een groot aantal vrachtauto's<sup>33</sup>, waarbij motorrijtuigenbelasting de grootste belastingsschuld is. Dit vormt echter geen aanleiding tot behandeling van meer dan de vier geselecteerde belastingsoorten: omzet-, overdrachts-, inkomsten- en vennootschapsbelasting. Ook ruim ik een hoofdstuk in voor de invordering van deze belastingen. Hierna geef ik per hoofdstuk een korte omschrijving.

#### *Hoofdstuk 2*

In hoofdstuk 2 worden de civiele aspecten van doorstartconstructies besproken. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen doorstart binnen de eigen entiteit en in een nieuwe entiteit. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de doorstart van concerns. Zo komen in dit hoofdstuk aan bod het akkoord, de aandelentransactie, waartoe ik ook de sterfhuis- en ziekenhuisconstructie reken, en de activatransactie, waartoe ook de juridische splitsing wordt gerekend.

#### *Hoofdstuk 3*

De omzetbelasting vormt het voorwerp van bespreking in hoofdstuk 3. Deze belastingsoort genereert de meeste opbrengsten voor de overheid. In 2019 is het lage tarief van 6% naar 9% gegaan. In september 2019 werd in de Rijksbegroting de opbrengst voor 2020 geschat

30 H.P.A.M. van Arendonk, 'Belastingheffing en Europa. I. Belastingheffing en Europa: supranationaal of nationaal?', *RMThemis* 2014/2, p. 68-70 en P.H.J. Essers, 'Belastingheffing en Europa. II. Democratisch tekort in de mondiale fiscale beleidsbepaling', *RMThemis* 2014/2, p. 70-71.

31 Wet van 24 april 2019 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met enkele spoedreparaties inzake de fiscale eenheid (Wet spoedreparatie fiscale eenheid), *Stb.* 2019, 175.

32 *Handelingen I* 2018/19, 26, item 8, p. 1.

33 Bij een autoverhuurbedrijf kan zich hetzelfde voordoen. Wel dient men zich rekenschap te geven van art. 8 Wet MRB 1994. De kentekenhouder zal dan degene zijn aan wie het motorrijtuig ter beschikking staat (in de praktijk voor een maand of langer).

op € 60.478 miljoen.<sup>34</sup> Het is ook de belangrijkste belastingsoort bij een doorstart van een onderneming. In de eerste plaats gaat een doorstart doorgaans gepaard met belastbare feiten voor de Wet OB 1968. In de tweede plaats is het toepasselijke tarief vaak 21%, waardoor substantiële belastingsschulden kunnen ontstaan. In dit hoofdstuk worden de fiscale gevolgen voor de omzetbelasting bij een doorstart van een onderneming beschreven.

Overigens leidt de omzetbelasting met de loonbelasting in de insolventiepraktijk tot de belangrijkste openstaande belastingsschulden. De loonbelasting laat ik toch buiten beschouwing, omdat deze qua heffingstechniek bij een doorstart van een onderneming niet interessant is. De doorstart leidt immers op zich niet tot heffingen in de loonbelasting. Wel kan er sprake zijn van een loonbelastingsschuld die in het kader van een akkoord wordt kwijtgescholden. Dat het dan om een loonbelastingsschuld gaat, is geen onderscheidend criterium, in die zin dat bij de kwijtschelding door de fiscus geen voorwaarden worden gesteld die specifiek zijn voor de loonbelasting. Dit betekent niet dat de verplichtingen voor de loonbelasting geen aandachtspunt hoeven te zijn bij een doorstart. Ik denk dan bijvoorbeeld aan Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:7096, V-N 2019/27.5, waarin het anoniementarief moest worden toegepast in het geval waarin de inhoudingsplichtige haar administratieve verplichtingen voor de loonheffingen niet in acht nam. Het ging om een doorstart. De nieuwe werkgever had activiteiten overgenomen van gefailleerde ondernemingen van de bestuurder van de nieuwe werkgever. De identiteit en NAW-gegevens van de werknemers waren die bestuurder bekend, maar deze moesten van de rechtbank worden vastgesteld door de nieuwe werkgever als inhoudingsplichtige.

#### *Hoofdstuk 4*

In hoofdstuk 4 wordt aandacht geschonken aan de overdrachtsbelasting. De overdrachtsbelasting kan bij een doorstart een belangrijk aandachtspunt zijn. Het tarief is weliswaar slechts 6%<sup>35</sup>, maar de grondslag waarover wordt geheven betreft een hoge waarde, omdat het gaat om onroerende zaken. Daardoor kan het toch gaan om substantiële belastingsschulden. Met name binnen concernsituaties vormt de verschuiving van onroerende zaken een belangrijk aandachtspunt bij insolventie, omdat onder omstandigheden de onderlinge overdracht van onroerende zaken is vrijgesteld.

#### *Hoofdstuk 5*

Het vijfde hoofdstuk is gereserveerd voor de inkomstenbelasting. Hoewel deze belasting wordt geheven van natuurlijke personen, aldus art. 1.1 Wet IB 2001, is om twee redenen behandeling van de Wet IB 2001 toch noodzakelijk. In de eerste plaats zijn bij een doorstartende vennootschap altijd natuurlijke personen betrokken die het uiteindelijke belang in de vorm van aandelen in die vennootschap houden. Dit geldt ook in concernsituaties. Niet in alle gevallen leidt een doorstart van een onderneming tot belastingheffing bij die personen, maar indien zich belastbare feiten bij die aandeelhouders voordoen, zal dat gebaseerd moeten zijn op de Wet IB 2001. In dit hoofdstuk worden die belastbare feiten in kaart gebracht. In de tweede plaats bevat de Wet IB 2001 een reeks van bepalingen die van belang zijn voor

34 *Kamerstukken II* 2019/20, 35300, 2, p. 39, herhaald op p. 48, 49, 50 en 66 (Nota over de toestand van 's Rijks financiën).

35 Art. 14 lid 1 WBR. Ingevolge lid 2 van dit wetsartikel geldt een tarief van 2% voor (aandelen en rechten in) woningen.

de vaststelling van de winst van een BV. Zo vindt men de kwijtscheldingswinstvrijstelling, een vrijstelling die van belang is voor een akkoord, in de Wet IB 2001.<sup>36</sup> In art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 wordt deze kwijtscheldingswinstvrijstelling van overeenkomstige toepassing verklaard. In het hoofdstuk over de Wet IB 2001 wordt de kwijtscheldingswinstvrijstelling behandeld en in het hoofdstuk over de Wet VPB 1969 wordt ernaar verwezen en wordt zij verder besproken, voor zover relevant voor vennootschapsbelastingplichtige lichamen.

#### *Hoofdstuk 6*

De bespreking van de vennootschapsbelasting komt in het zesde hoofdstuk aan bod. De vennootschapsbelasting wordt geheven naar de winst<sup>37</sup> en die zal juist niet aanwezig zijn bij verlieslatende vennootschappen. Toch kan zich een aantal voor de Wet VPB 1969 belastbare feiten voordoen die ondanks de mogelijkheid van verliesverrekening tot feitelijke belastingschulden leiden. In dit verband is te denken aan antimisbruikbepalingen in het per 1 januari 2003 ingevoerde herziene regime van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Voorts wordt de positie van aan de vennootschapsbelasting onderworpen schuldeisers en aandeelhouders van de schuldenaar beschouwd. Dit hoofdstuk vormt tezamen met de hoofdstukken over omzet- en inkomstenbelasting, zowel in kwantiteit als relevantie, het belangrijkste onderdeel van dit boek.

#### *Hoofdstuk 7*

Ik zal de invordering van belastingen bespreken voor zover het relevant is voor een doorstart van een onderneming, zoals bijvoorbeeld kwijtschelding van belastingschulden in het kader van een akkoord (art. 26 Inv.).

---

36 Art. 3.13 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

37 Ingevolge art. 7 lid 1 Wet VPB 1969 wordt bij binnenlandse belastingplichtigen de vennootschapsbelasting naar het belastbare bedrag geheven. Blijkens lid 2 is het belastbare bedrag de in een jaar genoten belastbare winst, verminderd met de te verrekenen verliezen.



