

# Omzetting van vordering in aandelenkapitaal debiteur: fiscale regels voor de debiteur

## Inleiding

Het omzetten van (onvolwaardige) vorderingen in kapitaal van de debiteur vormt al decennia lang een weerbarstige, fiscale problematiek bij zowel binnenlandse als grensoverschrijdende schuldverhoudingen. Sinds 1990 heeft de wetgever verschillende bepalingen ingevoerd om in haar ogen ongewenste fiscale planningsmogelijkheden te bestrijden. In eerste instantie knopen deze bepalingen aan bij de fiscale positie van de crediteur. In 2000 zijn de voordien geldende bepalingen echter heroverwogen en is onder meer met ingang van 1 januari 2001 een bepaling ingevoerd, te weten artikel

12 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969), die aanknoopt bij de fiscale positie van de debiteur. Dit artikel belast bij omzetting van een schuld in aandelen van de debiteur, het verschil tussen de fiscale boekwaarde en de waarde in het economische verkeer van de schuld. Het verdient opmerking dat tot de invoering van artikel 12 Wet Vpb 1969 de jurisprudentie bepaalde dat de omzetting van schuldvorderingen in aandelen niet in de winst- maar in de kapitaalsfeer plaatsvond, en derhalve niet kon leiden tot belastingheffing. Artikel 12 Wet Vpb 1969 haalt de omzetting uit de kapitaalsfeer en vormt daarmee een uitbreiding van het fiscale winstbegrip.

De fiscale planningsmogelijkheid die dit artikel bestrijdt, is het voldoen van de stortingsplicht op nieuw uitgegeven aandelen aan de crediteur door volledige verrekening met de hoofdsom van een onvolwaardige vordering op de emittent. Deze mogelijkheid was onder meer aantrekkelijk voor (inter)nationale concerns en ontstond wanneer de onvolwaardige vordering door de crediteur ten laste van zijn fiscale winst kon worden afgewaardeerd, maar deze afwaardering niet geheel of deels werd teruggenomen wanneer de vordering was omgezet in aandelenkapitaal van de debiteur, en de latere waardevermindering van de verkregen aandelen belastingvrij kon worden gerealiseerd. Deze planningsmogelijkheid was al in 1990 voor binnenlandse verhoudingen gerepareerd, maar was, afhankelijk van de omstandigheden, in internationale verhoudingen nog wel mogelijk. Daarnaast was het voor de enig aandeelhouder aantrekkelijker om een onvolwaardige vordering om te zetten in aandelenkapitaal dan deze kwijt te schelden. Bij de toepassing van de fiscale kwijtscheldingswinstvrijstelling (art. 3.13, onderdeel a, Wet IB 2001 jo. art. 8 lid 1 Wet Vpb 1969) worden namelijk eerst alle nog te verrekenen verliezen van de debiteur uit eerdere jaren met de kwijtscheldingswinst gecompenseerd alvorens het overschot wordt vrijgesteld, terwijl bij een omzetting materieel hetzelfde resultaat werd bereikt zonder verrekening van voorwaarts te verrekenen verliezen. Terzijde zij opgemerkt dat voor particuliere aandeelhouders ook planningsmogelijkheden bestonden, maar dat deze al in 1997 door de introductie van het vernieuwd aanmerkelijk-belangregime onaantrekkelijk zijn geworden.

De reikwijdte van artikel 12 Wet Vpb 1969 gaat echter verder dan de bestrijding van de genoemde fiscale planningsmogelijkheden. Het artikel houdt namelijk geen rekening met het feit of de crediteur aandeelhouder is in de debiteur en of de onvolwaardige vordering is afgewaardeerd ten laste van de Nederlandse belastbare winst. Daarnaast knoopt artikel 12 Wet Vpb 1969 niet

alleen aan bij de verrekening van de hoofdsom van een vordering met het nog te storten kapitaal, maar ook bij het moment waarop de vordering als eigen vermogen van de debiteur gaat functioneren zonder dat aandelen worden uitgegeven. Dit artikel speelt dus een centrale rol bij de fiscale gevolgen van de recent aangekondigde en enkele al uitgevoerde schuldsaneringen van bijvoorbeeld Getronics, UPC, Versatel en Landis.

### Artikel 12 Wet Vpb 1969

#### *Hoofdregeel (lid 1)*

De belastingplichtige wordt geacht een voordeel te hebben genoten wanneer een schuld waarvan de fiscale 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 (hierna aangeduid als omzetting). 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.

Een voorwaarde voor de toepassing van deze bepaling is dat de schuld wordt voldaan door de uitgifte van aandelen en soortgelijke vermogensrechten door de debiteur (hierna wordt omwille van de eenvoud gesproken van de uitgifte van aandelen). De vraag rijst wat de reikwijdte is van het begrip voldaan. Dit omvat in ieder geval een verrekening van de gehele vordering met een stortingsverplichting op nieuw uitgegeven aandelen. Hierbij lijkt, met het oog op de uitgifte van beursgenoteerde aandelen, het geen verschil uit te maken of de vordering wordt verrekend met uitsluitend de verplichting tot storting op de nominale waarde van de uitgegeven aandelen of tevens met de eventueel daarbij bedongen agio. De bepaling is tevens van toepassing wanneer slechts een deel van de schuld in aandelen wordt voldaan. Echter, de vraag, die hierna nog uitgebreider zal worden besproken, rijst hoe de bepaling moet worden toegepast wanneer de schuld deels in aandelen en deels in niet met aandelen vergelijkbare vermogensrechten wordt voldaan.

Wanneer de vorderingen regelmatig op markten worden verhandeld, zal de bepaling van de waarde in het economische verkeer geen problemen opleveren. De waardering wordt moeilijker wanneer er geen markt voor deze vorderingen bestaat en bijvoorbeeld bij de waardering tevens de als gevolg van artikel 12 Wet Vpb 1969 ontstane belastingschuld moet worden betrokken. Hierbij zij tevens aangetekend dat de waarde van vorde-

ringen uiteraard mede wordt bepaald door renteontwikkelingen, de creditrating van de debiteur en wisselkoerseffecten; terwijl een vordering dus niet onvolwaardig hoeft te zijn, kan er daarentegen wel bij een eventuele omzetting een belastbaar voordeel worden gerealiseerd.

*Uitbreiding hoofdregel (lid 3)*

Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing indien een schuld gaat functioneren als eigen vermogen van de schuldenaar zonder dat aandelen worden uitgegeven.

De reikwijdte van deze bepaling is op dit moment niet te voorzien, nu een nieuw criterium en een open norm als het gaan functioneren als eigen vermogen is geïntroduceerd. Toen dit lid werd voorgesteld, had de wetgever het met name voorzien op de deelnemerschapsleningen, een in de fiscale jurisprudentie gevormd, bijzonder soort leningen waarvoor toentertijd in een flankerend wetsvoorstel een bepaling was opgenomen die fiscale behandeling daarvan wettelijk regelde. Die bepaling is echter later tijdens de parlementaire behandeling ingetrokken (en inmiddels is een bepaling met een andere opzet via een ander wetsvoorstel in werking getreden per 1 januari 2002).

Het lijkt dat de wetgever het met deze uitbreiding nu met name heeft voorzien op onzakelijke verhoudingen die kunnen ontstaan tussen de aandeelhouder en de vennootschap. De bepaling speelt bijvoorbeeld een rol wanneer een grootaandeelhouder schulden in de debiteur opkoopt en bijvoorbeeld een opschorting van de verplichting tot betaling van rente of verandering van de datum van aflossing overeenkomt: afhankelijk van de overige feiten en omstandigheden is het alsdan denkbaar dat een informele kapitaalstorting in de debiteur heeft plaatsgevonden waaruit dan volgt dat de schuld als eigen vermogen van de debiteur is gaan functioneren. Een vergelijkbare situatie kan zich voordoen bij een kwijtschelding van een schuld. Wanneer de kwijtschelding van een schuld naar fiscale maatstaven als onzakelijk moet worden beschouwd en derhalve als een storting van informeel kapitaal moet worden aangemerkt, is eveneens sprake van het gaan functioneren als eigen vermogen.

Daarnaast lijkt dit lid ook van belang in het geval vorderingen door een grootaandeelhouder van derden worden gekocht, waarbij de koopsom van de vordering niet door de debiteur, maar door de grootaandeelhouder in aandelen van de debiteur of eigen aandelen wordt voldaan. De vraag rijst vervolgens of de aldus verworven vordering nu gaat functioneren als eigen vermogen van de debiteur. Een antwoord op deze vraag is op dit moment niet met zekerheid te geven, maar het kan niet

worden uitgesloten dat het kopen van de vordering en het vervolgens houden van de vordering als met elkaar samenhangende rechtshandelingen moeten worden gekwalificeerd, waardoor de vordering, afhankelijk van de overige feiten en omstandigheden, in feite gaat functioneren als eigen vermogen van de debiteur.

*Relatie met verliescompensatie (lid 2)*

De toepassing van artikel 12 Wet Vpb 1969 kan extra complicaties oproepen als gevolg van de toepassing van het eveneens per 1 januari 2001 ingevoerde artikel 20a Wet Vpb 1969. Artikel 20a Wet Vpb 1969 is de opvolger van het bekende artikel 20 lid 5 Wet Vpb 1969 en beoogt, kort gezegd, de handel in verliesvennootschappen te bestrijden. De verhouding tussen deze artikelen is in het tweede lid geregeld, nu onder meer als gevolg van de omzetting het belang in de debiteur in belangrijke mate in handen van de voormalige crediteuren komt, waardoor ex artikel 20a Wet Vpb 1969 verliescompensatie uit andere jaren niet meer verrekenbaar kan zijn met winsten. Het tweede lid neemt deels de mogelijk nadelige gevolgen van een samenloop tussen de artikelen 12 en 20a Wet Vpb 1969 weg. Aangezien artikel 20a Wet Vpb 1969 verder buiten het kader van deze bijdrage valt, wordt het tweede lid niet uitgebreider besproken

**Gevolgen**

De wetgever heeft bij de invoering van artikel 12 Wet Vpb 1969 verondersteld dat de winst als gevolg van de omzetting van onvolwaardige vorderingen in de meeste gevallen deels of geheel zou kunnen worden gecompenseerd met de door debiteur geleden verliezen (de vorderingen zijn immers onvolwaardig). Deze veronderstelling is bij (internationale) concerns niet onder alle omstandigheden juist, waarbij de wetgever heeft opgemerkt dat in die situatie de schuldsanering vanwege de negatieve fiscale consequenties dus niet in de vorm van een omzetting zal worden uitgevoerd.

Of de winst gerealiseerd bij omzetting kan worden gecompenseerd met geleden verliezen, is afhankelijk van hoe de activiteiten binnen het concern zijn gestructureerd en hoe in relatie daarmee de ingeleende middelen binnen het concern zijn aangewend. Wanneer de ingeleende gelden door de debiteur geheel zijn uitgeleend aan vennootschappen binnen de groep, ligt het voor de hand ervan uit te gaan dat de winst als gevolg van de omzetting van schulden bij de debiteur kan worden afgezet tegen een vrijwel gelijke afwaardering van de vordering op de groepsvennootschappen. Echter, een fiscaal relevante vraag is of de leningen die zijn verstrekt aan de groepsvennootschappen, wellicht vanaf een bepaald moment deels of geheel moeten worden

Dit artikel uit *Vennootschap & Onderneming* is gepubliceerd door Boom Juridisch en is bestemd voor anonieme bezoekers

aangemerkt als het verstrekken van informeel kapitaal. Indien dit het geval is, vervalt in beginsel voor het informeel kapitaal de mogelijkheid tot het nemen van een corresponderende aftrek. Deze problematiek kan zich tevens voordoen wanneer een kwijtschelding van een schuld naar fiscale maatstaven als onzakelijk moet worden beschouwd en de winst behaald met de kwijtschelding wordt geherkwalificeerd als informeel kapitaal. De enige mogelijkheden om een afwaardering op kapitaal ten laste van de belastbare winst te brengen zijn, mits aan alle wettelijke voorwaarden is voldaan, het toepassen van de tijdelijke afwaarderingfaciliteit van artikel 13ca Wet Vpb 1969 of het na liquidatie van de groepsmaatschappij nemen van een liquidatieverlies ex artikel 13d e.v. Wet Vpb 1969.

Wanneer de ingeleende gelden zijn gebruikt voor storting van kapitaal in vennootschappen binnen de groep (of de intercompany-leningen moeten worden aangemerkt als informeel kapitaal), zullen de verliezen die in beginsel in die groepsvennootschappen zijn geleden, niet kunnen worden gecompenseerd met de winst van de vennootschap waar de omzetting heeft plaatsgevonden. Wanneer de groepsvennootschappen voor de Nederlandse vennootschapsbelasting een fiscale eenheid vormen – met alle daaraan verbonden beperkingen – met de vennootschap waar de omzetting winst wordt gerealiseerd, is het in beginsel wel mogelijk om deze winst met eventuele verliezen van die vennootschappen te compenseren. Aangezien echter de mogelijkheid tot het vormen van een fiscale eenheid met vennootschappen die in het buitenland zijn gevestigd of waarvan de activiteiten in het buitenland plaatsvinden, uiterst beperkt is (en in een nog in te voeren wetsvoorstel verder zal worden beperkt), kunnen in de praktijk met name internationale concerns buiten Nederland geleden verliezen niet compenseren met de omzetting winst. Dit vormt derhalve een ernstige belemmering voor de sanering van schulden.

Ten overvloedige zij nog opgemerkt dat bij een schuldsanering partijen waarschijnlijk in eerste instantie zullen uitgaan van de commerciële winst- en verliesrekening, de daarbij te realiseren winst en de in het verleden geleden verliezen. Het is echter van belang bij een schuldsanering rekening te houden met het feit dat de fiscale winst- en verliesrekening, die de basis vormt voor de toepassing van artikel 12 Wet Vpb 1969, aanzienlijk kan verschillen van de commerciële winst- en verliesrekening.

#### Onduidelijkheden

De toepassing van artikel 12 Wet Vpb 1969 op in de praktijk gangbare vormen van schuldsanering is helaas

onvoldoende uitgekristalliseerd. De voor de huidige praktijk twee belangrijkste problemen zijn de volgende. Voorafgaand aan, of zelfs gelijk met, het moment waarop een schuld door de debiteur zal worden voldaan in aandelen, kan een deel van de schuld door de crediteur worden kwijtgescholden. In het geval een deel van de schuld is kwijtgescholden tot op het bedrag waarop de schuld in aandelen zal worden voldaan (waarop mogelijk de kwijtscheldingswinstvrijstelling van toepassing kan zijn; de kwijtscheldingswinstvrijstelling valt verder buiten het kader van deze bijdrage en wordt niet verder besproken), resteert de vraag of artikel 12 Wet Vpb 1969 wel kan worden toegepast. Wanneer namelijk als gevolg van de kwijtschelding de nominale waarde van de schuld is gereduceerd tot vrijwel de waarde in het economische verkeer van de resterende vordering, zou bij voldoening van de restschuld in aandelen van de debiteur geen winst ex artikel 12 Wet Vpb 1969 kunnen worden geconstateerd. Het ligt voor de hand aan te nemen dat voor de toepassing van artikel 12 Wet Vpb 1969 beide rechtshandelingen als met elkaar samenhangende rechtshandelingen moeten worden gekwalificeerd en derhalve voor fiscale doeleinden het behaalde voordeel volledig onder de werking van artikel 12 Wet Vpb 1969 moet worden gebracht. Ruimte voor twijfel is echter mogelijk, aangezien een deel van de nominale waarde van de schuld niet wordt omgezet in aandelen van de debiteur, maar definitief wordt prijsgegeven: dit is civielrechtelijk een relevant verschil.

Een andere voor de praktijk bestaande onzekerheid is wanneer een schuld wordt omgezet in deels aandelen van de debiteur en deels andere, niet met aandelen vergelijkbare vermogensrechten, zoals bijvoorbeeld de betaling van contanten. Is artikel 12 Wet Vpb 1969 nu van toepassing op de hele omzetting (dus inclusief het gedeelte dat kan worden toegerekend aan het deel van de schuld dat met contanten wordt voldaan) of slechts voor het gedeelte van de winst die kan worden toegerekend aan het gedeelte van de schuld dat is voldaan met de aandelen van de debiteur? Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de wetgever deze mogelijkheid niet heeft onderkend, waardoor een voor de praktijk aantrekkelijke variant van schuldsanering met onzekerheid is omgeven.

#### Conclusie

Artikel 12 Wet Vpb 1969 kent een zeer ruime werking en kan bij een schuldsanering een aanzienlijke hinderenis vormen voor het welslagen daarvan. De werking van deze bepaling is op voor de praktijk bijzonder belangrijke onderdelen tijdens de parlementaire behandeling onvoldoende uitgekristalliseerd, waardoor de rechter haar reikwijdte nader zal invullen. Helaas zijn

---

de ondernemingen waarvan schulden worden gesaneerd, veelal niet in de (financiële) positie om procedures hierover te voeren. Daarnaast verdient een mogelijke, toekomstige toepassing van artikel 12 Wet Vpb 1969 al aandacht bij de opbouw van een concern en het structureren van aan te trekken en uit te zetten financieringen.

*Mr. K.-J. Visser  
Stibbe*