

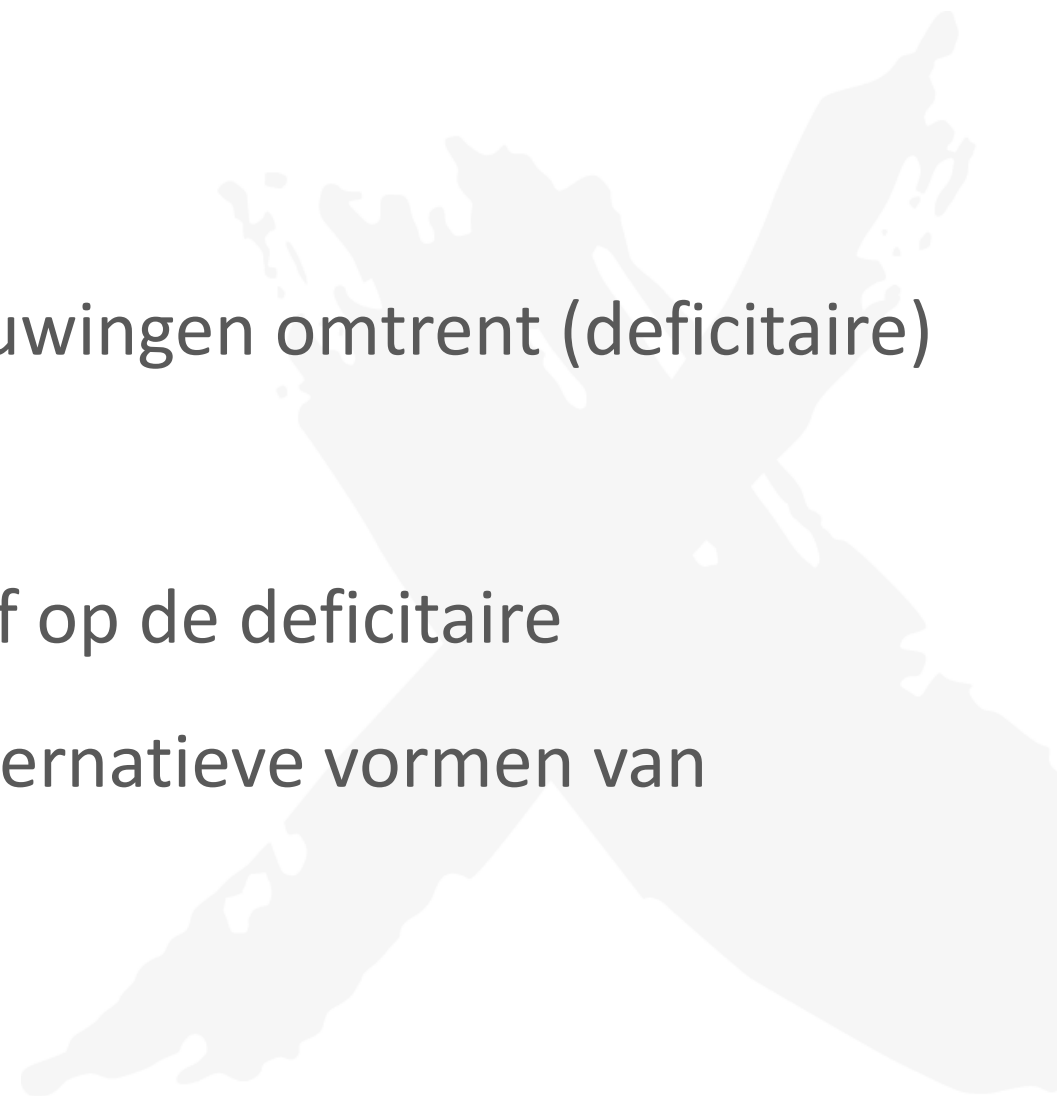
Deficitaire vereffening en andere alternatieven voor faillissement

Mr. Jan Tuerlinckx
Tuerlinckx Fiscale Advocaten

Algemene inleiding

- Uitwegen voor vennootschappen in slechte papieren
- > Discontinuïteit vs. continuïteit:
 - (Deficitaire) vereffening (met kwijtschelding van schuld)
 - Faillissement
 - Wet Continuïteit Ondernemingen (minnelijk akkoord en gerechtelijke reorganisatie)
 - Geruisloze fusie
 - ...

Opbouw

- I. Faillissement
 - II. Algemene beschouwingen omtrent (deficitaire) vereffening
 - III. Fiscaal perspectief op de deficitaire vereffening en alternatieve vormen van discontinuïteit
 - IV. Continuïteit
- 

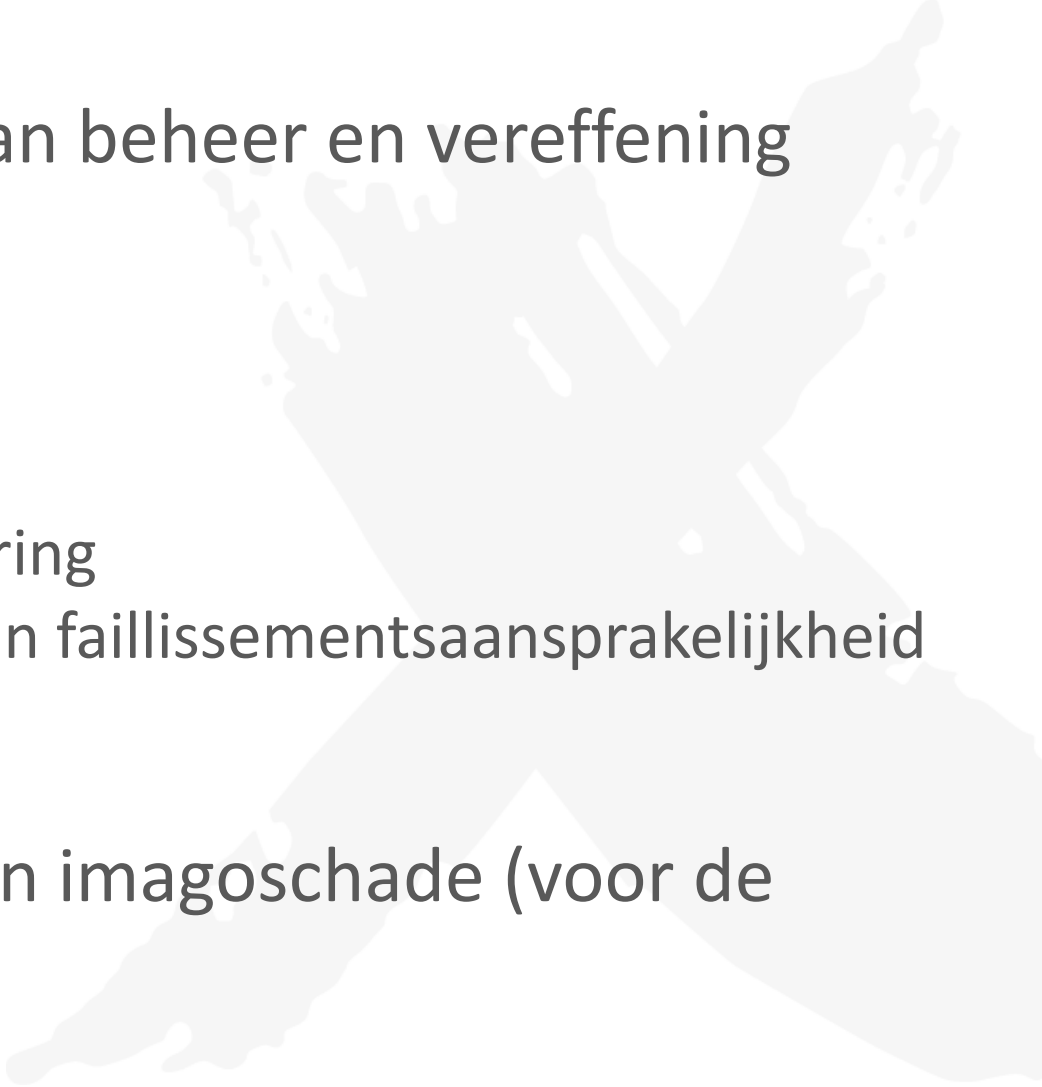
I. FAILLISSEMENT



Algemeen

- Voorwaarden:
 - Handelaar
 - Staking van betaling:
 - Op duurzame wijze opgehouden hebben te betalen
 - I.e. wanneer de handelaar niet langer zijn liquide, zekere en opeisbare schulden betaalt
 - Tijdelijke betalingsmoeilijkheden volstaan niet > WCO
 - Wankel krediet:
 - Commercieel krediet dat de handelaar geniet bij zijn leveranciers, financiële instellingen en overige schuldeisers
 - Uitstel van betaling

- Op verzoek:
 - Aangifte bestuursorgaan
 - Dagvaarding door één of meerdere schuldeisers
 - Dagvaarding door OM
- Vonnis van faillietverklaring (rechtbank van koophandel):
 - Vordering tot teruggaaf BTW: niet vereist dat schuldenaar afgetrokken BTW terugstort

- Strikte omkadering van beheer en vereffening vermogen:
 - Gerechtelijk toezicht
 - Verdachte periode
 - Curator
 - Verschoonbaarverklaring
 - Bijzondere vormen van faillissementsaansprakelijkheid (zie volgende slides)
 - Negatieve weerslag en imagoschade (voor de groep/ gefailleerde)
- 

Artikelen 265 (bvba), 409 (cvba) of 530 (nv) W.Venn.

- Schulden overtreffen de baten bij een faillissement
- (Gewezen) bestuurder, de facto en/of de jure:
 - Vereffenaar als feitelijk bestuurder?
- Kennelijke grove fout heeft bijgedragen tot faillissement:
 - Kennelijk karakter van de grove fout: fout die een normaal voorzichtig redelijk bestuurder in dezelfde omstandigheden niet zou hebben begaan
 - Grove karakter van de fout:
 - Verzuim of actieve daad
 - Desinteresse of onkunde; het niet daadwerkelijk deelnemen aan het bestuur is geen verweer
 - Onweerlegbaar vermoeden: iedere vorm van ernstige fiscale fraude
- Gevolg: persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk voor excedent passief (rechterlijke discretionaire bevoegdheid)

- Spiegelbepaling voor verschuldigde RSZ-bijdragen bij faillissement:
 - Grove fout die aan basis van faillissement ligt:
 - Dus niet noodzakelijk “kennelijk” grove fout
 - O.m. iedere vorm van ernstige fiscale fraude
 - O.m. vennootschap wordt geleid door zaakvoerder of verantwoordelijke die betrokken is geweest bij min. 2 faillissementen/ vereffeningen met RSZ-schulden
 - Bestuurder/ zaakvoerder zelf in laatste 5 jaar min. 2x betrokken bij faillissement/vereffening met RSZ schulden

> Objectieve aansprakelijkheid: onweerlegbaar, ook indien geen fout?:

- Grondwettelijk Hof 17 september 2009 en 29 maart 2012: geen schending gelijkheidsbeginsel, want rechter heeft beoordelingsbevoegdheid inzake omvang te betalen bijdragen.
- Grondwettelijk Hof 8 september 2014: geen schending gelijkheidsbeginsel, want regeling viseert malafide zaakvoerders, en rechter kan omvang aansprakelijkheid beoordelen, o.m. rekening houdend met goede trouw bestuurder/ zaakvoerder (kan leiden tot lager bedrag veroordeling of - wellicht - zelfs helemaal geen veroordeling).

Verjaringstermijn (artikel 198, §1 W.Venn.)

- “Door verloop van vijf jaren verjaren:
 - ...
 - Alle rechtsvorderingen tegen zaakvoerders, bestuurders, ... wegens verrichtingen in verband met hun taak, te rekenen van die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen van de ontdekking”.
- > Quid, vertrekpunt?

- Cass. 12 september 2013 inzake aanvang verjaringstermijn:
 - Datum waarop men voor het eerst kennis kon hebben van de opzettelijk verborgen handelingen is van tel, niet de effectieve ontdekking van de feiten in kwestie;
 - I.g.v. faillissement: vanaf datum van het faillissement, minstens vanaf datum neerlegging 1^{ste} verslag curator (= 12 maanden na aanvaarding van zijn ambt).

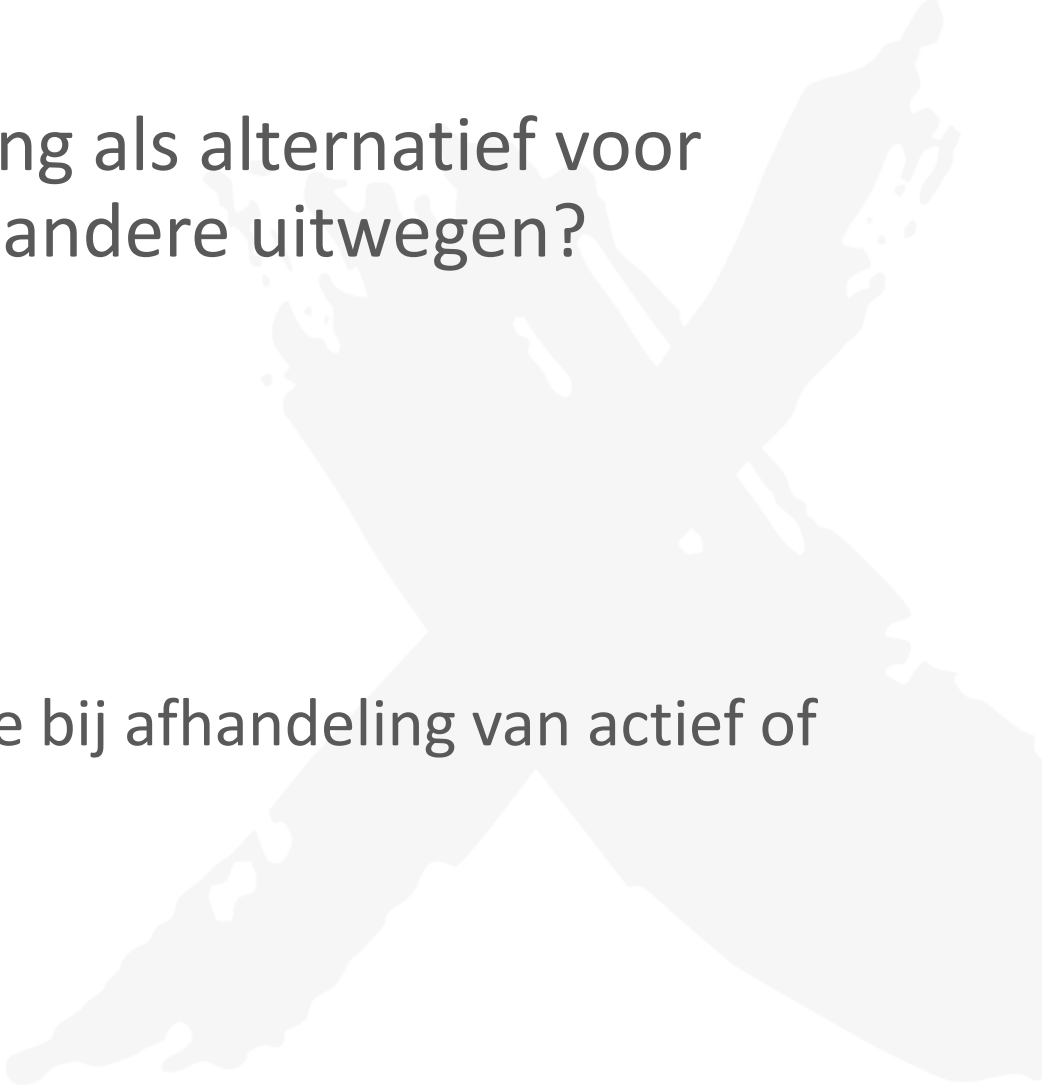
Misdrijven die verband houden met het faillissement

- Misdrijven specifiek begaan door een bestuurder (artikel 489, 489bis, 489ter en 492bis Sw.):
 - O.m. roekeloze transacties om faillissement uit te stellen
 - O.m. valse voorstelling van de cijfers
 - O.m. misbruik van vennootschapsgoederen (492bis Sw.):
 - Let op: niet vereist dat vennootschap in staat van faillissement verkeert !
- Misdrijven begaan door alle derden (o.m. curator)

Afwikkeling van het faillissement

- Summiere rechtspleging tot sluiting van het faillissement:
 - Actief ontoereikend om de vermoedelijke kosten van beheer en vereffening te dekken;
 - De beslissing tot sluiting van het faillissement brengt de ontbinding van de rechtspersoon en de onmiddellijke sluiting van de vereffening met zich mee.
- Afsluiting van het faillissement **door vereffening**:
 - Tegeldemaking van het actief en verdeling opbrengst onder de schuldeisers (zie fiscale behandeling hierna)
 - Wettelijke hypotheek van de ontvanger der directe belastingen (427 WIB)

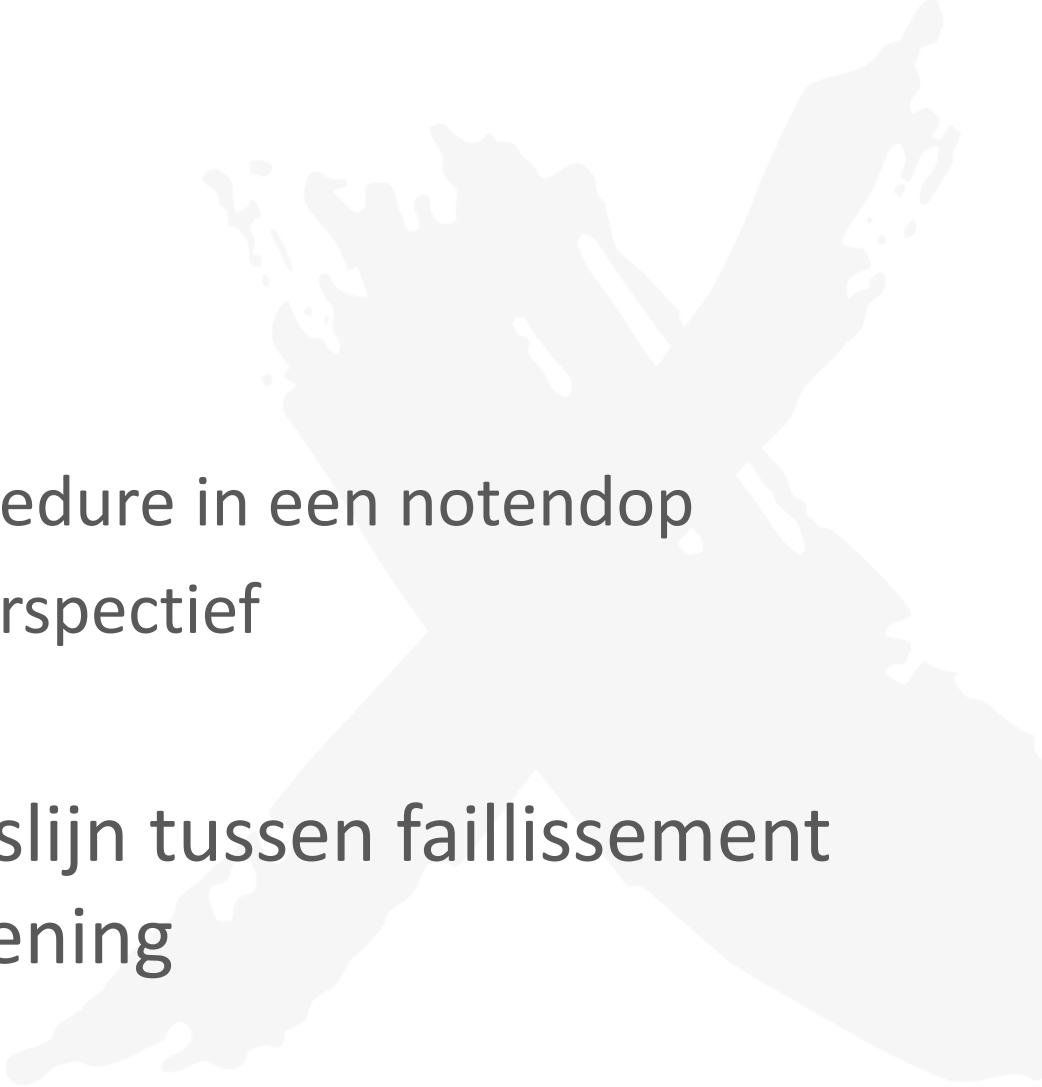
Rode draad

- (Deficitaire) vereffening als alternatief voor faillissement...? Quid andere uitwegen?
 - Welke motieven:
 - Lagere kosten
 - Snellere afhandeling
 - Nood aan specialisatie bij afhandeling van actief of passief
 - Reputatie
 - ...
- 

II. ALGEMENE BESCHOUWINGEN OMTRENT (DEFICITAIRE) VEREFFENING



Opbouw

- Ontbinding
 - Vereffening:
 - Inleiding
 - De vereffeningprocedure in een notendop
 - Boekhoudkundig perspectief
 - Fiscale invalshoek
 - De dunne scheidingslijn tussen faillissement en deficitaire vereffening
- 

Ontbinding: algemeen

- Een vennootschap wordt na haar ontbinding geacht voort te bestaan voor haar vereffening (artikel 183 W.Venn.).
- De ontbinding maakt dus geen einde aan de rechtspersoonlijkheid. De ontbonden vennootschap blijft eigenaar van de goederen die in haar vermogen zitten.
- Een vennootschap in vereffening kan geen nieuwe activiteit ontwikkelen. Wel kan ze haar bestaande activiteit voortzetten.

Oorzaken

- ***Ontbinding van rechtswege:***
 - De ontbinding van rechtswege van een vennootschap treedt in doordat een bepaalde gebeurtenis plaatsvindt. Afwezigheid van een beslissing van aandeelhouders (vennoten) of van de rechtbank.
 - Concrete oorzaken:
 - Verstrijken van de duur van de vennootschap
 - Verwezenlijking van het vennootschapsdoel of de volstreekte onmogelijkheid om het vennootschapsdoel te verwezenlijken
 - Vereniging van alle aandelen in één hand
 - Overlijden van de enige vennoot
 - Overlijden van de zaakvoerder van een CVA
 - Summiere rechtspleging tot sluiting van het faillissement

- ***Gerechtelijke ontbinding***

- Een gerechtelijke ontbinding wordt uitgesproken door de rechtbank.
- Concrete oorzaken:
 - De ontbinding om wettige reden
 - Daling van het netto-actief tot beneden het minimumkapitaal
 - Daling van het aantal vennoten beneden het wettelijk minimum
 - Weigering van instemming bij overdracht of overgang van aandelen
 - Nietigheid van de vennootschap
 - Gerechtelijke ontbinding van slapende vennootschappen

- ***Vrijwillige ontbinding***

- De vrijwillige ontbinding vindt plaats door een beslissing van de algemene vergadering (statutenwijziging).
- Concrete oorzaken:
 - Besluit tot vervroegde ontbinding
 - Alarmbelprocedure
 - Ontbinding zonder vereffening

Alarmbelprocedure (artikel 332 (bvba), 431 (cvba) en 633 (nv) W.Venn.)

- Netto-actief gedaald tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal ten gevolge van geleden verlies.
- Samenroeping AV binnen een termijn van ten hoogste twee maanden nadat het verlies is vastgesteld of krachtens wettelijke of statutaire bepalingen had moeten worden vastgesteld.
- Beslissing (zoals bij statutenwijziging) over de ontbinding van de vennootschap:
 - Indien netto-actief gedaald is tot minder dan een vierde van het maatschappelijk kapitaal vindt ontbinding plaats wanneer zij wordt goedgekeurd door een vierde van de ter vergadering uitgebrachte stemmen.
- Aansprakelijkheid bestuurder indien AV niet wetsconform is bijeengeroepen.

Vereffening Inleiding

- De vereffening is het geheel van handelingen gericht op een gehele verdeling van het maatschappelijk vermogen, die plaatsvinden in de periode tussen de ontbinding van de vennootschap en het sluiten van de vereffening (definitief verdwijnen vennootschap).

- Stappenplan:
 - Regeling lopende zaken
 - Tegeldemaking van het actief
 - aanzuivering van het passief
 - Verdeling batig saldo onder de vennoten:
 - In functie van mate van volstorting aandelen
 - Winstbewijzen geven geen recht op een deel van het vereffeningssaldo
- > Vraag: is er altijd een batig saldo?

Deficittaire vereffening

- **NEE = de deficittaire vereffening:**
 - Er is sprake van een deficittaire vereffening indien het aanwezige actief niet volstaat ter aanzuivering van het passief.
 - In de doctrine is het betwist of een vereffening ook deficitair is wanneer er geen liquidatieboni kunnen worden uitgekeerd aan de voormalige aandeelhouders:
 - Door hun inbreng in de vennootschap aanvaarden de aandeelhouders het ondernemingsrisico.
 - > geen schuldeiser *senso stricto* van de vennootschap

⇒ Een vereffening is dus eigenlijk slechts deficitair indien het aanwezige actief niet volstaat om het vreemd vermogen van de vennootschap te vergoeden.

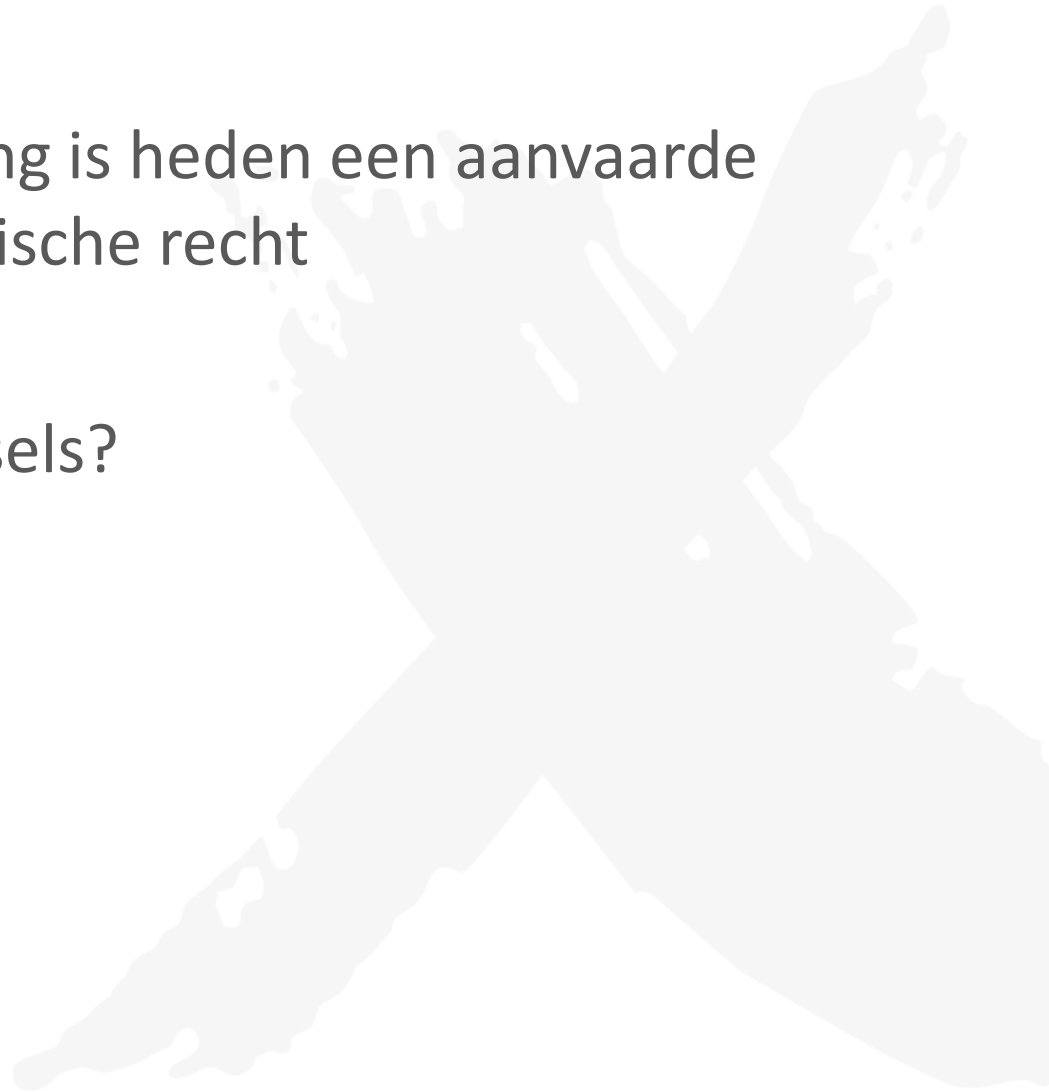
- Rulingcommissie erkent dit standpunt impliciet (zie vb. Voorafgaande beslissing nr. 900.481, dd. 21.12.2010):

- “Een vereffening is deficitair vanaf het ogenblik dat het aanwezige actief niet volstaat ter aanzuivering van het passief. Zoals eerder aangehaald is het nu reeds duidelijk dat A bij gebrek aan voldoende activa niet in staat zal zijn om alle schuldeisers terug te betalen. Aldus dient de voorgenomen vereffening als deficitair te worden beschouwd.”

- Zie ook bespreking wetswijziging omtrent vereffening in één akte hierna

- Ontbreken expliciet wetgevend kader
- Aanvaarding in rechtspraak:
 - Cass. 22 maart 1962
 - Cass. 17 juni 1994
 - Cass. 14 januari 2005
- Parlementaire voorbereiding Faillissementswet:
 - Verwerping amendementen welke ertoe strekten te verhinderen dat een vennootschap vrijwillig in vereffening zou gaan zonder haar schulden volledig te voldoen (zie o.m. Amendement nr. 1, op artikel 2, van mevrouw Van der Wildt; Parl. St. Senaat, 498/11, p.77).

- De deficittaire vereffening is heden een aanvaarde rechtsfiguur in het Belgische recht
- Quid andere rechtsstelsels?

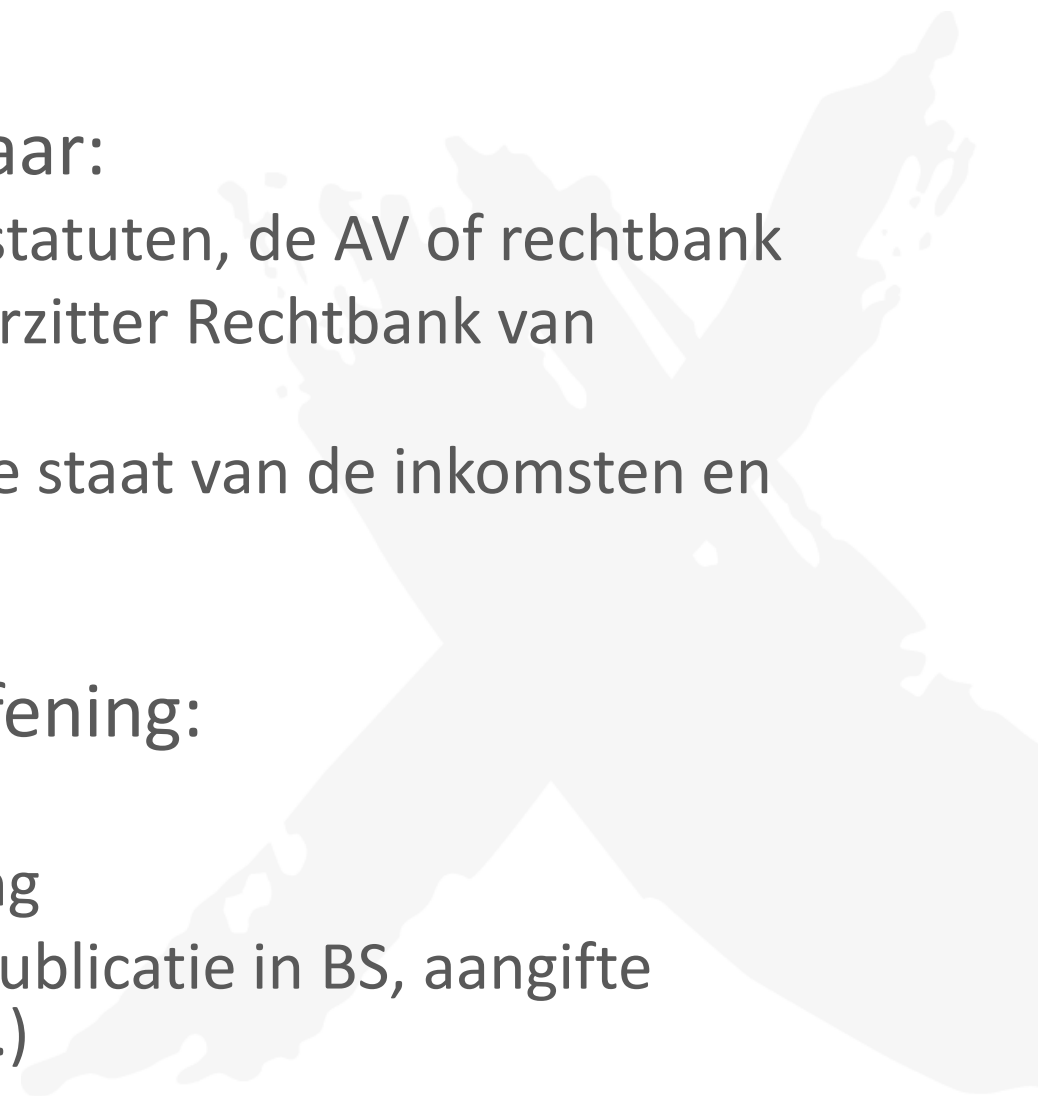


De vereffeningprocedure in een notendop (vrijwillige ontbinding en vereffening)

- De procedure van artikel 181 W.Venn. is van toepassing op:
 - CVBA
 - Comm.VA
 - BVBA
 - NV
- Dus niet: VOF, Comm.V en CVOA

Mijlpalen

- Verslag van het bestuursorgaan:
 - Voorstel tot vrijwillige ontbinding toegelicht in een verslag dat door het bestuursorgaan wordt opgemaakt en dat vermeld wordt in de agenda van de algemene vergadering die zich over de ontbinding moet uitspreken.
- Staat van activa en passiva:
 - Bij het verslag van het bestuursorgaan toegevoegd
 - Aanpassing waarderingsregels (artikel 28 KB W.Venn.)
 - Niet ouder dan 3 maanden
- Buitengewone algemene vergadering:
 - Beslissing tot ontbinding: $\frac{1}{2}$ van het kapitaal en $\frac{3}{4}$ van de stemmen (tenzij strengere statuten)

- Benoeming vereffenaar:
 - Benoeming door de statuten, de AV of rechtbank
 - Bevestiging door voorzitter Rechtbank van Koophandel
 - Opstellen omstandige staat van de inkomsten en uitkeringen
 - Sluiting van de vereffening:
 - Plan van verdeling
 - Algemene vergadering
 - Administratief luik (publicatie in BS, aangifte stopzetting in BTW, ...)
- 

Ontbinding en vereffening in één akte (artikel 181 W.Venn.)

- 5°:
 - Voor Wet 24.05.2014: “geen passiva luidens staat van activa en passiva”
 - Wetswijziging: alle schulden t.a.v. derden zijn terugbetaald of de nodige gelden om die te voldoen werden geconsigneerd
 - > Afsluiting deficitaire vereffening langs deze weg: zie vb. voorafgaande beslissing, nr. 2013.264, 30.07.2013

Tussenbesluit

- Vrijwillige (deficitaire) vereffening heden (nog steeds) minder strikt omkadert dan het faillissement
- De wet van 2 juni 2006 zorgde wel voor een versterkt rechterlijk toezicht op het verloop en de afsluiting van de vereffening

- 
- Zware aansprakelijkheid dreigt ook in kader vereffeningprocedure:
 - Vereffenaar is aansprakelijk voor alle niet-gerecupereerde tegoeden van de vennootschap die hij door zijn schuld niet heeft kunnen recupereren en voor de schulden die door zijn tekortkomingen ontstaan zijn (artikel 192 W.Venn.).
 - Ook derden kunnen vereffenaar aanspreken voor gewone fout in zijn beheer
 - Ook bestuurder blijft aansprakelijk voor bestuursfouten

Boekhoudkundig perspectief

- Verderzetting normale boekhouding en neerleggen jaarrekening (goedkeuring is niet meer verplicht)
- Aanpassing waarderingsregels
- > Artikel 28 KB W.Venn.
 - Oprichtingskosten moeten volledig worden afgeschreven:

6600	Uitzonderlijke afschrijvingen op oprichtingskosten
2000	aan Oprichtingskosten

- Aanvullende afschrijvingen of waardeverminderingen op de vaste en vlottende activa om de boekwaarde terug te brengen tot de vermoedelijke realisatiewaarde:

6340	Waardevermindering op handelsvorderingen
4090	aan Geboekte waardeverminderingen op handelsvorderingen

> Indien waarschijnlijke realisatiewaarde (gebruikswaarde voor een vennootschap in vereffening) hoger is dan boekwaarde kan meerwaarde worden geboekt.

- Aanlegging voorziening voor de kosten die verbonden zijn aan de beëindiging van de werkzaamheden, inzonderheid voor de aan het personeel uit te keren vergoedingen. In de mate dat het kosten betreft die rechtstreeks te maken hebben met de vereffening moet men ervan uitgaan dat de dotaties aan de rekeningen voorzieningen voor risico's en kosten, uitzonderlijke kosten vormen:

6370	Toevoeging aan voorzieningen voor risico's en kosten
1630	aan Voorziening voor risico's en kosten

- Indien activiteiten nog worden voortgezet voor een aantal jaren kan de vennootschap ervoor opteren om deze aanpassing van de waarderingsregels niet toe te passen op het geheel of een deel van de posten.
- Weigering vereffening door algemene vergadering (?):
 - Boekhoudkundige verrichtingen in kader artikel 28 KB W.Venn. terug aanpassen

- 
- Deficittaire vereffening (CBN advies 170/1, 1995):
 - De niet-betaalde schulden moeten **in de vereffeningstaat als schulden** van de vennootschap **geboekt** blijven
 - > negatief eigen vermogen

Fiscaal perspectief

In hoofde van de ontbonden vennootschap

- De in vereffeninggestelde vennootschap is onderworpen aan de gewone vennootschapsbelasting tijdens de vereffening;
- Aangiftes in de vennootschapsbelasting op de normale afsluitdatum en op de datum van de sluiting van de vereffening (aangifte speciaal).

- De winst omvat mede de meerwaarde die worden verwezenlijkt of vastgesteld (artikel 208 WIB):
 - Toebedeling onroerend goed aan aandeelhouder:
 - Doorstortingsverplichting bedrijfsvoorheffing instrumenterende notaris (artikel 210bis KB WIB)
 - Meerwaarde op aandelen: vrijstelling (?)
 - 33.99% - dbi taxatievoorwaarde
 - 25.75% - ononderbroken periode van 1 jaar in volle eigendom
 - 0.412% - grote vennootschap

- Wordt als een uitgekeerd dividend beschouwd, het positieve verschil tussen:
 - Enerzijds, de uitkeringen aan de aandeelhouders of vennoten in geld, in effecten of in enig andere vorm; en
 - Anderzijds, het gestorte en eventueel gerevalueerd maatschappelijk kapitaal.
- BTW aangiftes blijven doen (recht op aftrek blijft behouden)

Fiscaal perspectief

In hoofde aandeelhouders

- Fiscaal neutrale terugbetaling werkelijk gestort kapitaal
- Gelijkstelling liquidatieboni met een dividend
- PB:
 - Vanaf 1 oktober 25%, en geen 10%, roerende voorheffing

- Vennootschapsbelasting:
 - DBI aftrek (95%)
 - Minderwaarde (verlies) op aandelen (artikel 198, lid 1, 7° WIB):
 - Slechts aftrekbaar tot het verlies van fiscaal gestort kapitaal dat door de aandelen vertegenwoordigd is
 - Overige deel van de minderwaarde is niet aftrekbaar
 - Enkel bij gehele verdeling maatschappelijk vermogen

De dunne scheidingslijn tussen faillissement en deficitaire vereffening

- De ontbonden rechtspersoon kan worden failliet verklaard, tot zes maanden na het sluiten van de vereffening (artikel 2, lid 4 Faill.W.).
- Vanaf welk ogenblik verkeert de vennootschap waarvan de vereffening deficitair is, in faillissement ?

- De vennootschap in vereffening is wettelijk verplicht vanaf haar ontbindingsbesluit de betalingen op te schorten tot voldoende duidelijk is wat de omvang van het vereffeningspassief is.
 - staking van betaling?
- Vereffenaar mag op eigen risico eerst de opeisbare schulden betalen, ingeval de baten de lasten aanmerkelijk te boven gaan of de schuldvorderingen op termijn voldoende gewaarborgd zijn, onverminderd het recht van de schuldeisers om zich tot de rechtbank te wenden (artikel 190 W.Venn.).

- (Afsluiting) deficitaire vereffening is in principe mogelijk als:

- Dit gebeurt met uitdrukkelijke instemming van de schuldeisers,
- die volledig en duidelijk zijn ingelicht aangaande de financiële situatie van de vennootschap in vereffening,
- en die hun vertrouwen stellen in de correcte uitvoering van de vereffening.

=> Faillissementsvoorwaarden zijn niet vervuld

De praktijnsconstructie

- Bij gebreke aan een expliciet wetgevend kader werden de criteria / richtlijnen om een deficitaire vereffening te onderscheiden van een faillissement, in de rechtspraak vastgelegd op basis van het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers (artikel 190, §1 W.Venn.).

- Eerste richtlijn :
 - **Faillissementsvoorwaarden** - de staking der betaling en het wankelend krediet - dienen te worden beoordeeld in functie van de bijzondere context van de vereffeningswerkzaamheden.
 - Samenloop ontstaat zowel in kader faillissement als bij vennootschap in vereffening.
 - > recht op gelijke behandeling voor schuldeisers: indien passiva groter dan activa, dienen schuldeisers proportioneel gelijk deel op hun vordering in te leveren. Dat op zichzelf is geen reden om het faillissement uit te spreken.

- Tweede richtlijn:
 - De staking van betaling en het geschokt krediet worden in één vloeiende beweging ingevuld. Van geschokt krediet is geen sprake indien de schuldeisers aanvaarden dat zij slechts gedeeltelijk zullen worden terugbetaald in de vereffening.
- Derde richtlijn:
 - Een meerderheid van de schuldeisers dient vertrouwen te hebben in de persoon van de vereffenaar en de vereffeningprocedure zoals deze wordt afgewikkeld (“**het gerechtvaardigd vertrouwen**”).

“het gerechtvaardigde vertrouwen van een meerderheid van de schuldeisers”

- Enkele toepassingsgevallen in de rechtspraak:
 - Faillissement kan niet worden uitgesproken op vordering van één of enkele schuldeisers met (een) vordering(en) die slechts een beperkt aandeel in het totale passief vertegenwoordig(en)(t) (Kh. Charleroi 12 september 1995; Luik 16 maart 2000).
 - Het faillissement kan toch uitgesproken worden op vordering van een “kleine” schuldeiser indien hij kan aantonen dat de vereffening in verdachte en weinig transparante omstandigheden wordt afgewikkeld en dat de meerderheid van de schuldeisers behoort tot een groep met wie de schuldeiser in conflict is (Kh. Bergen 8 maart 2001).
 - De vereffenaar moet de schuldeisers op de hoogte houden van het verloop van de vereffening (Luik 3 april 2003, Brussel 4 november 2003).

- 
- De transparantie van de vereffening-procedure en de communicatie met de schuldeisers zijn essentiële elementen in de beoordeling of er sprake is van een deficitaire vereffening of een faillissement
 - *“informed consent”*

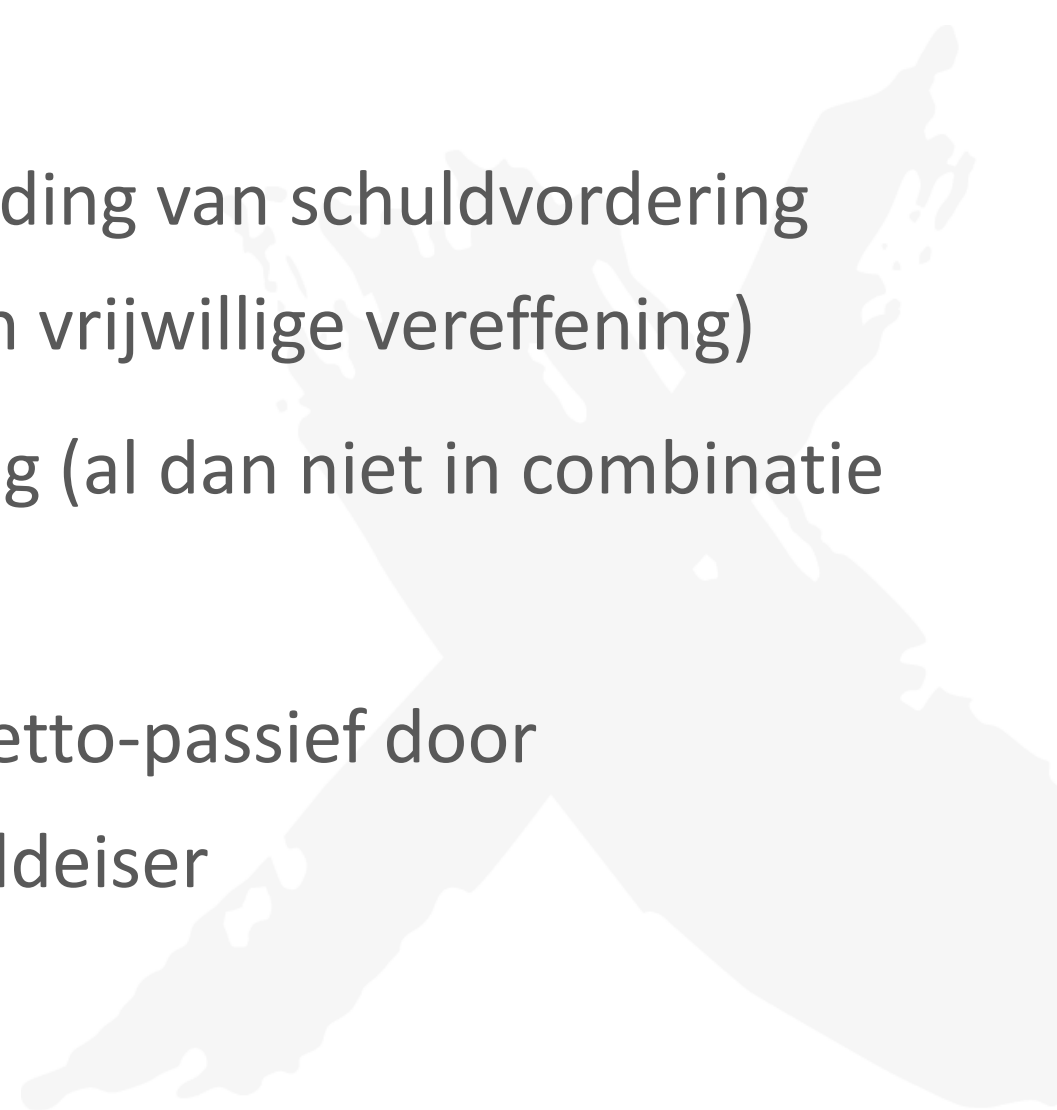
Tijdstip staking van betaling in kader vereffeningprocedure

- Datum faillissementsvonnis
- Mogelijk om terug in de tijd te gaan indien er ernstige en objectieve omstandigheden zijn die aangeven dat betaling voor faillissementsvonnis hebben opgehouden (begrensd tot 6 maanden).
- **Dag ontbindingsbesluit !:**
 - Faillissement van een meer dan zes maanden voor de faillietverklaring ontbonden rechtspersoon (waarvan vereffening al dan niet werd afgesloten) en waarbij de schuldeisers werden benadeeld.
 - Ook indien feitelijke vereffening (Cass. 19 januari 2006)

III. FISCAAL PERSPECTIEF OP DE DEFICITAIRE VEREFFENING EN ALTERNATIEVE VORMEN VAN DISCONTINUÏTEIT



Overzicht

- Afstand of kwijtschelding van schuldvordering (voorafgaandelijk aan vrijwillige vereffening)
 - Deficitaire vereffening (al dan niet in combinatie met kwijtschelding)
 - Overname van het netto-passief door aandeelhouder-schuldeiser
 - Geruisloze fusie
- 

Afstand of kwijtschelding van schuldvordering (voorafgaandelijk aan vrijwillige vereffening)

- Afboeking schuld > realisatie uitzonderlijke opbrengst (76)
- Waardevermindering van het passief = fiscale winst (artikel 24, lid 1, 4° WIB):
 - Evenredige aangroei netto actief
 - Toename van de belastbare grondslag met de nominale waarde waartegen schuld in de boekhouding is opgenomen
- Winst van het tijdperk van de kwijtschelding:
 - Kwijtschelding van een schuld is een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar, die effect heeft zodra er wilsovereenstemming is tussen beide partijen

CBN-advies 170/1 (1995)

- Indien er sprake is van een kwijtschelding van al of een deel van de schulden, dient de betrokken schuld van het passief van de debiteur te worden afgeboekt en deze vermogensmutatie in de resultatenrekening tot uitdrukking worden gebracht ook al is de schuldenaar verplicht, indien hij later daartoe in staat is, deze concordataire schulden te betalen.
- De debiteur "verrijkt" zich immers ten belope van het bedrag dat wordt kwijtgescholden of waarvan afstand wordt gedaan en dient dit in zijn rekeningen tot uitdrukking te brengen als een uitzonderlijk resultaat.

- “Onder voorbehoud van terugkeer naar een betere toestand”(voorwaardelijke kwijtschelding):

=ontbindende voorwaarde:

- Een overeenkomst met ontbindende voorwaarde heeft volledige uitwerking vanaf haar totstandkoming (artikel 1183, lid 2 BW)
- Winst ten tijde van belastbare tijdperk van kwijtschelding
- Realisatie ontbindende voorwaarde: aftrekbare beroepskost

- Kwijtschelding van schuldvordering is een aftrekbare beroepskost in hoofde schuldeiser.
- Het fiscaal aftrekbare karakter van een kwijtschelding onder voorbehoud van terugkeer naar een betere toestand is betwist (“zeker en vaststaande karakter”):
 - Pro: Gent 27 november 2012; Rb. Namen 26 februari 2006
 - Contra: Gent 12 april 2005; Luik 24 februari 1993; Rb. Brugge 18 februari 2002

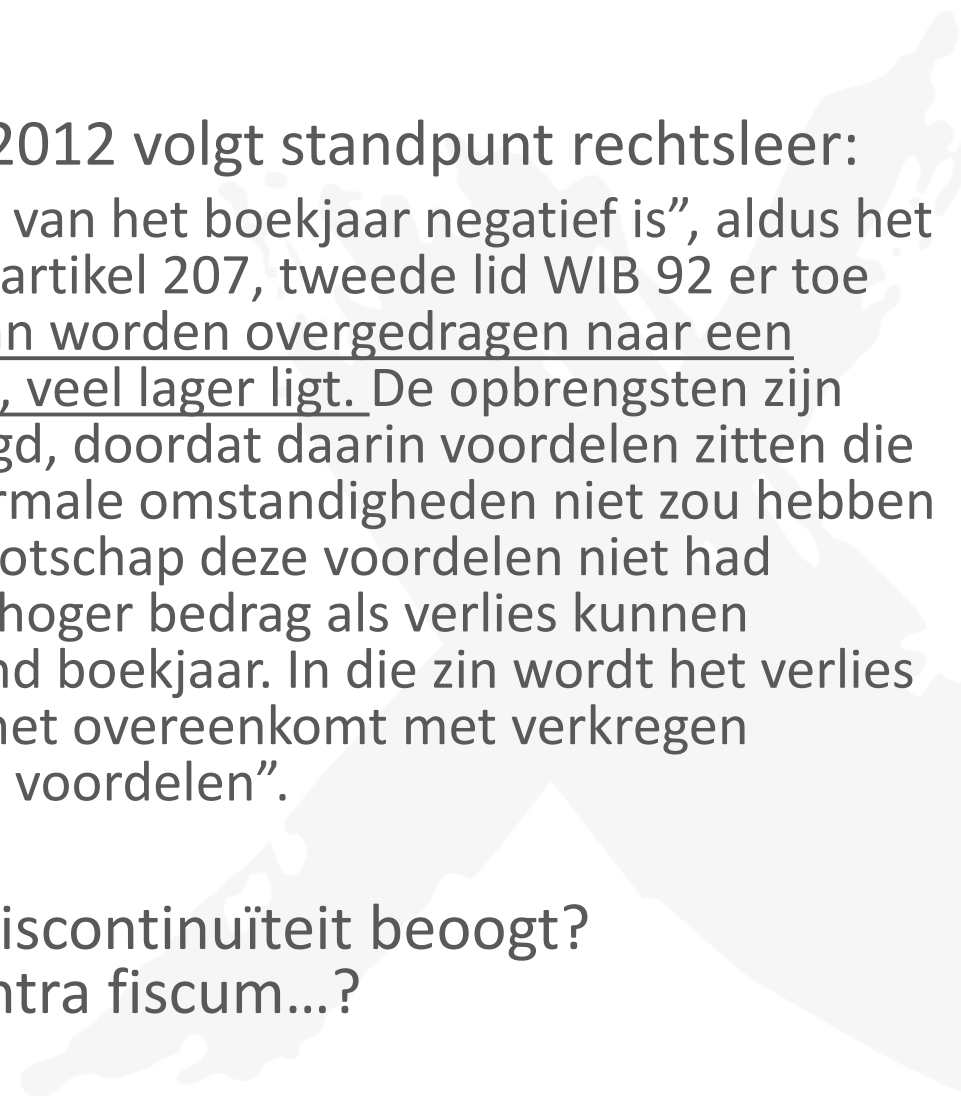
Abnormaal of goedgunstig voordeel?

- Verbonden ondernemingen
- Artikel 26 WIB:
 - wanneer een Belgische vennootschap een "abnormaal" of "goedgunstig" voordeel toekent, wordt dit voordeel terug bij haar eigen winst gevoegd als een verworpen uitgave tenzij dat voordeel in aanmerking komt voor het bepalen van de belastbare inkomsten van de verkrijger ("Belgische uitzondering").

- Artikelen 79 en 207, § 2 WIB:
 - Een Belgische vennootschap die (rechtstreeks of onrechtstreeks) een abnormaal of goedgunstig voordeel ontvangt van een vennootschap waarmee ze rechtstreeks of onrechtstreeks verbonden is, mag geen gebruik mag maken van op het lopende boekjaar betrekking hebbende verliezen of overgedragen verliezen en evenmin de DBI-aftrek, investeringsaftrek of notionele interestaftrek mag toepassen door verrekening met de belastbare winst die uit dat voordeel voortvloeit.

- Het WIB definieert het begrip 'abnormale of goedgunstige voordelen' niet.
 - > Jurisprudentiële invulling:
 - “*Voordeel*”:
 - een verrijking zonder het verlenen van enige gelijkwaardige tegenprestatie
 - “*Abnormaal*”:
 - een voordeel is abnormaal wanneer het, gelet op de op dat moment heersende economische omstandigheden, in strijd is met de normale gang van zaken, de regels of de gevestigde gebruiken
 - “*Goedgunstig*”:
 - een voordeel is goedgunstig indien het wordt toegekend zonder dat daartegenover een verplichting of tegenprestatie staat
- Initiële bewijslast van abnormaal of goedgunstig voordeel ligt bij de fiscus, maar rust voor gedeelte ook bij belastingplichtige (Brussel 28 november 2007).

- Minimum belastbare basis?
 - Ja, volgens Minister van Financiën: “het bedrag van een tijdens het belastbaar tijdperk verkregen abnormaal of goedgunstig voordeel steeds het minimum waaraan de belastbare grondslag van het belastbaar tijdperk gelijk moet zijn, en zulks ongeacht het resultaat van dat tijdperk” (Vr. Van Campenhout, 2 april 2004, *Vr. en Antw. Kamer 2003-2004*, nr. 51-40, 6204).
 - ♦ **Contra rechtsleer**: artikel 207 WIB kan geen rechtsgrond vormen om de belastbare grondslag te verhogen tot een bedrag dat hoger is dan het bedrag dat uit de boekhouding blijkt (Zie o.m. P. Lion en L. Meeus, “Het nieuwe artikel 207 lid 2: als de wetgever het noorden verliest ...”, *Fiscoloog* 2004, afl. 952, 2 en R. Hemelaer en N. Demeyere, “Ontvangen voordeel is minimum belastbare basis – zegt minister”, *Fisc.Act.* 2004, afl. 32, 1).

- 
- Antwerpen 6 november 2012 volgt standpunt rechtsleer:

“Indien het fiscaal resultaat van het boekjaar negatief is”, aldus het Hof, “zal de toepassing van artikel 207, tweede lid WIB 92 er toe leiden dat het verlies dat kan worden overgedragen naar een volgend belastbaar tijdperk, veel lager ligt. De opbrengsten zijn immers kunstmatig verhoogd, doordat daarin voordelen zitten die de vennootschap onder normale omstandigheden niet zou hebben verkregen. Indien de vennootschap deze voordelen niet had verkregen, had ze een veel hoger bedrag als verlies kunnen overdragen naar een volgend boekjaar. In die zin wordt het verlies belastbaar, in de mate dat het overeenkomt met verkregen abnormale of goedgunstige voordelen”.
 - Quid vennootschap die discontinuïteit beoogt?
Interpretatie in dubio contra fiscum...?

- Fiscus argumenteert regelmatig dat er sprake is van een abnormaal of goedgunstig voordeel.
- Zie o.m. Brussel 17 september 2009:
 - De Belgische dochter verkeerde niet in faillissementsgevaar en er bestond dus geen gevaar voor negatieve publiciteit;
 - De overgedragen verliezen waren vooral het gevolg van de betaling van interesten op de kwijtschelden intragroepsschulden;
 - De dochter werd kort na de kwijtschelding overgedragen aan derden (de moeder deed de kwijtschelding dus niet om toekomstige inkomsten te behouden);
 - De fiscus betwistte dat, naast het belang van de individuele vennootschap, het belang van de groep in aanmerking moet genomen worden bij de beoordeling van het al dan niet abnormale karakter van een verleend voordeel.

> Maar fiscus toont volgens het hof niet aan dat er sprake is van abnormaal of goedgunstig voordeel

- Essentieel: economische (en feitelijke) verantwoording van het verleende voordeel (Cass. 26 april 1966; Cass. 28 september 1984):
 - Het is in bepaalde omstandigheden voor verbonden ondernemingen bedrijfseconomische aanvaardbaar om hulp te bieden aan een groepsvennootschap in moeilijkheden (om een faillissement te vermijden) en om het eigen commercieel en financieel aanzien hoog te houden (Zie Antwerpen 10 mei 1994, nadien herhaald in de rechtspraak, o.m. Brussel 20 april 2005, en door rulingdienst, zie o.m. Voorafgaande beslissingen nr. 900.316, 12.10.2009).

- 
- Groepsbelang speelt mee in beoordeling
 - Rechtspraak stelt zich doorgaans toleranter op dan de fiscus

Toepassingsgevallen in de rechtspraak

- Brussel 17 februari 1999:
 - Franse moeder (in staat van vereffening) en Belgische dochter schelden op wederzijdse basis schulden kwijt.
 - De vordering van de Belgische vennootschap bedraagt hierbij het dubbele.
 - Fiscus stelt dat er sprake is van een abnormaal en goedgunstig voordeel.
 - Het hof stelt de fiscus in het ongelijk:
 - « Dans de telles conditions de fait n'importe qu'elle autre société indépendante aurait préféré réaliser une partie de sa créance, au lieu d'attendre une issue douteuse et incertaine et qui en tout cas ne pouvait résulter que dans une récupération très partielle de cette créance ».

- Toch abnormaal of goedgunstig voordeel volgens rechtspraak:
 - Gent 31 januari 2012:
 - Belgische moeder toont onvoldoende aan dat buitenlandse dochter op moment kwijtschelding schuld geconfronteerd werd met een faillissement.
 - Buitenlandse dochter werd na kwijtschelding ontbonden en vereffend! Het hof oordeelt dat kwijtschelding dan ook niet nodig of nuttig was.
 - Is het hof hier te streng?
 - Bergen 18 mei 2001:
 - Schuldeiser die afstand doet van schuldvordering komt zelf in de problemen en wordt in de nabije toekomst ontbonden en vereffend.
 - Afstand niet gedaan om eigen toestand naar de toekomst te vrijwaren.

Rulingdienst

- Om zekerheid te bekomen over het normale karakter van de kwijtschelding kan men voorafgaandelijk naar de rulingdienst stappen.
- Advies Rulingcommissie (22 juni 2009):
 - Er is geen abnormaal of goedgunstig voordeel verstrekt indien:
 - Verstrekker niet zelf in problemen komt: netto-actief mag niet dalen onder $\frac{1}{2}$ van het maatschappelijk kapitaal.
 - Voorwaarde inzake terugkeer naar een betere toestand (indien verstrekker onderworpen is aan Belgische vennootschapsbelasting of BNI/Ven.):
 - => In de praktijk enkel opgelegd bij going concern situaties

- Kwijtschelding wordt fiscaal aanvaard indien er valabele bedrijfseconomische redenen voorliggen:
 - het verzekeren van de continuïteit en de voortzetting van de normale activiteiten van de groepsvennootschap die het voordeel geniet (voorafgaande beslissing nr. 800.013 van 17 juni 2008);
 - het eventueel behoud van tewerkstelling in België (voorafgaande beslissing nr. 800.390 van 16 december 2008);
 - het verzekeren van de continuïteit van de activiteiten van de betrokken groepsvennootschap (voorafgaande beslissing nr. 800.161 van 1 juli 2008);
 - het vermijden van het faillissement van een vennootschap, tezamen met het in stand houden van de commerciële en financiële reputatie van de groep (voorafgaande beslissing nr. 900.017 van 21 april 2009).
- Continuïteit beoogt
- Hoe gaat de rulingdienst om met een vereffening (discontinuïteit)?

Mijlpaalruling: Voorafgaande beslissing nr. 300.148, 06.11.2003

- Uit hetgeen voorafgaat volgt dan ook dat de bedoelde verrichting economisch gezien niet abnormaal of goedgunstig is, maar in het belang is van zowel de NV Y (faillissement wordt vermeden) als vennootschap X (potentiële toekomstige omzetverhoging via de Belgische inrichting van de Europese groepsvennootschap), zodat kan worden aanvaard dat de afstand van de schuldvordering door vennootschap X ten voordele van de NV Y niet als een abnormaal of goedgunstig voordeel in de zin van de artikelen 79 en 207, WIB 92 moet worden beschouwd waardoor bijgevolg in onderhavig geval de voormelde bepalingen niet van toepassing zullen zijn.

- het faillissement van de NV Y een bijzondere negatieve invloed zou uitoefenen op het commercieel en financieel aanzien, de kredietwaardigheid en het omzetcijfer van de buitenlandse groep (ten opzichte van klanten en financiële instellingen); dat vennootschap X via de Belgische inrichting van de Europese groepsvennootschap nog altijd een beroepswerkzaamheid uitoefent in België;
- de afstand van schuldvordering niet als doel op zich de recuperatie van voorheen gemaakte verliezen heeft, maar wel het behoeden van de betrokken vennootschap, de NV Y, voor een faillissement.

Voorafgaande beslissing nr. 2010.002, 09.02.2010

- De afstand van de schuldvordering door A en B zal gebeuren in het **kader van de vrijwillige vereffening** van C die sinds 2006 haar activiteiten nagenoeg volledig heeft stopgezet. Als groepsvennootschap hebben A en B er belang bij om het faillissement van C te vermijden.
- Uit de laatste jaarrekening blijkt dat C een overgedragen boekhoudkundig verlies heeft en een negatief eigen vermogen.
- Rekening houdend met de voormelde elementen kan worden aangenomen dat de geplande kwietschelding van de schuldvorderingen geen aanleiding zal geven tot het verkrijgen van enig abnormaal of goedgunstig voordeel in de zin van de artikelen 79 en 207, tweede lid WIB 92, ten name van C.

⇒ Sinds de mijlpaalruling van 2003 staat de
rulingcommissie positief tegenover de
kwijschelding van een schuld in kader van
vereffeningsprocedure:

- Onvoorwaardelijke kwijschelding (Voorafgaande
beslissing nr. 900.398, 15.12.2009)
- Voorwaardelijke kwijschelding (Voorafgaande
beslissing nr. 900.221, 08.09.2009)

- “De groepsvriendelijke houding van de rulingdienst”: negatieve gevolgen faillissement in rekening te brengen (o.m. nog recentelijk: Voorafgaande beslissing nr. 2012.283, 21.08.2012; nr. 2013.094, 07.05.2013)

- Probleem?:
 - Kwijtschelding schuld > belastbare materie > fiscaal aftrekbare verliezen
 - Tekort aan fiscaal aftrekbare verliezen > belastbaarheid in hoofde te vereffenen vennootschap
- ⇒ Faillissement dreigt
- ⇒ Alternatief: deficitaire vereffening?

Deficitaire vereffening

- **CBN advies 170/1**
- Heel anders is de toestand wanneer bij het sluiten van de vereffening niet alle schulden kunnen worden terugbetaald bij gebreke aan voldoende activa.
- In de rechtsleer wordt immers unaniem gesteld dat : "(...) la société en liquidation n'est pas libérée des obligations qu'elle a contractées, à concurrence du passif qui excède son avoir et dont elle ne peut assumer la charge. Elle en demeure intégralement tenue. La situation créée par une liquidation déficitaire n'entame pas le droit des créanciers d'obtenir paiement".
- Deze niet betaalde schulden moeten in de vereffeningstaat dan ook als schulden van de vennootschap geboekt blijven wat zal leiden tot een negatief eigen vermogen.

- 
- Aanvaarding deficitaire vereffening in navolging Hof van Cassatie
 - Geeft geen aanleiding tot aangroei van het eigen vermogen van de vennootschap en dus **geen fiscaal belastbare materie!!**
 - Test abnormaal / goedgunstig voordeel lijkt niet relevant of zelfs maar mogelijk te zijn, aangezien er geen verrijking/voordeel is.

Rulingdienst tot 2009

- **Geen aanvaarding deficitaire vereffening**
- “De procedure van de vrijwillige vereffening vereist dat alle schulden van de vennootschap worden betaald of dat de schuldeisers afstand doen van hun vordering op de vennootschap. In het tegenovergestelde geval zal de vereffenaar het **faillissement** aanvragen of zal de Rechtbank van Koophandel de betrokken vennootschap in falings stellen”. (Voorafgaande beslissing nr. 600.328, dd. 03.10. 2006; zie ook nr. 500.144 en 300.148).

Rulingdienst vanaf 2009: aanvaarding deficitaire vereffening

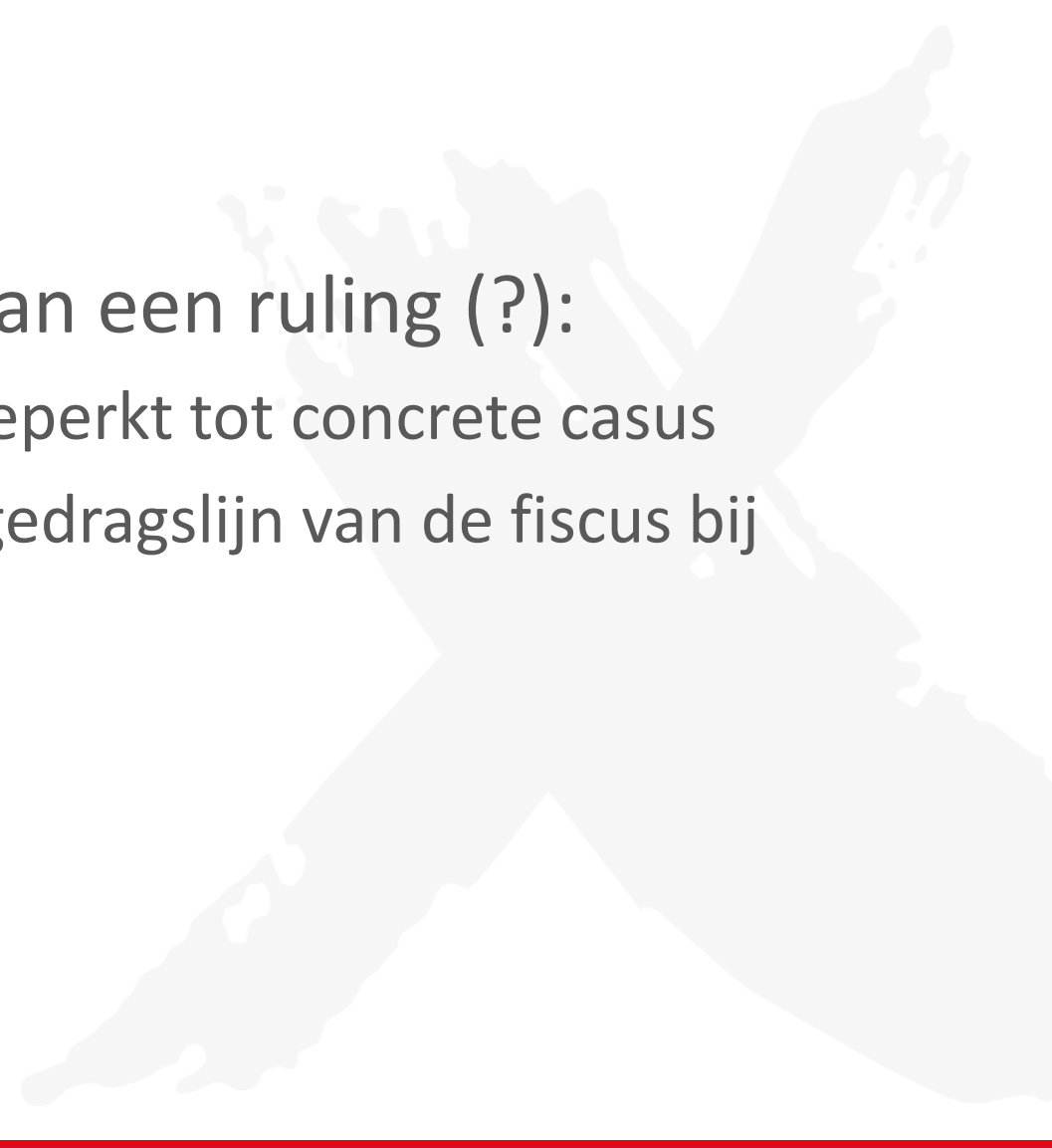
- **Voorafgaande beslissing nr. 900.393, 28.07.2009:**
- Deficitaire vereffening niet te beschouwen als impliciete kwijtschelding van een schuld:
 - “De instemming van de schuldeiser(s) met de sluiting van de deficitaire vereffening wil niet zeggen dat aan de te vereffenen vennootschap een kwijtschelding van schuld is toegestaan. Dergelijke instemming heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat het eigen vermogen van de te vereffenen vennootschap is toegenomen.”
- Wel vereist dat er een kwijtschelding van schuld is ten belope van de fiscaal aftrekbare verliezen (geen abnormaal of goedgunstig voordeel):
 - “Het College beslist dat de voormelde artikelen 79 en 207, tweede lid, WIB 92 niet van toepassing zijn met betrekking tot de in de voormelde aanvraag beschreven definitieve kwijtschelding van de schuld door de buitenlandse vennootschap B ten voordele van NV A ten belope van maximaal de fiscaal overdraagbare verliezen op het ogenblik van de vereffening en dat ingevolge de deficitaire vereffening, voorafgegaan door een kwijtschelding van de schuldvordering ten belope van het bedrag aan fiscaal overdraagbare verliezen, geen belastbare materie dient te worden weerhouden ten name van NV A.”

- Een stok achter de deur voor misbruik:
 - “Het is evenwel niet uitgesloten dat in bepaalde gevallen de sluiting van een deficitaire vereffening waarbij de niet betaalde schulden in de vereffeningssstaat van de vennootschap geboekt blijven, belastbare materie doet ontstaan ten name van de vereffende vennootschap”.
 - “In bepaalde gevallen”:
 - Interpretatie in doctrine: fraude (verwijzend naar Europese rechtspraak, in het bijzonder Marks & Spencer)

- **Een volgende stap: kwijtschelding schuldvordering niet vereist (Voorafgaande beslissing nr. 900.237, dd. 29.09.2009)**
- Rulingdienst vereist geen expliciete kwijtschelding van schulden ten belope van de fiscale verliezen. Bij afsluiting van de vereffening blijven er aldus fiscale verliezen over (zie echter de uiting van de voorkeur voor een schuldkwijtschelding ten belope van fiscale aftrekken in latere ruling).
- Rulingdienst vereist wel dat “de Belgische fiscale verliezen niet kunnen overgebracht worden om als fiscaal verlies verrekend te worden met de fiscale winsten van de buitenlandse onderneming B.”
- De rulingdienst preciseert dat er geen sprake is van een abnormaal en goedgunstig voordeel.
 - “Het niet meer kunnen betalen door NV A van haar schulden ten overstaan van haar aandeelhouders bij het sluiten van de vereffening (of eerder) en de vereffening die als gevolg daarvan deficitair zal worden afgesloten en het feit dat er sedert een bepaalde datum geen interest meer werd aangerekend over de uitstaande schulden zal geen aanleiding geven tot de toepassing van voormelde artikelen 79 en 207, tweede lid WIB 92 ten name van NV A.”

- Openstaande schuld bij afsluiting deficitaire vereffening kan volgens rullingdienst niet geherkwalificeerd worden als een kwijtschelding in toepassing van de “oude” algemene anti-misbruikbepaling.
- “Nieuwe” anti-misbruikbepaling (artikel 344, §1 WIB):
 - Zelfde conclusie als voorheen (Voorafgaande beslissing nr. 2012.283, dd. 21.08.2012; nr. 2014.137, 13.05.2014)

- Instemming met beoogde (deficitaire) vereffening (met kwijtschelding) door rulingdienst gebeurt in principe onder voorbehoud dat vereffening effectief wordt gesloten (Voorafgaande beslissing nr.900.481, 21.12.2010).

- 
- Precedentwaarde van een ruling (?):
 - Juridische waarde beperkt tot concrete casus
 - Afleiden algemene gedragslijn van de fiscus bij publicatie?

Wending in de groepsvriendelijke houding van de fiscus?

- **Voorafgaande beslissing nr.2012.226, 03.12.2013.**
- Onvoorwaardelijke kwijtschelding schuld aan Belgische vennootschap is een abnormaal en goedgunstig voordeel (ruling handelt niet over deficitaire vereffening).
- Aftrek als beroepskost verworpen
- Groepsvriendelijke houding in kader financiële problemen op de helling ? (Vgl. Gent 31 januari 2012)

- Bepaalde rechtsleer wijst erop dat feitelijkheden van de casus verschillen met die van voorgaande “gunstige” rulings (Zie o.m. Fisc. Act., nr.16, 9-12):
 - Geen economische continuïteit in België (zie echter voorafgaande beslissing nr. 2013.264, 30.07.2013: geen economische activiteit in België, doch gunstige ruling)
 - Vennootschappen die kwijschelding verlenen hebben negatief eigen vermogen (niet naleven Advies Rulingdienst)!

Er is nog ademruimte om een gunstige ruling te bekomen

- **Voorafgaande beslissing nr. 2014.137, 13.05.2014:**
- Herneemt “klassieke” principes:
 - Schuldkwijtschelding is geen abnormaal of goedgunstig voordeel
 - Deficitaire vereffening leidt niet tot belastbaarheid
 - Nieuwe antimisbruikbepaling verandert hier niets aan
- Vergelijking met “ongunstige ruling”:
 - Vennootschap die kwijtscheld komt zelf niet in de financiële problemen
 - Behoud economische activiteit in België via andere groepsvennootschappen

- Belang van de gehele groep is een belangrijke factor:
 - “Een faillissement van A zou leiden tot aanzienlijke reputatie- en imagoschade voor de gehele groep en mogelijks een negatieve invloed hebben op de kredietwaardigheid alsook de commerciële reputatie van de andere Belgische en buitenlandse groepsvennootschappen.”

- De invloed van Europa (Hof van Justitie)
- Voorkeur voor kwijtschelding schuld ten belope fiscale verliezen ipv. afsluiting deficitaire vereffening zonder kwijtschelding:
 - “Gezien om redenen van vermijding/misbruik van internationale/ grensoverschrijdende fiscale recuperatie van de verliezen van een vereffende vennootschap, die na de sluiting van haar vereffening niet in haar hoofde konden aangewend worden, de voorkeur dient uit te gaan naar de kwijtschelding van de niet terugbetaalbare schulden tot ten hoogste het bedrag van de fiscaal compenseerbare schulden rekening houdend met het arrest MARKS & SPENCER van 13/12/2005”.

Alternatief: overname van het netto-passief

- Overname netto-passief door de aandeelhouders creëert uitzonderlijke winst (Voorafgaande beslissing, nr. 700.058, dd. 11.12.2007; zie ook nr. 500.169, 26.01.2006):
 - « Par conséquent, il y a lieu de conclure que la seule actionnaire, par la reprise envisagée du passif net, accorde un avantage à X qui s'enrichit en conséquence, et qu'à concurrence de ce montant il y a formation de matière imposable dans le chef de X. »
- ⇒ Fiscaal geen geschikt alternatief indien tekort aan fiscaal aftrekbare verliezen
- In beide rulings was het verleende voordeel niet abnormaal of goedgunstig (zie discussie voorheen)

Alternatief: Geruisloze fusie

- Artikel 676 W.Venn.:
- Tenzij anders bij wet bepaald, wordt **met fusie door overneming gelijkgesteld** :
 - 1° de rechtshandeling waarbij het gehele vermogen van één of meer vennootschappen, zowel de rechten als de verplichtingen, als gevolg van ontbinding zonder vereffening overgaat op een andere vennootschap die reeds houdster is van al hun aandelen en van de andere effecten waaraan stemrecht in de algemene vergadering is verbonden;
 - 2° de rechtshandeling waarbij het gehele vermogen van één of meer vennootschappen, zowel de rechten als de verplichtingen, als gevolg van ontbinding zonder vereffening overgaat op een andere vennootschap, wanneer al hun aandelen en de andere effecten waaraan stemrecht in de algemene vergadering is verbonden, in handen zijn ofwel van die andere vennootschap, ofwel van tussenpersonen van die vennootschap, ofwel van die tussenpersonen en van die vennootschap.

- Ratio legis: geen fiscale consolidatie in België
- Vereenvoudigde procedure (vb. geen controleverslag)
- Verenigen aandelen in één hand
- Fiscale neutraliteit?
 - Vennootschapsbelasting (artikel 183bis WIB):
 - Niet als hoofddoel of een der hoofddoelen de belasting te ontduiken of te ontwijken
 - Weerlegbaar vermoeden bij afwezigheid zakelijke overwegingen (vb. herstructurering of rationalisering activiteiten):
 - Voorafgaande beslissing 2012.185, dd. 10.07.2012
 - Personenbelasting:
 - Divers inkomen: meerwaarde op aandelen (artikel 90, 9° WIB)
 - Geen BTW of registratierechten
- Beperking overdracht fiscale verliezen en notionele interestaftrek
- Fusiegoodwill: negatieve impact op notionele interestaftrek

Voorafgaande beslissing 2012.185, dd. 10.07.2012

- **Motivering aanvrager:**
- 32. In plaats van een fusie zou ook een formele in vereffeningstelling van de vennootschap overwogen kunnen worden. Echter, als gevolg van dergelijke liquidatie, zou de groep haar rechten in het hangende geschil met de derde partij leverancier verliezen. Immers, om haar rechten in bovenvermeld geschil te vrijwaren, moet er een overgang van rechten en verplichtingen van rechtswege van X naar B plaatsvinden, wat bij een liquidatie niet het geval is. In geval van een fusie is er op basis van artikel 682, 3° van het wetboek van vennootschappen sprake van een overgang van het gehele vermogen, zowel de rechten als de verplichtingen, van de ontbonden vennootschap op de verkrijgende vennootschap.
- 33. Bovendien wordt verwacht dat het hangende geschil nog enige jaren zal aanhouden alvorens een definitieve uitspraak wordt gedaan. Aangezien de liquidatie niet kan worden gesloten alvorens de rechtszaak volledig en definitief is afgesloten, zou de sluiting van de vereffening nog jaren op zich kunnen laten wachten, wat niet gewenst is.
- 34. Tot slot is de in vereffeningstelling gebonden aan strikte procedures die onder meer de aanduiding van een vereffenaar, diverse tussenkomsten van de rechtbank, opstellen van tussentijdse cijfers, etc. vereist, terwijl de procedure van geruisloze fusie veel eenvoudiger is, zo goed als geen tussenkomst van externe partijen vereist, beter te beheersen is en minder tijd en inspanning van het lokale management vergt.
- 35. Om die redenen is er een duidelijke op zakelijke overwegingen gebaseerde voorkeur van de groep voor een moeder-dochter fusie in plaats van een liquidatie.

- **Beslissing Rulingdienst:**
- De in vereffeningstelling op zich doet de groep haar rechten niet verliezen in het hangende geschil, dit zou pas het geval zijn indien de vereffening wordt afgesloten. Maar gezien het hangende geschil nog jaren kan voortduren, zou de sluiting van de vereffening nog jaren op zich kunnen laten wachten, wat niet gewenst is, vandaar de voorkeur voor de moeder-dochter fusie. De verrichting beantwoordt aan zakelijke overwegingen.

IV. CONTINUÏTEIT



Opbouw

- Wet Continuïteit Ondernemingen (WCO)
- Inbreng schuldvordering gevolgd door kapitaalvermindering ter aanzuivering verliezen



WCO

- Specifieke fiscale bepalingen
 - Voor de schuldeiser :
 - Teruggaaf btw – artikel 3 KB nr. 4
 - Waardevermindering schuldvorderingen inzake inkomstenbelastingen – artikel 48, 2^e lid WIB
 - Voor de schuldenaar :
 - Vrijstelling van de opbrengst door kwijtschelding inzake inkomstenbelastingen - artikel 48/1 WIB

Recht op teruggaaf BTW

- Het recht op teruggaaf van BTW ontstaat in beginsel wanneer de schuldvordering geheel of gedeeltelijk verloren is gegaan (art. 77 § 1, 7° WBTW).
- Art. 3 K.B. nr. 4 :
 - In geval van gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord, ontstaat de vordering tot teruggaaf op de datum van homologatie door de rechtbank, en dit wat de schuldvorderingen betreft waarvan de vermindering werd opgetekend in het reorganisatieplan.
 - In geval van gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk akkoord, ontstaat de vordering tot teruggaaf op de datum van het vonnis dat het akkoord vaststelt, en dit wat de schuldvorderingen betreft waarvan de vermindering werd opgetekend in het akkoord.

- Art. 3 K.B. nr. 4 (vervolg):

- In geval van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, ontstaat de vordering tot teruggaaf op de datum van de sluiting van de procedure, en dit wat de schuldvorderingen betreft die ten gevolge van de overdracht niet konden worden aangezuiverd.



Inkomstenbelastingen

Artikel 48, 1^e lid WIB

- Waardeverminderingen boekhoudkundig:
 - Indien voor het geheel of een gedeelte van de vordering onzekerheid bestaat over de terugbetaling (66, § 2 KB W. Venn.)
- Afwijkende fiscale bepaling : artikel 48, §1 WIB over vrijstelling waardeverminderingen en de voorzieningen :
 - Voor risico's en kosten die door ondernemingen worden geboekt om het hoofd te bieden aan scherp omschreven verliezen of kosten die volgens de aan de gang zijnde gebeurtenissen waarschijnlijk zijn.

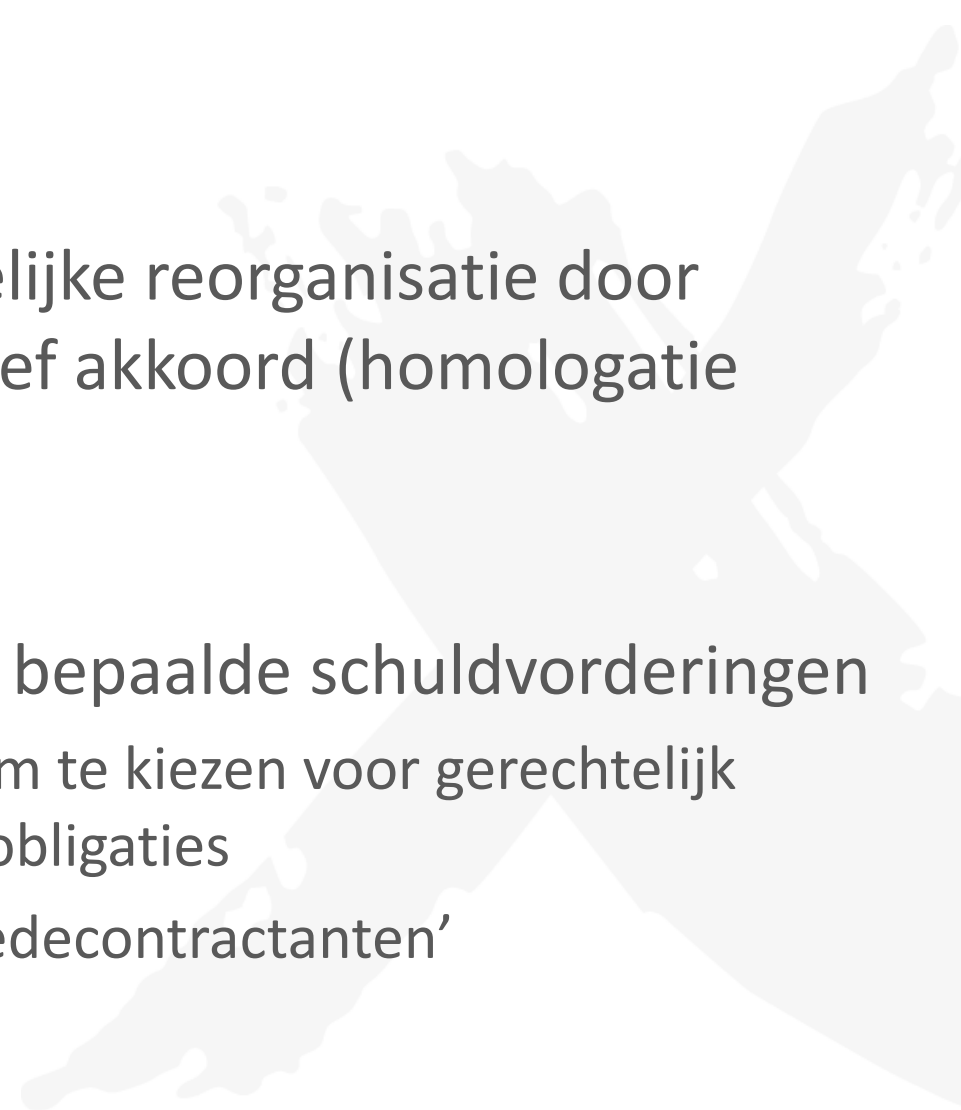
- » Binnen de grenzen en onder de voorwaarden die de Koning bepaalt (Artikel 22 KB WIB i.v.m. aftrekbaarheid waardeverminderingen):
- Uitsluitend betrekking hebben op niet in obligaties of andere gelijkaardige effecten op naam of aan toonder of gedematerialiseerde effecten verdeelde vorderingen:
 - Verliezen moeten scherp omschreven zijn en de waarschijnlijkheid ervan voor iedere vordering moet blijken uit bijzondere omstandigheden (tijdens het belastbaar tijdperk voorgekomen en op het einde daarvan nog bestaande). Dus geen louter algemeen risico, op basis van statistische gegevens
 - Boeking op een afzonderlijke rekening
 - Totaal van de vrijgestelde waardeverminderingen, moet per onderwerp verantwoord en uiteengezet worden in een bijlage bij de aangifte (opgave 204.3)

Inkomstenbelastingen

Artikel 48, 2^e lid WIB

- **Artikel 48, 2^e lid WIB – specifieke regeling voor waardeverminderingen uit WCO:**

“Geven aanleiding tot een fiscale vrijstelling voor waardeverminderingen en voorzieningen, de schuldvorderingen op de medecontractanten waarvoor krachtens de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen door de rechtbank een reorganisatieplan is gehomologeerd of een minnelijk akkoord is vastgesteld, dit gedurende de belastbare tijdperken tot de volledige tenuitvoerlegging van het plan of van het minnelijk akkoord of tot het sluiten van de procedure.”

- 
- Enkel voor gerechtelijke reorganisatie door minnelijk of collectief akkoord (homologatie reorganisatieplan)
 - Geen beperking tot bepaalde schuldvorderingen
 - Kan incentive zijn om te kiezen voor gerechtelijk akkoord, bijv. voor obligaties
 - Vorderingen op ‘medecontractanten’

- 
- Vrijstelling tot volledige tenuitvoerlegging van het reorganisatieplan of van het minnelijk akkoord of het ‘sluiten van de procedure’
 - Verwarrend, bedoeld wordt intrekking van het plan

Definitief verlies vordering (toepassing artikel 49 WIB)

- In geval van WCO :
 - Als het minnelijk akkoord of reorganisatieplan volledig is uitgevoerd, wordt de minderwaarde definitief
- Vgl. faillissement :
 - Attest van de curator waaruit blijkt dat het bedrag van de schuldvordering als volledig verloren moet worden beschouwd. Vanaf de datum van het attest mag het verlies als zeker en vaststaand worden aangemerkt.
 - Dit attest moet voldoende geïndividualiseerd zijn : welbepaalde schuldvordering vermelden waarvan bij de vereffening niet de minste betaling kan worden verkregen:
 - ✓ Bepaalde rechtspraak is minder streng - redelijke zekerheid of ernstige vermoedens dat geen uitkering zal gebeuren (bv. Gent 21 januari 2003).

Fiscus als schuldeiser

- Is de fiscale administratie voor een collectief akkoord over een reorganisatieplan een 'gewone' schuldeiser?
- Parlementaire voorbereiding :
 - "De schuldvorderingen van de belastingadministratie, van de RSZ en de algemeen bevoorrechte schuldvorderingen in het algemeen zijn gewone schuldvorderingen in de opschorting".
 - "De gelijke behandeling verzekeren van alle schuldeisers, zowel openbare als private, en er op die manier voor zorgen dat elk van deze laatste in het algemeen belang correct bijdraagt tot het herstel van de onderneming" (*Parl.St.* Kamer 2007-2008, nr. 52-160/002, 45).

- Fiscale administratie :
 - art. 172 Grondwet; belastingvermindering kan alleen worden ingevoerd door een wet
 - Hof van beroep Brussel - 10 maart en 17 juni 2010 :
 - Fiscus is gewone schuldeiser, geen strijdigheid met artikel 172 Grondwet
- 

Vrijstelling winst voortvloeiende uit homologatie reorganisatieplan of vaststelling van een minnelijk akkoord

- Ratio legis: de redding van de onderneming niet in het gedrang brengen:
 - Afboeking schuld = winst = belastbaar resultaat
 - Faillissement dreigt onder druk belastingschuld
 - <> Continuïteitsgedachte
 - > Fiscale vrijstelling

- Artikel 48/1 WIB (Nadere toepassingsregels' - art. 27/1 KBWIB)
 - “De winst die voortvloeit uit de minderwaarden die door de schuldenaar zijn opgetekend op bestanddelen van het passief ten gevolge van de homologatie van een reorganisatieplan door de rechtbank of ten gevolge van de vaststelling door de rechtbank van een minnelijk akkoord krachtens de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen, wordt vrijgesteld volgens de nadere toepassingsregels die de Koning vaststelt.”

- Fiscale vrijstelling geldt enkel voor gerechtelijke reorganisatie onder vorm van, ofwel:
 - Minnelijk akkoord:
 - Gesloten met minstens 2 schuldeisers, en
 - Vastgesteld door de rechter
 - Collectief akkoord:
 - Goedkeuring door meerderheid schuldeisers (die de helft van alle in hoofdsom verschuldigde bedragen vertegenwoordigen)
 - Gehomologeerd door de rechtbank

1. Tijdelijke vrijstelling

- Tot aan volledige uitvoering reorganisatieplan of het minnelijk akkoord
- Vanaf het belastbare tijdperk waarin het vonnis dat het reorganisatieplan homologeert of het minnelijk akkoord vaststelt, wordt gepubliceerd in het Staatsblad.

- Voorwaarden tijdelijke vrijstelling :

1. *onaantastbaarheidsvoorwaarde* mbt vrijgestelde winst (i) boeking op een afzonderlijke passiefrekening van de balans, en (ii) niet tot grondslag dienen "voor de berekening van enige beloning of toekenning";

2. *formaliteiten*:

(i) overlegging van "een afschrift" van het in het Staatsblad bekendgemaakte vonnis (dat het plan homologeert of het akkoord vaststelt);

(ii) overlegging van "een document waaruit blijkt dat het reorganisatieplan of het minnelijk akkoord nog niet volledig is uitgevoerd en nog steeds wordt nageleefd bij het afsluiten van het desbetreffende belastbare tijdperk". Deze verantwoordingsstukken moeten worden toegevoegd aan de aangifte in de inkomstenbelastingen.

2. Definitieve vrijstelling

- Indien tijdens het belastbare tijdperk het reorganisatieplan of het minnelijk akkoord “volledig is uitgevoerd”.
- De bewijzen van volledige uitvoering moeten bij de aangifte gevoegd worden.
- Verslag aan de Koning bij het KB - van het vonnis zou geen afschrift moeten worden voorgelegd; dat is al gebeurd om de tijdelijke vrijstelling te kunnen verkrijgen (art. 27/1, § 2 en 3 KBWIB).

Inbreng schuldvordering gevolgd door kapitaalvermindering ter aanzuivering verliezen

- **Voorafgaande beslissing nr. 600.387, 27.20.2007**
- Inbreng schuldvordering (inbreng in natura) in kapitaal tegen nominale waarde > kapitaalvermindering ter aanzuivering verliezen:
 - Geen abnormaal en goedgegunstig voordeel indien dmv concrete gegevens aangetoond kan worden dat er een effectief geloof is in de continuïteit (vb. winstprognoses voor periode van 3 jaar).
 - Belang van economische argumentatie:
 - Versterken positie op de Belgische markt
 - Tewerkstelling creëren
 - Positief signaal naar stakeholders
 - Alternatief (?): Inbreng in geld gevolgd door effectieve terugbetaling (aflossing) schulden:
 - Inbreng in natura vereist verslag commissaris (itt inbreng in speciën)
 - Negatief advies IBR omtrent inbreng in verlieslatende vennootschappen

- 
- **Voorafgaande beslissing nr. 2012.184, 10.07.2012**
 - voorwaardelijke kwijtschelding van schuldvordering en kapitaalverhoging maken geen verkregen abnormaal of goedgunstig voordeel uit in de zin van de artikelen 79 en 207, tweede lid WIB92.

Tuerlinckx Fiscale Advocaten cvba

Maria-Henriëttalei 1
B-2018 Antwerpen

T. +32 3 206 21 10
F. +32 3 206 21 19

Nijverheidsstraat 14
B-2260 Westerlo

T. +32 14 21 01 10
F. +32 14 21 01 19

www.tuerlinckx.eu

shares expertise

