

MR. DRS. P.H.M. SIMONIS / DRS. M. BAKKER

De fiscale gevolgen van juridische fusie en splitsing

Per 1 januari 1984 is de derde EU-richtlijn inzake vennootschapsrecht in het Nederlandse BW ingevoerd. Flankerende aanpassingen in fiscale wet- en regelgeving bleven uit tot 1 januari 1992. Bij de implementatie van de fiscale EU-fusierichtlijn bij wet van 10 september 1992, werd tevens met terugwerkende kracht een raamregeling voor de juridische fusie in een aantal heffingswetten ingevoerd.

De 6^e EU-richtlijn inzake vennootschapsrecht inzake juridische splitsing, die een optioneel karakter had, is pas ingevoerd nadat uit het bedrijfsleven duidelijke signalen kwamen dat aan de splitsing grote behoefte bestond. Op 1 februari 1998 is de wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en voor enige andere wetten in verband met de regeling van de splitsing van rechtspersonen (de 'Splitsingswet') van kracht geworden. De daarmee verband houdende fiscale regelgeving is op 24 juni 1998 in werking getreden en voorziet voor juridische splitsing in terugwerkende kracht tot 1 februari 1998 (datum inwerkingtreding Splitsingswet). De wijziging van de fiscale regelgeving met het oog op de juridische splitsing is tevens aangegrepen om de fiscale regeling voor de juridische fusie aan te passen. De wijzigingen met betrekking tot de juridische fusie zijn op 24 juni 1998 in werking getreden.

Na een korte introductie van de juridische splitsing en fusie wordt de fiscale regeling besproken zoals die vanaf 1 februari 1998, respectievelijk vanaf 24 juni 1998 geldt.

Civielrechtelijke aspecten juridische splitsing en fusie

Het instrument van juridische splitsing maakt het mogelijk het gehele of een gedeelte van het vermogen van een rechtspersoon te doen overgaan op één of meer bestaande of in het kader van de splitsing op te richten rechtspersonen zonder dat de desbetreffende activa separaat moeten worden overgedragen of dat passiva moeten worden overgenomen. De vermogensovergang vindt onder algemene titel plaats. De splitsingswet kent twee vormen van splitsing: de zuivere splitsing en de afsplitsing. Voor de inhoud van deze begrippen wordt verwezen naar het artikel 2:334a BW.

Met het passeren van een notariële akte van splitsing wordt de overgang van vermogen bewerkstelligd. De splitsing komt wat dit alles betreft vergaand overeen met de juridische fusie (artikel 2:309 BW e.v.). De belangrijkste verschillen zijn evenwel dat de splitsende rechtspersoon niet noodzakelijkerwijs ophoudt te bestaan, terwijl er bij de juridische fusie altijd een verdwijnende rechtspersoon is. Bij een splitsing gaat niet noodzakelijkerwijze het gehele vermogen over op de verkrijgende rechtsperso(n)en. Daarnaast kunnen er bij de splitsing diverse verkrijgende rechtspersonen zijn. Bij een juridische fusie gaat het gehele vermogen van de verdwijnende rechtspersoon over op één verkrijgende rechtspersoon. Bij de (af)splitsing zijn er derhalve meer varianten mogelijk dan bij de juridische fusie. Fiscale gevolgen van de juridische splitsing zijn dan ook sterk afhankelijk van de gekozen vorm van de splitsing.

De fiscale gevolgen van juridische fusie en splitsing

Fiscale bepalingen juridische splitsing

Algemeen

De fiscale wetgeving van de juridische splitsing bevat bepalingen met betrekking tot diverse heffingen; te denken is aan de vennootschapsbelasting, de inkomstenbelasting, de overdrachtsbelasting, de dividendbelasting, de kapitaalsbelasting en de omzetbelasting. Voor de overdrachtsbelasting en de kapitaalsbelasting houdt de fiscale begeleiding een vrijstelling van heffing in. Voor de overige heffingswetten houdt de fiscale begeleiding een doorschuifregeling in.

De regeling voor de heffing van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting is het meest gedetailleerd. Hoofdregel is dat de splitsing zowel voor de splitsende rechtspersoon als zijn aandeelhouder als een belastbaar feit wordt aangewezen. Indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan kan op verzoek van de betrokkenen de heffing achterwege blijven. Uitgangspunt daarbij is dat de fiscale claims worden doorgeschoven van de splitsende rechtspersoon naar de verkrijgende rechtspersoon en van de aandelen in de splitsende rechtspersoon naar de aandelen in de verkrijgende rechtspersoon. Met deze methodiek wordt de heffing voor de fiscus veiliggesteld.

Het is in de praktijk van belang dat in een vroeg stadium duidelijkheid ontstaat omtrent de toepassing van de doorschuiffaciliteiten en de vrijstellingen in een concreet geval en eventuele nadere voorwaarden waaronder fiscale begeleiding kan plaatsvinden. Doorgaans zijn, zonder fiscale begeleiding, de heffingen bij splitsing prohibitief. De wet voorziet voor zowel de bij de splitsing betrokken rechtspersonen als hun aandeelhouders in de mogelijkheid om de belastingdienst vooraf te laten bevestigen of de vrijstellingen en doorschuiffaciliteiten van toepassing zijn. In de praktijk wordt dit in een vroeg stadium door de betrokken rechtspersonen afgestemd, mede ten behoeve van de aandeelhouders. Als vuistregel kan worden aangehouden dat indien de splitsing uitsluitend plaatsvindt met het oog op aandeelhoudersbelangen, fiscale faciëring achterwege zal blijven. Het doel van de fiscale begeleidingswet is alleen die splitsing te faciëren die in overwegende mate voortkomt uit bedrijfseconomische overwegingen van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen. Fiscale overwegingen kwalificeren niet als bedrijfseconomische overwegingen. Indien de splitsing de opstap is naar een onbelaste verkoop van een bedrijfs onderdeel via verkoop van de aandelen in de verkrijgende rechtspersoon ('verpakte verkoop') zal fiscale begeleiding doorgaans niet beschikbaar zijn.

De fiscale regeling zoals die bij wet van 24 juni 1998 is ingevoerd, is slechts van toepassing indien de splitsende en de verkrijgende rechtspersoon zijn opgericht naar Nederlands recht en ten tijde van de splitsing feitelijk in Nederland zijn gevestigd. Indien feitelijk in het buitenland gevestigde naar Nederlands recht opgerichte rechtspersonen bij de splitsing betrokken zijn, dan wel in Nederland woonachtige aandeelhouders betrokken zijn bij een splitsing waarbij die betrokken rechtspersonen naar buitenlands recht zijn opgericht, is fiscale begeleiding echter niet zonder meer uitgesloten. In een aantal gevallen zal fiscale begeleiding kunnen worden verkregen in de lijn van de begeleiding die voor de zuiver 'binnenlandse' splitsing beschikbaar is. Daartoe dient dan zekerheidshalve wel vooroverleg met de belastingdienst plaats te vinden.

Positie splitsende en verkrijgende rechtspersoon

Op grond van artikel 14a Wet Vpb 1964 wordt een splitsing aangemerkt als een vervreemding door de splitsende rechtspersoon van zijn activa en passiva die krachtens splitsing op de verkrijger overgaan. In geval van een zuivere splitsing wordt de splitsende rechtspersoon daarnaast geacht te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten. Dit leidt in beginsel tot heffing van vennootschapsbelasting over fiscale en stille reserves (inclusief goodwill) bij de splitsende rechtspersoon. De mogelijkheid van doorschuiving van de fiscale claim – geen afrekening op moment van splitsing – vloeit voor een aantal gevallen direct uit de wet voort; een apart verzoek is niet nodig. In die gevallen kan in de aangifte vennootschapsbelasting door de verkrijgende rechtspersoon de doorschuiffaciliteit worden toegepast. Voorwaarden voor toepassing van deze doorschuiffaciliteit zijn dat dezelfde regels voor het bepalen van de winst van toepassing zijn op de betrokken rechtspersonen, er bij de splitsende rechtspersoon (alleen bij zuivere splitsing) en bij de verkrijgende rechtsperso(n)en geen recht op verliescompensatie bestaat en latere heffing is verzekerd. Daarnaast moet sprake zijn van een splitsing die wordt uitgevoerd op basis van in overwegende mate zakelijke overwegingen.

Ook indien niet aan een of meer van de drie eerstgenoemde bovenstaande voorwaarden wordt voldaan, kan niettemin op gezamenlijk verzoek van de betrokken rechtspersonen de splitsing fiscaal geruisloos plaatsvinden. Dit verzoek moet worden gedaan voorafgaand aan de splitsing (dat wil zeggen vóór het passeren van de notariële akte). De inspecteur beslist op het verzoek bij een voor bezwaar vatbare beschikking. Bij die beschikking zullen nadere

De fiscale gevolgen van juridische fusie en splitsing

voorwaarden worden gesteld. Hierbij valt te denken aan voorwaarden voor verliesverrekening en onderlinge schuldvorderingen. Ook hier kan derhalve directe afrekening bij splitsing achterwege blijven onder gelijktijdige doorschuiving van de fiscale boekwaarden van de activa en passiva die overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. In feite neemt de verkrijgende rechtspersoon de fiscale positie van de splitsende rechtspersoon over.

Interne reorganisatie voorafgaand aan splitsing

In sommige gevallen zal het aanbeveling verdienen de af te splitsen activa en passiva al vooraf (binnen een fiscale eenheid) af te zonderen in een aparte werkmaatschappij of divisieholding. In dat geval gaan de aandelen van de werkmaatschappij of divisieholding krachtens splitsing over op de verkrijgende rechtspersoon. Dit 'panklaar' maken binnen een fiscale eenheid leidt doorgaans tot 'schuiftransacties' waarop in beginsel sanctiebepalingen van toepassing zijn.

Voorts kan het bij een (af)splitsing van dochtermaatschappijen van belang zijn een fiscale eenheid te vormen tussen de afgesplitste rechtspersonen en de verkrijgende rechtspersoon. Voor het verkrijgen van een fiscale eenheid tussen de afgesplitste rechtspersonen en de verkrijgende rechtspersoon dient de moedermaatschappij (de verkrijgende rechtspersoon) reeds op 1 januari van het desbetreffende jaar de volle eigendom van de aandelen van de dochtermaatschappij te bezitten. Strikt genomen kan aan deze eis niet worden voldaan en dienen de afgesplitste dochtermaatschappijen ten minste één jaar zelfstandig belastingplichtig te zijn.

Onlangs is een besluit gepubliceerd over de juridische splitsing en 'schuiftransacties'. Hieruit kan worden afgeleid dat ingeval de moedermaatschappij van een fiscale eenheid de (af)splitsende rechtspersoon is en de verkrijgende rechtspersoon niet tot de fiscale eenheid behoort, het mogelijk is dat zonder toepassing van sanctiebepalingen een aansluitende fiscale eenheid tot stand komt met de afgesplitste dochtermaatschappijen.

Overigens leidt de (af)splitsing van dochtermaatschappijen die voorafgaand aan de splitsing deel hebben uitgemaakt van een fiscale eenheid met de (af)splitsende rechtspersoon ook tot een aantal andere aandachtspunten.

Bezitseis toegekende aandelen

Eén van de voorwaarden voor het verkrijgen van fiscale begeleiding is dat aan de splitsing in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag

liggen. Indien aandeelhouders de in het kader van een splitsing uitgereikte aandelen binnen drie jaar verkopen wordt in bepaalde situaties aangenomen dat aandeelhoudersmotieven en niet zakelijke motieven de doorslag hebben gegeven bij het besluit tot splitsing. De splitsende rechtspersoon moet dan alsnog afrekenen tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat (ondanks de verkoop) destijds zakelijke overwegingen doorslaggevend waren. De bezitseis is niet in alle situaties gelijk geformuleerd. Indien de verkrijgende rechtspersoon aandelen heeft toegekend aan de splitsende rechtspersoon, is het verliezen van het belang bij één aandeel al voldoende om het vermoeden van onzakelijkheid op te roepen. Indien de verkrijgende rechtspersoon aandelen heeft toegekend aan de aandeelhouders in de splitsende rechtspersoon komt het vermoeden van onzakelijkheid minder snel aan bod. Het vermoeden ontstaat dan alleen indien een aandeelhouder of een samenwerkende groep van aandeelhouders doorslaggevend zeggenschap in de splitsende rechtspersoon heeft, deze behoudt of verkrijgt in een bij de splitsing betrokken rechtspersoon en deze doorslaggevend zeggenschap binnen drie jaar kwijtraakt. Het vermoeden is gebaseerd op de gedachte dat dergelijke aandeelhouders een splitsing kunnen doordrukken die meer in het belang is van de aandeelhouders dan in het belang van de vennootschap.

De wetgever heeft er voor gekozen om de sanctie te leggen bij de bij de splitsing betrokken rechtspersonen en niet bij de verkopende aandeelhouder (uiteraard kan de verkopende aandeelhouder, afhankelijk van zijn fiscale positie, wel ter zake van de verkoop van zijn aandelen in de heffing worden betrokken).

Emissie van nieuwe aandelen binnen drie jaren, waardoor het bezit van de zittende aandeelhouders verwatert, doet het vermoeden van onzakelijkheid niet in werking treden. Dit is mogelijk anders indien de zittende aandeelhouders bij toetreding van nieuwe aandeelhouders hun claimrechten te gelde maken.

Omdat niet altijd duidelijk zal zijn of bij een vervreemding het vermoeden van onzakelijkheid in werking treedt en, indien dit het geval is, kan worden weerlegd, voorziet de wet in een regeling waarbij de belastingplichtige een voorgenomen vervreemding aan de belastingdienst ter toetsing kan voorleggen.

Positie aandeelhouders splitsende en verkrijgende rechtspersoon

In de fiscale wetgeving worden de zuivere splitsing en de afsplitsing (behalve indien hoofdzakelijk beleggingen worden afgesplitst) op grond van artikel 68a

De fiscale gevolgen van juridische fusie en splitsing

Wet IB 1964 aangemerkt als een vervreemding door de aandeelhouder in de splitsende rechtspersoon van zijn aandelen (bij zuivere splitsing) of een deel van het complex van rechten begrepen in zijn aandelen (bij afsplitsing).

De fiscale claim op de winstreserves van de splitsende rechtspersoon blijft behouden door een bepaling die bewerkstelligt dat het fiscaal erkende kapitaal van de gesplitste rechtspersoon bij splitsing volgens een bepaalde formule wordt verdeeld over de verkrijgende rechtspersonen en (bij de afsplitsing) de splitsende rechtspersoon. De toedeling vindt plaats op basis van de verhouding tussen de waarde in het economische verkeer van de overgegangene activa/passiva en (bij de afsplitsing) die van de achtergebleven activa/passiva. Hiermee wordt verzekerd dat het fiscaal erkende kapitaal van de (nieuw opgerichte) verkrijgende rechtspersoon en de splitsende rechtspersoon na de splitsing niet meer bedraagt dan het fiscaal erkende kapitaal van de splitsende rechtspersoon vóór splitsing. De verdeling van het fiscaal erkende kapitaal is met name van belang indien belastingvrije stockdividenden plegen te worden uitgekeerd en men die dividendpolitiek na splitsing wil continueren.

De fiscale gevolgen voor de aandeelhouders zijn afhankelijk van hun fiscale positie.

Voor de aandeelhouder-beleggers (natuurlijke personen) kan de splitsing in beginsel zonder belastingheffing plaatsvinden. Vermogenswinsten zijn voor de aandeelhouder niet belast. Indien de aandeelhouder-rechtspersoon is onderworpen aan de vennootschapsbelasting en de aandelen kwalificeren als een deelneming als bedoeld in artikel 13 Wet Vpb 1969, kan de splitsing in de regel eveneens onbelast plaatsvinden. Bij aandeelhouders-ondernemers en aanmerkelijk-belanghouders wordt de vermogenswinst wel in de heffing betrokken. Voor de aanmerkelijkbelanghouders geldt dat de fusie ook als een vervreemding van de schuldvorderingen op de splitsende vennootschap wordt aangemerkt. Met aandelen worden gelijkgesteld winstbewijzen en lidmaatschapsrechten. Voorts wordt het recht om aandelen in, winstbewijzen van onderscheidenlijk schuldvorderingen op de splitsende vennootschap te verwerven aangemerkt als aandeel, winstbewijs onderscheidenlijk schuldvordering waarop het recht betrekking heeft. Voor winstbewijzen, opties en schuldvorderingen ontbreekt overigens de gelijkstelling met de aandeelhouder, met als gevolg dat alleen winstbewijzen, opties en schuldvorderingen in handen van een aandeelhouder onder de vervreemdingsfictie lijken te vallen. De positie waarin een niet-aandeelhouder winstbewijzen, opties

en/of schuldvorderingen heeft, zal dus zelfstandig moeten worden beoordeeld.

Onder bepaalde voorwaarden gelden doorschuif-faciliteiten op grond waarvan de aandeelhouder het voordeel bij deze vervreemding niet in aanmerking behoeft te nemen. Iedere aandeelhouder kan, voor wat betreft het terzake van de vervreemding behaalde voordeel, afzonderlijk kiezen voor een fiscaal geruisloze fusie. Voor een fiscaal geruisloze fusie hoeft geen verzoek te worden gedaan bij de inspecteur. De aanmerkelijk-belanghouder kan in zijn aangifte over het jaar waarin de splitsing plaatsvindt de doorschuif-faciliteit toepassen en de behaalde winst buiten aanmerking laten. Indien de aandeelhouder gebruikmaakt van de doorschuif-faciliteit wordt (een evenredig deel van) de kostprijs van de aandelen in de splitsende rechtspersoon doorgeschoven naar de krachtens splitsing verkregen aandelen. De heffing wordt daarmee uitgesteld. Wel geldt ook hier als eis dat de splitsing wordt uitgevoerd met het oog op bedrijfseconomische belangen van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen. De fiscaal geruisloze doorschuif ziet niet op een eventuele bijbetaling in contanten.

Een (af)splitsing waarbij de activa die op de verkrijger overgaan of die bij de splitsende rechtspersoon achterblijven en hoofdzakelijk bestaan uit beleggingen (daaronder begrepen liquide middelen) wordt niet aangemerkt als een vervreemding maar als een winstuitdeling door de splitsende rechtspersoon.

De aandeelhouder die vooraf zekerheid wenst omtrent de vraag of sprake is van bedrijfseconomische belangen respectievelijk of sprake is van het hoofdzakelijk splitsen (achterblijven) van beleggingen, kan de inspecteur van de splitsende rechtspersoon vragen op dit punt een uitspraak te doen.

De systematiek van de fiscale regeling is derhalve dat de splitsing voor een aantal aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon als een belastbaar feit wordt aangemerkt, doch dat uitstel van belastingheffing in het vooruitzicht wordt gesteld. Daarbij dient men zich te realiseren dat in de Nederlandse fiscale begeleidingswet uiteraard alleen voorzieningen worden getroffen met betrekking tot de Nederlandse belastingen. Bij een splitsing van een rechtspersoon met in het buitenland woonachtige aandeelhouders dienen deze aandeelhouders zich dan ook te realiseren dat in het land waarin ze woonachtig zijn, als gevolg van de splitsing mogelijk wel belastingen verschuldigd zijn. Indien grote groepen buitenlandse aandeelhouders in een bepaald land wonen, zou overwogen kunnen worden de fiscale gevolgen van de voorgenomen splitsing vooraf met de lokale belastingautoriteiten af te stemmen. Veelal bestaan

De fiscale gevolgen van juridische fusie en splitsing

ook in het buitenland doorschuiffaciliteiten voor specifieke reorganisatievormen. Soms is echter in het buitenland de figuur van de splitsing of een bepaalde vorm van splitsing niet bekend.

Aandeelhouders in vóór splitsing bestaande verkrijgende vennootschappen

Alhoewel men snel geneigd is te denken dat de fiscale positie van de aandeelhouders in een bestaande verkrijgende vennootschap geen wijziging ondergaat, zal in de praktijk toch enige aandacht aan dit punt dienen te worden geschonken.

Door de toekenning van aandelen bij splitsing aan de aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon zal het bezit van de zittende aandeelhouders verwateren. Voor een aantal aandeelhouders kan dit gevolgen hebben, met name in die gevallen waarin de fiscale behandeling afhankelijk is van de procentuele deelname in het kapitaal van de vennootschap (te denken is aan aanmerkelijk-belangaandeelhouders en aandeelhouders die op grond van een pakket van 5% of meer deelnemingsvrijstelling kunnen claimen). Daarnaast raakt de regeling met betrekking tot het bedrag dat op de toegekende aandelen als fiscaal erkend kapitaal wordt aangemerkt niet alleen de nieuwe aandeelhouders maar ook de zittende aandeelhouders.

Overige heffingen

Algemeen

Naast de heffing van vennootschapsbelasting bij de splitsende rechtspersoon en de belastingheffing op het niveau van de aandeelhouder kunnen belastingen aan de orde komen als kapitaalsbelasting, overdrachtsbelasting en omzetbelasting. De fiscale begeleidingswet bevat ook voor deze belastingen regelingen die in veel gevallen tot een vrijstelling zullen leiden.

Kapitaalsbelasting

De toekenning van aandelen door de verkrijgende rechtspersoon vormt een belastbaar feit voor de heffing van de kapitaalsbelasting. De kapitaalsbelasting is verschuldigd over de waarde in het economische verkeer van de door de verkrijgende vennootschappen krachtens de splitsing verworven vermogensbestanddelen (verminderd met de bijbetaling in contanten). De fiscale regelgeving voorziet in artikel 37 lid 2, onderdeel d Wet Belastingen van rechtsverkeer (WBR) in een vrijstelling indien aan de splitsing in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

Onder omstandigheden kan de bij de splitsing geclaimde vrijstelling worden teruggenomen indien

aandeelhouders binnen drie jaar na de splitsing aandelen vervreemden. De regeling op dit punt is gelijklopend aan die voor de heffing van de vennootschapsbelasting. Bij een opvolgende kwalificerende fusie of een interne reorganisatie binnen drie jaar na de splitsing treedt de sanctie (vervallen van de vrijstelling) niet in werking.

Op 6 februari 1999 is het besluit, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer, met als ingangsdatum 1 februari 1999, gepubliceerd. Als er als gevolg van transacties in het verleden op de aandelen van de splitsende rechtspersoon een wachttermijn wegens een toegepaste vrijstelling rust, dan treedt de sanctie (vervallen van vrijstelling) niet in werking bij 'vervreemding' van de aandelen als gevolg van een juridische splitsing. Er kan ook een wachttermijn rusten op de aandelen gehouden door de splitsende rechtspersoon die in het kader van de splitsing overgaan op andere rechtspersonen. Ook in dat geval treedt de sanctie niet in werking als gevolg van de juridische (af)splitsing.

Overdrachtsbelasting

Ook voor de heffing van overdrachtsbelasting vormt de splitsing waarbij (de economisch eigendom van) onroerende zaken (overgaat) overgaan een belastbaar feit. Er kan een beroep worden gedaan op de vrijstelling van artikel 15 lid 1 onderdeel h WBR, welke bepaling een vrijstelling bevat voor de inbreng van een onderneming. In het Besluit van 6 februari 1999 is artikel 5c Uitv. Besl. WBR gepubliceerd. Hieruit volgt dat ook voor de overdrachtsbelasting wordt aangesloten bij de eisen zoals die aan de doorschuiffaciliteit voor de vennootschapsbelasting worden gesteld. Aan de splitsing dienen in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag te liggen om in aanmerking te komen voor de vrijstelling overdrachtsbelasting.

Bij een opvolgende kwalificerende fusie of een interne reorganisatie binnen drie jaar na de splitsing treedt de sanctie (vervallen van de vrijstelling) niet in werking. De resterende wachttermijn wordt doorgeschoven naar de aandelen in de verkrijgende rechtspersoon. Ook hier kan zich de situatie voordoen dat er voor de aandeelhouder in de splitsende rechtspersoon een wachttermijn wordt geïntroduceerd.

Als gevolg van transacties in het verleden kan er zowel op de aandelen van de splitsende rechtspersoon als op de aandelen gehouden door de splitsende rechtspersoon een wachttermijn rusten. Artikel 5 en 5a Uitv. Besl. WBR bepalen dat de sanctie (vervallen van vrijstelling) niet in werking treedt bij 'vervreemding' van de aandelen als gevolg van de juridische

De fiscale gevolgen van juridische fusie en splitsing

splitsing. De resterende wachtermijn gaat volgens het Besluit over op de in het kader van de juridische splitsing verkregen aandelen. De in het kader van de splitsing verkregen aandelen zullen echter in de regel door een ander worden gehouden dan de splitsende rechtspersoon (tenzij door de verkrijgende rechtspersoon aandelen aan de splitsende rechtspersoon worden toegekend). Het gevolg van deze bepaling zou dan zijn dat de aandeelhouder in de splitsende rechtspersoon wordt geconfronteerd met de resterende wachtermijn.

Omzetbelasting

Voor de heffing van omzetbelasting wordt bepaald dat de overgang van het geheel of een gedeelte van een algemeenheid van goederen geen levering of dienst vormt aan degene op wie de goederen overgaan. De afgesplitste onderneming neemt de herzieningsregeling over van de overgenomen activa. In de regel vindt de overgang van het vermogen plaats zonder de heffing van omzetbelasting. Artikel 31 Wet OB 1968 bepaalt dat bij ministeriële regeling afwijkingen van deze regel kunnen worden opgenomen.

Loonheffing en premieheffing

In de meeste gevallen kan de dienstbetrekking bij de splitsende rechtspersoon voor fiscale doeleinden (pensioenopbouw, kostenvergoedingen e.d.) geacht worden te zijn voortgezet bij de verkrijgende rechtspersoon. In de fiscale begeleidingswet zijn voor de loonheffing en de premieheffing geen bijzondere bepalingen voorgesteld. Met de belastingdienst wordt soms afgestemd dat geen nieuwe loonbelastingverklaringen behoeven te worden overgelegd, dat specifieke afspraken bijvoorbeeld met betrekking tot kostenvergoedingen worden gecontinueerd en het exacte moment waarop de inhoudingsplicht voor loon- en premieheffing overgaat op de verkrijgende rechtspersoon.

Bijzondere situaties, zoals het uitstaan van aandelenopties voor werknemers, kunnen aanvullende regelingen noodzakelijk maken. Met name indien een min of meer zelfstandige divisie via splitsing volledig op eigen benen wordt gezet zijn diverse varianten denkbaar. Men zou kunnen streven naar maximale uitoefening van het optierecht voorafgaand aan de splitsing. Een alternatief is de splitsing van het optierecht zelve waardoor de optiehouder na de splitsing kan converteren in aandelen in (ten minste) twee vennootschappen. Vergelijkbare vragen spelen bij een converteerbare personeelslening.

Fiscale bepalingen juridische fusie

Algemeen

De fiscale regeling voor de juridische fusie komt grotendeels overeen met de regeling voor de splitsing. Hoofddregel is dat de fusie zowel voor de verdwijnende rechtspersoon als voor de aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon als een belastbaar feit wordt aangemerkt. Onder bepaalde voorwaarden is het mogelijk een vrijstelling te verkrijgen dan wel de fiscale claim door te schuiven naar de verkrijgende rechtspersoon en de aandeelhouders in de verkrijgende rechtspersoon. Voorwaarde is dat – evenals bij de splitsing – aan de fusie in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Volstaan wordt hier te verwijzen naar hetgeen hieromtrent reeds is opgemerkt.

Positie verdwijnende en verkrijgende rechtspersoon

Fiscaal wordt de verdwijnende rechtspersoon geacht zijn vermogensbestanddelen ten tijde van de fusie te hebben overgedragen aan de verkrijgende rechtspersoon en op dat moment te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten. Op grond van artikel 14b lid 1 Wet Vpb 1969 dient de verdwijnende rechtspersoon ten tijde van de juridische fusie af te rekenen over de fiscale reserves, de stille reserves en de goodwill. De juridische fusie kan, mits aan de voorwaarden voor fiscale begeleiding wordt voldaan, evenals bij de juridische splitsing fiscaal geruisloos plaatsvinden. De activa en passiva worden dan na de fusie tegen dezelfde boekwaarde op de balans van de verkrijgende rechtspersoon vermeld. Voorwaarde is dat aan de fusie in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Bij vervreemding van aandelen in de verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de fusie kan de fiscale doorschuiffaciliteit alsnog komen te vervallen.

Evenals bij de splitsing kan onder bepaalde voorwaarden de juridische fusie desgewenst zonder tussenkomst van de fiscale autoriteiten fiscaal geruisloos plaatsvinden. Artikel 14b lid 2 Wet Vpb 1969 stelt als voorwaarde dat dezelfde regels voor het bepalen van de winst van toepassing zijn bij de fuserende rechtspersonen, er bij de fuserende rechtspersonen geen recht op verliescompensatie bestaat en latere heffing is verzekerd. Wordt niet aan alle vereisten van artikel 14b lid 2 voldaan, dan kan fiscale begeleiding plaatsvinden op basis van een verzoek ex artikel 14b lid 3 Wet Vpb 1969. Dat verzoek moet vóór het passeren van de fusieakte, door de verdwijnende en verkrijgende rechtspersoon gezamenlijk, schriftelijk worden gedaan aan de inspecteur die belast is met de aanslag-

De fiscale gevolgen van juridische fusie en splitsing

regeling van de verdwijnende rechtspersoon. De belastingplichtige zal in de praktijk veelal een bevestiging van de inspecteur willen hebben dat aan de vereisten van artikel 14b lid 2 wordt voldaan, dan wel ter behoud van rechten vóór het passeren van de fusieakte een verzoek ex artikel 14b lid 3 Wet Vpb 1964 indienen. Als achteraf niet is voldaan aan alle vereisten voor artikel 14b lid 2 Wet Vpb 1969, kan de fusie, indien geen verzoek ex artikel 14b lid 3 Wet Vpb 1969 is ingediend, in beginsel niet meer fiscaal geruisloos plaatsvinden.

Positie aandeelhouders verdwijnende en verkrijgende rechtspersoon

De juridische fusie wordt op grond van artikel 68aa Wet IB 1964 voor de aandeelhouders in de verdwijnende vennootschap aangemerkt als een vervreemding. Voor de fiscale gevolgen hiervan wordt verwezen naar de positie van de aandeelhouders in de splitsende rechtspersoon.

Onder bepaalde voorwaarden kan de fiscale claim van de aandeelhouder worden doorgeschoven. Als voorwaarde geldt dat aan de fusie in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Ook hier speelt de driejaarstermijn.

In tegenstelling tot de juridische splitsing is bij de fusie geen aparte bepaling opgenomen voor het geval de activa van de verdwijnende rechtspersoon alleen bestaan uit beleggingen. Bij een juridische fusie gaan immers alle vermogensbestanddelen van de verdwijnende rechtspersoon over op één verkrijgende rechtspersoon.

Overige heffingen

Kapitaalsbelasting

Voor de kapitaalsbelasting is de juridische fusie vrijgesteld ingevolge artikel 37 lid 1 onderdeel a jo. lid 2 WBR. Een beroep op de vrijstelling dient binnen één maand na de fusie te worden gedaan. In afwijking van de juridische splitsing is voor de juridische fusie geen separate vrijstelling in de WBR opgenomen. De voorwaarde dat aan de fusie zakelijke overwegingen ten grondslag moeten liggen om in aanmerking te komen voor de vrijstelling is niet in de kapitaalsbelasting terug te vinden. Dit geldt ook voor de driejaarstermijn. Tijdens de parlementaire behandeling is door de staatssecretaris van Financiën opgemerkt dat voor de fiscale begeleiding van de kapitaalsbelasting zoveel mogelijk aansluiting moet worden gezocht bij de regeling zoals die is getroffen voor de vennootschapsbelasting. De staatssecretaris lijkt van mening te zijn dat de zakelijkheidseis ook voor

de kapitaalsbelasting geldt. Aangezien de vrijstelling van artikel 37 lid 1 onderdeel a jo. lid 2 WBR eerder in de WBR was opgenomen dan de zakelijkheidseis in de vennootschapsbelasting en de wettekst op dit punt niet is aangepast, mag betwijfeld worden of deze gedachte stand zal houden.

Overdrachtsbelasting

Bij de fusie gaat het vermogen van de 'verdwijner' onder algemene titel over op de verkrijger. Indien tot het vermogen van de verdwijnende rechtspersoon (de economische eigendom van) onroerende zaken (behoort) behoren, kan een beroep worden gedaan op de vrijstelling van artikel 15 lid 1 onderdeel h WBR. Tijdens de parlementaire behandeling van de 'Splitsingswet' is geïnformeerd naar de voorwaarden die worden gesteld aan de vrijstelling van overdrachtsbelasting in geval van een juridische fusie of juridische splitsing. Door de staatssecretaris is toen opgemerkt dat de voorwaarden die betrekking hebben op juridische fusie of juridische splitsing in het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer zullen worden opgenomen. Op 6 februari 1999 zijn de voorwaarden voor de juridische splitsing gepubliceerd. In deze voorwaarden is de zakelijkheidseis opgenomen. Tot op heden zijn er echter geen nadere voorwaarden gepubliceerd voor de juridische fusie. Voorlopig wordt nog niet de voorwaarde gesteld dat zakelijke overwegingen aan de fusie ten grondslag moeten liggen om in aanmerking te komen voor de vrijstelling overdrachtsbelasting.

Wet inkomstenbelasting 2001

Algemeen

Onlangs is de belastingherziening voor de inkomstenbelasting gepubliceerd (Wet IB 2001). Voorgesteld wordt de nieuwe regeling te laten ingaan per 1 januari 2001. In de Wet IB 2001 worden de reikwijdte van de fiscale facilitatie voor de juridische fusie en splitsing, en de anti-misbruikbepaling gewijzigd. Daarnaast wordt de uiteenlopende fiscale positie van de aandeelhouders niet langer geregeld door één wetsartikel. Voor de ondernemer in de inkomstenbelasting wordt een aparte bepaling opgenomen. Dit geldt ook voor de aan de vennootschapsbelasting onderworpen aandeelhouders-rechtspersonen. Voor de aandeelhouders-beleggers (natuurlijke personen) wordt geen separate bepaling opgenomen. Dit is ook niet nodig gezien de invoering van de forfaitaire vermogensrendementsheffing.¹

Onder de huidige regeling wordt de afsplitsing door een vennootschap van liquiditeiten naar een

De fiscale gevolgen van juridische fusie en splitsing

vennootschap met particuliere aandeelhouders als een dividenduitkering aangemerkt. Het voordeel wordt als inkomsten uit vermogen tegen het progressieve tarief in de heffing betrokken. Onder de Wet IB 2001 verhuist deze regeling van artikel 68a Wet IB 1964 naar artikel 3a lid 4 Wet div.bel. 1965. Als gevolg van de forfaitaire vermogensrendementsheffing is deze bepaling voor binnenlands belastingplichtigen overbodig. De ingehouden dividendbelasting is namelijk geheel verrekenbaar met de verschuldigde inkomstenbelasting.

De reikwijdte van de fiscale faciëring

Onder de huidige regeling kunnen alleen rechtspersonen opgericht naar Nederlands recht en feitelijk in Nederland gevestigd in aanmerking komen voor de fiscale faciëring. In de Wet IB 2001 wordt niet langer de voorwaarde gesteld dat de fuserende en de splitsende rechtspersonen Nederlandse rechtspersonen zijn. Daarnaast kunnen de betrokken rechtspersonen en de aandeelhouders de faciliteit tevens toepassen indien de fuserende of splitsende rechtspersoon feitelijk is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie.

De anti-misbruikbepaling

De anti-misbruikbepaling is onder de Wet IB 2001 zo geformuleerd dat fiscale faciëring van bepaalde juridische splitsingen en fusies alleen mag worden geweigerd indien belastingfraude of -ontwijking één van de hoofddoelen is geweest die aan de fusie of splitsing ten grondslag hebben gelegen. Daarmee wordt aangesloten bij de formulering zoals opgenomen in artikel 11 van de fiscale EU-fusierichtlijn. Belastingfraude is in de Wet IB 2001 gedefinieerd als 'het ontgaan of uitstellen van belastingheffing'. Niet iedereen is er van overtuigd dat uitstel van heffing onder ontwijking is te rangschikken. In ieder geval is het feit dat de splitsing of de fusie niet wordt uitgevoerd indien fiscale begeleiding niet beschikbaar is, onvoldoende reden de belastingplichtige de faciliteit

(die juist bestaat uit het verlenen van vrijstelling of uitstel) te ontzeggen. Het uitstel moet ten minste een hoofddoel op zich zijn. Advocaat-generaal Van den Berge concludeerde recentelijk bij een aandelenfusie van maat-BV's van een, inmiddels 'opgesplitste' (geliquideerde), niet onbekende maatschap van advocaten, notarissen en belastingadviseurs tot het stellen van prejudiciële vragen op dit punt. De Hoge Raad (1 december 1999, nr. 34.217) volgde de advocaat-generaal niet en oordeelde evenals het hof 's-Gravenhage dat in het voorliggende geval duidelijk was dat een zakelijk doel beoogd werd met de aandelenfusie. De bewijslast dat sprake is van belastingfraude of -ontwijking rust op de belastingdienst. Een verdere aansluiting bij de formulering van genoemd artikel 11 wordt verkregen door als zakelijke overwegingen te noemen de herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden (de richtlijn spreekt over 'activiteiten') van de bij de transactie betrokken rechtspersonen.

Bij vervreemding van aandelen in de gesplitste, verdwijnende of verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing of fusie ontstaat, afhankelijk van de omstandigheden, een rechtsvermoeden van onzakelijkheid en komt in beginsel de fiscale faciëring alsnog te vervallen. Hier geldt een tegenbewijsregeling voor belastingplichtige. Indien de belastingplichtige, ondanks de vervreemding, aannemelijk maakt dat aan de fusie of splitsing geen belastingfraude of -ontwijking ten grondslag lag, blijft de fiscale faciëring in stand. De Wet IB 2001 brengt ook hier een wijziging, omdat de tegenbewijsregeling ook in werking treedt indien de vervreemding van aandelen niet leidt tot het verliezen van doorslaggevend zeggenschap. In beginsel belandt men in de nieuwe wetgeving reeds bij de vervreemding van één aandeel in de tegenbewijsregeling.

Mr. drs. P.H.M. Simonis en mw. drs. M. Bakker zijn beiden werkzaam bij Loyens & Loeff, belastingadviseurs, advocaten en notarissen te Rotterdam.

1 In het kader van deze heffing wordt jaarlijks een forfaitair rendement van 4% verondersteld over de gemiddelde nettovermogenswaarde van een aantal vermogensbestanddelen. Hierover wordt vervolgens 30% inkomstenbelasting (in box III) geheven. Per saldo wordt 1,2% belasting geheven over de waarde van de bezittingen minus schulden in box III. Hier staat tegenover dat de vermogensbelasting wordt afgeschaft.