

Vergaderjaar 1997–1998

**25 709**

**Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en van enige andere belastingwetten in verband met de fiscale begeleiding van de overgang van vermogen onder algemene titel bij rechtspersonen op de voet van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek**

**Nr. 8**

**BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN**

Den Haag, 31 maart 1998

Ten behoeve van mondelinge behandeling van bovengenoemd wetsvoorstel doe ik u hierbij mijn reactie toekomen op het commentaar dat de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op 27 maart jl. heeft gezonden aan de vaste commissie voor Financiën, en waarvan ik een afschrift heb ontvangen.

De Staatssecretaris van Financiën,  
W. A. F. G. Vermeend

## **Kanttekeningen bij brief NOB d.d. 27 maart 1998 m.b.t. juridische splitsing**

### **1. Economische terugwerking**

In de nota naar aanleiding van het verslag is ingegaan op de economische terugwerking van de fiscale begeleiding. Daarbij is opgemerkt dat kan worden aangesloten bij de civielrechtelijke regeling. Niet geheel juist gebleken is echter de opmerking dat van de eindbalans van het laatst afgesloten boekjaar mag worden uitgegaan, mits de splitsing dan binnen zes maanden na dat boekjaar plaatsvindt. Beslissend is namelijk de dag waarop het splitsingsvoorstel wordt neergelegd bij het handelsregister. Gerekend vanaf die dag mag de balans waarvan wordt uitgegaan niet ouder zijn dan zes maanden. Vervolgens moet de splitsing plaatsvinden binnen zes maanden na de nederlegging van het splitsingsvoorstel. Als het voorstel dus voor 1 juli wordt neergelegd, mag van de balans van 31 december van het jaar daarvoor worden uitgegaan, ook als de splitsing dan feitelijk na 1 juli plaatsvindt.

### **2. Omzetting**

Zoals in de nota naar aanleiding van het verslag is aangegeven, verschilt de figuur van de omzetting van die van de juridische fusie en splitsing. Als gevolg van een juridische fusie en een juridische splitsing houden, in beginsel, een of meer rechtspersonen op te bestaan. Bij omzetting blijft de rechtspersoon bestaan, alleen de rechtsvorm wijzigt door statutenwijziging. Op dit onderdeel verschillen beide rechtsfiguren derhalve wezenlijk van elkaar. Voorts sluit het fiscale wetsvoorstel aan bij de civiele regeling die betrekking heeft op de figuren van de splitsing en ten dele de fusie.

### **3/4. Buitenlandse rechtspersonen/Nederlandse aandeelhouders buitenlandse vennootschappen**

De NOB doet tekstsuggesties om in de wet uitdrukkelijk vast te leggen dat enerzijds buitenlandse rechtspersonen die in Nederland zijn gevestigd en anderzijds Nederlandse aandeelhouders betrokken bij een buitenlandse fusie of splitsing in aanmerking komen voor fiscale begeleiding.

Ik wil alvorens hier concreet op in te gaan eerst nog even de context van het wetsvoorstel schetsen. In het onderhavige voorstel wordt fiscale begeleiding geboden voor fusies en splitsingen die plaatsvinden op de voet van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. In feite gaat het hier dus om splitsingen en fusies van naar Nederlands recht opgerichte rechtspersonen. De werkingssfeer van dit voorstel is daar op afgestemd. Daarbij is een onderscheid aangebracht tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties.

In het verslag zijn vragen gesteld of deze beperking houdbaar is in het licht van de diverse non-discriminatiebepalingen naar internationaal recht. In de nota naar aanleiding van het verslag heb ik aangegeven dat wellicht in één bepaalde situatie – die hierna aan de orde komt – de in het wetsvoorstel aangebrachte beperking strijdig zou kunnen zijn met het internationaal recht. Voor die situatie is een toezegging gedaan om in de uitvoeringssfeer fiscale begeleiding te geven. De overige situaties waarin de diverse non-discriminatiebepalingen niet nopen tot fiscale begeleiding vallen buiten de context van het voorstel van wet en worden dus fiscaal niet begeleid.

De NOB wil in de eerste plaats in de wet vast leggen dat fiscale begeleiding wordt geboden ingeval in Nederland gevestigde vennootschappen die naar buitenlands recht zijn opgericht fuseren of splitsen. In de nota naar aanleiding van het verslag heb ik aangegeven dat wanneer twee naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen daadwerkelijk in Nederland zijn gevestigd, het niet faciliteren in deze situatie op gespannen voet zou kunnen komen te staan met internationale non-discriminatiebepalingen (EU-recht, bilaterale belastingverdragen met non-discriminatiebepaling). Het moet dan wel gaan om situaties waarin de fusie of splitsing naar het civiele recht van het andere land mogelijk is en vergelijkbaar is met de juridische fusie of splitsing naar Nederlands recht. Die situaties zullen zich overigens naar verwachting niet vaak voordoen. Onder de belastingverdragen met een non-discriminatie-artikel zal een en ander van tot geval moeten worden beoordeeld. Vanwege het incidentele karakter van dergelijke fusies of splitsingen geniet een fiscale begeleiding in de uitvoerings sfeer de voorkeur. Deze fiscale begeleiding geschiedt overeenkomstig de fiscale begeleiding zoals voorzien in het wetsvoorstel. Wanneer zou blijken dat dergelijke situaties zich in betekende mate zou gaan voordoen zou er aanleiding kunnen zijn om dat recht op facilitering uitdrukkelijk in de wet vast te leggen. Thans is dit prematuur en voldoet een analoge fiscale begeleiding in de uitvoerings sfeer.

In de tweede plaats wil de NOB fiscale begeleiding voor de Nederlandse aandeelhouders die betrokken zijn bij een fusie of splitsing van twee dezelfde naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen in het desbetreffende buitenland (bij voorbeeld een fusie of splitsing in Duitsland van twee GmbH's). Zoals in de nota naar aanleiding van het verslag is aangegeven nopen de door Nederland gesloten bilaterale belastingverdragen (met een non-discriminatiebepaling overeenkomstig het OESO-modelverdrag) niet tot een fiscale begeleiding en vallen deze situaties dus buiten de context van het wetsvoorstel. In het kader van het EU-recht zij er meer specifiek nog op gewezen dat de zogenoemde EU-fusierichtlijn niet op deze situaties ziet. Er is dus in zijn algemeenheid geen uit het internationaal recht voortvloeiende noodzaak tot fiscale begeleiding.

Ten slotte, zo begrijp ik de tekstsuggestie van het NOB, zou in de wet moeten worden vastgelegd dat fiscale begeleiding wordt gegeven aan de Nederlandse aandeelhouder in geval van een fusie of splitsing van twee naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen die in verschillende landen zijn gevestigd (GmbH's in Duitsland en Ltd in het VK). Ik wijs er in de eerste plaats op dat voor EU-situaties de zogenoemde fusierichtlijn in deze situaties kan gelden indien aan de in de richtlijn gestelde voorwaarden wordt voldaan. In artikel IV van de implementatiewet is al voorzien in fiscale begeleiding hoewel civielrechtelijk dergelijke splitsingen of fusies nog niet mogelijk zijn.

Buiten de EU zijn voorzover bekend dergelijke grensoverschrijdende fusies of splitsingen civielrechtelijk niet mogelijk. Daargelaten dat het reeds om die redenen niet aan de orde is om fiscale begeleiding te geven, zij nog opgemerkt dat het volkenrecht – meer in het bijzonder de non-discriminatiebepalingen van de bilaterale belastingverdragen – niet nopen tot een fiscale begeleiding.

#### **5/6/7. Afsplitsing beleggingen**

Het voorstel kent een anti-misbruikbepaling die ziet op het afsplitsen van overtollige liquiditeiten ter vermijding van belaste dividenduitkeringen. De bepaling houdt in dat als winstuitkering wordt aangemerkt hetgeen door de aandeelhouder in zo'n geval wordt genoten. De NOB vraagt zich af wat de aandeelhouder hierbij precies «geniet». Er zijn twee situaties:

- a. de beleggingen worden afgesplitst: uit de toelichting blijkt dat hetgeen de aandeelhouder ontvangt (aandelen in de verkrijgende vennootschap) als winstuitkering zal worden belast. Dit zal dan zijn op basis van de waarde in het economische verkeer.
- b. de beleggingen blijven achter (de onderneming wordt afgesplitst): de duiding als «winstuitkering» wordt nu overeenkomstig toegepast. Aangezien de strekking van de bepaling is de afgescheiden beleggingen als winstuitkering te belasten, houdt dit in dat de waarde van de aandelen in de afsplitsende vennootschap (waarin de beleggingen zijn achtergebleven) als winstuitkering worden aangemerkt.

Het NOB vraagt of er geen sprake is van overkill als eerst de uitgereikte aandelen als winstuitkering worden belast, en vervolgens de gereserveerde winsten/beleggingen daadwerkelijk worden uitgekeerd. Overkill behoeft zich echter niet voor te doen als men voor het doel dat wordt nagestreefd (uitkering van winstreserves) geen gebruik maakt van de figuur van de (niet-zakelijke) splitsing. Mocht de overkill zich wel voordoen dan ben ik bereid bij de daadwerkelijke winstuitkering naar een oplossing te zoeken.

### **8. Zakelijke overwegingen**

De opmerking dat slechts fiscale begeleiding bij een splitsing kan worden verkregen als er voor 100% sprake is van zakelijke overwegingen, onderschrijf ik niet. Er wordt gekeken of de splitsing of fusie als geheel, en de manier waarop deze is vormgegeven, in overwegende mate door zakelijke overwegingen is ingegeven. In het geschetste geval zal de reden om op de gekozen manier – d.w.z. in vieren i.p.v. in drieën – te splitsen, niet zijn ingegeven door zakelijke overwegingen, maar veeleer vanwege het fiscale voordeel. De voor verkoop bestemde divisie kan ook op een eerder moment separaat worden afgesplitst zonder fiscale begeleiding. De daarop volgende splitsing van de drie resterende bedrijfsonderdelen kan dan wel fiscaal begeleid worden.

### **9. Doorslaggevende zeggenschap**

Met doorslaggevende zeggenschap wordt inderdaad bedoeld een directe of indirecte zeggenschap van meer dan 50%.

### **10. Winstsplitsing**

Het NOB pleit er voor van winstsplitsing af te zien als de fusie of splitsing is ingegeven door zakelijke motieven. Zoals in de nota naar aanleiding van het verslag is opgemerkt, staan deze aspecten los van elkaar. Als een splitsing zakelijk is, is er nog geen reden de onverrekenende verliezen van de verdwijnende vennootschap te laten verrekenen met alle winsten van de verkrijgende vennootschap. Dit zou handel in verliezen tot gevolg kunnen hebben. Om dit te voorkomen is verrekening alleen mogelijk met de winsten die voortvloeien uit de overgegangene vermogensbestanddelen.

### **11. Gemiddeld gestort kapitaal**

Anders dan de NOB lijkt te lezen uit artikel 68a, tweede lid, leidt deze bepaling niet tot twee verschillende bedragen aan gestort kapitaal. Het gestorte kapitaal op de aandelen in de verdwijnende vennootschap wordt toegerekend aan de aandelen die door de verkrijgende vennootschap worden uitgereikt. Dit gestorte kapitaal wordt dan uitgesmeerd over alle gelijksoortige aandelen van de verkrijgende vennootschap. Dit volgt uit de toepassing van de Wet IB 1964.

## **12. Dividendbelasting**

De NOB zou er de voorkeur aan geven expliciet in de dividendbelasting aan te geven dat op het moment van een fiscaal gefacilieerde splitsing of fusie geen dividendbelasting behoeft te worden ingehouden. In de nota naar aanleiding van het verslag is aangegeven dat dit impliciet voortvloeit uit het doorschuiven van de dividendbelastingclaim naar de aandelen van de verkrijgende rechtspersoon. Het lijkt niet nodig om deze vormgeving te wijzigen om op een andere manier hetzelfde resultaat te bereiken.

## **13. Certificaathouders**

De NOB vraagt zich af of houders van certificaten voor de splitsingsfaciliteiten in aanmerking komen. Certificaten van aandelen kunnen onder omstandigheden met de onderliggende aandelen worden vereenzelvigd. In het Besluit van 23 maart 1962, no. B2/3678, BNB 1962/207, is uitgedragen onder welke omstandigheden dit plaats kan vinden. In dat geval kan de voorgestelde regeling ook worden toegepast bij de certificaathouders.

## **14. Overdrachtsbelasting**

Het ligt niet in het voornemen de krachtens artikel 15, eerste lid, onderdeel h, Wet Belastingen van rechtsverkeer in te voeren vrijstelling niet te laten gelden voor aandelen als bedoeld in artikel 4 van die wet, dat overigens thans ten principale wordt gezien in het licht van oneigenlijk gebruik.

## **15/16. Omzetbelasting**

Het nieuwe artikel 31 beoogt met name de eis van voortzetting van de onderneming te laten vervallen. Dit betekent dat de jurisprudentie van de Hoge Raad over het begrip «algemeenheid van goederen» richting gevend blijft. Hierdoor zal bij het overdragen van uitsluitend lopende contracten of van één onroerende zaak niet snel sprake zijn van zo'n algemeenheid.