

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. 9**

**BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 3 april 1998

In de schriftelijke antwoorden die ik op 1 april jl. heb gegeven op vragen gesteld op 31 maart jl. tijdens de plenaire behandeling van bovengenoemd wetsvoorstel, heb ik aangegeven dat op enkele punten nog een aanvullende reactie zou volgen. Het gaat hierbij om enige civielrechtelijke aspecten en enkele in de literatuur verschenen artikelen. Deze nadere reactie en de in mijn antwoorden van 1 april aangekondigde derde nota van wijziging doe ik u hierbij toekomen.

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

**Aanvullende schriftelijke beantwoording van vragen gesteld op  
31 maart tijdens de plenaire behandeling van wetsvoorstel  
25 709**

**1. Civielrechtelijke aspecten en ruziesplitsing**

In mijn schriftelijke beantwoording van 1 april jl. heb ik aangegeven dat ik de door mevrouw De Vries gestelde vragen over civielrechtelijke aspecten van een juridische splitsing zou doorgeleiden naar de Minister van Justitie. Deze hebben betrekking op de «ruzie-splitsing», op een in de literatuur verschenen artikel van Van der Zanden en een artikel van Huizink. Namens de Minister van Justitie kan ik daarop thans het volgende antwoorden.

Mevrouw De Vries heeft gevraagd of de problematiek van twee elkaar bestrijdende groepen van certificaathouders door splitsing kan worden opgelost. De redenering zou daarbij zijn dat men ervan uitgaat dat een certificaathouder slechts een contractueel recht heeft tegenover een administratiekantoor en dat er vervolgens een splitsing plaatsvindt waarbij contracten van de certificaathouders hetzij aan de ene, hetzij aan de andere stichting worden toebedeeld.

Zoals mevrouw De Vries al opmerkt geldt artikel 344cc van boek 2 alleen voor bv's en nv's. In het geschetste geval is het evenwel mogelijk dat de stichting die de aandelen in de vennootschap houdt, zich splitst. In de beschrijving zal dan moeten worden aangegeven hoe de aandelen over de twee nieuwe stichtingen worden verdeeld en welke certificaten naar de ene en welke naar de andere stichting gaan. Indien de certificaathouders identificeerbaar zijn omdat het certificaten op naam zijn, zal dat geen probleem zijn. Bij certificaten aan toonder zal het nodig zijn dat de certificaten worden ingewisseld in nieuwe certificaten, waarbij het uitgangspunt blijft dat het vermogen onder algemene titel overgaat. De certificaathouders hebben dan dezelfde rechten tegen de nieuwe stichting als tegen de oude stichting. Certificaathouders die het niet eens zijn met de splitsing, hebben hun verzetrecht als bedoeld in artikel 334l van boek 2.

Mevrouw De Vries heeft schriftelijk nog een reactie gevraagd op het artikel van prof. Van der Zanden in TVVS 1997, p. 263–268. In dit artikel wordt in het bijzonder ingegaan op de vraag naar de vorming van wettelijke reserves, de waardebepaling en de informatie van de schuldeisers. Bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de regeling van de splitsing in boek 2 heeft de Minister van Justitie ook aandacht besteed aan dit artikel. Allereerst wat betreft de wettelijke reserves. Het zal van de aard van de wettelijke reserve afhangen, waar deze terechtkomt. Bij voorbeeld: de reserve deelnemingen wordt opgesplitst naar gelang de toedeling van de deelnemingen waarop de samenstellende delen van die reserve betrekking hebben. Als een wettelijke reserve niet of niet volledig gevormd kan worden, moet in de toelichting, die deel uitmaakt van de jaarrekening, aangegeven worden hoe groot het tekort is. Uitkeringen zullen pas mogelijk zijn, nadat dat tekort uit de winst zal zijn aangevuld. Herwaardering is aan de orde bij een stelsel waarin activa op actuele waarde worden gewaardeerd. Op zichzelf hoeft een splitsing geen aanleiding te geven om te kiezen voor een ander waarderingsstelsel. Indien wordt overgegaan van historische kostprijs op actuele waarde moet in voorkomend geval een herwaarderingsreserve worden gevormd. Dit gebeurt, ongeacht of dit samenvalt met een splitsing. Het artikel betreft verder de vraag of de accountant de van hem verlangde verklaring kan afgeven als ook niet inzicht wordt gegeven in de winstpotentie van de rechtspersonen na de splitsing. Zijn opmerkingen hebben in de tweede nota van wijziging (Kamerstukken II, 24 702, nr. 8) geleid tot enige aanpassingen van het wetsvoorstel. In artikel 334f, lid 2, onder d. Daar is

bepaald dat het splitsingsvoorstel een pro forma winst- en verliesrekening dan wel exploitatierekening van de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande splitsende rechtspersonen moet bevatten.

In de toelichting op de wijziging heeft de Minister van Justitie opgemerkt dat artikel 334f correspondeert met het voor de fusie geldende artikel 312, maar aanvullende eisen stelt aan het splitsingsvoorstel om rekening te houden met het bijzondere karakter van de splitsingsfiguur. Bij splitsing kan de winstcapaciteit van de gesplitste delen aanzienlijk verschillen. Voor de oordeelsvorming van de schuldeisers en de aandeelhouders is ook het winstaspect van belang. Dat aspect van de splitsing zal aan de orde moeten komen als de accountant op grond van artikel 334aa een redelijkheidsoordeel moet geven over de voorgestelde ruilverhouding en op grond van artikel 334cc over de voorgestelde verdeling. Het is wenselijk geacht dat de accountant zich daarbij kan baseren op een pro forma splitsing van de laatste resultatenrekening. Artikel 334f, lid 2, onderdeel d, is daarom bij de tweede nota van wijziging in deze zin aangevuld.

Een andere wijziging waartoe het artikel van prof. Van der Zanden heeft geleid betreft de waardering van het vermogen. In het destijds voorgestelde artikel 334f, lid 2, onderdeel e, werd voor de waarde van het vermogen verwezen naar de waarderingsmethode van de laatst vastgestelde jaarrekening. De redactie van dat onderdeel zou bij een strikte lezing geen afwijking hebben toegelaten bij een belangrijk verschil tussen actuele waarde en boekwaarde (hoewel artikel 334g lid 2 dat nu juist wel toeliet). Daarom is bij de tweede nota van wijziging de redactie van de verwijzing aangepast (Kamerstukken II, 24 702, nr. 8).

Mevrouw De Vries heeft voorts met betrekking tot deze artikelen aandacht gevraagd voor twee gevallen waarin vóór de splitsing een verklaring ex artikel 2:403 BW is afgelegd. Daarover het volgende:

- a. Ingevolge de splitsingsregeling hebben de schuldeisers, met inbegrip van degenen die een beroep zouden kunnen doen op artikel 403 eenzelfde bescherming als bij intrekking van de verklaring ex artikel 403. Ook indien de verkrijgende vennootschappen de verklaring niet overnemen, is er geen bijzondere beschermingsregeling vereist. De crediteuren hebben immers ingevolge de splitsingsregeling een verzetrecht.
- b. Het ligt voor de hand dat de oorspronkelijke moeder de verklaring ex artikel 403 zal intrekken voor dat de dochter door afsplitsing zelf een holding wordt en het vermogen naar de kleindochter overgaat. De toepassing van artikel 403 had immers tot gevolg dat de dochter de jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van titel 9 hoefde in te richten. Echter, in het kader van de splitsing zal de dochter haar financiële gegevens bekend moeten maken. Het doel dat met de toepassing van artikel 403 werd beoogd, wordt dus niet langer bereikt.

Wat daarvan zij, als het vermogen van de dochter naar de afgesplitste kleindochter overgaat, houdt de aansprakelijkheid van de oorspronkelijke moeder betekenis voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voor de afsplitsing.

Het is waarschijnlijk dat de oorspronkelijke moeder na de splitsing alsnog de verklaring zal intrekken, aangezien de dochter een zuivere holding is geworden, waarin geen of nauwelijks activiteiten plaatsvinden. De jaarrekening van deze dochter (subholding) bevat dan ook weinig gegevens. Uiteraard kan de oorspronkelijke moeder een aansprakelijkheidsverklaring afgeven voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de kleindochter, indien men wil dat artikel 403 ten aanzien van de kleindochter toepassing vindt, en ook aan de overige voorwaarden waaronder artikel 403 toepassing kan vinden, wordt voldaan.

Voorts heeft mevrouw De Vries een reactie gevraagd op het artikel van mr. J. B. Huizink in WPNR 98/6305, p. 173–174. In dit artikel heeft mr. Huizink de situatie op het oog dat bijvoorbeeld twee aandeelhouders ieder 50% van de aandelen hebben en de onderneming willen splitsen met toepassing van artikel 344cc (de «ruziesplitsing»), waarbij de ene aandeelhouder aandeelhouder wordt in de ene vennootschap en de andere aandeelhouder in de andere vennootschap. Denkbaar is evenwel dat de onderneming zelf niet in een 50/50-verhouding kan worden gesplitst, maar slechts in een 70/30-verhouding. Het is waar dat in een dergelijk geval de vennootschap in twee gelijke delen moet worden gesplitst. Dat sluit niet uit dat de onderneming in een 70/30-verhouding wordt gesplitst, maar dan zal de aandeelhouder in de kleinste onderneming gecompenseerd moeten worden door zijn vennootschap een vordering te geven op de andere vennootschap.

Wat betreft de fiscale aspecten hiervan merk ik nog het volgende op. Uitgaande van de zakelijkheid van een dergelijke splitsing en van de compensatie voor een «overbedeling», zou ook een dergelijke splitsing onder de fiscale begeleiding kunnen vallen. Dit is het geval indien de compensatie ontstaat krachtens de splitsingsakte en plaatsvindt op vennootschapsniveau. Het laatste is mogelijk door de ontvlechting te effectueren door middel van een splitsing waarbij bijvoorbeeld de ene verkrijgende vennootschap een groter deel van de te splitsen onderneming verkrijgt dan de andere verkrijgende vennootschap, en deze laatste vennootschap in verband hiermee een vordering ontvangt op die andere verkrijgende vennootschap. Een en ander zal in het kader van de fiscale begeleiding kritisch worden getoetst. Zo zal de verstoring van de aandeelhoudersrelatie en de mate waarin deze verstoring een reële bedreiging vormt voor de continuïteit van de bedrijfsvoering moeten worden beoordeeld. In deze beoordeling zal uiteraard ook de (zakelijkheid van de) overbedeling worden betrokken. Zo zal een overbedeling er niet toe mogen leiden dat bij voorbeeld een situatie wordt gecreëerd waarin de facto sprake is van een (gedeeltelijke/materiële) uitkoop van een of meer aandeelhouders of waarin een of meer aandeelhouders na de splitsing alleen aandelen houden in een vennootschap met (louter) liquide middelen of (eenvoudig) verzilverbare beleggingen.

Uit het artikel van Fortuin leid ik af dat in de nota naar aanleiding van het verslag een bepaalde zin in de passage over de fiscale begeleiding van een splitsing bij verstoorde aandeelhoudersrelaties tot misverstand kan leiden en strenger wordt uitgelegd dan ik beoog. In de desbetreffende zin werd gesteld dat faciëring mogelijk is in de situatie waarin thans, binnen het kader van de zogenoemde ruzieresolutie, ook reeds een vorm van begeleiding wordt geboden. Daarmee werd bedoeld op de hiervoor uiteengezette zakelijkheidstoets die bij de beoordeling van een ruziesplitsing wordt gehanteerd, en niet op de concrete condities die in de ruzieresolutie zijn opgenomen. Dit betekent dat na de inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel de begeleiding van een ruziesplitsing zal plaatsvinden binnen het kader van de dan geldende wettelijke regeling, waaronder de zakelijkheidstoets.

## **2. Punten uit de fiscale artikelen**

Op enkele punten van de door de heer Ybema en mevrouw De Vries genoemde artikelen van Essers/Van Zadelhoff (geschreven ten behoeve van Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht) en van Fortuin (MBB 1998/3) heb ik nog geen reactie gegeven. Deze komen hierna aan de orde. Op de door mevrouw Witteveen genoemde Europees-rechtelijke punten uit die artikelen en uit het artikel van Brandsma/De Vries (FED 1998/77) ben ik reeds in mijn schriftelijke beantwoording van 1 april ingegaan.

De stelling in het artikel Essers/Van Zadelhoff dat de eis voor fiscale begeleiding dat de splitsing moet zijn ingegeven door in overwegende mate zakelijke overwegingen ook «zakelijk» geïndiceerde splitsingen zoals toekomstige bedrijfsopvolgingen dreigt te blokkeren, onderschrijf ik niet. Juist in de situatie van bedrijfsopvolging zullen er bedrijfseconomische belangen voor de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen zijn, namelijk het zekerstellen van de toekomst van de onderneming. Het is echter mogelijk dat – met name bij de vormgeving van de bedrijfsopvolging – ook aandeelhoudersbelangen en fiscale overwegingen een rol spelen. Indien de bedrijfseconomische overwegingen voor de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen de doorslag geven om op de gekozen manier te splitsen, kan de bedrijfsopvolging zonder belemmering fiscaal worden begeleid.

Essers/Van Zadelhoff suggereren om het terugnemen van de doorschuiving, indien achteraf blijkt dat de splitsing niet in overwegende mate was ingegeven door zakelijke motieven, te beperken tot situaties waarin de bij een splitsing verkregen aandelen worden vervreemd door vennootschappen, en niet door natuurlijke personen. Naar aanleiding daarvan merk ik op dat voorkomen moet worden dat de juridische fusie of splitsing een instrument kan zijn om belaste boekwinsten op te vervreemden losse vermogensbestanddelen voor de vennootschapsbelasting (onbeperkt) door te kunnen schuiven. Een vennootschap bezit een pand met een grote stille reserve. Men wil het pand verkopen, maar zo'n verkoop leidt tot belastbare winst. Het pand wordt in plaats daarvan afgesplitst naar een nieuw opgerichte vennootschap, waarbij de boekwaarde wordt doorgeschoven. Vervolgens worden de aandelen in deze nieuwe vennootschap verkocht. Het gevolg zou zijn dat men voor een verkoop waarbij men een substantiële belastbare verkoopwinst verwacht, de figuur van (af-)splitsing zal kiezen om de vervreemding zonder vennootschapsbelastingheffing te doen plaatsvinden. Het vervreemden kan materieel geschieden zowel op het niveau van de afsplitsende vennootschap als op het niveau van de aandeelhouders van de afsplitsende vennootschap. Het maakt voor het beschreven probleem in de laatste situatie niet uit of de aandeelhouder in een afsplitsende vennootschap is dan wel een natuurlijk persoon.

Op het punt van de toepassing van de anti-misbruikbepaling die is opgenomen in artikel 68a, zevende lid, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 opperen Essers/Van Zadelhoff dat in eerste instantie door de inspecteur aannemelijk gemaakt zou moeten worden dat er sprake is van niet-zakelijk handelen. Ik merk hierover op dat het zevende lid een situatie betreft waarvan het voor de hand ligt dat het gaat om een constructie die tot doel heeft voor uitdeling bestemde middelen van een (beurs-) vennootschap door middel van een afsplitsing zonder fiscale gevolgen aan de aandeelhouders ten goede te laten komen. In zo'n situatie lijkt het mij daarom gerechtvaardigd de bewijslast dat hiervan geen sprake is bij de belastingplichtige te leggen. De mogelijkheid hiertoe is opgenomen in de slotzin van artikel 68a, zevende lid.

Met betrekking tot de suggestie van Essers/Van Zadelhoff om de mogelijkheid te bieden bij beschikking te laten vaststellen dat is voldaan aan de vereisten die zijn opgenomen in artikel 14a, tweede lid, eerste volzin, en artikel 14b, tweede lid, eerste volzin van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 merk ik het volgende op. Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven, wordt in het tweede lid van de artikelen 14a en 14b – in navolging van de in artikel 14 neergelegde regeling inzake de bedrijfsfusie – belastingplichtigen een wettelijk recht op doorschuiving geboden. De achterliggende gedachte hiervan is dat het voor belastingplichtigen mogelijk moet zijn om zonder een verzoek-

procedure van de doorschuifregeling bij een juridische splitsing of fusie gebruik te maken. In een eerdere fase is daar in de literatuur, zie het artikel van J.W. Zwemmer in het Weekblad voor fiscaalrecht, nummer 1996, blz. 831, ook op aangedrongen.

Mede naar aanleiding van een opmerking van Essers/Van Zadelhoff en van Brandsma/De Vries ben ik tot de slotsom gekomen dat er bij een afsplitsing geen behoefte bestaat tot het stellen van voorwaarden ter zake van de verliesverrekening op de voet van artikel 14a, derde lid, indien slechts de afsplitsende rechtspersoon over nog voorwaarts te verrekenen verliezen beschikt. Dit punt zal worden meegenomen in de reeds aangekondigde, en thans bijgevoegde, derde nota van wijziging.

Essers/Van Zadelhoff stellen vast dat ten aanzien van verschillende vormen van interne reorganisaties verschillende voorwaarden worden gesteld om in aanmerking te komen voor vrijstelling van kapitaalsbelasting en overdrachtsbelasting. Daardoor is de fiscaliteit niet neutraal ten aanzien van de juridische vormgeving van de reorganisatie. Fortuin vindt het positief dat de verschillende belastingen in het kader van de fiscale begeleiding van dezelfde civielrechtelijke figuur (de juridische splitsing respectievelijk de juridische fusie) op elkaar zijn afgestemd. Voor hem is evenwel niet geheel duidelijk waarom in het kader van de juridische fusie geen nieuwe (nadere) regeling wordt vastgesteld. Hierover kan ik opmerken dat in het onderhavige wetsvoorstel ervoor is gekozen zo min mogelijk verschil te laten bestaan tussen de criteria die voor fiscale begeleiding in de verschillende belastingmiddelen gelden ten aanzien van een bepaald type reorganisatie. Dit uitgangspunt heeft voor belanghebbenden als voordeel dat indien eenmaal de zakelijkheid van de splitsing voor de vennootschapsbelasting is vastgesteld, de fiscale begeleiding voor de kapitaalsbelasting en overdrachtsbelasting daarin meeloopt. Indien de voorwaarden voor de begeleiding in de kapitaalsbelasting zouden afwijken van die van de vennootschapsbelasting, neemt de kans toe dat in bepaalde gevallen fiscale begeleiding niet is gewaarborgd voor alle middelen. Deze aanpak is ook gevolgd bij bedrijfsfusie, die overigens niet in dit wetsvoorstel aan de orde is. Ook daar sluiten de criteria van de kapitaalsbelasting en van de vennootschapsbelasting zo veel mogelijk op elkaar aan. Dit uitgangspunt geldt ook voor de juridische fusie, zij het dat dit niet heeft geleid tot een nieuwe regeling. Reden daarvan is dat indien is voldaan aan het zakelijkheidsvereiste in de vennootschapsbelasting, steeds voldaan zal zijn aan de voorwaarden voor vrijstelling van kapitaalsbelasting. Dit volgt uit de uiteenzetting van het regime van de vrijstelling van kapitaalsbelasting bij juridische fusie die is gegeven in de toelichting op de tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 28 december 1989 tot wijziging van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (vrijstelling van kapitaalsbelasting voor fusies en interne reorganisaties), Stb. 1990, 26. Er is dan ook geen noodzaak om het bestaande regime voor de vrijstelling van kapitaalsbelasting bij juridische fusie te wijzigen.

Voorts stellen Essers/Van Zadelhoff de vraag aan de orde of de fiscale kwalificatie van een juridische fusie of splitsing als vervreemding van toepassing is onder de verdragen, hetgeen van belang is voor de gelijke behandeling van buitenlandse en binnenlandse aandeelhouders. De gelijke behandeling van buitenlandse en binnenlandse aandeelhouders komt alleen aan de orde voor zover het heffingsrecht over vermogenswinst behaald op aandelen toekomt aan Nederland. In het algemeen geldt onder de verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing dat het heffingsrecht over vermogenswinsten ter zake van vervreemding van aandelen is toegewezen aan de woonstaat van de aandeelhouder. Een buitenlandse aandeelhouder valt in dat geval dus buiten de jurisdictie van

Nederland. In een aantal verdragen is voor een aanmerkelijk belang een voorbehoud gemaakt. Zie bij voorbeeld artikel 14, zevende lid van het verdrag met de Verenigde Staten en voorts artikel 13, vijfde lid van het Nederlands standaardverdrag. In een dergelijk geval komt aan Nederland gedurende een aantal jaren het heffingsrecht toe bij voordelen ter zake van vervreemding van aandelen die tot een aanmerkelijk belang behoren. In deze situatie kan de vraag rijzen of daartoe ook behoort een vervreemding op grond van de fiscale kwalificatie van een juridische fusie of splitsing. In het algemeen geldt dat een term die niet in het verdrag is gedefinieerd overeenkomstig het begrip in de Nederlandse belastingwetgeving moet worden uitgelegd. Dit wordt slechts anders indien de context waarin het begrip wordt gebruikt, dit vereist. Dat laatste doet zich hier niet voor zodat tot vervreemding ook de hiervoor bedoelde fictieve vervreemding behoort. Dit betekent dat indien het heffingsrecht toekomt aan Nederland ook een buitenlandse aandeelhouder voor de in de wet voorziene fiscale begeleiding in aanmerking komt.

In de nota naar aanleiding van het verslag is opgemerkt dat de uitvoeringsaspecten van het wetsvoorstel naar verwachting te verwaarlozen zijn. De stelling in het artikel Essers/Van Zadelhoff dat dit een understatement van de eerste orde is, begrijp ik niet. Uit de context blijkt dat werd bedoeld op de omvang en niet op de aard van de werkzaamheden. Gesteld werd namelijk dat de toepassing van een juridische fusie of juridische splitsing doorgaans een alternatief zal zijn voor een langs andere weg te bereiken bedrijfsconcentratie of -ontvlechting (bij voorbeeld via een bedrijfs- of aandelenfusie). Begeleiding van een juridische fusie of juridische splitsing betekent dan ook eerder een verschuiving dan een toeneming van werkzaamheden.

Bij vervreemding binnen de driejaarstermijn wordt de winst die niet in aanmerking is genomen, in beginsel alsnog in aanmerking genomen. Daartoe kan een navorderingsaanslag worden opgelegd. De heer Fortuin stelt de vraag of de navorderingsaanslag in geval van een zuivere splitsing of van een civielrechtelijke fusie wel valt in te vorderen bij de verkrijgende vennootschap(pen). Zoals ik heb opgemerkt in de memorie van toelichting zal ingeval de verleende faciliteit wordt teruggenomen alsnog moeten worden geheven op het moment van de splitsing onderscheidenlijk de fusie. De belastingschuld ontstaat ten tijde van de splitsing onderscheidenlijk de fusie. De navorderingsaanslag wordt opgelegd ten name van de belastingplichtige. Indien de belastingplichtige is opgehouden te bestaan, zal de belasting worden ingevorderd bij de verkrijgende rechtspersonen, omdat op die rechtspersonen de (latente) schulden van de belastingplichtige zijn overgegaan.