

De fiscale aspecten van een juridische fusie

Drs. J. A. G. van der Geld

1 Inleiding

In dit artikel zal worden ingegaan op de fiscale aspecten van een juridische fusie tussen rechtspersonen. Daarbij zal de nadruk liggen op de juridische fusie van naamloze vennootschappen¹ en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (paragraaf 2) en zal kort ingegaan worden op de juridische fusie van verenigingen en van stichtingen (paragraaf 3).

De juridische fusie is geregeld in titel 6 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In afdeling 1 van deze titel worden de algemene regels gegeven, terwijl in afdeling 2 de bijzondere bepalingen zijn opgenomen, die louter voor NV's en BV's gelden. De figuur van de juridische fusie tussen NV's en BV's is per 1 januari 1984 in ons recht opgenomen vanwege de Derde Europese richtlijn inzake het vennootschapsrecht². Aangenomen moet worden dat de behoefte aan de mogelijkheid om juridisch te fuseren voor verenigingen en stichtingen veel groter is dan voor NV's en BV's. Deze laatste kunnen zich immers uitstekend redden met de bestaande mogelijkheden van de aandelenfusie of de bedrijfsfusie en de al lang bestaande mogelijkheid van een 'fiscale fusie' in de vorm van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting.

2 De juridische fusie tussen NV's en BV's

2.1 Wat is een juridische fusie?

Zonder in dit artikel uitgebreid op de civiel-juridische duiding van de juridische fusie in te gaan³, wil ik enkele met het oog op de fiscale gevolgen relevante essentialia kort memoreren.

'Fusie is de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt

of waarbij een nieuwe rechtspersoon die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, hun vermogen onder algemene titel verkrijgt.'⁴

Met uitzondering van de verkrijgende rechtspersoon houden alle rechtspersonen op juridisch te bestaan. Hierin ligt het onderscheid tussen de juridische fusie enerzijds en de economische fusievormen (de aandelen- en de bedrijfsfusie) anderzijds.

Onderscheiden moet worden tussen de juridische fusie door oprichting en die door overname. In het eerste geval richten twee of meer rechtspersonen een nieuwe rechtspersoon op, waarin zij opgaan. In het tweede geval blijft één (al bestaande) rechtspersoon als verkrijgende rechtspersoon over, terwijl de andere fusiepartners daarin opgaan.

In principe kunnen rechtspersonen slechts fuseren met rechtspersonen die dezelfde rechtsvorm hebben.⁵ Hierop is echter een drietal uitzonderingen geformuleerd. Allereerst kunnen NV's en BV's fuseren.⁶ Daarnaast kan een verkrijgende vereniging of stichting ook juridisch fuseren met een NV of BV waarvan zij alle aandelen houdt. Ook is een juridische fusie mogelijk tussen een verkrijgende stichting of NV/BV met een vereniging waarvan zij enig lid is.⁷

De aandeelhouders in de verdwijnende vennootschap(pen) worden automatisch aandeelhouder in de verkrijgende vennootschap. Is er eenmaal sprake van een juridische fusie dan is er geen aparte rechtshandeling meer vereist om als aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap aandeelhouder in de verkrijgende vennootschap te worden: dat gebeurt van rechtswege.⁸ Aan de

Drs. J. A. G. van der Geld is verbonden aan de Katholieke Universiteit Brabant, Economische Faculteit.

aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap mag echter deels ook gepresteerd worden in geld of schuldvorderingen. Hiervoor geldt voor de totale groep van nieuwe aandeelhouders een maximum van 10% van de nominale waarde van de aandelen die de verkrijgende vennootschap ter zake van de fusie bijplaatst. Deze ruimte om in geld of schuldvorderingen te presteren heeft niet bij alle aandeelhouders in dezelfde mate te worden benut. Het maximum geldt voor de *totale* groep, zodat het denkbaar is dat bijvoorbeeld één aandeelhouder geheel wordt 'uitgekocht' en de anderen niet.

Aandelen in een verdwijnende vennootschap vervallen, indien zij worden gehouden door of voor rekening van een van de fuserende vennootschappen.⁹

Het vermogen van de verdwijnende rechtspersoon gaat onder algemene titel over op de verkrijgende rechtspersoon. Dit betekent dat, anders dan bijvoorbeeld bij de bedrijfsfusie, niet elk vermogensbestanddeel apart op de daartoe geëigende manier juridisch overgedragen hoeft te worden. Dit is een van de grote voordelen van een juridische fusie.

Als simpele variant van een fusie door overname kan vermeld worden de concernfusie, waarbij een concernvennootschap door een andere concernvennootschap wordt overgenomen.¹⁰ Het bijzondere is hierbij dat geen fusievoorstel door het bestuur hoeft te worden gedaan en tevens een accountantsverklaring niet nodig is.¹¹ Betreft de concernfusie een moedervennootschap die haar 100%-dochtervennootschap 'opslopt'¹², dan worden ter zake van de fusie ook geen aandelen uitgegeven.¹³

Ook mogelijk is een zogenaamde driehoeksfusie waarbij de aandeelhouders in de verdwijnende vennootschap géén aandeelhouder worden in de verkrijgende vennootschap maar in een aan de verkrijgende vennootschap gelieerde vennootschap.¹⁴ De wens te komen tot een driehoeksfusie zal zich normaliter voordoen indien de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap liever courante aandelen in (bijvoorbeeld) de moedermaatschappij bezitten dan incourante aandelen in de verkrijgende dochter.

Omtrent de civiel-juridische aspecten van de juridische fusie tussen NV's en BV's zij het volgende nog kort vermeld:

- Een juridische fusie over de landsgrenzen heen, dat wil zeggen met een buitenlandse rechtsfiguur, is (nog) niet mogelijk.
- Rekening is gehouden met de belangen van crediteuren (artikel 316 boek 2 BW) en de houders van bijzondere rechten jegens de verdwijnende rechtspersoon.¹⁵
- Normaliter beslist de algemene vergadering van aandeelhouders over de fusie.¹⁶ Een verkrijgende vennootschap kan evenwel ook bij bestuursbesluit tot fusie besluiten,¹⁷ tenzij de statuten anders bepalen of de houders van ten minste 5% van het geplaatste kapitaal dit niet wensen.
- Er is een verklaring van een registeraccountant nodig omtrent onder andere de voorgestelde ruilverhouding van de aandelen.¹⁸
- De fusie geschiedt bij notariële akte.¹⁹
- Een genomen fusiebesluit, dat niet door de rechter is vernietigd, is geldig.²⁰
- Het is vrij moeilijk een juridische fusie vernietigd te krijgen.²¹

2.2 De fiscale aspecten van een juridische fusie tussen NV's en BV's

De fiscale aspecten van een juridische fusie van NV's en BV's zijn niet wettelijk geregeld. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel waarbij de juridische fusie in het Nederlandse recht werd geïntroduceerd²² is hierom door het parlement wel gevraagd, doch de bewindslieden deelden mee dat naar hun inzicht vooralsnog volstaan kon en moest worden met een regeling in de uitvoeringssfeer. Dit heeft belangrijke consequenties. Enerzijds zijn belanghebbenden afhankelijk van de inzichten van de staatssecretaris, die soms niet zullen stroken met wat men zelf redelijk vindt. Er is dan geen wettelijke regeling waarop men zich desnoods voor de rechter kan beroepen. Pas als er een beleid op het Ministerie van Financiën is uitgekristalliseerd en men kan aantonen dat in een individueel geval in voor belanghebbenden nadelige zin van dat beleid wordt afgeweken, is een beroep op de beginselen van behoorlijk bestuur voor de rechter kansrijk.²³ Tot

nu toe is van een uitgekristalliseerd beleid slechts gebleken op het terrein van de overdrachts- en kapitaalsbelasting.²⁴ Voor wat betreft de vennootschapsbelasting- en inkomstenbelastingaspecten is wel tijdens de parlementaire behandeling *in hoofdlijnen* aangegeven hoe de staatssecretaris zich een regeling in de uitvoeringssfeer had gedacht, maar deze uiteenzetting is vrij summier, is nog steeds niet nader geconcretiseerd en laat nog veel te gissen over.

Een andere consequentie van het ontbreken van een specifieke wettelijke regeling voor de juridische fusie is dat men zich desgewenst kan beroepen op toepassing van de wet zoals die luidt en niet opteert voor de door de staatssecretaris in de uitvoeringssfeer gewenste regeling. Hierbij past wel de kanttekening dat aan een juridische fusie veelal zoveel fiscale aspecten zitten dat het niet erg veel zal voorkomen dat men de staatssecretaris niet nodig heeft om een wettelijke regeling buiten toepassing te laten. Heeft men de staatssecretaris wel nodig dan zal deze normaliter van deze gelegenheid 'gebruik' maken om ook situaties waar onverkorte toepassing van de wet tot claimverlies van de fiscus leidt 'te regelen' in voor de fiscus gunstige zin.

Onderscheiden moet worden tussen de fiscale gevolgen van de fusie voor de fuserende vennootschappen en voor de aandeelhouders van de fusiepartners.

2.2.1 Fiscale aspecten voor de fuserende vennootschappen

2.2.1.1 Vennootschapsbelasting

De verdwijnende vennootschap houdt op binnen Nederland belastbare winst te genieten en zal dan ook in principe in de heffing van vennootschapsbelasting (Vpb-heffing) worden betrokken voor haar stille en fiscale reserves en goodwill alsmede voor eventuele desinvesteringbetaling voor in het verleden genoten WIR-premies (artikel 16 Wet IB'64 juncto artikel 8 Wet Vpb'69).²⁵ Deze fiscale afrekening kan voorkomen worden door een schriftelijk verzoek om geruisloze doorschuiving aan de Minister van Financiën te richten, die bij inwilliging van het verzoek voorwaarden zal stellen die qua strekking overeenkomen met de nor-

maliter te stellen voorwaarden ex artikel 14, lid 2 (bedrijfsfusie) en artikel 15 Wet Vpb'69 (fiscale eenheid). Het is logisch dat voor de te stellen voorwaarden aangesloten wordt bij de voorwaarden zoals die bij de bedrijfsfusie en de fiscale eenheid worden gesteld. In al deze gevallen gaat het immers om het handhaven van claims van en op de fiscus.

Behalve de claims van de fiscus zijn bij een juridische fusie mogelijk ook claims op de fiscus in het geding. Met name valt hier te denken aan nog onverrekenende fiscale verliezen. Zonder nadere regelingen zouden de verliezen van de verdwijnende vennootschap waarschijnlijk met haar verdwijnen. Uit het wettelijk systeem blijkt immers dat verliezen subjectgebonden zijn, zodat het voor de hand ligt dat met het verdwijnen van het subject ook diens compensabele verliezen niet meer tot verrekening kunnen komen.²⁶

Ook de verkrijgende vennootschap kan nog onverrekenende fiscale verliezen hebben. Zonder nadere regeling is er geen wettelijke beperking aan de verrekening van deze verliezen.²⁷ Men zou een juridische fusie aldus kunnen 'gebruiken' om verliezen van de verkrijgende vennootschap, die zij op eigen kracht niet (geheel) binnen de wettelijke compensatietermijn zal kunnen verrekenen, te compenseren met winst die materieel uit de verdwenen vennootschap komt.²⁸

In de uitvoeringssfeer is de staatssecretaris bereid een regeling te treffen waarbij fiscale verliezen van vóór de fusie zo veel mogelijk verrekend worden alsof er geen juridische fusie had plaatsgevonden.²⁹ Deze wijze van verliesverrekening over het fusiemoment heen is bekend van de fiscale eenheid ex artikel 15 Wet Vpb'69 en komt erop neer dat de verliezen van elke fusiepartner slechts met haar eigen winsten verrekenbaar zijn.³⁰ Dit kan impliceren dat na de fusie de winst van de overgebleven verkrijgende vennootschap gesplitst moet worden in winsten toe te rekenen aan fusiepartners indien zij nog zelfstandig hadden bestaan. Hierbij zal soms vrij forfaitair de winst moeten worden gesplitst, maar ondoenlijk is dit niet, getuige de vele fiscale eenheden die er bestaan en het relatief klein aantal problemen dat deze problematiek daar oproept.

Deelnemingsverhoudingen tussen de te fuseren vennootschappen

De fusiepartners kunnen aandelen in elkaar bezitten. Met het oog op de fiscale consequenties is het goed daarbij de volgende gevallen te onderscheiden.

- De verdwijnende vennootschap heeft aandelen in de verkrijgende vennootschap

De verkrijgende vennootschap verwerft in dit geval aandelen in zichzelf. Zij zal in het algemeen deze aandelen als geamortiseerd dienen te beschouwen,³¹ maar ook als dat niet zo zou zijn, kan zij geen deelneming in zichzelf verwerven.

Indien voor het aandelenpakket in de verkrijgende vennootschap niet de deelnemingsvrijstelling voor de verdwijnende vennootschap geldt, zal het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de boekwaarde van het aandelenpakket op het ondeelbare moment vlak voor de fusie tot het fiscale resultaat van de verdwijnende vennootschap behoren. Indien de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing is, dan valt genoemd waardeverschil onder de deelnemingsvrijstelling en zal daarom onbelast zijn.

Indien de aandelen die de verkrijgende vennootschap in zichzelf verwerft voor haar als een reëel vermogensactief moeten worden gezien, dan mag de verkrijgende vennootschap deze aandelen fiscaal te boek stellen voor hun waarde in het economisch verkeer ten tijde van de fusie. Dit is slechts anders indien voor de verdwijnende vennootschap de deelnemingsvrijstelling niet zou gelden en partijen aan de staatssecretaris om doorschuiving van fiscale claims verzoeken. Het ligt voor de hand dat in dat geval deze fiscale claim zal worden doorgeschoven door de fiscale boekwaarde te handhaven die de aandelen in de verkrijgende vennootschap bij de verdwijnende vennootschap hadden.

- Een verdwijnende vennootschap heeft aandelen in een andere verdwijnende vennootschap

Omdat zowel de moeder- als de dochtervennootschap verdwijnen met de fusie, verdwijnt de aandelenparticipatie door de fusie.

Indien voor het aandelenpakket in de verdwijnende dochtervennootschap voor de verdwij-

nende moedervennootschap niet de deelnemingsvrijstelling geldt, zal het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de boekwaarde van het aandelenpakket op het ondeelbare moment vlak voor de fusie tot het fiscale resultaat van de verdwijnende moedervennootschap behoren. Indien de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing is, dan valt genoemd waardeverschil onder de deelnemingsvrijstelling en zal daarom onbelast zijn.

Indien voor het aandelenpakket in de verdwijnende dochtervennootschap de deelnemingsvrijstelling geldt, dient nog de vraag beantwoord te worden of men wellicht kan toekomen aan het nemen van een liquidatieverlies ex artikel 13, lid 5 Wet Vpb'69. Dit artikellid bepaalt dat een moedervennootschap in geval van ontbinding en vereffening van de dochtervennootschap waarin zij een deelneming ex artikel 13 Wet Vpb'69 heeft, een eventueel liquidatieverlies ten laste van haar fiscale resultaat mag brengen. Dit liquidatieverlies wordt gesteld op het verschil tussen het voor die deelneming opgeofferde bedrag en het totaal van de liquidatie-uitkeringen. Naar de letterlijke tekst van dit artikeldeel kan mijns inziens geen liquidatieverlies worden genomen. De tekst van artikel 13, lid 5 Wet Vpb'69 vereist immers ontbinding en vereffening van vermogen, hetgeen bij een juridische fusie niet plaatsvindt. Of artikel 13, lid 5 Wet Vpb'69 naar zijn ratio moet worden toegepast, is mijns inziens afhankelijk van de vraag wat er met de verliezen van de verdwijnende dochtermaatschappij geschiedt. Indien de staatssecretaris in afwijking van de wettelijke regeling er voor zou zorgen dat deze verliezen in de toekomst compensabel blijven met dat deel van de toekomstige winst van de verkrijgende vennootschap dat aan de verdwijnende dochtervennootschap kan worden toegerekend (zie de toegezegde regeling hiervoor), dan lijkt mij ook naar de strekking geen toepassing van artikel 13, lid 5 Wet Vpb'69 geboden. Zouden met het verdwijnen van de dochtervennootschap ook haar compensabele verliezen verloren gaan, dan lijkt mij naar de strekking van de bepaling de liquidatieverliesregeling van toepassing.³² Deze regeling is destijds immers in de wet gekomen met als motivering dat een tegemoetkoming op zijn plaats was voor het geval een

dochtermaatschappij met nog compensabele verliezen werd geliquideerd, omdat deze verliezen niet meer gecompenseerd zouden kunnen worden.

Onder omstandigheden zullen partijen liever een fors liquidatieverlies nemen dan zich melden bij het ministerie om een regeling in de uitvoerings sfeer. Veelal zal men evenwel 'eieren voor zijn geld' kiezen, omdat het ministerie zekerheid omtrent de fiscale gevolgen kan verschaffen en de potentiële voordelige resultaten, die uit toepassing van de wet voortvloeien, via een langdurige en onzekere procedure bij de rechter moeten worden bevochten.

- De verkrijgende vennootschap heeft aandelen in een verdwijnende vennootschap

In dit geval vervallen deze aandelen in de verdwijnende vennootschap (artikel 311, lid 4 boek 2 BW), dat wil zeggen dat er geen aandelen in de verkrijgende vennootschap voor in de plaats komen. Er verdwijnt derhalve een aandelenparticipatie. Indien voor het aandelenpakket de deelnemingsvrijstelling geldt, zal het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de boekwaarde (beide op het moment van de fusie) van dit aandelenpakket onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Geldt de deelnemingsvrijstelling niet, dan zal genoemd waardeverschil in het resultaat van de verkrijgende vennootschap vallen op het ondeelbare moment vlak voor de fusie.

Ten aanzien van een eventuele toepassing van de liquidatieverliesregeling van artikel 13, lid 5 Wet Vpb'69 indien de deelnemingsvrijstelling voor de participatie geldt, verwijs ik naar het in de vorige paragraaf daaromtrent opgemerkte.

2.2.1.2 Overdrachtsbelasting

Als algemeen uitgangspunt voor de fiscale behandeling voor de overdrachtsbelasting en de kapitaalsbelasting heeft de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling³³ medegedeeld dat een redelijke uitleg van de bepalingen die van toepassing zijn op de bedrijfsfusie meebrengt, dat ze tevens van toepassing zijn op de juridische fusie van NV's en BV's. Ter verduidelijking en verdere uitwerking van dit standpunt heeft de staatssecretaris de toelichting op de Wet op

belastingen van rechtsverkeer aangepast.³⁴ Op deze herziene toelichting zal men zich in rechte kunnen beroepen. In de paragraaf hierna zal apart op de kapitaalsbelasting worden ingegaan.

Overdrachtsbelasting is in de regel verschuldigd bij de juridische verkrijging van onroerend goed.³⁵ Omdat in veel gevallen bij een juridische fusie onroerend goed van een verdwijnende vennootschap zal overgaan op de verkrijgende vennootschap, is in principe dan overdrachtsbelasting verschuldigd.³⁶

Voor een 'gewone' juridische fusie alsmede voor de driehoeksfusie heeft de staatssecretaris bepaald dat de vrijstelling van artikel 15, lid 1, letter e WBR kan worden toegepast, 'mits het verkregen deel uitmaakt van een in haar geheel ingebrachte onderneming die door de verkrijgende vennootschap wordt voortgezet, en het aandelenbezit in die vennootschap, beoordeeld naar de bedoeling van partijen op het tijdstip van de fusie, een blijvend karakter heeft.' Uit deze tekst blijkt dat de staatssecretaris van mening is dat in geval van een fusie tussen een verkrijgende moeder-vennootschap en haar 100%-dochter-vennootschap de vrijstelling van artikel 15, lid 1, letter e WBR niet kan worden toegepast omdat in zo'n geval geen aandelen worden uitgegeven.³⁷ In zo'n geval kan echter wel de vrijstelling van artikel 15, lid 1, letter h WBR worden toegepast, 'mits een gehele onderneming van de verdwijnende vennootschap is verkregen en zich niet voordoet een situatie als is bedoeld in artikel 5 (2) a en/of b Uitvoeringsbesluit'.³⁸

2.2.1.3 Kapitaalsbelasting

Kapitaalsbelasting is verschuldigd indien een in Nederland gevestigd lichaam in aandelen verdeeld kapitaal bijeen brengt. De belasting bedraagt 1% en is verschuldigd over het nominale aandelenkapitaal, agio alsmede over zogenaamd informeel kapitaal.³⁹

Voor de 'gewone' juridische fusie acht de staatssecretaris in beginsel de faciliteit van artikel 35, lid 4 WBR van toepassing, mits een gehele onderneming van de verdwijnende vennootschap is verkregen.

In geval van een fusie tussen een verkrijgende moeder-vennootschap en haar 100%-dochter-

vennootschap is een faciliteit onnodig omdat geen belastbaar feit voor de kapitaalsbelasting aanwezig is. Er werden immers bij zo'n concernfusie geen aandelen uitgegeven, noch vindt er een informele kapitaalstorting plaats.

Na een aanvankelijk andersluidend standpunt blijkt uit het onlangs ingediende wetsvoorstel inzake de vrijstelling van kapitaalsbelasting voor fusies en interne reorganisaties dat de staatssecretaris de regeling zo zal redigeren dat in geval van een juridische driehoeksfusie geen kapitaalsbelasting verschuldigd wordt.

2.2.1.4 Omzetbelasting

Omzetbelastingplichtig is een ondernemer die in Nederland goederen levert of diensten verricht, die niet vrijgesteld zijn van omzetbelasting.⁴⁰ Al sinds 1969 heft Nederland, onder invloed van EG-regelgeving, omzetbelasting in de vorm van een Belasting over de Toegevoegde Waarde (BTW). In essentie komt deze BTW er op neer dat de belastingplichtige OB verschuldigd is over zijn BTW-plichtige omzet, terwijl hij de OB die hem door andere ondernemers in rekening is gebracht van de fiscus terugkrijgt.

Niet alle door de ondernemers verrichte prestaties zijn belast. De wet bevat een aantal vrijgestelde prestaties. Over zo'n vrijgestelde levering of dienst behoeft de ondernemer geen OB af te dragen.⁴¹ Daar staat dan wel tegenover dat hij de hem ter zake van zo'n vrijgestelde prestatie in rekening gebrachte OB ook niet van de fiscus kan terugvorderen.

Voor ons onderwerp is verder van belang dat de OB het begrip fiscale eenheid kent.⁴² Indien rechtspersonen tot een fiscale eenheid behoren worden zij niet als afzonderlijke belastingplichtigen beschouwd doch als één. Dit impliceert dat leveringen en diensten tussen de fiscale-eenhedspartners onderling als non-existent moeten worden beschouwd en dus geen OB-plicht oproepen. Indien derhalve de fuserende vennootschappen alle tot één fiscale eenheid voor de OB behoren, zal ter zake van de overgang van het vermogen van de verdwijnende naar de verkrijgende vennootschap geen OB verschuldigd zijn. De uitgifte van nieuwe aandelen ter zake van de fusie kan gezien worden als een vrijgestelde pres-

tatie,⁴³ evenals het verrichten van een bijbetaling in geld of schuldvorderingen.⁴⁴

Indien de fusiepartners niet tot één fiscale eenheid voor de OB behoren, is normaliter⁴⁵ sprake van een belaste levering ex artikel 3, lid 1, letter e Wet OB'68 (het vangnetartikel). Dit leidt echter niet tot OB-heffing omdat artikel 31 Wet OB'68 juncto artikel 8 Uitvoeringsbeschikking OB'68 uitkomst bieden. Artikel 31 Wet OB'68 bepaalt (imperatief) dat, onder door de minister te stellen voorwaarden, geen OB wordt geheven ter zake van de leveringen en diensten die de overdracht van een onderneming of een gedeelte daarvan vormen aan degene die de onderneming of dat gedeelte voortzet. De ministeriële voorwaarden op dit punt ontbreken sinds 1979. Wel is in artikel 8 Uitvoeringsbeschikking OB'68 bepaald dat de overnemende belastingplichtige voor zover het betreft de OB van de overgedragen onderneming in de plaats treedt van de overdragende belastingplichtige.⁴⁶ Hoewel de tekst van artikel 31 Wet OB'68 rept van 'overdracht' en in geval van een juridische fusie strikt genomen geen sprake is van 'overdracht' maar van de overgang van een onderneming, lijkt mij dat naar de bedoeling in geval van een juridische fusie dit artikel van toepassing dient te zijn als aan de overige eisen is voldaan.⁴⁷ Deze visie wordt nog ondersteund door de opvatting van de Hoge Raad dat artikel 31 Wet OB'68 een gelijk resultaat dient op te leveren als de artikelen 5, lid 8 en 6, lid 5 van de Zesde BTW-richtlijn van de EG.⁴⁸ In deze laatste twee artikelleden wordt gerept van de overgang van een gemeenschap van goederen.

2.2.1.5 De overige fiscale rechten en plichten

Indien er geen fiscale leges specialis zijn dat geldt onverkort de civiele lex generalis: het gehele vermogen van de verdwijnende vennootschap gaat over op de verkrijgende vennootschap. In dit vermogen zitten ook de fiscale rechten en plichten, tenzij elders uitdrukkelijk anders wordt bepaald.⁴⁹ Dit betekent dat op het terrein van bezwaar en beroep, van de aansprakelijkstelling en van de invordering de rechten en plichten van de verdwijnende vennootschap overgaan op de verkrijgende vennootschap.

2.2.2 Fiscale aspecten voor de aandeelhouders van de fuserende vennootschappen

Voor in Nederland gevestigde aandeelhouders dient een aantal onderscheidingen gemaakt te worden. Zo is van belang of het lichamen of natuurlijke personen en ondernemers of particulieren betreft. Bij particulieren is weer van belang of het houders van een aanmerkelijk belang ex artikel 39 Wet IB'64 betreft of niet. In alle gevallen zal aandacht moeten worden besteed aan de mogelijkheid van een substantiële bijbetaling in geld of schuldvordering.

2.2.2.1 Fiscale aspecten voor aandeelhouders/ondernemers

De ruilarresten⁵⁰ staan ondernemers toe winstrealisatie te voorkomen in geval de aandelen in de verdwijnende vennootschap van rechtswege worden omgezet in aandelen in de verkrijgende vennootschap. Mochten de ruilarresten in uitzonderlijke gevallen geen soelaas bieden dan kan mijns inziens een beroep gedaan worden op analoge toepassing van de resolutie BNB 1965/91. Deze resolutie staat uitgestelde winstneming toe bij een ongelijke economische plaats van pakketten aandelen. Een eventuele bijbetaling mag mijns inziens zo veel mogelijk in mindering worden gebracht op de boekwaarde van de aandelen, zodat winstneming wordt uitgesteld. Uiteraard kan dit slechts indien de aandeelhouder niet volledig wordt uitgekocht en indien de boekwaarde van de aandelen groot genoeg is.

Indien de aandeelhouder een Vpb-plichtig lichaam is voor wiens deelneming in de verdwijnende vennootschap de deelnemingsvrijstelling geldt, dan valt een te constateren voordeel normaliter onder de deelnemingsvrijstelling en zal derhalve niet met Vpb worden belast. Of voor een eventueel te constateren verlies de liquidatieverliesregeling van artikel 13, lid 5 wet Vpb'69 geldt, is mijns inziens weer afhankelijk van het antwoord op de vraag of eventuele compensabele verliezen van de verdwijnende vennootschap met die vennootschap verloren gaan of niet (zie punt 3 van paragraaf 2.2.1.1).

2.2.2.2 De fiscale aspecten voor de aandeelhouders/particulieren zonder een aanmerkelijk belang

Onder het Besluit IB'41 heeft de Hoge Raad voor een fusie door oprichting naar Amerikaans recht beslist dat voor de aandeelhouder/particulier geen sprake is van een liquidatie.⁵¹ Deze particulier werd daarom niet belast voor het verschil tussen de waarde van de ontvangen aandelen in de verkrijgende vennootschap en het op de aandelen in de verdwijnende vennootschap gemiddeld gestorte kapitaal. De Hoge Raad belastte wel het verschil tussen de nominale waarde van de aandelen in de verdwijnende vennootschap en die van de verkregen aandelen in de verkrijgende vennootschap. Deze oplossing was redelijk en begrijpelijk onder het Besluit IB'41. Met de Wet IB'64 is evenwel artikel 44 van die wet ingevoerd. Dit artikel bepaalt dat indien aandelen op aandelen worden gestort niet meer aan gestort kapitaal op de nieuwe aandelen fiscaal wordt erkend dan als gestort gold op de ingebrachte aandelen. Dit is van belang omdat de fiscus een IB-claim heeft op alles in de vennootschap boven het gestorte kapitaal. Die claim blijft in de regel latent, maar wordt actueel bij dividenduitkering, liquidatie, inkoop eigen aandelen anders dan ter tijdelijke belegging⁵² en bij verkoop in het zicht van liquidatie aan een ander dan een binnenlandse particulier.

Het ligt voor de hand ook in geval van een juridische fusie artikel 44 Wet IB'64 van toepassing te achten⁵³, maar niet zeker is dat de fiscale rechter ook inderdaad dit artikel toe zal passen en niet – zoals onder het Besluit IB '41 – het bonusaandeelartikel (artikel 29, lid 1 Wet IB '64).

Onduidelijk is of een eventuele bijbetaling in constanten of in schuldvorderingen belast is of niet. De staatssecretaris heeft te kennen gegeven de bijbetaling 'op de normale wijze' in de IB-heffing te willen betrekken. Over wat de normale wijze is heerst echter onduidelijkheid. In geval van een aandelenfusie tussen vennootschappen met niet dezelfde aandeelhouders is belastingheffing over de bijbetaling mijns inziens theoretisch niet te verdedigen. De bijbetaling komt immers niet uit de eigen vennootschap doch van een derde (de overnemende vennootschap). In ons systeem

van IB-heffing over de opbrengst van aandelen kan een particulier, die geen aanmerkelijk belangpakket heeft, op zijn aandelen onbelaste vermogenswinst realiseren.⁵⁴ Is dus IB-heffing over de bijbetaling in geval van een aandelenfusie onterecht, dat geldt mijns inziens niet zonder meer in geval van een juridische fusie. Het betreft hier immers een wezenlijk andere rechtsfiguur, waarbij verdwijnende en verkrijgende vennootschap volledig samensmelten. Dan is mijns inziens niet vol te houden dat de bijbetaling van een derde komt.⁵⁵ Maar indien men aanneemt dat de bijbetaling materieel uit de verdwenen vennootschap komt, dan nog resulteert niet automatisch belastbaarheid. Indien het immers geen uitkering van winstreserves zou betreffen resulteert geen belastbaarheid voor de IB. Dit is mogelijk indien er geen winstreserves in de verdwijnende vennootschap aanwezig zijn of het een terugbetaling van kapitaal na statutaire kapitaalvermindering zou betreffen.⁵⁶ Een eventuele belastbaarheid van de bijbetaling is te voorkomen door voorafgaand aan de fusie ter grootte van de anders geresulteerd hebbende bijbetaling een terugbetaling van kapitaal te doen gepaard gaande met een statutaire vermindering van het maatschappelijk kapitaal. Zoals hiervoor al opgemerkt dient men zich er van bewust te zijn dat de bijbetaling niet (meer)⁵⁷ per individueel aandeel geldt maar voor de totaliteit van de ter zake van de juridische fusie uitgegeven aandelen. De bijbetaling is dus in totaliteit relatief bescheiden ten opzichte van het totaal van de ter zake van de fusie nieuw uitgegeven aandelen, maar voor een individuele aandeelhouder kan de bijbetaling heel wat forsere proporties aannemen en in extremo zelfs tot volledige uitkoop leiden. De vraag hoe de bijbetaling fiscaal behandeld moet worden kan daarom niet afgedaan worden met de praktische opmerking dat de bijbetaling maar gering is.

2.2.2.3 De fiscale aspecten voor de aandeelhouders/particulieren met een aanmerkelijk belang

Indien een particuliere aandeelhouder een pakket aandelen in een NV of BV heeft dat groot genoeg is,⁵⁸ heeft hij een aanmerkelijk belang. Dit impliceert dat vermogenswinst op dit aandelenpakket belast wordt naar een tarief van 20%.⁵⁹ Het is de

vraag of zich in geval van een juridische fusie voor de aanmerkelijk-belanghouder in de verdwijnende vennootschap een belastbaar feit voordoet. De staatssecretaris is van mening dat de juridische fusie een vervreemding inhoudt en dus in principe tot het belasten van eventuele aanmerkelijk-belangwinst leidt.⁶⁰

Wel is hij bereid om de doorschuifregeling van artikel 40 Wet IB'64 naar analogie toe te passen indien althans aan het materiële vereiste van dat artikel is voldaan. Artikel 40 Wet IB'64 maakt het mogelijk om in geval van een aandelenfusie de aanmerkelijk-belangclaim door te schuiven via een doorschuiving van de verkrijgingsprijs van de oude aandelen naar die voor de nieuwe aandelen. Er moet dan wel sprake zijn van een fusie, zijnde een aandelenverwerving met het doel de ondernemingen van meerdere vennootschappen duurzaam samen te brengen in een financiële en economische eenheid. De Hoge Raad heeft beslist⁶¹ dat van zo'n te faciliteren aandelenfusie pas sprake kan zijn indien tenminste twee fusiepartners een 'echte' onderneming drijven.⁶² Voor een fusie tussen een vennootschap die louter als holdingmaatschappij fungeert en een vennootschap met een materiële onderneming, geldt zodoende niet de faciliteit van artikel 40 Wet IB'64.

Over de bijbetaling heeft de staatssecretaris gemeld dat deze geen belemmering zal vormen voor de toepassing van de doorschuiffaciliteit van artikel 40 Wet IB'64. Daarmee heeft hij echter nog niet aangegeven hoe een eventuele bijbetaling fiscaal voor de aanmerkelijk-belanghouder wordt behandeld. Voor de beantwoording van deze vraag is allereerst van belang of men de bijbetaling wellicht belast acht als inkomst uit vermogen (zie paragraaf 2.2.2.2). Indien dat het geval is dient men mijns inziens niet meer aan aanmerkelijk-belangheffing over de bijbetaling toe te komen. Gaat men uit van de onbelastbaarheid als inkomst uit vermogen van de bijbetaling, dan lijkt directe belastbaarheid (met 20%) voor de hand te liggen vanwege de bestaande praktijk bij aandelenfusies met een geringe bijbetaling in geld⁶³ en vanwege het feit dat de bijbetaling voor een individuele aandeelhouder zeer fors kan zijn.⁶⁴

3 De juridische fusie van verenigingen en van stichtingen

Zoals hiervoor vermeld kunnen sinds kort ook verenigingen fuseren met verenigingen⁶⁵ en stichtingen met stichtingen. In deze paragraaf zal kort aandacht worden besteed aan de juridische fusie van verenigingen onderling en stichtingen onderling. Op de 'speciale gevallen' van fusie tussen de verschillende rechtspersonen zal niet expliciet worden ingegaan.⁶⁶ Ook op de civiel-juridische verschilpunten tussen een fusie van verenigingen en stichtingen en die van NV's en BV's zal, vanwege de toch al grote omvang van dit artikel, niet expliciet worden ingegaan. Overigens vloeien die verschilpunten voornamelijk voort uit de verschillen in kenmerken van de betreffende rechtspersonen.

3.1 De fiscale aspecten voor de fuserende verenigingen

Onder de verenigingen nemen de coöperatieve verenigingen een speciale plaats in. Omdat het behartigen van de stoffelijke belangen van de leden (mede) een doel van de coöperatieve vereniging is, treffen we bij deze rechtspersoon overwegend leden/ondernemers aan. Vooral in de landbouwsfeer zijn aan het lidmaatschap vaak rechten en plichten verbonden tot levering van agrarische produkten. Om dit artikel niet langer te maken dan het al is, zal in het hierna volgende worden uitgegaan van de meest voorkomende gevallen, zijnde leden/ondernemers voor de coöperatieve vereniging en leden/particulieren voor de 'gewone' vereniging.

Tijdens de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 18 285 (juridische fusie van verenigingen en van stichtingen) zijn de fiscale aspecten ook kort aan bod gekomen. Evenals in geval van een juridische fusie tussen NV's en BV's, zijn ook in geval van een juridische fusie van verenigingen en stichtingen géén specifieke *wettelijke* fiscale regels voorgesteld. Ook in dit geval zullen belastingplichtigen het dus moeten doen met bestaande fiscale wetgeving en het beleid in de uitvoeringssfeer. Zoals al eerder opgemerkt is dit

vanuit de rechtszekerheid voor belastingplichtigen bezien een verre van ideale situatie.

Coöperatieve verenigingen zijn, evenals NV's en BV's, altijd vennootschapsbelastingplichtig. De gewone vereniging⁶⁷ is – evenals de stichting – slechts belastingplichtig indien en voor zover zij een onderneming drijft.⁶⁸ Ook voor Vpb-plichtige verenigingen en stichtingen heeft de staatssecretaris te kennen gegeven een regeling te willen treffen zoals hiervoor in paragraaf 2.2.1.1 uiteengezet voor de NV/BV.⁶⁹ De enige uitzondering hierop vormt de fusie tussen een topcoöperatie en een primaire coöperatie. In zo'n geval zal – conform de huidige praktijk – eindafrekening worden geëist van de verdwijnende coöperatieve vereniging.⁷⁰

Ter zake van de verkrijging van onroerend goed in het kader van een fusie is in principe overdrachtsbelasting verschuldigd. Een 'fusievrijstelling', zoals die wel voor NV's en BV's bestaat, is er niet voor verenigingen en stichtingen. Wel is er een op de hardheidsclausule (artikel 64 AWR) gebaseerd kwijtscheldingsbeleid, neergelegd in de resolutie gepubliceerd in BNB 1979/55. In de punten A3 en A4 van deze resolutie worden ook voor de juridische fusie van belang zijnde gevallen genoemd waarin de overdrachtsbelasting op verzoek zal worden kwijtgescholden.

Onder punt A3 wordt bepaald:

'Indien twee of meer instellingen, werkzaam in het algemeen belang, met hetzelfde doel en dezelfde feitelijke werkzaamheden, besluiten een fusie aan te gaan en de ene instelling daartoe haar activa en passiva overdraagt aan de andere instelling. Voor het verlenen van kwijtschelding wordt de eis gesteld dat door de overdragende instelling geen koopsom wordt bedongen noch op andere wijze bij de overdracht commerciële factoren een rol spelen.'

Onder punt A4 van de resolutie BNB 1979/55 is bepaald:

'Een instelling als sub 3 bedoeld brengt een gedeelte van haar taak onder bij een andere instelling en draagt de op dat gedeelte van haar betrekking hebbende activa en passiva over aan de andere instelling. De overgedragen onroerende goederen moeten bij beide instellingen

dienstbaar zijn aan dezelfde, ten algemene nutte te verrichten werkzaamheden, terwijl ook hier het sub 3 gestelde vereiste geldt.' Het sub 3 gestelde vereiste is de eis dat geen koopsom mag worden bedongen en anderszins commerciële factoren geen rol spelen.

Valt men niet binnen de termen van het hiervoor geschetste kwijtscheldingsbeleid dan heeft de staatssecretaris medegedeeld dat men zich tot het ministerie van Financiën dient te wenden 'voor een mogelijkerwijs te verkrijgen kwijtschelding'. Hierbij doelt de staatssecretaris vooral op fusies van coöperatieve verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen. Onduidelijk blijft evenwel voor welke niet-standaardgevallen nu precies kwijtschelding van verschuldigde overdrachtsbelasting zal worden verleend.

Kapitaalsbelasting zal normaliter bij een juridische fusie van verenigingen of stichtingen niet verschuldigd zijn. Meestal doet zich immers voor deze belasting geen belastbaar feit voor: er wordt geen kapitaal bijeengebracht *in een kapitaal-lichaam*.

De in paragraaf 2.2.1.3 vermelde OB-consequenties van een juridische fusie van NV's en BV's gelden ook voor een juridische fusie van verenigingen en stichtingen. Mocht in principe ter zake van de prestaties ter zake van de juridische fusie OB verschuldigd zijn omdat van een bedrijf sprake is, dat geen vrijgestelde prestaties verricht en de fusiepartners niet tot één fiscale eenheid behoren, dan zal artikel 31 Wet OB'68 ook hier mijns inziens uitkomst bieden. Bij voortzetting van de onderneming van de verdwijnende rechtspersoon (of een zelfstandig onderdeel van die onderneming) door de verkrijgende rechtspersoon kan de OB-heffing dan achterwege blijven.

In beginsel vormt de verkrijging door de verkrijgende rechtspersoon van alle activa en passiva van de verdwijnende rechtspersoon een schenking waarover schenkingsrecht verschuldigd is op basis van de Successiewet 1956 (SW'56). In eerder vermelde resolutie BNB 1979/55 is echter ook voor het schenkingsrecht een aantal gevallen opgesomd waarin op basis van de hardheidsclausule kwijtschelding wordt verleend. De inspecteur is bevoegd kwijtschelding van schenkingsrecht te verlenen indien 'gelijkgerichte,

overeenkomstig de statuten in het algemeen belang werkzame rechtspersonen een fusie aangaan'. Gezien de onzekerheden⁷¹ en de beperking tot rechtspersonen die in het algemeen belang werkzaam zijn, is wellicht niet onbelangrijk de mededeling van de staatssecretaris dat partijen zich in andere dan de hier genoemde gevallen tot het ministerie van Financiën kunnen wenden om eventueel kwijtschelding te verkrijgen. Ook hier is onduidelijk in welke gevallen kwijtschelding nu precies verwacht kan worden en in welke niet.

3.2 De fiscale aspecten voor de leden van de fuserende verenigingen

Ondernemers (natuurlijke personen en lichamen) die lid zijn van een vereniging (al of niet coöperatief) zullen ter zake van een juridische fusie van de vereniging waarvan zij lid zijn in de regel geen winst behoeven te nemen. Zie hieromtrent het gestelde in paragraaf 2.2.2.1.

Voor ondernemers/rechtspersonen die lid zijn van een coöperatieve vereniging ontstaat normaliter al helemaal geen fiscale winst omdat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voordelen uit hoofde van dat lidmaatschap.⁷² Zij komen derhalve aan het doorschuiven van fiscale jaarwinst naar de toekomst niet toe; een eventuele winst is (voorgoed) vrijgesteld.⁷³

Voor leden/particulieren van een vereniging zal het lidmaatschap met de daaraan verbonden rechten en plichten zich in normale gevallen buiten de inkomenssfeer bevinden. Dit impliceert dat de juridische fusie zich voor hen fiscaal geruisloos zal afspelen.

3.3 De fiscale aspecten van een fusie van stichtingen

De fiscale gevolgen van een juridische fusie zijn voor de stichting praktisch gesproken gelijk aan die voor een gewone vereniging. Verwezen wordt daarom naar de behandeling van de fiscale gevolgen voor de gewone vereniging hiervoor.

Omdat een stichting niets vergelijkbaars kent als de leden van een vereniging of de aandeelhouders van een NV of BV, is de fiscale problematiek wat dat aspect betreft uiteraard ook afwezig.

4 Conclusie en slot

Geconcludeerd kan worden dat er voor de juridische fusie geen fiscale wettelijke bepalingen zijn gecreëerd. Dit betekent op zeer vele punten dat onzekerheid bestaat omtrent de fiscale gevolgen van een juridische fusie. Weliswaar heeft de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandelingen van de wetsvoorstellen juridische fusie in grote (en grove) lijnen aangegeven hoe hij de fiscale gevolgen voor de betrokkenen ziet, doch dit geeft onvoldoende rechtszekerheid. Enerzijds betreft het immers geen wettelijke regeling, zodat het beleid van de staatssecretaris – in elk geval voor de toekomst – zich kan wijzigen zonder parlementaire medewerking en zonder expliciete parlementaire controle. Daarnaast is het geschetste beleid in de uitvoeringssfeer op onderdelen nog onduidelijk.

Vanuit de staatssecretaris als hoofd van de uitvoerende macht bezien is het begrijpelijk dat geen wettelijke regeling is voorgesteld. Een wettelijke regeling beperkt immers de anders beschikbare ruimte voor beleidsvrijheid. Het parlement had echter nimmer akkoord mogen gaan met een regeling voor de juridische fusie zonder een wettelijke regeling van de fiscale gevolgen. Het ontbreken van een wettelijke regeling hebben wij naar mijn inschatting te danken aan ons staatsrechtelijke systeem waarin de bewindslieden twee 'petten op hebben', één als hoofd van de uitvoerende macht en één als dominante factor in het wetgevingsproces. Gezien de 'politieke hitsigheidswaarde' van het probleem, die zo ongeveer nihil bedraagt, is een wettelijke regeling van de fiscale gevolgen van een juridische fusie ook niet binnen afzienbare tijd te verwachten.

Noten

- 1 Conform de civiel-rechtelijke regels op dit punt wordt in dit artikel de rechtsvorm van de NV en die van de BV gelijk geacht.
- 2 Derde Richtlijn inzake vennootschapsrecht van 9 oktober 1978. Publikatieblad EG 20 oktober 1978, nr. L295.
- 3 Deze noot is komen te vervallen.
- 4 Artikel 309 boek 2 BW.
- 5 Artikel 310, lid 1. Een rechtstreekse mogelijkheid tot fuseren tussen verenigingen en stichtingen is door de wetgever afgewezen omdat dan de benodigde regelgeving te ingewikkeld

zou worden. Een fusie tussen een vereniging en een stichting dient nu plaats te vinden door voorafgaande omzetting van een van de twee rechtspersonen in de andere juridische vorm. De mogelijkheden tot omzetting van rechtsvorm zullen vereenvoudigd zijn als wetsvoorstel 17 725 kracht van wet heeft gekregen. In afwachting van de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel is in artikel 20a boek 2 BW een regeling opgenomen voor de omzetting van een vereniging in een stichting en omgekeerd.

Wetsvoorstel 17 725 is op 17 december 1987 door de Tweede Kamer aangenomen. Het heeft echter nog geen kracht van wet.

6 Artikel 310, lid 3 boek 2 BW.

7 Artikel 310, lid 4 boek 2 BW.

8 Artikel 311, lid 2 boek 2 BW.

9 Artikel 311, lid 4 boek 2 BW.

10 Vennootschappen behoren tot een concern indien:

- het een moedervennootschap en haar 100% dochtervennootschap betreft (artikel 333, lid 1 boek 2 BW), of
- iemand, of een ander voor zijn rekening, alle aandelen houdt in het kapitaal van de te fuseren vennootschappen (artikel 333, lid 2 boek 2 BW).

11 Artikel 333 boek 2 BW.

12 Dit beeldend taalgebruik komt van onze Vlaamse taalbroeders.

13 Artikel 325, lid 3 boek 2 BW.

14 Artikel 334 boek 2 BW. De driehoeksfusie is een Nederlandse vinding, die niet in de Derde Richtlijn voorkomt.

15 Artikel 320 boek 2 BW.

16 Artikel 317 boek 2 BW.

17 Artikel 331 boek 2 BW.

18 Artikel 328 boek 2 BW.

19 Artikel 318 boek 2 BW.

20 Artikel 323, lid 2 laatste volzin boek 2 BW.

21 Artikel 323 boek 2 BW.

22 Kamerstuknummer 16 453.

23 Men zal zich dan kunnen beroepen op het gelijkheidsbeginsel en/of op het vertrouwensbeginsel, die erg dicht bij elkaar liggen.

24 De staatssecretaris heeft voor deze belastingen een resolutie uitgevaardigd, waarover hierna meer.

25 Aan deze conclusie is slechts te ontkomen indien men aanneemt dat de buiten de fiscaliteit gegeven wettelijke regeling van de juridische fusie als *lex specialis* voorgaat op de fiscale wettelijke regels op dit punt. Hoewel de neiging om dit standpunt te verdedigen mijnerzijds erg groot is, mede onder verwijzing naar de tot nu toe gebleken onwil om een fiscale wettelijke regeling te creëren, lijkt mij de kans niet groot dat de rechter niet tot een eindafrekening voor de verdwijnende vennootschap zou concluderen. Indien men de civiel-juridische regeling laat prevaleren boven de fiscale eindafrekeningsbepaling dan impliceert dit dat de fiscale claims van en op de fiscus overgaan op de verkrijgende vennootschap. Het gehele vermogen van de verdwijnende vennootschap, dat wil zeggen inclusief fiscale vermogenscomponenten, gaat immers onder algemene titel over op de verkrijgende vennootschap.

26 Ook hier is slechts aan deze conclusie te ontkomen als men in de civiel-juridische regeling van de juridische fusie de *lex specialis* ziet die derogeeft aan de fiscale wetgeving op dit punt.

Zoals al opgemerkt lijkt mij dit standpunt niet erg kansrijk.

27 Hierbij wordt er van uitgegaan dat er geen sprake is van situaties als bedoeld in artikel 20, lid 5 Wet Vpb'69. Deze bepaling is geschreven om de handel in verlieslichamen tegen te gaan. De bepaling blijft in elk geval buiten toepassing indien de activiteiten die de fusiepartners ontplooiën niet geheel of nagenoeg geheel worden gestaakt.

28 Maar juridisch uiteraard na de fusie als winst van de verkrijgende vennootschap geldt.

29 Die bereidheid is er evenwel niet indien het gaat om gevallen van handel in verlieslichamen, zoals bedoeld in artikel 20, lid 5 Wet Vpb'69.

30 Voor de onbeperkt compensabele aanloopverliezen uit een van de jaren vóór de fusie zal in navolging van de regeling bij de fiscale eenheid waarschijnlijk gelden dat deze vanaf het negende jaar na fusie voortaan verrekenbaar zijn met dat deel van de winst van de verkrijgende vennootschap, dat toe te rekenen is aan die vennootschappen die al tenminste 8 jaar juridisch deel uitmaken van de verkrijgende vennootschap. De problemen van winstsplitting ten behoeve van de verliescompensatie over het fusiemoment heen duren dus globaal genomen maximaal 8 jaren.

31 De aandelen vormen dan geen reëel vermogensactief voor de verkrijgende vennootschap.

32 Vergelijk de uitspraak van het Hof Amsterdam van 23 februari 1988, nr. 244/85 gepubliceerd in Fiscaal Weekblad FED 1988/723. In deze procedure achtte het Hof in geval van een juridische fusie naar Italiaans recht voor de aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap (die tevens aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap was) de liquidatieverliesregeling *niet* van toepassing, omdat bij een juridische fusie geen sprake is van ontbinding en vereffening en omdat de verliezen van de verdwijnende dochter binnen het concern nog gebruikt konden worden en dus niet verloren gingen. Tegen de uitspraak van het Amsterdamse Hof is beroep in cassatie ingesteld.

33 Kamerstuknummer 16 453, nota n.a.v. het eindverslag.

34 Zie Vakstudie Nieuws 1985, p. 2543 e.v.

35 Hier wordt niet ingegaan op de verkrijging van aandelen (e.d.) in een zogenaamde 'onroerend-goed-lichaam' ex artikel 4 Wet Belastingen van Rechtsverkeer (WBR), noch op de samenloopregeling van omzetbelasting en overdrachtsbelasting.

36 Ten bedrage van 6% van de waarde van het onroerend goed dan wel van de tegenprestatie indien die hoger is.

37 Dit standpunt is bestreden door Mr. E. Bos RA in zijn artikel 'De juridische fusie en de belastingen van rechtsverkeer, een merkwaardig onderscheid' in het Weekblad voor Fiscaal Recht, 1986 p. 959.

38 De twee situaties als bedoeld in het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer betreffen enerzijds de verkrijging van onroerend goed van een onroerend-goed-vennootschap ex artikel 4 WBR en daarnaast de situatie dat de aandelen in de verdwijnende vennootschap door een concernvennootschap zijn verworven buiten het kader van een voor de WBR gefacilieerde fusie of interne reorganisatie en tevens het onroerend goed of de zakelijke rechten daarop zijn verkregen vóór de (laatste van de) bedoelde niet-gefacilieerde aandelenoverdracht(en).

39 Onder informeel kapitaal wordt in fiscalibus verstaan die bevoordelingen van de NV/BV door de aandeelhouder in zijn

hoedanigheid van aandeelhouder, die geen formeel kapitaal (= handelsrechtelijk kapitaal plus agio) zijn.

Nog niet geheel duidelijk is of naast informeel kapitaal in de vermogenssfeer ook informeel kapitaal in de sfeer van de baten en lasten tot de belastbare grondslag behoort van de kapitaalsbelasting. Omtrent deze kwestie loopt momenteel een procedure bij de fiscale rechter.

40 Van de OB verschuldigd bij invoer wordt hier geabstraheerd. Tevens wordt niet ingegaan op speciale regelingen als de landbouwregeling, de verleggingsregeling en de regelingen voor onroerend goed.

41 Hij mag deze niet verschuldigde OB dan uiteraard ook niet in rekening brengen!

42 Zie artikel 7, lid 4 Wet OB'68. Er bestaan belangrijke verschillen tussen de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en die voor de omzetbelasting. Zo bestaat een fiscale eenheid voor de omzetbelasting *niet* slechts op verzoek, maar is aanwezig indien objectief gesproken sprake is van een zodanige financiële, organisatorische en economische verwevenheid dat van een eenheid kan worden gesproken. Sinds 1 januari 1989 is er voor een fiscale eenheid in de omzetbelasting een beschikking van de inspecteur nodig. Dit in verband met de per die datum ingevoerde nieuwe aansprakelijkheidsregeling binnen een fiscale eenheid. Ook zal duidelijk zijn dat gezien het materiële criterium dat de Wet OB'68 hanteert 100%-aandeelhouderschap niet vereist is, meer dan 50% is in de regel voldoende om de dochter te beheersen.

43 Artikel 11, lid 1, letter i, onder 2 Wet OB'68.

44 Artikel 11, lid 1, letter i, onder 1 en letter j, onder 1 en 2 Wet OB'68.

45 Namelijk in die gevallen waarin de verdwijnende vennootschap ondernemer is voor de OB. Zo'n ondernemerschap is normaliter wel aanwezig. Vergelijk artikel 7 Wet OB'68.

46 Dit betreft slechts de herzieningsbepalingen en herrekeningsbepalingen en bijvoorbeeld niet de aansprakelijkheid voor de OB-schulden van de overdrager.

47 Verwezen kan nog worden naar de resolutie van 13 maart 1974 (Vakstudie Nieuws 1974, p. 384) waarin bepaald is dat bij omzetting van een NV in een BV er geen sprake kan zijn van OB-heffing, omdat er één onderneming is en blijft. Artikel 31 OB'68 komt in dit geval dus niet eens aan de orde!

48 Hoge Raad BNB 1987/147.

49 Zoals we hiervoor hebben gezien is dat waarschijnlijk zo ten aanzien van de claims van de fiscus op de verdwijnende vennootschap, waar artikel 16 Wet IB'64 als *lex specialis* afrekening eist en ten aanzien van de verliescompensatie, waar het wettelijk systeem wijst in de richting van een verknochtheid van verliezen aan een subject.

50 Onder andere HR BNB 1956/337.

51 HR BNB 1959/124 inzake de consolidation (=juridische fusie door oprichting) van de Remington Rand Corporation en de Sperry Corporation tot de Sperry Rand Corporation.

52 Die eigenlijk fiscaal als een partiële liquidatie wordt gezien.

53 De staatssecretaris lijkt niet goed te begrijpen dat het toepassen van artikel 44 Wet IB'64 veelal niet voor

belastingplichtigen maar voor de fiscus voordelig is. Hij heeft tijdens de parlementaire behandeling namelijk medegedeeld 'in reële gevallen' analoge toepassing van artikel 44 Wet IB'64 voor te staan.

54 Waar tegenover zijn vermogensverliezen niet aftrekbaar zijn.

55 Dit standpunt is in de fiscale literatuur overigens omstreden. Zie voor afwijkende alsook gelijksoortige meningen J. A. G. van der Geld, 'Juridische fusie blijft fiscaal ongewis' in losbladig fiscaal weekblad FED, Beschouwingen, volgno.'s 34-39.

56 Vergelijk artikel 29, lid 2 Wet IB'64.

57 Dat was wel de regeling in het oorspronkelijke wetsvoorstel juridische fusie van NV's en BV's.

58 Artikel 39 Wet IB'64 bepaalt dat een aanmerkelijk belang aanwezig is indien belastingplichtige in de loop van de laatste vijf jaren, al dan niet te zamen met zijn echtgenoot en zijn bloed- en aanverwanten in de rechte linie en de tweede graad van de zijlinie, voor ten minste 33 1/3%, en, al dan niet te zamen met zijn echtgenoot, voor meer dan 7% van het nominaal gestorte kapitaal onmiddellijk of middellijk aandeelhouder is geweest.

59 Om precies te zijn wordt belast het verschil tussen de overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs van de aandelen. Wel worden overdrachts- en verkrijgingsprijs ten minste gesteld op het gemiddeld gestort kapitaal op het moment van vervreemding van de aandelen. Deze regel is een uitvloeisel van het feit dat de aanmerkelijk belangheffing als een soort voorschotheffing gezien wordt (zie ook artikel 59 Wet IB'64).

60 Uit de arresten HR BNB 1960/123 en 1977/199 zijn reële argumenten te putten voor de stelling dat in geval van een juridische fusie zich helemaal geen vervreemding voordoet en dus geen aanmerkelijk belangheffing aan de orde komt en wellicht soms zelfs een aanmerkelijk belangclaim van het ene op het andere moment voor de fiscus verloren is. Zie hieromtrent 'Juridische fusie blijft fiscaal ongewis' van J. A. G. van der Geld in FED losbladig weekblad, Beschouwingen, volgno.'s 37 en 38 en 'Enige fiscale aspecten van het wetsontwerp juridische fusie' van J. A. G. van der Geld in het Weekblad voor Fiscaal Recht (WFR) 1981, p. 969 e.v.

61 In HR BNB 1976/13.

62 De bepaling, die men in artikel 2, lid 5 Wet Vpb'69 kan lezen – dat NV's en BV's altijd geacht worden een onderneming te drijven – wordt hier in de IB dus niet gevolgd.

63 Die wordt met 20% aanmerkelijk-belang-heffing belast.

64 Een regeling waarbij de bijbetaling op het fusiemoment niet belast wordt maar wordt afgeboekt op de verkrijgingsprijs van de aandelen, is dan minder vanzelfsprekend.

65 Uitgezonderd van de regeling zijn de verenigingen zonder volledige rechtsbevoegdheid en de vereniging van appartementseigenaren.

66 Het betreft een juridische fusie van een vereniging of stichting met haar 100%-dochtervennootschap, een juridische fusie van een NV/BV met de vereniging waarvan zij enig lid is, of een juridische fusie tussen een stichting en de vereniging waarvan zij enig lid is.

67 De uitdrukking 'gewone vereniging' wordt in dit artikel gebruikt voor de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging, die geen coöperatieve vereniging is.

68 Of in concurrentie treedt met ondernemers die

belastingplichtig zijn voor de IB of Vpb (artikel 4 Wet Vpb'69).

69 Zie wetsvoorstel 18 285, MvA (nr. 6), pp. 3 t/m 5.

70 Kamerstuknummer 18 285, nr. 6, p. 4.

71 Wat is 'gelijkerichte'? Wat is 'algemeen belang'?

72 Artikel 13 Wet Vpb'69.

73 Dit is slechts anders in het geval dat een coöperatieve vereniging slechts enkele leden/rechtspersonen heeft en deze hebben verklaard af te zien van de deelnemingsvrijstelling voor hun lidmaatschap in ruil voor aftrekbaarheid bij de coöperatie van aan hen gedane uitdelingen van verlengstukwinst. Zie artikel 9, lid 1, letter h en lid 2 Wet Vpb'69 en de resolutie BNB 1976/98.