CIVIELRECHTELIJKE EN FISCALE PROBLEMEN BIJ FUSIES VAN NAAMLOZE VENNOOTSCHAPPEN

door Mr. M. V. M. van Leeuwe

I. INLEIDING

Alvorens na te gaan welke civielrechtelijke en fiscale problemen zich bij fusies van naamloze vennootschappen kunnen voordoen, willen wij allereerst aangeven welk fusiebegrip ons voor ogen staat en aan welke fusievormen wij aandacht zullen besteden.

Onder een fusie zullen wij hierna verstaan een zodanig vergaande vorm van samenwerking tussen twee n.v.'s dat beide hun economische, en eventueel ook hun juridische zelfstandigheid prijsgeven om op te gaan in een grotere economische eenheid. Voorwaarde is dat dezelfde personen aandeelhouder blijven zij het in deze grotere eenheid. [1]) We gaan er verder vanuit dat de te fuseren vennootschappen een bedrijf in engere zin uitoefenen en dus geen beleggingsmaatschappijen zijn.

De meest gebezigde methoden om tot een fusie te geraken zijn:

1. De aandelen in de fuserende n.v.'s worden ingebracht in een nieuw op te richten overkoepelende n.v. - een houdstermaatschappij - die deze aandelen verkrijgt tegen uitgifte van eigen aandelen, waardoor de fuserende n.v.'s dochtermaatschappijen worden van de nieuw op te richten n.v. Het is ook mogelijk dat de aandelen van de ene n.v. worden ingebracht in de andere n.v. waardoor de ene n.v. een dochtermaatschappij wordt van de andere n.v.
   óf wel
2. Er wordt een nieuwe n.v. - een werkmaatschappij - opgericht waarin alle rechten en verplichtingen van de fuserende n.v.'s worden ingebracht. De fuserende n.v.'s worden op deze wijze beide houdstermaatschappij van aandelen in de werkmaatschappij. Een dergelijke fusie kan ook worden verwezenlijkt door alle rechten en verplichtingen van de ene n.v. in te brengen in de andere n.v.; de ene n.v. wordt dan houdstermaatschappij van aandelen in de andere n.v.

Aangezien bij de eerste methode de fusie tot stand komt door een ruil[2]) van aandelen zullen wij deze methode gemakshalve aanduiden met de benaming „fusie door aandelenruil"; de tweede methode zal „bedrijfsfusie" worden genoemd daar deze fusiemethode in de eerste plaats leidt tot een samensmelting van de bedrijven van de beide n.v.'s.

Na een bespreking van deze twee fusiemethoden zullen wij nog stilstaan bij een derde methode die wij als juridische fusie of samensmelting zullen aanduiden. Deze fusiemethode wordt in het ontwerp van ons nieuwe Burgerlijk Wetboek

[1]) In die gevallen waarin niet dezelfde personen aandeelhouder blijven, zouden wij van een „overname" willen spreken. Op deze wijze hebben wij een formeel criterium - het blijven van aandeelhouder, zij het in een groter geheel - voor het onderscheid tussen een fusie en een overname. Veelal wordt ook als een overname aangeduid het „opslokken" door een grotere n.v. van een kleinere. Ingeval de aandeelhouders in de kleinere n.v. aandeelhouder worden in de grotere n.v. zouden wij tòch van een fusie willen spreken.

[2]) In civielrechtelijke zin is van een ruil eigenlijk geen sprake; civielrechtelijk is er een uitgifte van nieuwe aandelen waarbij aan de volstortingsverplichting wordt voldaan door inbreng van aandelen. Alleen aandelen die een n.v. in eigen bezit heeft, dus ingekochte eigen aandelen, kunnen worden geruild.

als een afzonderlijke rechtsfiguur geïntroduceerd. Een samensmelting zal na de invoering van het nieuwe B.W. tot stand komen doordat de aandeelhouders in de twee fuserende n.v.'s daartoe bij een gekwalificeerde meerderheid besluiten; dit besluit heeft dan - na verkrijging van de Ministeriële verklaring van geen bezwaar en het passeren van de betreffende notariële akte - tot gevolg dat beide n.v.'s ophouden te bestaan en een nieuwe n.v. tot stand komt, aan welke n.v. alle rechten en verplichtingen van de fuserende n.v.'s onder algemene titel overgaan en in welke n.v. de aandeelhouders van de fuserende n.v.'s rechtstreeks aandeelhouder worden. Een dergelijk fusiebesluit kan ook inhouden dat één van beide n.v.'s blijft voortbestaan en alle rechten en verplichtingen van de ene n.v. op de andere n.v. overgaan; de aandeelhouders van de ene n.v. worden daardoor automatisch aandeelhouder in de andere n.v.

II. FUSIE CIVIELRECHTELIJK BEZIEN

Wij bespreken dus eerst de fusie door aandelenruil, daarna de bedrijfsfusie en tenslotte de fusie in juridische zin of samensmelting.

Fusie door aandelenruil

Een fusie door aandelenruil komt tot stand doordat ófwel de aandeelhouders in beide fuserende n.v.'s hun aandelen inbrengen in een nieuw op te richten overkoepelende n.v. ófwel de aandeelhouders van de ene n.v. hun aandelen inbrengen in de andere n.v. Aandeelhouders kunnen tot een dergelijke inbreng (ruil) uiteraard niet worden gedwongen. De ruilvoet is meestal wel zó aantrekkelijk en het aandelenbezit in de houdster-n.v. of in de andere n.v. biedt veelal wel zoveel voordelen dat alle of nagenoeg alle aandeelhouders hun aandelen plegen om te wisselen.

Eén van de voordelen is dat een meer courant aandelenbezit wordt verkregen. Immers de kring van aandeelhouders wordt belangrijk groter. Ingeval de fusie tot stand komt door de oprichting van een nieuwe overkoepelende n.v. kan deze courantheid nog bevorderd worden door het nominaal bedrag van het aandelenkapitaal van de nieuwe n.v. aan te passen aan de reële waarde van de ingebrachte aandelen, zodat een eventueel voordien bestaande onderkapitalisatie wordt opgeheven. Een voordeel kan ook zijn dat door de grotere spreiding van de aandelen mogelijkerwijs aanwezige machtsconcentraties in betekenis afnemen hetgeen een meer objectieve bedrijfsvoering tot gevolg kan hebben.

Door de fusie ontstaat tussen beide n.v.'s in economisch opzicht een eenheid met als centrale instantie de n.v. waarin de aandelen zijn ingebracht. Deze n.v. heeft door middel van haar aandelenbezit in de andere n.v.('s) de uiteindelijke leiding en beslissingsbevoegdheid. Haar bestuur bepaalt het te voeren beleid, waarnaar de dochter-n.v.('s) zich zal (zullen) moeten richten.

De wijze waarop het bestuur van deze moedermaatschappij wordt samengesteld is dus zeer belangrijk; de problemen die zich hier voordoen zijn echter meestal meer van persoonlijke dan van juridische aard. Het Wetboek van Koophandel laat belanghebbenden in de wijze van bestuursinrichting een grote vrijheid.

Door de fusie ontstaat - zoals gezegd - in economisch opzicht een éénheid. Hoe sterk deze eenheid echter ook moge zijn, zij stelt het beginsel dat elke n.v. civiel-

rechtelijk bezien zelfstandig blijft niet ter zijde. Toch wordt de ontstane economische eenheid ook voor het civiele recht niet geheel verwaarloosd. Zo zal onder omstandigheden rechtens ontoelaatbaar worden geacht dat, indien een moedermaatschappij zich bijv. heeft verplicht om zich te onthouden van de vervaardiging van een bepaald product of van het voeren van een bepaald merk, een dochtermaatschappij de vervaardiging van dit product ter hand neemt of het betreffende merk gaat voeren. Het zijn hier de zeer algemene leerstukken van de uitvoering ener overeenkomst te goeder trouw en van de onrechtmatige daad, die de grens van het rechtens toelaatbare aangeven. Deze algemene begrippen zullen er echter slechts in uitzonderingsgevallen toe kunnen leiden dat de juridische zelfstandigheid wordt genegeerd [3]).

Dat twee n.v.'s een economische eenheid vormen wordt dikwijls tot uitdrukking gebracht door de publicatie van geconsolideerde balansen en verlies- en winstrekeningen. Hoewel ons vennootschapsrecht hierover nergens spreekt - wettelijk zijn de tot publicatie gehouden n.v.'s van art. 42e W.v.K. alleen verplicht deelnemingen in andere ondernemingen afzonderlijk in de balans te vermelden en de maatstaf van waardering te noemen - begint het, in elk geval wat n.v.'s wier aandelen ter beurze zijn genoteerd betreft, een goed gebruik te worden tot publicatie van geconsolideerde jaarrekeningen over te gaan. Uiteraard heft dit de verplichting tot publicatie van de eigen jaarrekening niet op. In enkele landen is publicatie van geconsolideerde jaarrekeningen blijkbaar wel voorgeschreven. In het ontwerp voor ons nieuwe B.W. is dit echter niet het geval, kennelijk omdat het in alle gevallen verplicht stellen om geconsolideerde jaarrekeningen te publiceren niet wenselijk wordt geoordeeld. Wel kunnen bij algemene maatregel van bestuur voorschriften omtrent de inrichting van de balans en winst- en verliesrekening worden gegeven zodat het mogelijk is dat t.z.t. in bepaalde gevallen publicatie van geconsolideerde jaarrekeningen wordt voorgeschreven.[4])

Bedrijfsfusie

Wordt een fusie tussen twee naamloze vennootschappen geëffectueerd door de oprichting van een nieuwe n.v. waaraan alle rechten en verplichtingen van beide n.v.'s worden overgedragen, dan wel doordat de ene n.v. haar gehele vermogen inbrengt in de andere n.v., dan spreken wij van een bedrijfsfusie.

---

[3]) In het arrest van het Hof 's-Gravenhage dd. 1 maart 1961 N.J. 1962/253 werd nóch het feit dat dezelfde natuurlijke persoon bestuurslid was van en de leiding had over het bedrijf van beide rechtspersonen, nóch de omstandigheid dat de ene rechtspersoon geacht moest worden op de hoogte te zijn geweest van frauduleuze handelingen van de andere, een genoegzame grondslag geoordeeld voor het aannemen van mede-aansprakelijkheid.

De belangstellende lezer moge verder worden verwezen naar het Handboek voor de Naamloze Vennootschap naar Nederlands recht door Mrs. Van der Heijden en Van der Grinten, 7e druk, blz. 128/129 e.v., naar de beschouwingen van Mr. W. L. E. M. Reuser in de Naamlooze Vennootschap jrg. 1951/1952 blz. 55 e.v. en 63 e.v. „Onbeperkte zelfstandigheid van moeder- en dochtermaatschappijen of inductie van aansprakelijkheid" en van Prof. Mr. W. L. Haardt in hetzelfde maandblad jrg. 1949/1950 blz. 34 e.v. „De aansprakelijkheid van moeder- en dochtermaatschappijen tegenover derden".

[4]) De publicatie van geconsolideerde jaarrekeningen wordt o.m. bepleit door de Wiardi Beckman Stichting in haar publicatie „De hervorming van de onderneming" en in het onlangs verschenen boekwerk „Open Ondernemerschap" van de Prof. Telders Stichting.

Zie verder Mr. C. R. C. Wijckerheld Bisdom in het Maandblad voor Accountancy en Bedrijfshuishoudkunde van maart/april 1961 (consolidatie-nummer): „De vennootschapsrechtelijke positie van de geconsolideerde jaarrekening" en Prof. Mr. P. Sanders in De Naamlooze Vennootschap jrg. 1960/1961 blz. 177: „Publiciteit bij de Publieke N.V. in de Verenigde Staten" en in hetzelfde maandblad jrg. 1961/1962 blz. 5 „Publiciteit bij de N.V. in Duitsland".

Een bedrijfsfusie gaat dus gepaard met de inbreng van alle rechten en verplichtingen in een andere n.v. Wie moet tot deze inbreng besluiten? Geven de statuten in deze geen uitsluitsel dan zal n.o.m. alleen de algemene vergadering van aandeelhouders hiertoe bevoegd zijn.[5])

Inbreng in een andere n.v. houdt in dat alle rechten en verplichtingen ieder afzonderlijk aan die andere n.v. moeten worden overgedragen. Wat de activa betreft zal de levering op de voor de betreffende activa geldende wijze moeten geschieden, terwijl voor de overdracht der schulden - wil de inbrengende n.v. van haar verplichtingen zijn ontslagen - de toestemming van de crediteuren vereist zal zijn. Langlopende contracten zoals huurovereenkomsten, licentieovereenkomsten e.d. kunnen niet op de andere n.v. overgaan zonder toestemming van de verhuurder, licentiegever enz. Wordt deze toestemming geweigerd dan zal hierdoor de fusie worden belemmerd en somtijds praktisch onmogelijk kunnen worden.

De inbreng in de andere n.v.'s geschiedt - zoals gezegd - tegen uitgifte van aandelen. Nagegaan zal dus moeten worden wie tot deze uitgifte van aandelen moet besluiten. Normaliter komt deze bevoegdheid toe aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Veelal wordt bij de statuten van deze regel afgeweken en wordt deze bevoegdheid toegekend aan de directie, al dan niet na verkregen goedkeuring van de raad van commissarissen. Uiteraard zullen de statuten dan tevens moeten bepalen dat de volstorting van aandelen op andere wijze dan door betaling van Nederlands wettig betaalmiddel kan geschieden, (art. 40b W.v.K.).

Een bedrijfsfusie heeft veelal belangrijke machtsconcentraties tot gevolg; immers ten minste één van beide fuserende n.v.'s wordt een houdstermaatschappij van aandelen in de andere n.v. resp. in de nieuw op te richten n.v. Hierdoor zal één aandeelhouder of één beperkte groep van aandeelhouders die in de houdstermaatschappij de zeggenschap heeft - middels deze houdstermaatschappij - in versterkte mate invloed kunnen uitoefenen in de werkmaatschappij. De vorming van dergelijke machtsconcentraties is dikwijls een nadeel.

Juridische fusie of samensmelting

In het ontwerp van ons nieuwe B.W. is in art. 12 van de Algemene Bepalingen (titel I) van boek II, handelende over rechtspersonen een afzonderlijke regeling inzake fusies van n.v.'s opgenomen. Een dergelijke fusie - hierna ook wel samensmelting genoemd - kan tot stand komen hetzij doordat de twee samensmeltende n.v.'s een nieuwe n.v. vormen, hetzij doordat één van beide n.v.'s blijft voortbestaan en de andere hierin opgaat. Door de tot standkoming van de fusie worden beide n.v.'s - of één van hen - ontbonden. Door de fusie gaan tevens alle rechten en verplichtingen van de ontbonden n.v. over op de nieuwe n.v. of op de andere n.v. en wel onder algemene titel zodat de ontbonden n.v. hierdoor van al haar

[5]) Naar het oordeel van Prof. Mr. W. C. L. van der Grinten zal het bestuur ener n.v. de gehele onderneming in dochtervennootschappen mogen inbrengen, mits de uiteindelijke zeggensmacht bij het bestuur der n.v. blijft berusten. Vgl. Handboek voor de Naamlooze Vennootschap 7e druk blz. 426. Enigszins anders luidt het oordeel van Mr. F. J. W. Löwenstein op blz. 151/152 van zijn proefschrift: „Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap". Zie verder Prof. van der Grinten in: „De regels van het spel (oligarchie)" in de Naamlooze Vennootschap jrg. 1960/1961 blz. 173 e.v.

verplichtingen is ontslagen, daardoor tevens is vereffend en dus heeft opgehouden te bestaan. De aandeelhouders in deze ontbonden n.v. worden door de fusie automatisch aandeelhouder in die nieuw opgerichte n.v. of in de andere n.v.

Vergelijken wij de gevolgen aan een juridische fusie verbonden met de twee reeds eerder besproken methoden dan vallen de volgende verschilpunten op.

Bij de juridische fusie kan een aandeelhouder door een zij het gekwalificeerde, meerderheid juridisch gedwongen worden om aandeelhouder te worden in een andere n.v. Bij een fusie door aandelenruil is dit niet mogelijk aangezien daar iedere aandeelhouder zelfstandig moet beslissen en niet door een meerderheid kan worden verplicht aan de fusie zijn medewerking te verlenen.

Aangezien bij een juridische fusie alle rechten en verplichtingen onder algemene titel overgaan op een andere n.v. kan een samensmelting, dit in tegenstelling tot hetgeen wij bij de bedrijfsfusie zagen, niet (mede) afhankelijk worden van de toestemming van schuldeisers, verhuurders, licentiegevers e.d.

Zoals wij reeds opmerkten blijft èn bij een fusie door aandelenruil èn bij een bedrijfsfusie elk van de fuserende n.v.'s juridisch voortbestaan. Bij een samensmelting is dit niet het geval. Een samensmelting leidt er namelijk toe dat beide fuserende n.v.'s of tenminste één van beide tenietgaat zodat er na de fusie slechts één n.v. over is. Door de fusie ontstaat tevens één vennootschappelijke band tussen alle aandeelhouders van de beide n.v.'s.

III. FUSIE FISCAAL BEZIEN

Aangezien de inkomstenbelasting, de vennootschapsbelasting en het registratierecht de belangrijkste heffingen zijn, die bij een fusie verschuldigd kunnen worden, zullen wij ons tot deze drie heffingen beperken en achtereenvolgens nagaan welke problemen aan ieder van de hiervoorbesproken fusiemethoden zijn verbonden.[6])

Fusie door aandelenruil

Eenvoudigheidshalve beperken wij ons tot het geval waarin alle aandelen van de ene n.v. worden ingebracht in de andere n.v. aangezien de problemen die zich voordoen ingeval de aandelen van beide n.v.'s worden gebracht in een nieuw op te richten overkoepelende n.v. - houdstermaatschappij - in beginsel gelijk zijn.

Voorzover verschillen aanwezig zijn zal hierop worden gewezen.

1 Vennootschapsbelasting

Door de fusie is de ene n.v. (n.v. A) in het bezit gekomen van alle aandelen in de andere n.v. (n.v. B). N.v. A is dus moedermaatschappij geworden van n.v. B. Beide n.v.'s worden echter voor de vennootschapsbelasting als afzonderlijke belastingsubjecten behandeld. Voor beide n.v.'s moeten dientengevolge afzonderlijke fiscale winstberekeningen worden gemaakt en elk van beide wordt voor de door haar behaalde winst belast.

Teneinde een dubbele heffing van vennootschapsbelasting te voorkomen kent

[6]) Meer uitvoerige beschouwingen kan de belangstellende lezer vinden in ons proefschrift: „Fiscale problemen bij fusies van naamloze vennootschappen in Nederland en enkele andere landen van de Euromarkt", alsmede in „Fusie en fiscus" van Mr. F. H. M. Grapperhaus.

art. 10 van het Besluit op de vennootschapsbelasting 1941 (Vpb) aan de moedermaatschappij de deelnemingsvrijstelling toe. Op grond hiervan zijn winstuitdelingen door n.v. B aan n.v. A gedaan bij n.v. A vrijgesteld van vennootschapsbelasting. De deelnemingsvrijstelling is echter beperkt tot winstuitdelingen [7]). Niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen derhalve de waardeveranderingen in de deelneming zelve, dus koerswinsten en koersverliezen. Nu zijn er verschillende stelsels van waardering in overeenstemming met goedkoopmansgebruik te achten. In het algemeen zal het gekozen stelsel wel inhouden dat de deelneming niet hoger wordt gewaardeerd dan de kostprijs. Een waardestijging zal dan niet eerder tot de winst gaan behoren dan op het tijdstip dat de deelneming wordt vervreemd. Nu een koerswinst belast is maar een dividend niet, zal in dergelijke gevallen, alvorens tot verkoop wordt overgegaan, meestal wel worden getracht deze koerswinst te vervangen door een vrijgestelde dividenduitkering. Wordt het thans aanhangige ontwerp van Wet op de Vennootschapsbelasting 1960 als zodanig aanvaard dan zullen dergelijke geforceerde winstuitdelingen niet meer nodig zijn daar koerswinsten dan ook onder de deelnemingsvrijstelling zullen vallen. De keerzijde is dat verliezen voortaan fiscaal niet meer op de fiscale winst in mindering kunnen worden gebracht behoudens dan ingeval van liquidatie van de n.v. waarin wordt deelgenomen, in welk geval het op de deelneming geleden verlies fiscaal als last in aanmerking wordt genomen, vgl. art. 12 van genoemd wetsontwerp.

Het is zeer wel mogelijk - een mogelijkheid die ook thans aanwezig is - dat in bepaalde jaren bij de moedermaatschappij over door haar behaalde winsten belasting wordt geheven, terwijl de dochtermaatschappij verlies lijdt hetgeen in feite betekent dat in totaal gezien in dat jaar een hogere winst wordt belast dan door beide vennootschappen gezamenlijk in dat jaar is behaald. Dit kan worden voorkomen indien beide n.v.'s als een zgn. fiscale eenheid worden aangemerkt. Hiertoe opent art. 27 van het Besluit op de Winstbelasting 1940, welke bepaling ingevolge art. 32 Vpb nog steeds toepassing vindt, de mogelijkheid. Voorwaarde is dat de ene n.v. alle aandelen van de andere n.v. bezit. Het nieuwe wetsontwerp Vpb. 1960 handhaaft de mogelijkheid twee n.v.'s tot een fiscale eenheid samen te voegen. In feite betekent een fiscale eenheid dat bij de moedermaatschappij de activa en de passiva van de dochtermaatschappij in de plaats treden van het aandelenbezit en wel tegen dezelfde fiscale waarden als deze activa en passiva op het tijdstip van de totstandkoming van de fiscale eenheid bij de dochtermaatschappij luidden. Daarna kan de dochtermaatschappij civielrechtelijk worden ontbonden en vereffend zonder dat dit tot heffing van Vpb leidt.

Een voordeel van een fiscale eenheid is dat dan art. 15 Vpb geen toepassing meer kan vinden. Dit artikel houdt in dat geen rekening wordt gehouden met bedrijfskosten die verband houden met gedeelten van de winst die niet aan de Vpb zijn onderworpen. Onder deze bedrijfskosten vallen wat de deelneming betreft: beheerskosten, rente van schulden e.d. Bij een fiscale eenheid wordt de

[7]) Art. 10 Besluit Vpb bezigt weliswaar het begrip dividend, doch hieronder dient elke winstuitdeling in welke vorm dan ook gedaan, te worden verstaan: vgl. H.R. 23 april 1958 BNB 1958/179.

dochtermaatschappij geacht te zijn opgegaan in de moedermaatschappij, zodat fiscaal gezien geen vrijgestelde winstuitkeringen meer kunnen plaatsvinden, omdat de winsten van de dochtermaatschappij dan rechtstreeks worden toegerekend aan de moedermaatschappij.

Het ontwerp van wet op de Vennootschapsbelasting 1960 handhaaft art. 15 Vpb, slechts voorzover het zgn. buitenlandse deelnemingen betreft.

2 *Inkomstenbelasting*

Voor de heffing van inkomstenbelasting is het doelmatig onderscheid te maken tussen het geval waarin het aandelenbezit van één of meer aandeelhouders een aanmerkelijkbelang in de zin van art. 19 IB vertegenwoordigt en het geval waarin dit niet zo is. Immers indien geen der aandeelhouders in het bezit is van een aanmerkelijkbelang, heeft de aandelenruil voor de heffing van inkomstenbelasting geen directe gevolgen. Vertegenwoordigt echter het aandelenbezit van één of meer aandeelhouders wel een aanmerkelijkbelang dan behoort de winst die bij deze aandelenruil wordt behaald tot het inkomen en zal op daartoe gedaan verzoek op de voet van het bijzonder tarief van 20%-40% worden belast.

Indien deze ruil van aandelen plaatsvindt in het kader van een fusie, biedt art. 21a IB echter twee faciliteiten. [8])

De eerste faciliteit is dat de winst op daartoe gedaan verzoek, belast wordt op de voet van het tarief van 20%.

De tweede mogelijkheid is dat de heffing van IB wordt uitgesteld tot het tijdstip waarop de nieuw verkregen aandelen worden vervreemd. De verkrijgingsprijs van deze nieuwe aandelen moet in dat geval gesteld worden op de verkrijgingsprijs van de afgestane aandelen zodat de bij de fusie gerealiseerde aanmerkelijkbelangwinst wordt doorgeschoven naar de volgende vervreemding. Verder moet ten aanzien van alle aandeelhouders in de nieuwe n.v. (of in de andere n.v.) worden aangenomen dat door de aandeelhouders die van de doorschuiffaciliteit gebruik maakten slechts een bedrag is gestort gelijk aan hetgeen op de afgestane aandelen was gestort. Gevolg hiervan is dat bij inkoop van eigen aandelen, bij terugbetaling van kapitaal of in geval van liquidatie der n.v. een gedeelte van het bedrag dat als teruggaaf van gestort kapitaal wordt uitgekeerd voor de heffing van IB als dividend wordt aangemerkt. [9])

Het is zeer wel mogelijk dat de in het kader van de fusie verkregen, in tegenstelling tot de afgestane, aandelen geen aanmerkelijkbelang meer vormen. De nieuw verkregen aandelen worden dan, tenminste indien van de doorschuiffaciliteit gebruik werd gemaakt, bij wetsfictie als een aanmerkelijkbelang aan-

---

[8]) Een fusie in de zin van art. 21a IB wordt aanwezig geacht: a. ingeval een of meer hier te lande gevestigde vennootschappen alle of nagenoeg alle aandelen in en winstbewijzen van een andere zodanige vennootschap verkrijgen tegen eigen aandelen of winstbewijzen, en b. ingeval zulks geschiedt ten einde in financieel en economisch opzicht het bedrijf van laatstbedoelde vennootschap en dat van een andere duurzaam in een eenheid samen te brengen.

[9]) In artikel 36a wetsontwerp IB 1960 wordt hetgeen thans in één bijzonder geval geldt, tot algemene regel. Artikel 36a luidt: „Voor zover de storting op aandelen in een vennootschap bestaat in aandelen in een andere vennootschap, wordt, behoudens voor de toepassing van artikel 49, ten aanzien van alle aandeelhouders slechts als gestort aangemerkt hetgeen op de laatstbedoelde aandelen is gestort."

gemerkt. Een dergelijk fictief aanmerkelijkbelang is een hoogst persoonlijke aangelegenheid; het vervalt namelijk bij overlijden en ook bij schenking. Van belang is verder dat bij een fictief aanmerkelijkbelang de claim van de fiscus niet meer toeneemt doordat deze claim alleen rust op het verschil tussen de geldswaarde [10]) van de afgestane aandelen ten tijde van de fusie en de verkrijgingsprijs; waardestijgingen optredende na de fusie zijn dus vrij van IB. In tegenstelling tot het reële aanmerkelijkbelang eindigt een fictief aanmerkelijkbelang niet door tijdsverloop (5 jaarstermijn).

Indien één of meer aandelen in de fuserende n.v.'s behoren tot een bedrijfsvermogen, kunnen de nieuw verkregen aandelen worden gewaardeerd tegen de fiscale boekwaarde van de afgestane aandelen, aldus Res. 8 februari 1960 BNB 1960/93.

Komt een fusie tot stand door omwisseling van aandelen van de ene n.v. (n.v. A) in aandelen in de andere n.v. (n.v. B) dan zal de koers van uitgifte van de nieuwe aandelen afhankelijk zijn van de reële waarde van de aandelen n.v. B. Is n.v. B ondergekapitaliseerd dan zal de koers van uitgifte de parikoers overtreffen; voorzover dit het geval is is een agioreserve aanwezig. Blijkens resolutie van 7 juni 1961, Bel. Ber. I. 1873 komt dit agio echter niet voor een belastingvrije uitdeling in aandelen in aanmerking zodat het niet mogelijk is de bestaande onderkapitalisatie door uitdeling van een agiobonus op te heffen.

Zou de voorgenomen fusie echter worden verwezenlijkt door oprichting van een nieuwe overkoepelende n.v. dan kan het nominaal bedrag van de aandelen van deze nieuwe n.v. wel worden aangepast aan de reële waarde van de in te brengen aandelen n.l. door de koers van uitgifte bijv. te stellen op 100 %.

3 Registratierecht

Bij de fusie is registratierecht - kapitaalsrecht ad 2½ % - verschuldigd over het nominaal bedrag van de nieuw uit te geven aandelen. Overtreft het op deze aandelen gestorte bedrag de nominale waarde dan is ook over het meerdere - het agio - registratierecht verschuldigd.

Teneinde de belemmeringen die de heffing van registratierecht in deze met zich brengt zoveel mogelijk weg te nemen heeft de Staatssecretaris bij aanschrijving van 28 september 1962 Bel. Ber. D.O. 1087 bekend gemaakt dat hij in beginsel bereid is het bij een fusie verschuldigde kapitaalsrecht te verminderen tot ¾ % van het nominaal bedrag van de nieuw uit te geven aandelen. Dit leidt uitzondering indien bij de fusie winstreserves worden omgezet in kapitaal, bijv. doordat het nominaal bedrag van de nieuw uit te geven aandelen het nominaal bedrag van de in te brengen aandelen overtreft. Alsdan moet worden nagegaan hoeveel op deze hogere nominale waarde is gestort; over dit gedeelte van de inbreng blijft het normale tarief ad 2½ % verschuldigd.

Bedrijfsfusie

Aannemende dat de fusie tot stand komt door inbreng van het gehele vermogen van de ene n.v. (n.v. A) in een andere n.v. (n.v. B) tegen uitgifte van aandelen in deze n.v., zullen hieraan de volgende fiscale gevolgen zijn verbonden.

---

[10]) De geldswaarde kan afwijken van de reële waarde. Zie HR 28 febr. 1962 BNB 1962/157 m.o.v. Prof. Dr. M. J. H. Smeets.

1 Vennootschapsbelasting

Bij de inbreng zal de inbrengende n.v. (n.v. A) fiscaal tot haar winst moeten rekenen de op dat tijdstip gerealiseerde (stille) reserves. N.v. A zal dientengevolge vennootschapsbelasting verschuldigd worden over het verschil tussen de geldswaarde van de als tegenprestatie ontvangen aandelen B en het fiscaal vermogen op het tijdstip vóór de inbreng, welk verschil vermeerderd moet worden met de eventueel aanwezige fiscaal toelaatbare reserves. Een directe betaling van vennootschapsbelasting kan worden voorkomen door gebruik te maken van het bepaalde in art. 18 lid 2 Vpb. Dit artikel dat kennelijk is geschreven om fusies te vergemakkelijken houdt in dat de winst door n.v. A behaald voor de heffing van Vpb. buiten aanmerking blijft indien de latere heffing van Vpb. over deze winst verzekerd blijft. Aan deze voorwaarde wordt voldaan indien n.v. B de verplichting op zich neemt voor de fiscale winstberekening de door n.v. A ingebrachte activa en passiva voor dezelfde waarden op te nemen als waarvoor deze op de laatste fiscale vermogensopstelling van n.v. A werden vermeld. Op deze wijze treedt n.v. B fiscaal gezien, geheel in de plaats van n.v. A. [11])

Toepassing van art. 18 lid 2 Vpb. is alleen mogelijk indien alle activa en passiva worden overgedragen en de contraprestatie uitsluitend uit aandelen bestaat. Deze stringente voorwaarden betekenen een belemmering zowel bij fusies als bij interne reorganisaties. Gezien het economische belang van beide blijkt de Minister van Financiën tot een ruimere toepassing bereid. [12])

2 Inkomstenbelasting

De fusie brengt in de fiscale positie van de aandeelhouders n.v. A en n.v. B geen wijziging. Zij blijven immers aandeelhouder in de n.v. waarin zij vóór de fusie reeds aandelen bezaten. Alleen de aard van de werkzaamheden van beide n.v.'s wijzigt zich daar n.v. A van een werkmaatschappij een holding-company van aandelen B is geworden en n.v. B er een bedrijf bij heeft gekregen. Door de fusie wordt het geplaatste aandelenkapitaal van n.v. B belangrijk groter. Daardoor is het mogelijk dat voordien-bestaande aanmerkelijkbelangposities gaan verdwijnen. Verder zal, indien de aandelen B boven pari noteerden, bij de uitgifte van de nieuwe aandelen B een agioreserve ontstaan. Deze reserve kan met gebruikmaking van de zgn. agioresolutie van 13 mei 1957 Bel. Ber. I. 1207 voor de uitreiking van bonusaandelen worden aangewend zonder dat dit tot heffing van IB leidt. Aangezien de agioreserve een commercieel gegeven is, is het hierbij n.o.m. niet van belang of bij de inbreng door n.v. A art. 18 lid 2 Vpb. al dan niet toepassing heeft gevonden.

3 Registratierecht

N.v. B is aan kapitaalsrecht verschuldigd 2½ % over het nominaal bedrag van de door haar nieuw uit te geven aandelen. Overtreft hetgeen door n.v. A

[11]) Voor een nadere bespreking van art. 18 lid 2 Vpb. mogen wij verwijzen naar: „Fiscale Problemen bij fusies van n.v.'s" blz. 36 e.v.

[12]) Art. 13 van het ontwerp van wet op de Vennootschapsbelasting 1960 stelt eveneens ruimere toepassingsmogelijkheden in het vooruitzicht. Een fiscale afrekening kan dan na verkregen goedkeuring van de Minister steeds achterwege blijven bij overdracht van een onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan. Voorwaarde is alleen dat de latere heffing van Vpb. verzekerd blijft.

op deze aandelen wordt gestort het nominaal bedrag van deze aandelen dan is ook over het meerdere kapitaalsrecht verschuldigd.

Blijkens de hiervoor genoemde aanschrijving van 28 september 1962 is de Staatssecretaris ook bij een bedrijfsfusie bereid het tarief van 2½ % over de waarde van de inbreng terug te brengen tot ¾ % over het nominale bedrag van de nieuw uit te geven aandelen B. Ook hier geldt weer de beperking dat geen winstreserves worden omgezet in aandelenkapitaal. Is dit wel het geval dan is naast voormeld tarief van ¾ % nog aan recht verschuldigd 2½ % over de waarde van hetgeen wordt ingebracht terzake van het verhoogde nominale bedrag.

Juridische fusie of samensmelting

Ingeval de ene n.v. (n.v. A) zich door middel van een juridische fusie oplost in een andere n.v. (n.v. B), met deze n.v. samensmelt, heeft dit de volgende fiscale consequenties.

1 *Vennootschapsbelasting*

Aangezien n.v. A ophoudt te bestaan zal een fiscale afrekening moeten plaatsvinden zodat de reserves die nog niet eerder werden belast tot de winst van het laatste jaar moeten worden gerekend. Aangenomen mag worden dat de faciliteiten die art. 18 lid 2 Vpb. biedt ook op een juridische fusie van toepassing zullen zijn, [13]) zodat, ingeval n.v. B de activa en passiva van n.v. A fiscaal opneemt tegen de fiscale waarden zoals deze bij n.v. A luidden, bij n.v. A geen fiscale afrekening zal behoeven plaats te vinden, en de fusie dus zonder een directe betaling van Vpb. kan worden verwezenlijkt.

2 *Inkomstenbelasting*

Uit de jurisprudentie ten aanzien van in Nederland wonende aandeelhouders in Amerikaanse n.v.'s [14]) blijkt dat indien deze n.v.'s tot een fusie (merger of consolidation) naar Amerikaans recht besluiten en de ten gevolge van deze fusie nieuw verkregen aandelen een hogere waarde hebben dan de oude aandelen, het meerdere als een bonusaandeel moet worden aangemerkt. Over dit hogere nominale bedrag is - aldus de Hoge Raad - inkomstenbelasting op de voet van het normale progressieve tarief verschuldigd. Aangezien een „merger of consolidation" eenzelfde rechtsfiguur is als de in het ontwerp B.W. voorgestelde juridische fusie of samensmelting, zal dientengevolge, indien n.v. A zich oplost in n.v. B en het nominale bedrag van de aandelen B het op de aandelen A gestorte bedrag overtreft, inkomstenbelasting verschuldigd zijn over het voordelig verschil.

---

[13]) Zie: Fiscale Problemen bij fusies van n.v.'s, blz. 54/55. Art. 18 lid 2 is in feite overgenomen uit de Duitse Körperschaftsteuergesetz. De nagenoeg gelijkluidende bepaling van paragraaf 15 lid 2 uit deze wet is aldaar opgenomen onder het hoofd: „Verschmelzung (Fusion) und Umwandlung". Nu is een Verschmelzung naar Duits recht eenzelfde juridische figuur als de samensmelting of juridische fusie ex art. 12 van ons nieuwe B.W.

[14]) Vgl. o.m. het arrest van de Hoge Raad van 18 februari 1959 BNB 1959/124 betreffende de „consolidation" tussen Remington Rand Inc. en Sperry Corporation, tengevolge waarvan een geheel nieuwe vennootschap ontstond nl. de Sperry Rand Corporation, waarin de beide eerstgenoemde vennootschappen zich geheel oplosten.

Dat deze heffing van IB een belangrijke belemmering zal betekenen voor de toepassing van de in het ontwerp B.W. opgenomen fusiemogelijkheid spreekt wel voor zich.

3 Registratierecht

Over het nominale bedrag van de nieuw uit te geven aandelen zal 2½ % aan kapitaalsrecht verschuldigd zijn. Deze heffing vindt haar grond in art. 46 lid 3 van de Registratie Wet, inhoudende dat met geplaatst kapitaal gelijk wordt gesteld het bedrag ten belope waarvan toekenning van aandelen plaats heeft zonder inbreng door degene te wiens behoeve de toekenning geschiedt. Aangezien de rechten en verplichtingen van n.v. A krachtens de fusie onder algemene titel overgaan op n.v. B vindt een storting of inbreng door de aandeelhouders A of de n.v. A zelve niet plaats, zodat de heffing van registratierecht overeenkomstig genoemd art. 46 lid 3 beperkt blijft tot het nominale bedrag van de nieuw uit te geven aandelen B.

Het vorenstaande overziende blijkt dat zowel voor fusies door middel van aandelenruil als voor de zgn. bedrijfsfusies fiscale faciliteiten in het leven zijn geroepen opdat fusies op zo eenvoudig mogelijke wijze en zonder juridische omwegen kunnen worden verwezenlijkt. In aanmerking nemende dat èn de wetgever en de Minister van Financiën er naar streven fusies fiscaal gezien zo weinig mogelijk te belemmeren mag n.o.m. worden verwacht dat bij de invoering van de in het ontwerp B.W. opgenomen fusiemethode, de belastingwetgeving aan deze nieuwe rechtsfiguur zal worden aangepast opdat ook deze fusiemethode veelvuldig toepassing zal kunnen vinden.