

HC13 – 19 maart '18 – Fusies en splitsingen

Art. 14, 14a en 14b VPB zijn van belang voor fuserende of splitsende lichamen. Voor deelgenoten in fuserende of splitsende lichamen zijn art. 8 VPB en 3.55-57 IB van belang, samen met de artikelen voor de deelnemingsvrijstelling (art. 13h – 13k VPB). Fusies en splitsingen kunnen voor een deel een alternatief vormen voor de functies van de FE. Onder voorwaarden hoeft er bij fusies en splitsingen namelijk niet afgerekend te worden: waardoor de reorganisatie mogelijk is, die ook bij de FE mogelijk is. De FE gaat in de toekomst misschien veranderen (door rechtspraak van het HvJ). Er zijn een aantal fusievormen: de aandelenoverdracht (aandelenruil), de bedrijfsfusie, de juridische splitsing (zuivere splitsing en afsplitsing) en de juridische fusie.

De aandelenruil (aandelenfusie): er zijn twee lichamen, A BV en B BV. Op een gegeven moment neemt B BV de aandelen in A BV over van haar aandeelhouders, tegen uitreiking van aandelen in B BV aan de aandeelhouders van A BV. In beginsel zou er moeten worden afgerekend over de vervreemding van de aandelen: maar dit valt onder de deelnemingsvrijstelling (art. 13 VPB), tenzij ze een belang hebben van minder dan 5% (dan kan er eventueel nog een beroep worden gedaan op de aandelenfusiefaciliteit uit de Fusierichtlijn en art. 8 VPB jo. art. 3.55 IB en 13h en 13i VPB).

Bedrijfsfusie

De bedrijfsfusie: de overdragende vennootschappen O1 en O2 dragen hun activa en passiva over aan de overnemende vennootschap O1+O2 en deze vennootschap reikt als tegenprestatie aandelen uit aan O1 en O2. Zij worden dan aandeelhouder in de overnemende vennootschap (dochter). In beginsel moet over de vervreemding van de activa en passiva worden afgerekend, maar onder voorwaarden geldt de bedrijfsfusiefaciliteit (Fusierichtlijn en art. 14 VPB): er hoeft dan niet worden afgerekend over de vervreemding. Art. 14 VPB moet richtlijnconform worden uitgelegd. Dit is alleen mogelijk als de activa/passiva-overdracht gaat tegen uitreiking van aandelen of daarmee vergelijkbare titels. Lid 1 bevat de ongecompliceerde bedrijfsfusie (zonder verzoek aan de inspecteur mogelijk). Lid 2 bevat de gecompliceerde bedrijfsfusie (met verzoek aan de inspecteur en onder het opleggen van nadere voorwaarden). Er moet ook aan de antimisbruikvoorwaarde worden voldaan (lid 4), naast de voorwaarden van lid 1. Als niet aan de voorwaarden van lid 1 is voldaan, maar wel aan de antimisbruikvoorwaarde, kan er nog een beroep worden gedaan op lid 2.

Antimisbruikvoorwaarde: de bedrijfsfusie mag niet in overwegende mate (het is de doorslaggevende reden) zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (IB of VPB). De voorwaarde wordt ook teruggevonden in art. 14a en 14b en voor de aandeelhouders. Als het begrip ontgaan subjectief wordt uitgelegd, komt het in principe bij elke bedrijfsfusie voor, omdat er niet hoeft te worden afgerekend over de stille reserves in activa of passiva, maar zolang dit niet de doorslaggevende reden is voor de bedrijfsfusie (in overwegende mate), is er toch voldaan aan de antimisbruikvoorwaarde. Bij een bedrijfsfusie zal het uitstellen van belastingheffing niet snel voorkomen, maar wel bij de andere fusievormen. Er zijn een aantal ficties wanneer er sprake is van in overwegende mate ontgaan of uitstellen: ontbreken van zakelijke motieven op het niveau van de overdrager of overnemer, alleen een zakelijk motief bij de aandeelhouders is onvoldoende (herstructureren of rationaliseren van de actieve werkzaamheden van de overdrager en overnemer is wel zakelijk!) of binnen drie jaar na de bedrijfsfusie overdragen van aandelen in de overdrager of overnemer aan een niet verbonden lichaam. Tegen deze ficties is wel tegenbewijs mogelijk.

Vb. A houdt de aandelen in de werkmaatschappij B. B heeft een fabriekshal waarin het bedrijf wordt gerund. De fabriekshal wordt te klein en B gaat een nieuwe fabriekshal huren, wat moet er gebeuren met de oude fabriekshal? Een HIR is hier niet mogelijk.

Toch wil B wel graag de stille reserve onbelast realiseren. Ze gaan dus het bedrijf overdragen en niet de fabriekshal via de bedrijfsfusiefaciliteit (art. 14 lid 1 VPB). B draagt het bedrijf over aan C en krijgt daar aandelen in C voor terug. B is de overdrager en C is de overnemer. Zolang A en B als enige gerechtigd blijven in het bedrijf in C, is er niet in overwegende mate sprake van ontgaan of uitstellen van de VPB in deze fase (art. 14 lid 4 VPB). Vervolgens wil A af van B, maar dat kan niet, omdat B de tussenschakel is tussen A en C. B draagt de aandelen in C over aan A. Hierdoor wordt A als enige gerechtigd in C (de fictie van overdragen binnen drie jaar is niet van toepassing, omdat het gaat om een verbonden lichaam). Als A dan vervolgens de aandelen in B vervreemd aan een niet verbonden lichaam, dan is alsnog de fictie van vervreemding binnen drie jaar in werking treedt: er is dan niet meer voldaan aan de antimisbruikvoorwaarde, waardoor de bedrijfsfaciliteit van art. 14 lid 1 VPB moet worden teruggedraaid.

Tegenbewijs is mogelijk met betrekking tot het voornemen tot vervreemding van de aandelen (het gaat dan om de bedoeling op het moment van de bedrijfsfusie). Als er op het moment van de bedrijfsfusie nog geen koper in zicht is, treedt de fictie niet in werking en wordt de faciliteit niet ongedaan gemaakt (arrest HR). Als de antimisbruikvoorwaarde binnen de driejaarstermijn wel in werking treedt wordt de faciliteit teruggedraaid. Rechtbank: het ging om de verkoop van de OZ-portefeuille (verhuur en handel in onroerende zaken). Het VPB-lichaam wilde hiervan af en had een koper gevonden. Ze hadden de onderhandelingen tot vervreemding al gestart en besloten toen om eerst een bedrijfsfusie aan te doen om belastingheffing te voorkomen. Dan treedt de fictie dus wel in werking (als de vervreemding binnen drie jaar plaatsvindt) en is niet voldaan aan de antimisbruikvoorwaarde. De bewijslast voor zakelijke motieven ligt altijd bij de belanghebbende. Als de onderhandelingen waren mislukt, dan had er waarschijnlijk wel gebruik kunnen worden gemaakt van de faciliteit.

Art. 14 lid 1 VPB kan worden gebruikt zonder goedkeuring van de inspecteur, zolang maar is voldaan aan de elf voorwaarden. In de zin van lid 1 is de overnemer het lichaam dat de vereiste tegenprestatie kan leveren en de overdrager is de belastingplichtige.

HC14 – 20 maart '18 – Fusies en splitsingen (vervolg)

Voorwaarde 1: Overdracht van een onderneming (of een zelfstandig onderdeel daarvan). Het gaat met name om de overdracht van het economische eigendom. Voorwaarde 2: tegen uitreiking van aandelen (moeten een adequate tegenprestatie vormen). Er mag beperkt worden afgerond in contanten: 1% van het gestorte kapitaal maar maximaal 4500 euro (zodat er geen delen van aandelen uitgereikt hoeven te worden). Voorwaarde 3: Zelfde winstregime voor overdrager en overnemer (totaalwinstbepaling, goedkoopmansgebruik hoeft niet gelijk te zijn). Voorwaarde 4: de overnemer mag geen voorwaarts te verrekenen verliezen hebben (om misbruik van een verliesvennootschap tegen te gaan, vergelijkbaar met art. 20a VPB). Als de overdrager ophoudt belastingplichtig te zijn kunnen onder voorwaarden de verliezen toch overgaan naar de ondernemer (beperkt verrekenbaar).

Voorwaarde 5: overnemer heeft geen aanspraak op een regeling ter voorkoming van dubbele belastingen. Voorwaarde 6: overnemer heeft geen aanspraak op de toepassing van de innovatiebox. Voorwaarde 7: overnemer heeft geen aanspraak op de objectvrijstelling. Voorwaarde 8: overnemer heeft geen aanspraak op deelnemingsverrekening. Voorwaarde 9: overnemer heeft geen aanspraak op verrekening van buitenlandse ondernemingswinsten. Voorwaarde 10: overdrager heeft geen aanspraak op de innovatiebox.

Voorwaarde 11: latere heffing moet verzekerd zijn: de fiscale claim moet veilig worden gesteld. Indeplaatstredingsfictie: overdrager neemt claims over die rusten op de overdrager: stille reserves (door het overnemen van de fiscale boekwaarden), fiscale reserves, investeringsaftrek en latente sancties.

Als de latere heffing niet verzekerd is, moet er alsnog worden afgerekend. Daarbij is soms wel uitstel van betaling mogelijk op basis van art. 25a VPB.

Hof Den Bosch: Overgang kavels grond in het kader van een juridische fusie gevolgd door vervreemding van de kavels door de verkrijger. De juridische fusie verloopt geruisloos, daardoor werd er winst gemaakt op de verkoop van de kavels. Mag er een HIR worden gevormd door de verkrijger? De inspecteur vond van niet, omdat toen de verkrijger besloot om de kavels te verkopen na de fusie, de kavels volgens hem geen bedrijfsmiddelen meer waren, maar voorraad en voor voorraad kan geen HIR worden gevormd. Door de indeplaatstredingsfictie besliste het hof dat de kavels hun status van bedrijfsmiddelen wel behielden en dat er dus ook een HIR mocht worden gevormd.

Art. 14 lid 2 VPB: geruisloze bedrijfsfusie met goedkeuring indien niet aan de voorwaarden van lid 1 is voldaan (voorwaarde 1 en 2 moet wel aan zijn voldaan, net als de antimisbruikvoorwaarde). Lid 2 verloopt grotendeels hetzelfde als lid 1: overdrager = belastingplichtige en de overnemer = lichaam dat de vereiste tegenprestatie kan leveren. Bij lid 2 worden nadere voorwaarden gesteld om misbruik te voorkomen. Hier zijn standaardvoorwaarden voor gepubliceerd (in de wettenbundel opgenomen). De HR gaat in de laatste instantie over de uitlegging van de standaardvoorwaarden. Er moet een verzoek worden gedaan bij de inspecteur om lid 2 toe te passen. Er kunnen naast de standaardvoorwaarden per individuele belastingplichtige nog nadere voorwaarden worden gesteld, dit zijn geen rechtsregels en de HR gaat dus niet over de uitleg. Inbreng met terugwerkende kracht tot voor het moment van de voorovereenkomst tot oprichting van een nieuwe vennootschap is mogelijk (zie hiervoor de toelichting op de standaardvoorwaarden punt 4). Het opgeofferde bedrag in deelneming ontstaat in de overnemer (art. 14 lid 3 VPB).

Juridische splitsing

Hier kan een onderscheid worden gemaakt tussen de zuivere splitsing (een vennootschap splitst in tenminste twee nieuwe vennootschappen en verdwijnt zelf, aandeelhouders worden aandeelhouders in de nieuwe vennootschappen) en de afsplitsing (de splitsende vennootschap blijft wel bestaan, maar het vermogen gaat geheel of gedeeltelijk over naar tenminste twee verkrijgende vennootschappen, de aandeelhouders worden ook aandeelhouders in de nieuwe vennootschappen of de splitsende vennootschap wordt aandeelhouder in de verkrijgende vennootschappen). Dit wordt geregeld in boek 2 titel 7 BW, art 14a VPB (niveau lichamen) en art. 3.56 IB (niveau aandeelhouders).

Een splitsing kan met geruis gaan: art. 14a lid 1 VPB en art. 3.56 lid 1 IB. Bij de zuivere splitsing is er een overdracht en geldt de stakingsfictie. Bij de afsplitsing is er alleen de overdracht. Er moet worden afgerekend over stille reserves en claims. Er is geen overgang van verliezen en er is behoudens uitzonderingen geen indeplaatstredingsfictie. De geruisloze splitsing is geregeld in art. 14a lid 2 en 3 VPB en art. 3.56 lid 2 IB. Hiervoor geldt de vestigingsplaatsseis van art. 14a lid 11 (gevestigd in het EU/EER-gebied) en de antimisbruikvoorwaarde (vergelijkbaar als bij de bedrijfsfusie): geen in overwegende mate ontgaan of uitstellen van belastingheffing (lid 6). Bij een ruziesplitsing zal hieraan in de regel zijn voldaan. De splitsende vennootschap splitst in twee vennootschappen (zuivere splitsing), aandeelhouders a en b hebben ruzie met elkaar, dus a wordt aandeelhouder in de ene verkrijgende vennootschap en b in de andere verkrijgende vennootschap. HR: als er tussen de aandeelhouders ruzie is en dit het voortbestaan van de onderneming bedreigt, dan wordt ervan uit gegaan dat het ontgaan of uitstellen van belastingheffing niet in overwegende mate aanwezig is. Eventueel ontstaat er een overbedelingsschuld/vordering, als de activa en passiva niet precies door de helft kunnen worden verdeeld. Dit is op het niveau van de vennootschappen en niet op het niveau van de aandeelhouders.

Vb. Ruziesplitsing zonder ruzie. Verdwijvende vennootschap was een onroerendezaakvennootschap. Aandeelhouder A wilde op termijn uit de onderneming stappen. Er zitten onvoldoende liquide middelen in de splitter, die gaat dan nog een banklening aan. De splitter wordt gesplitst in vennootschap 1 en 2.

De liquide middelen gaan naar 1, waarvan A de aandeelhouder is. De onroerende zaak en de schuld gaan naar 2, waarvan B de aandeelhouder is. Hierdoor wordt het in de toekomst makkelijker voor A om uit de onderneming te stappen. De uitkomst is hetzelfde als bij een ruziesplitsing, zonder dat er sprake was van ruzie. Ze gebruikten deze constructie om de splitsing geruisloos te laten verlopen. De inspecteur vond dat er niet werd voldaan aan de antimisbruikvoorwaarde. De rechter bevestigde dit, omdat hier eigenlijk sprake was van een uitkoop van A. Normaal zou A daar IB (box 2) over moeten betalen. Door deze faciliteit zou dit worden vermeden, daarom mocht deze splitsing niet geruisloos verlopen.

Er gelden twee ficties wanneer er wordt aangenomen dat er niet is voldaan aan de antimisbruikvoorwaarde: ontbreken van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisatie actieve werkzaamheden splitser of verkrijgers of vervreemding van de aandelen in de verkrijger of de splitters binnen drie jaren aan een niet-verbonden lichaam. Tegenbewijs tegen deze ficties is mogelijk. De gevolgen van misbruik is dat er moet worden afgerekend over alle overgegangene vermogensbestanddelen. De belastingschuld bij overtreden van het vervreemdingsverbod: zuivere splitsing, de schuld wordt opgelegd aan de splitser, maar de verkrijgers zijn aansprakelijk.

Het is mogelijk om de splitsing zonder geruis te gebruiken om een bepaalde divisie van de onderneming af te stoten. S is betrokken bij een overname door D, maar D neemt alleen over nadat bepaalde activiteiten zijn afgestoten. Dit gaat door een juridische afsplitsing, de activiteiten worden ondergebracht in V1, op dat moment is ook al duidelijk dat O het afgestoten bedrijfsdeel uiteindelijk zou overnemen (geen verbonden lichaam). De HR heeft beslist dat de fictie van vervreemding binnen drie jaar in deze situatie niet van toepassing is. In deze situatie is de splitsing niet in overwegende mate ingegeven door belastingontwijking. De afsplitsing is een gevolg van de beslissing van de EU-commissie en het feit dat dit de ene manier was om de overdracht van het af te stoten bedrijfsdeel mogelijk te maken.

De splitsing zonder geruis (art. 14a lid 2 VPB) heeft dezelfde wettelijke voorwaarden als art. 14 lid 1, m.u.v. de ondernemingseis en de uitreiking van aandelen. Indien aan één of meer van deze voorwaarden niet is voldaan is de faciliteit op verzoek toch mogelijk tegen nadere voorwaarden (standaardvoorwaarden, in de bundel opgenomen). Er moet uiteraard wel aan de antimisbruikvoorwaarde zijn voldaan.

Juridische fusie

In deze figuur gaan bijvoorbeeld V1 en V2 samen in VK (wordt daarvoor opgericht) die hun vermogen onder algemene titel verkrijgt. Of V1 draagt haar vermogen onder algemene titel over aan VK (bestaat al). De nationale juridische fusie is geregeld in art. 309 e.v. Boek 2 BW en de grensoverschrijdende fusie in art. 333b e.v. Boek 2 BW. Het fiscale regime is geregeld in art. 14b VPB (niveau lichamen) en art. 3.57 IB (niveau aandeelhouders) en is grotendeels hetzelfde als bij de juridische splitsing.