

Moeder-dochterfusie en zusterfusie: mooie middelen bij een herstructurering

In de huidige tijd houden veel bedrijven hun structuur kritisch tegen het licht. Vennootschappen waar (nagenoeg) geen activiteiten in zitten of die (nagenoeg) dezelfde activiteiten uitoefenen, zouden samen kunnen gaan. Eén van de civielrechtelijke methoden om dit te bereiken, is die van de juridische fusie. In dit artikel richt ik mij enkel op de moeder-dochterfusie en de zusterfusie. Uitgangspunten zijn de bv als rechtsvorm, de fusie in binnenlandse verhoudingen en geen natuurlijke personen als aandeelhouders. Een overzicht van diverse juridische en fiscale aspecten.



Bart van der Vorm
Mr. B.L. van der Vorm FB is belastingadviseur bij ESJ Accountants & Belastingadviseurs te Breda.

De civielrechtelijke bepalingen over de juridische fusie zijn geregeld in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) in de artikelen 308 tot en met 333l.

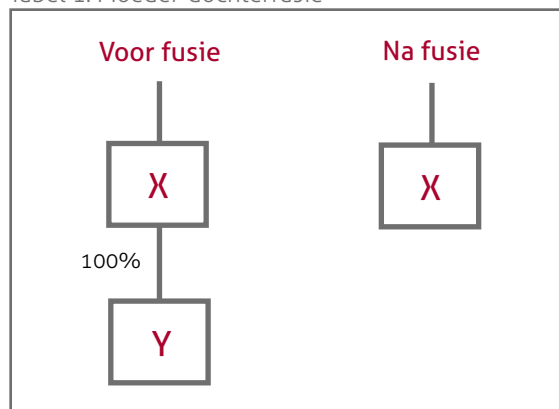
Een belangrijk gevolg van een juridische fusie is het feit dat er altijd sprake is van een verkrijgende vennootschap (hierna: verkrijger) en een verdwijnende vennootschap (hierna: verdwijner). De verdwijner houdt als gevolg van de fusie van rechtswege op te bestaan. Voor deze beëindiging behoeven daarom geen aparte rechtshandelingen te worden uitgevoerd, anders dan volgens de juridische fusie. Een formele ontbinding/liquidatie van de verdwijner is dus niet nodig. Een ander gevolg van de juridische fusie is de overgang onder algemene titel van het vermogen van de verdwijner (artikel 3:80, lid 2, BW). De hoofdregel is dat de verkrijger integraal de rechtspositie van de verdwijner inneemt. Enkele uitzonderingen op deze hoofdregel laat ik hierbij buiten beschouwing. De overgang onder algemene titel betekent dat niet voor elke afzonderlijke bezitting of schuld, de goederenrechtelijke wijze van levering dient te worden uitgevoerd. Wel is bijvoorbeeld bij de overgang van onroerende zaken nog registratie bij het Kadaster verplicht. Onder de overgang onder algemene titel vallen in principe ook contracten en de hieruit voortvloeiende verplichtingen. Tot slot kan de beëindiging van het aandeelhouderschap van de verdwijner als een belangrijk gevolg worden be-

schouwd. Hoofdregel is dat de aandeelhouders van de verdwijner aandeelhouder worden in de verkrijger. Zoals hierna zal blijken, geldt dit niet bij de moeder-dochterfusie en de zusterfusie.

Moeder-dochterfusie

Bij een moeder-dochterfusie is de Ausgangssituatie dat de verkrijger (lees: moedermaatschappij) 100% van de aandelen houdt in de verdwijner (lees: dochtermaatschappij). De moeder-dochterfusie is nader omschreven in artikel 2:333, lid 1, BW en kan als volgt geschetst worden:

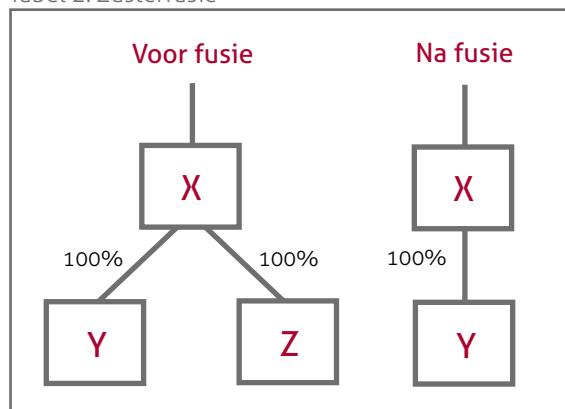
Tabel 1: Moeder-dochterfusie





Zoals reeds opgemerkt, geldt in zijn algemeenheid dat bij een juridische fusie de aandeelhouders in de verdwijner van rechtswege aandeelhouder worden in de verkrijger. Aangezien bij een moeder-dochterfusie de moedermaatschappij (verkrijger) al alle aandelen houdt in de dochtermaatschappij (verdwijner), behoeven er als gevolg van de fusie geen aandelen te worden uitgereikt aan de aandeelhouder(s) van de verdwijner. Als deze situatie zich voordoet, dan stelt artikel 2:333, lid 1, BW dat de fusie op een vereenvoudigde wijze kan plaatsvinden. Deze vereenvoudiging zit hem in het feit dat er geen ruilverhouding behoeft te worden vastgesteld. Hierdoor vervallen de artikelen 2:326 BW tot en met 2:328 BW, die toezien op de vermelding over de ruilverhouding in het fusievoorstel en in de toelichting op het fusievoorstel, alsmede het onderzoek en de verklaring van een accountant over de ruilverhouding.

Tabel 2: Zusterfusie



Zusterfusie

Bij een zusterfusie is de uitgangssituatie dat de aandelen in de verkrijger en de verdwijner (samen vormen zij de zustersvennootschappen) voor 100% worden gehouden door dezelfde moedermaatschappij. Artikel 2:333, lid 2, BW ziet toe op de zusterfusie en deze kan worden weergegeven als in Tabel 2: Zusterfusie.

Aangezien de aandelen van zowel de verkrijger als de verdwijner in handen zijn van dezelfde aandeelhouder (moedermaatschappij), stelt artikel 2:333, lid 2, BW, evenals lid 1, dat de juridische fusie vereenvoudigd kan plaatsvinden. De artikelen 2:326 BW tot en met 2:328 BW zijn eveneens niet van toepassing.

Verloop juridische fusie in hoofdlijnen

Bij de totstandkoming van een juridische fusie dienen de nodige civielrechtelijke stappen te worden genomen. De volgende stappen gelden voor alle fusievormen, óók voor de moeder-dochterfusie en de zusterfusie:

- Allereerst stellen de besturen van de fusierende rechtspersonen een fusievoorstel op met een toelichting (artikel 2:312 en 2:313 BW).
- Daarna dienen deze stukken samen met de drie laatst gepubliceerde jaarrekeningen en jaarverslagen te worden gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel (2:314, lid 1, BW). Tevens worden deze, inclusief de niet openbare jaarrekeningen en jaarverslagen, ter inzage gelegd op het kantoor van de fusierende rechtspersonen (2:314, lid 2, BW). Overigens geldt dat de cijfers van het laatste boekjaar niet ouder mogen zijn dan zes maanden. Indien deze niet aanwezig zijn, dienen tussentijdse cijfers te worden opgesteld (2:313, lid 2, BW).

In veel gevallen kan een tijdige planning voorkomen dat de cliënt extra kosten moet maken voor de tussen-tijdse cijfers.

- Vervolgens dient de nederlegging bij de Kamer van Koophandel en op het kantoor van de te fuseren rechtspersonen te worden aangekondigd in een landelijk dagblad (2:314, lid 3, BW). Vanaf de publicatietermijn hebben schuldeisers/belanghebbenden een maand de tijd om in verzet te komen tegen de voorgenomen fusie (2:316 BW).
- Na afloop van deze maand en indien geen verzet is aangetekend, neemt de algemene vergadering van de te fuseren rechtspersonen het fusiebesluit (2:317 BW).
- Tot slot komt de juridische fusie uiteindelijk bij notariële akte tot stand. De fusie wordt een dag na het passeren van de akte van kracht (2:318, lid 1, BW). De juridische fusie dient door de verkrijger te worden ingeschreven in het handelsregister waar elke gefuseerde rechtspersoon staat ingeschreven (2:318, lid 3, BW).

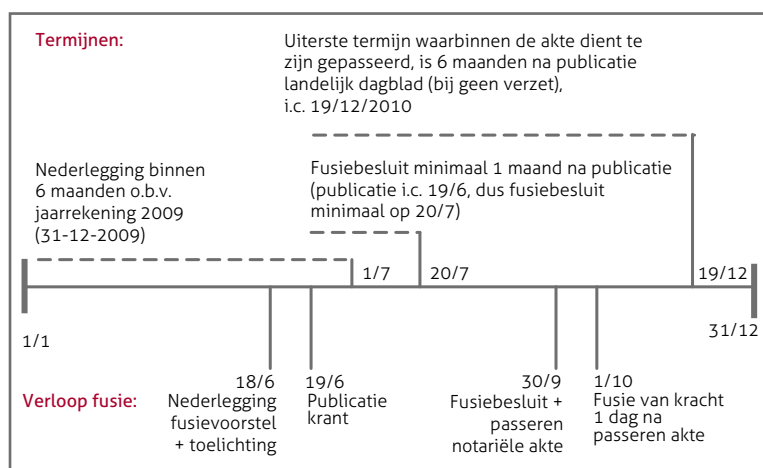
Tijdspad

Het verloop van de juridische fusie is aan termijnen gebonden, die goed in de gaten moeten worden gehouden. In onderstaand figuur worden de stappen van de juridische fusie in een tijdlijn weergegeven. Boven de tijdlijn worden de van belang zijnde termijnen weergegeven, onder de tijdlijn wordt een fictief verloop van een fusie weergegeven. Uitgegaan wordt van een kalenderjaar, waarbij met betrekking tot de laatste jaarrekening gebruik wordt gemaakt van de cijfers per 31 december van het afgelopen jaar.

Fiscale aspecten

Niveau verkrijger en verdwijner – Algemeen

Op het niveau van de verkrijger en verdwijner regelt artikel 14b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) de fiscale gevolgen van de juridische fusie. Deze zijn uiteraard ook van toepassing bij een moeder-dochterfusie en zusterfusie. In hoofdlijnen kan een juridische fusie ruisend (directe belastingheffing) en geruisloos (uitstel van belastingheffing) plaatsvinden.



Niveau verkrijger en verdwijner – Ruisend

Om de civielrechtelijke juridische fusie fiscaal tot een belast element te brengen, roept artikel 14b, eerste lid 1, Wet Vpb 1969 twee ficties in het leven. Civielrechtelijk vormt de overgang onder algemene titel van de vermogensbestanddelen van de verdwijner namelijk geen vervreemding. Allereerst stelt lid 1 dat de verdwijner zijn gehele vermogen heeft overgedragen aan de verkrijger (vervreemdingsfictie). Ten tweede dat de verdwijner heeft opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten (eindafrekeningsfictie).¹ Lid 6 voegt daar nog een derde fictie aan toe, te weten de verbondenheidsfictie. Door deze ficties wordt het claimverlies van onder meer stille reserves, fiscale reserves en afgewaardeerde vorderingen veiliggesteld.

Op het moment dat de vermogensbestanddelen van de verdwijner een meerwaarde vertegenwoordigen, zal dit als gevolg van de hiervoor genoemde ficties tot een belastbaar feit leiden waarover moet worden afgerekend. Als de verdwijner bijvoorbeeld beschikt over voldoende verrekenbare verliezen, kan een ruisende juridische fusie geschikt zijn. Op deze wijze kan dan verliesverdamping worden voorkomen. Overigens kunnen de verliezen ook, onder voorwaarden, worden meegegeven aan de verkrijger. In veel gevallen zal belastingheffing ongewenst zijn. Hiervoor kan dan, onder voorwaarden, een beroep worden gedaan op de figuur van de geruisloze juridische fusie (zie de volgende paragraaf).

Voor de verkrijger bij een ruisende juridische fusie geldt dat de verkregen vermogensbestanddelen op de balans geactiveerd worden tegen de werkelijke waarde, aangezien de verdwijner reeds hierover heeft afgerekend.

Niveau verkrijger en verdwijner – Geruisloos

Belastingheffing als gevolg van een ruisende juridische fusie kan een belemmering vormen om daadwerkelijk over te gaan tot de fusie. Om dit te voorkomen, heeft de wetgever in lid 2 van artikel 14b Wet Vpb 1969 de geruisloze juridische fusie in het leven geroepen. Dit betekent dat de winst die ontstaat bij de vervreemding als gevolg van de juridische fusie bij de verdwijner niet in aanmerking wordt genomen.

Hiervoor dient aan de volgende zeven voorwaarden te worden voldaan door verkrijger en verdwijner:

- dezelfde winstbepalingen zijn van toepassing;
- geen aanspraak op voorwaartse verliesverrekening;
- geen aanspraak op vermindering ter voorkoming van dubbele belasting van buitenlandse resultaten;
- geen aanspraak op toepassing van de octrooi-box;
- geen aanspraak op toepassing van de deelnemingsverrekening;
- latere heffing is verzekerd (bij verkrijger);
- geen sprake van ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Als hieraan is voldaan, is er sprake van de zogenoemde wettelijke doorschuiving. Een expliciet verzoek aan de Belastingdienst is niet nodig. Indien de verdwijner toch zekerheid vooraf wenst, kan op basis van lid 7 van artikel 14b Wet Vpb 1969 een verzoek worden ingediend.

Als aan één of meerdere voorwaarden niet wordt voldaan, kan op basis van lid 3 van artikel 14b Wet Vpb 1969 worden verzocht om doorschuiving. Hierbij zal de Belastingdienst onder het stellen van (standaard)voorwaarden alsnog toestaan dat er geen heffing plaatsvindt als gevolg van de fusie. Voor de verkrijger betekent de geruisloze doorschuiving dat hij de fiscale boekwaarden, met de daarbij behorende fiscale claims van de onder algemene titel overgegangene vermogensbestanddelen, doorgeschoven krijgt van de verdwijner. Zowel civielrechtelijk als fiscaal treedt de verkrijger in de plaats van de verdwijner.

Juridische fusie binnen fiscale eenheid

Als de moedermaatschappij en dochtermaatschappij, dan wel twee zustervennootschappen met dezelfde moedermaatschappij een fiscale eenheid vormen, behoeft bij een juridische fusie binnen fiscale eenheid geen beroep te worden gedaan op artikel 14b Wet Vpb 1969. Wel dienen enkele andere bepalingen in ogenschouw te worden genomen. Als de dochtervennootschap of de zustervennootschap de verdwijner betreft, betekent dit dat met betrekking tot die vennootschap niet meer aan het bezitsvereiste wordt voldaan. Ten aanzien van die vennootschap verbreekt dan de fiscale eenheid (zie ook artikel 14 Besluit fiscale eenheid 2003). Gevolg hiervan is dat de sanctiebepalingen die samenhangen met een verbreking van de fiscale eenheid, zoals artikel 15ai Wet Vpb 1969, in werking treden. Aangezien dit vaak ongewenst is, kan een beroep worden gedaan op artikel 18 Besluit fiscale eenheid 2003. Onder voorwaarden vindt de juridische fusie dan plaats binnen de fiscale eenheid en wordt deze dan geacht niet te zijn verbroken. Genoemd artikel 18 regelt ook onder meer de wijze van verrekening van verliezen en de indeplaatstreding van de verkrijger. Bij een beroep op artikel 18 Besluit fiscale eenheid 2003 moet niet uit het oog worden verloren dat de juridische fusie zelf een besmette transactie vormt volgens artikel 15ai Wet Vpb 1969. De sanctietermijn van zes jaar zal in beginsel van toepassing zijn, aangezien de sanctietermijn van drie jaar als eis stelt dat de overnemer eigen aandelen uitrekt. Immers, zowel bij een moeder-dochterfusie als een zusterfusie behoeft op basis van het civiele recht de verkrijger geen aandelen uit te reiken. Echter, op basis van het besluit van 23 oktober 2003 (nr. CPP2003/1917M) heeft de staatssecretaris goedgekeurd dat, ook al worden er geen aandelen uitgereikt, toch de verkorte termijn van drie jaar geldt. Uiteraard dient wel aan de overige voorwaarden van artikel 15ai, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969 te worden voldaan.

Aandeelhoudersniveau

Naast de gevolgen op het niveau van de verkrijger en verdwijner heeft een juridische fusie ook gevolgen op aandeelhoudersniveau. Met name artikel 13k Wet Vpb 1969 en artikel 3.57 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (via schakelbepaling van artikel 8, lid 1, Wet Vpb 1969 ook voor Vpb-plichtige lichamen) regelen de positie van de aandeelhouders van de verdwijner. Ook op aandeelhoudersniveau kan er sprake zijn van een

ruisende en een geruisloze juridische fusie. In tegenstelling tot op het niveau van de verkrijger en verdwijner (artikel 14b, lid 3, Wet Vpb) kan op aandeelhoudersniveau de doorschuiffaciliteit niet op verzoek plaatsvinden.

Lid 1 van artikel 3.57 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001) merkt de juridische fusie voor de aandeelhouders aan als een fictieve vervreemding, waarbij over de fictieve vervreemdingswinst dient te worden afgerekend, de zogenoemde ruisende juridische fusie op aandeelhoudersniveau.

Als de aandeelhouders geen afrekening wensen, dan kent de wet, onder voorwaarden, ook een doorschuiffaciliteit in lid 2 en 3 van artikel 3.57 Wet IB 2001.

Overigens, in de situatie dat de aandeelhouder een reguliere deelneming in de verdwijner heeft, zal in de meeste gevallen ten aanzien van de vervreemdingswinst de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn.

Op aandeelhoudersniveau vindt doorschuiffaciliteit niet op verzoek plaats

Voor de moeder-dochterfusie is nog specifiek artikel 13k, lid 5, Wet Vpb 1969 geschreven. Dit artikel vermeldt dat de geruisloze doorschuiving op aandeelhoudersniveau volgens artikel 3.57, lid 2, Wet IB 2001 niet van toepassing wordt verklaard. De verkrijger dient dus in beginsel fictieve vervreemdingswinst te nemen. Dit artikel is geschreven om de onderlinge vermogensverhoudingen (afgeboekte vorderingen volgens artikel 13b Wet Vpb 1969 of 'besmette deelnemingen') tussen moeder en dochter op basis waarvan de fiscus een claim heeft, veilig te stellen. In situaties waarbij op het niveau van de verkrijger en verdwijner de verdwijner niet verzoekt tot een geruisloze doorschuiving, kan dit betekenen dat de fiscus op aandeelhoudersniveau claims mist. Dit artikel voorkomt dat. Overigens zal op verzoek van de moedermaatschappij de inspecteur, onder het stellen van voorwaarden, alsnog de belastingheffing doorschuiven. Indien er sprake is van reguliere deelnemingen zal bij een geruisloze doorschuiving bij een zusterfusie het resultaat voor de moedermaatschappij, volgend uit de fusie van de 100%-dochter (verdwijner) met de 100%-dochter (verkrijger), onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

Varia

Verliesverrekening over het fusietijdstip heen

Indien er bij de verkrijger en/of de verdwijner sprake is van verrekenbare verliezen en gekozen wordt voor doorschuiving, dient expliciet een verzoek aan de Belastingdienst te worden gedaan volgens artikel 14b, lid 3, Wet Vpb 1969. In de door de inspecteur op te stellen (standaard)voorwaarden wordt onder andere de verrekening van vóórfusieverliezen over het fusietijdstip heen geregeld (standaardvoorwaarde twee). Voor de verliesverrekening geldt dat er een winstsplitsing moet worden gemaakt

(zoals ook geldt voor de fiscale eenheid). Hierdoor wordt voorkomen dat vóórfusieverliezen van de verdwijner worden verrekend met nafusiewinsten die toezien op de onderneming van de verkrijger. De standaardvoorwaarde regelt onder meer ook de mogelijkheid dat verliezen die na de fusie zijn ontstaan door vermogensbestanddelen van de verdwijner onder voorwaarden kunnen worden verrekend met vóórfusiewinsten van de verdwijner.

Verkrijger neemt integraal de rechtspositie van de verdwijner in

Indien de ondernemingsactiviteiten van de verdwijner en de verkrijger hetzelfde zijn of in elkaars verlengde liggen, kan na de fusie (als dus ook de administraties zijn samengegaan) winstsplitsing erg lastig worden (bijvoorbeeld bij het ontbreken van een filiaalboekhouding). Uit pragmatisch oogpunt kan een verzoek aan de Belastingdienst worden gedaan om het verrekenbare verlies van de verdwijner bijvoorbeeld in tien jaar te verrekenen met de totale nafusiewinsten. Uit de praktijk blijkt dat hiervoor bereidheid bestaat en inspecteurs worden geacht hierbij een zekere soepelheid te betrachten.

Omzetbelasting

Bij een juridische fusie wordt de overgang van de bestanddelen van het vermogen (algemeenheid van goederen) van de verdwijner naar dat van de verkrijger in het algemeen in de literatuur en in de praktijk aangenomen dat hierop artikel 37d van de Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB 1968) – voorheen: artikel 31 Wet OB 1968 – van toepassing is.²

Overigens kan worden afgevraagd of er überhaupt aan artikel 37d Wet OB 1968 wordt toegekomen bij een juridische fusie. Artikel 1, lid a, Wet OB 1968 spreekt namelijk over een heffing bij leveringen van goederen en diensten onder bezwarende titel. Nu bij een juridische fusie het vermogen onder algemene titel overgaat en dus een bezwarende titel ontbreekt, zou aan de toepassing van artikel 37d Wet OB 1968 niet meer behoeven te worden toegekomen.

Bij het aanwezig zijn van een fiscale eenheid voor de omzetbelasting volgens artikel 7, lid 4, Wet OB 1968 worden verschillende ondernemers als één ondernemer aangemerkt. Een juridische fusie binnen fiscale eenheid tussen twee onderdelen van de fiscale eenheid leidt niet tot een belaste levering, aangezien er sprake is van één ondernemer. Aan artikel 37d Wet OB 1968 wordt niet toegekomen.

Overdrachtsbelasting

Als bij een juridische fusie er sprake is van onroerende zaken of een artikel 4-lichaam volgens de Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna: BRV), dan zou dat leiden tot heffing van overdrachtsbelasting. In artikel 15, lid h, BRV is een vrijstelling opgenomen die toeziet op de be-

drijfsfusie, de interne organisatie binnen concern en de juridische splitsing. Opvallend is dat op basis van dit artikel de vrijstelling in beginsel niet geldt voor de juridische fusie. Om te bekijken hoe de staatssecretaris toch een vrijstelling regelt, moet een uitstapje worden gemaakt naar een besluit over de geruisloze terugkeer (Onderdeel H van het besluit van 27 december 2005, nr. CPP2005/2573M, V-N 2006/5.12). In dit besluit wordt aangegeven dat een onderscheid moet worden gemaakt in een fusie binnen en buiten concern (het civiele recht kent een dergelijk onderscheid niet). Voor de moeder-dochterfusie en zusterfusie geldt de regel ten aanzien van 'binnen concern' en kan een beroep worden gedaan op artikel 5b Uitvoeringsbesluit BRV 1971. In het besluit wordt nog expliciet vermeld dat de term 'overdracht' zoals vermeld in artikel 5b ook de 'overgang' omvat onder algemene titel bij een juridische fusie.

Het zou een hoop duidelijkheid creëren als de staatssecretaris in artikel 15, lid h, Wet BRV expliciet de vrijstelling op de juridische fusie van toepassing zou verklaren, en dat niet meer via onduidelijke omwegen een beroep op de vrijstelling moet worden gedaan.

Conclusie

De overgang onder algemene titel van alle vermogensbestanddelen, alsmede het van rechtswege ophouden te bestaan van de verdwijner bevorderen vanuit civielrechtelijk oogpunt de figuur van de juridische fusie bij een herstructurering. Doordat daarnaast bij een moeder-dochterfusie en zusterfusie de vereenvoudiging van artikel 2:333, lid 1 en lid 2, BW geldt, wordt de aantrekkelijkheid nog eens vergroot.

Vanuit fiscaal oogpunt kunnen de moeder-dochterfusie en zusterfusie, mits voldaan wordt aan diverse voorwaarden, geruisloos plaatsvinden. Hierdoor is er geen sprake van directe belastingheffing.

Voor de praktijk ben ik dan ook van mening dat vanuit zowel juridisch als fiscaal oogpunt de moeder-dochterfusie en de zusterfusie mooie middelen zijn om een herstructurering te realiseren! ■

Noten

1. De wetgever heeft dit niet via artikel 15d Wet Vpb 1969 geregeld.
2. ■ Onder meer: R.J. de Vries, *Juridische fusie*, blz. 89, Deventer, Kluwer 1998, J.H. Huidink, *De juridische fusie*, blz. 203, Deventer, Kluwer, 2003.
 - In het besluit van 25 oktober 1995, nr. VB95/1945, V-N 1995 was bepaald dat artikel 31 Wet OB 1968 gold voor een juridische fusie. Vanwege zijn beschrijvende/casuïstische karakter is dit besluit bij besluit van 29 augustus 2006, nr. CPP2006/1796M, V-N 2006/47.17 ingetrokken.
 - Op 6 juni 2008 heeft de Hoge Raad beslist dat de overgang van vermogen bestaande uit meerdere onroerende zaken onder artikel 31 Wet OB 1968 valt. Indien het vermogen uit één onroerende zaak bestaat, zal dit leiden tot een levering voor de omzetbelasting.