

Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief

Dr. J.L. van de Streek

1. Inleiding

De omzetting van rechtspersonen is als verschijnsel aan een sterke opmars bezig. Deze rechtsfiguur die wordt gekenmerkt door het behoud van rechtspersoonlijkheid, maakt sinds 1 januari 1992 deel uit van Boek 2 BW. Vaak wordt die regeling geïllustreerd aan de hand van beeldspraak: een jas, kleed of gewaad van de rechtspersoon wordt gewijzigd. Op deze regeling borduurt voort de naar verwachting binnenkort mogelijke omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (OVR) in een BV en omgekeerd. ¹ Hoewel het wetsvoorstel tot 'Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek' intussen de nodige vertraging heeft opgelopen, meldde de Staatssecretaris van Justitie onlangs optimistisch dat zij hoopt dat invoering kan plaatsvinden op 1 juli 2009. ² Ook op Europees front is de omzettingsfiguur niet meer weg te denken. Zo voorziet het Statuut van de Europese NV in de mogelijkheid een nationale NV om te zetten in een Europese NV (en omgekeerd). ³ Het halverwege 2008 door de Europese Commissie gelanceerde voorstel voor een Statuut van de Europese BV schrijft bovendien voor dat elke bestaande nationale vennootschapsvorm moet kunnen worden omgezet in een Europese BV. ⁴ HvJ EG van 16 december 2008 in de zaak-Cartésio vormt het voorlopige sluitstuk van deze ontwikkelingen. ⁵ In dit opzienbarende arrest maakte het HvJ EG de weg vrij voor een zogenoemde 'grensoverschrijdende omzetting' van een vennootschap. De ontwikkelingen op omzettingsgebied doen uiteraard de vraag rijzen naar de fiscale implicaties. In deze bijdrage staan de fiscale gevolgen van de omzetting van een rechtspersoon op de voet van art. 2:18 BW centraal (onderdeel 3 tot en met 6). Daaraan voorafgaand geef ik in onderdeel 2 een beknopt overzicht van de civielrechtelijke aspecten. Aan de fiscale aspecten van de nieuwe omzettingmogelijkheden op de voet van Titel 7.13 BW besteed ik aandacht in onderdeel 7. Ten slotte ga ik in op enkele internationale aspecten in onderdeel 8, waarbij het arrest-Cartésio prominent aandacht krijgt. Ik beperk mij in deze bijdrage tot de gevolgen voor de heffing van inkomsten-, vennootschaps- en dividendbelasting.

2. Omzetting van rechtspersonen in Boek 2 BW

2.1 Welke rechtspersonen?

Hoewel dat niet is vastgelegd in de wet, moet worden aangenomen dat voor de omzettingsregeling van art. 2:18 BW in aanmerking komen de zes in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen, te weten de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, NV, BV en de stichting. ⁶ Vreemdrechtelijke rechtspersonen, personenvennootschappen en publiekrechtelijke rechtspersonen vallen er buiten. Daarmee komt het toepassingsbereik van de omzettingsregeling (nagenoeg) overeen met dat van de juridische fusie en de juridische splitsing. ⁷ Het toepassingsbereik van art. 2:18 BW is op echter op één punt ruimer dan dat van de juridische fusie en splitsing. Hoewel een vereniging zonder volledige rechtsbevoegdheid niet betrokken kan zijn als verkrijger of verdwijner in het kader van een fusie of een splitsing, lijkt een dergelijke vereniging wel te kunnen worden omgezet op de voet van art. 2:18 BW. ⁸ Helaas is het onduidelijk of de omvorming van een coöperatie in een onderlinge waarborgmaatschappij, en omgekeerd, als een omzetting in de zin van art. 2:18 BW kwalificeert. Mogelijk is het slechts een 'gewone' doch ingrijpende statutenwijziging.

Voor de goede orde vermeld ik dat personenvennootschappen nog steeds van de omzettingsregeling van Boek 2 BW zullen zijn uitgesloten indien het wetsvoorstel tot 'Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek' tot wet is verheven. Hoewel de personenvennootschap na inwerkingtreding van deze wet rechtspersoonlijkheid kan verwerven en zich kan omzetten in een BV (en omgekeerd), vindt deze nieuwe omzettingmogelijkheid haar plaats in de nieuwe Titel 7.13 BW (zie onderdeel 5).

¹ Zie het voorgestelde art. 7:834 en 7:835 BW. Het laatste wapenfeit van de parlementaire behandeling is de nadere memorie van antwoord, zie *Kamerstukken I* 2006/07, 28 746, E, blz. 1-14. De voorgestelde invoeringswet ligt nog bij de Tweede Kamer, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 065, nr. 15 blz. 1-14.

² *Kamerstukken II* 2008/09, 31 065, nr. 15, blz. 3.

³ Zie voor de omzetting van een NV in een SE art. 2, vierde lid, juncto art. 37, tweede lid, SE-Vo en voor de omzetting van een SE in een NV art. 66 SE-Vo.

⁴ Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap, 15 juni 2008, 2008/0130 (CNS), COM(2008)396 definitief.

⁵ HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartésio), *V-N* 2009/6.22.

⁶ Zie voor een literatuuroverzicht: J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 12, Deventer: Kluwer 2008. Ik laat de onduidelijke positie van een kerkgenootschap buiten beschouwing.

⁷ Van deze reorganisaties is dat wel expliciet in de wet vastgelegd, zie art. 2:308 BW.

⁸ Op grond van art. 2:308, tweede lid, BW is een dergelijke vereniging uitdrukkelijk van fusie en splitsing uitgesloten.

2.2. Drie kenmerken

De omzettingsregeling heeft drie in het oog springende kenmerken, waarmee zij zich tevens onderscheidt van haar tot 1 januari 1992 geldende voorloper, te weten art. 2:19 en 2:20 BW (oud).

In de eerste plaats wordt de omzetting van rechtspersonen gekenmerkt door haar vrijwillige karakter, wat inhoudt dat de beweegredenen voor de omzetting niet van belang zijn. Dit in schril contrast tot haar voorloper. Die maakte slechts een omzetting mogelijk indien de rechtspersoon niet langer onder de wettelijke omschrijving van zijn rechtsvorm viel, maar wél onder die van een andere. Vóórdat de rechter de rechtspersoon ontbond, diende hij de rechtspersoon namelijk de mogelijkheid te bieden zich om te zetten in ander type rechtspersoon. In de praktijk leidde dit tot een geforceerde gang van zaken waarbij een rechtspersoon soms bewust een voor zijn type geldend voorschrift overtrad, om zo de omzettingsregeling deelachtig te worden. De wetgever wilde uitdrukkelijk van deze praktijk af en heeft aldus de mogelijkheid tot omzetting losgekoppeld van het (dis)functioneren van de rechtspersoon. Als gevolg daarvan is de omzetting van rechtspersonen thans een volwassen reorganisatiefaciliteit, evenals de juridische fusie en splitsing. Dit neemt natuurlijk niet weg dat omzetting nog steeds als oplossing in beeld komt indien een rechtspersoon niet langer onder de omschrijving van zijn rechtsvorm valt. ⁹

Het tweede kenmerk is het behoud van rechtspersoonlijkheid, dat in art. 2:18 BW als volgt is verwoord: 'Omzetting beëindigt het bestaan van de rechtspersoon niet.' Daarmee staat uitdrukkelijk vast dat bij alle vormen van omzetting de rechtspersoon niet verdwijnt, maar slechts het op de rechtspersoon toepasselijke rechtspersonsstatuut (lex societatis) wijzigt. Vanwege dit kenmerk wordt de omzettingsfiguur in de handboeken op civieljuridisch gebied wel aangeduid als een 'juridisch hoogstandje' en 'merkwaardige voorziening'. ¹⁰ Ook op dit punt wijkt art. 2:18 BW fundamenteel af van zijn voorganger. Onder de oude regeling ging de omzetting van een rechtspersoon namelijk – met uitzondering van de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd – gepaard met de ontbinding van de rechtspersoon, waarbij het vermogen onder algemene titel overging op een nieuw opgerichte rechtspersoon. Omdat een vermogensovergang omslachtig werd bevonden, blijft die thans achterwege. Daarmee gaat de omzetting van rechtspersonen als civielrechtelijke reorganisatiefaciliteit verder dan de juridische fusie en splitsing. Het behoud van rechtspersoonlijkheid heeft immers automatisch betrekking op het gehele vermogen, terwijl op de omvang van het vermogen dat bij een juridische fusie en splitsing onder algemene titel overgaat diverse uitzonderingen bestaan, zoals hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen. Voorts doen zich bij de overgang onder algemene titel tal van onduidelijkheden voor, zoals de vraag of een vergunning vatbaar is voor overgang, terwijl bij de omzetting een dergelijke publiekrechtelijke verhouding wordt gecontinueerd.

De mogelijke positieverandering van de betrokkenen bij de omzettende rechtspersoon is het derde kenmerk. Het feit dat de rechtspersoon bij omzetting zijn rechtspersoonlijkheid behoudt, laat namelijk onverlet dat de relatie met aandeelhouders, leden, schuldeisers en overige belanghebbenden ingrijpend kan veranderen. ¹¹ Na de omzetting van een rechtspersoon in een verwante rechtsvorm, zoals de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd, is die verandering overigens beperkt. De BV en de NV worden namelijk binnen Boek 2 BW op veel terreinen over één kam geschoren. ¹² De meest ingrijpende veranderingen doen zich voor bij de omzetting in een niet-verwante rechtsvorm. Het voorbeeld bij uitstek is de omzetting van een stichting in een BV en omgekeerd. Daarbij is het zelfs mogelijk dat – ondanks het behoud van rechtspersoonlijkheid – sommige relaties na de omzetting niet langer kunnen voortbestaan. Denk aan het aandeelhouderschap na omzetting van een BV in een stichting. In Boek 2 BW is voorzien in bescherming van de betrokken belangen via een aantal procedurele eisen en aanvullende regelingen (zie onderdeel 2.3 en 2.4).

2.3. Omzettingsprocedure

Voor de omzetting van een rechtspersoon gelden op de voet van art. 2:18, tweede lid, BW ten minste drie (constitutieve) vereisten, te weten 1. een omzettingsbesluit, 2. een besluit tot statutenwijziging en 3. een notariële akte. Voor sommige omzettingen geldt een vierde constitutieve eis, te weten een rechterlijke machtiging (zie onderdeel 2.4 hierna). Geen constitutief vereiste, maar wel verplicht, is dat van de omzetting opgave wordt gedaan aan het handelsregister waar de rechtspersoon is ingeschreven.



Dr. J.L. van de Streek is verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en Bureau Vaktechniek Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

Het omzettingsbesluit is de kern van de omzettingsprocedure en moet op grond van art. 2:18, tweede lid, onderdeel a, BW worden genomen met inachtneming van de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging. Dit heeft onder andere als consequentie dat het omzettingsbesluit bij een BV en NV een aangelegenheid is van de algemene ver-

⁹ Zie art. 2:21, eerste lid, onderdeel c, BW.

¹⁰ Zie J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon: de rechtspersoon* (deel 2-II Asser-serie), punt 151, blz. 163, Deventer: Tjeenk Willink 1997 en E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, blz. 183, Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

¹¹ Die positieverandering was reden voor Van der Ploeg om een systeem voor te stellen waarin de rechtspersoon bij omzetting in een niet-verwante rechtspersoon wordt ontbonden. Zie T.J. van der Ploeg, 'Moet de metamorfose van de rechtspersoon worden erkend?', *TVVS* 1984, blz. 114.

¹² Dit gaat overigens veranderen: zie het wetsvoorstel tot 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht', *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 1-5.

gadering van aandeelhouders, bij een vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij wordt overgelaten aan de algemene ledenvergadering en bij een stichting in beginsel door het bestuur wordt genomen. Daarbij moet overigens worden bedacht dat indien statutenwijziging bij de stichting is uitgesloten, óók geen omzetting mogelijk is (zie art. 2:293 en 2:294 BW). ¹³ Voor het omzettingsbesluit geldt een versterkte meerderheid, te weten minimaal 90% van de uitgebrachte stemmen, behoudens de situatie waarin een stichting wordt omgezet en de situatie waarin een BV wordt omgezet in een NV (en omgekeerd). ¹⁴ Een zogenoemd quorumvereiste, zoals dat wel op andere plaatsen in Boek 2 BW is opgenomen, geldt in beginsel voor het omzettingsbesluit niet. ¹⁵ Dat ligt natuurlijk anders indien voor een statutenwijziging op grond van de statuten van de omzettende rechtspersoon een quorum in acht moet worden genomen. Hetzelfde geldt voor een nog zwaardere meerderheidseis dan de op grond van de wet vereiste 90%, bijvoorbeeld volledige unanimiteit. Voor het eveneens vereiste besluit tot statutenwijziging gelden overigens geen bijzondere eisen. Zo is zelfs géén meerderheid van 90% wettelijk voorgeschreven.

De omzetting komt tot stand door het verlijden van de notariële omzettingsakte. Dit inwerkingtredingstijdstip is niet expliciet opgenomen in de wet maar wordt algemeen aangenomen. ¹⁶ Anders dan bij een fusie- of splitsingakte heeft de omzettingsakte geen vertraagde werking van rechtswege. ¹⁷ In de omzettingsakte kan wél worden bepaald dat de omzetting pas op een later tijdstip in werking treedt. ¹⁸ Uit jurisprudentie volgt dat, indien voor de omzetting een rechterlijke machtiging is vereist, de notariële omzettingsakte pas kan worden verleden nádat die rechterlijke machtiging is verleend. ¹⁹ Voorts kan de omzetting van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een BV pas notarieel worden verleden indien de opzegtermijn van een lid is verlopen. ²⁰

2.4. Aanvullende regelingen

Naast de procedurele eisen, voorziet het BW in een aantal aanvullende regels die beogen de belangen te beschermen van de bij de omzetting betrokken (minderheids)aandeelhouders, schuldeisers en overige belanghebbenden. Het betreft:

- Schadevergoedingregeling voor niet-instemmende (minderheids)aandeelhouders bij de omzetting van een NV of BV in een stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:71, tweede lid, en art. 2:183, tweede lid, BW);
- Opzegmogelijkheid van het lidmaatschap bij de omzetting van een vereniging in een NV, BV, stichting, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:26, vierde lid, BW);
- Verzetrecht voor schuldeisers bij de omzetting van een NV of BV in een stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:71, tweede lid, eerste volzin, en art. 2:181, tweede lid, eerste volzin, BW);
- Accountantsverklaring bij de omzetting van een stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een NV of BV (art. 2:72, tweede lid, onderdeel b, en art. 2:183, tweede lid, onderdeel b, BW);
- Verklaring van geen bezwaar van de Minister van Justitie bij de omzetting van een stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een NV of BV alsmede bij de omzetting van een NV in een BV en omgekeerd (art. 2:72, tweede lid, onderdeel a, en art. 2:183, eerste lid, onderdeel a, BW);
- Rechterlijke machtiging bij de omzetting van een stichting in een NV, BV, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij en omgekeerd alsmede de omzetting van een NV of BV in een vereniging (art. 2:18, vierde lid, BW); en
- Vermogensklem bij omzetting van een stichting in een NV, BV, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:18, zesde lid, BW).

De meest vergaande beschermingsmaatregel is mijns inziens de rechterlijke machtiging die volgens de wetgever op zijn plaats is als het gaat om omzettingen in een onvoldoende verwante rechtsvorm. ²¹ De rechter moet de machtiging op grond van een aantal in art. 2:18, vijfde lid, BW genoemde gronden 'in elk geval' weigeren, te weten de gevallen waarin:

- een voor de omzetting vereist besluit nietig is of een vordering tot vernietiging aanhangig is;

¹³ Zie J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon: de rechtspersoon* (deel 2-II Asser-serie), nr. 154, blz. 168, Deventer: Tjeenk Willink 1997 en C.W. de Monchy, *De nieuwe algemene bepalingen van Boek 2*, (Preadvies Vereniging Handelsrecht), blz. 116, Zwolle: Tjeenk Willink 1991. Overigens lijken P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, blz. 331, Deventer: Kluwer 2007, via inschakeling van de rechtbank op de voet van art. 2:294 BW ondanks de uitsluiting van de mogelijkheid tot statutenwijziging toch een omzetting van een stichting mogelijk te achten.

¹⁴ Zie art. 2:18, tweede respectievelijk derde lid, BW.

¹⁵ Vergelijk art. 2:96a, zevende lid, art. 2:121, eerste lid en art. 2:231, eerste lid, BW.

¹⁶ Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 32, Deventer: Kluwer 2008.

¹⁷ Op grond van art. 2:318, eerste lid, en art. 2:334n BW wordt de notariële fusie- respectievelijk splitsingsakte pas van kracht de dag na het verlijden van de akte.

¹⁸ Aldus J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon: de rechtspersoon* (deel 2-II Asser-serie), blz. 164, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

¹⁹ Rb. Amsterdam 28 maart 1998, nr. 98.0395H, *JOR* 1998/105 (Protestantse Woningbouwvereniging).

²⁰ Art. 2:72, derde lid, tweede volzin, en art. 2:183, derde lid, tweede volzin, BW.

²¹ Om dezelfde reden is een rechterlijke machtiging vereist voor de omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een BV op de voet van het voorgestelde art. 7:834 BW, zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 746, nr. 3, blz. 65.

- de belangen van stemgerechtigden die niet hebben ingestemd onvoldoende zijn ontzien; en
 - de belangen van anderen van wie ten minste iemand zich tot de rechter heeft gewend onvoldoende zijn ontzien.
- De weigeringsgronden zijn niet limitatief. Voorts moet worden aangenomen dat de rechter voorwaarden kan verbinden aan het verlenen van de rechterlijke machtiging.

De meest gecompliceerde maatregel is ongetwijfeld de vermogensklem, getuige diverse rechterlijke uitspraken.²² Op grond van art. 2:18, zesde lid, BW moet na de omzetting van een stichting uit de statuten blijken dat het vermogen dat zij bij de omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven. Hetzelfde geldt voor de statuten van een rechtspersoon voor zover stichtingsvermogen en de vruchten daarvan krachtens fusie of splitsing zijn overgegaan. De vermogensklem brengt met zich dat zowel de doelomschrijving van de stichting als het bij een stichting geldende 'uitkeringsverbod' in beginsel nawerkt. Voor een uitzondering hierop is toestemming nodig van de rechter. Complicatie in dit verband vormt de vaagheid van de doelomschrijvingen van veel stichtingen als gevolg waarvan niet altijd even duidelijk is of er sprake is van een 'andere' besteding. Ook los van de vaagheid van de doelomschrijving kan de vraag rijzen of een bepaalde besteding rechterlijke toestemming behoeft. In dit verband kan de uitspraak van Rb. Zwolle 7 februari 2003, 2003, nr. HARK02-78, *JOR* 2004/2 (BV Icare Thuiszorgwinkels Flevoland) worden genoemd waarin de rechtbank aan een in een stichting omgezette BV toestemming gaf om op het bekleemde vermogen bepaalde kosten af te boeken en het restant van het bekleemde vermogen vervolgens uit te keren aan de aandeelhouder. De belangrijkste uitspraak op het gebied van de geoorlooftheid van een andere besteding is Rb. Rotterdam 18 februari 2002, nr. HAZA03-1324, *JOR* 2004/100 (Optas Pensioenen). De uitspraak ontstijgt naar mijn mening het belang van de desbetreffende casus omdat de rechtbank criteria noemt die lijken te kunnen gelden voor de beoordeling van alle toestemmingsverzoeken op de voet van art. 2:18, zesde lid, BW voor een andere besteding van het stichtingsvermogen. De rechtbank blijkt namelijk bereid toestemming voor een andere bestemming te verlenen indien daarvoor een 'goede grond' is. Volgens de rechtbank kan van een goede grond sprake zijn indien de verruiming van de bestedingsmogelijkheden aantoonbaar direct of indirect strekt ter bevordering van de belangen die binnen de oorspronkelijke doelstelling van de stichting vallen. Hoewel de rechtbank met dit beoordelingskader (nog steeds) aansluit bij het oorspronkelijke stichtingsdoel, lijkt de rechtbank akkoord te gaan met een ruimer verband tussen de besteding en het stichtingsdoel.

De vraag doemt op of de vermogensklem in de weg staat aan de 'volstorting' van de in het kader van de omzetting van een stichting in een NV of BV uit te geven aandelen met het voormalige stichtingsvermogen. De meningen in de literatuur lopen hierover uiteen.²³ Crux is of de volstorting een 'besteding' inhoudt van het voormalige stichtingsvermogen in de zin van art. 2:18, zesde lid, BW. De voor handen zijnde jurisprudentie beantwoordt die vraag bevestigend zodat de volstorting in beginsel slechts mogelijk is indien de statuten van de omgezette stichting voorzien in de mogelijkheid van uitkeringen en voorts de nemers van de aandelen vallen onder de groep van personen aan wie de stichting uitkeringen van een ideële of sociale strekking mag doen.²⁴ In overige gevallen moet de rechter de omzetting van het bekleemde vermogen in aandelenkapitaal goedkeuren. Er is één voorbeeld bekend waarin de rechter die goedkeuring gaf. Het betreft Rb. Zwolle 7 februari 2003, nr. HARK02-78, *JOR* 2004/2 (BV Icare Thuiszorgwinkels Flevoland) die de volstorting toestond omdat de uitgereikte aandelen (indirect) toekwamen aan een stichting met dezelfde doelstelling als de in een BV omgezette stichting. Bij gebrek aan rechterlijke toestemming is de nieuwe aandeelhouder aangewezen op een volstorting vanuit zijn privévermogen. De liquiditeitsproblemen die dit kunnen bemoeilijken, zijn echter van de baan zodra het wetsvoorstel tot 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' tot wet is verheven. Alsdan kan een stichting immers worden omgezet in een 'flexibele' BV waarvoor geen minimumkapitaaleis geldt (zie het voorgestelde art. 2:178 BW).²⁵

3. Art. 28a Wet VPB 1969

3.1. Inleiding

De fiscale pendant van art. 2:18 BW is art. 28a Wet VPB 1969, welke bepaling rechtstreeks verwijst naar de omzetting van rechtspersonen. Opmerkelijk genoeg is art. 28a Wet VPB 1969 – naast de vennootschapsbelasting – ook relevant voor de heffing van de inkomsten- en dividendbelasting (zie art. 28a, tweede lid, Wet VPB 1969). Vanuit de optiek van deze drie heffingen kan in hoofdzaak een onderscheid worden gemaakt tussen drie groepen omzettingen, te weten:

1. De fiscaal niet-geregelde omzettingen. Het betreft omzettingen waarover niets in de Wet VPB 1969, de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965 is geregeld, te weten de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd alsmede de omzetting van een stichting in een vereniging en omgekeerd. Kenmerkend voor deze omzettingen is dat zij niet gepaard gaan met een eindafrekening over stille en fiscale reserves alsmede goodwill, noch met enige heffing over aanwezige

²² Rb. Arnhem 14 mei 1992, *NJKort* 1992, nr. 45, blz. 32-33 (Stichting Werkpool Nijmegen II), Rb. Zwolle 7 februari 2003, nr. HARK02-78, *JOR* 2004/2 (BV Icare Thuiszorgwinkels Flevoland), Rb. Zwolle 21 november 2003, nr. HARK03-61, *JOR* 2004/68 (Stichting Het Gastouderbureau) en Rb. Rotterdam 18 februari 2004, nr. HAZA03-1324, *JOR* 2004/100 (Optas Pensioenen BV).

²³ Zie voor een overzicht: J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 51-57, Deventer: Kluwer 2008.

²⁴ Rb. Arnhem 14 mei 1992, *NJKort* 1992, nr. 45, blz. 32-33, (Stichting Werkpool Nijmegen II) en Rb. Zwolle 12 november 2003, nr. HARK03-61, *JOR* 2004/68 (Stichting Het Gastouderbureau).

²⁵ *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 1-8.

open winstreserves nu het behoud van rechtspersoonlijkheid zowel het behoud van subjectieve belastingplicht als het behoud van fiscale claims impliceert.

2. De fiscaal niet-gefacilieerde omzettingen. Dit zijn alle andere omzettingen op de voet van art. 2:18 BW, waarbij op grond van art. 28a, eerste lid, Wet VPB 1969 de omzettende rechtspersoon wordt geacht te zijn geliquideerd en waarbij het vermogen wordt geacht te zijn uitgekeerd aan de deelgerechtigden die dat vervolgens geacht worden te hebben ingebracht in een andere rechtspersoon. Het betreft vierentwintig omzettingen die ik in onderdeel 3.2.1 hierna opsom.
3. De fiscaal gefacilieerde omzettingen. Dit zijn die omzettingen van groep 2. die op de voet van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 fiscaal worden begeleid. In zijn besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146, heeft de Staatssecretaris van Financiën bekend gemaakt onder welke voorwaarden hij in het algemeen bereid is om deze omzettingen te faciliteren (standaardvoorwaarden). Aan deze omzettingen besteed ik aandacht in onderdeel 3.3 hierna.

Art. 28a Wet VPB 1969 is ingevoerd bij nota van wijziging van het wetsvoorstel Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW en is helaas voorzien van een uitermate summiere toelichting.²⁶ Daaruit kan slechts worden opgemaakt dat vrees voor fiscaal claimverlies ten grondslag moet hebben gelegen aan deze opzet van de fiscale behandeling van de omzetting van rechtspersonen.²⁷ In dit verband wordt in de literatuur steevast gewag gemaakt van een aantal dreigende heffingslekken. Zo zou bij de omzetting van een onbeperkt belastingplichtige rechtspersoon in een niet of gedeeltelijk belastingplichtige rechtspersoon, de fiscale claim op de stille reserves in vermogensbestanddelen die na de omzetting niet langer tot het ondernemingsvermogen behoren, verloren dreigen te gaan.²⁸ Dit heffingslek is bijvoorbeeld aan de orde bij omzetting van een beleggings-BV in een stichting of vereniging. Voorts zou een lek schuilgaan in de mogelijkheid om na de omzetting in een coöperatie de winst die betrekking heeft op vóór de omzetting ontstane stille reserves op grond van de verlengstukwinstregeling in aftrek te brengen.²⁹ In de derde plaats zou bij de deelgerechtigden de inkomstenbelastingclaim en/of dividendbelastingclaim op de winstreserves van de omzettende rechtspersoon niet zijn gewaarborgd. Denk bijvoorbeeld aan de aanmerkelijkbelangclaim op de winstreserves van een BV die wordt omgezet in een stichting. Aldus kan worden geconcludeerd dat de fiscale wetgever voor bepaalde vanuit fiscale optiek ingrijpende omzettingen kennelijk departementaal toezicht nodig acht.

3.2. Fiscaal niet-gefacilieerde omzettingen

3.2.1. Welke omzettingen

De ficties van art. 28a, eerste lid, Wet VPB 1969 gelden voor de volgende omzettingen:

- omzetting van een BV/NV in een vereniging en omgekeerd;
- omzetting van een BV/NV in een coöperatie en omgekeerd;
- omzetting van een BV/NV in een stichting en omgekeerd;
- omzetting van een BV/NV in een onderlinge waarborgmaatschappij en omgekeerd;
- omzetting van een vereniging in een coöperatie en omgekeerd;
- omzetting van een vereniging in een onderlinge waarborgmaatschappij en omgekeerd;
- omzetting van een coöperatie in een stichting en omgekeerd; en
- omzetting van een onderlinge waarborgmaatschappij in stichting en omgekeerd.

Dit zijn wel geteld vierentwintig omzettingen. Sommige varianten van deze omzettingen mogen op grond van het besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146, onderdeel 4, echter hetzelfde worden behandeld als een fiscaal niet-geregelde omzetting (zie onderdeel 3.4). Omdat onduidelijk is of de wijziging van een coöperatie in een onderlinge waarborgmaatschappij en omgekeerd een omzetting is in de zin van art. 2:18 BW of slechts een statutenwijziging (zie onderdeel 2.1), is eveneens onduidelijk of de ficties van art. 28a Wet VPB 1969 van toepassing zijn.

3.2.2. De liquidatiefictie

Op grond van art. 28a, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 worden de vierentwintig omzettingen voor de heffing van vennootschapsbelasting bij wijze van fictie gekwalificeerd als een liquidatie. Dat betekent – evenals bij een ‘echte’ liquidatie – dat de omzettende rechtspersoon mede uit hoofde van het totaalwinstbegrip ex art. 8 Wet VPB 1969 juncto art. 3.8 Wet IB 2001 moet afrekenen over de stille en fiscale reserves en de goodwill.³⁰ De fictieve uitkering van het

²⁶ Kamerstukken II 1988/89, 19 527, nr. 6.

²⁷ Kamerstukken II 1988/89, 19 527, nr. 6, blz. 3.

²⁸ Naar mijn mening is de vrees voor dit heffingslek niet terecht omdat het desbetreffende vermogensbestanddeel als gevolg van de sfeerovergang wordt onttrokken tegen de waarde in het economische verkeer: zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 273-274, Deventer: Kluwer 2008.

²⁹ Zie art. 9, eerste lid, onderdeel g, en art. 9, tweede lid, Wet VPB 1969. Het feit dat de uitgekeerde verlengstukwinst bij het ondernemende lid (voormalig aandeelhouder) in de heffing van inkomstenbelasting wordt betrokken tegen maximaal 46,8% in box 1 doet mijns inziens afbreuk aan de ernst van dit lek.

³⁰ In dezelfde zin J.W. Bellingwout, ‘Fiscale aspecten van het wetsvoorstel conflictrecht corporaties’, *WFR* 1996/372.

vermogen op de voet van art. 28a, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 vormt mijns inziens daarbij het realisatiemoment in de zin van goed koopmansgebruik van de in dit vermogen aanwezige stille reserves en de goodwill. Hoewel de uitkeringsfictie zich vooral richt op de deelgerechtigden (zie onderdeel 3.2.3 hierna), is het toepassingsbereik van de uitkeringsfictie mijns inziens niet tot hen beperkt. De in de liquidatiefictie besloten liggende ontbinding van de rechtspersoon doet mijns inziens de voornemens voor de toekomst verdwijnen zodat de twee belangrijkste fiscale reserves vrijvallen, te weten de herinvesteringsreserve ex art. 3.54 Wet IB 2001 en de kostenegalisatiereserve ex art. 3.53, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. Bij gebrek aan een herinvesteringsvoornemen valt de herinvesteringsreserve vrij. Een kostenegalisatiereserve moet belast worden opgeheven omdat de rechtspersoon wordt geacht niet langer het voornemen te hebben toekomstige uitgaven te doen. Een rechtspersoon die ophoudt te bestaan, kan immers geen voornemens meer hebben.

Voorts houdt de liquidatiefictie in dat de rechtspersoon wordt geacht te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten, zodat op grond van de 'vangnetbepaling' ex art. 15d Wet VPB 1969 alle voordelen die niet reeds uit andere hoofde in aanmerking zijn genomen tot de winst moeten worden gerekend in het jaar van de omzetting. De rol van art. 15d Wet VPB 1969 is beperkt omdat de stille en fiscale reserves en de goodwill al op grond van de liquidatiefictie en de uitkeringsfictie in de heffing zijn betrokken (zie hiervoor). Als voorbeeld van een fiscale claim waarover op grond van art. 15d Wet VPB 1969 moet worden afgerekend, kan worden gedacht aan een bij de omzettende rechtspersoon aanwezige opwaarderingsreserve ex art. 13ba Wet VPB 1969.⁵¹ De eventueel bij de omzettende rechtspersoon aanwezige compensabele verliezen ex art. 20 Wet VPB 1969 gaan verloren voor zover zij niet kunnen worden gebruikt om tegen de eindafrekeningswinst af te zetten.

3.2.3. De uitkeringsfictie

Op grond van art. 28a, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 houdt de omzetting ook een fictieve uitkering van het vermogen in aan de deelgerechtigden tot dat vermogen naar mate van hun deelgerechtigdheid. In werkelijkheid is geen sprake van een uitkering omdat een vermogensverschuiving van de rechtspersoon naar de deelgerechtigden ontbreekt.⁵² Slechts in uitzonderingsgevallen ligt dit anders, namelijk wanneer de omzettende rechtspersoon aan de deelgerechtigden op grond van art. 2:71, tweede lid, BW dan wel art. 2:181, tweede lid, BW een schadevergoeding toekent wegens het verlies van de aandelen. De schadevergoeding is in feite een uitkering aan de aandeelhouder. De bedoeling van de fictieve liquidatie-uitkering is het scheppen van een belastbaar feit voor de deelgerechtigden tot de omzettende rechtspersoon. Het gaat daarbij globaal gezegd om de fiscale claim op de (latente) winstreserves van de rechtspersoon die tot uitdrukking komt bij een winstuitkering of bij een in een vervreemdingswinst begrepen vergoeding. Of de uitkeringsfictie daadwerkelijk een belastbaar feit schept, hangt af van de fiscale positie van de betrokken deelgerechtigden. Van belang daarbij is dat de uitkeringsfictie mede ziet op natuurlijke personen. Art. 28a, tweede lid, Wet VPB 1969 bepaalt immers dat de uitkeringsfictie eveneens geldt voor de heffing van inkomstenbelasting. Het feit dat de uitkeringsfictie zich naar zijn aard vooral richt op de afwikkeling van de belastingclaim op het niveau van de deelgerechtigden, sluit geenszins uit dat aan de uitkeringsfictie specifieke fiscale consequenties zijn verbonden voor de omzettende rechtspersoon. In onderdeel 3.2.2 constateerde ik dat de uitkeringsfictie voor de omzettende rechtspersoon een realisatiemoment stipuleert van de stille reserves en goodwill. Voorts lokt de uitkeringsfictie onder omstandigheden de toepassing van fiscale sancties uit met betrekking tot eventuele tot het vermogen van de omzettende rechtspersoon behorende 'besmette' vorderingen en/of deelnemingen. Zo dient de omzettende rechtspersoon een afwaarderingverlies op een vordering die wordt gehouden op een deelneming, in één keer tot de winst te rekenen indien de deelgerechtigde in de omzettende rechtspersoon kan worden aangemerkt als een verbonden lichaam in de zin van art. 10a, vierde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969.⁵³ De uitkeringsfictie brengt dan immers met zich dat de vordering door de omzettende rechtspersoon wordt geacht te zijn vervreemd aan een verbonden lichaam. Indien tot het vermogen van de omzettende rechtspersoon een art. 13c-deelneming behoort, kan de uitkeringsfictie een geforceerde terugname van de gestalde inhaalverliezen tot gevolg hebben op de voet van art. 13c, tweede lid, onderdeel a, Wet VPB 1969. Dat is het geval indien de deelgerechtigde in de omzettende rechtspersoon in het buitenland is gevestigd en tevens kan worden aangemerkt als een verbonden lichaam ex art. 10a, vierde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969. Een andere consequentie van de uitkeringsfictie voor de omzettende rechtspersoon is bijvoorbeeld de verbreking van de fiscale eenheid ex art. 15 Wet VPB 1969. Het betreft onder andere de situatie waarin de omzettende rechtspersoon als NV of BV in de hoedanigheid van moedermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid en zich vervolgens op de voet van art. 2:18 BW omzet in een coöperatie, vereniging, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting. Door de fictieve uitkering van het vermogen voldoet de omzettende moedermaatschappij niet langer aan de bezitseis ex art. 15, eerste lid, Wet VPB 1969.

De uitkeringsfictie kan ook een belastbaar feit opleveren voor de Wet DB 1965. Art. 28a, tweede lid, Wet VPB 1969

⁵¹ Volgens de Staatssecretaris van Financiën kan een opwaarderingsreserve namelijk ook op grond van art. 15d Wet VPB 1969 belast vrijvallen: zie *Kamerstukken I* 2004/05, 29 686, C, blz. 6-7. Ik heb over een dergelijke belaste vrijval overigens mijn twijfels geuit in: 'Ruim baan voor de handel in lichamen met een opwaarderingsreserve?', *MBB* 2005, nr. 4, blz. 119-125.

⁵² HR 18 februari 1959, nr. 13 763, *BNB* 1959/124 en HR 24 september 1980, nr. 19 552, *BNB* 1980/332.

⁵³ Voor de goede orde: indien er nog andere deelgerechtigden niet-verbonden lichamen zijn, dan geldt de sanctie van art. 13b Wet VPB 1969 niet voor zover de afgewaardeerde vordering aan hen wordt geacht te zijn uitgekeerd.

bepaalt namelijk dat de ficties van het eerste lid mede van toepassing zijn voor de heffing van dividendbelasting. Op grond van art. 3, eerste lid, onderdeel b, Wet DB 1965 wordt hetgeen bij liquidatie wordt uitgekeerd boven het gemiddeld op de desbetreffende aandelen gestorte kapitaal mede tot de opbrengst van aandelen gerekend. Dit geldt overigens alleen indien de omzettende rechtspersoon een BV of een NV is. ⁵⁴

3.2.4. De inbrengfictie

Art. 28a, eerste lid, onderdeel c, Wet VPB 1969 bepaalt dat het vermogen van de verlaten rechtsvorm geacht wordt in de nieuwe rechtsvorm te zijn ingebracht. De vraag rijst wie inbrengt. Een logisch geheel ontstaat als de deelgerechtigden in de geliquideerde geachte rechtspersoon worden geacht het fictief aan hen uitgekeerde vermogen in de veronderstelde nieuwe rechtspersoon te hebben ingebracht. Daarmee vormt deze fictie het sluitstuk van de fiscale uiteenraffing van de omzettingsfiguur.

Hoewel dat niet expliciet in art. 28a, eerste lid, onderdeel c, Wet VPB 1969 is verwoord, wordt een nieuwe rechtspersoon geacht te zijn opgericht. De term 'ingebracht' stelt mijns inziens buiten twijfel dat de fictieve vermogensvoorgang zich afspeelt in de kapitaalsfeer in plaats van in de winstsfeer en dat op grond van deze fictie geen winst wordt geconstateerd voor de heffing van vennootschapsbelasting. Teneinde de totale winst van de nieuw opgericht geachte rechtspersoon op de juiste wijze te bepalen, dienen in de fiscale vermogensopstelling de vermogensbestanddelen gesteld te worden op de waarde in het economische verkeer ten tijde van het omzettingmoment. ⁵⁵ De omgezette rechtspersoon kan ten aanzien van deze vermogensbestanddelen haar eigen waarderings- en afschrijvingsstelsel kiezen en is daarbij niet gebonden aan de door haar in een andere rechtsvorm in het verleden gemaakte keuzes.

3.3. Fiscaal gefaciliteerde omzettingen

3.3.1. Verzoekprocedure

Op grond van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 kan een fiscaal begeleide omzetting tot stand worden gebracht. Daartoe is een verzoek vereist aan de inspecteur, die voor het voldoen aan het verzoek toestemming moet hebben van de Minister van Financiën. Het verzoek hoeft niet vóór de omzetting te worden gedaan, zodat dit mogelijk is tot het moment waarop de aanslag onherroepelijk vaststaat. ⁵⁶ De Staatssecretaris van Financiën heeft in het besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146, onderdeel 7, de inspecteur gemachtigd om in een (beperkt) aantal gevallen de verzoeken om een fiscaal begeleide omzetting af te doen, te weten:

- de omzetting van een coöperatie in een NV of BV;
- de omzetting van een volledig belaste stichting in een NV of BV; en
- de omzetting van een volledig belaste vereniging in een NV of BV.

Indien de inspecteur het verzoek zelf afdoet, dient hij de voorwaarden te stellen die volgens de Staatssecretaris van Financiën zijn te vinden in de bijlage bij het besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146. Deze bijlage ontbreekt opmerkelijk genoeg. ⁵⁷ De overige verzoeken om bij een omzetting art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 toe te passen dient de inspecteur door te zenden naar het Ministerie van Financiën. De inspecteur beslist op het verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking. In het besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146, noemt de Staatssecretaris van Financiën géén termijn waarbinnen de inspecteur de beschikking in beginsel dient af te geven. Dat betekent dat de inspecteur op grond van art. 5a AWR er maximaal een jaar over mag doen.

Uit het besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146, blijkt niet of het is toegestaan dat de betrokkenen bij de omzetting onafhankelijk van elkaar al dan niet opteren voor fiscale begeleiding. Bij de op 10 januari 2001 in een NV omgezette Apothekers Coöperatie OPG UA konden de omzettende rechtspersoon en de deelgerechtigden onafhankelijk van elkaar – evenals deelgerechtigden onderling – een beroep doen op art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969. ⁵⁸ Mij is niet bekend of de gang van zaken bij deze omzetting op zichzelf staat of dat dezelfde benadering door de staatssecretaris wordt toegepast bij andere omzettingen. Ik ga daar verder wel van uit,

⁵⁴ Dividendbelasting wordt namelijk – voor zover hier relevant – blijkens art. 1, eerste lid, Wet DB 1965 geheven van degenen die gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen in NV's en BV's.

⁵⁵ Vergelijk HR 2 april 1947, B. 8335, HR 24 juni 1953, nr. 11 380, BNB 1953/189, HR 21 november 1990, nr. 26197, BNB 1991/90 en HR 1 december 2006, nr. 41 985, BNB 2007/81.

⁵⁶ Voor een geruisloze bedrijfsfusie, juridische fusie en splitsing met standaardvoorwaarden, dient het verzoek wel vóórafgaand aan de desbetreffende reorganisatie te zijn gedaan. De problemen als gevolg van een 'te laat' verzoek, doen zich dus bij de omzetting niet voor. Zie over deze problemen S.J.C. Hemels, 'Geruisloze fusie of splitsing bij te laat verzoek', NTFR 2009/491. Concreet betekent dit dat, indien een bij een omzetting betrokken belastingplichtige in eerste instantie niet bereid is om voorwaarden te accepteren, hij bij een eventueel geschil met de inspecteur over de uit het eerste lid van art. 28a Wet VPB 1969 voortvloeiende gevolgen alsnog een verzoek kan doen.

⁵⁷ Dat constateert ook de redactie van het NTFR in haar aantekening op het besluit in NTFR 2006/413. Met de redactie van NTFR lig ik hier niet wakker van omdat de desbetreffende standaardvoorwaarden reeds volgen uit onderdeel 2 van het besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146 (NTFR 2006/413).

⁵⁸ Zie besluit van 19 juli 2001, nr. CPP2001/287M, BNB 2001/411 (OPG-besluit), waarover J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 75-76, Deventer: Kluwer 2008.

maar plaats de kanttekening dat de afwijzing van de fiscale begeleiding van de omzetting van een BV in een coöperatie – vanwege het verloren gaan van de dividendbelastingclaim – kan wijzen op een all-in/all-out-benadering (zie over deze afwijzing onderdeel 5.2).

3.3.2. Delegatiekader

De voorwaarden die de Staatssecretaris van Financiën – en daarmee de inspecteur – verbindt aan een fiscaal begeleide omzetting mogen op grond van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 'slechts strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van de belastingen'. Voorwaarden die daartoe niet strekken zijn onverbindend. Een zogenoemd specifiek delegatiekader, op grond waarvan sowieso voorwaarden kunnen worden gesteld die betrekking hebben op bijvoorbeeld de in een jaar genoten winst van de omzettende rechtspersoon, de toelaatbare reserves, de verrekening van verliezen enz., ontbreekt. ⁵⁹ Het komt mij echter voor dat het delegatiekader van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 zo ruim is dat dergelijke specifieke voorwaarden daar automatisch binnen blijven. ⁶⁰

Bovendien lijken de te stellen voorwaarden verder te mogen gaan dan de verzekering van de heffing en invordering van de belastingen die verschuldigd zouden zijn indien een verzoek ex art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 achterwege blijft. De fiscale begeleiding wordt in art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 verwoord als het 'toestaan van afwijkingen van het eerste en tweede lid'. Het toestaan van afwijkingen kan meer omvatten dan het slechts buiten aanmerking laten van bijvoorbeeld de winst die wordt gestipuleerd in art. 28a, eerste lid, Wet VPB 1969. ⁶¹ Sterker nog, dat lijkt – binnen bepaalde hierna aan te geven grenzen – juist de bedoeling. De omzettende rechtspersoon is immers in werkelijkheid niet geliquideerd (art. 2:18, achtste lid, BW). Het is naar mijn mening dan ook in overeenstemming met de ratio van art. 28a Wet VPB 1969 om in het kader van de fiscale begeleiding zo veel mogelijk de fictieve liquidatie terug te draaien. Dit terugdraaien kan verdergaande consequenties hebben dan het verzekeren van de heffing en de invordering van belastingen die verschuldigd zouden zijn indien de omzetting fiscaal niet-gefacilieerd zou verlopen (fictieve liquidatie). In dit verband moet met name worden gedacht aan het doorschuiven van (latente) fiscale claims die niet tot uitdrukking komen bij een ruisende omzetting. Een voorbeeld van een fiscale claim die als gevolg van een ruisende omzetting niet wordt afgewikkeld, maar mijns inziens wel met behulp van een nadere voorwaarde kan worden doorgeschoven, is een latente claim uit hoofde van art. 13b Wet VPB 1969. Dit illustreer ik aan de hand van een voorbeeld.

Voorbeeld ⁶²

De aandelen in BV X worden gehouden door vier met BV X niet-verbonden natuurlijke personen, te weten A, B, C en D, elk voor 25%. BV X heeft een afgewaardeerde vordering op haar deelneming BV D. In verband hiermee rust op BV X een latente claim uit hoofde van art. 13b Wet VPB 1969. Indien BV X zich op de voet van art. 2:18 BW omzet in een onderlinge waarborgmaatschappij, wordt de latente claim uit hoofde van art. 13b Wet VPB 1969 niet afgewikkeld. Noch art. 28a, eerste en tweede lid, Wet VPB 1969 noch art. 13b Wet VPB 1969 zelf noopt ertoe dat het afwaarderingsverlies op de vordering wordt teruggenomen. Omdat art. 13b Wet VPB 1969 zelf niet voorziet in een doorschuivingsmogelijkheid, wordt het afwaarderingsverlies op de vordering bij een ruisende omzetting permanent. Indien de onderlinge waarborgmaatschappij na de omzetting de vordering vervreemdt aan een met hem verbonden lichaam, treedt de sanctie van art. 13b Wet VPB 1969 niet in werking omdat de vordering niet ten laste van zijn winst is afgewaardeerd. Door de omzetting is de vordering als het ware 'ontsmet'.

Indien BV X op de voet van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 een verzoek doet voor een fiscaal begeleide omzetting, staat het de Staatssecretaris van Financiën naar mijn mening vrij om het verzoek te honoreren onder de voorwaarde dat de latente claim uit hoofde van art. 13b Wet VPB 1969 bij de onderlinge waarborgmaatschappij wordt gecontinueerd. ⁶³ Zoals gezegd, is het doorlopen van een fiscale positie naar mijn mening zelfs in overeenstemming met doel en strekking van art. 28a Wet VPB 1969.

3.3.3. Standaardvoorwaarde 1

Op grond van standaardvoorwaarde 1 treedt de omgezette rechtspersoon met betrekking tot al hetgeen in het kader van de omzetting is verkregen in de plaats van de om te zetten rechtspersoon. Voor de vraag waar de fiscale indeplaatsstelling in de praktijk op neerkomt, kan mijns inziens in beginsel worden aangesloten bij de voorbeelden waarmee de wetgever de betekenis van de fiscale indeplaatsstelling heeft geïllustreerd in het kader van een fiscaal

⁵⁹ Vergelijk de specifieke delegatiekaders van art. 14, zevende lid, tweede volzin, Wet VPB 1969, art. 14a, vijfde lid, tweede volzin, Wet VPB 1969 en art. 14b, vierde lid, tweede volzin, Wet VPB 1969.

⁶⁰ Een voorbeeld is de hierna te behandelen antiwinstuithollingsvoorwaarde en een vervreemdingsverbod met betrekking tot de in het kader van een omzetting uitgereikte aandelen.

⁶¹ Anders ligt dit bij de vervreemdingsficties van art. 14b, eerste lid, Wet VPB 1969 en art. 14a, eerste lid, Wet VPB 1969. Die blijven ook in het kader van een fiscaal begeleide juridische fusie of splitsing gelden. Slechts het gevolg van die ficties, te weten de winst behaald als gevolg van de vervreemdingsficties, kan op grond van art. 14b, tweede of derde lid, Wet VPB 1969 en art. 14a, tweede of derde lid, Wet VPB 1969 buiten aanmerking worden gelaten.

⁶² Het voorbeeld borduurt voort op een voorbeeld van E. van den Brande-Boomsloiter, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting* (FM nr. 110), blz. 191-192, Deventer: Kluwer 2003.

⁶³ Hetgeen de Staatssecretaris van Financiën overigens ook doet, en wel met behulp van standaardvoorwaarde 1 (zie hierna).

begeleide juridische fusie en juridische splitsing op de voet van art. 14b respectievelijk art. 14a Wet VPB 1969. In het algemeen is de fiscale indeplaatsstelling in het kader van een fiscaal begeleide juridische fusie en juridische splitsing omschreven als 'dat de verkrijgende vennootschap met betrekking tot de verkregen vermogensbestanddelen de kwalificaties, omstandigheden, latente verplichtingen, dan wel termijnen overneemt'. ⁴⁴ Met andere woorden: de fiscale indeplaatsstelling ziet op elementen, zoals kwalificaties, omstandigheden, latente verplichtingen, dan wel termijnen, die betrekking hebben op vermogensbestanddelen. Kort gezegd: objectgebonden elementen. Veruit de belangrijkste implicatie van de fiscale indeplaatsstellingsvoorwaarde is dat de omgezette rechtspersoon de activa en passiva in zijn fiscale vermogensopstelling te boek stelt voor dezelfde waarde waarvoor deze waren opgenomen in fiscale vermogensopstelling van de om te zetten rechtspersoon op het omzettingstijdstip (doorschuiving). Op deze wijze is de fiscale claim op de stille reserves begrepen in de waardering van de activa en passiva gewaarborgd.

De fiscale indeplaatsstelling in het kader van een fiscaal begeleide omzetting op de voet van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 gaat echter naar mijn mening verder. Anders dan haar pendanten in het kader van een fiscaal begeleide juridische fusie en juridische splitsing op de voet van art. 14b respectievelijk art. 14a Wet VPB 1969, omvat de fiscale indeplaatsstelling in het kader van een fiscaal begeleide omzetting op de voet van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 naar mijn mening óók zogenaemde subjectgebonden elementen. De beperking tot objectgebonden elementen is namelijk vooral passend bij de juridische fusie en splitsing. ⁴⁵ Met de bij deze laatste rechtsfiguren gehanteerde fiscale indeplaatsstellingsformule wordt namelijk beoogd de overgang van vermogen onder algemene titel van de ene naar de andere rechtspersoon als het ware fiscaal te volgen. ⁴⁶ Een subjectief element als een compensabel verlies ex art. 20 Wet VPB 1969 blijft bij een juridische fusie en splitsing uitdrukkelijk buiten de reikwijdte van de fiscale indeplaatsstelling. ⁴⁷ Bij de omzetting van rechtspersonen is daarentegen geen sprake van een overgang van vermogen. De omzettende rechtspersoon blijft bestaan (art. 2:18, achtste lid, BW). Het is naar mijn mening in overeenstemming met de ratio van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 om de fiscale indeplaatsstelling op zodanige wijze op te vatten dat de omzettende rechtspersoon óók voor het fiscale recht (zo veel mogelijk) dezelfde blijft. Dat wil zeggen inclusief subjectgebonden elementen. De uitvaardiging van een afzonderlijke standaardvoorwaarde die betrekking heeft op de verrekening van de voor het omzettingstijdstip geleden verliezen, te weten standaardvoorwaarde 2, had de Staatssecretaris van Financiën dan ook strikt genomen achterwege kunnen laten. De voorwaarde functioneert in mijn optiek als verduidelijking. Een ander voorbeeld van een subjectief element dat de omzettende rechtspersoon mijns inziens in het kader van een fiscaal begeleide omzetting op de voet van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 zou moeten kunnen behouden, betreft de 'status van moedermaatschappij van een fiscale eenheid ex art. 15 Wet VPB 1969.' ⁴⁸

3.3.4. Standaardvoorwaarde 2

Op grond van standaardvoorwaarde 2 gaat de aanspraak op verrekening van vóór het omzettingstijdstip geleden verliezen door de om te zetten rechtspersoon, over op de omgezette rechtspersoon. Opmerkelijk is dat de voorwaarde alléén ziet op de overgang van aanspraken op verliesverrekening uit hoofde van vóór het omzettingstijdstip geleden verliezen (carry forward). ⁴⁹ Voor een eventuele carry back naar het winstverleden van de omgezette rechtspersoon is een afzonderlijk verzoek aan de inspecteur vereist, die dit moet doorzenden aan het Ministerie van Financiën. ⁵⁰ Hoewel het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146, daarover zwijgt, kan de verrekening van de op de voet van standaardvoorwaarde 2 aan de omgezette rechtspersoon 'meegegeven' verliezen van de om te zetten rechtspersoon, mijns inziens worden gedwarsboomd door art. 20, vierde tot en met zesde lid, Wet VPB 1969 (beperking verliesverrekening houdstermaatschappijen) dan wel art. 20a Wet VPB 1969 (maatregel tegen handel in verliezen). Dat is een effect van standaardvoorwaarde 1: de omgezette rechtspersoon treedt namelijk (ook) fiscaal in de plaats voor wat betreft de omstandigheden waarbij deze twee beperkingen van de verliesverrekening aanknopen. ⁵¹ Beperking van de verrekening van de 'meegegeven' verliezen op grond van art. 20a Wet VPB 1969 dreigt vooral bij de omzetting van een stichting of vereniging in een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij en omgekeerd. Bij deze omzettingen is namelijk sprake van een 100%-wijziging van het uiteindelijke belang in de omzettende rechtspersoon (vergelijk art. 20a, eerste lid, Wet VPB 1969). ⁵² Dat komt door-

⁴⁴ Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, blz. 11.

⁴⁵ Vergelijk over het objectgebonden karakter van de fiscale indeplaatsstelling op de voet van art. 14a en 14b Wet VPB 1969: Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting* (diss.), blz. 70, Amersfoort: Sdu 2005.

⁴⁶ Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, blz. 3. Zie ook P.H.M. Simonis, *Splitsing van ondernemingen*, blz. 243-244, 's-Gravenhage: Boom Juridische uitgevers 2004.

⁴⁷ Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5, blz. 10.

⁴⁸ Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 252-253, Deventer: Kluwer 2008, waarin ik inga op de situatie waarin een moedermaatschappij van een fiscale eenheid wordt omgezet in coöperatie in een BV.

⁴⁹ Ik heb geen reden daarvoor kunnen bedenken, zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 93, Deventer: Kluwer 2008.

⁵⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146, onderdeel 8.

⁵¹ De wetgever heeft dit effect van de fiscale indeplaatsstelling uitdrukkelijk aangegeven voor de op grond van beleid aan de verkrijgende rechtspersoon 'mee te geven' verliezen in het kader van een zuivere splitsing ex art. 14a Wet VPB 1969: zie Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5, blz. 10.

⁵² Hoewel (ook) verdedigbaar is dat aan art. 20a Wet VPB 1969 niet wordt toegekomen omdat het uiteindelijke belang niet is gewijzigd omdat het er niet was, stap ik over dit tekstuele punt heen omdat evengoed kan worden verdedigd dat het uiteindelijke belang is gewijzigd met 100%.

dat – anders dan een in een BV, NV, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij – in een stichting of vereniging geen 'uiteindelijk belang' in de zin van art. 20a Wet VPB 1969 valt te onderkennen. Indien eveneens is voldaan aan de overige voorwaarden van art. 20a Wet VPB 1969, kunnen derhalve de vóór de omzetting geleden verliezen niet worden verrekend met de ná de omzetting gemaakte winsten. Het zou mijns inziens redelijk zijn om toepassing van art. 20a Wet VPB 1969 achterwege te laten indien het de omzetting betreft van een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een stichting of vereniging. Aan de ratio van art. 20a Wet VPB 1969 is dan immers niet voldaan; voor de deelgerechtigden van de rechtspersoon komen geen andere deelgerechtigden in de plaats die kunnen profiteren van de verliesverrekening. ⁵³ Een dergelijke situatie kan met behulp van het volgende voorbeeld worden geïllustreerd.

Voorbeeld

BV X houdt zich uitsluitend bezig met beleggen en maakt vanaf haar oprichting in 2001 elk jaar een verlies. In 2005 verkoopt BV X de beleggingsportefeuille, zet zij zich op de voet van art. 2:18 BW om in een stichting en start in die hoedanigheid een museum. De exploitatie van het museum kan – zoals in HR 28 oktober 2005, nr. 41 071, *BNB* 2006/80 – worden aangemerkt als het drijven van een onderneming ex art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VPB 1969. Op verzoek van BV X wordt de omzetting fiscaal begeleid op de voet van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969. Zijn de beleggingsverliezen uit de BV-periode (2001 tot en met 2004) voorwaarts verrekenbaar met de in de stichtingsperiode behaalde winsten met de exploitatie van het museum?

Uitwerking

Hoewel de stichting op grond van standaardvoorwaarde 2 in beginsel de verliezen uit de BV-periode kan verrekenen met haar winsten, blokkeert mijns inziens in casu art. 20a Wet VPB 1969 de verrekening. Het uiteindelijke belang in de omzettende rechtspersoon is namelijk ten opzichte van de verliesjaren voor meer dan 30% gewijzigd (zie art. 20a, eerste lid, Wet VPB 1969). Deze constatering is voldoende nu de bezittingen in de verliesjaren langer dan negen maanden voor meer dan 50% uit beleggingen bestonden (zie art. 20a, vierde lid, Wet VPB 1969). Zoals gezegd, staat de blokkering van de verliesverrekening in dit geval op gespannen voet met doel en strekking van art. 20a Wet VPB 1969.

3.3.5. Standaardvoorwaarde 3

Op grond van standaardvoorwaarde 3 wordt het omzettingstijdstip, dat is het tijdstip vanaf wanneer de onderneming van de om te zetten rechtspersoon wordt geacht rechtstreeks voor rekening en risico van de omgezette rechtspersoon te zijn uitgeoefend, in beginsel gesteld op de datum waarop de notariële akte van omzetting ex art. 2:18, tweede lid, onderdeel c, BW wordt verleden. Met andere woorden: het omzettingstijdstip komt in beginsel overeen met het moment waarop de omzetting civielrechtelijk tot stand komt (zie onderdeel 2.3). Op verzoek is de Staatssecretaris van Financiën evenwel bereid het omzettingstijdstip met terugwerkende kracht te stellen op de aanvang van het boekjaar waarin de omzetting plaatsvindt, op voorwaarde dat daarbij geen (incidenteel) fiscaal voordeel wordt beoogd of behaald. ⁵⁴

Deze voorwaarde verbindt de bewindsman onder andere ook aan het stellen van het fusie- respectievelijk afsplitsingstijdstip op de aanvang van het boekjaar in het kader van de fiscale begeleiding van de juridische fusie en splitsing.

⁵⁵ Opmerkelijk is dat deze voorwaarde in de voorlopers van het besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, *BNB* 2006/146, nog ontbrak. Dreigende heffingslekken in verband met sfeerovergangen waren het gevolg. Zo leken door een BV gerealiseerde winsten op het beleggingsvermogen door middel van een omzetting in een stichting met terugwerkende kracht buiten de heffing van vennootschapsbelasting te kunnen worden gehouden. En in de omgekeerde situatie leken door een stichting geleden beleggingsverliezen te kunnen worden getransformeerd in voor de heffing van vennootschapsbelasting aftrekbare verliezen. Deze in het oog springende heffingslekken zijn nu echter van de baan. Wat verder valt onder het beogen of behalen van een (incidenteel) fiscaal voordeel is onduidelijk. ⁵⁶ Ook in het kader van de toekenning van terugwerkende kracht aan een juridische fusie of splitsing heeft de Staatssecretaris van Financiën de voorwaarde niet toegelicht. Wellicht dat nog kan worden gedacht aan het creëren van extra mogelijkheden tot verliesverrekening. Dit illustreer ik aan de hand van een voorbeeld.

⁵³ Zie over (de ratio van) art. 20a Wet VPB 1969 uitgebreid: E.J.W. Heithuis, *De bandel in verlies- en herinvesteringslichamen* (FM nr. 98), Deventer: Kluwer 2002.

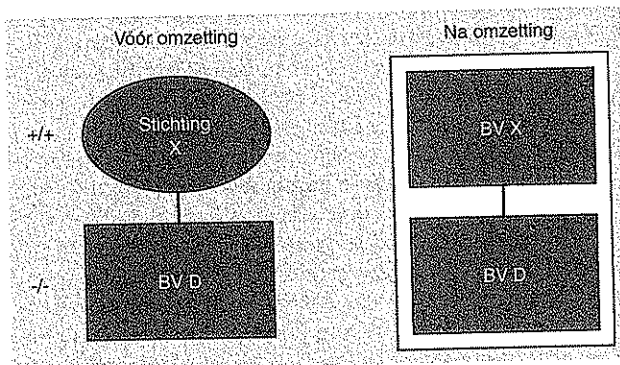
⁵⁴ De voorwaarde dat de omzettingssakte binnen twaalf maanden moet zijn verleden na de aanvang van het boekjaar, lijkt mij zinledig, behalve als sprake is van een lang boekjaar.

⁵⁵ Zie het besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3131M, *V-N* 2000/8.3, onderdeel 4 van de toelichting en het besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/2682M, *V-N* 2001/8.1, onderdeel 4 van de toelichting. De staatssecretaris stelt de voorwaarde eveneens in het kader van het verlenen van terugwerkende kracht aan de geruisloze inbreng en de geruisloze terugkeer; zie het besluit van 11 augustus 2004, nr. CPP2004/664M, *BNB* 2005/70, onderdeel 12.1 respectievelijk het besluit van 20 februari 2003, nr. CPP2002/3267M, *BNB* 2003/165, onderdeel 3.

⁵⁶ De jurisprudentie in de sfeer van de inkomstenbelasting, waarin het begrip 'incidenteel fiscaal voordeel' is ontwikkeld voor de vraag of een (vrijwillige) stelselwijziging is toegestaan, biedt geen aanknopingspunt. Het betrof namelijk vooral tariefskwesties. Zie bijvoorbeeld HR 2 juni 1970, nr. 16 357, *BNB* 1970/176.

Voorbeeld

Stichting X drijft een onderneming en houdt tevens alle aandelen in BV D. Stichting X, die op de voet van art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VPB 1969 belastingplichtig is, maakt in 2008 winst. BV D maakt in 2008 daarentegen verlies. Indien stichting X zich in de loop van 2008 met terugwerkende kracht tot 1 januari 2008 omzet in een BV, kan door middel van het aangaan van een fiscale eenheid met ingang van 1 januari 2008 op de voet van art. 15 Wet VPB 1969 het verlies van BV D worden afgezet tegen de winst van de in een BV omgezette stichting (annex moedermaatschappij van de fiscale eenheid). ⁵⁷ De omzetting en totstandkoming van de fiscale eenheid kan met behulp van de volgende figuur worden geïllustreerd.



De (extra) mogelijkheid tot verliesverrekening lijkt een (incidenteel) fiscaal voordeel op grond waarvan de Staatssecretaris van Financiën wel eens niet bereid zou kunnen zijn fiscaal terugwerkende kracht aan de omzetting te verlenen. De mogelijkheid tot verliesverrekening was namelijk niet aanwezig in de periode waarop de terugwerkende kracht betrekking heeft. Dit eenvoudigweg om de reden dat een stichting niet als moedermaatschappij van een fiscale eenheid kan fungeren (zie art. 15, derde lid, onderdeel d, Wet VPB 1969).

3.3.6. Overige voorwaarden

De Staatssecretaris van Financiën wijst in onderdeel 2 van het besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146, erop dat het algemene karakter van de voorwaarden meebrengt dat deze zullen worden gewijzigd en/of aangevuld al naar gelang de bijzondere omstandigheden van het individuele geval.

In een mij bekend praktijkgeval stelde de staatssecretaris een antiwinstuithollingsvoorwaarde die veel weg heeft van de voorwaarde die hij stelt in het kader van een bedrijfsfusie met een stichting of vereniging als overdrager en een juridische afsplitsing met een stichting of vereniging als afsplitsende rechtspersoon. Bij deze reorganisatiefaciliteiten is de desbetreffende voorwaarde wél opgenomen in de gepubliceerde standaardvoorwaarden. ⁵⁸ Het betrof in casu een omzetting van een (volledig belastingplichtige) stichting in een BV waarbij de aandelen werden uitgegeven aan een nieuw opgerichte stichting met dezelfde doelstelling als de omgezette stichting. Op deze wijze kwam eenvoudig een holdingstructuur tot stand, zonder dat daarvoor een vermogensovergang benodigd was. In een dergelijk geval kan bovendien het voormalige stichtingsvermogen worden gebruikt ter volstorting van de uit te reiken aandelen (zie onderdeel 2.4). De staatssecretaris verbond aan het fiscaal geruisloos verlopen van de omzetting de voorwaarde dat de in een BV omgezette stichting geen vergoeding ten laste van haar winst zou brengen in verband met door de nieuw opgerichte stichting ter beschikking gesteld vermogen, zoals rente en huur, voor zover die vergoeding bij de nieuw opgerichte stichting niet zou zijn belast. ⁵⁹ De voorwaarde beoogt winstdrainage ná de omzetting tegen te gaan en komt neer op een aftrekbeperking. Voor de hand ligt dat de staatssecretaris deze voorwaarde stelt bij elke omzetting waardoor een holdingstructuur ontstaat met een niet of beperkt belastingplichtig lichaam als moedermaatschappij en een onbeperkt belastingplichtig lichaam als dochtermaatschappij. In dit verband kan worden geacht aan de omzetting van een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij, die aandeelhouder of lid is van een BV, NV respectievelijk coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij, in een stichting of vereniging. Maar ook als een omzetting leidt tot een holdingstructuur waarbij de moedermaatschappij het onbeperkt belastingplichtige lichaam is en de dochtermaatschappij het beperkt belastingplichtige lichaam, is voorstelbaar dat de staatssecretaris de antiwinstuithollingsvoorwaarde stelt. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin een dochter-BV, waarin de aandelen worden gehouden door een moeder-BV, zich omzet in een vereniging, waarbij de moeder-BV op de voet van art. 2:181, eerste lid, BW (enig) lid wordt.

Hoewel de staatssecretaris aan de fiscale begeleiding in het zojuist besproken praktijkgeval niet een nadere voor-

⁵⁷ Voor de goede orde: de omzettingsakte moet wel binnen drie maanden na de aanvang van het boekjaar wordt verleden omdat anders op grond van art. 15, vijfde lid, Wet VPB 1969 het fiscale-eenhedenverzoek te laat is.

⁵⁸ Zie voor de bedrijfsfusie de zevende standaardvoorwaarde in het besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3041, V-N 2001/8.7 en voor de afsplitsing de zevende standaardvoorwaarde in het besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/2682, V-N 2001/8.1.

⁵⁹ Zie voor de exacte formulering van de voorwaarde: J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 101, Deventer: Kluwer 2008.

waarde verbond ter zake van de latere vervreemding van de aandelen die de in een BV omgezette stichting heeft uitgereikt, lag dat mijns inziens wel voor de hand. Dit om te voorkomen dat de faciliteit van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 wordt gegeven voor een omzetting die eigenlijk een 'verkoop' is. Als alternatief voor de directe verkoop van een door haar gedreven onderneming, zou een stichting anders zich kunnen omzetten in een BV of NV waarbij de aandelen worden uitgegeven aan een nieuw opgerichte stichting. Vervolgens verkoopt de nieuw opgerichte, niet-belastingplichtige, stichting de aandelen in de in een BV of NV omgezette stichting zonder belastingheffing. Indien een dergelijke omzetting fiscaal zou worden begeleid, wordt in feite een acute fiscale claim omgezet in een latente fiscale claim waarbij in de koopsom van de aandelen de latente vennootschapsbelastingdruk tot uitdrukking komt. Bij de bedrijfsfusie ex art. 14 Wet VPB 1969 en de juridische splitsing ex art. 14a Wet VPB 1969 heeft de wetgever uitdrukkelijk ervoor gewaakt dat met behulp van deze reorganisatiefaciliteiten een belaste verkoop van vermogensbestanddelen kan worden ontweken. Bij de omzetting van een rechtspersoon ontbreekt een met art. 14, vierde lid, Wet VPB 1969 en art. 14a, zesde lid, Wet VPB 1969 vergelijkbare antimisbruikbepaling. Dat valt ongetwijfeld mede te verklaren door het feit dat de antimisbruikbepaling van art. 14, vierde lid, Wet VPB 1969 en art. 14a, zesde lid, Wet VPB 1969 een Europeesrechtelijke achtergrond hebben, te weten de Fusierichtlijn. ⁶⁰ Niettemin staat het mijns inziens de staatssecretaris vrij om aan de fiscale begeleiding van de omzetting van een stichting de voorwaarde te verbinden dat de aandelen of het verkregen lidmaatschapsrecht niet binnen drie jaren na de omzetting mogen worden vervreemd, tenzij hij van dit in beginsel ongeclausuleerde vervreemdingsverbod ontheffing verleent. ⁶¹ Naar analogie van HR 10 oktober 2008, nr. 43 409, *BNB* 2009/28, zou ik het redelijk vinden indien een ten tijde van het omzettingsbesluit ex art. 2:18, tweede lid, onderdeel a, BW aanwezig 'bloot' verkoopvoornemen van de aandelen niet in de weg staat aan het verlenen van die ontheffing. Indien echter de doorverkoop van de aandelen ten tijde van de omzetting al vaststond, moet de ontheffing mijns inziens in elk geval worden geweigerd. ⁶²

4. Omzetting van een stichting in een BV en omgekeerd

4.1. Van stichting naar BV

Bij omzetting van een stichting in een BV doet zich binnen de vennootschapsbelasting een overgang voor van beperkte naar onbeperkte belastingplicht. Een stichting is immers slechts belastingplichtig indien en voor zover zij een (materiële) onderneming drijft dan wel in concurrentie treedt, terwijl een BV geacht wordt met behulp van haar gehele vermogen een onderneming te drijven. ⁶³ Op grond van art. 28a, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 wordt de omzetting van een stichting in een BV bij wijze van fictie gekwalificeerd als een liquidatie. Voorzover de stichting belastingplichtig is, brengt de liquidatiefictie in combinatie met art. 15d Wet VPB 1969 een eindafrekening met zich over de op het omzettingstijdstip aanwezige stille en fiscale reserves en de goodwill. De twee overige ficties van art. 28a, eerste lid, Wet VPB 1969, te weten de uitkerings- en inbrengfictie, kunnen niet recht toe recht aan worden toegepast bij de omzetting van een stichting in een BV. ⁶⁴ Bij een stichting ontbreken deelgerechtigden tot het vermogen, die een cruciale schakelfunctie vervullen in het door art. 28a, eerste lid, Wet VPB 1969 gefingeerde kasrondje: uitkering aan de deelgerechtigden gevolgd door inbreng door de deelgerechtigden. Om een sluitend systeem te creëren, ligt het mijns inziens voor de hand om onder art. 28a, eerste lid, Wet VPB 1969 een rechtstreekse vermogensovergang aan te nemen van de stichting naar de BV. ⁶⁵ Alsdan vallen de uitkeringsfictie en de inbrengfictie in feite samen. Voor de heffing van vennootschapsbelasting van de omzettende stichting maakt het feit dat de uitkeringsfictie niet kan worden toegepast overigens niet uit. Vaststaat immers dat (ook) op grond van de liquidatiefictie van art. 28a, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 in combinatie met art. 15d Wet VPB 1969 door de stichting dient te worden afgerekend. Het is met andere woorden niet nodig om de meerwaarden door de uitkeringsfictie als gerealiseerd te beschouwen. ⁶⁶ Op grond van de inbrengfictie staan na de omzetting alle activa en passiva op de fiscale vermogensopstelling van de BV te boek voor de waarde in het economische verkeer. Dus ook de vermogensbestanddelen die bij de stichting

⁶⁰ Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van de EG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, laatstelijk gewijzigd 17 februari 2005, *PbEU* L 58.

⁶¹ Ik sluit daarbij aan bij het vervreemdingsverbod zoals dat gold tot 1 januari 2001 bij de fiscale begeleiding van de bedrijfsfusie op de voet van art. 14 (oud) Wet VPB 1969 (vergelijk besluit van 1 juli 1993, nr. DB 93/2165M, *BNB* 1993/269, onderdeel 2.5).

⁶² In de tussenperiode, te weten ná het ontstaan van het verkoopvoornemen maar vóór het totstandkomen van de koopovereenkomst, is thans onduidelijk of een reorganisatie nog fiscaal begeleid kan plaatsvinden. Naar het mij voorkomt is dat niet het geval zodra de zogenoemde 'pre-contractuele fase' met de externe koper van de aandelen is begonnen.

⁶³ Art. 2, eerste lid, onderdeel e, jo. art. 4, onderdeel a, en art. 2, vijfde lid, Wet VPB 1969.

⁶⁴ Zie ook A.C. Rijkers, 'Fiscale aspecten van omzetting van een stichting in een BV', *S&V* 1993, blz. 156, C.P.M. van Houte, *De stichting in het Nederlandse belastingrecht* (FM nr. 69), blz. 138, Deventer: Kluwer 1994, en J. den Boer, S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), onderdeel 7.0.2, b., Deventer: Gouda Quint.

⁶⁵ Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 122 en 138, Deventer: Kluwer 2008.

⁶⁶ Zie ook A.C. Rijkers, 'Fiscale aspecten van omzetting van een stichting in een BV', *S&V* 1993, blz. 157, die van mening is dat de uitkeringsfictie niet van toepassing bij de omzetting van stichting in BV maar dat dit geen praktisch gevolg heeft voor de vennootschapsbelasting: de stichting moet nog steeds afrekenen over stille en fiscale reserves alsmede goodwill.

niet tot het ondernemingsvermogen behoorden. ⁶⁷ Hetzelfde geldt mijns inziens onverkort voor de bij de stichting niet tot het ondernemingsvermogen behorende zelfgekwekte goodwill en andere op winstgenererend vermogen gebaseerde activa, zoals merchandisingrechten. In dit verband moet worden gedacht aan een stichting die de bij haar aanwezige overwinstpotentie niet benut; zij heeft dan geen winststreven en is niet belastingplichtig. Naar mijn mening is het in HR 21 november 1990, nr. 26 179, *BNB* 1991/90, en HR 1 december 2006, nr. 41 985, *BNB* 2007/81, ontwikkelde activeringsverbod voor zelfgekwekte goodwill en overige op winstgenererend vermogen gebaseerde activa niet van toepassing bij de omzetting van een stichting in een BV. In die jurisprudentie stond de Hoge Raad de activering van goodwill en vergelijkbare activa niet toe bij een stichting die belastingplichtig werd omdat zij zich alsnog op het behalen van winst ging richten. De Hoge Raad baseert dit activeringsverbod op een redelijke wetstoepassing. Hoewel gezegd kan worden dat een niet-belastingplichtige stichting met onbenutte overwinstpotentie die zich omzet in een BV als het ware van rechtswege een winststreven krijgt vanwege de ondernemingsfictie van art. 2, vijfde lid, Wet VPB 1969, brengt mijns inziens een redelijke wetstoepassing geenszins mee dat bij de BV activering van de goodwill anderwege dient te blijven. De reden hiervoor is dat bij de omzetting geen sprake is van een sfeerovergang binnen één en dezelfde belastingplichtige. De stichting wordt immers geacht te zijn geliquideerd en de BV wordt geacht te zijn opgericht. Indien dit daadwerkelijk zou gebeuren, zou evenmin een activeringsverbod aan de orde zijn bij de BV voor door de stichting zelfgekwekte goodwill en vergelijkbare winstgenerende activa. Daaraan doet het feit dat over dergelijke activa bij de liquidatie van de stichting niet wordt afgerekend niet af.

Indien op grond van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 een fiscaal gefacilieerde omzetting tot stand komt, treedt de BV op grond van standaardvoorwaarde 1 in de plaats van de stichting. De hieruit voortvloeiende doorschuiving van boekwaarden is logischerwijs beperkt tot het vermogen waarmee reeds door de stichting een onderneming werd gedreven. Indien een niet-volledig belaste stichting wordt omgezet in een BV, staat immers buiten kijf dat het niet-ondernemingsvermogen van de stichting een nieuwe fiscale start bij de BV maakt en uit dien hoofde bij de BV wordt opgenomen tegen de waarde in het economische verkeer ten tijde van de omzetting. Een uitzondering geldt mijns inziens overigens voor door de stichting zelfgekwekte – maar onbenutte – goodwill en andere op winstgenerend vermogen gebaseerde activa. ⁶⁸ Ik kan mij goed voorstellen dat de Staatssecretaris van Financiën aan de fiscale begeleiding van een dergelijke omzetting de voorwaarde verbindt dat de zelfgekwekte goodwill alsmede vergelijkbare activa niet bij de BV mogen worden geactiveerd. Een dergelijke voorwaarde is mijns inziens verbindend omdat de zelfgekwekte goodwill en vergelijkbare activa óók niet zouden mogen worden geactiveerd bij de BV indien de omzettende rechtspersoon – conform het behoud van rechtspersoonlijkheid – voor de toepassing van het fiscale recht dezelfde belastingplichtige zou blijven en dus niet zou worden geacht te zijn geliquideerd.

Een bijzonder probleem vormt de (afwikkeling van de) vermogensklem ex art. 2:18, zesde lid, BW. Dit staat los van de vraag of de omzetting van een stichting in een BV al dan niet fiscaal wordt begeleid. Zoals gezegd in onderdeel 2.4, houdt de vermogensklem in dat de in een BV omgezette stichting het bij de omzetting aanwezige vermogen alsmede de vruchten daarvan dient te besteden conform de doelstelling van de stichting, tenzij de rechter voor een andere besteding toestemming geeft. Van belang is dat de BV op grond van art. 2, vijfde lid, Wet VPB 1969 mede met het beklemd vermogen een onderneming drijft, zodat de vruchten van dit vermogen behoren tot de (totaal)winst van de BV. Bij de beoordeling van de aftrekbaarheid van een besteding van het beklemd vermogen, springt in het oog de besteding die niet is gedaan met oog op de zakelijke belangen van de door de BV gedreven onderneming, maar evenmin een kapitaalruggeef of winstuitdeling inhoudt aan de aandeelhouder(s). ⁶⁹ De vraag is of een dergelijke onzakelijke besteding op grond van het renpaardenarrest HR 12 juni 2002, nr. 36 453, *BNB* 2002/290, en het zogenoemde wagenparkarrest HR 18 april 2008, nr. 07/10035, *BNB* 2008/139, een aftrekbare uitgave vormt nu zij niet is gericht op de persoonlijke behoeftebevrediging van de aandeelhouder(s). Ter illustratie een voorbeeld.

Voorbeeld

Een stichting die een traditionele bierbrouwerij exploiteert, heeft uit hoofde van haar statuten een bepaald bedrag bestemd voor archeologisch onderzoek. De stichting is subjectief belastingplichtig op de voet van art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VPB 1969. Bij het bepalen van de winst komen de uitgaven ten behoeve van archeologisch onderzoek in beginsel niet in aftrek; zij hebben een winstbestemmend karakter. ⁷⁰ Stel dat de stichting wordt omgezet in een BV, waarbij de aandelen worden uitgegeven aan een internationaal concern dat diverse biermerken voert. Uit hoofde van art. 2:18, zesde lid, BW is de BV gehouden het in de statuten van de stichting vastgelegde bedrag te besteden ten behoeve van archeologisch onderzoek.

Naar mijn mening is de onzakelijke besteding van het beklemd vermogen niet aftrekbaar omdat die besteding op één lijn kan worden gesteld met een kapitaalruggeef dan wel een winstuitdeling aan een aandeelhouder. De besteding van het beklemd vermogen is namelijk – evenals deze twee onttrekkingen – een prestatie die voortvloeit uit de ver-

⁶⁷ In soortgelijke zin C.P.M. van Houte, 'De nieuwe omzettingsregeling en haar belastingrechtelijke implicaties', *WFR* 1991/1294, die opmerkt: 'De tot (...) (de) niet-ondernemingsfeer behorende activa zullen mijns inziens ter zake van de omzetting mogen worden gehervat (...).'

⁶⁸ Zie uitgebreid J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 122-123 en 126, Deventer: Kluwer 2008.

⁶⁹ De eerste genoemde categorie is mijn inziens aftrekbaar en de tweede genoemde categorie niet: zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 128-130, Deventer: Kluwer 2008.

⁷⁰ Ik laat de uitzondering, te weten aftrek op basis van art. 9, eerste lid, onderdeel h, Wet VPB 1969, buiten beschouwing.



schaffing van eigen vermogen. Het (voldoen aan het) naijende doel van de stichting waardoor de onzakelijke besteding uit hoofde van art. 2:18, zesde lid, BW wordt ingegeven, vormt voor de winstbepaling van de in een BV omgezette stichting een quasi-aandeelhoudersbelang.⁷¹ Het doel van de stichting heeft als het ware deel in de BV en dat belet de besteding van vermogen en de vruchten daarvan conform dit doel als ondernemingskosten aan te merken.⁷² De fiscale consequenties voor degenen die aandelen in de in een BV omgezette stichting krijgen uitgereikt, zijn helaas duister. Omdat de aandeelhouders pas deelgerechtigd worden tot het vermogen na de omzetting in een BV, kunnen zij elk geval niet met de uitkeringsfictie worden geconfronteerd. De staatssecretaris geeft in de toelichting van het besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, *BNB* 2006/146, aan dat naar zijn mening een vermogenstoename als gevolg van het ontstaan van deelgerechtigdheid na de omzetting in de heffing dient te worden betrokken als winst uit onderneming, als loon, als resultaat uit een werkzaamheid of als schenking. In fiscale begeleiding – door middel van doorschuiving van de claim – voorziet het besluit niet. De vermogenstoename waarop de staatssecretaris doelt, lijkt aan de orde indien de uitgegeven aandelen recht geven op (de vruchten van) het voormalige stichtingsvermogen. Dat is binnen het systeem van Boek 2 BW een zeldzame situatie omdat de groep van personen die in aanmerking komt voor dergelijke aandelen beperkt is tot de voormalige ideële of sociale 'uitkeringsdoelgroep' van de stichting (zie onderdeel 2.4). In dit verband kan worden gewezen op de uitspraak van Rb. Arnhem van 14 mei 1992, *NJKort* 1992, 45 (Stichting Werkpool Nijmegen II) en van Rb. Zwolle van 12 november 2003, nr. HARK03-61, *JOR* 2004/68 (Stichting het Gastouderbureau). In deze twee zaken wenste(n) de bestuurder(s) van de stichting na de omzetting in een BV aandeelhouder(s) te worden. Dat is volgens beide rechtbanken slechts mogelijk indien de BV een statutaire reserve, betrekking hebbend op het voormalige stichtingsvermogen alsmede de vruchten daarvan, aanhoudt die wordt besteed conform de 'leefregel' van de stichting. Deze oplossing voorkomt dat de voormalige bestuurder(s) van de stichting zich in hoedanigheid van aandeelhouder het voormalige stichtingsvermogen alsmede de vruchten daarvan kunnen toe-eigenen. Ergo: géén vermogenstoename. Dit alles neemt natuurlijk niet weg dat zich in de praktijk een vermogenstoename kan voordoen in strijd met de vermogensklem van art. 2:18, achtste lid, BW. In de 'standaardsituatie' waarin volgestorte aandelen worden toegekend aan personen behorend tot de ideële of sociale 'uitkeringsdoelgroep' van de stichting, acht ik het praktisch uitgesloten dat de vermogenstoename aan enige bron van inkomen in de Wet IB 2001 kan worden toegerekend. In een dergelijk geval zal de verkrijging van de aandelen in de regel opkomen in de privésfeer van een natuurlijke persoon. Bij onbeperkt vennootschapsbelastingplichtige lichamen is de vermogenstoename echter mijns inziens per definitie belast; van een (informele) kapitaalstorting is geen sprake en voorts is de deelnemingsvrijstelling niet op de vermogenstoename van toepassing.⁷³ De mogelijkheid om de vermogenstoename, die te beschouwen is als een verrijking, te belasten met schenkingsrecht loopt mijns inziens stuk op het feit dat een corresponderende verarming bij de rechtspersoon ontbreekt.⁷⁴

4.2. Van BV naar stichting

De omzetting van een BV in een stichting is vanuit fiscale optiek minder complex dan haar spiegelbeeld. De BV die zich op de voet van art. 2:18 BW omzet in een stichting wordt op grond van art. 28a, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 voor de heffing van vennootschapsbelasting geacht te zijn geliquideerd, waarbij haar vermogen wordt geacht te zijn uitgekeerd aan de aandeelhouders. Deze ficties brengen in combinatie met art. 15d Wet VPB 1969 een afrekening met zich over de ten tijde van de omzetting aanwezige stille en fiscale reserves alsmede goodwill. De stichting wordt slechts belastingplichtig indien en voor zover zij als gevolg van de omzetting een onderneming in de zin van art. 2, eerste lid, onderdeel e, Wet VPB 1969 wordt geacht te verkrijgen. Deze (fictieve) inbreng ex art. 28a, eerste lid, onderdeel c, Wet VPB 1969 van een materiële onderneming vormt echter geen fiscale winst omdat het ingebrachte vermogen het beginvermogen van de stichting vormt. De stichting heeft binnen de grenzen der redelijkheid een vrije etiketeringskeuze ten aanzien van vermogensbestanddelen die zowel een functie hebben voor het ondernemingsgedeelte als voor het niet-ondernemingsgedeelte.

De Staatssecretaris van Financiën lijkt terughoudend in het honoreren van verzoeken om fiscale begeleiding van de omzetting van een BV. Naar mijn mening ten onrechte. De terughoudendheid is mij bekend uit een praktijkgeval, waarin een BV die een materiële onderneming dreef, werd omgezet in een stichting. Het belang van de fiscale begeleiding was gelegen in het achterwege blijven van de eindafrekening over stille en fiscale reserves alsmede goodwill (doorschuiving). In eerste instantie weigerde de staatssecretaris zijn medewerking te verlenen aan een geruisloze omzetting vanwege het verloren gaan van de dividendbelastingclaim. In dit verband maakte de bewindsman een één-op-één-vergelijking met de omzetting van een BV in een coöperatie, waarvan hij in het besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, *BNB* 2006/146, onderdeel 5 (wél) expliciet heeft aangegeven verzoeken om fiscale begeleiding niet te zullen honoreren vanwege het verloren gaan van de dividendbelastingclaim (zie onderdeel 5.2). Na een bezwaarprocedure liep het uiteindelijk goed af voor de betrokken BV. De staatssecretaris bleek gevoelig voor het argument dat er in het desbetreffende geval geen dividendbelastingclaim verloren kon gaan omdat die materieel ont-

⁷¹ Vergelijk HR 21 februari 2001, nr. 35 074, *BNB* 2001/160, en HR 21 februari 2001, nr. 35 639, *BNB* 2001/161.

⁷² Overigens lijkt een onzakelijke besteding van het beklemd vermogen ook op grond van art. 10, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 van aftrek uitgesloten. Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 133-134, Deventer: Kluwer 2008.

⁷³ J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 143-147, Deventer: Kluwer 2008.

⁷⁴ J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 149-154, Deventer: Kluwer 2008.

brak. In casu was de inhoudingsvrijstelling van art. 4, eerste lid, onderdeel a, Wet DB 1965 van toepassing vanwege het feit dat de enig aandeelhouder van de in een stichting omgezette BV eveneens een BV betrof. Ik vind de gang van zaken opmerkelijk omdat er naar mijn mening niets op tegen is om de dividendbelastingclaim op bestaande winstreserves van de in een stichting om te zetten BV af te wikkelen en de omzetting overigens in de sfeer van de vennootschapsbelasting te begeleiden (i.c. doorschuiving boekwaarden). ⁷⁵ Dit komt neer op honorering van het verzoek ex art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 onder de voorwaarde dat er voor de heffing van dividendbelasting wordt afgerekend. Met andere woorden: voor de heffing van dividendbelasting wordt *niet* afgeweken van de uitkeringsfictie ex art. 28a, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969. De eindafrekening in de dividendbelasting heeft vervolgens slechts materieel effect voor zover de dividendbelasting als eindheffing functioneert, hetgeen het geval is in relatie tot sommige buitenlandse aandeelhouders.

De gevolgen voor een aandeelhouder van de in een stichting omgezette BV zijn afhankelijk van zijn fiscale positie. ⁷⁶ Een natuurlijk persoon/ondernemer ex art. 3.4 Wet IB 2001 die de aandelen in de BV tot zijn ondernemingsvermogen rekent, wordt geacht op de voet van art. 28a, eerste lid, onderdeel b, en tweede lid, Wet VPB 1969 een liquidatie-uitkering te hebben ontvangen en moet derhalve afrekenen over de meerwaarde in de aandelen. Een aanmerkelijk-belanghouder wordt geacht op grond van art. 28a, eerste lid, onderdeel b, en art. 28a, tweede lid, Wet VPB 1969 in combinatie met art. 4.16, eerste lid, onderdeel c, en art. 4.22 Wet IB 2001 zijn aandelen in de BV te hebben vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer en moet dus ook af rekenen voor zover het fictieve vervreemdingsvoordeel zijn verkrijgingsprijs overtreft. Een particuliere belegger die geen aanmerkelijk belang heeft, wordt niet belast voor de liquidatie-uitkering die hij wordt geacht te hebben ontvangen vanwege het forfaitaire systeem van box 3. Een vennootschapsbelastingplichtig lichaam dat de aandelen tot het ondernemingsvermogen rekent, wordt evenals een natuurlijk persoon/ondernemer geacht een liquidatie-uitkering te hebben ontvangen en moet in beginsel afrekenen over de stille reserve in de aandelen, behoudens het geval waarin de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

5. Omzetting van een coöperatie in een BV en omgekeerd

De coöperatie en de BV worden beiden op grond van art. 2, vijfde lid, Wet VPB 1969 geacht met behulp van hun gehele vermogen een onderneming te drijven. Op grond van art. 28a, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 wordt de omzetting van een coöperatie in een BV (en omgekeerd) bij wijze van fictie aangemerkt als een liquidatie, hetgeen in combinatie met art. 15d Wet VPB 1969 een eindafrekening met zich over de op het omzettingstijdstip bij de coöperatie respectievelijk BV aanwezige stille en fiscale reserves en de goodwill (zie onderdeel 3.2.2). De uitkeringsfictie ex art. 28a, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 zorgt mijns inziens ervoor dat de in een BV omgezette coöperatie de in het jaar van omzetting gerealiseerde verlengstukwinst (gedeeltelijk) kan aftrekken op de voet van art. 9, eerste lid, onderdeel g, en tweede lid, Wet VPB 1969.

Met de eindafrekening over de stille en fiscale reserves en de goodwill wordt tevens, zij het op nogal grove wijze, een dreigend heffingslek de pas afgesneden, omdat het daardoor niet mogelijk is de winst die betrekking heeft op de tijdens de BV-periode opgebouwde stille reserves na de omzetting in een coöperatie op te nemen in de aftrekbare verlengstukwinst. Een vergelijkbare kwestie doet zich voor bij een op de voet van art. 14b Wet VPB 1969 fiscaal gefaciliteerde juridische fusie waarbij de verkrijgende rechtspersoon een coöperatie is en de verdwijnende rechtspersoon een BV. ⁷⁷ In een dergelijk geval stelt de staatssecretaris als voorwaarde dat de verlengstukwinstregeling bij de verkrijgende coöperatie géén toepassing vindt op winsten ontstaan door realisatie van stille reserves in vermogensbestanddelen en goodwill, noch op winsten uit fiscale reserves, die voorafgaand aan de fusie tot het vermogen van de verdwijnende BV behoorden. ⁷⁸ Een soortgelijke voorwaarde had mijns inziens ook voor de hand gelegen in het kader van een fiscaal gefaciliteerde omzetting van een NV in een coöperatie op de voet van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969, ware het niet dat de staatssecretaris verzoeken om deze omzettingvorm fiscaal te begeleiden categorisch afwijst vanwege het verloren gaan van een dividendbelastingclaim. ⁷⁹ Om dezelfde reden lijkt de staatssecretaris terughoudend te zijn om een geruisloze omzetting van een BV in een stichting toe te staan (zie onderdeel 4.1). Zoals aangegeven in onderdeel 4.1, valt op de afwijzing naar mijn mening veel af te dingen.

De vraag of in art. 28a, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 opgenomen uitkeringsfictie leidt tot een belastbaar feit voor de leden/aandeelhouders van de in een BV omgezette coöperatie (en omgekeerd), is afhankelijk van hun fiscale positie. Op deze plaats beperk ik mij tot een natuurlijk persoon/ondernemer die het lidmaatschap/de aandelen tot zijn ondernemingsvermogen rekent. Hij wordt geacht een liquidatie-uitkering te hebben ontvangen en moet derhalve afrekenen over de stille reserve in de aandelen/lidmaatschapsrechten, maar soms is uitstel mogelijk door middel van

⁷⁵ De eindafrekening in de dividendbelasting vloeit voort uit art. 3, eerste lid, onderdeel b, Wet DB 1965 in combinatie met art. 28a, eerste lid, onderdeel b, en art. 28a, tweede lid, Wet VPB 1969.

⁷⁶ Zie uitgebreider J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 163-167, Deventer: Kluwer 2008.

⁷⁷ Een eveneens vergelijkbare problematiek doet zich in de situatie waarin een coöperatie als moedermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid met een dochter-BV. Zie art. 15ac, derde lid, Wet VPB 1969 voor een nogal grove oplossing van dit probleem tijdens de fiscale eenheid. Voor een ronduit soepele regeling na verbreking van de fiscale eenheid, zie art. 28 Besluit fiscale eenheid 2003.

⁷⁸ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 februari 2002, nr. CPP2002/158M, *BNB* 2002/146, onderdeel 2.1.3.

⁷⁹ Besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, *BNB* 2006/146, onderdeel 5.

de vorming van een herinvesteringsreserve. ⁸⁰ Bij de etikettering van de na de omzetting verkregen aandelen respectievelijk lidmaatschapsrechten is de belastingplichtige mijns inziens niet gebonden aan een in het verleden gemaakte keuze. Ik doel op de situatie waarin de aandelen evenals voorheen de lidmaatschapsrechten tot het keuzevermogen behoren, bijvoorbeeld omdat het een participatie betreft in een toeleveringsbedrijf. De jurisprudentie van de Hoge Raad – zoals HR 16 januari 1957, nr. 12 951, *BNB* 1957/57 – waarin een vrijwillige sfeerovergang van het ondernemingsvermogen naar het privévermogen (en omgekeerd) van een vermogensbestanddeel aanvaardbaar wordt geacht als sprake is van bijzondere omstandigheden, is mijns inziens niet van toepassing. Dit omdat – evenals bij een 'echte' liquidatie van de coöperatie en oprichting van een nieuwe BV – géén sprake is van een sfeerovergang van een vermogensbestanddeel maar van kwalificatie van een nieuw vermogensbestanddeel. Hoewel civielrechtelijk het lidmaatschap op de voet van art. 2:183, derde lid, BW transformeert in aandeelhouderschap en gesproken zou kunnen worden van in wezen dezelfde rechtsverhouding maar dan in een ander juridische verpakking, gaat dat voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting niet op: de coöperatie wordt immers op de voet van art. 28a, eerste lid, en art. 28a, tweede lid, Wet VPB 1969 geacht te zijn geliquideerd. Uit de gang van zaken rondom de omzetting van Apothekerscoöperatie OPG in een NV blijkt echter dat de staatssecretaris op een andere koers zit. In het besluit van 19 juli 2001, nr. CPP2001/287M, *BNB* 2001/411 (OPG-besluit), onderdeel 3.3 ontzegt hij namelijk vanwege het ontbreken van een bijzondere omstandigheid de apotheker de 'keuzeherziening' ten aanzien van de voor participatiebewijzen ingewisselde aandelen. Opmerkelijk genoeg vindt de bewindsman zelfs bij een fiscaal gefaciliteerde omzetting van een coöperatie in een BV de jurisprudentie van de Hoge Raad over (vrijwillige) sfeerovergangen van toepassing. ⁸¹ Hij gaat ervan uit dat eerst met toepassing van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 de aandelen in de plaats in treden van de lidmaatschapsrechten (doorschuiving) en dat daarna de aandelen worden onttrokken naar privé. Dit uitgangspunt berust mijns inziens op een onjuiste voorstelling van zaken omdat het voormalige lid dat zijn aandelen – anders dan zijn lidmaatschapsrechten – tot zijn privévermogen wil rekenen een beroep op een geruisloze conversie van lidmaatschapsrechten in aandelen op de voet van art. 28a, derde lid, Wet VPB 1969 in de regel achterwege laat. Bijzondere aandacht vergt ten slotte de situatie waarin een lid pas als aandeelhouder wordt gerechtigd tot het vermogen van de in een BV omgezette coöperatie. Het vermogen van de coöperatie bevindt zich vóór de omzetting in een BV dan in de zogenoemde 'dode hand' omdat de leden volgens de statuten niet gerechtigd zijn tot het vermogen. De deelgerechtigdheid ontstaat eerst ná de omzetting van de coöperatie in een BV, waartoe de ledenvergadering met een verzwaarde meerderheidsbeslissing op de voet van art. 2:18, tweede lid, onderdeel a, BW heeft besloten. De uitkeringsfictie ex art. 28a, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 is mijns inziens niet van toepassing om dezelfde reden als bij de omzetting van een stichting in een BV: het fictieve kasrondje van art. 28a, eerste lid, Wet VPB 1969 kan niet worden gemaakt. Zoals aangegeven in onderdeel 4.1, stelt de staatssecretaris zich op het standpunt dat een vermogenstoename als gevolg van het ontstaan van deelgerechtigdheid na de omzetting, in de heffing dient te worden betrokken als winst uit onderneming, als loon, als resultaat uit een werkzaamheid of als schenking. Ik ben het eens met de staatssecretaris dat een vermogenstoename kan opkomen in de winst- en resultaat sfeer, maar teken aan dat de belastingheffing lijkt te kunnen worden uitgesteld door de kostprijs van de ontvangen aandelen te stellen op de boekwaarde van het vervallen van lidmaatschapsrecht. ⁸² Hoewel de staatssecretaris deze bronnen niet noemt, kan mijns inziens de vermogenstoename eveneens inkomen uit aanmerkelijk belang (box 2), dan wel inkomen uit sparen en beleggen (box 3) vormen. Moeilijk voorstelbaar vind ik situaties waarin de vermogenstoename in de heffing van loonbelasting wordt betrokken. Zoals gezegd in onderdeel 4.1, is mijns inziens heffing van schenkingsrecht uitgesloten omdat een verarming bij een 'schenker' ontbreekt, nog daargelaten of aan de vermogenstoename in het kader van de omzetting van een coöperatie in een BV een bevoordelingsbedoeling ten grondslag ligt. Gegeven de belastbaarheid van de vermogenstoename in de winst-, resultaat- of aanmerkelijkbelang sfeer, is de kans klein dat de staatssecretaris bereid is die vermogenstoename fiscaal te begeleiden, hetgeen overigens technisch erg eenvoudig zou zijn.

6. Fiscaal niet-geregelde omzettingen

6.1. Van BV naar NV en omgekeerd

In art. 28a, eerste lid, Wet VPB 1969 is uitdrukkelijk aangegeven dat de liquidatie-, uitkering- en inbrengfictie niet van toepassing zijn op de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd. Kenmerkend voor deze omzettingen is dat zij niet gepaard gaan met een eindafrekening over de stille en fiscale reserves en de goodwill in de sfeer van de vennootschapsbelasting nu het behoud van rechtspersoonlijkheid met zich brengt dat de subjectieve belastingplicht doorloopt. Een fiscale eindafrekening op de voet van art. 15d Wet VPB 1969 is niet aan de orde omdat de rechtspersoon niet ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, maar slechts in een andere hoedanigheid aan de vennootschaps-

⁸⁰ Zo was volgens de staatssecretaris in het kader van de omzetting van Apothekerscoöperatie OPG in een NV sprake van een 'vervreemding' van een als 'bedrijfsmiddel' kwalificerend lidmaatschapsrecht: zie besluit van 19 juli 2001, nr. CPP2001/287M, *BNB* 2001/411 (OPG-besluit), onderdeel 3.1 en 3.2 en besluit van 10 mei 2004, nr. CPP2003/2004M, *BNB* 2004/297 (Herinvesteringsreservebesluit), onderdeel A.2.

⁸¹ Besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, *BNB* 2006/146, onderdeel 3d.

⁸² Vergelijk HR 17 maart 1999, nr. 33 675, *BNB* 1999/230, waarin een coöperatie aan haar leden een winstbonus toekende in de vorm van zogenoemde 'certificaten'. De Hoge Raad besliste dat goed koopmansgebruik gedoogt dat de ontvangen certificaten worden gewaardeerd op de kostprijs van nihil, zodat het lid de winstbonus in het jaar van ontvangst niet tot de winst hoefde te rekenen.

belasting is onderworpen. Evenmin geeft de omzetting aanleiding voor een eindafrekening over stille reserves en fiscale reserves en de goodwill op grond van art. 8, eerste lid, Wet VPB 1969 juncto art. 3.8 en 3.25 Wet IB 2001 aangezien een vermogensovergang ontbreekt. De rechtspersoon wordt zowel voor als na de omzetting op grond van art. 2, vijfde lid, Wet VPB 1969 geacht met behulp van het gehele vermogen een onderneming te drijven, zodat sfeerovergangen zich niet voordoen. Voor de bepaling van het object van de heffing van vennootschapsbelasting is de omzetting dan ook geen relevant feit (uitzonderingen daargelaten). Zo blijft een fiscale eenheid ex art. 15 Wet VPB 1969 in stand als de omzettende rechtspersoon daarvan deel uitmaakt als moeder- of dochtermaatschappij. Verder kunnen de vóór de omzetting geleden verliezen op grond van art. 20 t/m art. 21a Wet VPB 1969 op de gebruikelijke manier worden verrekend met de na de omzetting gerealiseerde winsten (carry forward). Ook de verliezen die na de omzetting worden geleden, kunnen worden verrekend met de vóór de omzetting gerealiseerde winsten (carry back). Het blijven bestaan van de rechtspersoon heeft dus tot gevolg dat de – als hoogstpersoonlijke of als verknocht te beschouwen – verliescompensatierechten ongewijzigd blijven. ⁶³ Art. 20a Wet VPB 1969 staat aan de verliesverrekening niet in de weg omdat door de omzetting het uiteindelijke belang in de in een NV omgezette BV en omgekeerd geen wijziging ondergaat.

De omzetting van een BV in een NV en omgekeerd kan wél gevolgen hebben voor de heffing van de vennootschapsbelasting in het zeldzame geval waarin de BV en de NV voor de toepassing van hoofdstuk II van de Wet VPB 1969 niet hetzelfde worden behandeld, zoals in het kader van het op 1 augustus 2007 ingevoerde regime voor de vrijgestelde beleggingsinstelling ex art. 6a Wet VPB 1969. Dit regime staat blijkens de in art. 6a, tweede lid, Wet VPB 1969 opgenomen rechtsvormen wél open voor de NV maar niet voor de BV. Indien een als vrijgestelde beleggingsinstelling aangemerkte NV op de voet van art. 2:18 BW wordt omgezet in een BV, wordt niet langer aan de voor de vrijstelling geldende voorwaarden voldaan en wordt de rechtspersoon op grond van art. 6a, zesde lid, Wet VPB 1969 met ingang van het jaar waarin de omzetting plaatsvindt niet meer als een vrijgestelde beleggingsinstelling aangemerkt. Op de vervolgens op te stellen fiscale openningsbalans dienen de activa en passiva te worden opgenomen voor de waarde in het economische verkeer aan het begin van het jaar. ⁶⁴ Indien een BV wordt omgezet in een NV teneinde te kwalificeren als vrijgestelde beleggingsinstelling ex art. 6a Wet VPB 1969 moet worden aferekend over de stille en fiscale reserves alsmede de goodwill ex art. 15d Wet VPB 1969. Deze eindafrekening vloeit overigens strikt genomen niet voort uit de omzetting van de BV in een NV maar uit het van toepassing worden van het vrijstellingsregime van art. 6a Wet VPB 1969.

Voor de aandeelhouder is de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd evenmin een belastbaar feit. Dat geldt voor de aandeelhouder die de aandelen tot zijn ondernemingsvermogen rekent, de aandeelhouder die een aanmerkelijk belang heeft, de particuliere aandeelhouder die de aandelen tot de rendementsgrondslag van box 3 rekent en de vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder. De aandelen blijven immers in stand en in handen van dezelfde aandeelhouder. Iets anders is dat de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd gepaard kan gaan met een kapitaalmutatie, zoals een kapitaalvermindering vanwege geleden verliezen bij de omzetting in een BV en een kapitaalverhoging bij omzetting in een NV teneinde te voldoen aan de minimumkapitaaleis van € 45 000. In het algemeen geldt dat deze kapitaalmutaties niet (hoeven te) leiden tot een belastbaar feit voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting. ⁶⁵

6.2. Van stichting naar vereniging en omgekeerd

Evenals de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd, is de omzetting van een stichting in een vereniging en omgekeerd uitgezonderd van de liquidatie-, uitkering- en inbrengfictie van art. 28a Wet VPB 1969. Zowel de vereniging als de stichting is op de voet van art. 2, eerste lid, onderdeel e, juncto art. 4, onderdeel a, Wet VPB 1969 belastingplichtig voor de heffing van vennootschapsbelasting indien en voor zover zij een onderneming drijft dan wel in concurrentie treedt. ⁶⁶ Voor de heffing van vennootschapsbelasting zijn de gevolgen van de omzetting van een vereniging in een stichting, en omgekeerd, vergelijkbaar met de gevolgen van de in onderdeel 6.1 besproken omzetting van een BV in een NV en omgekeerd. Vanwege het behoud van rechtspersoonlijkheid ex art. 2:18, achtste lid, BW loopt de belastingplicht gewoon door. De omzetting leidt dan ook niet tot een eindafrekening over de in de onderneming begrepen meerwaarden – daaronder begrepen de goodwill – en fiscale reserves. In het bijzonder betekent de omzetting geen staking van de door de in een stichting omgezette vereniging (en omgekeerd) gedreven onderneming. Wat betreft de objectieve belastingplicht, rijst de vraag of de omzetting van een vereniging in een stichting en omgekeerd een bijzondere omstandigheid is die tot een herziening van de vermogensetikettering kan of moet leiden. ⁶⁷ Mijns inziens is dat niet het geval. ⁶⁸ Omdat het verplichte ondernemingsvermogen, het verplichte niet-ondernemings-

⁶³ Bij een juridische fusie of bij een zuivere juridische splitsing daarentegen verdwijnt een rechtspersoon zodat, ondanks de overgang onder algemene titel, de verliescompensatierechten in beginsel verloren gaan. Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 3, blz. 4 en *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5, blz. 9.

⁶⁴ *Kamerstukken I 2006-07*, 30 533, C, blz. 6-7.

⁶⁵ Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 232-237, Deventer: Kluwer 2008.

⁶⁶ Zie ook nog art. 4, onderdeel b, Wet VPB 1969 voor een uitbreiding van het ondernemingsbegrip voor, kort gezegd, pensioenstichtingen.

⁶⁷ Vanwege de beperkte belastingplicht van een vereniging en een stichting ex art. 2, eerste lid, onderdeel e, juncto art. 4 Wet VPB 1969 zijn namelijk in beginsel de in de inkomstenbelasting ontwikkelde regels van de vermogensetikettering van overeenkomstige toepassing.

⁶⁸ Anders: C.P.M. van Houte, *De stichting in het Nederlandse belastingrecht* (FM nr. 69), blz. 62, Deventer: Kluwer 1994.

vermogen en het keuzevermogen vanwege het behoud van rechtspersoonlijkheid in beginsel economisch en functioneel op dezelfde plaats blijven binnen de in een stichting omgezette vereniging (en omgekeerd), is de omzetting naar mijn mening op zichzelf geen bijzondere omstandigheid is die tot een andere etikettering noopt of een keuzeherziening rechtvaardigt.

Nu de relatie tussen een lid en een vereniging alsmede tussen een eventuele aangeslotene, zoals een donateur, en een stichting in de regel niet kwalificeert als een bron van inkomen, is de omzetting van een vereniging in een stichting en omgekeerd voor het lid respectievelijk de aangeslotene in het algemeen fiscaal niet relevant. Zo geldt in het bijzonder het lidmaatschap van een vereniging niet als aanmerkelijk belang. ⁸⁹

6.3. Gelijkgestelde omzettingen

De staatssecretaris heeft in het besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, *BNB* 2006/146, onderdeel 4 goedgekeurd dat een tweetal omzettingen wordt beschouwd als de omzetting van een vereniging in een stichting, te weten:

- De omzetting van een coöperatie zonder een in aandelen verdeeld kapitaal in een stichting; en
- De omzetting van een onderlinge waarborgmaatschappij zonder een aandelen verdeeld kapitaal in een stichting.

De goedkeuring houdt naar mijn mening in dat de liquidatiefictie van art. 28a, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 achterwege blijft. Evenals bij de omzetting van een vereniging in een stichting loopt dan voor de heffing van vennootschapsbelasting de subjectieve belastingplicht gewoon door. Anders dan bij de omzetting van een vereniging in een stichting kunnen zich bij deze gelijkgestelde omzettingen wél sfeerovergangen voordoen. Een stichting is immers beperkt belastingplichtig terwijl een coöperatie en een onderlinge waarborgmaatschappij onbeperkt belastingplichtig zijn. Er dreigt mijns inziens géén heffingslek als gevolg van een sfeerovergang van onbeperkte naar beperkte belastingplicht omdat een vermogensbestanddeel dat niet langer tot het ondernemingsvermogen behoort, wordt onttrokken tegen de waarde in het economische verkeer met als gevolg de realisatie van de stille reserve. ⁹⁰ Ook volgens de staatssecretaris dient alsdan partieel te worden afgerekend. ⁹¹ Ik wijs erop dat vergelijkbare sfeerovergangen zich kunnen voordoen binnen een beperkt belastingplichtig lichaam, zoals een stichting of een vereniging, en bij de overbrenging van een vermogensbestanddeel van een Nederlandse vaste inrichting naar een buitenlands hoofdhuis. De goedkeuring houdt overigens naar mijn mening niet in dat de uitkeringsfictie ex art. 28a, eerste lid, onderdeel b, Wet VPB 1969 buiten toepassing blijft. Die fictie is mijns inziens namelijk sowieso niet van toepassing omdat er bij een coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij zonder een in aandelen verdeeld kapitaal in de regel geen deelgerechtigden zijn. In dit licht bezien, zou de staatssecretaris wat mij betreft voor elke omzetting van een rechtspersoon zonder deelgerechtigden kunnen goedkeuren dat toepassing van art. 28a Wet VPB 1969 achterwege blijft. Dat geldt in het bijzonder voor het spiegelbeeld van de reeds gelijkgestelde omzettingen, te weten de omzetting van een stichting in een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij zonder een in aandelen verdeeld kapitaal.

7. Nieuwe omzettingen ⁹²

7.1. Van OVR naar BV

Op grond van het voorgestelde art. 7:834 BW kan een OVR met behoud van rechtspersoonlijkheid worden omgezet in een BV. Vanuit de optiek van de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting betekent deze nieuwe omzettingmogelijkheid een sfeerovergang van transparant naar niet-transparant. Het voorgestelde art. 3.7 Wet IB 2001 stelt de fiscale transparantie van de OVR buiten twiifel. ⁹³ Op grond van deze bepaling worden voor de toepassing van de Wet IB 2001 en de daarop berustende bepalingen bij een OVR de bezittingen en schulden evenals de opbrengsten en de uitgaven toegerekend aan de vennoten als bij een openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Met andere woorden: voor de heffing van inkomstenbelasting drijft elke besturende vennoot van een OVR zijn eigen subjectieve onderneming. Via de voorgestelde schakelbepaling art. 8, derde lid, Wet VPB 1969 wordt een voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtige besturende vennoot rechtstreeks in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken voor zijn aandeel in de door OVR behaalde winst.

Vanwege de fiscale transparantie van de OVR, zijn de fiscale gevolgen van de omzetting van een OVR in een BV afhankelijk van fiscale positie van de besturende vennoten. Volgens de toelichting op de voorgestelde Invoeringswet Titel 7.13 BW leidt de omzetting van een OVR in een BV tot staking van de door de besturende vennoot/natuurlijk persoon gedreven subjectieve onderneming. ⁹⁴ Dit betekent dat de besturende vennoot moet afrekenen over de stille

⁸⁹ Behoudens het lidmaatschap van coöperatieve verenigingen dat op grond van art. 4.5a Wet IB 2001 onder omstandigheden gelijk worden gesteld met een winstbewijs (zie hoofdstuk 5).

⁹⁰ Anders: Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2002/9.24.

⁹¹ Besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, *BNB* 2006/146, onderdeel 4.

⁹² Zie ook: M.L.M. van Kempen en A.W.G. Lamers, 'Het wetsvoorstel personenvennootschappen en de gevolgen voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting', *TFO* 2008, blz. 1-14; A.J.A. Stevens, 'Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW: enige vennootschapsbelastingaspecten', *WFR* 2007/819; J.W.E. Lijens en A.W.G. Lamers, 'Invoeringswet titel 7.13 BW: inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en enkele daarmee verband houdende aspecten', *MBB* 2007, nr. 11, blz. 366-376 en J.J.M. Jansen en A.J.A. Stevens, 'Invoeringswet titel 7.13 BW: eindelijk de puntjes op de fiscale 'i'?', *WFR* 2008/429.

⁹³ *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 41.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 42.

en fiscale reserves alsmede de goodwill. In een latere fase van de parlementaire geschiedenis is gepreciseerd dat de verplichte eindafrekening volgt uit art. 3.61 Wet IB 2001. ⁹⁵ Dat komt mij juist voor omdat een echt realisatiemoment op grond van goed koopmansgebruik ex art. 3.25 Wet IB 2001 niet aanwezig lijkt. Zo is bij de omzetting van een OVR in een BV geen sprake van een overdracht, liquidatie of inbreng van de onderneming. De door de voormalige besturende vennoot op de voet van het voorgestelde art. 7:834, tweede lid, onderdeel c, BW verkregen aandelen in de in een BV omgezette OVR zullen doorgaans een aanmerkelijk belang ex art. 4.6 Wet IB 2001 vormen. De verkrijgingsprijs van het verkregen aanmerkelijkbelangpakket wordt op de voet van art. 4.21, eerste lid, Wet IB 2001 gesteld op de waarde in het economische verkeer van de participatie van de besturende vennoot in de OVR ten tijde van de omzetting. De als gevolg van de omzetting ontstane BV is subjectief belastingplichtig voor de heffing van vennootschapsbelasting. Ten behoeve van een juiste bepaling van de totale winst van de BV dienen de vermogenbestanddelen op de fiscale openingsbalans te worden opgenomen voor de waarde in het economische verkeer. Volgens de toelichting op de voorgestelde Invoeringswet Titel 7.13 BW kan bij de omzetting van een OVR in een BV de in art. 3.65 Wet IB 2001 opgenomen faciliteit voor de geruisloze inbreng van een onderneming in een BV worden toegepast. ⁹⁶ Alsdan wordt de onderneming van de besturende vennoot geacht niet te zijn gestaakt en blijft derhalve het in aanmerking nemen van stakingswinst achterwege. Aanpassing van art. 3.65 Wet IB 2001 vindt de Minister van Justitie niet nodig. ⁹⁷ De positie van een vennootschapsbelastingplichtige vennoot is gecompliceerder. Aanvankelijk zweeg de (toelichting op de) voorgestelde Invoeringswet Titel 7.13 BW over zijn positie, met als gevolg veel onduidelijkheid. Zo rees de vraag of de omzetting van een OVR in een BV voor de vennootschapsbelastingplichtige besturende vennoot überhaupt een afrekening met zich brengt over de stille reserves in de aan hem – op de voet van het voorgestelde art. 8, derde lid, Wet VPB 1969 juncto art. 3.7 Wet IB 2001 – toegerekende vermogenbestanddelen van de OVR. De omzetting lijkt immers géén overdracht of vervreemding van deze vermogensbestanddelen te impliceren, maar beëindigt slechts de toerekening. ⁹⁸ Zou wel een afrekening moeten plaatsvinden, dan rees de vraag of de omzetting op de een of andere wijze gefacilieerd kon plaatsvinden. De bedrijfsfusiefaciliteit van art. 14 Wet VPB 1969 lijkt in het bijzonder niet van toepassing nu bij de omzetting van een OVR in een BV geen sprake is van een overdracht van een onderneming. Via de tweede nota van wijziging is gelukkig orde op zaken gesteld. ⁹⁹ Het voorgestelde art. 14, tiende lid, eerste volzin, Wet VPB 1969 schrijft door middel van een overdrachtsfictie een eindafrekening voor. Hiermee wordt volgens de toelichting voorkomen dat 'fiscaal niets tussen wal en schip valt.' ¹⁰⁰ Voorts is de bedrijfsfusiefaciliteit opengesteld door middel van een gelijkstelling van de omzetting van een OVR in een BV met een bedrijfsfusie (zie het voorgestelde art. 14, tiende lid, tweede volzin, Wet VPB 1969). De gelijkstelling geldt evenwel slechts voor zover de omzetting betrekking heeft op een gehele onderneming of een zelfstandig gedeelte van een onderneming. Dat betekent dat voor zover de in een BV omgezette OVR géén (zelfstandig gedeelte van een) onderneming drijft, de omzetting niet wordt gefacilieerd. Een OVR met beleggingsactiviteiten kan dus niet zonder belastingheffing over de stille reserves in de beleggingen worden omgezet in een BV. ¹⁰¹ Ik betreur de materiële ondernemingsreis. Mijns inziens is deze eis vooral passend bij een gewone bedrijfsfusie omdat dit type reorganisatie in werkelijkheid een overdracht van afzonderlijke activa en passiva is. De omzetting van een OVR in een BV is daarentegen een op zichzelf staande rechtsfiguur gekenmerkt door het behoud van rechtspersoonlijkheid. Vanwege dit kenmerk gaat de omzettingsfiguur als civielrechtelijke reorganisatiefaciliteit verder dan de juridische fusie en splitsing. De vermogensovergang onder algemene titel bij de twee laatstgenoemde reorganisaties wordt in de vennootschapsbelasting gefacilieerd ongeacht de vraag of het overgeane vermogen een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming vormt. ¹⁰² Dat zou mijns inziens dan sowieso moeten gelden voor de omzetting van een OVR in een BV, waarbij slechts de juridische huls van het vermogen wijzigt. Het feit dat een OVR als fiscaal transparant wordt aangemerkt en een BV niet, doet hieraan wat mij betreft niets af. Tijdens de parlementaire behandeling is nog de vraag gerezen of bij omzetting van een OVR in een BV een beroep kan worden gedaan op de EG-fusierichtlijn. ¹⁰³ Het belang schuilt ongetwijfeld in de mogelijkheid de Nederlandse implementatie van de antimisbruikbepaling in een concreet geval te kunnen toetsen aan de richtlijn. Zo staat het 'vervreemdingsverbod' van de uitgereikte aandelen ex art. 14, vierde lid, derde volzin, Wet VPB 1969 overduidelijk op gespannen voet met de richtlijn. ¹⁰⁴ Volgens de Minister van Justitie is de fusierichtlijn niet van toepassing op

⁹⁵ Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 11, blz. 3.

⁹⁶ Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 42.

⁹⁷ Ik heb daarover mijn twijfels geuit in 'Fiscale gevolgen van de nieuwe omzettingen in het vennootschapsrecht (Titel 7.13 BW)', MBB 2007, nr. 7-8, blz. 256.

⁹⁸ De eindafrekening ex art. 15d Wet VPB 1969 is niet van toepassing omdat de vennootschapsbelastingplichtige besturende vennoot door de omzetting van de OVR in een BV niet ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten.

⁹⁹ Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 11.

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 11, blz. 3.

¹⁰¹ Dat een OVR (louter) kan beleggen, heeft de Minister van Justitie diverse keren bevestigd: Kamerstukken II 2003/04, 28 746, nr. 5, blz. 11; Kamerstukken I 2005/06, 28 746, C, blz. 9 en Kamerstukken I 2005/06, 28 746, D, blz. 8.

¹⁰² Zie art. 14b en 14a Wet VPB 1969.

¹⁰³ Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 10, blz. 2.

¹⁰⁴ Zie ook HR 11 juli 2008, nr. 43 144, BNB 2008/245, waarin de Hoge Raad een prejudiciële vraag stelt over de antimisbruikbepaling. De zaak is bij het HvJ EG aanhangig onder zaak C-352/08 (Zwijnenburg).

de omzetting van een OVR in een BV omdat '(a) de OV(R)/CV(R) niet wordt genoemd als rechtsvorm in de bijlage van de fusierichtlijn in tegenstelling tot bijvoorbeeld de open commanditaire vennootschap; en (b) de OVR/CVR als belastingplichtige vennootschap niet is onderworpen aan de Wet VPB 1969.' Mijns inziens ziet de bewindsman over het hoofd dat niet de OVR maar de besturende vennoot in een voorkomend geval toepassing van de fusierichtlijn zal claimen (en wel als inbrengende vennootschap). Het gaat er dan om of die besturende vennoot voldoet aan de onderworpenheids- en rechtsvormeis, hetgeen heel wel het geval kan zijn. Het komt mij echter voor dat de omzetting van een OVR in een BV om een andere reden niet onder de fusierichtlijn valt. De omzetting van een OVR in een BV lijkt namelijk geen in de fusierichtlijn geregelde transactie. Met name is geen sprake van een 'inbreng van activa' in de zin van art. 2, eerste lid, onderdeel c, fusierichtlijn vanwege het behoud van rechtspersoonlijkheid. Volledigheidshalve merk ik nog op dat het feit dat het HvJ EG niet is bevoegd zich prejudicieel uit te laten over een omzettingsgeval, natuurlijk niet wegneemt dat de uitleg die het HvJ EG geeft in andere zaken (niet-omzettingsgevallen) over art. 11 Fusierichtlijn van belang is voor de interpretatie van de antimisbruikbepaling ex art. 14, vierde lid, Wet VPB 1969. En daarmee (indirect) ook voor de omzetting van een OVR in een BV.

7.2. Van BV naar OVR

De omgekeerde omzetting, te weten van BV naar OVR, wordt mogelijk gemaakt door art. 7:835 BW. Vanuit de optiek van de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting komt deze omzetting neer op een sfeerovergang van niet-transparant naar transparant.

De in een OVR omgezette BV wordt op grond van het voorgestelde art. 14a, twaalfde lid, Wet VPB 1969 geacht haar vermogen tegen de waarde in het economische verkeer aan de vennoten te hebben overdragen. Deze overdrachtsfictie leidt bij de BV tot een afrekening over de stille reserves en de goodwill. Volgens de toelichting stelt de overdrachtsfictie zeker dat er 'fiscaal niets tussen wal en schip valt.' ¹⁰⁵ In dit verband moet naar mijn mening vooral worden gedacht aan de afwikkeling van latente claims in verband met tot het vermogen van de OVR omgezette BV behorende 'besmette' vorderingen en/of deelnemingen. Zo treedt de sanctie van art. 13b Wet VPB 1969 in werking, indien de voormalige aandeelhouders/thans besturende vennoten van de in een OVR omgezette BV kunnen worden aangemerkt als verbonden lichamen in de zin van art. 10a, vierde lid, Wet VPB 1969 of als verbonden natuurlijke personen in de zin van art. 10a, vijfde lid, Wet VPB 1969. Omdat de BV als gevolg van de omzetting in een OVR ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, functioneert art. 15d Wet VPB 1969 ten slotte als vangnet voor claims die niet reeds uit andere hoofde in aanmerking zijn genomen. Voor zover de eindafrekeningswinst ontoereikend is om tegen de eventuele op de voet van art. 20 Wet VPB 1969 compensabele verliezen van de BV af te zetten, gaan deze verliezen als gevolg van de omzetting in een OVR verloren.

De aandeelhouder/natuurlijk persoon in de in een OVR om te zetten BV zal doorgaans een aanmerkelijk belang ex art. 4.6 Wet IB 2001 bezitten in de BV. Omdat het aandelenkapitaal van rechtswege vervalt bij de omzetting in een OVR, is vanaf de omzetting niet langer een aanmerkelijk belang aanwezig. Dat betekent dat op grond van de bestaande vervreemdingsfictie van art. 4.16, eerste lid, onderdeel g, Wet IB 2001 moet worden afgerekend over de aanmerkelijkbelangclaim. ¹⁰⁶ Voorgesteld wordt om de aan deze vervreemdingsfictie gekoppelde doorschuiffaciliteit ex art. 4.40 Wet IB 2001 uit te schakelen indien niet langer een aanmerkelijk belang aanwezig is als gevolg van de omzetting van een BV in een OVR (zie het voorgestelde art. 4.40, tweede volzin, Wet IB 2001). Dat komt mij juist voor omdat na de omzetting van een OVR in een BV geen enkel aandeel resteert. De doorschuiffaciliteit kan immers alleen een functie vervullen als nog steeds een aandelenpakket aanwezig is, bijvoorbeeld na een gedeeltelijke verkoop van het aandelenpakket of door verwatering. ¹⁰⁷

De voorgestelde Invoeringswet Titel 7.13 BW voorziet erin dat bij de omzetting van een BV in een OVR gebruik kan worden gemaakt van de geruisloze terugkeerregeling van art. 14c Wet VPB 1969. Voorgesteld wordt om een nieuw lid aan art. 14c Wet VPB 1969 toe te voegen op grond waarvan met ontbinding wordt gelijkgesteld een omzetting van een OVR in een BV op de voet van art. 7:835 BW. Art. 14c Wet VPB 1969 biedt voor een aandeelhouder/natuurlijk persoon echter niet in alle gevallen soelaas. De terugkeerregeling kan namelijk alléén worden toegepast indien de in een OVR om te zetten BV uitsluitend natuurlijke personen als aandeelhouder heeft. ¹⁰⁸ Indien naast één of meer natuurlijke personen ook één of meer rechtspersonen aandeelhouder zijn van de BV, staat dus bij de omzetting in een OVR de terugkeerregeling van art. 14c Wet VPB 1969 niet open voor de natuurlijke perso(o)n(en). Als reden hiervoor geeft de Minister van Justitie dat de gevolgen voor een dergelijke 'mengvorm' moeilijk zijn te overzien. ¹⁰⁹ In een voorkomend geval zal volgens hem echter 'een praktische oplossing worden nagestreefd'.

Aanvankelijk voorzag de voorgestelde Invoeringswet Titel 7.13 BW niet in een fiscaal gefacilieerde omzetting van een BV in een OVR indien de aandeelhouder een vennootschapsbelastingplichtig lichaam is. Het bij tweede nota van wijziging voorgestelde art. 14a, twaalfde lid, tweede volzin, Wet VPB 1969 doet dit gelukkig alsnog. ¹¹⁰ Op grond hiervan

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 11, blz. 4.

¹⁰⁶ Kamerstukken II 2006/07, 31 065, nr. 3, blz. 42.

¹⁰⁷ Dit aandelenpakket wordt dan aangemerkt als een fictief aanmerkelijk belang (zie art. 4.11 Wet IB 2001).

¹⁰⁸ Zie art. 14c, eerste lid, Wet VPB 1969.

¹⁰⁹ Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 11, blz. 4.

¹¹⁰ Kamerstukken II 2007/08, 31 065, nr. 11.

wordt de omzetting voor de toepassing van art. 14a Wet VPB 1969 gelijkgesteld met een juridische splitsing. Hierdoor kan de eindafrekening bij de in een OVR om te zetten BV achterwege blijven en kunnen de fiscale claims pro rata doorschuiven naar de vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouders/thans besturende vennoten. De gelijkstelling met een splitsing geldt evenwel slechts voor zover de omzetting betrekking heeft op een gehele onderneming of een zelfstandig gedeelte van een onderneming. Een beleggings-BV met vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouders kan dus niet fiscaal gefacilieerd worden omgezet in een fiscaal transparante OVR. Op dit punt geldt dezelfde kritiek die ik heb geuit in onderdeel 7.1 hiervóór met betrekking tot de gelijkstelling van de omzetting van een OVR in een BV met een bedrijfsfusie voor zover de omzetting betrekking heeft op een (zelfstandig gedeelte van) een onderneming. Omdat de vennootschapsbelastingplicht van de in een OVR omgezette BV teneinde is, ligt voor de hand dat de Staatssecretaris van Financiën in de uitvoeringssfeer bereid zal zijn om compensabele verliezen 'mee te geven' aan de aandeelhouders/thans besturende vennoten. Ook bij een juridische fusie en splitsing is de bewindsman namelijk bereid om de verliezen van de verdwijnende rechtspersoon mee te geven aan de verkrijgende rechtspersoon(en). ¹¹¹ Opmerkelijk genoeg wordt geen regeling getroffen voor de fiscale claim die verband houdt met de aandeelhouderspositie van het vennootschapsbelastingplichtige lichaam in de in een OVR om te zetten BV. De voorgestelde Invoeringswet Titel 7.13 BW voorziet niet in een bepaling die de afwikkeling van deze aandeelhoudersclaim bewerkstelligt, zodat een heffingslek dreigt. ¹¹² Zo hoeft het aandelenbelang in de om te zetten BV niet per se een (vrijgestelde) deelneming te vormen, maar ook als dat wel het geval is hoeft de deelnemingsvrijstelling niet zonder meer van toepassing te zijn, denk bijvoorbeeld aan een claim uit hoofde van het leerstuk van de compartimentering. ¹¹³ Bij dit heffingslek blijft het niet want de omzetting van een BV in een OVR lijkt geen belastbaar feit voor de heffing van dividendbelasting. ¹¹⁴ Daardoor lijkt de dividendbelastingclaim op de stille en open winstreserves verloren te gaan, hetgeen vooral betekenis heeft in de relatie tot buitenlandse aandeelhouders voor wie de dividendbelasting als eindheffing functioneert. Ik vrees dat de bestrijding van dit lek met een beroep op *fraus legis* weinig slagingskansen heeft omdat het lek voortvloeit uit het systeem van de dividendbelasting. De Wet DB 1965 kent immers bij beëindiging van de belastingplicht geen eindafrekening (en bij ontstaan van belastingplicht – zoals bij zetelverplaatsing naar Nederland van een buitenlandse vennootschap – geen 'step-up' van het gestorte kapitaal). Met andere woorden: aan het normvereiste van *fraus legis* is niet voldaan omdat geen sprake is van strijd met doel en strekking van de Wet DB 1965. Bovendien lijkt het een spel zonder nieten te worden indien het HvJ EG de door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vraag in HR 11 juli 2008, nr. 43 144, *BNB* 2008/245, ontkennend beantwoordt. ¹¹⁵ Alsdan lijkt een in overwegende mate op het ontgaan van dividendbelasting gerichte omzetting van een BV in een OVR voor de heffing van vennootschapsbelasting gewoon geruisloos te kunnen plaatsvinden op de voet van het nieuwe art. 14a, twaalfde lid, Wet VPB 1969.

8. Internationale aspecten

8.1. Omzettingen naar buitenlands recht

Anders dan onze nationale regeling voor juridische fusie en splitsing, is de omzetting van rechtspersonen niet gebaseerd op een Europese vennootschapsrechtlijn. Desondanks is de omzetting met behoud van rechtspersoonlijkheid ook in andere landen een bekend verschijnsel. ¹¹⁶ In dit verband kan worden gedacht aan een Formwchsel op grond van het Duitse Umwandlungsgesetz, zoals de omzetting van een GmbH in een AG, de omzetting van een Rechtsfähige Verein in een GmbH of AG en de omzetting van een GmbH in een Genossenschaft (coöperatie). ¹¹⁷ Op grond van par. 202, sub 1, nr. 1, is sprake van behoud van Duitse rechtspersoonlijkheid: 'Der formwechselnde Rechtsträger besteht in der in dem Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform weiter.' Andere voorbeelden zijn een omzetting van een Antilliaanse rechtspersoon op grond van art. 2:300 e.v. BWNA, een transformation régulière op grond van het Franse Code de commerce van een Sarl in een SA en de rechtsformänderende Umwandlung van Zwitserse Gesellschaften. ¹¹⁸ Dergelijke buitenlandse omzettingen worden in Nederland op grond van art. 2 en art. 3,

¹¹¹ Zie o.a. besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3148, *V-N* 2001/8.5. Nota bene: ook bij een terugkeer uit de BV worden de verliezen meegegeven, zie art. 14c, derde lid, Wet VPB 1969.

¹¹² Zie E.J.W. Heithuis, 'Fiscale aspecten wetsvoorstel 31 065 (Invoeringswet titel 7.13 BW): Huiswerk overdoen', *NIFR* 2007/1535.

¹¹³ Vergelijk HR 2 juli 1986, nr. 23 444, *BNB* 1986/305; HR 19 juni 1991, nr. 26 102, *BNB* 1991/268, en HR 22 januari 1997, 31 748, *BNB* 1997/101.

¹¹⁴ Zie ook E.C.C.M. Kemmeren, 'Dividendbelasting in internationaal/verdragsperspectief: niet-aflatend kwetsbaar', *TPO* 2008, blz. 66-76.

¹¹⁵ De prejudiciële vraag luidt als volgt: 'Moet artikel 11, lid 1, letter a, van Richtlijn nr. 90/434/EEG van 23 juli 1990 zo worden uitgelegd dat de faciliteiten van die richtlijn kunnen worden geweigerd aan de belastingplichtige ingeval een samenstel van rechtshandelingen erop is gericht de heffing te voorkomen van een andere belasting dan de belastingen waarop de in die richtlijn opgenomen faciliteiten betrekking hebben?'

¹¹⁶ Zie M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen en kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers*, (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 58), blz. 383-418, Deventer: Kluwer 2007, die rechtsvergelijkend onderzoek heeft gedaan.

¹¹⁷ Zie voor een recente beschrijving van de Duitse omzettingsregeling M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 58), blz. 383-400, Deventer: Kluwer 2007.

¹¹⁸ De twee laatstgenoemde omzettingsfiguren worden beschreven door: M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 58), blz. 400-418, Deventer: Kluwer 2007.

onderdeel f, van de Wet Conflictenrecht Corporaties 1997 (WCC) erkend. ¹¹⁹

Omzettingen naar buitenlands recht kunnen op verschillende wijzen in aanraking komen met de Nederlandse belastingjurisdictie. ¹²⁰ Eén daarvan is de situatie waarin een feitelijk in het buitenland gevestigde vreemdrechtelijke rechtspersoon die in Nederland een onderneming drijft met behulp van een vaste inrichting, wordt omgezet in een andere vreemdrechtelijke rechtspersoon van hetzelfde vreemde rechtstelsel. Nederland is dan betrokken als bronstaat: de vreemdrechtelijke rechtspersoon is zowel vóór als na de omzetting buitenlands belastingplichtig op de voet van art. 3, onderdeel a, juncto art. 17, derde lid, onderdeel a, Wet VPB 1969. Volgens de redactie van De Vakstudie “zal deze omzetting fiscaal geduid kunnen worden als een ‘(fictieve) liquidatie’ die ‘leidt tot een eindafrekening op grond van art. 15d Wet VPB 1969.’” ¹²¹ Met andere woorden: de omzetting naar buitenlands recht van de buitenlands belastingplichtige rechtspersoon brengt een afrekening mee over de stille en fiscale reserves en de goodwill die deel uitmaken van het vermogen van de Nederlandse vaste inrichting. Vervolgens constateert de redactie dat er geen facilititeit van toepassing is. De redactie suggereert helaas dat ik dezelfde mening ben toegedaan. ¹²² Naar mijn mening zijn echter de ficties van art. 28a, eerste lid, Wet VPB 1969 en de vangnetbepaling van art. 15d Wet VPB 1969 niet van toepassing op een vreemdrechtelijke omzetting. Art. 28a, eerste lid, Wet VPB 1969 merkt alléén bepaalde omzettingen op de voet van art. 2:18 BW aan als een liquidatie van de rechtspersoon en zegt dus niets over een omzetting naar het recht van een buitenlands rechtstelsel. Voorts betekent de vreemdrechtelijke omzetting niet dat de omzettende rechtspersoon ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. Evenals bij de omzetting van een NV in een BV en omgekeerd loopt de subjectieve belastingplicht bij een vreemdrechtelijke omzetting mijns inziens gewoon door. Voor privaatrechtelijke doeleinden stelt art. 2 en art. 3, onderdeel f, WCC zeker dat de vreemdrechtelijke omzetting wordt erkend. Voor fiscale doeleinden ligt die erkenning mijns inziens besloten in de jurisprudentie over de kwalificatie van vreemdrechtelijke rechtspersonen als belastingsubject voor de vennootschapsbelasting. Zo is het vaste jurisprudentie dat aan de hand van het buitenlandse vennootschapsrecht wordt beoordeeld of een buitenlandse rechtsvorm naar aard en inrichting overeenkomt met een NV of BV teneinde deze te kunnen kwalificeren als een ‘andere vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal’ ex art. 2, eerste lid, onderdeel a, Wet VPB 1969. ¹²³ Als op grond van hetzelfde buitenlandse recht vervolgens een omzetting plaatsvindt waarbij de buitenlandse rechtspersoonlijkheid blijft gehandhaafd, geldt dat mijns inziens ook voor de subjectieve belastingplicht. ¹²⁴

Ten slotte rijst de vraag op welke wijze in de inkomsten- en vennootschapsbelasting na de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW wordt omgegaan met vreemdrechtelijke omzettingen die vergelijkbaar zijn met de omzetting van een fiscaal transante OVR in een BV en omgekeerd. De door het EG-verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging brengt mijns inziens mee dat de voorgestelde fiscale faciliteiten (zie onderdeel 7 hiervoor) óók voor omzettingen naar het recht van een EU-lidstaat dienen te worden opengesteld. ¹²⁵ Denk bijvoorbeeld aan de omzetting van een SA of Sarl in een – vanuit Nederlandse optiek fiscaal transparante – Société en nom collectif (SNC) op de voet van het Franse vennootschapsrecht. ¹²⁶ Indien de SA buitenlands belastingplichtig is in de vennootschapsbelasting op de voet van art. 3, onderdeel a, juncto art. 17, derde lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 omdat zij in Nederland een onderneming drijft met behulp van een vaste inrichting, zouden de stille en fiscale reserves en de goodwill in het vaste-inrichtingsvermogen mijns inziens op grond van het voorgestelde art. 14a, twaalfde lid, Wet VPB 1969 doorgeschoven moeten kunnen worden naar de Franse vennoten/rechtspersonen van SNC. Omdat de SNC vanuit Nederlandse fiscale optiek fiscaal transparant is, zijn de vennoten/rechtspersonen na de omzetting immers buitenlands belastingplichtig voor de voordelen behaald met de Nederlandse vaste inrichting.

8.2. Grensoverschrijdende omzetting

Bij een grensoverschrijdende omzetting van een rechtspersoon wordt een door het recht van een bepaalde staat beheerste rechtspersoon omgezet in een door het recht van een andere staat beheerste rechtspersoon, zonder onderbreking van de rechtspersoonlijkheid. Het grensoverschrijdende aspect heeft derhalve betrekking op de wisseling van het op de rechtspersoon toepasselijke vennootschapsrecht. Het is een algemeen aanvaarde regel van het internatio-

¹¹⁹ Hoewel art. 3, onderdeel f, WCC strikt genomen de regels omtrent ‘de beëindiging van de rechtspersoon’ tot het buitenlandse rechtspersonsstatuut rekent, moet blijkens de parlementaire geschiedenis het begrip ‘beëindiging’ ruim worden opgevat zodat daaronder ook de omzetting van een rechtspersoon met behoud van rechtspersoonlijkheid valt: zie *Kamerstukken II 1994/95*, 24 141, nr. 3, blz. 19.

¹²⁰ Zie J.W. Bellingwout, ‘Fiscale aspecten van het wetsvoorstel conflictenrecht corporaties’, *WFR* 1996/372.

¹²¹ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, artikelsgewijs commentaar op art. 28a Wet VPB 1969, onderdeel 4.3, Deventer: Kluwer.

¹²² Namelijk door onder de redactionele beschouwing een literatuurverwijzing op te nemen naar J.L. van de Streek, *Fiscale gevolgen van omzetting van rechtspersonen* (NOB/LOF Serie), blz. 8, Deventer: Kluwer 2003, waarin ik – evenals in onderdeel 2.1 van deze bijdrage – heb aangeven dat de omzettingsregeling van art. 2:18 BW louter ziet op de door Boek 2 BW aangeduide en geregelde rechtspersonsvormen. Het feit dat art. 2:18 BW nationaal is begrensd, betekent geenszins dat een grensoverschrijdende omzetting op grond van art. 28a Wet VPB 1969 wordt aangemerkt als een liquidatie

¹²³ HR 31 december 1924, *B.* 3569, inzake een Duitse offene Handelsgesellschaft, HR 7 juni 1939, *B.* 9625, inzake een Franse société à responsabilité limitée en HR 2 juni 2006, nr. 40 919, *BNB* 2006/288, inzake een Amerikaanse limited liability company.

¹²⁴ In soortgelijke zin J.W. Bellingwout, ‘Fiscale aspecten van het wetsvoorstel conflictenrecht corporaties’, *WFR* 1996/372.

¹²⁵ Vergelijk HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services), *V-N* 2007/59.8, punt 52-54.

¹²⁶ Zie over deze omzettingen M.A. Verbrugh, *Structuurwijzigingen en kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 58), blz. 401 e.v., Deventer: Kluwer 2007.

nale privaatrecht dat een grensoverschrijdende omzetting slechts mogelijk is als beide betrokken staten de omzetting toestaan op grond van hun nationale recht. ¹²⁷ Met andere woorden: een aansluitende in- en uitreisregeling is vereist. Naar huidige Nederlands vennootschapsrecht is het in beginsel niet mogelijk om een Nederlandse rechtspersoon om te zetten in een buitenlandse rechtspersoon en omgekeerd. ¹²⁸ Dit *outbound* respectievelijk *inbound* omzettingsverbod valt rechtstreeks terug te voeren op de dwingendrechtelijke regels van Boek 2 BW. ¹²⁹ Het *outbound* omzettingsverbod wordt gebaseerd op de dwingendrechtelijke bepalingen in Boek 2 BW op grond waarvan de statutaire zetel van een naar Nederlandse recht opgerichte rechtspersoon in Nederland moet zijn gelegen. ¹³⁰ Het *inbound* omzettingsverbod ligt besloten in de Nederlandse oprichtingsvoorschriften voor een rechtspersoon: alléén als aan die voorschriften wordt voldaan, is het Nederlandse rechtspersonenrecht van toepassing. ¹³¹ Bovendien wordt aangenomen dat een grensoverschrijdende omzetting niet kan worden bewerkstelligd met een beroep op art. 2:18 BW. ¹³² Zoals gezegd in onderdeel 2.1, is het toepassingsbereik van de omzettingsregeling beperkt tot de zes Nederlandse rechtspersonen van Boek 2 BW.

Nederland staat met het omzettingsverbod niet alleen. De rechtsstelsels die een grensoverschrijdende omzetting toestaan zijn zeldzaam. Een bekende uitzondering is het Zwitserse IPR-Gesetz. ¹³³ Maar ook dichterbij huis in de zin van de vergelijkbaarheid van het rechtstelsel, is een grensoverschrijdende omzetting mogelijk. De Antilliaanse omzettingsregeling in Boek 2 BW, die voor het overige nagenoeg overeenkomt met de Nederlandse omzettingsregeling ex art. 2:18 BW, staat namelijk uitdrukkelijk open voor buitenlandse rechtspersonen. Zo kan op grond van art. 2:303 BWNA een buitenlandse rechtspersoon worden omgezet in een Antilliaanse rechtspersoon. Art. 2:304 en 2:305 BWNA bepalen dat een Antilliaanse NV, BV of stichting kan worden omgezet in een buitenlandse rechtspersoon. Conform de algemeen aanvaarde regel van het internationaal privaatrecht verbindt het Antilliaanse BW aan deze grensoverschrijdende omzettingen de voorwaarde dat het buitenlandse recht 'meewerkt.' Vanuit Nederlands internationaal privaatrechtelijke optiek vindt een grensoverschrijdende omzetting naar het recht van twee vreemde staten plaats 'buitenom'. ¹³⁴ Op grond van art. 4 WCC wordt een dergelijk geheel buiten de Nederlandse rechtssfeer tot stand gekomen grensoverschrijdende omzetting van een rechtspersoon in Nederland erkend.

Het Nederlandse verbod op een grensoverschrijdende omzetting ligt – evenals vergelijkbare verboden in andere lidstaten – onder Europees vuur als direct gevolg van het geruchtmakende arrest HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio*), V-N 2009/6.22. ¹³⁵ De zaak betreft een naar het recht van Hongarije opgerichte vennootschap die haar werkelijke zetel met behoud van Hongaarse rechtspersoonlijkheid wil verplaatsen naar Italië. Het Hongaarse vennootschapsrecht voorziet echter niet in die mogelijkheid omdat het vereist dat de werkelijke zetel van een Hongaarse vennootschap binnen Hongarije moet zijn gelegen (werkelijkezetelstelsel). Op vertrek van de werkelijke zetel vanuit Hongarije staat voor een vennootschap de 'doodstraf', te weten ontbinding en vereffening. ¹³⁶ Het HvJ EG oordeelde dat deze consequentie niet kon worden getoetst aan de vrijheid van vestiging. Het HvJ EG overwoog daartoe dat 'de vraag of art. 43 EG van toepassing is op een vennootschap (...) een voorafgaande vraag [is] waarop bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht enkel in het toepasselijke nationale recht een antwoord kan worden gevonden.' ¹³⁷ Met andere woorden: een vennootschap die haar werkelijke zetel verplaatst naar een andere lidstaat kan de vrijheid van vestiging niet inroepen indien zij door die verplaatsing op grond van nationaal recht ophoudt te bestaan. Omdat lidstaten vrij zijn om voor het op een vennootschap toepasselijke recht aan te knopen bij de werkelijke zetel en/of statutaire zetel, kunnen zij volgens het HvJ EG dus (ook) de ontbinding van de vennootschap eisen als die aanknopingspunt door zetelverplaatsing wordt verbroken. ¹³⁸ Daarmee plaatst het HvJ EG de zetelverplaatsingsproblematiek in de per-

¹²⁷ J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen* (Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 54), blz. 34-35, Deventer: Kluwer 1996; P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks IPR nr. 9), blz. 13-15, Deventer: Kluwer 2002.

¹²⁸ Op het algemene verbod op een *outbound* omzetting bestaan twee uitzonderingen, te weten de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen, *Stb.* 1976, 161, en de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen, *Stb.* 1994, 800. Deze twee wetten zijn echter alléén in noodsituaties van toepassing, zoals oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar of revolutie.

¹²⁹ Op grond van art. 2:25 BW zijn alle bepalingen van Boek 2 BW in beginsel van dwingend recht.

¹³⁰ Zie P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks IPR nr. 9), blz. 7-8, Deventer: Kluwer 2002; J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon: de rechtspersoon* (deel 2-II Asser-serie), punt 49, blz. 55; Deventer: Tjeenk Willink 1997 en E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, punt 80, blz. 101-102, Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

¹³¹ J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen* (Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 54), blz. 55-56, Deventer: Kluwer 1996 en L. Timmerman, 'Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften nach Niederländischem Recht und die 14. EU-Richtlinie', *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1999, blz. 152.

¹³² Zie voor een literatuuroverzicht: J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (FM nr. 129), blz. 304, Deventer: Kluwer 2008.

¹³³ Zie hierover J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen* (Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 54), blz. 115-131, Deventer: Kluwer 1996.

¹³⁴ Zie P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks IPR nr. 9), punt 20, Deventer: Kluwer 2002.

¹³⁵ Zie over *Cartesio* uitgebreider J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *WFR* 2009/217 en W.J.M. van Veen, 'Europeesrechtelijke perikelen', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009, nr. 1, blz. 22-27.

¹³⁶ De beelddpraak is van A-G Maduro in zijn conclusie 22 mei 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio*), punt 31.

¹³⁷ Zie HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio*), punt 109, eerste volzin.

¹³⁸ HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (*Cartesio*), punt 110.

sonele werkingssfeer van het EG-verdrag. ¹³⁹

Fundamenteel anders ligt echter volgens het HvJ EG een grensoverschrijdende omzetting van een vennootschap, die het HvJ EG omschrijft als een zetelverplaatsing mét wisseling van het toepasselijke nationale recht. ¹⁴⁰ Het is dit aspect dat de Cartesio-zaak zo baanbrekend maakt. ¹⁴¹ Het beletten van een grensoverschrijdende omzetting door de lidstaat van oprichting, vormt volgens het HvJ EG namelijk wél een beperking van de vestigingsvrijheid voor zover het recht van de lidstaat van ontvangst voorziet in de mogelijkheid tot een *inbound* omzetting en de vennootschap daarvoor gebruik wil maken. ¹⁴² Hoewel het HvJ EG zich niet uitlaat over de positie van de lidstaat van ontvangst, ligt voor de hand dat die lidstaat verplicht is mee te werken aan een grensoverschrijdende omzetting voor zover de lidstaat van vertrek/oprichting een dergelijke omzetting toestaat. ¹⁴³ Ik kan mij daarbij overigens voorstellen dat de lidstaat van ontvangst hieraan de voorwaarde mag verbinden dat aan haar aanknopingspunt is voldaan, zoals de vestiging van de werkelijke zetel op haar grondgebied in geval van een werkelijkezetelstelsel. Aldus ontstaat een systeem op grond waarvan lidstaten elkaars mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting moeten erkennen. De conclusie moet zijn dat op grond van het Europese recht – anders dan op grond van het internationale privaatrecht – voor de totstandkoming van een grensoverschrijdende omzetting voldoende is dat één lidstaat voorziet in die mogelijkheid. Hoewel binnen Europa tot nu toe een vrijwel onbekend fenomeen, kan het niet anders dan dat de grensoverschrijdende omzettingenfiguur zich als een olievlek zal verspreiden zodra er één lidstaat is die voorziet in een in- of uitreisregeling. Indien lidstaat 1 een vennootschap toestaat zich om te zetten in een vennootschap van lidstaat 2, zal lidstaat 2 een inreisregeling moeten treffen. Die inreisregeling van lidstaat 2 noopt op haar beurt tot de invoering van een uitreisregeling door lidstaat 3 indien een vennootschap van lidstaat 3 zich wenst om te zetten in een vennootschap van lidstaat 2. enz. Ik ondersteun dan ook de oproep van Timmerman om als Nederland niet achter de feiten aan te lopen, maar zo snel mogelijk in Boek 2 BW de grensoverschrijdende omzetting wettelijk te regelen met bescherming voor minderheidsaandeelhouders, schuldeisers en werknemers. ¹⁴⁴

Nu een grensoverschrijdende omzetting in principe mogelijk is, is het zinvol om de fiscale implicaties te verkennen. Van belang daarbij is te beseffen dat een grensoverschrijdende omzetting niet gepaard hoeft te gaan met een verplaatsing van de werkelijke zetel. Dat is mijns inziens alléén het geval indien de inreisstaat een werkelijkezetelstelsel hanteert; die staat kan dan mijns inziens aan de grensoverschrijdende omzetting de voorwaarde verbinden dat de werkelijke zetel van de vennootschap zich op haar grondgebied bevindt; als dat nog niet zo is zal de werkelijke zetel moeten worden verplaatst (zie hiervóór). Behoudens dit uitzonderingsgeval, kleven er naar mijn mening weinig spannende fiscale aspecten aan een grensoverschrijdende omzetting. Indien een feitelijk in Nederland gevestigde BV wordt omgezet in een nog steeds feitelijk in Nederland gevestigde EU-vennootschap, is een eindafrekening over de fiscale en stille reserves en de goodwill mijns inziens niet aan de orde. ¹⁴⁵ Evenals bij de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd, loopt de belastingplicht gewoon door. Met andere woorden: er verandert vanuit fiscale optiek niets, zelfs de vestigingsplaatsfictie ex art. 2, vierde lid, Wet VPB 1969 blijft op de omgezette BV van toepassing. Indien echter een grensoverschrijdende omzetting van een BV gepaard gaat met een verplaatsing van de werkelijke leiding vanuit Nederland naar een andere lidstaat, wordt tegen de eindafrekening ex art. 15c en 15d Wet VPB 1969 aangelopen. Met het oordeel van het HvJ EG in de zaak-Cartesio is mijns inziens niet langer voor twijfel vatbaar dat de Nederlandse eindafrekening bij verplaatsing van de werkelijke zetel van een BV (al dan niet in het kader van een grensoverschrijdende omzetting) kan worden getoetst aan de vrijheid van vestiging. ¹⁴⁶ Het HvJ EG overwoog namelijk uitdrukkelijk dat als de verplaatsing van de werkelijke zetel gepaard gaat met behoud van rechtspersoonlijkheid, een eventuele beperking van de vestigingsvrijheid kan worden geconstateerd. ¹⁴⁷ Omdat die toets weinig goeds voorspelt voor de Nederlandse schatkist, verdient wettelijk ingrijpen naar mijn mening ook hier aanbeveling. ¹⁴⁸

¹³⁹ Aldus G.-J. Vossestein in punt 2 van zijn JOR-noot 2009/35 bij HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio).

¹⁴⁰ HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio), punt 111.

¹⁴¹ Voor het overige is de zaak vooral een bevestiging en nadere uitleg van HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87 (Daily Mail).

¹⁴² HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio), punt 112-113.

¹⁴³ Zie ook G.-J. Vossestein in punt 10 van zijn JOR-noot 2009/35. Zie voorts HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03 (Sevic Systems AG), waarin Duitsland als ontvangstland de mogelijkheid tot vertrek in Luxemburg door middel van een grensoverschrijdende juridische fusie moest erkennen.

¹⁴⁴ L. Timmerman, 'Willen we dit?', *Ondernemingsrecht* 2009/18.

¹⁴⁵ Dat is alleen anders indien de EU-vennootschap vanuit Nederlandse optiek transparant is: dan dient echter naar mijn mening op basis van art. 43 EG-verdrag de fiscale begeleiding van het voorgestelde art. 14a, twaalfde lid, Wet VPB 1969 overeenkomstig te worden toegepast (vergelijk onderdeel 8.1 hiervoor met betrekking tot de omzetting van een SA in een transparante SNC).

¹⁴⁶ In dezelfde zin wat betreft een eindafrekening bij een grensoverschrijdende omzetting: P.J. Wattel, 'Exit Exitheffing', *Af* 2009, 11, blz. 663. In andere zin wat betreft een verplaatsing van de werkelijke zetel zonder omzetting: H.P.A.M. van Arendonk, 'Cartesio en het recht van vestiging in Europa', *Fiscaal Praktijkblad* 2009/0504.

¹⁴⁷ HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio), punt 109, tweede volzin.

¹⁴⁸ Bovendien kan worden betoogd dat er na de verplaatsing van de werkelijke zetel (al dan niet in het kader van een grensoverschrijdende omzetting) geen ruimte meer is voor Nederland om de vestigingsplaatsfictie toe te passen omdat de vennootschap voor fiscale doeleinden is 'overgenomen' door een andere lidstaat: zie J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *WFR* 2009/217.

9. Afsluiting

In deze bijdrage heb ik de aan de omzetting van rechtspersonen verbonden gevolgen in kaart gebracht. De meeste aandacht is uitgegaan naar de omzettingsfiguur in Boek 2 BW. Maar ook het verlengstuk van deze omzettingsregeling, te weten die van OVR naar BV en omgekeerd in de voorgestelde Titel 7.13 BW, is aan bod gekomen. Ten slotte heb ik de onverwachte internationale dimensie die de zaak-Cartesio aan de omzettingsfiguur heeft gegeven, besproken.