

Dr. J.L. van de Streek^{*}

Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht

Hoewel de omzettingsfiguur van Boek 2 BW wordt gekenmerkt door het behoud van rechtspersoonlijkheid, behandelt de fiscale wetgever vierentwintig van de achtentwintig mogelijke omzettingen als een liquidatie van de rechtspersoon. Met alle fiscale gevolgen van dien, zoals een eindafrekening over stille reserves en goodwill. Onder acceptatie van door de fiscus te stellen voorwaarden, kan de eindafrekening vaak worden voorkomen. Het fiscale systeem bij de nieuwe omzettingen van titel 7.13 BW is niet veel anders. Bij een grensoverschrijdende omzetting wordt tegen een fiscale eindafrekening aangelopen indien de omzetting tevens de verplaatsing van de werkelijke zetel vanuit Nederland inhoudt.



1. Inleiding

De omzetting van rechtspersonen is vanuit fiscale optiek een ondergeschoven kindje. De gevolgen voor de heffing van inkomsten-, dividend- en vennootschapsbelasting worden geregeld in slechts één artikel, te weten art. 28a Wet VPB 1969. Deze bepaling, die dus opmerkelijk genoeg ook belastbare feiten bevat voor de inkomsten- en dividendbelasting, is ingevoerd bij de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW van 25 oktober 1989, *Stb.* 1989, nr. 491. De plaats van art. 28a in de Wet VPB 1969 spreekt boekdelen over de prioriteit die de wetgever toekende aan de fiscale pendant van art. 2:18 BW: hoofdstuk VII getiteld 'Aanvullende regelingen'. Daarmee steekt de regeling schril af bij de uitgebreide fiscale regelingen die een juridische fusie en splitsing flankeren. Het feit dat de omzettingen nou eenmaal veel minder vaak voorkomen dan deze reorganisaties, is daar ongetwijfeld debet aan. Hetzelfde lot dreigde de nieuwe omzettingmogelijkheden van titel 7.13 BW ten deel te vallen. Aanvankelijk was in de voorgestelde Invoeringswet titel 7.13 BW geen enkele fiscale bepaling opgenomen met het oog op deze omzettingen.¹ Gelukkig is bij de tweede nota van wijziging orde op zaken gesteld.² Thans is het wetsvoorstel tot 'Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek' en de voorgestelde 'Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek' aanhangig bij de Eerste Kamer.³

In deze bijdrage breng ik de fiscale gevolgen van de omzettingsfiguren van beide boeken van het BW in kaart. Ik concentreer mij daarbij op de inkomsten-, dividend-

en vennootschapsbelasting, zij het dat ik mij een uitstapje naar de schenkbelasting veroorloof in par. 3.4. De bijdrage is als volgt opgebouwd. In par. 2 en 3 staan de fiscale aspecten van de omzettingen op de voet van Boek 2 BW centraal. De fiscale problemen waartegen – vooral in theorie – kan worden aangelopen blijken enorm. Om het kaf van het koren te scheiden, bespreek ik in par. 3 een viertal belangrijke praktijkproblemen afzonderlijk. Par. 4 is gereserveerd voor de fiscale aspecten van de nieuwe omzettingmogelijkheden op grond van titel 7.13 BW. De fiscale aspecten van een grensoverschrijdende *out-bound* omzetting bespreek ik in par. 5. Weliswaar ontbreekt in het BW een regeling voor een dergelijke omzetting, maar het baanbrekende *Cartesio*-arrest van het HvJ EG opent daartoe de mogelijkheid.

2. Omzettingen volgens Boek 2 BW

2.1. Drie categorieën

Vanuit de optiek van de inkomsten-, dividend- en vennootschapsbelasting kunnen de achtentwintig mogelijke omzettingen op grond van art. 2:18 BW worden onderverdeeld in drie groepen, te weten:

- i. De fiscaal niet-geregelde omzettingen. Het betreft vier 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 in de vennootschapsbelasting over stille reserves en goodwill nu het behoud van rechts-

^{*} Dr. J.L. van de Streek is universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam en de Vrije Universiteit Amsterdam alsmede verbonden aan het Bureau Vaktechniek van Ernst & Young Belastingadviseurs.

1. De problemen die het gevolg waren, heb ik in kaart gebracht in: 'Fiscale gevolgen van de nieuwe omzettingen in het vennootschapsrecht (Titel 7.13 BW)', *Maandblad Belastingbeschouwingen* 2007-7/8, p. 251-263.

2. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 065, nr. 11.

3. Zie voor de voorgestelde Invoeringswet: *Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, nr. A, p. 1-28. Ik wijs er met klem op dat nadien hoofdstuk 4 van de Invoeringswet, waarin de aanpassingen van de fiscale wetgeving zijn opgenomen, is gewijzigd als gevolg van de Wet van 17 december 2009 (Herziening Successiewet 1956), *Stb.* 2009, 564 en als gevolg van de Wet van 23 december 2009 (Belastingplan 2010), *Stb.* 2009, 609.

- persoonlijkheid zowel het behoud van subjectieve belastingplicht als het behoud van fiscale claims impliceert. Voorts leveren deze omzettingen ook geen belastbaar feit op voor de dividend- en inkomstenbelasting.
- ii. De fiscaal niet-gefacilieerde omzettingen. Dit zijn de overige vierentwintig omzettingen, waarbij op grond van art. 28a lid 1 Wet VPB 1969 de om te zetten 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.
 - iii. De fiscaal gefacilieerde omzettingen. Dit zijn die omzettingen van groep ii. die op verzoek van de belastingplichtige(n) ex art. 28a lid 3 Wet VPB 1969 fiscaal worden begeleid. In het Besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146, zijn de standaardvoorwaarden bekendgemaakt die de fiscus verbindt aan de inwilliging van een dergelijk verzoek.

Achtergrond van deze driedeling is de vrees voor fiscaal claimverlies. De wetgever acht departementaal toezicht nodig voor een fiscaal geruisloos verloop van de omzettingen van categorie ii. Vanuit fiscale optiek zijn zij namelijk ingrijpend.

2.2. Fiscaal niet-geregelde omzettingen

In art. 28a lid 1 Wet VPB 1969 is uitdrukkelijk aangegeven dat de liquidatie-, uitkering- en inbrengfictie niet van toepassing zijn op de omzetting van (1) een BV in een NV en omgekeerd en (2) de omzetting van een stichting in een vereniging en omgekeerd. Bij gebrek aan een fiscale regeling voor deze omzettingen, ligt het voor de hand om de fiscale gevolgen te baseren op de ondernemingsrechtelijke kwalificatie, te weten het behoud van rechtspersoonlijkheid. Dit brengt met zich dat de omzettende rechtspersoon voor de heffing van vennootschapsbelasting hetzelfde belastingsubject blijft. Een eindafrekening over de stille reserves en goodwill is dan ook niet aan de orde.⁴ De boekwaarden blijven automatisch in tact. Wat betreft de heffing van vennootschapsbelasting zijn deze omzettingen dus eigenlijk een non-event (uitzonderingen daargelaten, zie hierna).

Wat betreft de omzetting van een BV in een NV is van belang dat beide rechtsvormen in de Wet VPB 1969 identiek worden behandeld. Zowel de BV als de NV is *onbeperkt* belastingplichtig omdat op grond van art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 al het vermogen kwalificeert als belast ondernemingsvermogen. Sfeerovergangen zijn dus bij voorbaat uitgesloten. Ook overigens worden de BV en de NV voor toepassing van hoofdstuk II van de Wet VPB 1969 over één kam geschoren. Dat betekent dat de fiscale regels automatisch van toepassing blijven. Zo verbreekt een fiscale eenheid ex art. 15 Wet VPB 1969 niet als een van een fiscale eenheid deel uitmakende BV wordt omge-

zet in een NV en omgekeerd. Verder blijft het verliesverrekeningspotentieel (zowel carry back als carry forward) ongewijzigd. In het bijzonder mist de anti-misbruikbepaling in verband met de handel in verlieslichamen ex art. 20a Wet VPB 1969 toepassing omdat het uiteindelijke belang in de in een NV omgezette BV en omgekeerd niet wijzigt. Voor de aandeelhouders is de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd evenmin een belastbaar feit. Dat geldt zowel voor aandeelhouders die worden belast in de inkomstenbelasting als in de vennootschapsbelasting. De aandelen blijven immers in stand en in handen van dezelfde aandeelhouder. Om die reden is de omzetting ook voor de heffing van dividendbelasting geen belastbaar feit. Heffingslekken zijn niet aan de orde: eventueel op aandeelhoudersniveau aanwezige fiscale claims blijven onverminderd in stand.

Ook bij de omzetting van een stichting in een vereniging (en omgekeerd) loopt de subjectieve en objectieve vennootschapsbelastingplicht automatisch door. Anders dan BV's en NV's, zijn stichtingen en verenigingen beperkt belastingplichtig. Op grond van art. 2 lid 1 onderdeel e jo. art. 4 onderdeel a Wet VPB 1969 worden zij in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken voorzover zij een materiële onderneming drijven dan wel in concurrentie treden.⁵ De omzetting leidt niet tot een eindafrekening over de stille reserves en de goodwill. In het bijzonder staakt de in een stichting omgezette vereniging (en omgekeerd) de door haar gedreven onderneming niet. Voor een lid of een aangeslotene, zoals een donateur, heeft de omzetting van een vereniging in een stichting respectievelijk omgekeerd in het algemeen geen fiscale betekenis. De verhouding tussen een lid en een vereniging alsmede tussen een stichting en een aangeslotene valt immers doorgaans niet aan te merken als een bron van inkomen.

In uitzonderingssituaties kunnen de fiscaal niet-geregelde omzettingen wél fiscale gevolgen hebben. Het betreft gevallen waarin de BV en de NV dan wel de vereniging en de stichting fiscaal niet hetzelfde worden behandeld. Denk in dit verband aan de omzetting van een op de voet van art. 6a Wet VPB 1969 vrijgestelde beleggings-NV in een BV: de vrijstelling komt dan te vervallen omdat BV's – anders dan NV's – niet voor de vrijstelling in aanmerking komen. Ook op aandeelhoudersniveau heeft het vervallen van de vrijgestelde status van de vennootschap repercussies.⁶ Voorts is denkbaar dat een stichting na de omzetting in een vereniging niet langer voldoet aan één van de ondernemingsvereisten, te weten deelname aan het economische verkeer. Het moet er namelijk voor worden gehouden dat aan dit vereiste *niet* is voldaan indien wordt geopereerd binnen een zogenoemde 'besloten kring'. Dit – nog steeds in ontwikkeling zijnde – criterium lijkt vooral betrekking te hebben op verenigingen die

4. Preciezer: fiscale claims worden niet gerealiseerd omdat een vermogensovergang ontbreekt. Ook de eindafrekeningsbepaling van art. 15d Wet VPB 1969 is niet van toepassing omdat de omzettende rechtspersoon in Nederland winst blijft genieten.

5. Zie uitgebreid: J.L. van de Streek, 'Heffing van vennootschapsbelasting van stichtingen en verenigingen', *TvOB* 2010-1, p. 29-36.

6. Zo komt voor vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouders de jaarlijkse opwaarderingsverplichting ex art. 13aa Wet VPB 1969 te vervallen en kan de deelnemingsvrijstelling van toepassing worden.

louter aan leden presteren.⁷ Een stichting lijkt er niet of moeizamer een beroep op te kunnen doen. Illustratief is de recente uitspraak Hof Arnhem 23 juni 2009, nr. 08/00065, *NTR* 2009/1607. De zaak betrof een stichting die volgens het hof belastingplichtig was omdat zij diensten verrichtte aan aangesloten ondernemers. De stichting betoogde tevergeefs dat zij niet deelnam aan het economische verkeer omdat zij slechts zou opereren binnen een besloten kring. Het hof wilde hier niets van weten omdat van een samenwerkingsverband met leden geen sprake was.

Ten slotte wijs ik erop dat de Staatssecretaris van Financiën in onderdeel 4 van het Besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, *BNB* 2006/146 heeft goedgekeurd dat twee omzettingen worden 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 in aandelen verdeeld kapitaal in een stichting.

De goedkeuring betekent dat de liquidatiefictie van art. 28a lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 achterwege blijft. 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. Indien een vermogensbestanddeel na de omzetting niet langer tot de belastingplichtige sfeer behoort – denk bijvoorbeeld aan een beleggingsportefeuille – dient te worden afgerekend over een eventuele stille reserve in het vermogensbestanddeel.⁸

2.3. Fiscaal niet-gefaciliteerde omzettingen

Op grond van art. 28a lid 1 Wet VPB 1969 worden vierentwintig omzettingen door middel van een drietal ficties aangemerkt als een liquidatie en (her)oprichting van de rechtspersoon, te weten de:

- 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 de
- omzetting van een onderlinge waarborgmaatschappij in een stichting en omgekeerd.

Bepaalde varianten van deze omzettingen mogen op grond van het Besluit van de 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 par. 2.2).

De eerste fictie is de liquidatiefictie van art. 28a lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969. Op grond hiervan wordt de rechtspersoon geacht te zijn geliquideerd en dient – evenals bij een ‘echte’ liquidatie – te worden afgerekend over de stille en fiscale reserves en de goodwill.⁹ De fictieve liquidatie van de rechtspersoon doet verder 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 kostenegaliseringsreserve ex art. 3.53 Wet IB 2001. Zo dient bij gebrek aan een herinvesteringsvoornemen de herinvesteringsreserve belast te worden opgeheven. Een kostenegaliseringsreserve dient aan de winst te worden toegevoegd omdat de rechtspersoon wordt geacht niet langer het voornemen te hebben toekomstige uitgaven te doen. Over eventuele overige claims die resteren, dient te worden afgerekend op grond van de vangnetbepaling van art. 15d Wet VPB 1969. Ten slotte is van belang dat als gevolg van de fictieve liquidatie compensabele verliezen komen te vervallen.

Op grond van art. 28a lid 1 onderdeel b Wet VPB 1969 houdt de omzetting tevens een uitkering van het vermogen in aan de deelgerechtigden tot dat vermogen naar mate van hun deelgerechtigdheid. Dit ongeacht de vraag of de rechtspersoon aan de deelgerechtigden op grond van art. 2:71 lid 2 BW dan wel art. 2:181 lid 2 BW een schadevergoeding toekent vanwege het verlies van de aandelen. Het doel van de uitkeringsfictie is om belasting te heffen van aandeelhouders en leden. Van belang daarbij is dat de uitkeringsfictie mede ziet op natuurlijke personen. Art. 28a lid 2 Wet VPB 1969 bepaalt namelijk dat de uitkeringsfictie eveneens geldt voor de heffing van inkomstenbelasting. Hoe de uitkeringsfictie uiteindelijk uitpakt, hangt af van de fiscale positie van de aandeelhouder of het lid. Indien de deelgerechtigde wordt belast in box 3 van de inkomstenbelasting, heeft de uitkeringsfictie vanwege het forfaitaire systeem logischerwijs geen effect. Indien de aandeelhouder van een BV of NV of het lid van een coöperatie kwalificeert als aanmerkelijkbelanghouder (box 2), mondt de uitkeringsfictie uit in belastingheffing over het verschil tussen de verkrijgingsprijs en de waarde in het economische verkeer van de aandelen respectievelijk het lidmaatschap.¹⁰

7. De belangrijkste zaak tot nu toe is Hof Amsterdam 1 april 2009, nr. 07/00808, *V-N* 2008/11.2.1 waarin een vereniging buiten de vennootschapsbelasting bleef omdat zij slechts presteerde aan haar leden en de enige inkomensbron bestond uit de jaarlijks contributies.

8. Zie over de partiële eindafrekeningsverplichting J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (Fiscale monografieën, nr. 129), Deventer: Kluwer 2008, p. 240-242.

9. Strikt genomen vormt de tweede fictie – te weten de fictieve uitkering van het vermogen op de voet van art. 28a lid 1 onderdeel b Wet VPB 1969 – daarbij reeds het relevante realisatiemoment. Door de fictieve uitkering van het vermogen worden de stille reserves en goodwill in dit vermogen immers gerealiseerd.

10. Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (Fiscale monografieën, nr. 129), Deventer: Kluwer 2008, p. 164-166 en 196-199.

De uitkeringsfictie geldt op grond van art. 28a lid 2 Wet VPB 1969 ook voor de heffing van dividendbelasting. De doorwerking van de fictie is beperkt tot de omzetting van een BV/NV in één van de overige vier rechtspersonen van Boek 2 BW omdat slechts aandeelhouders belastingplichtig zijn voor de dividendbelasting. De uitkeringsfictie is niet van toepassing bij de omzetting van een stichting omdat een stichting geen deelgerechtigden heeft. Aan de vraag of de in het kader van de omzetting van een stichting in een BV uitgereikte aandelen op enigerlei wijze in de belastingheffing kunnen worden betrokken, besteed ik aandacht in par. 3.5.

Het sluitstuk van de fiscale uiteenrafeling van de omzettingsfiguur is de inbrengfictie van art. 28a lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969. Op grond van deze bepaling worden de deelgerechtigden geacht het vermogen in een verondersteld nieuw opgerichte rechtspersoon te hebben ingebracht. De fictieve inbreng speelt zich af in de kapitaalsfeer en leidt niet tot belastingheffing. Het ingebrachte vermogen dient in de fiscale vermogensopstelling te worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer ten tijde van de omzetting. Dit geldt ook voor zelfgekwete goodwill (zie ook par. 3.3). De step-up naar de waarde in het economische verkeer is logisch omdat over stille reserves en goodwill op grond van de liquidatiefictie is afgerekend.

2.4. Fiscaal gefaciliteerde omzettingen

Art. 28a lid 3 Wet VPB 1969 biedt de mogelijkheid om op verzoek een fiscaal gefaciliteerde omzetting tot stand te brengen. De heffing van vennootschapsbelasting van de omzettende rechtspersoon en de heffing van inkomstenbelasting van de deelgerechtigden blijven dan (zo veel mogelijk) achterwege, waarbij fiscale claims worden doorgeschoven. Soms is doorschuiving niet mogelijk en is een eindafrekening onvermijdelijk. Denk aan de omzetting van een normaal belaste beleggings-BV in een niet-belastingplichtige stichting. De claim uit hoofde van de vennootschapsbelasting op de stille reserve in de beleggingsportefeuille kan dan niet worden doorgeschoven naar de stichting. Bovendien kan een eventuele box-2-claim op een aandelenpakket in de BV niet worden doorgeschoven: voor de aandelen komt immers niets in de plaats.

Het verzoek om fiscale begeleiding moet worden gedaan aan de inspecteur, die voor het voldoen aan het verzoek toestemming moet hebben van het Ministerie van Financiën. Niet alle verzoeken om fiscale begeleiding worden gehonoreerd. Zo weigert de Staatssecretaris van Financiën mee te werken aan de totstandkoming van een fiscaal gefaciliteerde omzetting van een BV in een coöperatie. De reden hiervoor is dat hij de dividendbelastingclaim op de winstreserves van de BV niet wenst prijs te geven. Anders

dan aandeelhouders van een BV, zijn leden van een coöperatie niet belastingplichtig voor de dividendbelasting.¹¹

Het verzoek hoeft niet voorafgaand aan de omzetting te worden gedaan, maar is mogelijk tot het moment waarop de aanslag onherroepelijk vaststaat.¹² De staatssecretaris 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 in elk geval de zogenoemde standaardvoorwaarden te stellen die zijn opgenomen in het Besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146. De gestelde voorwaarden mogen op grond van het in art. 28a lid 3 Wet VPB 1969 opgenomen delegatiekader 'slechts strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van de belastingen'. Uit het besluit blijkt (helaas) niet of de rechtspersoon en de deelgerechtigden – alsmede de deelgerechtigden onderling – onafhankelijk van elkaar kunnen kiezen voor fiscale begeleiding. Bij de op 10 januari 2001 in een NV omgezette *Apothekers Coöperatie OPG UA* werd dat in elk geval wel toegestaan.¹³

Het Besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, BNB 2006/146 bevat zeven standaardvoorwaarden. Standaardvoorwaarde 1 tot en met 3 hebben betrekking op de omgezette rechtspersoon. Standaardvoorwaarde 4 tot en met 7 bevatten voorschriften voor aandeelhouders en leden. Hieronder bespreek ik kort de standaardvoorwaarden.

Standaardvoorwaarde 1 bevat het welbekende fiscale indeplaatsstredingsvoorschrift. Op grond hiervan 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'. Veruit de belangrijkste implicatie is dat de boekwaarden doorschuiven. Een civilist zal – vermoed ik zo – zijn wenkbrauwen fronsen bij kennisneming van dit voorschrift. Het doet immers vreemd aan dat de rechtspersoon in de plaats treedt van zichzelf. Bedacht moet echter worden dat de rechtspersoon voor fiscale doeleinden wordt geacht te zijn geliquideerd en vervolgens wordt geacht nieuw te zijn opgericht. Voor fiscale doeleinden is de rechtspersoon vóór de omzetting dan ook een ander belastingsubject dan na de omzetting. Dit neemt echter niet weg dat het in overeenstemming is met de ratio van art. 28a lid 3 Wet VPB 1969 om de fiscale indeplaatsstreding op zodanige wijze op te vatten dat de omzettende rechtspersoon

11. Op deze categorische afwijzing heb ik in mijn dissertatie kritiek geuit: zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (Fiscale monografieën, nr. 129), Deventer: Kluwer 2008, p. 159-162 en 210-211.

12. Voor een geruisloze juridische fusie en splitsing met standaardvoorwaarden, dient het verzoek wel vóórafgaand aan de desbetreffende reorganisatie te zijn gedaan.

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

óók voor het fiscale recht (zo veel mogelijk) dezelfde is gebleven.¹⁴ Zie voor praktische implicaties van deze uitleg par. 3.2 en 3.3.

Op grond van standaardvoorwaarde 2 worden de fiscaal compensabele verliezen ‘meegegeven’.¹⁵ Dat betekent niet dat die verliezen per definitie ook (binnen de carry-forwardtermijn van negen jaar) verrekenbaar zijn met na de omzetting behaalde winsten. De anti-misbruikbepaling in verband met de handel in verlieslichamen ex art. 20a Wet VPB 1969 kan namelijk de verliesverrekening blokkeren. Bij de omzetting van een stichting of vereniging in een BV, NV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij en omgekeerd is in elk geval voldaan aan één van de toepassingsvoorwaarden, te weten een wijziging van het ‘uiteindelijke belang’ van 30% of meer. In de genoemde gevallen is immers sprake van een 100%-wijziging van het uiteindelijke belang. In mijn dissertatie heb ik ervoor gepleit om de anti-misbruikbepaling niet toe te passen bij de omzetting in een vereniging of stichting omdat deze rechtspersonen geen deelgerechtigden hebben die indirect profiteren van de verliesverrekening.¹⁶ Aan de ratio van art. 20a Wet VPB 1969 is dan niet voldaan.

De derde standaardvoorwaarde maakt het onder bepaalde voorwaarden mogelijk dat de omzetting voor fiscale doeleinden met terugwerkende kracht tot de aanvang van het boekjaar tot stand komt. Dat is een belangrijke praktische tegemoetkoming omdat dan niet afzonderlijk over twee korte boekjaren aangifte hoeft te worden gedaan door de rechtspersoon. Indien niet wordt geopteerd voor terugwerkende kracht, sluit de belastingheffing aan bij het moment waarop de omzetting civielrechtelijk tot stand komt, te weten het moment waarop de omzettingsakte wordt verleden.

Standaardvoorwaarde 4 ziet op de vaststelling van het fiscaal gestorte kapitaal na de omzetting en is onder andere van belang voor de heffing van dividendbelasting. Bij een in een BV/NV omgezette coöperatie geldt als fiscaal gestort kapitaal het door de leden in de coöperatie ingebrachte vermogen. Bij een in een BV/NV omgezette stichting of vereniging geldt als gestort kapitaal het oprichtingsvermogen van de stichting of vereniging. Het gevolg van standaardvoorwaarde 4 is dat een dividendbelastingclaim ontstaat op alle aanwezige (latente) winstreserves.

Standaardvoorwaarde 5, 6 en 7 regelen in het kader van de omzetting van een coöperatie in een BV/NV de doorschuiving van een bij het lid aanwezige inkomsten- of vennootschapsbelastingclaim. De claim wordt doorgeschoven naar het voor het lidmaatschap in de plaats gekomen aandelenpakket. Zo dienen op grond van standaardvoorwaarde 5 de leden/thans aandeelhouders die als ondernemer in box 1 in de heffing van inkomstenbelasting

worden betrokken, de aandelen op dezelfde waarde te boek te stellen als het lidmaatschapsrecht. Hetzelfde geldt voor vennootschapsbelastingplichtige leden/thans aandeelhouders. Voor leden/thans aandeelhouders die kwalificeren als aanmerkelijkbelanghouder geldt een doorschuiving van de verkrijgingsprijs (standaardvoorwaarde 5). Voor vennootschapsbelastingplichtige leden/thans aandeelhouders regelt standaardvoorwaarde 7 een doorschuiving van het opgeofferde bedrag ex art. 13d Wet VPB 1969.

Uit een praktijkgeval is mij nog een ‘achtste’ voorwaarde bekend die is gericht tegen winstdrainage.¹⁷ Het betrof een omzetting van een stichting in een BV, waarbij de aandelen werden uitgegeven aan een nieuw opgerichte stichting met dezelfde doelstelling als de omgezette stichting. De aanvullende voorwaarde hield in dat de BV in de toekomst eventuele huur- en rentebetalingen aan de nieuw opgerichte stichting niet mocht aftrekken aangezien de corresponderende ontvangsten niet waren belast.

3. Enkele bijzondere fiscale problemen

3.1. Niet-ingeleverde aandeelbewijzen na omzetting NV in BV en dividendbelasting

Recent ben ik geconfronteerd met de vraag of een in een BV omgezette NV dividendbelasting dient in te houden op het dividend dat betrekking heeft op (nog) niet ingeleverde aandeelbewijzen op naam of aan toonder. Anders dan een NV, mag een BV immers geen aandeelbewijzen uitgeven.¹⁸ Voor de omschakeling van een NV met aandeelbewijzen naar een BV bevat art. 2:183 lid 4 BW een bijzondere voorziening. Op grond van deze bepaling kan een aandeelhouder na de omzetting pas de aan het aandeel verbonden rechten uitoefenen zodra hij het aandeelbewijs heeft ingeleverd en zich heeft ingeschreven in het aandeelhoudersregister. Wat nu als in de tussentijd een dividend wordt gedeclareerd?

Volgens de Staatssecretaris van Financiën dient onverkort heffing van dividendbelasting plaats te vinden. Hij merkt in het Besluit van 7 maart 1988, nr. 285-8848, *Infobulletin* 1988/199, V-N 1988/1193, punt 24 naar aanleiding van een vraag over de omzetting van X NV in X BV het volgende op: ‘Ik heb geen aanleiding gevonden de na de omzetting in X BV niet omgewisselde aandeelbewijzen voor de heffing van de div.bel. aan te merken als aandelen in portefeuille. De heffing van div.bel. vindt naar mijn mening terecht plaats; of de aandeelhouder – degene die gerechtigd is tot de opbrengst – zijn rechten uitoefent is daarbij niet relevant.’ Dit besluit is later weliswaar ingetrokken, maar dat betekent niet dat de staatssecretaris

14. Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (Fiscale monografieën, nr. 129), Deventer: Kluwer 2008, p. 86-88 en 90-93.

15. Carry back is ook mogelijk: daarvoor is een afzonderlijk verzoek vereist (zie onderdeel 8 van het Besluit van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, *BNB* 2006/146).

16. Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (Fiscale monografieën, nr. 129), Deventer: Kluwer 2008, p. 96-97.

17. Zie J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (Fiscale monografieën, nr. 129), Deventer: Kluwer 2008, p. 101-104.

18. Zie art. 2:82 lid 1 en art. 2:175 lid 1 BW.

van standpunt is veranderd.¹⁹ De intrekking hield namelijk verband met een opschoningsactie van allerlei fiscale beleidsbesluiten. Het genoemde besluit is vervallen omdat het slechts een 'informatief karakter' zou hebben.

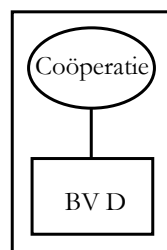
Ik onderschrijf het standpunt van de staatssecretaris dat aandelen door de in een BV omgezette NV niet in portefeuille worden gehouden: het is immers (nog steeds) de aandeelhouder die het aandeel houdt. Dat wil echter niet zeggen dat heffing van dividendbelasting aan de orde is. Op grond van het *Staatsloterij*-arrest HR 29 juni 2007, nr. 43 108, *BNB* 2008/154 lijkt namelijk moeilijk te kunnen worden volgehouden dat het dividend 'ter beschikking is gesteld' in de zin van art. 7 lid 3 Wet DB 1965. Hoewel gewezen voor de heffing van kansspelbelasting, werpt het *Staatsloterij*-arrest een belangrijk licht op het ter beschikking stellen door een inhoudingsplichtige. In het arrest ging het om de vraag of de staatsloterij kansspelbelasting diende in te houden over geldprijzen die door de lotwinnaars niet zijn opgehaald. De Hoge Raad vond de spelvoorwaarden van doorslaggevend belang. Op grond daarvan had de lotwinnaar pas recht op uitbetaling van de prijs tegen afgifte van het lot. De Hoge Raad stelde vast dat sprake was van een recht op uitbetaling van de prijs onder een opschortende voorwaarde. Er ontstond volgens de Hoge Raad pas een onvoorwaardelijk recht op uitbetaling van de prijs indien het lot was afgegeven. De Hoge oordeelde vervolgens dat eerst op het moment van onvoorwaardelijk worden, de prijs 'ter beschikking wordt gesteld' in de zin van art. 6 lid 3 Wet op de kansspelbelasting.

Op grond van dit arrest kan naar mijn mening eerst sprake zijn van het ter beschikking stellen van het dividend indien het aandeelbewijs is afgegeven en inschrijving heeft plaatsgevonden in het aandeelhoudersregister. Pas vanaf dat moment heeft de aandeelhouder immers een onvoorwaardelijk recht op uitbetaling van het dividend. Tot dat moment dient de vennootschap een post aan te houden als (voorwaardelijke) schuld voor de nog te betalen uitkering van winst.²⁰

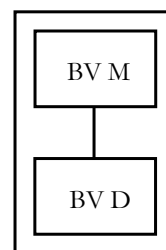
3.2. De omzetting van een coöperatie in een BV en het fiscale-eenheidsregime

Hoewel vooral in theorie allerlei samenlopen denkbaar zijn tussen de omzetting van rechtspersonen en het fiscale-eenheidsregime in de vennootschapsbelasting, ben ik in de praktijk evenwel meerdere keren aangelopen tegen het geval waarin een moedermaatschappij van een fiscale eenheid zich omzet van een coöperatie in een BV. Deze omzetting kan met behulp van de volgende figuur worden geïllustreerd.

Vóór omzetting



Na omzetting



Omdat de coöperatie op grond van art. 28a lid 1 Wet VPB 1969 wordt geacht te zijn geliquideerd, valt de fiscale eenheid uit elkaar. Reeds door de fictieve uitkering van het vermogen op de voet van art. 28a lid 1 onderdeel b Wet VPB 1969 voldoet de coöperatie immers niet langer aan de bezitsei van 95% van de aandelen in de dochter-BV. De beëindiging van de fiscale eenheid lokt (sanctie)bepalingen uit, zoals art. 15ai Wet VPB 1969. Als gevolg van laatstgenoemde sanctiebepaling kan belaste herwaarderingswinst ontstaan op een binnen de fiscale eenheid 'verschoven' vermogensbestanddeel. Helaas ontbreekt in het fiscale-eenheidsregime de mogelijkheid om een dergelijke art. 15ai-claim 'door te schuiven' naar een eventueel nieuw te vormen fiscale eenheid tussen de in een BV omgezette coöperatie en de dochter-BV. Voorts kan het uiteenvallen van de fiscale eenheid nadelige consequenties hebben voor het verliesverrekeningspotentieel.²¹

Indien echter de coöperatie een beroep doet op de fiscale begeleiding uit hoofde van art. 28a lid 3 Wet VPB 1969, zou het mijns inziens mogelijk moeten zijn om de omzetting geruisloos binnen de fiscale eenheid te doen plaatsvinden. Met andere woorden: de fiscale eenheid wordt automatisch voortgezet, maar nu met de moedermaatschappij in hoedanigheid van BV. De omzetting is dan binnen de fiscale eenheid 'onzichtbaar'. Het voordeel hiervan is dat de sanctiebepaling van art. 15ai Wet VPB 1969 niet van toepassing is en de nadelige consequenties voor het verliesverrekeningspotentieel uitblijven. In mijn dissertatie heb ik verdedigd dat het doorlopen van de fiscale eenheid kan worden gebaseerd op het fiscale inplaatsstredingsvoorschrift (standaardvoorwaarde 1). Dit voorschrift kan in mijn optiek zo worden opgevat dat daaronder ook de status van moedermaatschappij van een fiscale eenheid valt.²² Een dergelijke opvatting strookt met de ratio van art. 28a lid 3 Wet VPB 1969 (zie par. 2.4). In de mij bekende praktijkgevallen bleek de fiscus overigens bereid goed te keuren dat de fiscale eenheid inderdaad niet verbreekt.

3.3. Activering goodwill na omzetting van een stichting in een BV

De vraag rijst of het door de Hoge Raad ontwikkelde goodwill-activeringsverbod voor stichtingen ook van

19. De intrekking vond plaats met het Besluit Staatssecretaris van Financiën van 10 juli 2006, nr. CPP2006/768M, V-N 2006/42.9.

20. Zie B. Bier, *Uitkeringen aan aandeelhouders* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 139-140.

21. De fiscale-eenheidsverliezen van de coöperatie en de dochter-BV transformeren namelijk in beperkt verrekenbare voorvoegingsverliezen van een nieuw te vormen fiscale eenheid tussen de in een BV omgezette coöperatie en de dochter-BV (zie art. 15ae Wet VPB 1969).

22. Bij een vergelijkbaar voorschrift in het kader van de juridische fusie en splitsing is dat niet het geval. Zo zou de fiscale eenheid onverbiddeijk verbreken indien de coöperatie – als alternatief voor een omzetting in een BV – zou 'wegfuseren' in een nieuw opgerichte BV.

toepassing is bij de omzetting van een stichting in een BV. In HR 21 november 1990, nr. 26 179, *BNB* 1991/90 stond de Hoge Raad de activering van zelfgekreemde – maar tot nog toe onbenutte – goodwill niet toe bij een stichting die belastingplichtig werd omdat zij zich alsnog op het behalen van winst ging richten.²³ De Hoge Raad baseert dit activeringsverbod bij de start van een onderneming op een redelijke wettoepassing. Wat nu als een niet-belastingplichtige stichting met onbenutte overwinstpotentie wordt omgezet in een BV? Omdat een BV bij wetsfictie een onderneming drijft, lijkt op het eerste gezicht dat de stichting door de omzetting in een BV van rechtswege een winststreven krijgt. Het logische gevolg zou zijn dat HR 21 november 1990, nr. 26 179, *BNB* 1991/90 verhindert dat op de openningsbalans van de in een BV omgezette stichting goodwill wordt geactiveerd.

De kwestie ligt naar mijn mening anders. De reden hiervoor is dat bij de omzetting geen sprake is van een sfeerovergang binnen één en dezelfde belastingplichtige. De stichting wordt op grond van art. 28a lid 1 Wet VPB 1969 immers geacht te zijn geliquideerd en de BV wordt geacht te zijn opgericht. Dat betekent dat het goodwill-activeringsverbod niet van toepassing is. In dit geval werken de ficties van art. 28a Wet VPB 1969 aldus naar mijn mening in het nadeel van de fiscus. Tijdens de openbare verdediging van mijn proefschrift stelde *prof. dr. R.P.C. Cornelisse* de vraag of een redelijke wettoepassing mij wellicht op andere gedachten zou kunnen brengen. Ik wilde echter van geen wijken weten. Indien de stichting namelijk daadwerkelijk zou worden geliquideerd gevolgd door oprichting van een BV, zou evenmin het activeringsverbod van toepassing zijn. Daaraan doet bovendien niet af dat over de goodwill bij de liquidatie van de stichting niet wordt afgerekend.²⁴

Indien de omzetting op de voet van art. 28a lid 3 Wet VPB 1969 wordt gefacilieerd, geldt het goodwill-activeringsverbod naar mijn mening wel. In het kader van de faciëring dient de fictieve liquidatie namelijk zo veel mogelijk te worden teruggedraaid (zie par. 2.3). Een beroep op de faciliteit ligt echter niet voor de hand indien de stichting slechts beschikt over (nog) niet benutte goodwill. Een (eind)afrekening is – wegens het ontbreken van belastingplicht – immers niet aan de orde.

3.4. Belastingheffing over in het kader van omzetting stichting in een BV uitgereikte aandelen

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 ná de omzetting in een BV, kunnen zij in elk geval niet met de uitkeringsfictie worden geconfronteerd (zie par. 2.3). 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.²⁵

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 in beginsel is beperkt tot de voormalige ideële of sociale ‘uitkeringsdoelgroep’ van de stichting. In overige gevallen is toestemming van de rechter nodig, die hiertoe niet snel lijkt geneigd. 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*) waarin 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 privé-vermogen. In dit verband kan worden gewezen op de uitspraak Rb. Arnhem 14 mei 1992, *Njkort* 1992, 45 (*Stichting Werkpool Nijmegen II*) en Rb. Zwolle 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 lid 6 BW.

In de situatie waarin 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 privé-sfeer 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 vermo-

23. In HR 1 december 2006, nr. 41 985, *BNB* 2007/81 rekte de Hoge Raad het activeringsverbod op tot alle op winstgenererend vermogen gebaseerde activa, waaronder ook merchandisingrechten.

24. De liquidatie van de stichting is in mijn optiek te vergelijken met de situatie waarin de stichting de niet-benutte goodwill zou verkopen. De verkoopwinst is dan niet belast: zie ook R.P.C. Cornelisse, *Enige fiscale aspecten van goodwill* (Fiscale monografieën, nr. 60), Deventer: Kluwer 1992, p. 166.

25. Dat acute belastingheffing de bedoeling is, kan worden opgemaakt uit een mededeling van het departement aan de redactie van *Vakstudienieuws*: zie *V-N* 6 april 1995, p. 1231-1233.

genstoename van toepassing.²⁶ De mogelijkheid om de vermogenstoename, die te beschouwen is als een verrijking, te belasten met schenkbelasting tegen het anoniementarief van maximaal 40% (2010) loopt mijns inziens stuk op het feit dat een corresponderende verarming bij de rechtspersoon ontbreekt.²⁷

4. Omzettingen volgens titel 7.13 BW²⁸

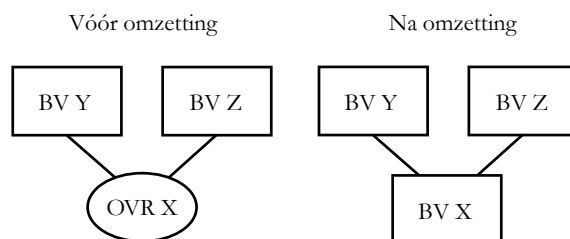
4.1. Van OVR naar BV

Omdat de OVR voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting transparant is, zijn de fiscale gevolgen van de omzetting in een BV op de voet van art. 7:834 BW afhankelijk van de fiscale positie van de besturende vennoot. Ik bespreek achtereenvolgens de gevolgen voor (1) een besturende vennoot die kwalificeert als ondernemer voor de heffing van inkomstenbelasting en (2) een besturende vennoot die is onderworpen aan de vennootschapsbelasting.

Voor de besturende vennoot die kwalificeert als ondernemer, leidt de omzetting van de OVR in een BV tot een eindafrekening over de stille reserves en de goodwill tegen het progressieve box-1-tarief van maximaal 45,76%.²⁹ Deze eindafrekening is gebaseerd op de stakingsfictie van art. 3.61 Wet IB 2001 nu in werkelijkheid geen sprake is van overdracht, liquidatie of inbreng van de onderneming.³⁰ De door de voormalige besturende vennoot op de voet van art. 7:834 lid 2 onderdeel c BW verkregen aandelen in de in een BV omgezette OVR zullen doorgaans een aanmerkelijk belang (5% of meer) vormen. De verkrijgingsprijs van het verkregen aanmerkelijkbelangpakket dient te worden gesteld op de waarde in het economische verkeer.³¹ De als gevolg van de omzetting ontstane BV is subjectief belastingplichtig voor de heffing van vennootschapsbelasting. Op de fiscale openingsbalans dienen de vermogensbestanddelen 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.³² De eindafrekening bij de besturende vennoot blijft dan achterwege: de eenvoudige inkomstenbelas-

tingclaim van maximaal 45,76% wordt dan omgezet in een gecombineerde vennootschapsbelasting- en aanmerkelijkbelangclaim van 44,125%.³³

De positie van een voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtige vennoot kan met behulp van de volgende figuur worden geïllustreerd.



Vóór de omzetting wordt het vermogen van OVR X toegerekend aan BV Y en BV Z conform hun economische deelgerechtigdheid.³⁴ Die toerekening houdt op na de omzetting in een BV. De wetgever heeft het zekere voor het onzekere genomen en de omzetting als een vervreemding van het aan BV Y en BV Z toegerekende vermogen aangemerkt. Op grond van het nieuwe art. 14 lid 10 eerste volzin Wet VPB 1969 worden BV Y en BV Z geacht hun economische deelgerechtigdheid in de bezittingen en schulden van de OVR voor de waarde ervan in het economische verkeer te hebben overgedragen aan de BV. Deze overdrachtsfictie leidt tot een afrekening over de stille reserves en goodwill. Vervolgens 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 lid 10 tweede volzin Wet VPB 1969).³⁵ Bij de bedrijfsfusie bestaat soms recht op een wettelijke doorschuiving en soms is daarvoor een verzoek nodig onder acceptatie van standaardvoorwaarden. De gelijkstelling geldt evenwel slechts voorzover de OVR een materiële onderneming drijft. Dat betekent dat voorzover de in een BV omgezette OVR géén onderneming drijft, de omzetting niet wordt gefacilieerd. Een OVR met beleggingsactiviteiten kan derhalve niet zonder belastingheffing over de stille reserves in de beleggingen worden omgezet in een BV.³⁶

26. J.L. van de Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (Fiscale monografieën, nr. 129), Deventer: Kluwer 2008, p. 143-147.

27. In vergelijkbare zin: J.W. Zwemmer, *Schenking* (Studiepockets privaatrecht, nr. 8), Deventer: Kluwer 2002, p. 21, H. Schuttevâar & J.W. Zwemmer, *De Nederlandse succesie-wetgeving* (Fiscale Hand- en Studieboeken), Deventer: Kluwer 1998, p. 233-234, A.C. Rijkers, 'Fiscale aspecten van de omzetting van een stichting in een BV', *S&V* 1993, p. 159. Anders: C.P.M. van Houte, *De stichting in het Nederlandse belastingrecht* (Fiscale monografieën, nr. 69), Deventer: Kluwer 2009, p. 213.

28. Zie over de fiscale aspecten ook: M.L.M. van Kempen & A.W.G. Lamers, 'Het wetsvoorstel personenvennootschappen en de gevolgen voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting', *TFO* 2008, nr. 95, p. 1-14, A.J.A. Stevens, 'Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW: enige vennootschapsbelastingaspecten', *WFR* 2007, 819, J.W.E. Litjens & A.W.G. Lamers, 'Invoeringswet titel 7.13 BW: inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en enkele daarmee verband houdende aspecten', *MBB* 2007, 11, p. 366-376 en J.J.M. Jansen & A.J.A. Stevens, 'Invoeringswet titel 7.13 BW: eindelijk de puntjes op de fiscale 'i'', *WFR* 2008, 429.

29. $52\% \times (100\% - 12\% \text{ MKB-winstvrijstelling})$.

30. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 065, nr. 11, p. 3.

31. Zie art. 4.21 lid 1 Wet IB 2001.

32. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, p. 42.

33. $25,5\% \text{ vennootschapsbelasting} + (100\% - 25,5\%) \times 25\% \text{ box-2-inkomstenbelasting}$.

34. Zie het nieuwe art. 8 lid 3 Wet VPB 1969.

35. Zie art. 14 lid 1 resp. lid 2 Wet VPB 1969.

36. Ik heb kritiek geleverd op de materiële ondernemingseis tijdens een fiscale conferentie van de NOB en de Belastingdienst op 20 december 2008: zie: J. Seerden & A.H. Jorritsma, 'Verslag van de Fiscale Conferentie Personenvennootschappen', *WFR* 2009, 300. Zie ook J.L. van de Streek, 'Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief', *TFO* 2009, nr. 102, p. 54-57.

4.2. Van BV naar OVR

De omzetting van een BV in een OVR ex art. 7:835 BW komt vanuit de optiek van de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting neer op een sfeerovergang van niet-transparant naar transparant. De omzetting heeft zowel gevolgen voor de BV als voor de aandeelhouders.

Ook bij deze omzetting is afrekening van fiscale claims de hoofdregel. De in een OVR omgezette BV wordt op grond van het nieuwe art. 14a lid 12 eerste volzin Wet VPB 1969 geacht haar vermogen tegen de waarde in het economische verkeer aan de voormalige aandeelhouders/thans vennoten te hebben overgedragen. Deze overdrachtsfictie leidt bij de BV tot een afrekening in de vennootschapsbelasting over de stille reserves en de goodwill. Art. 15d Wet VPB 1969 functioneert als vangnet voor fiscale claims die niet reeds door de overdrachtsfictie worden afgewikkeld. Eventueel bij de BV aanwezige fiscaal compensabele verliezen gaan door de omzetting in een OVR verloren.

Een aanmerkelijkbelanghouder dient af te rekenen over het verschil tussen zijn verkrijgingsprijs en de waarde in het economische verkeer van de aandelen tegen het box-2-tarief van 25%. Op grond van art. 4:16 lid 1 onderdeel g Wet IB 2001 wordt een aanmerkelijkbelanghouder namelijk geacht zijn aandelen te hebben vervreemd. Deze – reeds bestaande – vervreemdingsfictie is van toepassing indien niet langer een aanmerkelijk belang aanwezig is.³⁷ Omdat het aandelenkapitaal door de omzetting in een OVR van rechtswege vervalt, is aan dit ‘Tatbestand’ voldaan.

Opvallend is dat er geen bepaling wordt voorgesteld die betrekking heeft op een vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder in de om te zetten BV. In het geval dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is – hetgeen doorgaans het geval is – is daaraan overigens ook geen behoefte.³⁸

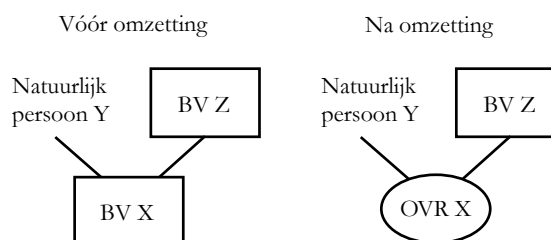
De mogelijkheden om een BV geruisloos in een OVR om te zetten zijn afhankelijk van het aandeelhoudersbestand. Grosso modo kunnen drie situaties worden onderscheiden, te weten (1) alle aandeelhouders zijn natuurlijke personen, (2) alle aandeelhouders zijn vennootschapsbelastingplichtige lichamen en (3) onder de aandeelhouders bevindt zich zowel minimaal één natuurlijke persoon als minimaal één vennootschapsbelastingplichtig lichaam (het betreft de zogenoemde ‘mengvorm’).

In het geval waarin alle aandeelhouders natuurlijke personen zijn, kan de omzetting fiscaal geruisloos tot stand komen op grond van de terugkeerregeling van art. 14c Wet VPB 1969.³⁹ Bij gebruikmaking van de terugkeerfa-

ciliteit wordt de gecombineerde vennootschapsbelasting- en aanmerkelijkbelangclaim omgezet in een enkelvoudige inkomstenbelastingclaim (box 1).

Indien alle aandeelhouders vennootschapsbelastingplichtig zijn, kan fiscale begeleiding plaatsvinden op de voet van het nieuwe art. 14a lid 12 tweede volzin Wet VPB 1969. Deze volzin stelt de omzetting gelijk met een juridische splitsing waardoor de eindafrekening bij de BV achterwege kan blijven en fiscale claims pro rata kunnen doorschuiven naar de vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouders/thans besturende vennoten.⁴⁰ Bij de splitsing bestaat soms recht op een wettelijke doorschuiving en soms is daarvoor een verzoek nodig onder acceptatie van standaardvoorwaarden. De gelijkstelling met een splitsing geldt evenwel slechts voorzover de BV een materiële onderneming drijft. Een beleggings-BV met vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouders kan dus niet fiscaal gefaciliteerd worden omgezet in een fiscaal transparante OVR.⁴¹

Bij de mengvorm zijn doorschuifmogelijkheden helaas niet goed geregeld. Volgens de Minister van Justitie zijn de gevolgen namelijk moeilijk te overzien.⁴² In een voorkomend geval zal volgens hem echter ‘een praktische oplossing worden nagestreefd.’ Ik illustreer de problematiek aan de hand van een voorbeeld waarin 50% van de aandelen in de in een OVR om te zetten BV worden gehouden door een BV en 50% door een aanmerkelijkbelanghouder.



In het voorbeeld wordt BV X op grond van art. 14a lid 12 eerste volzin Wet VPB 1969 geacht haar vermogen te hebben overgedragen aan Y en BV Z. Bovendien wordt Y geacht zijn aandelen in BV X te hebben vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer (art. 4:16 lid 1 onderdeel g Wet IB 2001). Bij BV Z is de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Kan de omzetting geruisloos plaatsvinden?

De splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting lijkt slechts gedeeltelijk te kunnen worden toegepast: namelijk voorzover na de omzetting vennootschapsbelastingplichtige lichamen deelgerechtigd zijn tot het vermogen van de OVR.⁴³ Dat betekent dat de afrekening van de aanmer-

37. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 065, nr. 3, p. 42.

38. Indien de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is – bijvoorbeeld omdat BV Z minder dan 5% van de aandelen heeft in BV X – dreigt een heffingslek: zie E.J.W. Heithuis, ‘Fiscale aspecten wetsvoorstel 31 065 (Invoeringswet titel 7.13 BW): Huiswerk overdoen’, *NTFR* 2007, 1535.

39. 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.

40. Zie art. 14a lid 2 resp. lid 3 Wet VPB 1969.

41. Op deze materiële ondernemingseis is dezelfde kritiek mogelijk als bij de omzetting van een OVR in een BV: zie noot 48.

42. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 065, nr. 11, p. 4.

43. Voorzover het vermogen na de omzetting wordt toegerekend aan een natuurlijk persoon, lijkt namelijk een partiële eindafrekeningsvoorwaarde voor de hand te liggen: zie S.A.W.J. Strik & N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel 2.6.1.

kelijkbelangclaim en de afrekening in de vennootschapsbelasting over 50% van de stille reserve en goodwill bij de BV overeind blijven. Een beroep op de geruisloze terugkeerregeling is strikt genomen niet mogelijk omdat niet aan de voorwaarde is voldaan dat alle aandeelhouders natuurlijke personen zijn. De enige 'praktische oplossing' die ik kan bedenken is om in een voorkomend geval deze rigide aandeelhouderseis los te laten. De resterende dubbele claim kan dan (alsnog) worden doorgeschoven naar box 1 van de inkomstenbelasting.

5. Omzettingen volgens EU-recht (*Cartesio*)

Op grond van het baanbrekende *Cartesio*-arrest is in elk geval een *outbound* omzetting mogelijk van een Nederlandse rechtspersoon in een rechtspersoon van een andere EU/EER-lidstaat.⁴⁴ Cruciale voorwaarde is dat het recht van de desbetreffende EU/EER-lidstaat voorziet in een zogenoemde 'inreisregeling'. Nederland is in een dergelijk geval op grond van art. 49 VWEU (art. 43 EG-Verdrag (oud)) gehouden mee te werken aan de grensoverschrijdende omzetting. Over het antwoord op de vraag of het *Cartesio*-arrest ook noopt tot het toelaten van een *inbound* omzetting, te weten van een EU/EER-rechtspersoon in een Nederlandse rechtspersoon, zijn de meningen verdeeld.⁴⁵ Ik concentreer mij op deze plaats op de fiscale aspecten van een *outbound* omzetting van een BV in een vergelijkbare EU/EER-vennootschap. Zoals door Snijder-Kuipers beschreven in par. 4.2 van haar bijdrage aan dit themanummer, heeft dit type zich al voorgedaan in de praktijk. Concreet betrof het een omzetting van een BV in een Luxemburgse SARL. Voorts wordt in de *Staatscourant* van 18 mei 2010 melding gemaakt van het besluit tot omzetting van een BV in een Franse SAS.⁴⁶

Bij de beoordeling van de fiscale gevolgen is het van belang te beseffen dat een grensoverschrijdende *outbound* omzetting van een BV niet per se gepaard hoeft te gaan met een verplaatsing van de werkelijke zetel. Indien de inreisstaat het werkelijke zetelstelsel hanteert, ligt dat overigens wel voor de hand.⁴⁷ Behoudens het geval waarin de omzetting tevens de verplaatsing van de werkelijke zetel impliceert, is een grensoverschrijdende omzetting naar mijn mening een non-event. Vanuit fiscaal perspectief is een grensoverschrijdende omzetting te vergelijken met de omzetting van een BV in een NV en omge-

keerd (zie par. 2.2).⁴⁸ Zo is er géén eindafrekening over de stille reserves en goodwill aan de orde indien een feitelijk in Nederland gevestigde BV wordt omgezet in een nog steeds feitelijk in Nederland gevestigde EU/EER-vennootschap.⁴⁹ De ficties van art. 28a Wet VPB 1969 zijn niet van toepassing: de grensoverschrijdende omzetting vindt immers niet plaats 'op de voet van' art. 2:18 BW maar op grond van art. 49 VWEU (art. 43 EG-Verdrag (oud)).

Hoe anders pakken de fiscale gevolgen uit indien de grensoverschrijdende omzetting wél een werkelijke zetelverplaatsing inhoudt. Op grond van art. 15c/15d Wet VPB 1969 lokt de zetelverplaatsing dan een acute eindafrekening uit over de stille reserves en goodwill die – kort gezegd – het land verlaten. Eenmaal verplaatst naar het buitenland zonder achterlating van een filiaal of onroerende zaak in Nederland, is de vennootschap op grond van de vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 strikt genomen nog steeds belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting in Nederland. Deze vestigingsplaatsfictie geldt ook indien de verplaatste rechtspersoon is omgezet in een EU/EER-vennootschap.⁵⁰ Omdat belastingverdragen Nederland beletten te heffen, kan worden volstaan met een nihil-aangifte.⁵¹ Vaak ziet de Belastingdienst na ommekomst van een aantal jaar af van het uitreiken van een aangiftebiljet. Pas dan zijn ook alle fiscale banden met Nederland verbroken.

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.⁵² Het HvJ EG overwoog namelijk expliciet dat als de verplaatsing van de werkelijke zetel gepaard gaat met behoud van rechtspersoonlijkheid, een eventuele beperking van de vestigingsvrijheid kan worden geconstateerd.⁵³ Inmiddels pakken zich donkere wolken samen boven de Nederlandse eindafrekening bij zetelverplaatsing. Uit het persbericht van 18 maart 2010 blijkt namelijk dat de Europese Commissie een inbreukprocedure ex art. 258 VWEU (art. 226 EG-Verdrag (oud))

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

45. Zie voor een overzicht W.J.M. van Veen, 'Grensoverschrijdende omzetting volgens het *Cartesio*-arrest (I)', *WPNR* 2010-6840, p. 330. Van Veen is zelf van mening dat een *inbound* omzetting van een Nederlandse rechtspersoon niet door het *Cartesio*-arrest wordt opengesteld: ik heb verdedigd dat dit wel het geval is indien het recht van de desbetreffende EU/EER-lidstaat voorziet in een zogenoemde 'uitreisregeling' (zie J.L. van de Streek, 'Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief', *TFO* 2009, nr. 102, p. 60).

46. *Staatscourant* 18 mei 2010, nr. 7640.

47. Zo blijkt uit de openbare akte van statutenwijziging waarbij *Atlantic Iron BV* is omgezet in een Franse SARL dat tevens de plaats van de werkelijke leiding (administration centrale) is verplaatst van Nederland naar Luxemburg.

48. In vergelijkbare zin: J.W. Bellingwout, 'Fiscale aspecten van grensoverschrijdende fusie (en omzetting)', *WPNR* 2007-6721, p. 714-723.

49. Dat is alleen anders indien de EU-vennootschap vanuit Nederlandse optiek transparant is: dan dient echter naar mijn mening op basis van art. 49 VWEU (art. 43 EG-Verdrag (oud)) de omzetting hetzelfde te worden behandeld als de omzetting van een BV in een transparante OVR (zie par. 4.2).

50. Anders J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *WFR* 2009, 6800, p. 217-227.

51. Ook van valutaresultaten moet Nederland afblijven: zie HR 27 augustus 1997, nr. 32 333, *BNB* 1998/50.

52. Dat kon niet in de *Daily Mail*-zaak omdat de Britse eindafrekening – kennelijk volgens het Hof – was gekoppeld aan de mogelijkheid om de werkelijke zetel met behoud van rechtspersoonlijkheid te verplaatsen.

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

heeft gestart tegen (o.a.) Nederland.⁵⁴ Volgens de Europese Commissie volgt uit de jurisprudentie van het HvJ dat lidstaten de inning van hun belastingen moeten uitstellen tot op het tijdstip dat de meerwaarden daadwerkelijk worden gerealiseerd.⁵⁵ Nederland hanteert een dergelijk – EU-proof – systeem voor de afwikkeling van een aanmerkelijkbelangclaim in de inkomstenbelasting bij de emigratie van de aandeelhouder. Technisch is dit vormgegeven door middel van een zogenoemde ‘conserverende aanslag’ die wordt ingevorderd wanneer de aanmerkelijkbelangclaim daadwerkelijk wordt gerealiseerd. Dat een dergelijk systeem ook kan worden ingepast in de vennootschapsbelasting wordt mijns inziens fraai geïllustreerd door de voorgestelde Invoeringswet Belastingwet BES die de gevolgen regelt van de beoogde aansluiting van de BES-eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba) bij Nederland.⁵⁶ De op de BES-eilanden gevestigde vennootschappen lopen ten tijde van de aansluiting op 10 oktober 2010 in principe aan tegen de eindafrekening in de Antilliaanse winstbelasting maar krijgen via een conserverende aanslag renteloos uitstel van betaling (en uiteindelijk volgt in 2016 zelfs kwijtschelding).⁵⁷

6. Afsluiting

In deze bijdrage stonden de fiscale aspecten van de omzettingen van Boek 2 BW en titel 7.13 BW centraal. Ook is aandacht geschonken aan de fiscale aspecten van een grensoverschrijdende omzetting op basis van het *Cartesio*-arrest. Alles overziende kan worden geconstateerd dat de fiscale gevolgen van de omzetting van rechtspersonen afhankelijk zijn van de aan de orde zijnde omzettingvorm. Bij een omzetting op de voet van art. 2:18 BW moet men bedacht zijn op het fictiegeweld van art. 28a Wet VPB 1969. Slechts de omzetting van een BV in een NV (en omgekeerd) en de omzetting van een stichting in een vereniging (en omgekeerd) ontspringen de dans. De op grond van titel 7.13 BW mogelijke omzetting van een OVR in een BV en omgekeerd vormt afzonderlijke problematiek. De OVR is namelijk fiscaal transparant zodat de omzetting in een BV (en omgekeerd) neerkomt op een sfeerovergang. Zowel de omzettingen van Boek 2 BW die als een liquidatie worden beschouwd als de omzettingen van titel 7.13 BW kunnen vaak fiscaal geruisloos verlopen door een beroep op een doorschuiffaciliteit. Dat is niet het geval bij een grensoverschrijdende *outbound* omzetting die tevens een verplaatsing van de werkelijke zetel inhoudt vanuit Nederland. De Nederlandse eindafrekeningsbepaling treedt dan onverbiddeijk in werking. Het antwoord op de vraag of deze acute belastingheffing in overeenstemming is met het EU-recht laat waarschijnlijk niet lang meer op zich wachten.

54. Persbericht van de Europese Commissie van 18 maart 2010, nr. IP/10/299, opvraagbaar via <http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/infringements/infringement_cases/index_en.htm>. Het referentienummer van de Nederlandse zaak is 2008/2207.

55. Zie voor de visie van de Europese Commissie over exitheffingen uitgebreid haar Mededeling van 19 december 2006, COM(2006)825 final.

56. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 276, nr. 1-9.

57. Het systeem van de conserverende aanslag geldt overigens alleen voor de vennootschappen die niet onder het nieuwe fiscale stelsel van de BES-eilanden gaan vallen. Voor vennootschappen die onder de Nederlandse vennootschapsbelasting gaan vallen, geldt een geruisloze doorschuifregeling.