

Fiscale gevolgen van de nieuwe omzettingen in het vennootschapsrecht (Titel 7.13 BW)

Mr.drs. J.L. van de Streek*

Naar verwachting treedt het wetsvoorstel 'Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek' per 1 januari 2008 in werking. Met het oog hierop is onlangs aan de Tweede Kamer een invoeringswet aangeboden, waarin ook de fiscale aspecten worden geregeld. In deze bijdrage staan centraal de gevolgen voor de heffing van inkomsten-, vennootschaps-, dividend- en overdrachtsbelasting van de omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (OVR) in een bv en omgekeerd. De auteur concludeert dat de fiscale behandeling van deze nieuwe omzettingen op tal van punten tekortschiet en geen recht doet aan het 'gemoderniseerde' personenvennootschappenrecht. Zo kan een joint venture tussen twee bv's in de vorm van een bv niet zonder acute belastingheffing over de stille en fiscale reserves alsmede de goodwill worden omgezet in een fiscaal transparante OVR. Bovendien gaan eventuele compensabele verliezen van de in een bv omgezette OVR als sneeuw voor de zon verloren. Maar de tekorten komen niet alleen voor rekening van de belastingplichtigen. Bij de omzetting van een bv in een OVR dreigt namelijk ook een dividendbelastingclaim verloren te gaan.

1. Inleiding

Het thans bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel 'Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek' voorziet in een tweetal nieuwe omzettingen in het vennootschapsrecht, te weten de omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (hierna: OVR) in een bv en omgekeerd.¹ De meest in het oog springende vernieuwing in het wetsvoorstel is de mogelijkheid,

indien de vennoten daarvoor kiezen, dat een openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid verwerft.² De mogelijkheid van het verwerven van rechtspersoonlijkheid vormt de achtergrond van de nieuwe omzettingmogelijkheden. Met oog op de verwachte inwerkingtreding van Titel 7.13 BW per 1 januari 2008 heeft de minister van Justitie onlangs het wetsvoorstel 'Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet titel 7.13 Burgerlijk Wetboek)' aan de Tweede Kamer aangeboden.³ Van deze voorgestelde invoeringswet maken ook wijzigingen in de fiscale regelgeving deel uit. Het doel van deze wijzigingen is te voorkomen dat de doelstelling van de nieuwe Titel 7.13 BW wordt 'doorkruist' door de fiscaliteit.⁴

Niettemin ziet het er wat betreft de omzetting van een OVR in een bv en omgekeerd naar uit dat de voorgestelde Invoeringswet titel 7.13 BW moeiteloos kan worden toegevoegd aan de lijst van verontrustende gevallen waarin de fiscale wetgever niet adequaat heeft gereageerd op civielrechtelijke legislatieve ontwikkelingen.⁵ De voorgestelde Invoeringswet titel 7.13 BW bevat namelijk geen op maat gesneden fiscale regeling voor de nieuwe omzettingvormen, maar tracht op weinig doordachte wijze deze rechtsfiguren sui generis in te passen in het huidige fiscale systeem, met als gevolg dat vaak rigoreus latente fiscale claims moeten worden afgerekend en dat compensabele verliezen verloren gaan. In deze bijdrage voer ik een eerste inventarisatie uit van de aan de omzetting van een OVR in een bv en omgekeerd verbonden gevolgen voor de heffing van inkomsten-, vennootschaps-, dividend- en overdrachtsbelasting. Voorts geef ik op indicatieve wijze oplossingsrichtingen aan die mijns inziens meer recht doen aan de nieuwe omzettingen van Titel 7.13 BW. Bij de bespreking ga ik er steeds vanuit dat de OVR een materiële onderneming drijft.⁶

Voorafgaand bespreek ik de civielrechtelijke aspecten van deze omzettingen, waarbij ik de te verwachten invloed meeneem van het thans bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel 'Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor

* Verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en het Bureau Vaktechniek van Ernst & Young Belastingadviseurs.

1 Het laatste wapenfeit is de nadere memorie van antwoord, zie Kamerstukken I, 2006-2007, 28 746, E, p. 1-14.

2 Vanaf de totstandkoming op grond van art. 7:802 BW of gedurende de rit op grond van art. 7:832 BW. Overigens is het ook mogelijk de rechtspersoonlijkheid op te geven, zie art. 7:833 BW. Zie A.J.A. Stevens, 'Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW: enige vennootschapsbelastingaspecten', *WFR*, binnenkort te verschijnen, onderdeel 4 over de mogelijke fiscale gevolgen van het verkrijgen en opgeven van rechtspersoonlijkheid.

3 Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nrs. 1-3.

4 Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 34.

5 Zie voor een aantal illustraties van deze gevallen: N.H. de Vries en L.W. Sillevius, *De moeilijke symbiose tussen het vennootschapsbelastingrecht en het privaatrecht*, Van wet naar recht, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.P. Scheltens, Kluwer, Deventer 1984, p. 237-265.

6 Bovendien laat ik de omzetting van een commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid (CVR) in een bv en omgekeerd rusten. Ik hoop op deze omzettingen en de daaraan verbonden bijzondere problematiek een keer afzonderlijk in te gaan. A.J.A. Stevens, 'Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW: enige vennootschapsbelastingaspecten', *WFR*, binnenkort te verschijnen, stipt reeds enkele punten aan.

besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht).⁷ Straks kan de OVR namelijk worden omgezet in een zogenoemde 'flexibele' bv.

2. De nieuwe omzettingen volgens Titel 7.13 BW

2.1. Behoud van rechtspersoonlijkheid

Het wezenskenmerk van de omzetting van een OVR in een bv en omgekeerd is het behoud van rechtspersoonlijkheid. Art. 7:834, lid 6, BW verwoordt dit voor de omzetting van een OVR in een bv als volgt: 'Omzetting beëindigt het bestaan van de rechtspersoon niet.' Hetzelfde bepaalt art. 7:835, lid 5, eerste volzin, BW voor de omzetting in omgekeerde richting. Het behoud van rechtspersoonlijkheid bij de omzetting van een OVR in een bv en omgekeerd komt op hetzelfde neer als het behoud van rechtspersoonlijkheid bij een omzetting op de voet van art. 2:18 BW.⁸ Vaak wordt in dit verband gezegd dat de rechtspersoon een ander juridische jasje aantrekt ofwel een metamorfose ondergaat. De in de algemene bepalingen van Boek 2 BW opgenomen omzettingsregeling ziet op de in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen.

Evenals de figuur van de overgang onder algemene titel bij een juridische fusie en splitsing is het behoud van rechtspersoonlijkheid bij een omzetting te beschouwen als een civielrechtelijke reorganisatiefaciliteit.⁹ De omzetting gaat echter veel verder dan de rechtsopvolging onder algemene titel. De 'omzetting' van een personenvennootschap in een bv omvat naar huidig recht juridisch drie handelingen, te weten:

1. de ontbinding van de personenvennootschap,
2. de oprichting van de bv en
3. de inbreng van activa en passiva in de bv.

Omgekeerd is sprake van een ontbinding van de bv en uitkering van het batig saldo aan de deelgerechtigden die vervolgens het saldo inbrengen in de personenvennootschap. Met de introductie van de omzetting van een OVR in een bv en omgekeerd op de voet van art. 7:834 BW respectievelijk art. 7:835 BW zijn deze afzonderlijke handelingen vanwege het behoud van rechtspersoonlijkheid van de baan. Het behoud van rechtspersoonlijkheid laat onverlet dat er veel verandert voor degenen die bij de omzetting zijn betrokken, zoals de aandeelhouders/besturende vennoten en crediteuren. Door middel van een scala aan procedurele eisen en aanvullende regelingen worden de belangen van

de bij de rechtspersoon betrokkenen beschermd (zie hieronder).

2.2. Omzettingsprocedure in kort bestek

2.2.1. Omzettingsovereenkomst/besluit

De kern van de omzetting van een OVR in een bv en omgekeerd is het omzettingsbesluit. Op grond van art. 7:834, lid 2, BW moet voor de omzetting van een OVR in een bv een besluit worden genomen met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen van de vennoten. Daarvoor is wel vereist dat de vennootschapsovereenkomst hierin voorziet. Indien dat niet het geval is en de vennoten alsnog bij overeenkomst overgaan tot de omzetting in een bv is logischerwijs de instemming van alle vennoten vereist.¹⁰ De vraag rijst of in de vennootschapsovereenkomst ook een minder sterke of juist sterkere meerderheidseis mag worden opgenomen. In dit verband is van belang dat bij nota van wijziging de bepaling is geschrapt dat Titel 7.13 BW dwingend recht is, tenzij het tegendeel blijkt.¹¹ In plaats daarvan geldt als uitgangspunt dat Titel 7.13 BW regelend recht is, behalve indien het dwingendrechtelijke karakter van een bepaling expliciet in de wet is aangegeven of uit zijn aard voortvloeit.¹² Volgens de minister van Justitie is de complete afdeling waarvan art. 7:834 BW deel uitmaakt, getiteld 'Verkrijgen en opgeven van rechtspersoonlijkheid; omzetting' naar zijn aard van dwingend recht.¹³ Ik vat dit – gelet op de ratio van de versterkte meerderheidseis, te weten de bescherming van vennoten met een relatief klein belang – zo op dat een versterkte meerderheidseis van twee derde als een dwingendrechtelijk minimum moet worden beschouwd, maar dat het mogelijk is om in de vennootschapsovereenkomst een nog zwaardere eis op te nemen. Een dergelijke benadering sluit aan bij de overigens door de minister van Justitie gemaakte opmerking dat ook verschillende gradaties van dwingend recht denkbaar zijn.¹⁴ De meerderheidseis van twee derde die geldt voor het besluit tot omzetting van een bv in een OVR is overduidelijk een dwingendrechtelijk minimum. Blijkens art. 7:835, lid 2, onderdeel a, BW dient het omzettingsbesluit te worden genomen met een meerderheid van 'ten minste' twee derde van de uitgebrachte stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders. Bovendien moet het omzettingsbesluit worden genomen met inachtneming van de vereisten voor een statutenwijziging. Indien dus voor een statutenwijziging een meerderheidseis geldt van bijvoorbeeld negen tiende, is die eis automatisch van toepassing op

7 Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nrs. 1-3.

8 Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 66 en 68.

9 Zie M.J.G.C. Raaijmakers, 'Omzetting tussen vennootschap en rechtspersoon', in *Maeijers belangstellingen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut*, deel 57, Kluwer, Deventer 1997, p. 53 die spreekt van rechtshandelingen met een faciliterend karakter.

10 Zie ook C.W. de Monchy, 'Nieuwe omzettingen in het vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht*, 2003, nr. 4, p. 124-132.

11 Kamerstukken II, 2003-2004, 28 746, nr. 6.

12 Kamerstukken II, 2003-2004, 28 746, nr. 5, p. 5.

13 Kamerstukken II, 2003-2004, 28 746, nr. 5, p. 26.

14 Kamerstukken II, 2003-2004, 28 746, nr. 5, p. 5.

het omzettingsbesluit. Hetzelfde geldt voor een eventuele voor een statutenwijziging geldende quorumeis.¹⁵

2.2.2. Rechterlijke machtiging

Op grond van art. 7:834, lid 2, onderdeel d, BW en art. 7:835, lid 2, onderdeel d, BW is voor de omzetting van een OVR in een bv respectievelijk omgekeerd een rechterlijke machtiging vereist. Volgens de memorie van toelichting is een rechterlijke machtiging op zijn plaats omdat de omzetting van een OVR in een bv en omgekeerd beide ingrijpende omzettingen zijn die belangrijke gevolgen kunnen hebben voor de betrokkenen.¹⁶ Het 'uitgeklede' departementale toezicht geldt als aanvullend argument voor de vereiste rechterlijke machtiging voor de omzetting in een bv (zie paragraaf 2.3.3). De benodigde rechterlijke machtiging moet – onder overlegging van een notarieel ontwerp van de omzettingsakte – ingeval van de omzetting in een bv worden verzocht door een of meer van de vennoten.¹⁷ Ingeval van de omzetting in een OVR moet de bv zelf het verzoekschrift indienen bij de rechter.¹⁸

De rechter moet de machtiging op grond van een aantal in de wet genoemde gronden in elk geval weigeren, te weten in de gevallen waarin:

- sprake is van (dreigende) ongeldigheid van de omzettingsovereenkomst of het omzettingsbesluit;
- de belangen van de vennoten/aandeelhouders die niet hebben ingestemd onvoldoende zijn ontzien;
- een niet-instemmende vennoot/aandeelhouder die geen aandeelhouder/vennoot wil worden, geen schadeloosstelling heeft verkregen voor het verlies van zijn economische deelgerechtigdheid/aandelen (zie over de schadeloosstelling paragraaf 2.3.1).

De opsomming is niet limitatief.¹⁹ Bovendien kan de rechter het verzoek tot machtiging aanhouden totdat aan bepaalde voorwaarden is voldaan, zoals – in het geval van de omzetting van een OVR in een bv – het overleggen van een accountantsrapport omtrent de bepaling van het vermogen van de OVR en de berekening van de deelgerechtigdheid op basis waarvan de toekenning van de aandelen geschiedt.²⁰

2.2.3. Notariële omzettingsakte

De omzetting van een OVR in een bv en omgekeerd komt op de voet van art. 7:834, lid 2, onderdeel b, BW respectievelijk art. 7:835, lid 2, onderdeel b, BW tot stand door het verlijden van de notariële akte van omzetting. Anders dan een fusie- of splitsingsakte heeft de omzettingsakte geen

vertraagde werking van rechtswege.²¹ Wel lijkt in de akte te kunnen worden bepaald dat de omzetting pas op een later tijdstip in werking treedt.²² De notariële omzettingsakte mag niet afwijken van het door de rechter geautoriseerde ontwerp daarvan.²³ Voorts moet de notariële akte van omzetting de volgende gegevens bevatten:

- de statuten van de bv in geval van omzetting in een bv dan wel de vennootschapsovereenkomst in geval van omzetting in een OVR;
- een aanduiding van het vermogen van de omzettende rechtspersoon en zijn bestanddelen; en
- de 'ruilverhouding' tussen de economische deelgerechtigdheid in de OVR en de aandelen in de bv.

De achtergrond van het laatste vereiste is dat bij de omzetting van een OVR in een bv het vermogen van de OVR wordt aangewend als een soort 'storting' op het te plaatsen kapitaal en dat bij de omzetting van een bv in een OVR de aandelen worden 'ingewisseld' voor de economische deelgerechtigdheid in de OVR.²⁴

Ten slotte merk ik op dat de notariële omzettingsakte pas kan worden verleend, en daarmee de omzetting pas tot stand kan komen, na de datum van de beschikking waarbij de rechterlijke machtiging wordt verleend. Dat blijkt uitdrukkelijk uit art. 7:834, lid 3, laatste volzin, BW en art. 7:835, lid 3, laatste volzin, BW waarin is bepaald dat de notaris in de akte van omzetting verklaart dat de rechterlijke machtiging op het ontwerp van de akte is verleend. Ten aanzien van een omzetting op de voet van art. 2:18 BW moet dit overigens ook worden aangenomen.²⁵

2.3. Aanvullende regelingen

2.3.1. Schadevergoeding voor vennoten/aandeelhouders

De vennoten en aandeelhouders worden bij de omzetting van een OVR in een bv respectievelijk omgekeerd in de eerste plaats beschermd door de verzwaarde meerderheidseis die geldt voor het omzettingsbesluit (zie paragraaf 2.2.1). Indien de omzetting in een bv tot stand komt vervalt de economische deelgerechtigdheid van rechtswege. Hetzelfde geldt voor het aandelenkapitaal bij de omzetting in een OVR. Een vennoot van de in een bv omgezette OVR wordt vervolgens automatisch aandeelhouder en omgekeerd. Voor de vennoot respectievelijk aandeelhouder die niet met de omzetting van een OVR in een bv en omgekeerd heeft

¹⁵ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 67.

¹⁶ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 65 en 67.

¹⁷ Art. 7:834, lid 3, eerste volzin, BW.

¹⁸ Art. 7:835, lid 3, eerste volzin, BW.

¹⁹ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 66.

²⁰ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 66 en 68.

²¹ Op grond van art. 2:318, lid 1, en art. 2:334n BW wordt de notariële fusie- respectievelijk splitsingsakte pas van kracht de dag na het verlijden van de akte.

²² Vergelijk J.M.M. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon: de rechtspersoon* (deel 2-II Asser-serie), Tjeenk Willink, Deventer 1997, p. 164, voor een omzetting op de voet van art. 2:18 BW.

²³ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 65.

²⁴ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 65 en 67.

²⁵ Zie Rechtbank Amsterdam 28 maart 1998, nr. 98.0395H, *JOR* 1998/105 (Protestantse Woningbouwvereniging) inzake een omzetting op de voet van art. 2:18 BW.

ingestemd geldt blijkens art. 7:834, lid 3, BW en art. 7:835, lid 3, BW een exitregeling. In plaats van de economische deelgerechtigdheid om te wisselen voor aandelen of omgekeerd, kan hij de OVR of bv om een schadeloosstelling vragen voor het verlies van zijn economische deelgerechtigdheid onderscheidenlijk aandelen. Het verzoek om schadeloosstelling moet schriftelijk binnen een bepaalde termijn worden gedaan, te weten een maand nadat de OVR of bv de vennoot respectievelijk de aandeelhouder op de mogelijkheid tot schadevergoeding heeft gewezen.²⁶ Bij gebrek aan overeenstemming wordt de schadeloosstelling bepaald door een of meer onafhankelijke deskundigen, op verzoek van de meest gereede partij, te benoemen door de rechter.²⁷

2.3.2. Accountantsverklaring

Bij de omzetting van een OVR in een bv moet worden voldaan aan het voor laatstgenoemde rechtsvorm vereiste minimumkapitaal, te weten € 18.000.²⁸ Zo wordt voorkomen dat het minimumkapitaalvoorschrift zou kunnen worden omzeild door eerst een OVR aan te gaan en deze vervolgens om te zetten in een bv. Art. 7:834 BW gaat ervan uit dat de uit te geven aandelen worden 'volgestort' door omzetting van het vermogen van de OVR.²⁹ Teneinde te verzekeren dat het tegenover het kapitaal staande vermogen van de in een bv omgezette OVR ook daadwerkelijk aanwezig is, vereist art. 7:834, lid 4, onderdeel b, BW een accountantsverklaring. Uit deze verklaring dient te blijken dat het eigen vermogen van de omzettende rechtspersoon op een dag binnen vijf maanden voor de omzetting ten minste overeenkwam met het gestorte deel van het geplaatste kapitaal volgens de akte van omzetting. De accountant mag bij het eigen vermogen optellen hetgeen na de desbetreffende (peil)datum maar uiterlijk onverwijld na de omzetting nog op de aandelen zal worden gestort.

Het ligt voor de hand dat de verplichte accountantsverklaring komt te vervallen bij de omzetting van een OVR in een zogenoemde 'flexibele' bv. In de voorgestelde 'Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' wordt namelijk voorgesteld om niet langer eisen te stellen aan de omvang van het aanvangskapitaal van een bv.³⁰

2.3.3. Verklaring van geen bezwaar

Voor de omzetting van een OVR in een bv is op de voet van art. 7:834, lid 4, onderdeel a, BW een verklaring van de Minister van Justitie vereist dat hem van bezwaren tegen de omzetting niet is gebleken. De minister mag de verklaring alléén weigeren op grond dat er, gelet op de voornemens of de antecedenten van de personen die het beleid van de in een OVR omgezette bv zullen bepalen of mede bepalen, gevaar bestaat dat de bv zal worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of dat haar werkzaamheid zal leiden tot benadeling van schuldeisers (art. 7:834, lid 4, onderdeel a, BW jo. art. 2:179 BW). Dit is het zogenoemde antecedentenonderzoek, waartoe het ministeriële toezicht – bij bijvoorbeeld de oprichting van een bv – zich sinds de inwerkingtreding van de Wet van 22 juni 2000, Stb. 283 per 1 september 2001 beperkt. Daarvoor maakte ook een juridisch-technisch onderzoek naar de omzetting en de daarbij behorende statutenwijziging deel uit van de preventieve toets door de minister van Justitie (het zogenoemde statutenonderzoek). De zorg voor het juridisch op de juiste wijze verlopen van een omzetting alsmede voor correcte statuten in juridisch-technische zin komt bij de omzetting van een OVR in een bv dus bij het notariaat en (ten dele) bij de rechter te liggen (zie paragraaf 2.2.2 en 2.2.3).³¹

Voor de goede orde vermeld ik dat voor de omzetting van een OVR in een 'flexibele' bv in principe eveneens een verklaring van geen bezwaar zal zijn vereist. Een separaat wetsvoorstel inzake de integrale afschaffing van het preventieve toezicht is echter in voorbereiding,³² zodat het goed zou kunnen dat zodra de omzetting van een OVR in een 'flexibele' bv mogelijk is, een verklaring van geen bezwaar niet meer is benodigd.

2.3.4. Verzetrecht voor schuldeisers

Bij de omzetting van een bv in een OVR worden de wettelijke kapitaalbeschermingsregels van het bv-recht ingeruild voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vennoten. Voor verbintenissen van de bv die reeds bestaan op het moment van de omzetting, zijn de vennoten echter niet verbonden (art. 7:835, lid 5, tweede volzin, BW). Om die reden voorziet art. 7:835, lid 2, onderdeel d, BW in een extra waarborg voor schuldeisers. Die houdt in dat de procedure voor schuldeiserbescherming bij kapitaalvermindering van art. 2:209 BW van overeenkomstige toepassing is op het omzettingsbesluit. Dat betekent dat de bv het omzettingsbesluit bij de Kamer van Koophandel moet deponeren. Vanaf het moment dat daarvan mededeling is gedaan in een landelijk verspreid dagblad hebben schuldeisers twee

26 De mededeling vindt bij de omzetting van een bv in een OVR plaats conform de oproeping tot een algemene vergadering van aandeelhouders.

27 De deskundigen hebben daarbij dezelfde bevoegdheid tot inzage van boeken en bescheiden als de door de ondernemingskamer benoemde deskundigen in het kader van een enquêteprocedure (vergelijk art. 2:351 en art. 2:352 BW).

28 Vergelijk art. 2:178, lid 2, BW.

29 Dit blijkt met name uit art. 7:834, lid 2, onderdeel c, BW.

30 Het wetsvoorstel voorziet reeds in het laten vervallen van de verplichte accountantsverklaring bij de omzetting op de voet van art. 2:18 BW van een stichting, vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en nv in een 'flexibele' bv (zie het nieuwe art. 2:183 BW).

31 C.W. de Monchy, 'Nieuwe omzettingen in het vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht*, 2003, nr. 4, p. 124-132, ziet voor de rechter slechts een taak weggelegd met betrekking tot de statutaire clausules die de belangen van bepaalde vennoten mogelijk schaden. Het integraal beoordelen van de statuten rekent hij niet tot de taak van de rechter.

32 Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 9.

maanden de gelegenheid om verzet aan te tekenen en waarborg te vragen voor hun vorderingen.

Ik merk nog op dat ook bij de omzetting van een OVR in een 'flexibele' bv het wenselijk is dat een wet een procedure bevat die de schuldeisers beschermt. Hoewel het minimumkapitaal bij de 'flexibele' bv ontbreekt, geldt in plaats daarvan een uitkeringstest voor alle vormen van uitkering van vermogen aan aandeelhouders in samenhang met aansprakelijkheidssancties voor bestuurders en een terugbetalingsplicht voor aandeelhouders (zie art. 2:216 BW). Omdat na omzetting van een 'flexibele' bv in een OVR de uitkeringstest evenals de daaraan gekoppelde aansprakelijkheidssancties niet langer van toepassing zijn, ligt voor de hand dat het verzetrecht voor schuldeisers na de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht wordt gecontinueerd.³³

Geen verzetrecht kent Titel 7.13 BW bij de omzetting van een OVR in een bv nu de kapitaalbescherming juist van kracht wordt.³⁴ Wel is een bijzondere verjaringsregeling van toepassing (zie paragraaf 2.3.5).

2.3.5. Verjaring hoofdelijke aansprakelijkheid

Op grond van art. 7:834, lid 7, BW zijn de vennoten van de in een bv omgezette OVR nog vijf jaar hoofdelijk aansprakelijk voor schulden die voor de omzetting zijn aangegaan. De verjaringstermijn begint te lopen vanaf de dag volgend op die waarop de omzetting in het handelsregister is ingeschreven. Deze verjaringstermijn die ook elders in het vermogensrecht voorkomt, is volgens de minister van Justitie in het belang van de schuldenaar en de rechtszekerheid, zonder dat daarmee wezenlijk aan de belangen van de schuldeiser tekort wordt gedaan.³⁵

3. Fiscale gevolgen van de omzetting van een OVR in een bv

3.1. Besturend vennoot is natuurlijk persoon

Het voorgestelde art. 3.7 Wet IB 2001 stelt de fiscale transparantie van de OVR buiten twiifel.³⁶ 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 onderneming. De omzetting van een OVR in een bv op de voet van art. 7:834 BW leidt volgens de memorie van toelichting tot staking van de door de besturende vennoot gedreven onderneming.³⁷ Dit betekent dat de besturende vennoot moet afrekenen over de stille en fiscale reserves alsmede de goodwill. Die afrekening lijkt volledig gebaseerd op art. 3.61, eerste volzin, Wet IB 2001 bij gebrek aan een realisatiemoment op grond van goed koopmansgebruik ex art. 3.25 Wet IB 2001. Zo is bij de omzetting van een OVR in een bv geen sprake van een overdracht, liquidatie of inbreng van de onderneming. Hoewel bij de besturende vennoot na de omzetting van een OVR in een bv in fiscale zin niet langer ondernemingsvermogen aanwezig is, kan naar mijn mening ook niet worden gezegd dat het ondernemingsvermogen is onttrokken naar privé. Art. 3.61, tweede volzin, Wet IB 2001 stelt zeker dat desinvesteringsbijtellingen op de voet van art. 3.47 Wet IB 2001 kunnen plaatsvinden.

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 ex art. 4.6 Wet IB 2001 vormen. De verkrijgingsprijs van het verkregen aanmerkelijkbelangpakket wordt op de voet van art. 4.21, lid 1, Wet IB 2001 gesteld op de waarde in het economische verkeer van de economische deelgerechtigdheid van de besturende vennoot in de OVR ten tijde van de omzetting. Die economische deelgerechtigdheid kan immers worden beschouwd als de tegenprestatie bij de verkrijging van de aandelen.

De als gevolg van de omzetting ontstane bv is subjectief belastingplichtig voor de heffing van vennootschapsbelasting.³⁸ Van deze bv kan mijns inziens moeilijk worden gezegd dat zij is 'opgericht' naar Nederlands recht, zodat de vestigingsplaatsfictie van art. 2, lid 4, Wet VPB 1969 niet van toepassing lijkt. In plaats van door oprichting is de bv immers tot stand gekomen door omzetting van een naar Nederlands recht aangegane OVR met behoud van rechtspersoonlijkheid. Ten behoeve van een juiste bepaling van de totale winst van de bv dienen de vermogenbestanddelen op de fiscale openningsbalans te worden opgenomen voor de waarde in het economische verkeer op het omzettingstijdstip, dat is het moment waarop de notariële omzettingsakte wordt verleden (zie paragraaf 2.2.3). Het lijkt erop dat de in een bv omgezette OVR geen aanspraak kan maken op investeringsaftrek op de voet van art. 3.40 e.v. Wet IB 2001 voor de tot het vermogen behorende bedrijfsmiddelen ten tijde van de omzetting. Dit omdat – anders dan bij een inbreng van een onderneming tegen uitreiking van aandelen – bij de omzetting van een OVR in een bv geen

33 Vergelijk Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 41 met betrekking tot de omzetting ex art. 2:18 BW.

34 Een zelfde redenering geldt voor het ontbreken van een verzetrecht bij de omzetting van een 'flexibele' bv in een nv. Alsdan kunnen de schuldeisers bescherming ontleenen aan het minimumkapitaalsvoorschrift bij de nv. Zie Kamerstukken II, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 41.

35 Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 43.

36 Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 41.

37 Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 42.

38 Art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet VPB 1969.

verplichtingen worden aangegaan ter zake van de aanschaf van bedrijfsmiddelen.³⁹ Ik hoop dat de minister van Justitie tijdens de parlementaire behandeling van de voorgestelde Invoeringswet titel 7.13 BW kan toezeggen dat de in een bv omgezette OVR in elk geval voor investeringsaftrek in aanmerking komt voor zover de besturende vennoten bij de omzetting zijn geconfronteerd met desinvesteringsbijtelingen.

Volgens de memorie van toelichting kan bij de omzetting van een OVR in een bv de in art. 3.65 Wet IB 2001 opgenomen faciliteit voor de geruisloze inbreng worden toegepast.⁴⁰ 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 kennelijk niet nodig, maar ligt mijns inziens wel voor de hand. Art. 3.65 Wet IB 2001 is van toepassing indien 'een onderneming wordt omgezet in de vorm van een door een nv of bv gedreven onderneming' (cursivering JLS). Onder het omzetten van een onderneming in de zin van art. 3.65 Wet IB 2001 wordt dus na de inwerkingtreding van Titel 7.13 BW – naast de inbreng van een onderneming in een bv tegen uitreiking van aandelen – ook de juridische omzetting van een OVR in een bv verstaan. Complicatie hierbij vormt het feit dat art. 3.65 Wet IB 2001 spreekt over 'de oprichters' van de bv/nv. Dit was voor de Hoge Raad mede reden om (de voorloper van) art. 3.65 Wet IB 2001 slechts van toepassing te achten bij inbreng in een nieuw opgerichte bv/nv.⁴¹ Bij de omzetting van een OVR in een bv op de voet van art. 7:834 BW wordt per definitie geen rechtspersoon opgericht, dus ook niet een bv. De besturende vennoten van de in een bv omgezette OVR kunnen dan ook moeilijk als 'oprichters' van de bv worden beschouwd. Bij de omzetting van een OVR in een bv blijft afrekening over stille en fiscale reserves alsmede goodwill aldus de hoofdregel. Slechts door middel van een verzoek op grond van art. 3.65 Wet IB 2001 en onder acceptatie van nader door de staatssecretaris te stellen voorwaarden wordt een fiscaal begeleide omzetting van een OVR in een bv mogelijk.⁴² Een systeem waarbij doorschuiving het uitgangspunt is, doet naar mijn mening echter meer recht aan het civielrechtelijke uitgangspunt van de omzetting van een OVR in een bv, te weten het behoud van rechtspersoonlijkheid (zie paragraaf 2.1). Bovendien strookt een dergelijk systeem

meer met de dynamische fiscale neutraliteit.⁴³ Daarom zou een doorschuif van rechtswege niet beperkt moeten blijven tot de omzetting van een OVR in een bv, maar ook moeten gelden voor de inbreng van een eenmanszaak in een bv.⁴⁴ Een systeem dat daarbij in de buurt komt, heeft de staatssecretaris van Financiën reeds nota bene meer dan vijf jaar geleden zelf geopperd in het kader van een verlaging van de administratieve lasten.⁴⁵ Het betreft een systeem waarin het verzoek ex art. 3.65 Wet IB 2001 achterwege kan gelaten worden zodat belastingplichtigen van rechtswege een recht hebben op een doorschuif. In combinatie daarmee worden de standaardvoorwaarden gecodificeerd.⁴⁶ Helaas is sindsdien niets meer van dit plan vernomen. De Invoeringswet titel 7.13 BW is mijns inziens een uitstekende gelegenheid om dit plan alsnog uit te werken.

3.2. Besturend vennoot is vennootschapsbelastingplichtig lichaam

De toelichting op het wetsvoorstel zwijgt over de gevolgen van de omzetting van de OVR in een bv voor een voor de heffing van vennootschapbelasting belastingplichtige besturende vennoot. Een dergelijke vennoot wordt – evenals een besturende vennoot/natuurlijke persoon – rechtstreeks in de heffing betrokken voor zijn aandeel in de door OVR behaalde winst. Het nieuwe art. 8, lid 3, Wet VPB 1969 verklaart daartoe het voorgestelde art. 3.7 Wet IB 2001, dat de fiscale transparantie van de OVR buiten twijfel stelt, van overeenkomstige toepassing. De omzetting van een OVR met vennootschapsbelastingplichtige besturende vennoten in een bv komt neer op de overgang van een transparante entiteit in een niet-transparante entiteit binnen de sfeer vennootschapsbelasting. Met behulp van de volgende figuur kan dit worden geïllustreerd.

39 Bij de inbreng van een onderneming tegen uitreiking van aandelen wordt overigens aangelopen tegen de uitsluitingsbepaling van art. 8, lid 6, Wet VPB 1969.

40 Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 42.

41 HR 27 januari 1988, nr. 24.100, *BNB* 1988/218.

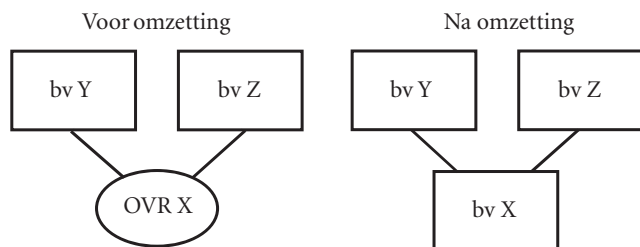
42 De voorwaarden zijn opgenomen in het besluit van 11 augustus 2004, nr. CPP2004/664M, *NTRF* 2004/1291, *BNB* 2005/70. De vraag of deze voorwaarden aanpassing behoeven, laat ik in deze bijdrage rusten.

43 Onder de dynamische fiscale neutraliteit versta ik – in navolging van J. Doornebal, *De terugkeer uit een BV*, academisch proefschrift, Kluwer, Deventer 1991, p. 242 – dat de fiscale wetgeving geen belemmering mag vormen om de rechtsvorm van een onderneming te wijzigen in een andere rechtsvorm. Dit als complement van de 'statische neutraliteit van de fiscale wetgeving' die neerkomt op een rechtsvormneutrale ondernemingswinstbelasting.

44 Vergelijk ook het pleidooi van P.H.J. Essers, 'Evaluatie Wet IB 2001 en de winstfeer', *WFR* 2006/6662, p. 285-291.

45 Kamerstukken II, 2001-2002, 28 346, nr. 1, p. 28.

46 Het voornemen om de bij art. 3.65 Wet IB 2001 behorende standaardvoorwaarden te codificeren, heeft de staatssecretaris van Financiën overigens reeds eerder geuit, zoals bij de invoering van de Wet IB 2001 en de herziening van het regime van de fiscale eenheid. Zie Kamerstukken II, 1999-2000, 26 854, A, p. 4-5.



Figuur 1: Van transparant naar niet-transparant in de vennootschapsbelasting

De vraag rijst of de omzetting van een OVR in een bv voor de vennootschapsbelastingplichtige besturende vennoot, in het voorbeeld bv Y en bv Z, een afrekening met zich meebrengt over de stille reserves die zijn begrepen in de aan hem op de voet van het nieuwe art. 8, lid 3, Wet VPB 1969 jo. art. 3.7 Wet IB 2001 toerekenbare vermogensbestanddelen van de OVR. Hoewel de omzetting mijns inziens geen overdracht of vervreemding van de vermogensbestanddelen impliceert, lijkt een realisatiemoment van de in de vermogensbestanddelen begrepen stille reserves ex art. 8, lid 1, jo. art. 3.25 Wet IB 2001 te kunnen worden onderkend in het feit dat de (toegerekende) vermogensbestanddelen het vermogen van de besturende vennoot verlaten, terwijl daarvoor aandelen in de plaats komen. Hetzelfde geldt voor de aan de besturende vennoot toerekenbare goodwill van de door de OVR gedreven onderneming. Bij gebrek aan een vervreemding van tot het vermogen van de in een bv omgezette OVR behorende bedrijfsmiddelen, lijken als gevolg van de omzetting geen desinvesteringbijtellings op de voet van art. 3.47 Wet IB 2001 te kunnen plaatsvinden bij de besturende vennoot. Een bij besturende vennoot ten tijde van de omzetting aanwezige herinvesteringsreserve ex art. 3.54 Wet IB 2001 die verband houdt met een herinvesteringsvoornemen van de OVR, moet in de winst worden opgenomen. Dit omdat het herinvesteringsvoornemen na de omzetting in een bv niet langer aan de besturende vennoot, thans aandeelhouder, kan worden toegerekend. De herinvesteringsreserve kan niet worden afgeboekt op de door de besturende vennoot verkregen aandelen in de in een bv omgezette OVR, ongeacht de vraag of deze aandelen een (vrijgestelde) deelneming vormen.⁴⁷ Een door de besturende vennoot gevormde kostenegalisatiereserve ex art. 3.53, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001 die betrekking heeft op door de OVR in de toekomst te verrichten uitgaven, moet ook belast worden opgeheven. Dit omdat deze besturende vennoot de toekomstige uitgaven niet meer zelf zal dragen.

De door de voormalige besturende vennoot verkregen aandelen in de in een bv omgezette OVR dienen te boek te worden gesteld voor de waarde in het economische verkeer ten tijde van de omzetting.⁴⁸ Dat is meteen ook het opgeofferde bedrag voor de toepassing van art. 13d Wet VPB 1969 indien de aandelen een deelneming vormen in de zin van art. 13 Wet VPB 1969. Voor de gevolgen bij de als gevolg van de omzetting ontstane bv verwijs ik naar paragraaf 3.1.

Ik betreur dat het wetsvoorstel niet voorziet in een fiscaal begeleide omzetting van een OVR in een bv voor een vennootschapsbelastingplichtige besturende vennoot. Ik vrees namelijk dat de dreigende afrekening over de stille en fiscale reserves alsmede de goodwill bij de omzetting van een OVR in een bv in de praktijk prohibitief is en daarmee de beoogde civielrechtelijke effecten van Titel 7.13 BW op zijn zachtst gezegd 'doorkruist'. De bedrijfsfusiefaciliteit van art. 14 Wet VPB 1969 lijkt niet van toepassing omdat vanwege het behoud van rechtspersoonlijkheid ex art. 7:834, lid 6, BW geen sprake is van de overdracht van een onderneming. Bovendien worden geen aandelen uitgereikt, maar verkrijgen de besturende vennoten de aandelen in de in een bv omgezette OVR van rechtswege (art. 7:834, lid 2, onderdeel c, BW).⁴⁹ Het verdient mijns inziens aanbeveling om alsnog te voorzien in een fiscaal begeleide omzetting in de vennootschapsbelastingsfeer, en wel naar analogie van de fiscale begeleiding van de juridische (af)splitsing in art. 14a Wet VPB 1969. Dit omdat vanuit de optiek van de vennootschapsbelasting de omzetting van een OVR in een bv veel weg heeft van een juridische moeder-dochterafsplitting: in feite zijn de besturende vennoten te beschouwen als de afsplitsende vennootschappen en de in een bv omgezette OVR als de verkrijgende vennootschap. Claimbehoud kan mijns inziens eenvoudig worden bewerkstelligd door de in een bv omgezette OVR fiscaal in de plaats te laten treden van de besturende vennoten met betrekking tot al hetgeen dat toebehoort aan de bv, maar voor de omzetting op grond art. 8, lid 3, Wet VPB 1969 jo. art. 3.7 Wet IB 2001 werd toegerekend aan de besturende vennoten. Overigens geldt ook hier dat een doorschuif van rechtswege naar mijn mening het beste past bij het behoud van rechtspersoonlijkheid (zie paragraaf 3.1). Anders dan bij een juridische afsplitsing is bij de omzetting van een OVR in een bv geen sprake van een daadwerkelijke vermogensovergang.

Voor de goede orde wijs ik erop dat het voor de hand ligt om de door mij bepleite doorschuiffaciliteit te flankeren door een antimisbruikbepaling. Zo moet natuurlijk worden voorkomen dat als alternatief voor een belaste verkoop van een OVR-participatie, de OVR wordt omgezet in een bv, waarna vervolgens de aandelen in de in een bv omge-

⁴⁷ Behalve als de aandelen dezelfde economische functie vervullen als het (aan de besturende vennoot toegerekende deel van het) bedrijfsmiddel ter zake waarvan de herinvesteringsreserve is gevormd, hetgeen niet voor de hand ligt.

⁴⁸ Art. 8, lid 1, Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001.

⁴⁹ De toelichting op Titel 7.13 BW spreekt over het 'toekennen' van aandelen, zie Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 65.

zette OVR met toepassing van de deelnemingsvrijstelling worden verkocht. Hoewel de omzetting geen in de fiscale Fusierichtlijn geregelde transactie is,⁵⁰ is een ongeclausuleerd vervreemdingsverbod niet meer van deze tijd.⁵¹ Het verdient mijns inziens dan ook aanbeveling om de anti-misbruikbepaling op dezelfde leest te schoeien als art. 14a, lid 6, Wet VPB 1969.

Ten slotte stip ik kort de in mijn optiek wenselijke fiscale behandeling van de door de in een bv omgezette OVR geleden verliezen gedurende de OVR-periode aan. Voor zover deze verliezen nog niet zijn verrekend met de overigens door de besturende vennoot behaalde winst, verdient het mijns inziens aanbeveling om deze compensabele verliezen na de omzetting – eventueel op verzoek – ‘mee te geven’ aan de ontstane bv. Dit in afwijking van een moeder-dochterafsplitsing waarbij de verliezen achterblijven bij de moeder-vennootschap. Een vergelijkbare ‘verliesmeegeefregeling’ bestaat reeds op de voet van art. 15af, lid 1, onderdeel b, Wet VPB 1969 voor de aan een te ontvoegen dochtermaatschappij toe te rekenen fiscale-eenheidsverliezen. Aansluiting bij deze regeling past naar mijn mening vanwege het behoud van rechtspersoonlijkheid het beste bij de omzetting van een OVR in een bv.

3.3. Dividendbelasting

Volgens de toelichting op Titel 7.13 BW wordt bij de omzetting van een OVR in een bv het vermogen van de OVR aangewend als een soort ‘storting’ op het te plaatsen kapitaal (art. 7:834, lid 1, onderdeel c, BW).⁵² Het komt mij voor dat de transformatie van de economische deelgerechtigheid in aandelenkapitaal geen belastbaar feit is voor de heffing van dividendbelasting. De OVR is geen ‘vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal’ in de zin van art. 1 Wet DB 1965.⁵³ Hoewel gezegd kan worden dat de in een bv omgezette OVR reeds op het omzettingsmoment kwalificeert als een voor de heffing van dividendbelasting inhoudingsplichtig lichaam, brengt de omzetting mijns inziens geen belaste opbrengst ex art. 2 jo. art. 3 Wet DB 1965 met zich mee. In het bijzonder lijkt van een belaste ‘uitreiking’ van aandelen ex art. 3, lid 1, onderdeel c, Wet DB 1965 geen sprake nu de besturende vennoten van rechtsweg aandelen krijgen ‘togekend’.⁵⁴

Na de omzetting in een bv rijst de vraag wat het fiscaal-rechtelijk gestorte kapitaal is.⁵⁵ Het is evenwichtig om aan te sluiten bij het civielrechtelijke kapitaal ex art. 7:834, lid 2, onderdeel c, BW. Alsdan ontstaat geen dividendbelastingclaim bij de omzetting van een OVR in een bv. Ik wijs echter erop dat de staatssecretaris van Financiën zich in het kader van de omzetting van rechtspersonen op de voet van art. 2:18 BW op het standpunt stelt dat voor de erkenning van gestort kapitaal na de omzetting een ‘daadwerkelijke storting’ door de aandeelhouders vereist is.⁵⁶ Daarbij doelt de staatssecretaris op een additionele storting ten laste van het privévermogen van de aandeelhouder.

3.4. Overdrachtsbelasting

Tot het vermogen van de in een bv omgezette OVR kunnen in Nederland gelegen onroerende zaken behoren. Volgens de memorie van toelichting bij de Invoeringswet titel 7.13 BW is bij de omzetting van een OVR in een bv (en omgekeerd, zie paragraaf 4.4.) geen aparte vrijstelling nodig voor de heffing van overdrachtsbelasting.⁵⁷ Dit omdat geen sprake is van een belastbaar feit vanwege het behoud van rechtspersoonlijkheid. Ook bij de omzetting van rechtspersonen ex art. 2:18 BW heeft de wetgever bewust een vrijstelling voor de heffing van overdrachtsbelasting achterwege gelaten omdat zich geen belastbaar feit voordoet.⁵⁸ Bij gebrek aan een (juridische of economische) vermogensovergang impliceert zowel de omzetting van een rechtspersoon op de voet van art. 2:18 BW als de omzetting van een OVR in een bv op de voet van art. 7:834 BW aldus géén belaste verkrijging ex art. 2 Wet BRV van onroerende zaken. Hoewel de in een bv omgezette OVR zelf geen overdrachtsbelasting is verschuldigd met betrekking tot een van zijn vermogen deel uitmakende onroerende zaak, ligt dat waarschijnlijk anders ten aanzien van de aandeelhouders van de in een bv omgezette OVR indien de omzettende rechtspersoon een zogenoemd ‘onroerendezaaklichaam’ is. Volgens het nieuwe art. 4, lid 1, Wet BRV kan zowel de bv als de OVR de status hebben van onroerendezaaklichaam, zodat de aandeelhouders bij de verkrijging van de aandelen respectievelijk de vennoten bij de verkrijging van de economische deelgerechtigdheid kunnen worden geconfronteerd met de heffing van overdrachtsbelasting. Dit is het geval indien de aandelen onderscheidenlijk de economische deelgerechtigdheid van een zodanige omvang zijn dat sprake is van een aanmerkelijk belang ex art. 4 Wet BRV. Naar mijn mening zou heffing van overdrachtsbelasting niet aan de orde moeten zijn op de voet van art. 2 jo. art. 4 Wet BRV

50 De omzetting is met name geen ‘inbreng van activa in de zin van art. 2, lid 1, onderdeel c, Fusierichtlijn, maar ook geen ‘afsplitsing’ in de zin van art. 2, lid 1, onderdeel b bis, Fusierichtlijn. Bovendien wijs ik erop dat een moeder-dochterafsplitsing, waar de omzetting vanuit fiscale optiek veel op lijkt, sowieso geen in de Fusierichtlijn geregelde transactie is, zie J.L. van de Streek, ‘De aangenomen wijzigingen van de Fusierichtlijn’, *Fiscaal Praktijkblad*, nr. 8, 3 mei 2005, p. 28-32.

51 Behalve in het regime van de fiscale eenheid, zie art. 15ai, lid 3, onderdelen b en c, Wet VPB 1969.

52 Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 65.

53 Vergelijk Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 35.

54 Kamerstukken II, 2002-2003, 28 746, nr. 3, p. 65.

55 Het fiscaal gestorte kapitaal is ook van belang voor het onbelast kunnen terug betalen op aanmerkelijkbelangaandelen (zie art. 4.13, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001).

56 Zie het besluit van 9 maart 2006, nr. CPPP2005/2571M, *NTFR* 2006/413, BNB 2006/146, onderdeel 3c.

57 Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 38.

58 Kamerstukken II, 1985-1986, 19 572, nr. 3, p. 32.

bij de omzetting van een als onroerendezaaklichaam kwalificerende OVR in een bv. Voor de omzetting worden de onroerende zaken vertegenwoordigd door de economische deelgerechtigdheid en na de omzetting door de aandelen. Omdat bij de omzetting van een als onroerendezaaklichaam kwalificerende OVR in een bv wel degelijk sprake lijkt van een belaste verkrijging van aandelen in de zin van art. 2 jo. art. 4 Wet BRV, verdient het mijns inziens aanbeveling om in art. 15 Wet BRV een vrijstelling op te nemen, waaraan vervolgens in het Uitv.besl. BRV de voorwaarde kan worden verbonden dat de voormalige vennoten in het aandelenkapitaal in dezelfde verhouding gerechtigd zijn als voorheen in het vermogen van de OVR. Aan een vervreemdingsverbod is mijns inziens geen behoefte omdat de aandelen voor de heffing van overdrachtsbelasting in feite kunnen worden vereenzelvigd met de economische deelgerechtigdheid. Bovendien hoeft op de door mij voorgestelde vrijstelling niet te worden teruggekomen omdat ter zake van de vervreemding van de in het kader van de omzetting verkregen aandelen op korte termijn veelal opnieuw overdrachtsbelasting zal zijn verschuldigd op de voet van art. 2 jo. art. 4 Wet BRV. De door mij voorgestane vrijstelling begunstigt derhalve automatisch de omzettingen met een min of meer duurzaam karakter.

4. Fiscale gevolgen van de omzetting van een bv in een OVR

4.1. Aandeelhouder is natuurlijk persoon

De aandeelhouder 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. Volgens de toelichting op het wetsvoorstel moet op grond van de bestaande vervreemdingsfictie van art. 4.16, lid 1, onderdeel g, Wet IB 2001 worden afgerekend over de aanmerkelijkbelangclaim.⁵⁹ In het verlengde hiervan wordt voorgesteld 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 snijdt alleen hout als nog steeds een aandelenpakket aanwezig is, bijvoorbeeld na een gedeeltelijke verkoop van het aandelenpakket of door verwatering.⁶⁰

De omzetting van een bv in een OVR op de voet van art. 7:835 BW leidt volgens de memorie van toelichting ook tot een eindafrekening in de sfeer van de vennootschapsbelasting.⁶¹ Hoewel niet met zoveel woorden in de toelichting uitgesproken, lijkt deze eindafrekening over de stille en fiscale reserves alsmede de goodwill gebaseerd op art. 15d Wet VPB 1969. Als gevolg van de omzetting in een OVR houdt de bv immers op in Nederland belastbare winst te genieten. Op grond van art. 15d, eerste volzin, Wet VPB 1969 dienen dan de voordelen die niet reeds uit andere hoofde in aanmerking zijn genomen, te worden gerekend tot de winst waarin de belastingplichtige ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. Bovendien worden op grond van art. 15d, tweede volzin, Wet VPB 1969 de vermogensbestanddelen voor de toepassing van de desinvesteringsbijtelling geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer. Voor zover de eindafrekeningswinst en desinvesteringsbijtelling ontoereikend zijn 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.

Het wetsvoorstel 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. De gelijkstelling van de omzetting in een OVR met ontbinding van de bv geldt overigens alleen voor de toepassing van art. 14c Wet VPB 1969. Art. 14c Wet VPB 1969 biedt voor een aandeelhouder/natuurlijke persoon echter niet in alle gevallen soelaas. De terugkeerregeling kan namelijk alleen worden toegepast indien de in een OVR om te zetten bv uitsluitend natuurlijke personen als aandeelhouder heeft.⁶² Indien naast een of meer natuurlijke personen ook een of meer rechtspersonen aandeelhouder van de bv zijn, 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).⁶³ Voorts geldt dezelfde kritiek als ik in paragraaf 3.1 heb geuit op het openstellen van de faciliteit van art. 3.65 Wet IB 2001 voor de omzetting van een OVR in een bv. Afrekening van fiscale claims blijft de hoofdregel, terwijl mijns inziens een doorschuif van rechtswege beter aansluit bij het behoud van rechtspersoonlijkheid dat de nieuwe omzettingen kenmerkt.

⁵⁹ Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 42.

⁶⁰ Dit aandelenpakket wordt dan aangemerkt als een fictief aanmerkelijk belang (zie art. 4.11 Wet IB 2001).

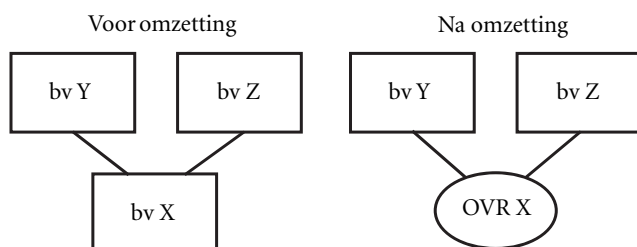
⁶¹ Kamerstukken II, 2006-2007, 31 065, nr. 3, p. 42.

⁶² Zie art. 14c, lid 1, Wet VPB 1969.

⁶³ Zie over de positie van aandeelhouders/vennootschapsbelastingplichtige lichamen paragraaf 4.2.

4.2. Aandeelhouder is vennootschapsbelastingplichtig lichaam

De toelichting op het wetsvoorstel zwijgt over de gevolgen van de omzetting van de bv in een OVR voor een voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtige aandeelhouder. Blijkens art. 7:835, lid 2, onderdeel c, BW vervallen bij de omzetting van een bv in een OVR de aandelen van rechtswege en komt daarvoor een economische deelgerechtigdheid in de OVR in de plaats. Omdat de OVR anders dan de bv voor de heffing van vennootschapsbelasting transparant is, komt de omzetting van een OVR in een bv neer op een overgang van een niet-transparante naar een transparante entiteit binnen de sfeer van de vennootschapsbelasting. Met behulp van de volgende figuur kan dit worden geïllustreerd.



Figuur 2: Van niet-transparant naar transparant in de vennootschapsbelasting

Zoals gezegd in paragraaf 4.1, zijn de gevolgen voor de zich in een OVR omzettende bv ingrijpend, te weten een eindafrekening over de stille en fiscale reserves alsmede de goodwill op de voet van art. 15d Wet VPB 1969. Voorts gaan eventuele resterende compensabele verliezen ex art. 20 Wet VPB 1969 verloren. Voor de vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouders, in het voorbeeld bv Y en bv Z, lijkt de omzetting in een OVR een afrekening met zich mee te brengen over een eventuele stille reserve die is begrepen in de waardering van de aandelen.⁶⁴ Die vervallen namelijk van rechtswege, terwijl daarvoor een economische deelgerechtigdheid in de OVR in de plaats komt (art. 7:835, lid 2, onderdeel c, BW). Doorgaans zal de aandeelhouder geen vennootschapsbelasting verschuldigd zijn over de in aanmerking te nemen boekwinst omdat de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VPB 1969 van toepassing is.

Het wetsvoorstel voorziet niet in een fiscaal begeleide omzetting van een bv in een OVR indien de aandeelhouder een vennootschapsbelastingplichtig lichaam is.⁶⁵ Ik vrees dat de afrekening over de stille en fiscale reserves

alsmede de goodwill bij de omzetting van een bv in een OVR een serieus obstakel vormt zodat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de beoogde civielrechtelijke effecten van Titel 7.13 BW. Het verdient mijns inziens aanbeveling om alsnog te voorzien in een fiscaal begeleide omzetting in de vennootschapsbelastingsfeer. Vanuit de optiek van de vennootschapsbelasting heeft de omzetting van een bv in een OVR trekken van een zogenoemde 'up-stream' moeder-dochterfusie, waarbij de dochtervennootschap wordt 'opgeslorpt' door de moedervennootschap. Het ligt mijns inziens dan ook voor de hand om de fiscale begeleiding van de omzetting van een bv in een OVR in de Wet VPB 1969 naar analogie van art. 14b Wet VPB 1969 vorm te geven.⁶⁶ Behoud van de fiscale claims lijkt eenvoudig te kunnen worden gewaarborgd door de voormalige aandeelhouders thans besturende vennoten, kort gezegd, fiscaal in de plaats te laten treden van de bv. Complicatie vormt evenwel een eventuele fiscale claim die verband houdt met de aandeelhouderspositie van het vennootschapsbelastingplichtige lichaam in de in een OVR om te zetten bv. 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 of op grond van art. 13c Wet VPB 1969. Het lijkt erop dat doorschuiving van een dergelijke claim niet mogelijk is omdat er voor de vervallen aandelen in de in bv omgezette OVR geen andere aandelen in de plaats komen.⁶⁷

Over de bij de bv aanwezige compensabele verliezen merk ik nog kort op dat deze mijns inziens zouden moeten kunnen worden verdeeld over de besturende vennoten/voormalige aandeelhouders, waarna de verrekening van de verliezen bij de besturende vennoten plaatsvindt met inachtneming van winstsplitsingsregels. Ook bij een juridische fusie en zuivere splitsing is de staatssecretaris van Financiën bereid om de verliezen van de verdwijnende rechtspersoon mee te geven aan de verkrijgende rechtspersoon(en).⁶⁸

66 A.J.A. Stevens, 'Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW: enige vennootschapsbelastingaspecten', *WFR*, binnenkort te verschijnen, onderdeel 4, pleit ervoor om art. 14c Wet VPB 1969 open te stellen voor vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouders bij de omzetting van een bv in een OVR.

67 Wellicht dat een met art. 13k, lid 5, Wet VPB 1969 vergelijkbare bepaling een oplossing biedt, maar ik weet eerlijk gezegd niet welke vorm van begeleiding ik mij op grond van deze bepaling moet voorstellen nu er ook bij een moeder-dochterfusie geen aandelen voor de vervallen aandelen in de plaats komen. Art. 13k, lid 5, Wet VPB 1969 lijkt daarmee vooral een formeel karakter te hebben nu Nederland op grond van de fiscale Fusierichtlijn voor (grensoverschrijdende) juridische fusies moet voorzien in een fiscale faciliteit. Als alternatieve oplossing kan worden gedacht aan een tegenhanger van de terugkeerreserve ex art. 3.54a Wet IB 2001.

68 Zie o.a. besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3148, *NTFR* 2001/132, *V-N* 2001/8.5. NB: ook bij een terugkeer uit de bv worden de verliezen meegegeven, zie art. 14c, lid 3, Wet VPB 1969.

64 Vergelijk R.J. de Vries, *Juridische fusie*, Fiscale monografieën, nr. 84, Kluwer, Deventer 1998, p. 102 met betrekking tot het van rechtswege vervallen van aandelen in een in het kader van een juridische fusie verdwijnende nv/bv.

65 Art. 14c Wet VPB 1969 ziet alleen op de 'terugkeer' van de onderneming naar een natuurlijke persoon (zie paragraaf 4.1).

4.3. Dividendbelasting

In het wetsvoorstel wordt geen bepaling voorgesteld met het oog op de afwikkeling van de dividendbelastingclaim bij de omzetting van een bv in een OVR. Een dreigend heffingslek is het gevolg. Met de omzetting van een bv in een OVR komt de belastingplicht voor de heffing van dividendbelasting tot een einde. Het komt mij voor dat bij gebrek aan een uitdrukkelijke daarop gerichte bepaling de omzetting zelf geen belastbaar feit betekent voor de Wet DB 1965. In het bijzonder is van een op de voet van art. 3, lid 1, onderdeel b, Wet DB 1965 belaste liquidatie-uitkering geen sprake. Vanwege het behoud van rechtspersoonlijkheid kan immers niet worden gezegd dat de in een OVR omgezette bv is geliquideerd en haar vermogen is overgegaan naar haar aandeelhouders.

Hoewel ik mij kan voorstellen – met name in de relatie tot buitenlandse aandeelhouders voor wie de dividendbelasting als eindheffing functioneert – dat het niet de bedoeling is van de minister van Justitie om een dividendbelastingclaim als gevolg van de omzetting van een bv in een OVR verloren te laten gaan, zou de incidentele reparatie van dit heffingslek systematisch onjuist zijn. Immers, vergelijkbare lekkages doen zich voor bij een grensoverschrijdende juridische fusie met een verkrijgende buitenlandse vennootschap en zetelverplaatsing.⁶⁹ Het ligt mijns inziens dan ook voor de hand om deze heffingslekken aan te pakken in het kader van een meer omvattende kritische analyse van de Wet DB 1965, waarbij ook de wenselijkheid wordt beoordeeld van een 'step-up' van het gestorte kapitaal bij immigratie van een vennootschap alsmede bij een grensoverschrijdende juridische fusie met een binnenlandse verkrijgende vennootschap.

4.4. Overdrachtsbelasting

Voor de heffing van overdrachtsbelasting ter zake van de omzetting van een bv in een OVR geldt hetzelfde als ik in paragraaf 3.4 heb opgemerkt met betrekking tot de omzetting van een OVR in een bv. Vanwege het behoud van rechtspersoonlijkheid ex art. 7:835, lid 5, BW is géén sprake van een belaste verkrijging door de in een OVR omgezette bv, zodat aan een vrijstelling geen behoefte bestaat. Dat ligt waarschijnlijk anders ten aanzien van de besturende vennoten indien de in een OVR omgezette bv een zogenoemd onroerendezaaklichaam is ex art. 4 Wet BRV. De voormalige aandeelhouder van de in een OVR omgezette bv die als besturend venoot op de voet van art. 7:835, lid 2, onderdeel c, BW een economische deelgerechtigdheid van een zodanige omvang verkrijgt dat sprake is van een aanmerkelijk belang in de zin van het nieuwe art. 4 Wet BRV,

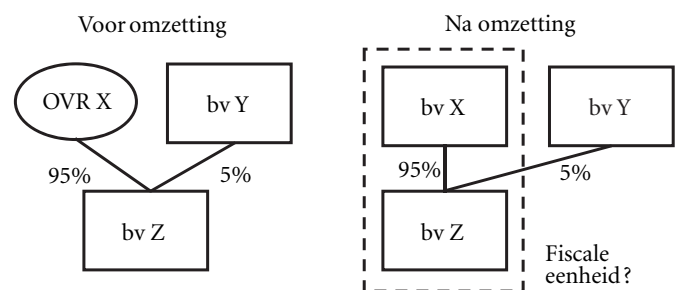
lijkt namelijk met de heffing van overdrachtsbelasting te kunnen worden geconfronteerd. Het verdient mijns inziens aanbeveling om hier wel in een vrijstelling te voorzien (vergelijk paragraaf 3.4).

5. Samenloop met de fiscale eenheid

5.1. Totstandkoming van een fiscale eenheid met een in een bv omgezette OVR

Op grond van art. 15, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969 is voor een fiscale eenheid vereist dat de tijdvakken waarover de belasting wordt geheven van de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij samenvallen. Deze eis staat doorgaans in de weg aan de totstandkoming van een fiscale eenheid met een in een bv omgezette OVR als moedermaatschappij of dochtermaatschappij vanaf het omzettingsmoment.⁷⁰

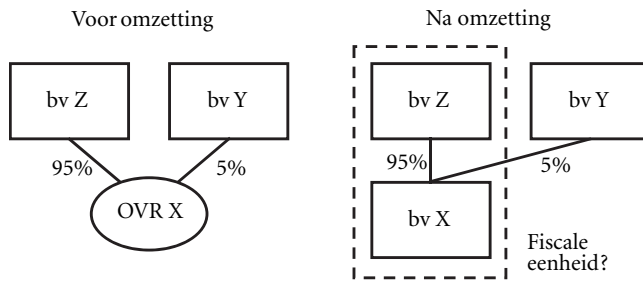
Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij de totstandkoming van een fiscale eenheid met een nieuw opgerichte moeder- of dochtermaatschappij. Voor die situaties is echter in art. 5, lid 1 respectievelijk lid 3, Besluit FE 2003 een regeling getroffen. Omdat bij de omzetting van een OVR in een bv geen sprake is van 'oprichting' van de bv, zijn die regelingen niet van toepassing bij het aangaan van een fiscale eenheid met een in een bv omgezette OVR. Het verdient in mijn optiek dan ook aanbeveling om voor de toepassing van art. 5, lid 1 en 3, Besluit FE 2003 de omzetting van een OVR in een bv gelijk te stellen met de oprichting van een bv. Alsdan kan zowel in figuur 3 als in figuur 4 een fiscale eenheid tussen bv Z en bv X tot stand komen vanaf de omzetting van OVR X in bv X.



Figuur 3: In bv omgezette OVR wordt vanaf omzetting moeder van een fiscale eenheid

69 Zie J.W. Bellingwout, *De Europese vennootschap (SE)*, Preadvis van de Vereniging 'Handelsrecht', Kluwer, Deventer 2004, p. 272-273, p. 275-276.

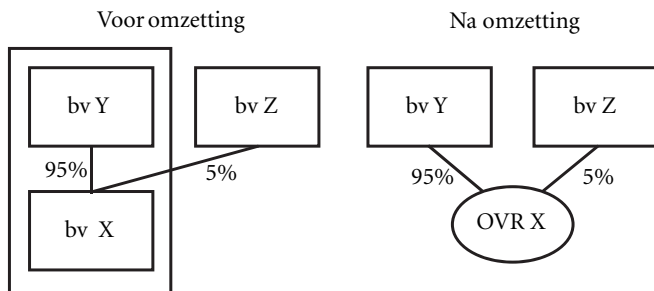
70 Of in de loop van het eerste korte of lange boekjaar van de in een bv omgezette OVR.



Figuur 4: In bv omgezette OVR wordt vanaf omzetting dochter van een fiscale eenheid

5.2. De van een fiscale eenheid deel uitmakende dochter-bv zet zich om een OVR⁷¹

Indien is voldaan aan de voor de fiscale eenheid ex art. 15 Wet VPB 1969 geldende bezitsei van 95% kan het voorkomen dat een zich in een OVR omzettende bv als dochtermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid. Dit kan met behulp van de onderstaande figuur worden geïllustreerd.



Figuur 5: Fiscale-eenheid dochter zet zich om in een OVR

De omzetting van de van een fiscale eenheid deel uitmakende bv X in OVR X heeft tot gevolg dat de fiscale eenheid ten aanzien van omzettende rechtspersoon wordt beëindigd op de voet van art. 15, lid 6, onderdeel a, Wet VPB 1969. Omdat het aandelenkapitaal vervalt, bezit de moedermaatschappij bv Y simpelweg niet langer de juridische en economische eigendom van ten minste 95% van de aandelen in bv X. De fiscale eenheid wordt ten aanzien van bv X beëindigd met een zogenoemd ontvoegingstijdstip. Dat is van belang omdat allerlei (sanctie)bepalingen bij het einde van de fiscale eenheid, zoals art. 15ai Wet VPB 1969, aanknopen bij de aanwezigheid van een ontvoegingstijdstip. De in art. 15aa, lid 1, onderdeel c, Wet VPB 1969 opgenomen regeling dat de fiscale eenheid bij de liquidatie van een

maatschappij wordt beëindigd zonder ontvoegingstijdstip, is niet van toepassing. Deze regeling beperkt zich namelijk uitdrukkelijk tot de liquidatie (= ontbinding en vereffening) van een dochtermaatschappij, waarvan bij de omzetting van de bv in een OVR geen sprake is.

De vraag rijst of de omzetting van de bv in een OVR plaatsvindt voor of na de beëindiging van de fiscale eenheid.⁷² Dit probleem van samenval van rechtsmomenten is onder andere van belang voor art. 15ai Wet VPB 1969. Indien de omzetting zich namelijk nog net binnen de fiscale eenheid afspeelt, kwalificeert de omzetting mogelijk als een besmette transactie in de zin van art. 15ai Wet VPB 1969. Alsdan vindt direct voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip op grond van art. 15ai Wet VPB 1969 bij de moedermaatschappij van de fiscale eenheid een afrekening plaats over de aan de in een OVR omgezette bv toerekenbare stille en fiscale reserves alsmede de goodwill.⁷³ Indien de omzetting echter plaatsvindt buiten de fiscale eenheid moet de in een OVR omgezette bv als zelfstandig belastingsubject afrekenen over de stille en fiscale reserves alsmede goodwill. De in een OVR omgezette bv is dan immers vlak voor de omzetting ontvoegd en is daarbij op grond van art. 15aj, lid 5, Wet VPB 1969 in de plaats getreden van de fiscale eenheid met betrekking tot hetgeen zij voortzet. Dat voortzetten duurt niet lang want direct na de ontvoeging houdt zij als gevolg van de omzetting op in Nederland belastbare winst te genieten en volgt op de voet van art. 15d Wet VPB 1969 een eindafrekening.

Voor een evenwichtig systeem dient mijns inziens te worden aangesloten bij de in art. 14, lid 2, Besluit FE 2003 opgenomen 'volgorderegeling' voor de situatie dat een fiscale eenheid eindigt ten aanzien van een maatschappij die is betrokken bij een juridische fusie of splitsing. Op grond van art. 14, lid 2, Besluit FE 2003 wordt, kort gezegd, de juridische fusie of splitsing geacht plaats te vinden na ontvoeging van die maatschappij, dat wil zeggen buiten de fiscale eenheid, waarbij het betreffende lichaam vervolgens vrij staat een beroep te doen op de fiscale begeleiding van art. 14b, respectievelijk art. 14a Wet VPB 1969. Vertaald naar de omzetting betekent dit dat de omzetting van een gevoegde dochtermaatschappij in een OVR door middel van een soortgelijke fictiebepaling dient plaats te vinden buiten de fiscale eenheid. De omzetting kwalificeert dan niet als een besmette transactie voor de toepassing van art. 15ai Wet VPB 1969. Verder treden alle in het kader van de ontvoeging van de omzettende rechtspersoon gebruikelijke gevolgen op. In paragraaf 4.2 heb ik gepleit om voor de omzetting van een bv in een OVR te voorzien in een doorschuifregeling in de sfeer van de vennootschapsbelasting

⁷¹ Vergelijkbare problematiek doet zich voor bij de omzetting van rechtspersonen op de voet van art. 2:18 BW. Zie J.L. van de Streek, *Samenloop van de omzetting van rechtspersonen en de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Maatschappelijk heffen, deel I, Opstellen aangeboden aan prof.dr. L.G.M. Stevens, Kluwer, Deventer 2006, p. 541-556.

⁷² Omdat de omzetting van een bv in een OVR niet kan worden aangemerkt als een vervreemding van de aandelen in die bv door de aandeelhouder, wordt deze 'volgorderegeling' niet opgelost door art. 14, lid 1, Besluit FE 2003.

⁷³ Herinvesteringreserves vallen alsdan bij de fiscale eenheid vrij op grond van art. 15aj, lid 1, Wet VPB 1969.

naar analogie van de fiscale begeleiding van de juridische fusie op de voet van art. 14b Wet VPB 1969. In het door mij voorgestane systeem kan na de ontvoeging op deze doorschuiffaciliteit een beroep worden gedaan.

Naast oplossing van de 'volgordekwestie', en in het verlengde daarvan de introductie van een doorschuiffaciliteit, verdient het mijns inziens aanbeveling om te voorzien in de mogelijkheid om de omzetting van een fiscale-eenheid dochter in een OVR geruisloos binnen de fiscale eenheid te laten plaatsvinden, met name in de situatie waarin alle aandeelhouders van de in een bv om te zetten OVR reeds deel uitmaken van dezelfde fiscale eenheid.⁷⁴ Aansluiting bij de specifiek voor de juridische fusie en splitsing in art. 18 respectievelijk art. 17 Besluit FE 2003 getroffen regeling ligt mijns inziens voor de hand. Op grond hiervan wordt, kort gezegd, op verzoek van de moedermaatschappij de fiscale eenheid geacht niet te zijn verbroken ten aanzien van een in het kader van een juridische fusie of splitsing verdwijnende dochtermaatschappij.

6. Afsluiting

Op dit moment is een omvangrijke modernisering van het ondernemingsrecht gaande, waarvan een belangrijke pijler is het thans bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel 'Vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek'. De inwerkingtreding van dit wetsvoorstel lijkt aanstaande, te weten op 1 januari 2008. De fiscale aspecten rondom de nieuwe Titel 7.13 BW worden geregeld in een separate onlangs aan de Tweede Kamer aangeboden invoeringswet. De inhoud daarvan is echter uitermate teleurstellend, met name met betrekking tot de omzetting van een OVR in een bv en omgekeerd. Wat betreft deze omzettingen ziet het er naar uit dat de voorgestelde Invoeringswet titel 7.13 BW moeiteloos kan worden toegevoegd aan de lijst van verontrustende gevallen waarin de fiscale wetgever niet adequaat heeft gereageerd op civielrechtelijke legislatieve ontwikkelingen. De voorgestelde Invoeringswet titel 7.13 BW bevat namelijk geen op maat gesneden fiscale regeling voor de nieuwe omzettingvormen, maar tracht op weinig doordachte wijze deze rechtsfiguren sui generis in te passen in het huidige fiscale systeem, met als gevolg dat vaak over latente fiscale claims moet worden afgerekend en dat compensabele verliezen verloren gaan. Consequentie is dat een van de grote praktische voordelen van het opteren voor rechtspersoonlijkheid door een OV, te weten de omzettingmogelijkheid in een bv (en omgekeerd), in de praktijk nauwelijks zal (kunnen) worden benut. Zo kan een joint venture tussen twee bv's in de vorm van een OVR niet zonder

acute belastingheffing over stille en fiscale reserves alsmede de goodwill worden omgezet in een bv.

Op indicatieve wijze heb ik voor veel fiscale knelpunten oplossingsrichtingen geschetst, waarvan ik hoop dat deze door de minister van Justitie en zijn collega van Financiën worden opgepakt. Bij een modern en flexibel ondernemingsrecht hoort namelijk geen onaangepast en star fiscaal recht, maar een regeling die zowel recht doet aan het handhaven van fiscale claims als aan het belang van belastingplichtigen bij een onbelemmerende omzetting. Dit (subtiele) evenwicht is mijns inziens met name in de sfeer van de vennootschapsbelasting in dit wetsvoorstel (vooralsnog) zoek.

⁷⁴ Zie A.J.A. Stevens, 'Wetsvoorstel Invoeringswet titel 7.13 BW: enige vennootschapsbelastingaspecten', *WFR*, binnenkort te verschijnen, onderdeel 3 voor vragen omtrent de mogelijkheid een fiscale eenheid te vormen indien de moedervennootschap de aandelen in een dochtervennootschap houdt via een OVR (of CVR).