

**Grensoverschrijdende fusies en (partiële) splitsingen voortaan fiscaal neutraal
binnen de Europese Unie:**
een analyse van de Wet van 11 december 2008 tot omzetting van de Fusierichtlijn

T.R.V., nr. 10/1, pag. 3-51, 15.02.2010

I. OMZETTING VAN DE FUSIERICHTLIJN: HISTORIEK EN VENNOOTSCHAPSRECHTELIJK KADER

Na een lang voorbereidingsproces heeft de (volledige) omzetting van de fiscale Fusierichtlijn¹ in het Belgisch recht thans eindelijk haar beslag gekregen. Deze omzetting werd gerealiseerd door de Wet van 11 december 2008² (hierna de **Fusiewet**). Het resultaat is een zeer grondige hervorming van het Wetboek inkomstenbelastingen (WIB92), waarbij het zwaartepunt uiteraard ligt bij de uitwerking van een fiscaal neutraal kader voor grensoverschrijdende (in hoofdzaak ‘intra-Europese’) herstructurerings, maar die ook ingrijpt op zuiver binnenlandse verrichtingen.

Dat de omzetting van de Fusierichtlijn in het Belgisch recht pas nu haar beslag krijgt, is merkwaardig. Volgens de oorspronkelijke Fusierichtlijn van 23 juli 1990 moest deze omzetting immers reeds vóór 1 januari 1992 een feit zijn.

De omzetting werd (na deze datum) wel gedeeltelijk gerealiseerd. In uitvoering van het luik ‘inbreng van activa’ (artikel 9 van de Richtlijn) heeft de Belgische wetgever in 1992 het neutraliteitsregime voor inbreng van een bedrijfsafdeling of een tak van werkzaamheid en van een algemeenheid van goederen (artikel 46 WIB92) opengesteld voor grensoverschrijdende verrichtingen waarbij een binnenlandse vennootschap een inbreng verricht in een vennootschap van een ander lidstaat³.

Dezelfde wet voerde, in uitvoering van artikel 10 van de Fusierichtlijn, een fiscaal neutrale behandeling in op het niveau van een Belgische inrichting van een vennootschap van een andere EG-lidstaat, indien deze inrichting overgedragen wordt in het kader van een inbreng van een bedrijfstak of van een algemeenheid van goederen, een fusie of splitsing (artikel 231, §2 WIB92).

¹ Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, *Pb.L.* 225 van 20 augustus 1990, 1; gewijzigd door Richtlijn 2005/19/EG van de Raad van 17 februari 2005 tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG, *Pb.L.* 58 van 4 maart 2005, 19 (hierna de **Fusierichtlijn**).

² BS 12 januari 2009.

³ Wet van 28 juli 1992, BS 31 juli 1992.

Ook na de invoering van artikel 231, §2 WIB92 bleef echter twijfel bestaan of een ‘filialisering’ waarbij een buitenlandse vennootschap haar Belgische inrichting inbrengt (omzet) in een Belgische (dochter)vennootschap, onder fiscale neutraliteit kon worden doorgevoerd. Nadat door de aanpassing van de Fusierichtlijn in 2005 in artikel 10 was toegevoegd (verduidelijkt) dat de verplichting van de lidstaat van de vaste inrichting om af te zien van belastingheffing ook geldt als de (overnemende of) verkrijgende vennootschap gevestigd is in dezelfde lidstaat als de vaste inrichting, heeft de wetgever in 1996 een specifiek neutraliteitsregime voor ‘filialiseringen’ ingevoerd (artikel 231, §3 WIB92)⁴.

Op het vlak van fusies en splitsingen daarentegen, werd de Fusierichtlijn (met uitzondering van de regeling van artikel 10 ten name van een vaste inrichting) niet geïmplementeerd. De hervorming van het fiscale fusieregime door de wet van 6 augustus 1993 werd niet aangegrepen om het vrijstellingsregime van artikel 211 WIB92 uit te breiden tot ‘buitenwaartse’ fusies (splitsingen) waarbij een binnenlandse vennootschap wordt overgenomen (of haar vermogensbestanddelen naar aanleiding van een splitsing worden verkregen) door een vennootschap van een andere lidstaat. Als motivering werd een vennootschapsrechtelijk bezwaar ingeroepen: een binnenlandse vennootschap zou onder omstandigheden weliswaar een buitenlandse vennootschap door fusie kunnen overnemen, maar zou niet rechtsgeldig kunnen beslissen om door een buitenlandse vennootschap overgenomen te worden. Hiervoor werd verwezen naar artikel 70 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, die bepaalden dat de nationaliteit van een vennootschap één van de ‘essentiële elementen’ van de vennootschap is die de algemene vergadering niet kan wijzigen.

Voor zover de destijds ingeroepen vennootschapsrechtelijke bezwaren al terecht waren, werd hieraan inmiddels verholpen. Het ‘oude’ artikel 70 van de gecoördineerde wetten werd in 1999 niet hernomen in het Wetboek van vennootschappen (W.Venn.). Bovendien bevestigde artikel 113 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht uitdrukkelijk de mogelijkheid om een grensoverschrijdende fusie door te voeren.

Op Europees niveau werd deze mogelijkheid bevestigd door het *Sevic* arrest van het Hof van Justitie⁵. Het vennootschapsrechtelijke kader voor grensoverschrijdende (intra-Europese) fusies werd uitgewerkt door de Tiende Richtlijn⁶. Deze Richtlijn werd omgezet in Belgisch recht door de wet van 8

⁴ Wet van 30 januari 1996, *BS* 30 maart 1996.

⁵ HvJ 13 december 2005, C-411/03. Het Hof oordeelde dat het vrije vestigingsrecht zich ertegen verzet dat een lidstaat de inschrijving van een fusie in het nationale handelsregister weigert op grond van het feit dat één van de fusierende vennootschappen gevestigd is in een andere lidstaat.

⁶ Richtlijn 2005/56/EG van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, *Pb.L.* 310 van 25 november 2005, 1.

juni 2008, waardoor een Titel *Vbis* ('Bijzondere regels inzake grensoverschrijdende fusies en gelijkgestelde verrichtingen') werd ingevoegd in Boek XI ('Herstructurering van vennootschappen') van het W.Venn. In navolging van de Tiende Richtlijn heeft de Belgische wetgever zich echter beperkt tot fusies (en gelijkgestelde verrichtingen), zonder tevens een regeling uit te werken voor (partiële) splitsingen. Gelet op de hoger vermelde internrechtelijke ontwikkelingen en op de *Sevic*-rechtspraak van het Hof van Justitie, dient echter te worden aangenomen dat er vandaag geen principiële hinderpalen (meer) bestaan tegen het doorvoeren van een intra-Europese (en, meer algemeen, grensoverschrijdende) (partiële) splitsing.

Het vennootschapsrechtelijke motief dat destijds werd ingeroepen voor het uitblijven van de omzetting van de Fusierichtlijn op het vlak van fusies en splitsingen, hield dan ook niet langer stand, zodat België dringend werk diende te maken van deze omzetting. Door de wijzigingsrichtlijn 2005/19/EG van 17 februari 2005 werd de datum waarop deze omzetting uiterlijk diende te gebeuren, bijgesteld naar 1 januari 2007. Op grond van deze richtlijn diende bovendien (eveneens uiterlijk op 1 januari 2007) een fiscaal neutrale behandeling te worden ingevoerd voor de (grensoverschrijdende) 'gedeeltelijke splitsing' (verrichting die niet opgenomen was in de initiële Fusierichtlijn).

De wijziging van de richtlijn in 2005 had bovendien het toepassingsgebied verruimd tot de zetelverplaatsing van een Europese vennootschap (SE)⁷ en een Europese coöperatieve vennootschap (SCE)⁸. Op dit punt diende de omzetting naar het nationaal recht van de lidstaten reeds op 1 januari 2006 te gebeuren. Ook hier was het Wetboek Inkomstenbelastingen niet richtlijnconform. Op grond van artikel 210, §1, 4^o WIB92 werd een 'buitenwaartse' zetelverplaatsing door gelijk welke binnenlandse vennootschap (met inbegrip van een SE en een SCE) immers onderworpen aan het ('belaste') liquidatieregime van artikel 208 en 209 WIB92.

Door het uitblijven van de implementatiemaatregelen werd België veroordeeld door het Hof van Justitie⁹. Precies omwille van de uiterlijke omzettingsdatum die in de Richtlijn opgenomen is, bepaalde het initiële voorontwerp van Fusiewet dat (de meeste bepalingen van) de wet van toepassing zouden worden op 'verrichtingen vanaf 1 januari 2007'. Het is dan ook merkwaardig dat de wetgever, ondanks de veroordeling door het Hof van Justitie, er toch voor gekozen heeft om af te stappen van deze 'retroactieve' inwerkingtreding, en de nieuwe fiscale regeling in werking te laten treden voor verrichtingen vanaf de datum van publicatie in het Belgisch Staatsblad (12 januari 2009).

⁷ Verordening nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *Pb.L.* 294 van 10 november 2001, 1, gewijzigd bij Verordening nr. 885/2004, *Pb.L.* 168 van 1 mei 2004, 1.

⁸ Verordening nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), *Pb.L.* 207 van 18 augustus 2003, 1.

⁹ HvJ 8 mei 2008, C-392/07.

Daarnaast was er ook een probleem voor zuiver interne (moeder-dochter) fusies. Hoewel deze verrichtingen niet onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, wordt in de rechtsleer¹⁰ aangenomen dat de bepalingen van de Fusierichtlijn eveneens voor intern-Belgische verrichtingen ingeroepen kunnen worden. Welnu, de fiscale afrekening die bij intern-Belgische moeder-dochterfusies kon optreden over bepaalde vrijgestelde reserves van de overgenomen dochtervennootschap, en over de eventuele meerwaarde ten name van de overnemende moedervenootschap naar aanleiding van de 'intrekking' van de aandelen in de dochtervennootschap, dient achterwege te blijven op grond van respectievelijk artikel 5 en artikel 6 van de Fusierichtlijn. Deze 'imperfecties' in het neutraliteitsstelsel voor binnenlandse verrichtingen dienden dan ook te worden weggewerkt, ook voor binnenlandse verrichtingen.

Ook met betrekking tot de antimisbruikbepaling was een wetgevend ingrijpen noodzakelijk geworden. Uit de parlementaire voorbereidingsteksten in het kader van de wet van 28 juli 1992 en de wet van 6 augustus 1993, waarbij de antimisbruikbepaling (voorwaarde inzake 'rechtmatige financiële of economische behoeften') respectievelijk voor inbreng van bedrijfstuk en algemeenheid van goederen en voor fusie en splitsing was ingevoerd, blijkt ondubbelzinnig dat deze voorwaarde gebaseerd is op, en dezelfde draagwijdte heeft als, de antimisbruik bepaling van artikel 11, §1, a van de Fusierichtlijn. Het Hof van Cassatie bevestigde dit overigens¹¹. Nochtans had vooral de Dienst Voorafgaande Beslissingen gaandeweg een invulling gegeven aan de notie 'rechtmatige economische of financiële behoeften', die afwijkt van het 'misbruik'-concept van de Fusierichtlijn (zoals verduidelijkt in de rechtspraak van het Hof van Justitie). De wetgever heeft er dan ook terecht voor gekozen om de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn (nagenoeg) volledig over te nemen.

Het opzet van deze bijdrage is een grondige verkenning van het nieuwe fiscale landschap van de grensoverschrijdende (hoofdzakelijk intra-Europese) fusies en (partiële) splitsingen. Inbrengverrichtingen en zetelverplaatsingen blijven hierbij buiten beschouwing. Ook op de gevolgen voor aandeelhouders – natuurlijke personen zal niet worden ingegaan.

¹⁰ Zie o.m. A. HUYGHE en M. ISENBAERT, *De fusierichtlijn en bedrijfsreorganisaties naar Belgisch recht: leidt de Europese draad van Ariadne de belastingplichtige uit het Belgische labyrint?* in B. PEETERS (ed.), *Europees belastingrecht*, Gent, Larcier, 2005, 425-426.

¹¹ Cass. 13 december 2007, *TFR* 2008, nr. 340, 404.

II. TOEPASSINGSGBIED

1. Welke vennootschappen?

Grensoverschrijdende fusies en (partiële) splitsingen genieten voortaan een fiscaal neutrale behandeling in de mate dat bij de verrichting (binnenlandse en) ‘intra-Europese’ vennootschappen betrokken zijn.

Het begrip ‘intra-Europese vennootschap’ is gebaseerd op het begrip ‘vennootschap van een lidstaat’, dat het personele toepassingsgebied van de Fusierichtlijn afbakent, met dien verstande dat de kwalificatie ‘intra-Europese vennootschap’ enkel van toepassing is op vennootschappen die geen ‘binnenlandse vennootschap’ zijn. Aldus wordt een vennootschap aangemerkt als een ‘intra-Europese vennootschap’ indien zij (i) geen binnenlandse vennootschap is, (ii) een rechtsvorm heeft die opgesomd is in de bijlage bij de Fusierichtlijn¹², (iii) geacht wordt fiscaal inwoner te zijn van een lidstaat (andere dan België), zonder te worden geacht fiscaal buiten de Europese Unie te zijn gevestigd op grond van een met een derde Staat gesloten dubbelbelastingverdrag, en (iv) onderworpen is aan een belasting die gelijkaardig is aan de vennootschapsbelasting en opgenomen is in artikel 3, c) van de Fusierichtlijn, en dit zonder keuzemogelijkheid en zonder vrijstelling (nieuw artikel 2, §2, 5° b) *bis* WIB92).

Het nieuwe fiscale begrip ‘intra-Europese vennootschap’ heeft dus een volledig andere inhoud dan de ‘Europese vennootschap’ (SE) in de zin van Verordening nr. 2157/2001 van 8 oktober 2001 (zie hoger). De kwalificatie van een vennootschap als Europese vennootschap (SE) heeft overigens, tenzij voor wat betreft de mogelijkheid van een belastingneutrale grensoverschrijdende zetelverplaatsing (artikel 10*ter* Fusierichtlijn en nieuw artikel 214*bis* WIB92), geen specifieke fiscale relevantie. Voor fiscale doeleinden wordt een Europese vennootschap (SE) als een ‘binnenlandse’ of een ‘intra-Europese’ vennootschap aangemerkt naargelang haar hoofdzetel respectievelijk in België of in een andere lidstaat gevestigd is¹³.

Door de beperking van de fiscale neutraliteit in grensoverschrijdende context tot verrichtingen met een ‘intra-Europese’ vennootschap, lijkt de nieuwe fiscale regeling *qua* geografisch toepassingsgebied beperkter dan de nieuwe vennootschapsrechtelijke bepalingen inzake grensoverschrijdende fusies en gelijkgestelde verrichtingen (nieuwe Titel *Vbis* van Boek XI W.Venn.). Opvallend is immers dat de wet van 8 juni 2008 die de vennootschapsrechtelijke regeling heeft ingevoerd, zich tekstueel niet beperkt tot fusies tussen een Belgische vennootschap en een

¹² Er wordt uitdrukkelijk verwezen naar de wijzigingsrichtlijn 2005/19/EG, zodat de verruimde bijlage met kwalificerende rechtsvormen van toepassing is.

¹³ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 5.

vennootschap van een andere EU-lidstaat (hoewel de wetgever de omzetting van de Richtlijn 2005/56/EG beoogde). Hierdoor rijst de vraag of de nieuwe artikelen 772/1 e.v. W.Venn. ook toegepast kunnen worden om een fusie te realiseren met een vennootschap waarvan de zetel buiten de Europese Unie gevestigd is¹⁴. In bevestigend geval zal een 'extra-communautaire' fusie waarbij een binnenlandse vennootschap wordt overgenomen door een buiten de EU gevestigde vennootschap echter in ieder geval verstoken blijven van een fiscaal neutrale behandeling.

Er dient opgemerkt dat de Fusiewet voor 'binnenwaartse' fusies en (partiële) splitsingen wel bepaalde fiscale gevolgen heeft geregeld zonder onderscheid naargelang de overgenomen of (partieel) gesplitste buitenlandse vennootschap al dan niet een 'intra-Europese' vennootschap is.

2. Welke verrichtingen?

De wetgever heeft er terecht niet voor geopteerd om de Fusierichtlijn om te zetten door een afzonderlijke regeling in te voeren voor (intra-Europese) grensoverschrijdende verrichtingen. De wijzigingen werden integendeel geïntegreerd in de bestaande bepalingen, die voorheen hoofdzakelijk betrekking hadden op binnenlandse verrichtingen.

De grensoverschrijdende verrichtingen die een fiscaal neutrale behandeling krijgen, zijn dan ook de gekende herstructureringstechnieken, namelijk de fusie, de splitsing, de met fusie gelijkgestelde verrichting ('geruisloze fusie'), de met splitsing gelijkgestelde verrichting ('partiële splitsing') en de inbreng van een bedrijfsafdeling, één of meer takken van werkzaamheid of een algemeenheid van goederen.

De Memorie van Toelichting verduidelijkt in dit verband dat deze begrippen, indien gehanteerd in het Wetboek Inkomstenbelastingen, dezelfde betekenis hebben als die welke eraan gegeven wordt in het vennootschapsrecht¹⁵. Dit lijkt op het eerste gezicht een overbodige 'verduidelijking', omdat dit ook vóór de wetswijziging duidelijk was.

Nochtans is de verduidelijking nuttig, omdat de definities van de diverse herstructureringsfiguren in het Wetboek van vennootschappen niet altijd gelijklopend zijn met de definities die in de Fusierichtlijn opgenomen zijn. In geval van discrepantie prevaleert de definitie die in het Belgisch vennootschapsrecht opgenomen is.

¹⁴ D. WILLERMAIN, *Les fusions transfrontalières de sociétés*, *JT* 2009, (581) 585; G. PALMAERS en A. GUBBELS, *De grensoverschrijdende fusie*, *T.Fin.R.* 2008/4, (251) 258; J. VERMEYLEN en I. VANDE VELDE, *De Belgische implementatie van de vennootschapsrechtelijke en fiscale richtlijnen inzake grensoverschrijdende fusies*, *Nieuwsbrief Notariaat* 2009, nr. 5, 2.

¹⁵ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 5.

Een dergelijke discrepantie kan zich voordoen in geval van een grensoverschrijdende fusie waarbij een geldopleg van meer dan 10% van de nominale of fractiewaarde van de nieuw uitgegeven aandelen wordt voorzien. In het kader van een binnenlandse fusie diskwalificeert dergelijke geldopleg de verrichting als 'fusie'. In het kader van een grensoverschrijdende fusie daarentegen is een hogere geldopleg dan 10% mogelijk, mits toegelaten door de wetgeving van ten minste één van de bij de fusie betrokken buitenlandse vennootschappen (artikel 772/2 W.Venn.). In deze hypothese zal de verrichting vennootschapsrechtelijk als een 'fusie' aangemerkt worden, en als zodanig een fiscaal neutrale behandeling kunnen genieten, hoewel zij niet valt onder de begripsomschrijving van een 'fusie', zoals opgenomen in artikel 2, §1, a) van de Fusierichtlijn.

Een vergelijkbare discrepantie tussen de vennootschapsrechtelijke definitie en de overeenstemmende begripsomschrijving uit de Fusierichtlijn doet zich voor inzake 'partiële splitsing'. In de Fusierichtlijn wordt de 'gedeeltelijke splitsing' enger gedefinieerd dan de 'partiële splitsing' in het Belgisch vennootschapsrecht. Een 'gedeeltelijke splitsing' veronderstelt immers dat het afgesplitste vermogen 'één of meer takken van bedrijvigheid' vormt, en dat de inbrengende (afsplitsende) vennootschap ten minste één 'tak van bedrijvigheid' behoudt (voorwaarden die niet gelden voor een 'partiële splitsing' in de zin van artikel 677 W.Venn.). Indien een binnenlandse vennootschap in het kader van een 'partiële splitsing' een gedeelte van haar vermogen afsplitst naar een intra-Europese vennootschap, dient deze verrichting in België bijgevolg in principe fiscaal neutraal te verlopen, ook indien het afgesplitste vermogen geen afzonderlijke tak van bedrijvigheid vormt, en er dus geen sprake is van een 'gedeeltelijke splitsing' in de zin van de Richtlijn, en dus mogelijk ook niet van een neutrale verrichting vanuit het standpunt van de lidstaat van de inbrengverwrijgende intra-Europese vennootschap. Ook op dit punt gaat de Belgische implementatie dus verder dan wat de Fusierichtlijn voorschrijft.

III. WIJZIGINGEN IN DE BELASTING VAN NIET-INWONERS (VENNOOTSCHAPPEN)

Met het oog op de technische uitwerking van de gevolgen van buitenwaartse verrichtingen dienden in de 'belasting van niet-inwoners' een aantal aanpassingen te worden doorgevoerd bij de fiscale behandeling van een Belgische inrichting van een buitenlandse vennootschap. De draagwijdte van deze aanpassingen blijft echter niet beperkt tot de herstructureringscontext.

1. Begrip 'eigen vermogen' van een Belgische inrichting

Hoewel een Belgische inrichting (bijkantoor) vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt niet over 'kapitaal' of over een 'eigen vermogen' beschikt, is er in

het kader van grensoverschrijdende herstructurerings behoeft aan een fiscale omschrijving van het begrip en de samenstelling van het eigen vermogen van een Belgische inrichting. Indien bijvoorbeeld een binnenlandse vennootschap wordt overgenomen in het kader van een grensoverschrijdende fusie, zullen de bestanddelen van het eigen vermogen van de binnenlandse vennootschap moeten worden overgenomen in het 'fiscale vermogen' van de Belgische inrichting. Hierdoor wordt verzekerd dat belastingheffing optreedt bij latere vermindering van de belastingvrije reserves van de Belgische inrichting. Bovendien kan aldus de fiscale samenstelling van het eigen vermogen van de inrichting worden opgevolgd bij latere herstructurerings waarbij de inrichting betrokken wordt¹⁶.

Gelet op de centrale betekenis die aan het 'eigen vermogen' van een Belgische inrichting wordt toegekend in het kader van grensoverschrijdende herstructurerings, is het merkwaardig dat de wet zelf niet in een omschrijving voorziet. Het nieuwe artikel 229, §4, 1° lid WIB92 beperkt zich tot een opsomming van de componenten van dit 'eigen vermogen', namelijk (i) de vrijgestelde reserves, (ii) de belaste reserves en (iii) de kapitaalsdotatie. Daarnaast voorziet artikel 229, §4, 2° lid WIB92 dat het eigen vermogen moet worden verminderd met de *'ten name van de maatschappelijke zetel ontleende middelen met betrekking tot dewelke de interesten ten laste van het belastbaar resultaat van de Belgische inrichting worden gelegd'*.

De Memorie van Toelichting verduidelijkt dat het 'eigen vermogen' verwijst naar *'de netto-actief waarde van de Belgische inrichting zoals deze boekhoudkundig wordt omschreven met aftrek, onder meer, van alle bedragen die ten titel van lening ter beschikking staan van de inrichting.'* Tevens wordt in de Memorie van Toelichting vermeld dat dit 'pseudo-eigen vermogen' van de inrichting bestaat uit, enerzijds, de middelen die door de buitenlandse maatschappelijke zetel ter beschikking werden gesteld als kapitaalsdotatie en, anderzijds, de eigen winsten van de inrichting die het vermogen van de inrichting niet hebben verlaten (d.w.z. die niet overgedragen werden naar de maatschappelijke zetel), en waarbij men belaste en vrijgestelde reserves kan onderscheiden.

De definitie in de Memorie van Toelichting van het 'eigen vermogen' als *'de netto-actief waarde zoals deze boekhoudkundig wordt omschreven'* is merkwaardig (en o.i. onterecht) in het licht van de finaliteit van dit concept (opvolging van de *'fiscale* vermogensstaat' van de inrichting in het kader van grensoverschrijdende herstructurerings). Mede gelet op deze finaliteit dient o.i. immers te worden aangenomen dat het in artikel 229, §4 WIB92 bedoelde 'eigen vermogen' mede de 'onzichtbare' ('verdoken') reserves omvat, hoewel deze geen deel uitmaken van het *boekhoudkundige* eigen vermogen.

¹⁶ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 42-43.

Het eigen vermogensbegrip van artikel 229, §4, 1° en 2° lid WIB92 lijkt ons niet voorbehouden voor de Belgische inrichtingen die vennootschapsrechtelijk kwalificeren als een bijkantoor, en waarvoor op grond van artikel 92, §2 W.Venn. een jaarrekening moet worden opgemaakt. Zoals voor de toepassing van de notionele interestaftrek dient o.i. te worden aangenomen dat ook een 'eigen vermogen' kan worden toegekend aan een inrichting die, zonder een 'jaarrekeningplichtig' bijkantoor te zijn, vrijwillig een boekhouding voert die in overeenstemming is met de boekhoudkundige regels die gelden voor bijkantoren¹⁷. Dit is o.m. van belang in het kader van een 'buitenwaartse' fusie, omdat hiervoor als (neutraliteits)eis wordt gesteld dat de vrijgestelde reserves van de overgenomen binnenlandse vennootschap na de verrichting worden 'teruggevonden' binnen het eigen vermogen van de ('achterblijvende') Belgische inrichting van de overnemende intra-Europese vennootschap (artikel 211, §1, 5° lid WIB92). Aan deze voorwaarde kan o.i. ook worden voldaan indien de achterblijvende inrichting geen 'jaarrekeningplichtig' bijkantoor is. Een andere interpretatie zou o.i. niet conform zijn met de Fusierichtlijn.

De precisering in het tweede lid van artikel 229, §4 WIB92 dat het eigen vermogen van de inrichting moet worden verminderd met *'het bedrag aan ten name van de maatschappelijke zetel ontleende middelen met betrekking tot dewelke de interesten ten laste van het belastbaar resultaat van de Belgische inrichting worden gelegd'*, is gekopieerd in artikel 236, 2° lid WIB92, en geldt bijgevolg ook voor de berekeningsbasis voor de 'aftrek risicokapitaal' ('notionele interestaftrek') in hoofde van een Belgische inrichting van een buitenlandse vennootschap. Dit roept echter een aantal vragen op.

De uitdrukking *'ten name van de maatschappelijke zetel ontleende middelen'* verwijst o.i. niet naar de 'interne lening' tussen hoofdhuis en (vaste) inrichting¹⁸. De interesten in verband met een dergelijke 'lening' zijn immers in beginsel niet aftrekbaar van het belastbaar resultaat van de inrichting. Deze aftrek wordt enkel aanvaard voor financiële instellingen, en dan nog (in beginsel) niet met betrekking tot middelen die door het hoofdhuis 'ten titel van eigen vermogen' verschaft worden en als zodanig – als kapitaalsdotatie – in het eigen vermogen van de inrichting opgenomen worden.

De uitdrukking *'ten name van'* de maatschappelijke zetel ontleende middelen lijkt dus niet te doelen op de *'bij'* de maatschappelijke zetel ontleende middelen, maar op externe leningen die door de buitenlandse vennootschap *'op het niveau van'* de hoofdzetel zijn aangegaan. In de mate dat deze (externe) leningen niet als vreemd vermogen opgenomen zijn in de jaarrekening (of vermogensstaat) van de inrichting, dienen deze onder omstandigheden toch in mindering te worden gebracht van het eigen vermogen (en de basis voor de 'aftrek risicokapitaal') van de inrichting, met name in de

¹⁷ Zie, wat de aftrek voor risicokapitaal betreft, artikel 73^{septies} 2° lid KB/WIB92.

¹⁸ Contra: P. SMET, *De Belgische implementatie van de Fusierichtlijn* in *Fiscoloog-tribune 7 oktober 2008: De nieuwe fiscale regels inzake fusies na omzetting van de Fusierichtlijn*, Kalmthout, Biblio, 2009, 16.

gevallen waarbij de interesten op deze lening (hoewel aangegaan op het niveau van de buitenlandse hoofdzetel) als kost in mindering komen van de belastbare grondslag van de inrichting.

Dit is het geval voor leningen die specifiek toewijsbaar zijn aan de Belgische inrichting (artikel 237 WIB92).

Volgens de circulaire van 9 oktober 2008 in verband met de berekening van de notionele interestaftrek dient de basis voor de berekening van deze aftrek verder te worden verminderd met een prorata van de leningen die op het niveau van de hoofdzetel zijn aangegaan zonder specifiek toewijsbaar te zijn aan de Belgische inrichting. Volgens dezelfde circulaire dient dit prorata te worden berekend in functie van de boekwaarde van de activa van de inrichting ten opzichte van het totaal van de activa¹⁹. Volgens bepaalde auteurs zou hieruit kunnen worden afgeleid dat de Belgische administratie de renteaftrek ten name van de Belgische inrichting aanvaardt met betrekking tot het prorata van de leningen dat aldus toegewezen wordt aan de inrichting²⁰. In deze visie zou het nieuwe artikel 229, §4, 2° lid WIB92 in de lijn liggen van de circulaire over de notionele interestaftrek.

Deze conclusie lijkt niettemin onzeker, omdat op grond van artikel 237 WIB92 *alleen* de kosten die *uitsluitend* op de in België belastbare beroepsinkomsten drukken, aftrekbaar zijn in de sfeer van de belasting van niet-inwoners. Aangezien artikel 236, 2° lid WIB92 de eliminatie uit de berekeningsbasis voor de 'aftrek risicokapitaal' van de inrichting enkel oplegt voor schulden waarvan de interesten aftrekbaar zijn als beroepskost, lijkt een samenlezing van deze bepaling met artikel 237 WIB92 tot de conclusie te leiden dat enkel de specifiek toewijsbare leningen in mindering dienen te worden gebracht van de berekeningsbasis voor de 'aftrek risicokapitaal', en dat artikel 236, 2° lid WIB92 dus ingaat tegen de administratieve circulaire van 9 oktober 2008. Indien dit de bedoeling van de wetgever was, zou enige verduidelijking in de Memorie van Toelichting wenselijk geweest zijn.

2. Belastbare bestanddelen van een Belgische inrichting

Een (in artikel 227, 2° WIB92 bedoelde) buitenlandse vennootschap is onderworpen aan de Belgische belasting van niet-inwoners voor (o.m.) de winsten die 'opgebracht zijn door bemiddeling van een Belgische inrichting'. De Fusiewet verduidelijkt dat als zodanig moeten worden aangemerkt, en bijgevolg deel uitmaken van de belastbare grondslag van een Belgische inrichting: (i) iedere meer- of minderwaarde die vastgesteld wordt naar aanleiding van de onttrekking door de maatschappelijke zetel van bestanddelen van de inrichting, en (ii) de afnamen of verminderingen van de vrijgestelde reserves van de binnenlandse inrichting (artikel 228, §2, 3° bis WIB92).

¹⁹ Circulaire nr. CiRH.421/574.945 van 9 oktober 2008, randnummer 19.

²⁰ W. VANDENBERGHE, 'De omzetting van de fusierichtlijn. Duiding bij een labyrint van bepalingen inzake inbrengen van een bedrijfstak of gemeenschap, fusies en splitsingen', *AFT* 2009, afl. 4, 18.

Deze aanpassing met betrekking tot de belastbare grondslag van een Belgische inrichting heeft als doel te verzekeren dat de neutraliteit die wordt verleend in het kader van een intra-Europese herstructurering (conform het stelsel van de Fusierichtlijn) niet resulteert in een definitieve vrijstelling, maar neerkomt op een uitstel van heffing. Artikel 228, §2, 3°bis WIB92 moet dan ook in samenhang worden gelezen met o.m. artikel 211, §1, 5° lid WIB92. Op grond van deze bepaling geldt het 'vrijstellingsregime' van artikel 211 WIB92 in de hypothese dat de overnemende (verkrijgende) vennootschap een intra-Europese vennootschap is enkel met betrekking tot (i) de bestanddelen die worden aangewend en behouden binnen de Belgische inrichting van de overnemende (verkrijgende) intra-Europese vennootschap en (ii) de vrijgestelde reserves die in het eigen vermogen van deze inrichting worden teruggevonden. In de hypothese dat de overgenomen bestanddelen en de vrijgestelde reserves naar aanleiding van de verrichting 'geaffecteerd' blijven aan de Belgische inrichting, treedt dus geen onmiddellijke belastbaarheid op. Opdat het oogmerk van 'uitstel' van belastingheffing zou worden gerealiseerd, dient echter tevens een wettelijke grondslag voorhanden te zijn die toelaat over deze bestanddelen en reserves af te rekenen naar aanleiding van hun latere 'onttrekking' of vermindering.

De draagwijdte van de verruiming van de belastbare grondslag van een Belgische inrichting gaat echter verder dan het verzekeren van de uitgestelde heffing na een belastingneutrale herstructurering. Deze verruiming geldt immers ook buiten de herstructureringscontext, en ongeacht of de buitenlandse vennootschap al dan niet kwalificeert als een intra-Europese vennootschap.

2.1. 'Onttrekking van bestanddelen door de maatschappelijke zetel'

Vóór de wetswijziging bestond er onduidelijkheid of er een wettelijke basis voorhanden was om de latente meerwaarde op bestanddelen van een Belgische inrichting te onderwerpen aan de belasting van niet-inwoners (vennootschappen) naar aanleiding van hun 'onttrekking' door de maatschappelijke zetel aan het inrichtingsvermogen.

Op grond van nieuw artikel 228, §2, 3°bis WIB92 treedt voortaan wel een heffing op over de latente meerwaarden op de onttrokken bestanddelen. Dit artikel bepaalt immers dat iedere meerwaarde of minderwaarde die 'vastgesteld' wordt naar aanleiding van de onttrekking door de maatschappelijke zetel uit het vermogen van de inrichting, aangemerkt wordt als een 'gerealiseerde' meerwaarde of minderwaarde, en als zodanig (positief of negatief) opgenomen dient te worden in de belastbare grondslag.

Hoewel het de bedoeling lijkt te zijn dat iedere onttrekking aanleiding geeft tot een (in principe) belastbare meerwaarde (of aftrekbare minderwaarde)

tot beloop van het verschil tussen de werkelijke waarde en de fiscale waarde van het actiefbestanddeel, komt dit niet volledig tot uiting in de tekst van de nieuwe bepaling. Er is weliswaar een fictie van realisatie, maar enkel in de mate dat een meerwaarde wordt 'vastgesteld'²¹. Een meerwaarde wordt geacht te zijn 'vastgesteld' indien haar bedrag 'blijkt uit enigerlei akte'. Het loutere feit dat de administratie het bewijs levert van een meerwaarde, leidt in beginsel dan ook niet tot belastbaarheid als deze meerwaarde louter latent blijft, d.w.z. niet in enige akte wordt 'vastgesteld'. De vraag dient dan ook gesteld of de nieuwe bepaling de administratie toelaat om een gerealiseerd geachte meerwaarde op te nemen in de belastbare grondslag naar aanleiding van een – niet gewaardeerde – fysieke overdracht van een actiefbestanddeel van een Belgische inrichting naar het buitenlandse hoofdhuis. Indien naar aanleiding van de 'onttrekking' wel een waarde wordt vastgesteld, rijst bovendien de vraag of er een wettelijke basis voorhanden is om de gerealiseerd geachte meerwaarde te bepalen op basis van de werkelijke waarde van het bestanddeel, indien deze hoger is dan de 'vastgestelde' waarde²².

2.2. Afname of vermindering van vrijgestelde reserves

Indien een vrijgestelde reserve van een Belgische inrichting, om welke reden ook, een vermindering ondergaat, dient het bedrag van deze vermindering voortaan te worden toegevoegd aan de belastbare grondslag in de belasting van niet-inwoners voor het belastbaar tijdperk van de vermindering. Volgens de tekst van het nieuwe artikel 228, §2, 3°bis WIB92 wordt het bedrag van de afname van de vrijgestelde reserves voor dat belastbaar tijdperk aangemerkt als 'winst opgebracht door bemiddeling van de inrichting'.

In de mate dat het vrijgestelde reserves betreft die hun oorsprong vinden in voorheen gerealiseerde meerwaarden, lijkt dit wetstechnisch een merkwaardige benadering, omdat de betrokken meerwaarden (reeds) in het belastbaar tijdperk van realisatie zijn 'opgebracht door bemiddeling van de inrichting' (doch tijdelijk vrijgesteld zijn). De vraag rijst dan ook of het niet logischer was geweest om de 'onaantastbaarheidsvoorwaarde' die geldt in de vennootschapsbelasting (artikel 190 WIB92) een specifieke inhoud te geven voor de toepassing van de belasting van niet-inwoners (vennootschappen). Hoewel de onaantastbaarheidsvoorwaarde daar ook principieel van toepassing wordt verklaard via de verwijzing in artikel 235, 2° WIB92, is de omschrijving ervan in artikel 190

²¹ W. VANDENBERGHE, 'De omzetting van de fusierichtlijn. Duiding bij een labyrint van bepalingen inzake inbrengen van een bedrijfstak of algemeenheid, fusies en splitsingen+', *AFT* 2009, afl. 4, 20-21.

²² Volgens bepaalde auteurs dient dit te worden afgeleid uit het principe van de (relatieve) fiscale autonomie van een Belgische inrichting: H. VANHULLE, 'Het nieuwe fiscaal regime inzake (grensoverschrijdende) fusies+', *IFA – Belgische Afdeling – Algemene Vergadering 16 december 2008*, 20; H. VANHULLE en N. BOUVERET, 'Le nouveau régime fiscal des fusions et scissions transfrontalières+', *RGF* 2009, afl. 1, 27; H. VANHULLE, 'Het nieuwe fiscale regime inzake (grensoverschrijdende) fusies+' in *Grensoverschrijdende fusies zijn een feit*, Vormingsinstituut Nederlandse Orde Advocaten Balie Brussel, 2009, 157-158.

WIB92 niet toegeschreven op de situatie van een Belgische inrichting. De onaantastbaarheidsvoorwaarde zoals voorgeschreven in de vennootschapsbelasting ontdubbelt zich immers in, enerzijds, een 'boekingsvoorwaarde' ('op één of meer afzonderlijke rekeningen van het passief geboekt zijn en blijven') en, anderzijds, een voorwaarde van behoud binnen het maatschappelijk vermogen ('niet tot grondslag dienen voor de berekening van de jaarlijkse dotatie aan de wettelijke reserve of van enige beloning of toekenning'). De tweede voorwaarde heeft geen zin in de sfeer van de belasting van niet-inwoners: de uitkering van de betrokken meerwaarde of reserve op het niveau van de (buitenlandse) juridische entiteit (maatschappelijke zetel) mag immers niet tot belastingheffing aanleiding geven op het niveau van de Belgische inrichting. De eerste ('boekings')voorwaarde had in de belasting van niet-inwoners omschreven kunnen worden aan de hand van het nieuwe concept van het 'eigen vermogen' van een Belgische inrichting. Ondanks deze wetstechnische opmerkingen dient o.i. de visie te worden bijgetreden dat het nieuwe artikel 228, §2, 3^o *bis* WIB92 allicht dient te worden aangemerkt als een 'transpositie' van de onaantastbaarheidsvoorwaarde in de belasting van niet-inwoners²³.

Aldus opgevat houdt deze voorwaarde in dat de vrijgestelde reserve moet opgenomen worden en blijven in het 'eigen vermogen' van de inrichting, d.w.z. geboekt worden en blijven in een verplicht opgemaakte jaarrekening of – indien de inrichting geen 'jaarrekeningplichtig' bijkantoor is – in een vrijwillig opgemaakte 'conforme' boekhouding (zie hoger) (bij gebreke waarvan de principieel vrijgestelde reserve belastbaar wordt).

IV. BUITENWAARTSE ('OUTBOUND') FUSIES EN (PARTIELE) SPLITSINGEN

1. Situatie vóór de wetswijziging

Vóór de wetswijziging kwam een fusie waarbij een binnenlandse vennootschap werd overgenomen door een buitenlandse vennootschap (of waarbij bestanddelen naar aanleiding van de splitsing van een binnenlandse vennootschap werden verkregen door een buitenlandse vennootschap) niet in aanmerking voor het neutraliteitsregime van artikel 211 WIB92. Dit regime stond immers enkel open voor verrichtingen waarbij de overnemende (verkrijgende) vennootschap een binnenlandse vennootschap was (oud artikel 211 §1 2^o lid 1^o WIB92). Deze verrichtingen waren dan ook principieel aan het fiscale liquidatieregime (artikel 208 en 209 WIB92) onderworpen, met o.m. afrekening over latente meerwaarden en vrijgestelde reserves tot gevolg.

²³ W. VANDENBERGHE, 'De omzetting van de fusierichtlijn. Duiding bij een labyrint van bepalingen inzake inbrengen van een bedrijfstak of algemeenheid, fusies en splitsingen', *AFT* 2009, afl. 4, 19-20.

2. Voorwaarden voor belastingneutraliteit

De vroegere voorwaarden bepaald in artikel 211, §1 WIB92 werden herschreven. De fiscaal neutrale behandeling in België wordt niet afhankelijk gesteld van de bijkomende voorwaarde dat in de lidstaat van de overnemende of verkrijgende vennootschap een gelijkaardig neutraliteitsregime wordt toegepast²⁴.

2.1. Intra-Europese vennootschap

In overeenstemming met de Fusierichtlijn wordt voortaan als voorwaarde gesteld dat de overnemende (verkrijgende) vennootschap een binnenlandse *of een intra-Europese vennootschap* moet zijn.

2.2. Verwezenlijking in overeenstemming met het vennootschapsrecht

Door de verruiming van het neutraliteitsregime tot intra-Europese verrichtingen, werd ook de (reeds bestaande) voorwaarde van conformiteit met het vennootschapsrecht herschreven. In geval van een grensoverschrijdende verrichting, waarbij de overnemende (verkrijgende) vennootschap een intra-Europese vennootschap is, moet de verrichting voortaan niet enkel worden verwezenlijkt conform het (Belgische) Wetboek van vennootschappen, maar moeten ook de vennootschapsrechtelijke bepalingen van 'gelijke aard', die van toepassing zijn op de overnemende (verkrijgende) vennootschap, worden gerespecteerd.

Over de juiste draagwijdte van de voorwaarde van conformiteit met het vennootschapsrecht vindt men weinig terug in de Memorie van Toelichting. Nochtans werden hierover vóór de wetswijziging (in het kader van binnenlandse herstructurerings) in de rechtsleer uiteenlopende standpunten ingenomen. In het bijzonder rijst de vraag of iedere overtreding van het vennootschapsrecht (in België of in de lidstaat van de overnemende of verkrijgende vennootschap), ook de meest geringe, tot een weigering van de fiscale neutraliteit kan leiden. Gelet op het feit dat de Fusierichtlijn geen voorwaarde van conformiteit met het vennootschapsrecht oplegt, kan dit o.i. worden betwist. Sommige auteurs hebben dan ook de stelling verdedigd dat, in een richtlijnconforme interpretatie, de fiscale neutraliteit enkel kan worden geweigerd omwille van een schending van een

²⁴ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 44-45.

vennootschapsrechtelijke bepaling die de nietigheid²⁵ van de fusie (of (partiële) splitsing) tot gevolg heeft (en op voorwaarde dat deze schending niet rechtgezet werd)²⁶.

De voorwaarde van conformiteit met het vennootschapsrecht geldt ook voor grensoverschrijdende (*partiële*) splitsingen. De recente invoering in het Wetboek van vennootschappen van de vennootschapsrechtelijke behandeling voor grensoverschrijdende fusies, blijft – in overeenstemming met de Tiende Richtlijn – qua toepassingsgebied echter beperkt tot *fusies* (en met fusie gelijkgestelde verrichtingen). Het Wetboek van vennootschappen voorziet op dit ogenblik dan ook geen procedure voor grensoverschrijdende (partiële) splitsingen. Ook in de wetgeving van de lidstaat van de verkrijgende vennootschap(pen) zal deze procedure niet noodzakelijk voorhanden zijn, omdat het toepassingsgebied van de Richtlijn 2005/56/EG van 26 oktober 2005 eveneens beperkt is tot *fusies* van kapitaalvennootschappen.

Zulks doet echter geen afbreuk aan de mogelijkheid om een grensoverschrijdende (partiële) splitsing ‘overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek vennootschappen’, en bijgevolg in fiscale neutraliteit, te realiseren. Deze voorwaarde houdt o.i. immers (enkel) in dat de verrichting geen schending mag inhouden van het vennootschapsrecht²⁷. Welnu, ondanks het ontbreken van een procedureel kader is er naar Belgisch vennootschapsrecht geen bepaling die zich verzet tegen een grensoverschrijdende (partiële) splitsing. Overigens waren er ook vóór de recente invoering van artikel 772/1 e.v. W.Venn. geen principiële vennootschapsrechtelijk bezwaren (meer) tegen een grensoverschrijdende ‘buitenwaartse’ fusie. In dezelfde gedachtegang dient o.i. te worden aangenomen dat er, ondanks het ontbreken van een specifieke procedure in het Wetboek van vennootschappen, geen principiële vennootschapsrechtelijke obstakels zijn om een grensoverschrijdende (partiële) splitsing door te voeren, en dat deze verrichtingen bijgevolg kunnen worden ‘verwezenlijkt overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen’ zoals vereist door artikel 211 §1 4° lid 2° WIB92).

²⁵ De nietigheidsgronden voor een fusie of (partiële) splitsing zijn limitatief opgesomd in artikel 689 W. Venn.

²⁶ H. VANHULLE, ‘Het nieuwe fiscaal regime inzake (grensoverschrijdende) fusies+ in *IFA – Belgische Afdeling – Algemene Vergadering 16 december 2008*, 6; H. VANHULLE, en N. BOUVERET, ‘Le nouveau régime fiscal des fusions et scissions transfrontalières’, *RGF* 2009, afl. 1, (17) 19; H. VANHULLE, ‘Het nieuwe fiscale regime inzake (grensoverschrijdende) fusies+ in *Grensoverschrijdende fusies zijn een feit*, Vormingsinstituut Nederlandse Orde Advocaten Balie Brussel, 2009, 134-135. Dit standpunt moet o.i. ook in het kader van grensoverschrijdende fusies worden bijgetreden, hoewel artikel 772/5 bepaalt dat deze fusies, eens van kracht geworden, niet meer nietig kunnen worden verklaard.

²⁷ Hier kan naar analogie verwezen worden naar (nieuw) artikel 46 §1 3° lid 2° WIB92 inzake inbreng van een bedrijfstak. Indien de belastingplichtige (in toepassing van artikel 759, 2° W.Venn.) afziet van de mogelijkheid om de inbreng in juridische continuïteit door te voeren door de verrichting *niet* te onderwerpen aan de voorziene vennootschapsrechtelijke procedure, levert dit geen schending op van het vennootschapsrecht, en impliceert dit bijgevolg niet dat de verrichting zou kunnen worden aangemerkt als *niet verwezenlijkt overeenkomstig de bepalingen van het W.Venn.q*

2.3. Antimisbruikbepaling

De voorwaarde van 'rechtmatige financiële- of economische behoeften' wordt richtlijnconform vervangen door de antimisbruikbepaling van artikel 183*bis* WIB92. De verrichting mag m.a.w. niet hoofdzakelijk geïnspireerd zijn door belastingfraude of -ontwijking²⁸.

3. Gehele of gedeeltelijke belastingneutraliteit

Indien de hoger vermelde voorwaarden vervuld zijn, komt de verrichting principieel onder het neutraliteitsregime van artikel 211 WIB92. Dit belet echter niet dat de verrichting nog steeds aanleiding kan geven tot een gedeeltelijke fiscale afrekening. Indien de overnemende of verkrijgende vennootschap een intra-Europese vennootschap is, geldt de fiscaal neutrale behandeling in toepassing van artikel 211 WIB92 immers (enkel) met betrekking tot (i) de naar aanleiding van de verrichting verkregen bestanddelen die als gevolg van de verrichting worden aangewend (en behouden) binnen een Belgische inrichting (in de zin van artikel 229, §1 WIB92) waarover de overnemende of verkrijgende intra-Europese vennootschap (al dan niet ten gevolge van de verrichting) beschikt, en die bijdragen tot de resultaten van deze inrichting, en (ii) de vrijgestelde reserves van de overgenomen of gesplitste vennootschap (andere dan die welke verbonden zijn aan een buitenlandse inrichting) die teruggevonden worden binnen het eigen vermogen van deze inrichting (artikel 211, §1, 5° lid WIB92).

3.1. Verkregen bestanddelen

De beperking van de neutraliteit tot de bestanddelen die als gevolg van de fusie of (partiële) splitsing aangewend worden binnen een (vooraf bestaande of ten gevolge van de verrichting tot stand gekomen) Belgische inrichting is in overeenstemming met artikel 4, §1 van de Fusierichtlijn, dat voorschrijft dat de verrichting niet mag leiden tot enigerlei belastingheffing over het verschil tussen de werkelijke waarde en de fiscale waarde van de 'overgedragen activa en passiva'. Onder 'overgedragen activa en passiva' worden in dit verband enkel die bestanddelen verstaan die 'als

²⁸ Voor een analyse van de draagwijdte van artikel 183*bis* WIB 92 en van de antimisbruik bepaling van de Fusierichtlijn kan o.m. worden verwezen naar D. GARABEDIAN, 'Nieuwe antimisbruikbepalingq nauwelijks wijzigingen ten gronde+', *Fiscoloog* 2008, nr. 1132, 1; A. HAELTERMAN, 'Fusies: fiscus moet afwezigheid rechtmatige behoeften aantonen+', *Fiscoloog* 2008, nr. 1101, 1; M. VAN KEIRSBILCK, noot bij Antwerpen 6 september 2005, *Fisc.Koer.* 2005, 547, noot bij Cass. 13 december 2007, *Fisc.Koer.* 2008, 358, en noot bij Gent 27 januari 2009, *Fisc.Koer.* 2009, 343; J. VERSTRAELEN, 'Wie moet wat bewijzen met betrekking tot de specifieke antirechtsmisbruikbepalingen in de artikelen 46 §1 en 211 §1 WIB92: het Hof van Cassatie stelt terug orde op zaken+', *TFR* 2008, 412, nr. 340.

gevolg van de fusie of (partiële) splitsing metterdaad gaan behoren tot een vaste inrichting van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap’.

De basisgedachte hierbij is dat de fiscus geen heffingsrechten verliest in de mate dat de bestanddelen van de overgenomen (gesplitste) binnenlandse vennootschap ‘geaffecteerd’ blijven aan een Belgische inrichting. In die omstandigheden ‘verschuift’ de fiscale claim met betrekking tot de meerwaarden op deze bestanddelen immers van de overgenomen (gesplitste) binnenlandse vennootschap (heffing in de vennootschapsbelasting) naar de Belgische inrichting van de overnemende (verkrijgende) intra-Europese vennootschap (heffing in de belasting van niet-inwoners). Het behoud, na de fusie of (partiële) splitsing, van de fiscale claim op de activa van de ‘achterblijvende’ Belgische inrichting wordt verder verzekerd doordat deze activa hun fiscale waarde van vóór de verrichting behouden, zodat (o.m.) afschrijvingen en meerwaarden na de verrichting bepaald worden alsof deze niet had plaatsgevonden (behoud van de ‘secundaire belastingkenmerken’ – zie verder sub 4.3.)²⁹.

Opvallend is dat het op grond van artikel 211, §1, 5° lid WIB92 volstaat dat de verkregen bestanddelen aangewend worden binnen een ‘Belgische inrichting’ (in de zin van artikel 229, §1 WIB92), terwijl de Fusierichtlijn het behoud van een ‘vaste inrichting’ oplegt. Hoewel de Fusierichtlijn zelf het begrip ‘vaste inrichting’ niet definieert, mag worden aangenomen dat voor de toepassing van de Richtlijn dient te worden teruggegrepen naar de verdragsdefinitie³⁰. Het internrechtelijke begrip ‘Belgische inrichting’ is in beginsel ruimer dan het verdragsrechtelijke concept ‘vaste inrichting’: een buitenlandse vennootschap kan een ‘Belgische inrichting’ aanhouden in de zin van artikel 229, §1 WIB92 en toch niet belastbaar zijn over de verrichtingen van deze inrichting, omdat de Belgische aanwezigheid niet voldoet aan de verdragsdefinitie van een ‘vaste inrichting’. Artikel 211, §1, 5° lid WIB92 eist echter enkel het behoud van een ‘Belgische inrichting’³¹.

²⁹ Er dient opgemerkt dat uit het feit dat de Fusierichtlijn de neutraliteit afhankelijk stelt van het behoud van een vaste inrichting, nog niet noodzakelijk kan worden afgeleid dat een eventuele ~~ex~~exitheffing die in de lidstaat van de overgenomen vennootschap wordt opgelegd indien een dergelijke inrichting *niet* achterblijft, verenigbaar is met het primair Gemeenschapsrecht. In dit verband kan ook worden verwezen naar Resolutie 2008/C 323/01 van de Raad van 2 december 2008 betreffende de coördinatie van exitheffingen (*Pb.C.* 323/1 van 18 december 2008). Zie ook: Ph. VERSWYVELD, *Zijn de Belgische fiscale regels betreffende grensoverschrijdende reorganisaties strijdig met het Europese recht?*, *AFT* 2009, afl. 10, 3.

³⁰ Zie o.m. B. LARKING, *Permanent Confusion? The Role of the Permanent Establishment in the Merger Directive*, *European Taxation* 1992, 304-310.

³¹ H. VANHULLE, *Met nieuwe fiscaal regime inzake (grensoverschrijdende) fusies*, *IFA – Belgische Afdeling – Algemene Vergadering 16 december 2008*, 18; H. VANHULLE, en N. BOUVERET, *Le nouveau régime fiscal des fusions et scissions transfrontalières*, *RGF* 2009, afl. 1, 26; H. VANHULLE, *Met nieuwe*

Artikel 211, §1, 5° lid WIB92 eist verder dat de bestanddelen die als gevolg van de verrichting aangewend worden in een Belgische inrichting 'bijdragen tot de totstandkoming van de resultaten van deze inrichting die in toepassing van artikel 233 WIB92 in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag'.

Op grond van artikel 233 WIB92 wordt de belasting van niet-inwoners (wat de in artikel 227, 2° WIB92 bedoelde buitenlandse vennootschappen betreft) gevestigd op 'het totale bedrag van de winst, opgebracht door bemiddeling van Belgische inrichtingen (en van de in artikel 228, §2, 3° a en e vermelde winst die zonder bemiddeling van zulke inrichtingen is opgebracht)'. De opname in de belastinggrondslag vindt, in toepassing van artikel 233 WIB92, dus plaats voor de resultaten die 'opgebracht worden door bemiddeling van' of 'toerekenbaar zijn aan' een Belgische inrichting.

De voorwaarde van artikel 211, §1, 5° lid (eerste gedachtestreep) WIB92 dient o.i. dan ook aldus te worden opgevat dat de overgenomen bestanddelen aangewend dienen te worden binnen een Belgische inrichting, zodat de resultaten die door deze overgenomen bestanddelen worden opgebracht, toerekenbaar zijn aan de Belgische inrichting en bijgevolg conform artikel 233 WIB92 opgenomen worden in de belastinggrondslag in de belasting van niet-inwoners (vennootschappen). Het *in fine* van artikel 211, §1, 5° lid (eerste gedachtestreep) WIB92 (*'in toepassing van artikel 233 in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag'*) vormt o.i. dan ook (enkel) een explicitering van de basisvoorwaarde dat de overgenomen bestanddelen na de verrichting aangewend dienen te worden in het kader van een Belgische inrichting, en geen afzonderlijke (bijkomende) voorwaarde³².

3.2. Vrijgestelde reserves

Ten aanzien van de vrijgestelde reserves van de overgenomen (gesplitste) binnenlandse vennootschap blijft de verrichting (slechts) neutraal in de mate dat deze vrijgestelde reserves na de verrichting worden 'terugggevonden' in het eigen vermogen van de Belgische inrichting van de overnemende (verkrijgende) intra-Europese vennootschap. In deze omstandigheden kunnen de vrijgestelde reserves van de overgenomen (gesplitste) binnenlandse vennootschap worden 'doorgeschoven' naar het eigen vermogen van de Belgische inrichting, waardoor de latente belastingclaim die op deze reserves drukt, intact blijft.

fiscale regime inzake (grensoverschrijdende) fusies+ in *Grensoverschrijdende fusies zijn een feit*, Vormingsinstituut Nederlandse Orde Advocaten Balie Brussel, 2009, 154-155.

³² VANDENBERGHE, *De omzetting van de fusierichtlijn. Duiding bij een labyrint van bepalingen inzake inbrengen van een bedrijfstak of gemeenschap, fusies en splitsingen+*, AFT 2009, afl. 4, 30.

Dit 'terugvinden' veronderstelt, zoals hoger aangegeven, o.i. niet noodzakelijk dat de Belgische inrichting een 'jaarrekeningplichtig' bijkantoor is (zie hoger sub III.1. voor het begrip 'eigen vermogen' van een Belgische inrichting).

De eis dat de vrijgestelde reserves moeten worden 'teruggevonden' in het eigen vermogen van de Belgische inrichting, geldt niet voor de vrijgestelde reserves die 'verbonden' zijn aan een buitenlandse inrichting van de overgenomen (gesplitste) vennootschap (zie verder sub 4.2.2.d).

De voorwaarde in verband met het 'terugvinden' van de vrijgestelde reserves sluit aan bij de Fusierichtlijn. Op grond van artikel 5 van de Richtlijn dienen de reserves die door de 'inbrengende' vennootschap met gehele of gedeeltelijke vrijstelling van belasting zijn gevormd (behoudens de reserves uit vaste inrichtingen in het buitenland) onder dezelfde voorwaarden worden overgenomen door de vaste inrichtingen van de 'ontvangende' vennootschap die gelegen zijn in de lidstaat van de 'inbrengende' vennootschap.

4. Werking van de belastingneutraliteit

4.1. Fusiemeerwaarden

De meerwaarden die naar aanleiding van de verrichting op de overgenomen of verkregen bestanddelen worden verwezenlijkt of vastgesteld, worden op grond van artikel 211, §1, 1° WIB92 vrijgesteld. Naar analogie met artikel 212, 3° lid WIB92 worden deze meerwaarden aangemerkt als 'niet gerealiseerde' meerwaarden (artikel 229, §4, 9° lid WIB92)³³.

Deze vrijstelling (en de fictie van 'niet realisatie') gelden slechts voor die bestanddelen die ten gevolge van de fusie (splitsing) aangewend worden binnen een Belgische inrichting van de overnemende of verkrijgende intra-Europese vennootschap (artikel 211, §1, 5° lid WIB92).

De meerwaarden in verband met bestanddelen die na de verrichting niet aangewend worden in de Belgische inrichting, worden bijgevolg 'onttrokken' aan het neutraliteitsregime van artikel 211, §1, 1° lid WIB92, waardoor zij (via artikel 210, §1, 1° WIB92) aan het fiscale liquidatieregime van artikel 208 en 209 WIB92 onderworpen worden. Dit is aan de orde voor bestanddelen die (i) in het kader van de verrichting overgebracht worden naar de buitenlandse hoofdzetel (of naar een andere – buitenlandse – inrichting) van de overnemende (verkrijgende) vennootschap, of (ii) vóór de

³³ In beginsel zullen deze meerwaarden niet boekhoudkundig tot uitdrukking komen (Advies CBN nr. 2009/7 van 15 juli 2009). In de mate dat deze ~~fusiemeerwaarden~~toch boekhoudkundig zouden worden uitgedrukt, worden zij gelijkgesteld met ~~uitgedrukte~~ niet verwezenlijkte meerwaarden in de zin van artikel 44, §1, 1° WIB92.

verrichting behoren tot een buitenlandse inrichting van de overgenomen (gesplitste) binnenlandse vennootschap.

De toepassing van de fiscale liquidatieregels met betrekking tot deze bestanddelen heeft tot gevolg dat de meerwaarden die in het kader van de verrichting op de betrokken activa worden verwezenlijkt³⁴ of vastgesteld, belastbaar zijn (artikel 208, 2° lid WIB92), en geacht worden in het kader van een (gedeeltelijke) verdeling te zijn uitgekeerd (artikel 209 WIB92). Deze fictie van uitkering heeft tevens tot gevolg dat principieel roerende voorheffing verschuldigd is³⁵.

In de hypothese dat de betrokken bestanddelen vóór de verrichting behoren tot een buitenlandse vaste inrichting van de overgenomen (gesplitste) vennootschap, zal de meerwaardebelasting in toepassing van artikel 208, 2° lid WIB92 (doch niet de roerende voorheffing) achterwege blijven door toepassing van de verdragsvrijstelling³⁶.

Meerwaarden op bestanddelen die vóór de verrichting niet behoren tot een buitenlandse vaste inrichting, maar die, als gevolg van hun overbrenging in het kader van de verrichting, niet overgenomen worden in de Belgische inrichting, ondergaan daarentegen wel een effectieve heffing in de vennootschapsbelasting.

Voor actiefbestanddelen die ten gevolge van de fusie (splitsing) wel aangewend worden in de Belgische inrichting, maar hieraan achteraf worden 'onttrokken', worden de meerwaarden op het moment van deze latere 'onttrekking' (voor zover zij worden 'vastgesteld') als 'gerealiseerde' meerwaarden aangemerkt en als belastbaar winstbestanddeel in de belasting van niet-inwoners opgenomen (artikel 228, §2, 3°bis WIB92) (zie hoger sub III.2.1.). In deze hypothese bepaalt de wet echter niet uitdrukkelijk dat de belastbare meerwaarde dient te worden bepaald op basis van de werkelijke waarde, indien deze hoger is dan de 'vastgestelde' waarde (dit in tegenstelling tot de casus waarbij bestanddelen 'in kader van' de verrichting worden onttrokken, en waarbij op grond van artikel 210, §2 WIB92 (fusie of splitsing) of artikel 210, §3, 2° lid WIB92 (partiële splitsing) de 'werkelijke waarde' in aanmerking dient te worden genomen). Ook op het vlak van de principiële verschuldigdheid van de roerende voorheffing kan overigens een opmerkelijk verschil worden vastgesteld tussen de beide hypothesen: een post-fusie 'onttrekking' leidt enkel tot een afrekening

³⁴ De fictie van niet-verwezenlijking op grond van artikel 229, §4, 9° lid WIB92 geldt slechts in geval van toepassing van artikel 211 (en 231, §§2 en 3) en is dus voor de betrokken actiefbestanddelen niet aan de orde, gezien deze aan artikel 211 WIB92 worden onttrokken.

³⁵ Behoudens indien op grond van artikel 18, 1° lid, 2°ter WIB92 mag worden aangenomen dat de gelijkstelling met een dividenduitkering enkel geldt in de hypothese van een (gemeenrechtelijke) verdeling van het vermogen (in die zin: P. HAUTENNE en T. AFSCHRIFT, *La réforme de l'impôt des sociétés par la loi du 24 décembre 2002*, JT 2003, (393) 400), en behoudens toepassing van een vrijstelling op grond van artikel 106, §5 of §6 KB/WIB92 (Moeder-dochterrichtlijn).

³⁶ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer 2007-2008*, Doc 52, 1398/001, 40.

over de meerwaarden, terwijl een 'onttrekking' in het kader van de verrichting als gevolg van de liquidatiefictie principieel ook tot verschuldigheid van de roerende voorheffing kan leiden.

4.2. Fiscale vermogensovername c.q. -uitkering

4.2.1. Verrichtingen met volledige vermogensovername binnen een Belgische inrichting en met integrale vergoeding in aandelen

- Fiscale vermogensovername

Indien de overgenomen (verkregen) bestanddelen volledig opgenomen worden binnen de Belgische inrichting van de overnemende (verkrijgende) intra-Europese vennootschap, en de verrichting integraal door uitgifte van nieuwe aandelen van de overnemende (verkrijgende) vennootschap wordt vergoed, speelt de belastingneutraliteit volledig.

De vrijgestelde en belaste reserves van de overgenomen (gesplitste) vennootschap worden integraal overgenomen binnen het eigen vermogen van de inrichting, en behouden daar hun kwalificatie van 'vrijgestelde' respectievelijk 'belaste' reserves. De vrijgestelde reserves zullen bij latere afname of vermindering een heffing in de 'belasting van niet-inwoners' ondergaan (artikel 228, §2, 3°*bis* WIB92 – zie hoger sub III.2.2.).

Op grond van artikel 229, § 4, 5° lid WIB92 vindt de overname van de (belaste en) vrijgestelde reserves binnen het eigen vermogen van de inrichting echter (slechts) plaats 'in de mate de verrichting leidt tot de vorming of toename van de totale fiscale nettowaarde van de inrichting'. Eventuele uitgedrukte niet-verwezenlijkte meerwaarden (artikel 44, §1, 1° WIB92) ('herwaarderingsmeerwaarden') die behoren tot het eigen vermogen van de overgenomen (gesplitste) binnenlandse vennootschap maken geen deel uit van de totale fiscale nettowaarde, zodat in die mate de verrichting geen aanleiding geeft tot de creatie van (bijkomende) fiscale nettowaarde ten name van de inrichting. Uit de verwijzing in artikel 229, § 4, 5° lid WIB92 naar de 'vorming of toename van de totale fiscale nettowaarde' dient echter allicht te worden afgeleid dat enkel voor de (vrijgestelde) reserves die deel uitmaken van de totale fiscale nettowaarde een gedeeltelijke (onvolledige) overname binnen het eigen vermogen van de inrichting kan plaatsvinden³⁷. Uitgedrukte niet-gerealiseerde meerwaarden (die niet mee de totale fiscale nettowaarde vormen) worden o.i. dus steeds integraal opgenomen in het eigen vermogen van de inrichting, op voorwaarde dat zij betrekking hebben op bestanddelen die ingevolge de verrichting opgenomen worden in het nettoactief van de inrichting. Geboekte herwaarderingsmeerwaarden die betrekking hebben op actiefbestanddelen die belegd zijn in een buitenlandse vaste inrichting van de

³⁷ VANDENBERGHE, *De omzetting van de fusierichtlijn. Duiding bij een labyrint van bepalingen inzake inbrengen van een bedrijfstak of gemeenschap, fusies en splitsingen*, AFT 2009, afl. 4, 50.

overgenomen of gesplitste vennootschap worden echter niet overgenomen in het eigen vermogen van de Belgische inrichting.

Merkwaardig is dat artikel 229, §4, 5° lid WIB92 uitsluitend verwijst naar de overname van de *reserves* binnen het eigen vermogen van de inrichting, en niet naar de overname van het gestorte kapitaal van de overgenomen (gesplitste) vennootschap onder de vorm van kapitaalsdotatie. Wellicht dient te worden aangenomen dat de kapitaalsdotatie gelijk is aan het saldo van de totale fiscale nettowaarde van de in de Belgische inrichting overgenomen bestanddelen dat niet beantwoordt aan de aldus overgenomen (vrijgestelde en belaste) reserves³⁸.

In geval van (partiële) splitsing van een binnenlandse vennootschap, waarbij de (af)gesplitste activa en schulden verkregen worden door (de Belgische inrichting van) een intra-Europese vennootschap, worden de fiscale eigen vermogensbestanddelen van de partieel gesplitste binnenlandse vennootschap *partieel* overgenomen binnen het eigen vermogen van de binnenlandse inrichting, meer bepaald tot beloop van de totale fiscale nettowaarde van de bestanddelen die in de Belgische inrichting worden verkregen (artikel 229, §4, 5° lid WIB92). Ten name van de partieel gesplitste binnenlandse vennootschap worden de fiscale eigen vermogensbestanddelen op grond van artikel 213 WIB92 in dezelfde mate verminderd.

- Casus: fusie

De overname van de vrijgestelde reserves in het eigen vermogen van de inrichting kan als volgt worden geïllustreerd. Stel dat een binnenlandse vennootschap met de volgende vermogenspositie door fusie overgenomen wordt door een intra-Europese vennootschap die vóór de verrichting nog niet over een Belgische inrichting beschikt. De overnemende intra-Europese vennootschap heeft geen participatie in de over te nemen binnenlandse vennootschap en er wordt geen opleg in geld voorzien.

³⁸ Deze omschrijving van de kapitaalsdotatie als saldo kan worden teruggevonden in artikel 229, §4, 6° lid WIB92, zij het enkel in de hypothese dat de verrichting niet volledig wordt vergoed door uitgifte van aandelen omwille van een voorafgaand aandelenbezit van de overnemende in de overgenomen vennootschap. Als gevolg van deze wetgevende onzorgvuldigheid voorziet de wet niet uitdrukkelijk dat, ook buiten de hypothese van een moeder-dochterfusie, het gestorte kapitaal van de overgenomen (gesplitste) vennootschap in de inrichting wordt teruggevonden als kapitaalsdotatie. Bovendien verwijst artikel 229, §4, 6° WIB92 enigszins onduidelijk naar de nettowaarde van de ontvangen bestanddelen. Bedoeld is allicht de totale fiscale nettowaarde van deze bestanddelen.

BE

Activa	1 200		
		Gestort kapitaal	400
		Herwaarderingsmeerwaarde	200
		Belaste reserves	300
		Vrijgestelde reserves (artikel 47)	100
		Schulden	200
	1 200		1 200

De fusie leidt niet tot enige afrekening ten name van de overgenomen binnenlandse vennootschap (volledige neutraliteit in toepassing van artikel 211, §1, 1^e lid WIB92). Als gevolg van de verrichting verkrijgt de overnemende vennootschap een Belgische inrichting met de volgende vermogenspositie:

be

Activa	1 200		
		Dotatie	400 ^{*1}
		Herwaarderingsmeerwaarde	200
		Belaste reserves	300
		Vrijgestelde reserves (artikel 47)	100
		Schulden	200
	1 200		1 200

*1 In het advies nr. 2009/7 van 15 juli 2009 van de CBN wordt de term 'dotatie' gebruikt. Fiscaal kwalificeert deze vermogensrubriek als 'kapitaalsdotatie'.

- Casus: (partiële) splitsing

Stel dat de hoger vermelde binnenlandse vennootschap partieel wordt gesplitst, dat in het kader van deze verrichting activa tot beloop van 750 en schulden voor 150 worden afgesplitst naar (de Belgische inrichting van) een intra-Europese vennootschap en dat zowel het geherwaardeerde actiefbestanddeel als het actief dat geldt als wederbelegging met het oog op gespreide taxatie (artikel 47 WIB92) deel uitmaakt van het afgesplitste vermogen.

De totale fiscale nettowaarde van de binnenlandse vennootschap bedraagt vóór de verrichting 800 (boekhoudkundig nettoactief ad 1.000, verminderd met de nog niet belaste herwaarderingsmeerwaarde ad 200) en wordt tot beloop van 400 (boekhoudkundig nettoactief ad 600, verminderd met de herwaarderingsmeerwaarde ad 200) afgesplitst naar de Belgische inrichting van de verkrijgende vennootschap. In hoofde van de afsplitsende vennootschap wordt de totale fiscale nettowaarde verminderd tot 400 (zijnde de boekhoudkundige nettoactiefwaarde). De reserves die tot de fiscale nettowaarde behoren (met name de belaste reserves en de vrijgestelde reserves in toepassing van artikel 47 WIB92) worden bijgevolg op 50-50 basis verdeeld. De fiscale administratie is van oordeel dat de opdeling van de reserves in evenredigheid met de fiscale nettowaarden niet *in globo* mag gebeuren, maar dient plaats te vinden voor de belaste en de vrijgestelde reserves afzonderlijk. Op basis van de tekst van artikel 213 WIB92 is een evenredige opdeling van de reserves *in globo* echter verdedigbaar³⁹. Ook de tekst van artikel 229, §4, 5° lid WIB92 lijkt zich niet te verzetten tegen deze wijze van toebedeling van de eigen vermogensbestanddelen aan de Belgische inrichting van een inbrengverkkrijgende intra-Europese vennootschap. Deze benadering laat in de gegeven casus toe om de vrijgestelde reserves (artikel 47 WIB92) 'bij voorrang' toe te wijzen aan de Belgische inrichting die het herbeleggingsactief verkrijgt, en toch globaal de evenredigheid met de toegewezen fiscale nettowaarde te respecteren door aan de inrichting minder belaste reserves toe te wijzen.

Indien deze benadering in de gegeven casus wordt gevolgd, leidt de partiële splitsing respectievelijk bij (de Belgische inrichting van) de verkrijgende intra-Europese vennootschap ('be') en bij de partieel gesplitste binnenlandse vennootschap ('BE') tot de volgende fiscale vermogenspositie.

³⁹ Deze benadering werd bevestigd in de rechtspraak: Rb. Brugge 17 juni 2009 (twee vonnissen), *Fisc. Koerier* 2009/564, noot M. Van KEIRSBILCK.

be

Activa	750	Dotatie	200 *1
		Herwaarderingsmeerwaarde	200 *2
		Belaste reserves	100 *3
		Vrijgestelde reserves (artikel 47)	100 *3
		Schulden	150
	<u>750</u>		<u>750</u>

BE

Activa	450	Gestort kapitaal	200
		Belaste reserves	200 *3
		Schulden	50
	<u>450</u>		<u>450</u>

*1 De 'dotatie' van de Belgische inrichting bedraagt 200, namelijk 400 (gestort kapitaal van de partieel gesplitste vennootschap vóór de verrichting) x 400 (afgesplitste totale fiscale nettowaarde) / 800 (totale fiscale nettowaarde van de partieel gesplitste vennootschap vóór de verrichting). Fiscaal kwalificeert deze vermogensrubriek als 'kapitaalsdotatie'.

Het fiscaal gestort kapitaal van de partieel gesplitste binnenlandse vennootschap vermindert tot 200, namelijk 400 (gestort kapitaal van de partieel gesplitste vennootschap vóór de verrichting) x 400 (totale fiscale nettowaarde van het niet-afgesplitste nettoactief) / 800 (totale fiscale nettowaarde van de partieel gesplitste vennootschap vóór de verrichting).

*2 De herwaarderingsmeerwaarde volgt het geherwaardeerde actiefbestanddeel.

*3 De reserves (die tot de totale fiscale nettowaarde behoren) worden *in globo* verdeeld in evenredigheid met de toegewezen totale fiscale nettowaarden. Bijgevolg worden zowel aan de Belgische inrichting als aan de afsplitsende vennootschap 200 reserves toegewezen, namelijk 400 (totaal belaste en vrijgestelde reserves vóór partiële splitsing) x 400 (afgesplitste c.q. 'achterblijvende' totale fiscale nettowaarde) / 800 (totale fiscale nettowaarde van de partieel gesplitste vennootschap vóór de verrichting). De vrijgestelde reserves (artikel 47 WIB92) worden 'bij voorrang' toegewezen aan de Belgische inrichting.

4.2.2. Verrichtingen met onvolledige vermogensovername binnen een Belgische inrichting

In de hoger uitgewerkte voorbeelden (4.2.1.) werd er steeds van uitgegaan dat de in het kader van de verrichting overgenomen of verkregen bestanddelen integraal opgenomen worden in de Belgische inrichting waarover de overnemende (verkrijgende) vennootschap (al dan niet als gevolg van de verrichting) beschikt. Een onvolledige overname van het nettoactief in de Belgische inrichting zal zich echter voordoen indien in het kader van de verrichting bepaalde bestanddelen worden overgebracht naar de buitenlandse hoofdzetel, of naar een andere – buitenlandse – inrichting, of nog indien de overgenomen (gesplitste) vennootschap vóór de verrichting over een buitenlandse inrichting beschikt.

a. *Fiscale vermogensreductie*

Indien de bestanddelen van de overgenomen binnenlandse vennootschap (hetzij als gevolg van een ‘onttrekking’, hetzij als gevolg van een buitenlandse inrichting) na de verrichting niet volledig aangewend worden binnen de Belgische inrichting, wordt de verrichting partieel onttrokken⁴⁰ aan de toepassing van artikel 211 WIB92 (artikel 211, §1, 5° lid WIB92). Bijgevolg worden de niet binnen de inrichting overgenomen bestanddelen ten name van de overgenomen vennootschap op grond van artikel 210, §1, 1° WIB92 aan het liquidatieregime onderworpen en als zodanig geacht uitgekeerd te zijn, waarbij de ‘werkelijke waarde’ van de betrokken bestanddelen gelijkgesteld wordt aan het vermogen dat in het kader van de verrichting geacht wordt te zijn uitgekeerd (artikel 210, §2 of §3, 2° lid WIB92).

De (vóór de verrichting bestaande) reserves van de overgenomen (gesplitste) vennootschap worden (slechts) opgenomen in de Belgische inrichting van de overnemende vennootschap in de mate dat de verrichting leidt tot de vorming of de toename van de totale fiscale nettowaarde van de inrichting (artikel 229, §4, 5° lid WIB92). Aangezien de totale fiscale nettowaarde van de overgenomen vennootschap per hypothese niet volledig wordt overgenomen binnen de Belgische inrichting, zal er bijgevolg een vermindering van deze reserves optreden ten name van de inrichting (vermindering die

⁴⁰ Dit is conceptueel een andere benadering dan de klassieke vermogensverminderingen in het kader van een fusie die aanleiding geeft tot een onvolledige vergoeding in aandelen wegens een onderlinge deelneming van de overnemende in de overgenomen vennootschap of wegens een opleg in geld. In deze laatste hypothesen wordt de verrichting in haar geheel doorgevoerd met toepassing van artikel 211 WIB92, met dien verstande dat de toepassing van deze bepaling dan niet steeds leidt tot een volkomen fiscale neutraliteit.

overeenstemt met de fiscale vermogensuitkering die de betrokken reserves geacht worden te hebben ondergaan ten name van de overgenomen vennootschap).

Deze fiscale vermogensuitkering wordt eerst aangerekend op de belaste reserves, en vervolgens op de vrijgestelde reserves. Indien de fiscale vermogensuitkering de reserves overtreft, wordt het saldo aangerekend op het gestorte kapitaal⁴¹ (artikel 211, §2, 6° lid (*juncto* 1° en 2° lid) WIB92)⁴². In de mate dat de fiscale uitkering (door de overgenomen vennootschap) of vermindering (ten name van de Belgische inrichting), bij ontoereikende belaste reserves, moet worden aangerekend op vrijgestelde reserves, worden deze niet meer 'teruggevonden' in het eigen vermogen van de Belgische inrichting, zoals vereist door artikel 211, §1, 5° lid (2° gedachtestreep) WIB92, zodat in principe een fiscale afrekening over deze vrijgestelde reserves dient plaats te vinden.

Wat de aanrekening op de vrijgestelde reserves betreft, is het merkwaardig dat artikel 211, §2, 6° lid WIB92 wel verwijst naar de volgorde van aanrekening zoals vermeld in het 2° lid (regeling inzake onvolledige vergoeding in aandelen wegens geldopleg), maar niet naar het 4° lid, op grond waarvan (bij onvolledige vergoeding in aandelen) geen vermindering wordt aangerekend op bepaalde vrijgestelde reserves, waaronder de uitgedrukte niet-verwezenlijkte meerwaarden (artikel 44, §1, 1° WIB92), en de gespreid belaste meerwaarden (artikel 47 WIB92).

De *uitgedrukte, niet-verwezenlijkte meerwaarden* die betrekking hebben op bestanddelen die naar aanleiding van de verrichting worden verkregen in de Belgische inrichting, dienen o.i. echter steeds (volledig) te worden overgenomen binnen het eigen vermogen van de Belgische inrichting. Deze voorheen uitgedrukte, en naar aanleiding van de verrichting verwezenlijkte of vastgestelde meerwaarden blijven immers onbelast (artikel 211, §1, 1° lid, 1° WIB92). Bovendien lijkt de 'partiële' overname van de (vrijgestelde) reserves in toepassing van artikel 229, §4, 5° lid WIB92 (op grond van de beperkende zinsnede '*in de mate dat de verrichting leidt tot de vorming of de toename van de totale fiscale nettowaarde*') enkel de reserves te viseren die (anders dan de 'herwaarderingsmeerwaarden') deel uitmaken van deze totale fiscale nettowaarde (zie hoger).

Op de in toepassing van artikel 47 WIB92 *gespreid belaste meerwaarden* (die wel deel uitmaken van de totale fiscale nettowaarde) zou op grond van een tekstuele interpretatie (ontbreken van een verwijzing in artikel 211, §2, 6° lid WIB92 naar het 4° lid) blijkbaar wel een (belastbare) vermindering

⁴¹ Bedoeld wordt ~~kapitaalsdotatie~~

⁴² De opneming van deze regel in artikel 211, §2 WIB92 lijkt niet coherent. Aangezien de betrokken eigen vermogensbestanddelen ~~verminderd~~ worden ten name van (de Belgische inrichting van) de overnemende of verkrijgende vennootschap, had het logischer geweest om de vermogensvermindering te regelen in artikel 229, §4 WIB92. De ~~klassieke~~ vermogensverminderingen in geval van onvolledige vergoeding in aandelen, worden in het kader van een buitenwaartse fusie overigens wel (conform deze logica) uitgewerkt in artikel 229, §4 WIB92. Verder lijkt het niet logisch om enerzijds de betrokken hypothese te onttrekken aan de toepassing van artikel 211, §1 WIB92 en anderzijds de toerekening van de fiscale vermogensreductie, die hieruit voortvloeit, te regelen in artikel 211, §2 WIB92.

moeten worden aangerekend (ook indien de activa die dienen tot herbelegging behoren tot de bestanddelen die binnen de binnenlandse inrichting worden verkregen). Aangezien het 4° lid ('geen aanrekening op o.m. de reserves die in toepassing van artikel 47 WIB92 zijn aangelegd') echter kan worden opgevat als een 'verduidelijking' bij de aanrekeningvolgorde van het 2° lid (waarnaar wel verwezen wordt), zou in principe moeten kunnen worden verdedigd dat ook de 'artikel 47'-reserves geen (fiscale) vermindering ondergaan. In de mate dat deze reserves vanuit boekhoudkundig oogpunt verminderd worden, zouden zij in deze benadering niettemin fiscaal moeten worden overgenomen binnen het eigen vermogen van de Belgische inrichting (eventueel door een boeking 'binnen kapitaalsdotatie' door opname voor eenzelfde bedrag van een 'negatieve reserve' in de kapitaalsdotatie). De vraag is echter of deze interpretatie wel verenigbaar is met artikel 229, §4, 5° lid WIB92, op grond waarvan de reserves van de overgenomen (gesplitste) vennootschap fiscaal (slechts) overgenomen worden in de Belgische inrichting '*in de mate dat de verrichting leidt tot de vorming of de toename van de totale fiscale nettowaarde van de inrichting*', en dus blijkbaar wel degelijk een vermindering ondergaan in de mate dat in de Belgische inrichting geen (bijkomende) fiscale nettowaarde wordt gecreëerd.

Wat de '*andere*' (dan de in artikel 47 WIB92 bedoelde) vrijgestelde reserves betreft, nopen de teksten o.i. ondubbelzinnig tot de conclusie dat deze naar aanleiding van de verrichting een (belastbare) vermindering kunnen ondergaan. De (door de Fusiewet gecreëerde) mogelijkheid van 'overneming' van deze vrijgestelde reserves (artikel 211, §1, 1° lid, 2° WIB92) is immers enkel voorzien voor de hypothese waarbij de verrichting niet volledig door uitgifte van aandelen wordt vergoed omwille van een onderlinge deelneming (moeder-dochterfusie).

Ook uit de Memorie van Toelichting zou kunnen worden afgeleid dat wel degelijk een werkelijke taxatie kan plaatsvinden als gevolg van een fiscale uitkering van vrijgestelde reserves in de hypothese dat de overgenomen binnenlandse vennootschap een buitenlandse inrichting aanhoudt⁴³.

⁴³ Memorie van Toelichting, Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 40, waar (eerder sibillijns) wordt gesteld dat *bij fusie, splitsing of ermee gelijkgestelde verrichting van een binnenlandse vennootschap met buitenlandse vestigingen door een intra-Europese vennootschap, de bepalingen van artikel 208, 2° lid en artikel 209 WIB92 wel van toepassing zijn voor wat betreft deze buitenlandse inrichtingen*. Er wordt niet verduidelijkt wat de toepassing van artikel 209 WIB92 *wat deze buitenlandse inrichtingen betreft* concreet betekent.

b. *Roerende voorheffing*

De vermindering van (vrijgestelde en belaste) reserves leidt bovendien principieel tot de verschuldigheid van de roerende voorheffing⁴⁴. De vrijstelling van roerende voorheffing waarin artikel 264, 1° lid, 2° WIB92 voorziet in de hypothese van een (principieel) belastingneutrale fusie (splitsing), geldt immers enkel indien de verrichting vanuit fiscaal oogpunt gelijkgesteld wordt met een 'gedeeltelijke verdeling van het vermogen' omwille van een vóór de verrichting bestaande onderlinge deelneming. Desgevallend zal wel de moeder-dochter vrijstelling (artikel 106, §5 of §6 KB/WIB92) kunnen worden ingeroepen in de mate dat de aandelen van de overgenomen (gesplitste) binnenlandse vennootschap worden gehouden door een vennootschap (al dan niet de overnemende vennootschap) die een kwalificerende deelneming bezit.

c. *Casus: 'onttrekking' van bestanddelen in het kader van de verrichting*

Stel dat in het kader van de hoger (sub 4.2.1.) uitgewerkte fusie actief- en passiefbestanddelen van de overgenomen binnenlandse vennootschap worden onttrokken door de overnemende vennootschap. De onttrokken bestanddelen hebben een boekwaarde (fiscale waarde) van 200 en een werkelijke waarde van 300. De naar aanleiding van de verrichting vastgestelde fusiemeerwaarde (100) op de overgebrachte bestanddelen wordt aangemerkt als een belaste meerwaarde. De totale fiscale nettowaarde ondergaat ten name van de Belgische inrichting een vermindering van 200, die in de gegeven hypothese volledig kan worden aangerekend op de belaste reserves, zodat de vrijgestelde reserves integraal worden 'teruggevonden' in het eigen vermogen van de inrichting, en hierdoor onbelast blijven. De fiscale liquidatie-uitkering tot beloop van de werkelijke waarde (300) van de 'onttrokken' bestanddelen wordt voor de totaliteit aangerekend op belaste reserves (100 fusiemeerwaarden en 200 vooraf bestaande belaste reserves), en is in beginsel onderworpen aan roerende voorheffing.

⁴⁴ Behoudens indien op grond van artikel 18, 1° lid, 2° WIB92 mag worden aangenomen dat de gelijkstelling met een dividenduitkering enkel geldt in de hypothese van een (gemeenrechtelijke) verdeling van het vermogen. (in die zin: P. HAUTENNE en T. AFSCHRIJFT, *La réforme de l'impôt des sociétés par la loi du 24 décembre 2002*, JT 2003, (393), 400).

Indien inzake roerende voorheffing de moeder-dochtervrijstelling kan worden ingeroepen, is de vermogenspositie van de Belgische inrichting na fusie is als volgt.

be

Activa ex BE	1 000	Kapitaalsdotatie	366 ^{*5}
		Herwaarderingsmeerwaarde	200 ^{*2}
		Belaste reserves	100 ^{*3}
		Vrijgestelde reserves (artikel 47)	100 ^{*4}
		Schulden ex BE	200
		Schuld (vennootschapsbelasting)	34 ^{*1}
	<u>1 000</u>		<u>1 000</u>

*1 De fusiemeerwaarde die naar aanleiding van de fusie op de 'onttrokken' bestanddelen wordt verwezenlijkt of vastgesteld (100), ondergaat vennootschapsbelasting ad 34%. Tot beloop van de fiscale nettowaarde (200) van de 'onttrokken' bestanddelen dient een aanrekening te gebeuren op de reserves. Deze aanrekening gebeurt in toepassing van artikel 211, §2, 6° lid WIB92 'bij voorrang' op de belaste reserves. In casu kan de aanrekening integraal op de belaste reserves plaatsvinden, zodat een (belaste) aanrekening op de vrijgestelde reserves vermeden wordt.

*2 De herwaarderingsmeerwaarde heeft niet betrekking op het actiefbestanddeel dat in het kader van de verrichting wordt 'onttrokken', en wordt dus in het kader van de fusie overgenomen door de Belgische inrichting.

*3 De vermindering van de totale fiscale nettowaarde (200) wordt integraal aangerekend op de belaste reserves, die hierdoor verminderen van 300 naar 100.

*4 Er treedt geen vermindering op van de vrijgestelde reserves.

*5 In de 'openingsbalans' van de Belgische inrichting moet de vennootschapsbelasting die in het kader van de verrichting verschuldigd is (34), opgenomen worden, waardoor de in de inrichting opgenomen totale fiscale nettowaarde vermindert. De vraag rijst of deze

‘vermindering’ dient te worden aangerekend op (het saldo van) de (belaste) reserves. Dergelijke aanrekening zou tot gevolg hebben dat de belaste reserves verder verminderd worden tot 66 (100 – 34). Hierdoor zouden de (bijvoorbeeld na latere ‘filialisering’ van de inrichting) aan roerende voorheffing onderworpen reserves verminderd worden. Een aanrekening op de reserves kan o.i. echter niet afgeleid worden uit de aanrekeningvolgorde van artikel 211, §2, 6° lid WIB92. Deze bepaling lijkt ons immers enkel de ‘vermindering’ te viseren die resulteert uit de niet-overneming van bepaalde (actief)bestanddelen van de overgenomen vennootschap in de Belgische inrichting, en niet de ‘vermindering’ die voortvloeit uit de fiscale schuld die in het kader van de verrichting zelf ontstaat (en die overigens niet geboekt wordt door de overgenomen vennootschap). Een aanrekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting op de kapitaalsdotatie lijkt steun te vinden in artikel 229, §4, 6° lid WIB92, waar de kapitaalsdotatie wordt omschreven als ‘het saldo tussen de (fiscale) nettowaarde van de ontvangen bestanddelen en het bedrag van de overgenomen reserves’. Een betere wettelijke omschrijving van het bedrag van de kapitaalsdotatie had op dit punt echter veel onduidelijkheid kunnen vermijden (zie ook voetnoot 38).

Deze fiscale gevolgen (eventuele afrekening over vrijgestelde reserves en mogelijke verschuldigdheid van roerende voorheffing) zijn echter niet strijdig met de Fusierichtlijn, die immers enkel een fiscaal neutrale behandeling oplegt ten aanzien van de activa en passiva die ‘metterdaad gaan behoren tot de vaste inrichting van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap’.

d. Casus: overgenomen vennootschap met buitenlandse vaste inrichting

Indien de overgenomen (gesplitste) vennootschap vóór de verrichting over een buitenlandse inrichting beschikt (in de lidstaat van de overnemende (verkrijgende) vennootschap of in een derde land), worden de bestanddelen van deze buitenlandse inrichting niet overgenomen in de ‘achterblijvende’ Belgische inrichting. Indien de inrichting gevestigd is in een ‘derde land’, zal zij na de verrichting een inrichting uitmaken van de overnemende (verkrijgende) vennootschap.

Een voorbeeld kan dit mechanisme illustreren. Stel dat een binnenlandse vennootschap met een vaste inrichting in Luxemburg wordt overgenomen door een Franse vennootschap. De overnemende Franse vennootschap heeft geen participatie in de over te nemen binnenlandse vennootschap, en er wordt geen opleg in geld voorzien. De vermogenspositie van de overgenomen vennootschap is als volgt, en de werkelijke (netto-)waarde van de Luxemburgse inrichting bedraagt 450 (op de buitenlandse activa rust een latente meerwaarde van 100).

BE

Activa (België)	800	Gestort kapitaal	400
Activa (inrichting Luxemburg)	400	Herwaarderingsmeerwaarde	200
		Belaste reserves	300
		Vrijgestelde reserves	100
		Schulden (België)	150
		Schulden (inrichting Luxemburg)	50
	<u>1 200</u>		<u>1 200</u>

De totale fiscale nettowaarde van de bestanddelen die toerekenbaar zijn aan de Luxemburgse vaste inrichting, zal als gevolg van de verrichting opgenomen worden in een (Luxemburgse) vaste inrichting van de overnemende (Franse) vennootschap. Dit gedeelte van het overgenomen fiscale vermogen zal bijgevolg niet overgenomen worden in de ‘achterblijvende’ Belgische inrichting. Zoals in de hypothese waarbij in het kader van de verrichting bestanddelen worden ‘onttrokken’ door de buitenlandse hoofdzetel (zie sub c.), moet deze vermindering van de totale fiscale nettowaarde worden aangerekend op de reserves. Bij aanrekening op vrijgestelde reserves, waardoor deze niet worden ‘terugggevonden’ in het eigen vermogen van de Belgische inrichting, dient een fiscale afrekening plaats te vinden.

De eis dat de vrijgestelde reserves moeten worden ‘terugggevonden’ in het eigen vermogen van de Belgische inrichting geldt echter niet voor de vrijgestelde reserves die ‘verbonden’ zijn aan een buitenlandse inrichting van de overgenomen vennootschap (artikel 211, §1, 5° lid (2° gedachtestreep) WIB92)⁴⁵.

Deze uitsluiting van de reserves die ‘verbonden’ zijn met een buitenlandse inrichting vindt zijn oorsprong in de artikelen 5 en 10 van de Fusierichtlijn. Op grond van artikel 5 van de Richtlijn dient

⁴⁵ Dit lijkt ons (in het licht van de Fusierichtlijn) de meest zinvolle interpretatie van artikel 211, §1, 5° lid (2° gedachtestreep) WIB92. Volgens een letterlijke lezing van deze bepaling zouden de vrijgestelde reserves die verbonden zijn met een buitenlandse inrichting nochtans steeds belastingheffing ondergaan conform artikel 209 WIB92, omdat de fiscaal neutrale behandeling bij buitenwaartse verrichtingen krachtens het vijfde lid van artikel 211, §1 WIB92 ~~aan toepassing is voor wat betreft de vrijgestelde reserves (...), andere dan de vrijgestelde reserves verbonden aan een buitenlandse inrichting (...)~~ (in die zin: W. VANDENBERGHE, *De omzetting van de fusierichtlijn. Duiding bij een labyrint van bepalingen inzake inbrengen van een bedrijfstak of algemeenheid, fusies en splitsingen*, AFT 2009, afl. 4, 48).

de lidstaat van de overgenomen vennootschap de nodige maatregelen te treffen opdat de vrijgestelde reserves van de overgenomen vennootschap onder dezelfde voorwaarden worden overgenomen door de vaste inrichting van de overnemende vennootschap in de lidstaat van de overgenomen vennootschap. Deze eis van 'overneming' van vrijgestelde reserves geldt echter niet voor de vrijgestelde reserves 'uit' vaste inrichtingen. Dit laatste sluit aan bij artikel 10 van de Richtlijn, op grond waarvan de lidstaat van de vaste inrichting de Richtlijn dient toe te passen alsof zij de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap was. Dit betekent (in samenlezing met artikel 5) dat de vrijgestelde reserves die vóór de verrichting aangelegd waren in toepassing van de wetgeving van de lidstaat van de vaste inrichting, behouden moeten worden in de vermogensstaat van deze vaste inrichting, en niet moeten worden overgenomen in het eigen vermogen van de vaste inrichting die als gevolg van de verrichting ontstaat in de lidstaat van de overgenomen vennootschap. In de optiek van de Richtlijn zijn de vrijgestelde 'reserves uit vaste inrichtingen' dan ook reserves die in belastingvrijstelling zijn aangelegd in toepassing van de wetgeving van de (lid)staat van de vaste inrichting.

Uit de Memorie van Toelichting kan worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever was om deze benadering over te nemen⁴⁶. Het komt ons echter voor dat het hiertoe niet nodig was om een specifieke uitzondering voor de reserves van buitenlandse vaste inrichtingen te voorzien. Het lot van de naar buitenlands recht aangelegde vrijgestelde reserves is immers een kwestie die dient te worden geregeld door de fiscale wetgeving van de (lid)staat van de inrichting.

Nu artikel 211, §1, 5° lid WIB92 toch verwijst naar 'vrijgestelde reserves verbonden aan een buitenlandse inrichting' moeten hieronder o.i. worden begrepen de reserves die in toepassing van de *Belgische* fiscale wetgeving met vrijstelling van belasting aangelegd werden⁴⁷. Indien de term 'vrijgestelde reserves' in een Belgische fiscale wettekst wordt gebruikt, kunnen hieronder immers enkel de reserves worden begrepen die op grond van het Belgisch WIB92 vrijstelling genieten.

Hierbij rijst dan vervolgens de vraag wanneer deze 'Belgische' vrijgestelde reserves kunnen worden aangemerkt als 'verbonden' met een buitenlandse inrichting.

Alleszins lijkt duidelijk dat een 'prorata' benadering, waarbij de vrijgestelde reserves in verhouding tot (bijvoorbeeld) de totale fiscale nettowaarde van de buitenlandse inrichting ten opzichte van de totale fiscale nettowaarde van de overgenomen vennootschap zouden moeten (kunnen) worden

⁴⁶ De Memorie van Toelichting (Doc 52, 1398/001, 38) stelt immers dat de samenhang tussen de fiscale neutraliteit van de verrichting en de eraan verbonden continuïteit op het vlak van de fiscale kenmerken in de logica van de richtlijn steeds geschiedt binnen het land waar een inrichting gelegen is, en verwijst in dit verband in het bijzonder naar artikel 5 van de richtlijn.

⁴⁷ In dezelfde zin: VANDENBERGHE, *De omzetting van de fusierichtlijn. Duiding bij een labyrint van bepalingen inzake inbrengen van een bedrijfstak of algemeenheid, fusies en splitsingen*, AFT 2009, afl. 4, 43.

aangemerkt als ‘verbonden’ met de inrichting, niet kan worden gevolgd. De wet lijkt een specifieke verbondenheid te eisen.

De reserves die specifiek verband houden met de activa of de activiteiten van een buitenlandse (vaste) inrichting (bijvoorbeeld resulterend uit de realisatie van actiefbestanddelen van de inrichting) zullen echter doorgaans niet (tevens) als ‘belastingvrije reserve’ in het eigen vermogen van de Belgische maatschappelijke zetel worden opgenomen⁴⁸.

De vrijgestelde reserves van de Belgische maatschappelijke zetel zullen dan ook allicht slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen worden aangemerkt als ‘verbonden’ met een buitenlandse inrichting. In de mate dat zij, als gevolg van de fiscale vermogensuitkering die in het kader van de verrichting optreedt, niet worden ‘terugggevonden’ in het eigen vermogen van de Belgische inrichting, zullen zij dan ook effectieve belastingheffing ondergaan.

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de hoger vermelde casus waarbij een binnenlandse vennootschap met een Luxemburgse vaste inrichting wordt overgenomen door een Franse vennootschap. Als gevolg van deze verrichting verkrijgt de overnemende Franse vennootschap een Belgische inrichting met de volgende vermogenspositie (waarbij ervan wordt uitgegaan dat geen roerende voorheffing verschuldigd is wegens moeder-dochtervrijstelling).

be			
Activa	800	Dotatie	383 *5
		Herwaarderingsmeerwaarde	200 *2
		Belaste reserves	0 *3
		Vrijgestelde reserves	50 *4 *5
		Schulden ex BE	150
		Schuld (vennootschapsbelasting)	17 *1
	800		800

⁴⁸ Een opname onder de vrijgestelde reserves van de maatschappelijke zetel kan wel aan de orde zijn voor uitgedrukte niet-verwezenlijkte meerwaarden van de buitenlandse inrichting. Deze meerwaarden worden naar aanleiding van de verrichting echter omgezet in een principieel belastbare (doch op grond van het verdrag vrijgestelde) fusie meerwaarde (zie hoger sub 4.1.).

*1 De fusie meerwaarden die naar aanleiding van de fusie worden verwezenlijkt of vastgesteld op de bestanddelen van de buitenlandse vaste inrichting, worden onttrokken aan het neutraliteitsregime van artikel 211, §1, 1^o lid WIB92, maar zijn vrijgesteld op grond van het dubbelbelastingverdrag. Tot beloop van de fiscale nettowaarde van de Luxemburgse vaste inrichting (350) dient een aanrekening te gebeuren op de reserves. Deze aanrekening gebeurt in toepassing van artikel 211, §2, 6^o lid WIB92 'bij voorrang' op de belaste reserves. Er wordt 300 aangerekend op de belaste reserves. Het saldo van 50 wordt op de vrijgestelde reserves aangerekend, waardoor een verschuldigde vennootschapsbelasting ontstaat van 17 (50 x 34%). (Wat de mogelijkheid betreft om eventuele 'artikel 47'-reserves fiscaal over te nemen, wordt verwezen naar de uiteenzetting sub a).

*2 De herwaarderingsmeerwaarde heeft betrekking op een actiefbestanddeel dat niet verbonden was aan de Luxemburgse inrichting, en bijgevolg in het kader van de fusie verkregen wordt in de Belgische inrichting. Op deze (uitgedrukte, niet-gerealiseerde) meerwaarde wordt dus geen vermindering aangerekend.

*3 De vermindering van de totale fiscale nettowaarde (350) wordt 'bij voorrang' aangerekend op de belaste reserves, die hierdoor verminderen tot nul.

*4 Het saldo van de 'vermindering' (50) wordt aangerekend op de vrijgestelde reserves. De betrokken vrijgestelde reserves kunnen niet aangemerkt worden als vrijgestelde reserves die 'verbonden' zijn met de buitenlandse vaste inrichting, zodat hun 'vermindering' onderworpen is aan vennootschapsbelasting.

*5 In de 'openingsbalans' van de Belgische inrichting moet de vennootschapsbelasting die in het kader van de verrichting verschuldigd is (17), opgenomen worden, waardoor de in de inrichting opgenomen totale fiscale nettowaarde vermindert. Indien deze 'vermindering' wordt aangerekend op (het saldo van) de (vrijgestelde) reserves, ondergaan deze reserves een bijkomende vermindering, zodat de in het kader van de fusie verschuldigde vennootschapsbelasting 'onder het honderd' zou moeten worden berekend, en in de gegeven casus 25,75 (17/[100-34]) zou bedragen. Hierdoor zou de 'imperfectie' van het neutraliteitsstelsel (die overigens ook in haar principe betwistbaar is, want onverenigbaar met de Fusierichtlijn – zie verder) nog verder toenemen. Zoals toegelicht in de vorige casus, kan een aanrekening van de belastingschuld op de reserves o.i. echter niet afgeleid worden uit de aanrekeningvolgorde van artikel 211, §2, 6^o lid WIB92. Deze bepaling lijkt ons immers enkel de 'vermindering' te viseren die resulteert uit de niet-overneming van bepaalde (actief)bestanddelen van de overgenomen vennootschap in de Belgische inrichting, en niet de 'vermindering' die voortvloeit uit de fiscale schuld die in het kader van de verrichting zelf ontstaat (en die overigens niet geboekt wordt door de overgenomen vennootschap). Gelet op de omschrijving van de kapitaalsdotatie als 'het saldo tussen de (fiscale) nettowaarde van de ontvangen bestanddelen en het bedrag van de overgenomen reserves' (artikel 229, §4, 6^o lid WIB92), lijkt een aanrekening op de kapitaalsdotatie (waardoor een berekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting 'onder het honderd' vermeden wordt) verdedigbaar. Opnieuw dient vastgesteld dat een duidelijkere wettelijke omschrijving van het bedrag van de kapitaalsdotatie uitsluitel had kunnen geven.

De afrekening over de vrijgestelde reserves lijkt onverenigbaar met artikel 5 van de Fusierichtlijn, dat België – als lidstaat van de overgenomen vennootschap – oplegt om te voorzien dat de vrijgestelde reserves van de overgenomen vennootschap worden ‘overgenomen’ door de Belgische inrichting van de overnemende vennootschap. Artikel 5 van de Fusierichtlijn maakt op dit punt enkel een uitzondering voor ‘reserves uit vaste inrichtingen’. In de gegeven omstandigheden worden de vrijgestelde reserves echter niet volledig ‘overgenomen’, maar deels geacht uitgekeerd te zijn in het kader van een gedeeltelijke verdeling van het vermogen.

Bovendien is het verdedigbaar dat de eventuele roerende voorheffing op de fiscale vermogensuitkering strijdig is met artikel 8, §1 van de Fusierichtlijn, aangezien de roerende voorheffing ten laste komt van de aandeelhouders van de overgenomen (gesplitste) vennootschap. Op grond van deze bepaling mag de omruiling van aandelen in het kader van een fusie of (partiële) splitsing immers niet leiden tot enige belastingheffing op het niveau van de aandeelhouders van de overgenomen (gesplitste) vennootschap⁴⁹.

Uit het voorgaande blijkt dat de Memorie van Toelichting ten onrechte laat uitschijnen dat de (partiële) toepassing van de fiscale liquidatieregels in de hypothese dat de overgenomen (gesplitste) vennootschap vóór de verrichting over een buitenlandse inrichting beschikt, niet problematisch is, omdat ‘een daadwerkelijke belastingheffing in principe achterwege zal blijven indien de buitenlandse inrichting gevestigd is in een land met dubbelbelastingverdrag’⁵⁰. De wetgever heeft hierbij kennelijk uit het oog verloren dat de aanwezigheid van een buitenlandse inrichting ‘indirect’ – via de fiscale vermogensreductie waartoe de verrichting aanleiding geeft – kan leiden tot een (niet richtlijnconforme) daadwerkelijke afrekening over vrijgestelde reserves of verschuldigdheid van roerende voorheffing, waartegen het verdrag allicht geen bescherming biedt. Het zou dan ook zeer wenselijk zijn dat de wetgever de (in het kader van moeder-dochterfusies voorziene) mogelijkheid om de vrijgestelde reserves fiscaal over te nemen in de Belgische inrichting, zou uitbreiden tot de hypothese van onvolledige vermogensovername in de Belgische inrichting omwille van een vóór de verrichting bestaande buitenlandse inrichting.

4.2.3. Verrichtingen met onvolledige vergoeding in aandelen

Indien de verrichting niet volledig door uitgifte van nieuwe aandelen van de overnemende (verkrijgende) intra-Europese vennootschap wordt vergoed als gevolg van een vóór de verrichting bestaande onderlinge deelneming of omwille van een opleg in geld, blijft de verrichting niettemin

⁴⁹ VANDENBERGHE, De omzetting van de fusierichtlijn. Duiding bij een labyrint van bepalingen inzake inbrengen van een bedrijfstak of algemeenheid, fusies en splitsingen, AFT 2009, afl. 4, 49-50.

⁵⁰ Memorie van Toelichting, Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 40.

princiepelijk onder het toepassingsgebied van artikel 211 WIB92, en treedt geen (liquidatie)heffing op over de fusie meerwaarden die naar aanleiding van de verrichting worden verwezenlijkt of vastgesteld.

a. *Fiscale vermogensreductie*

Ondanks de onderwerping van de verrichting aan artikel 211 WIB92, worden de vóór de verrichting bestaande bestanddelen van het eigen vermogen in principe geacht te zijn uitgekeerd door de overgenomen (gesplitste) vennootschap in de mate dat de verrichting geen aanleiding geeft tot uitgifte van aandelen (artikel 211, §1, 1° lid WIB92) en ondergaan zij in die mate ten name van de Belgische inrichting van de overnemende (verkrijgende) vennootschap een vermindering (artikel 229, §4, 6° lid WIB92).

b. *Roerende voorheffing*

In het kader van een (belastingneutrale) fusie met onderlinge deelneming (moeder-dochterfusie) leidt de fictie van uitkering echter niet tot de verschuldigdheid van de roerende voorheffing (vrijstelling op grond van artikel 264, 1° lid, 2° WIB92).

c. *Casus: onderlinge deelneming (moeder-dochterfusie)*

Indien de verrichting geen aanleiding geeft tot een volledige vergoeding in aandelen omwille van een vóór de verrichting bestaande deelneming van de overnemende vennootschap in de overgenomen vennootschap, wordt de vermindering proportioneel aangerekend op de reserves en op de kapitaalsdotatie. De vermindering van de reserves wordt bij voorrang aangerekend op de belaste reserves. Bovendien wordt (ongeacht de omvang van de onderlinge deelneming) geen vermindering aangerekend op de vrijgestelde uitgedrukte niet-verwezenlijkte meerwaarden (artikel 44, §1, 1° WIB92), gespreid belaste meerwaarden (artikel 47 WIB92) en kapitaalsubsidies (artikel 362 WIB92).

Ook voor de 'andere' vrijgestelde reserves kan het fiscale liquidatieregime buiten werking worden gesteld door deze reserves fiscaal over te nemen in het eigen vermogen van de Belgische inrichting van de overnemende (verkrijgende) vennootschap (artikel 211, §1, 1° lid 2° WIB92). Blijkens de Memorie van Toelichting is de fiscale 'overneming' van deze 'andere' vrijgestelde reserves

facultatief⁵¹. Er kan dus eveneens voor worden geopteerd om deze reserves *niet* over te nemen en het (belaste) liquidatieregime te laten ondergaan.

Hoewel aldus via de techniek van 'overneming' van vrijgestelde reserves kan worden vermeden dat deze naar aanleiding van de verrichting vennootschapsbelasting ondergaan (en hoewel er op grond van artikel 264, 1° lid, 2° WIB92 geen RV-problematiek speelt voor belastingneutrale moeder-dochterfusies), blijft o.i. conceptueel de vraag waarom in het kader van een buitenwaartse moeder-dochterfusie (splitsing) moest worden voorzien in een vermogensvermindering ten name van de Belgische inrichting. Een dergelijke vermindering is begrijpelijk in het kader van een binnenlandse moeder-dochterfusie, waarbij de eigen vermogenscomponenten van de dochtervennootschap boekhoudkundig niet (volledig) overgenomen worden door de moedervennootschap. In het kader van een 'buitenwaartse' fusie daarentegen, waarbij het nettoactief van de overgenomen vennootschap integraal wordt opgenomen in de Belgische inrichting, worden de eigen vermogensbestanddelen van de overgenomen vennootschap in beginsel integraal teruggevonden in het eigen vermogen van de Belgische inrichting, en dit ongeacht het bedrag van het eigen vermogen op het niveau van de buitenlandse maatschappelijke zetel.

Toch bepaalt artikel 229, §4, 6° lid WIB92 dat de belaste reserves ten name van de Belgische inrichting een vermindering ondergaan naar rato van de onderlinge deelneming. Aangezien echter, enerzijds, het nettoactief van de overgenomen vennootschap per hypothese volledig wordt overgenomen in de Belgische inrichting en, anderzijds, op de belaste reserves een vermindering wordt aangerekend, rijst de vraag hoe het 'deficit' in het eigen vermogen van de inrichting moet worden 'opgevuld'. Tekstueel zou uit artikel 229, §4, 6° lid WIB92 kunnen worden afgeleid dat deze 'opvulling' dient te gebeuren door een verhoging van de kapitaalsdotatie, aangezien dit bestanddeel van het eigen vermogen van de inrichting wordt omschreven als het 'saldo tussen de (fiscale) nettowaarde van de ontvangen bestanddelen en het bedrag van de overgenomen reserves'.

Stel bijvoorbeeld dat een binnenlandse dochtervennootschap met de volgende vermogenspositie wordt overgenomen door haar intra-Europese moedervennootschap, die een 100% participatie in de dochtervennootschap bezit.

⁵¹ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 12.

BE

Activa	1 200	Gestort kapitaal	600
		Beschikbare reserves	300
		Vrijgestelde reserves	100
		Schulden	200
	<u>1 200</u>		<u>1 200</u>

Volgens de Commissie voor Boekhoudkundige Normen, zal de balanspositie van de Belgische inrichting die door de fusie ontstaat, er als volgt uitzien⁵².

be

Activa	1 200	Dotatie	600
		Beschikbare reserves	300
		Vrijgestelde reserves	100
		Schulden	200
	<u>1 200</u>		<u>1 200</u>

De CBN houdt echter een fiscale slag om de arm, en stelt uitdrukkelijk dat zij geen stelling inneemt over de fiscale kwalificatie van de boekhoudkundige vermogensposten. Op grond van een strikte lezing van artikel 229, §4, 6° lid WIB 92 (zie hoger) zouden de 'belaste reserves' – ondanks de hoger

⁵² Advies CBN nr. 2009/7 van 15 juli 2009.

vermelde boekhoudkundige presentatie – vanuit fiscaal oogpunt geacht moeten worden een vermindering (tot nul) te hebben ondergaan, en zou de fiscale kapitaalsdotatie 900 bedragen (verschil tussen de overgenomen totale fiscale nettowaarde van 1.000 en de overgenomen vrijgestelde reserves van 100). Hoewel dit uiteraard technisch kan worden gerealiseerd (door opname van een ‘negatief belaste reserve binnen de rekening ‘dotatie’), staat deze benadering haaks op de (door de Memorie van Toelichting verkondigde) finaliteit van het eigen vermogen van een Belgische inrichting, met name het verzekeren van de fiscale neutraliteit van eventuele opeenvolgende herstructurerings. De Memorie van Toelichting geeft zelf als voorbeeld een eventuele latere inbreng van de Belgische inrichting in een binnenlandse vennootschap⁵³. Indien in het kader van een buitenwaartse moeder-dochterfusie zou worden aangenomen dat de belaste reserves van de overgenomen vennootschap geheel of gedeeltelijk worden omgezet in kapitaalsdotatie en deze door een latere filialisering ten name van de inbrengverwrijgende vennootschap zou worden omgezet in ‘gestort kapitaal’ (artikel 184bis, §2 WIB92), is het evident dat de beoogde neutraliteit niet gerealiseerd wordt.

Deze interpretatiemoeilijkheden zijn het gevolg van het feit dat de wetgever in artikel 229, §4, 6° lid WIB92 ten onrechte de regeling van artikel 211, §2 WIB92 voor binnenlandse moeder/dochter fusies heeft gekopieerd. Een aanpassing van deze bepaling dringt zich o.i. dan ook op.

In het kader van een buitenwaartse fusie met onderlinge deelneming rijst ten slotte nog de vraag of de eventuele meerwaarden die ten name van de overnemende intra-Europese vennootschap worden vastgesteld op de overgenomen bestanddelen⁵⁴, ten name van de Belgische inrichting (desgevallend binnen de kapitaalsdotatie) moeten voldoen aan de ‘onaantastbaarheidsvoorwaarde’, gelet op het voorschrift dat op de naar aanleiding van de verrichting verwezenlijkte of vastgestelde fusiemeerwaarden ten name van (de Belgische inrichting van) de overnemende vennootschap ‘geen vermindering wordt aangerekend’ (artikel 211, §2, 4° lid *juncto* artikel 211, §1, 1° lid, 1° WIB92). O.i. kan er in de gegeven omstandigheden geen verplichting bestaan om de fusiemeerwaarde over te nemen in het eigen vermogen van de Belgische inrichting. Vanuit Belgische optiek wordt immers, in toepassing van de boekhoudkundige continuïteit⁵⁵, geen fusiemeerwaarde tot uitdrukking gebracht, zodat de betrokken ‘meerwaarde’ niet kan worden aangemerkt als een (aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde onderworpen) ‘uitgedrukte, niet-verwezenlijkte meerwaarde’ in de zin van artikel 44, §1, 1° WIB92, noch als een meerwaarde die enige vermindering zou kunnen ondergaan in de zin van artikel 211, §2, 4° lid WIB92.

⁵³ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 43.

⁵⁴ Dit zal zich voordoen indien de boekwaarde van de ingetrokken deelneming ten name van de overnemende intra-Europese vennootschap groter is dan de fractie van het boekhoudkundige eigen vermogen van de binnenlandse vennootschap dat door deze aandelen wordt vertegenwoordigd.

⁵⁵ CBN Advies 2009/7 van 15 juli 2009.

d. *Casus: fusie met geldopleg*

Indien de fusie (splitsing) gedeeltelijk door een opleg in geld wordt vergoed, moet op grond van artikel 229, §4, 6° lid WIB92 een vermindering worden aangerekend op het vermogen (de reserves) van de Belgische inrichting. Hierbij is de wetgever er blijkbaar van uitgegaan dat de schuld uit hoofde van de geldopleg toerekenbaar is aan (en in mindering dient te komen van het nettoactief van) de inrichting, wat betwistbaar lijkt.

De vermindering van het eigen vermogen van de Belgische inrichting wordt 'bij voorrang' aangerekend op de belaste reserves, en vervolgens op de vrijgestelde reserves. Indien de belaste reserves ontoereikend zijn, zal dus een belaste afrekening over de vrijgestelde reserves plaatsvinden. Anders dan in het kader van een moeder-dochterfusie, is bij een geldopleg immers niet voorzien in de mogelijkheid om de vrijgestelde reserves fiscaal te laten 'overnemen' door de Belgische inrichting.

Wegens de aanrekening op de reserves, leidt de geldopleg bovendien tot een 'uitkering' in toepassing van artikel 209 WIB92, die in beginsel onderworpen is aan de roerende voorheffing. De vrijstelling van artikel 264, 1° lid, 2° WIB92 kan niet worden ingeroepen, omdat zij enkel geldt in de hypothese waarin de verrichting vanuit fiscaal oogpunt gelijkgesteld wordt met een 'gedeeltelijke verdeling van het vermogen' wegens een vóór de verrichting bestaande onderlinge deelneming. Desgevallend zal wel de moeder-dochtervrijstelling (artikel 106, §5 of §6 KB/WIB92) kunnen worden ingeroepen in de mate dat de geldopleg toekomt aan een vennootschap die over een kwalificerende deelneming beschikt.

De fiscale afrekening ten name van de overgenomen vennootschap als gevolg van de aanrekening van de geldopleg op vrijgestelde reserves lijkt ons in strijd met artikel 5 van de Fusierichtlijn. Dat artikel bepaalt immers in algemene zin voor de fusieverrichtingen die onder de Fusierichtlijn ressorteren dat de vrijgestelde reserves moeten worden 'overgenomen' door de vaste inrichting van de 'ontvangende' vennootschap in de lidstaat van de 'inbrengende' vennootschap. Dit voorschrift lijkt dus ook te gelden voor fusies waarbij een door de Fusierichtlijn toegelaten geldopleg van maximaal 10% van de nominale of fractiewaarde wordt betaald. Indien de geldopleg echter de grens van 10% overschrijdt⁵⁶, valt de richtlijnbescherming weg, omdat de verrichting dan niet meer als een 'fusie' kwalificeert in de zin van de Fusierichtlijn.

Artikel 8, §9 van de Fusierichtlijn laat wel toe dat een bijbetaling in geld in aanmerking wordt genomen met het oog op het belasten van de deelgerechtigde van de overgenomen (gesplitste)

⁵⁶ Dergelijke geldopleg is vennootschapsrechtelijk mogelijk indien toegelaten door de wetgeving van ten minste één van de bij de fusie betrokken buitenlandse vennootschappen (artikel 772/2 W.Venn.).

vennootschap, maar deze mogelijkheid kan o.i. niet worden uitgebreid tot een belastingheffing – in afwijking van artikel 5 – ten name van de overgenomen (gesplitste) vennootschap zelf.

De roerende voorheffing (indien verschuldigd) lijkt ons niet in strijd met de Fusierichtlijn. Artikel 8, §9 van de Richtlijn laat zoals gezegd immers een belastingheffing van een geldopleg toe ten name van de ‘deelgerechtigde’ van de overgenomen (gesplitste) vennootschap.

4.3. Overdracht van secundaire belastingkenmerken

De overgenomen actief- en passiefbestanddelen behouden hun fiscale waarden en andere belastingkenmerken ten name van de Belgische inrichting van de overnemende (verkrijgende) vennootschap (artikel 229, §4, 5° en 8° lid WIB92). Aldus worden o.m. de afschrijvingen en meer- en minderwaarden op de overgenomen (verkregen) actiefbestanddelen na de fusie of (partiële) splitsing bepaald alsof de verrichting niet had plaatsgevonden.

Indien een overgenomen bestanddeel na de verrichting wordt gerealiseerd in het kader van een verrichting met een ‘derde’, zal de fiscale meerwaarde ten name van de Belgische inrichting op grond van artikel 43 WIB92 bepaald worden als het verschil tussen de ontvangen vergoeding of de verkoopwaarde, enerzijds, en de ‘overgenomen’ fiscale waarde van het bestanddeel, anderzijds.

Indien het actiefbestanddeel daarentegen door de maatschappelijke zetel aan de Belgische inrichting wordt ‘onttrokken’, wordt de in het kader van deze onttrekking vastgestelde meerwaarde op grond van (nieuw) artikel 228, §2, 3°bis WIB92 bij fictie aangemerkt als een ‘gerealiseerde’ (en principieel belastbare) meerwaarde (zie hoger sub III.2.1.). Ook in deze hypothese wordt de ‘gerealiseerde’ meerwaarde berekend vanuit de ‘overgenomen’ fiscale waarde van het bestanddeel.

Door vergetelheid werd in artikel 229, §4 WIB92 niet opgenomen dat ook de belastingkredieten voor onderzoek en ontwikkeling en de ‘aftrekken voor risicokapitaal’ (niet benut overschot aan ‘notionele interestaftrek’) overgenomen worden door de Belgische inrichting van de overnemende (verkrijgende) vennootschap (hoewel deze overnemering door de wetswijziging wel voorzien werd in het kader van een binnenlandse verrichting⁵⁷). Deze vergetelheid werd echter rechtgezet door een

⁵⁷ Artikel 212, 1° lid WIB92. Sommige auteurs hebben, o.i. ten onrechte, het standpunt ingenomen dat de overdracht naar de overnemende (verkrijgende) vennootschap van het niet benutte saldo aan aftrek voor risicokapitaal niet zou kunnen worden afgeleid uit het gewijzigde artikel 212, 1° lid WIB92: zie P. SMET, ‘De Belgische implementatie van de Fusierichtlijn’, *Fiscoloog-tribune 7 oktober 2008: De nieuwe fiscale regels inzake fusies na omzetting van de Fusierichtlijn*, Kalmthout, Biblo, 2009, 14; P. SMET, ‘Fusies: gaat de overgedragen aftrek voor risicokapitaal ook over?’, *Fiscoloog*, afl. 1155, 7. De Minister van Financiën heeft echter bevestigd dat het overgedragen saldo aan aftrek voor risicokapitaal na een belastingneutrale (binnenlandse) fusie onverkort verder kan worden aangewend door de overnemende vennootschap: zie

wetswijziging⁵⁸. Een rechtzetting drong zich inderdaad op omdat een overdracht in het kader van een buitenwaartse verrichting niet kon worden afgeleid uit de algemene verwijzing in artikel 235, 2° WIB92 naar de regels inzake vennootschapsbelasting. Deze verwijzing is immers beperkt tot de artikelen 183, 185, §2 en 190 tot 208 WIB92, met uitsluiting dus van artikel 212 WIB92.

4.4. Belgische fiscale verliezen

Vóór de wetswijziging was het niet mogelijk om Belgische fiscale verliezen van de overgenomen (gesplitste) binnenlandse vennootschap na de fusie (splitsing) te verrekenen met de winsten van de Belgische inrichting die na de verrichting achterblijft. Er was immers enkel een (proportionele) verliesoverdracht voorzien (in functie van de fiscale netto waarden van de betrokken vennootschappen) voor verrichtingen waarbij de overnemende of verkrijgende vennootschap een binnenlandse vennootschap is (artikel 206, §2, 2° lid WIB 1992 verwijst immers enkel naar verrichtingen in het kader van artikel 211 WIB92). In geval van fusie door overneming door een buitenlandse vennootschap, werd de overgenomen (gesplitste) vennootschap fiscaal aan het liquidatieregime onderworpen, waardoor de overgedragen fiscale verliezen na de verrichting niet meer verrekend kunnen worden.

Op grond van artikel 6 van de Fusierichtlijn was de Belgische wetgever verplicht om de proportionele verliesoverdracht die wordt toegestaan voor louter binnenlandse verrichtingen, uit te breiden naar grensoverschrijdende verrichtingen waarbij de overnemende (verkrijgende) vennootschap een intra-Europese vennootschap is.

Op grond van (nieuw) artikel 240*bis*, §1, 2° WIB92 worden de fiscale verliezen van de overgenomen (gesplitste) vennootschap voortaan (proportioneel) overgedragen naar de Belgische inrichting van de overnemende (verkrijgende) intra-Europese vennootschap. De mate waarin die overdracht wordt gerealiseerd, is functie van de verhouding tussen de fiscale nettowaarde van de bestanddelen die naar aanleiding van de fusie (splitsing) worden verkregen in de Belgische inrichting, enerzijds, en de fiscale nettowaarde van de eventuele inrichting die de overnemende (verkrijgende) vennootschap vóór de verrichting in België aanhield, anderzijds. Terecht wordt dus geen rekening gehouden met (de fiscale waarde van) het 'buitenlandse' vermogen van de overnemende (verkrijgende) vennootschap. Hierdoor blijven de overgedragen fiscale verliezen van de overgenomen (gesplitste) vennootschap na de fusie (splitsing) *volledig* intact indien de overnemende (verkrijgende) vennootschap vóór de verrichting niet over een Belgische inrichting beschikte.

parlementaire vraag nr. 7811 van 22 oktober 2008 van de heer C. Brotcorne (CRIV 52 COM 341, 49-50) en parlementaire vraag nr. 12355 van de heer Luk Van Biesen (CRIV 52 COM 518, 20-22).

⁵⁸ Artikel de 51 van de wet van 22 december 2009 houdende fiscale en diverse bepalingen, BS 31 december 2009 (tweede editie).

Indien de overnemende (of verkrijgende) vennootschap vóór de verrichting wél een Belgische inrichting aanhoudt, ondergaan de eventuele fiscale verliezen van deze inrichting naar aanleiding van de verrichting een proportionele beperking.

4.5. 'Recapture' van buitenlandse inrichtingsverliezen

Door de wetwijziging werd de 'recapture' regel voor verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen, die vastgelegd is in de meeste dubbelbelastingverdragen, (enigszins gewijzigd) opgenomen in het WIB92 (artikel 185, §3 en artikel 206, §1, 2° lid). Deze regel houdt (o.m.) in dat een binnenlandse vennootschap die verliezen heeft geleden in een buitenlandse vaste inrichting en die deze verliezen in mindering heeft gebracht van haar Belgische winst, het bedrag van de ten laste genomen verliezen moet 'terugnemen' indien deze in een later belastbaar tijdperk in aftrek worden gebracht van winsten op het niveau van de buitenlandse vaste inrichting (regel ter vermindering van dubbele verliescompensatie)⁵⁹.

De wetwijziging gaat echter verder dan de 'recapture' regel uit de verdragen, omdat voortaan ook een terugneming van de verliezen zal moeten plaatsvinden indien de buitenlandse vaste inrichting waarvan de verliezen ten laste zijn genomen van Belgische winst later wordt overgedragen in het kader van een inbreng, een fusie of (partiële) splitsing (hoewel deze latere verrichting in beginsel in fiscale en boekhoudkundige neutraliteit gebeurt, en dus zonder enige winsterkenning *annex* verliescompensatie in de (lid)staat van de vaste inrichting) (nieuw artikel 206, §1, 2° lid, *in fine* WIB92).

De duidelijke bedoeling van de wetgever hierbij was te voorkomen dat de buitenlandse vaste inrichting 'ten gepaste tijde' zou worden 'gefiliatiseerd' of in het kader van een andere (belastingneutrale) herstructurering zou worden opgenomen in het vermogen van de overnemende of verkrijgende vennootschap, en aldus zou worden 'losgekoppeld' van de binnenlandse vennootschap die de verliezen ten laste heeft genomen, waardoor de toekomstige 'recapture' buitenspel gezet zou kunnen worden.

Hoewel dit oogmerk van de wetgever uiteraard legitiem is, moet worden opgemerkt dat de formulering van de interne 'recapture' bepaling anderzijds tot 'overkill' effecten (dubbele niet-verrekening van de verliezen) kan leiden.

⁵⁹ Voor een uitgebreide analyse van de nieuwe ~~recapture~~recapturebepaling, zie W. CAERS, 'Belgische regels inzake aftrekbaarheid van buitenlandse verliezen na de wet van 11 december 2008+', *AFT* 2009, afl. 8-9, 46.

Indien de vaste inrichting in het kader van de verrichting wordt ingebracht in of verkregen door een intra-Europese vennootschap (gevestigd in de lidstaat van de vaste inrichting of in een derde lidstaat), is op basis van de Fusierichtlijn immers niet gegarandeerd dat de verliezen 'doorgeschoven' worden naar de verkrijgende of overnemende vennootschap. Artikel 10, §1, 3° lid bepaalt in dit verband dat de lidstaat van de vaste inrichting op deze verrichting de Fusierichtlijn dient toe te passen alsof zij de lidstaat van de 'inbrengende' vennootschap was. In samenlezing met artikel 6 van de Fusierichtlijn betekent dit dat de lidstaat van de vaste inrichting de overdracht van de verliezen enkel dient toe te staan in de mate dat zij een overdracht zou toestaan in het kader van een binnenlandse verrichting. Indien bijvoorbeeld een Belgische vennootschap met een (verlieslatende) vaste inrichting in Frankrijk ingevolge een fusie wordt overgenomen door een Duitse vennootschap, dient Frankrijk na deze verrichting de verrekenbaarheid van de verliezen in hoofde van de vaste inrichting (van de Duitse overnemende vennootschap) enkel te aanvaarden in de mate dat zij de overdracht aanvaardt in het kader van een binnenlandse verrichting tussen twee Franse vennootschappen. De nieuwe Belgische 'recapture' regel werkt echter automatisch, d.w.z. ongeacht of de verliezen na de verrichting al dan niet verrekenbaar blijven in de lidstaat van de vaste inrichting, en kan dus tot dubbele niet-verrekening leiden.

Hoewel de Fusierichtlijn dergelijke 'recapture' uitdrukkelijk toelaat (artikel 10, §1, 2° lid), rijst de vraag of de dubbele niet-verrekening van de verliezen in de gegeven omstandigheden geen schending van het Europese vrije vestigingsrecht (artikel 43 EG-Verdrag) uitmaakt. In dit verband is het opvallend dat de invoering van het 'recapture' principe volgens de Memorie van Toelichting is ingegeven door de bedoeling te verzekeren dat, zoals vereist door het Hof van Justitie⁶⁰, 'de verrekening in België van verliezen geleden in een andere lidstaat enkel geweigerd wordt in situaties waarbij de betrokken buitenlandse verliezen niet werden afgetrokken of kunnen worden afgetrokken in de andere lidstaat'⁶¹. Het is echter maar de vraag of dit opzet van de wetgever om de nieuwe 'recapture' regels '*Marks & Spencer proof*' te maken volledig gerealiseerd werd.

Verder is het merkwaardig dat artikel 206, §1, 2° lid WIB92 een 'recapture' oplegt bij iedere 'overdracht in het kader van een inbreng, fusie of (partiële) splitsing', zonder enig beperking tot 'intra-Europese' verrichtingen. De verplichting om de inrichtingsverliezen terug te nemen geldt dus ook in het kader van een zuiver binnenlandse verrichting, waarbij een binnenlandse vennootschap met een (verlieslatende) buitenlandse vaste inrichting wordt overgenomen door een andere binnenlandse vennootschap. Op deze verrichting is de Fusierichtlijn echter niet van toepassing, zodat de lidstaat van de vaste inrichting niet, op basis van een samenlezing van artikel 10, §1, 2° lid en artikel 6 van de Fusierichtlijn, verplicht kan worden om de verliescompensatie na de verrichting toe te staan, met een verhoogd risico op 'dubbele niet-verrekening' tot gevolg. Nochtans had de

⁶⁰ HvJ 13 december 2005, zaak C-446/03, *Marks & Spencer plc*.

⁶¹ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 9-10.

wetgever kunnen voorzien dat de ‘recapture’-verplichting in deze hypothese (als ‘passieve latentie’ of ‘secundair belastingkenmerk’) doorgeschoven wordt naar de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap. Het ‘overkill’ gehalte is hier dan ook groter dan bij intra-Europese verrichtingen.

V. BINNENWAARTSE (‘INBOUND’) FUSIES EN (PARTIËLE) SPLITSINGEN

1. Intra-Europese (of andere buitenlandse) vennootschap zonder Belgische inrichting

1.1. Situatie vóór de wetswijziging

Onder de oude wetgeving werden de fiscale gevolgen van een fusie door overneming van een buitenlandse vennootschap niet uitdrukkelijk geregeld. De wet voorzag o.m. niets in verband met de fiscale kwalificatie van de vermogenstoename naar aanleiding van een ‘binnenwaartse’ verrichting ten name van de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap. Weliswaar bepaalde artikel 212, 1° lid WIB92 dat het gestorte kapitaal van de overgenomen (gesplitste) vennootschap na de verrichting bepaald wordt alsof deze niet had plaatsgevonden, doch enkel voor zover de fusie of splitsing doorgevoerd wordt met toepassing van artikel 211 WIB92 (bepaling die o.i. niet van toepassing is op ‘binnenwaartse’ verrichtingen).

1.2. Fiscale vermogensovername en –samenstelling

Bij fusie door overneming van een intra-Europese vennootschap wordt de vermogenstoename waartoe de verrichting aanleiding geeft, aangemerkt als ‘gestort kapitaal’ tot beloop van het statutaire kapitaal en de uitgiftepremies van de overgenomen vennootschap (en de bedragen waarop is ingeschreven bij uitgifte van winstbewijzen), voor zover deze bedragen voldoen aan de voorwaarden die artikel 184 WIB92 oplegt om als ‘gestort kapitaal’ te kunnen worden aangemerkt ten name van een binnenlandse vennootschap. Een in het buitenland gevormde ‘agiopremie’, ‘share premium’ ed. zal men dus moeten toetsen aan de voorwaarden waaronder een uitgiftepremie naar Belgisch recht gelijkgesteld wordt met ‘gestort kapitaal’. Een pertinente vraag hierbij is op welk ogenblik men zich bij deze toetsing moet plaatsen, en meer bepaald of de door de wet geëiste onbeschikbaarheid (artikel 184, 2° lid WIB92) reeds bij de initiële vorming van de ‘premie’ diende te worden voorzien in de statuten van de intra-Europese vennootschap, dan wel of deze

onbeschikbaarheid nog nuttig kan worden gerealiseerd door een statutenwijziging vóór de fusie, of *ultimo* in de fusieakte. Deze laatste interpretatie dient o.i. te worden bijgetreden⁶².

Wanneer in het kader van een (partiële) splitsing van een intra-Europese vennootschap bestanddelen worden verkregen door een binnenlandse vennootschap, wordt het gedeelte van het 'gestorte kapitaal' (bepaald zoals hoger aangegeven) van de (partieel) gesplitste intra-Europese vennootschap dat wordt toegewezen aan de verkrijgende binnenlandse vennootschap (analoog aan de regeling van artikel 213 WIB92 voor een binnenlandse splitsing) bepaald in functie van de (totale) fiscale nettowaarde van de door de binnenlandse vennootschap verkregen bestanddelen (artikel 184bis, §4, 1° lid WIB92). Hierbij rijst uiteraard de vraag hoe deze 'fiscale nettowaarde' zal moeten worden bepaald voor in het buitenland gelegen bestanddelen.

De andere bestanddelen van het eigen vermogen van de overgenomen (gesplitste) intra-Europese vennootschap krijgen bij de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap in principe⁶³ de kwalificatie 'belaste reserve', zelfs indien het gaat om reserves (met inbegrip van geboekte herwaarderingen) die in de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap (nog) geen belasting hebben ondergaan. De achterliggende redenering is hierbij geweest dat, aangezien België vóór de verrichting geen heffingsrechten had over de 'buitenlandse' reserves (althans op het niveau van de vennootschap zelf), er geen bezwaar is om deze reserves in de Belgische belastingsfeer op te nemen onder de kwalificatie 'belaste reserves' (waardoor bij latere uitkering ervan geen afrekening meer plaatsvindt in de vennootschapsbelasting)⁶⁴.

De overgenomen (belaste) reserves moeten desgevallend worden verminderd indien de verrichting niet volledig door uitgifte van aandelen wordt vergoed als gevolg van een vóór de verrichting bestaande deelneming in de overgenomen vennootschap (moeder-dochterfusie) of wegens een opleg in geld.

Het nieuwe artikel 184bis WIB92 in verband met het fiscaal statuut van het eigen vermogen na een 'binnenwaartse' fusie of (partiële) splitsing blijft beperkt tot intra-Europese verrichtingen. De gevolgen op het niveau van het kapitaal en de reserves indien de overgenomen (gesplitste)

⁶² In dezelfde zin (bij binnenwaartse zetelverplaatsing): M. VAN GILS, *Zetelverplaatsing voor en na de Wet van 11 december 2008*. Deel I. Immigratie+, *TFR* afl. 369, 832-833. Wat het standpunt van de Dienst Voorafgaande Beslissingen over binnenwaartse zetelverplaatsing vóór de wetswijziging betreft, zie Voorafgaande Beslissing nr. 300.084 dd. 19 november 2004.

⁶³ Indien de overgenomen (gesplitste) vennootschap vóór de verrichting echter een Belgische inrichting heeft die over vrijgestelde reserves beschikt, verkrijgen de overgenomen reserves van de intra-Europese vennootschap tot beloop van het bedrag van de vrijgestelde reserves van de inrichting ook ten name van de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap de kwalificatie 'vrijgestelde reserves' (artikel 184bis, §4, 2° lid WIB92) (zie verder sub 2.).

⁶⁴ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 17.

vennootschap een andere (dan een intra-Europese) vennootschap is, zijn dus niet expliciet wettelijk geregeld.

Anderzijds moet worden vastgesteld dat de 'neutraliteit' van de verrichting op het niveau van het eigen vermogen (in toepassing van artikel 184*bis* WIB92) niet enkel geldt voor binnenwaartse verrichtingen die in de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap een neutrale behandeling genieten. Indien de verrichting in de lidstaat van herkomst 'belast' verloopt (bijvoorbeeld op grond van 'misbruik' of het niet achterblijven van een vaste inrichting), leidt dit bijgevolg niet tot een fiscale opwaardering van het gestort kapitaal ten name van de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap. Een fiscale opwaardering is nochtans wel voorzien voor binnenlandse en 'buitenwaartse' fusies en (partiële) splitsingen die, wegens 'misbruik', 'belast' verlopen (zie artikel 210, §4 WIB92 voor binnenlandse verrichtingen en artikel 229, §4, 4^o lid WIB92 voor 'buitenwaartse' verrichtingen).

1.3. Fiscale waarde van de overgenomen (verkregen) activa

1.3.1. Meer- en minderwaarden

Indien de binnenlandse vennootschap de (buitenlandse) activa die zij in het kader van een binnenwaartse fusie of (partiële) splitsing heeft verkregen realiseert, worden de hierbij gerealiseerde meerwaarden of minderwaarden vastgesteld op basis van de *boekwaarde* van deze activa op het ogenblik van de fusie (splitsing) (artikel 184*ter*, §2, 1^o lid WIB92). Allicht wordt hierbij bedoeld op de boekwaarde van de bestanddelen, zoals vastgesteld volgens de buitenlandse boekhoudkundige waarderingsregels⁶⁵.

Deze 'boekwaarde' wordt blijkbaar als uitgangspunt genomen ongeacht of de activa verkregen zijn in het kader van een intra-Europese verrichting, en ongeacht of deze verrichting ten name van de overgenomen (gesplitste) vennootschap al dan niet fiscaal neutraal verloopt.

De berekening van de meerwaarden (minderwaarden) op basis van de boekwaarde van de overgenomen bestanddelen, lijkt ons een merkwaardige optie van de wetgever. Deze boekwaarde kan immers worden gestuurd door bepaalde bestanddelen vóór de verrichting boekhoudkundig te herwaarderen. Volgens de Memorie van Toelichting is de onderliggende overweging hierbij geweest dat België vóór de verrichting geen heffingsrechten bezat in verband met de meerwaarden op de

⁶⁵ M. VAN GILS, *Zetelverplaatsing voor en na de Wet van 11 december 2008*. Deel I. Immigratie, *TFR* 2009, afl. 369, 834.

buitenlandse activa, zodat het logisch is om enkel de waardestijging die zich na de verrichting heeft voorgedaan in de Belgische heffing te betrekken⁶⁶.

Dit uitgangspunt lijkt ons principiële correct. Weliswaar stelt de Fusierichtlijn (artikel 4, §3) de neutraliteit van de verrichting afhankelijk van de voorwaarde dat de 'ontvangende' (d.i. overnemende of verkrijgende) vennootschap (o.m.) de meerwaarden met betrekking tot de ingebrachte activa en passiva berekent 'met toepassing van dezelfde regels als de inbrengende vennootschap had kunnen toepassen indien de fusie, splitsing of gedeeltelijke splitsing niet zou hebben plaatsgevonden', maar deze continuïteitseis lijkt ons gericht aan het adres van de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap, en niet tot de lidstaat van de overnemende (verkrijgende) vennootschap.

Het (op zich correcte) opzet van de wetgever wordt echter niet gerealiseerd door de fiscale aanschaffingswaarde af te stemmen op de boekwaarde: behalve in het geval dat deze boekwaarde (door voorafgaande herwaardering) zou overeenstemmen met de 'werkelijke waarde', zal immers geen opwaardering worden gerealiseerd, waardoor latente waardestijgingen van vóór de verrichting alsnog principiële belastbaar zullen zijn in België (zij het dat doorgaans een verdragsvrijstelling zal kunnen worden ingeroepen)⁶⁷.

Belangrijker in de praktijk is de vaststelling van de fiscale aanschaffingswaarde voor de activa die na de verrichting *niet* achterblijven in het buitenland of in een buitenlandse inrichting. Voor deze bestanddelen zal België immers wel heffingsbevoegd zijn bij latere realisatie. Minstens in deze hypothese was het aangewezen geweest om de fiscale waarde af te stemmen op de 'werkelijke waarde' op de datum van de verrichting. Hierdoor zou de Belgische wetgeving zich overigens hebben ingeschreven in de (niet-bindende) Resolutie van de Raad inzake exitheffingen⁶⁸.

1.3.2. Afschrijvingen

Op het principe dat de fiscale waarde van de verkregen buitenlandse activa gelijkgesteld wordt aan hun (buitenlandse) boekwaarde ten tijde van de verrichting, wordt een uitzondering gemaakt voor de afschrijvingen en waardeverminderingen die na de verrichting in verband met deze bestanddelen worden geboekt. De fiscaal afschrijfbaar waarde van deze activa wordt immers bepaald als hun fiscale waarde, waarbij deze 'fiscale waarde' wordt gedefinieerd als 'de boekwaarde op het ogenblik

⁶⁶ Memorie van Toelichting, Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 16.

⁶⁷ M. VAN KEIRSBILCK, *Fisc.Koer.* 2009/96 (jaaroverzicht 2008); W. VANDENBERGHE, 'De omzetting van de fusierichtlijn. Duiding bij een labyrint van bepalingen inzake inbrengen van een bedrijfstak of algemeenheid, fusies en splitsingen', *AFT* 2009, afl. 4, 40.

⁶⁸ Resolutie van de Raad van 2 december 2008 betreffende de coördinatie van exitheffingen, *Pb.C.* 323 van 18 december 2008, 1.

van de verrichting, verminderd met de vóór de verrichting geboekte (onbelaste) herwaarderingen' (artikel 184ter, §2, 6° lid WIB92).

oewel er zoals gezegd geen bezwaar is tegen een fiscale opwaardering van de overgenomen activa, waardoor enkel de waardestijging na de verrichting in de Belgische heffing wordt betrokken, wenste de wetgever te vermijden dat de verrichting aanleiding zou geven tot een verhoogde fiscale afschrijvingsbasis. Indien een dergelijke 'step-up' (vanuit Belgisch oogpunt) aanleiding zou geven tot een fiscaal verlies op het niveau van de buitenlandse vaste inrichting, zou dit inrichtingsverlies immers in mindering kunnen worden gebracht van de Belgische winst. In de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap zal de verrichting echter in beginsel fiscaal neutraal behandeld worden, waardoor geen verhoogde fiscale afschrijvingsbasis in de vaste inrichting ontstaat, en geen of een lager inrichtingsverlies optreedt vanuit het oogpunt van de lidstaat van de vaste inrichting. Hierdoor zou een latere 'recapture' van het in België ten laste genomen verlies achterwege (of beperkt) blijven. Dit effect wordt vermeden door de fiscaal aftrekbare afschrijvingen na de verrichting te beperken tot de 'fiscale waarde' van de overgenomen bestanddelen op het ogenblik van de verrichting.

Deze bepaling ter vermindering van de verhoogde fiscale afschrijvingsbasis is qua toepassingsgebied niet beperkt tot intra-Europese verrichtingen. Indien de overgenomen (gesplitste) vennootschap niet gevestigd is in een EU-lidstaat, of een (vaste) inrichting buiten de EU aanhoudt, kan de verrichting in het buitenland aanleiding geven tot een fiscale afrekening. Ook in die gevallen zal er echter geen verhoogde fiscale afschrijvingsbasis optreden voor Belgische doeleinden (maar veelal wel voor buitenlandse doeleinden).

De beperking van de fiscale afschrijvingsbasis in toepassing van artikel 184ter, §2, 6° lid WIB92 geldt bovendien (ook bij intra-Europese verrichtingen) ongeacht of de verrichting in het land van de overgenomen (gesplitste) vennootschap neutraal verloopt.

De toepassing van artikel 184ter, §2, 6° lid WIB92 lijkt bovendien niet beperkt tot de bestanddelen die na de verrichting 'achterblijven' in (een inrichting in) het 'herkomstland', o.m. omdat de wettekst verwijst naar bestanddelen die '*op het moment van de verrichting*' in het buitenland gelegen zijn (wat mede de bestanddelen kan viseren die '*in het kader van de verrichting*' worden overgebracht naar België). Aangezien voor deze bestanddelen in het land van de overgenomen (gesplitste) vennootschap doorgaans een 'exitheffing' zal worden opgelegd, rijst de vraag of de afwezigheid van een opwaardering van de Belgische fiscale afschrijvingsbasis in toepassing van artikel 184ter, §2, 6° lid WIB92 aanleiding kan geven tot een dubbele belasting⁶⁹. Op termijn zal een dubbele belasting

⁶⁹ Op basis van een letterlijke lezing van artikel 184ter, §2, 6° lid WIB92 zou een fiscale *step-up* overigens ook niet kunnen worden gerealiseerd door de bestanddelen vóór de verrichting boekhoudkundig te herwaarderen. Deze herwaardering verhoogt de afschrijfbaar ~~fiscale~~ waardeqimmers slechts in de mate dat

echter worden vermeden doordat bij de berekening van de belastbare meerwaarde bij realisatie van het bestanddeel wordt uitgegaan van de 'boekwaarde' op het moment van de fusie (artikel 184ter, §2, 1° lid WIB92 – zie hoger), verminderd met de *fiscaal aanvaarde* afschrijvingen.

De toepassing van de afschrijvingsbeperking houdt o.i. concreet in dat de geboekte afschrijvingen slechts fiscaal aftrekbaar zijn in de mate dat zij resulteren in een netto boekwaarde⁷⁰ die lager is dan de 'fiscale waarde' ten tijde van de verrichting. Om deze 'fiscale waarde' te bepalen, moet de boekwaarde worden verminderd met de geboekte herwaarderingsmeerwaarden, voor zover deze vóór de verrichting niet belast werden⁷¹. Uit de formulering van artikel 184ter, §2, 6° lid WIB92 dient o.i. te worden afgeleid dat de afschrijvingen *integraal* verworpen moeten worden zolang de netto boekwaarde de fiscale referentiewaarde overschrijdt, waardoor de afschrijvingen dus blijkbaar 'bij voorrang' aangerekend moeten worden op de geboekte herwaarderingsmeerwaarde. Technisch zal de verwerping van de afschrijvingen allicht aanleiding geven tot een 'verworpen uitgave'. De 'gebruikelijke' techniek waarbij de herwaarderingsmeerwaarde wordt overgeboekt naar het resultaat c.q. omgezet wordt in een belaste reserve, zal immers niet toegepast kunnen worden omdat de in het buitenland uitgedrukte herwaarderingsmeerwaarde in het kader van de verrichting wordt overgenomen onder de kwalificatie 'belaste reserve' (artikel 184bis, §4, 2° lid WIB92 – zie hoger)⁷².

zij vóór de verrichting daadwerkelijk aan belasting werd onderworpen (wat niet hetzelfde is als een (exit)heffing in het kader van de verrichting). Onduidelijk is of dit onderscheid door de wetgever bedoeld is.

⁷⁰ In de tekst van artikel 184ter, §2, 6° lid WIB92 is (merkwaardig) sprake van de *fiscale nettowaarde*. In de Memorie van Toelichting (Doc 52, 1398/001, 33) wordt o.i. correcter verwezen naar de *boekwaarde*.

⁷¹ Deze *fiscale waarde* stemt blijkbaar niet volledig overeen met het begrip *fiscale nettowaarde* zoals gedefinieerd in (nieuw) artikel 184ter, §3 WIB92. Voor de bepaling van de *fiscale nettowaarde* dient de boekwaarde immers (o.m.) te worden verhoogd met de niet-aanvaarde afschrijvingen.

⁷² M. VAN GILS, *Zetelverplaatsing voor en na de Wet van 11 december 2008*. Deel I. Immigratie, *TFR* 2009, afl. 369, 835.

1.4. Moeder-dochterfusie: intrekking van de onderlinge deelneming

Indien de overnemende (verkrijgende) vennootschap vóór de verrichting een participatie houdt in de overgenomen (gesplitste) vennootschap, zal naar aanleiding van de intrekking van deze deelneming doorgaans een verschil optreden tussen, enerzijds, het gedeelte van (de boekwaarde van) het overgenomen vermogen dat door de ingetrokken aandelen wordt vertegenwoordigd en, anderzijds, de boekwaarde (fiscale waarde) van de deelneming ten name van de binnenlandse (moeder)vennootschap. Dit verschil ('fusieresultaat') kan positief of negatief zijn.

1.4.1. Positief fusieresultaat

Vóór de wetwijziging werd een positief fusieverschil aangemerkt als een (tot beloop van 95% aftrekbaar) Definitief Belast Inkomen ('DBI' - artikel 202, §1, 2° WIB92). De beperking van de aftrek tot 95% was echter strijdig met artikel 7 van de Fusierichtlijn, dat bepaalt dat de meerwaarde bij intrekking van de onderlinge deelneming tot '*geen enkele vorm van belastingheffing*' aanleiding mag geven. De aftrek werd dan ook op 100% gebracht.

Daarnaast werd de participatiedrempel om van de DBI-aftrek te kunnen genieten (artikel 202, §2 WIB92) in het kader van fusies (splittingsen) met onderlinge deelneming geschrapt. Hierdoor zal (bij fusie/splitsing) ook een aandelenbezit dat niet voldoet aan de 10%-drempel (of de drempel van € 2,5 miljoen⁷³), of niet gedurende ten minste één jaar vóór de fusie werd aangehouden, DBI-vrijstelling kunnen genieten. De Fusierichtlijn biedt (in tegenstelling tot de Moeder-dochterrichtlijn) inderdaad geen ruimte voor een 'permanentievoorwaarde'. De Richtlijn laat daarentegen wel toe om de vrijstelling afhankelijk te stellen van een minimale participatie van 10% (percentage van toepassing vanaf 1 januari 2009). Door de participatiedrempel te schrappen is de Belgische wetgever dus verder gegaan dan noodzakelijk onder de Fusierichtlijn.

De beide wijzigingen gelden enkel voor fusies (splittingsen) met onderlinge deelneming (dus niet voor 'gewone' dividenden of liquidatieboni bij vereffening), en op voorwaarde dat (i) de overgenomen (gesplitste) (dochter)vennootschap een (binnenlandse of) intra-Europese vennootschap is, en (ii) de verrichting op grond van (artikel 211 WIB92 of) een bepaling met gelijkaardig effect in de andere lidstaat fiscaal neutraal verloopt. Indien de overgenomen (gesplitste) vennootschap niet in de EU gevestigd is (of indien de verrichting – wegens 'misbruik' – niet neutraal behandeld wordt in de lidstaat van de overgenomen vennootschap), blijft de DBI-aftrek op het positieve fusieverschil dus behouden op 95%, en afhankelijk van de participatievoorwaarde.

⁷³ Door artikel 130 van de Programmawet van 23 december 2009 (BS 30 december 2009) werd deze participatiedrempel verhoogd van " 1,2 miljoen naar " 2,5 miljoen.

Het is overigens opvallend dat de wetgever blijkbaar niet heeft willen raken aan de kwalificatie van het positieve fusieresultaat als 'DBI', en niet de – allicht logischere – optie heeft genomen om dit resultaat aan te merken als een vrijgestelde meerwaarde in de zin van artikel 192 WIB92. Deze discussie heeft echter aan praktisch belang ingeboet, nu het Hof van Justitie in de zaak Cobelfret heeft beslist dat de beperking van de DBI-aftrek tot het resterende positieve winstsaldo, en de niet-overdraagbaarheid van het eventuele niet-benutte overschot naar volgende belastbare tijdperken, strijdig is met de Moeder-Dochterrichtlijn⁷⁴, zodat de DBI-aftrek als een echte 'vrijstelling' moet worden toegepast. De conclusie waartoe het Hof gekomen is in het kader van 'reguliere' dividenden, moet o.i. *a fortiori* gelden voor een (internrechtelijk als 'dividend' aangemerkt) fusieresultaat. De bewoordingen van artikel 7 van de Fusierichtlijn ('*geen enkele vorm van belastingheffing*') zijn op dit punt immers nog duidelijker dan deze van artikel 4 van de Moeder-dochterrichtlijn ('*onthouden van het belasten*').

De technische uitwerking van een binnenwaartse moeder-dochterfusie waarbij een 'positief fusieresultaat' optreedt, kan aan de hand van het volgende voorbeeld worden verduidelijkt. Stel dat de overnemende binnenlandse vennootschap ('BE') en de overgenomen intra-Europese (bijvoorbeeld Nederlandse) vennootschap ('NL') vóór de fusie de volgende vermogenspositie hebben.

BE			
Participatie NL (80%)	600	Gestort kapitaal	200
Andere activa	400	Belaste reserves	500
		Vrijgestelde reserves	100
		Schulden	200
	1 000		1 000

⁷⁴ HvJ 12 februari 2009, C-138/07, *Cobelfret*.

NL

Activa	1 200	Gestort kapitaal	400
		Belaste reserves	300
		Vrijgestelde reserves	300
		Schulden	200
	1 200		1 200

De overneming van de intra-Europese dochtervennootschap leidt tot de volgende boekhoudkundige en fiscale vermogenspositie.

BE

Activa (België)	400	Gestort kapitaal	280	*1
Activa (Nederland)	1 200	Belaste reserves	620	*2
		Vrijgestelde reserves	100	
		Fusieresultaat	200	*3
		Schulden (België)	200	
		Schulden (Nederland)	200	
	<u>1 600</u>		<u>1 600</u>	

*1 Het gestorte kapitaal van de overgenomen vennootschap wordt verminderd naar rato van de onderlinge deelneming (80%). De globale vermindering van het overgenomen vermogen moet immers proportioneel worden aangerekend op het gestorte kapitaal en op de reserves. De fusie geeft bijgevolg aanleiding tot een verhoging van het gestorte kapitaal ad $(400 \times 20\% =) 80$.

*2 De reserves van de overgenomen vennootschap (600) verkrijgen integraal de kwalificatie 'belaste reserves'. Deze reserves ondergaan een proportionele vermindering naar rato van de onderlinge deelneming. De fusie geeft bijgevolg aanleiding tot een verhoging van de belaste reserves ad $(600 \times 20\% =) 120$.

*3 $(1.000 \times 80\%)$ (fractie van het eigen vermogen van de overgenomen vennootschap dat door de onderlinge deelneming wordt vertegenwoordigd) – 600 (boekwaarde en fiscale waarde van de onderlinge deelneming ten name van de overnemende vennootschap). Het fusieresultaat ad 200 vormt een 100% aftrekbare DBI.

1.4.2. Negatief fusieresultaat

Indien de boekwaarde (fiscale waarde) van de 'ingetrokken' deelneming van de moedervenootschap in de dochter groter is dan de fractie van het (boekhoudkundige) eigen vermogen van de dochter dat door deze aandelen wordt vertegenwoordigd, wordt het overgenomen nettoactief van de dochter boekhoudkundig geherwaardeerd, waarbij het verschil in de mate van het mogelijke toegerekend wordt aan specifieke actief- of passiefbestanddelen, en voor het saldo ten

name van de moeder opgenomen wordt in de post 'goodwill' (artikel 78, §7 KB/W.Venn.). Volgens de CBN moeten dezelfde principes toegepast worden in het kader van een grensoverschrijdende ('binnenwaartse') fusie, aangezien het KB/W.Venn., wat het toepassingsgebied van de boekhoudkundige continuïteitsregels inzake fusies (splittingsen) betreft, verwijst naar fusies (splittingsen) 'zoals gedefinieerd in het W.Venn.', en niet – zoals destijds het KB van 8 oktober 1976 – naar fusies (splittingsen) 'gerealiseerd overeenkomstig de bepalingen van het vennootschappenrecht'⁷⁵.

In het kader van binnenlandse moeder-dochterfusies is het fiscale statuut van de meerwaarden die naar aanleiding van de verrichting tot uitdrukking worden gebracht om het negatieve verschil boekhoudkundig 'op te vullen', lange tijd voorwerp van discussie geweest⁷⁶. Hoewel reeds sedert de wet van 6 augustus 1993 voorzien was dat op deze 'naar aanleiding van de fusie verwezenlijkte of vastgestelde' meerwaarden ten name van de moedervernootschap 'geen vermindering wordt aangerekend' (artikel 211, §2, 4° lid WIB92), werd hieraan (door de administratie) niet meteen de conclusie verbonden dat deze meerwaarden, in de mate dat zij boekhoudkundig worden uitgedrukt (dus tot beloop van het hoger vermelde verschil), ten name van de overnemende moedervernootschap aan de 'onaantastbaarheidsvoorwaarde' (artikel 190 WIB92) moesten voldoen. Sinds de wet van 22 december 1998 wordt echter in artikel 212, 3° lid WIB92 bevestigd dat deze meerwaarden 'geacht worden niet te zijn verwezenlijkt', waardoor hun vrijstelling afhankelijk werd gesteld van de naleving, ten name van de overnemende moedervernootschap, van de onaantastbaarheidsvoorwaarde (artikel 190 *juncto* artikel 44, §1, 1° *juncto* artikel 212, 3° lid WIB92) (voorwaarde waaraan onder meer kan worden voldaan door een boeking 'binnen kapitaal').

De vraag rijst dus of ook in het kader van een binnenwaartse moeder-dochterfusie de tot beloop van het 'negatieve fusieverschil' vastgestelde meerwaarden op het vermogen van de overgenomen intra-Europese (dochter)vennootschap fiscaal moeten worden overgenomen door de moedervernootschap, en daar (desgevallend door een boeking 'binnen kapitaal') moeten voldoen aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde. Alleszins is duidelijk dat op deze vastgestelde meerwaarden fiscaal geen aftrekbare afschrijvingen kunnen worden geboekt⁷⁷. De verwerping van deze afschrijvingen zou echter ook via de 'verworpen uitgaven' kunnen worden gerealiseerd. Men zou dan

⁷⁵ CBN Advies 2009/7 van 15 juli 2009.

⁷⁶ Voor een overzichtelijke analyse van deze problematiek kan worden verwezen naar M. TAHON, 'Het verdwenen vermogen bij een moeder-dochter fusie' in *Liber Amicorum J.J. Couturier. Recht zonder omwegen*, Brussel, Larcier, 1999, 197-232, die terecht gewaagt van een 'noeizame administratieve gedachtevorming' met betrekking tot het statuut van de fusie meerwaarden.

⁷⁷ Op grond van artikel 184ter, §2, 6° lid WIB92 wordt de fiscale afschrijvingsbasis van de overgenomen (buitenlandse) bestanddelen immers beperkt tot de boekwaarde op het ogenblik van de verrichting, d.i. de boekwaarde in het land van de overgenomen vennootschap. De vaststelling van een meerwaarde op deze bestanddelen tot beloop van het negatieve fusieverschil is een boekhoudkundige bewerking op het niveau van de Belgische moedervernootschap, en leidt bijgevolg niet tot een verhoging van de fiscaal afschrijfbaar boekwaarde.

ook kunnen redeneren dat de kwalificatie 'uitgedrukte niet-gerealiseerde meerwaarde' in de zin van artikel 44, §1, 1° WIB92 (en bijgevolg de voorwaarde van onaantastbaarheid in toepassing van artikel 190 WIB92) enkel aan de orde is voor uitgedrukte meerwaarden waarover *in België* vrijstelling werd verleend⁷⁸. Voor bestanddelen die door fusie vanwege een buitenlandse vennootschap worden verworven, is dit niet het geval.

Nochtans bieden de teksten ook ruimte voor een andere interpretatie. Artikel 212, 3° lid WIB92 stelt immers dat '*de in artikel 211, §1, 1° lid, 1° WIB92 bedoelde meerwaarden die naar aanleiding van de verrichting worden verwezenlijkt of vastgesteld*' – voor zover zij worden uitgedrukt – '*voor de toepassing van dit wetboek*' aangemerkt worden als 'uitgedrukte, niet-verwezenlijkte' meerwaarden in de zin van artikel 44, §1, 1° WIB92. Hoewel artikel 212 WIB92 in zijn algemeenheid enkel van toepassing is voor fusie verrichtingen met toepassing van artikel 211 WIB92 (waartoe de binnenwaartse fusies *niet* behoren), verwijst het derde lid niet naar '*de in artikel 211 bedoelde verrichtingen*', maar naar '*de in artikel 211, §1, 1° lid, 1° bedoelde meerwaarden*', namelijk 'meerwaarden die naar aanleiding van de verrichting worden verwezenlijkt of vastgesteld'. Men zou het derde lid dan ook zo kunnen lezen dat dergelijke meerwaarden 'voor de toepassing van dit wetboek' steeds als 'uitgedrukte, niet-gerealiseerde meerwaarden' in de zin van artikel 44, §1, 1° WIB92 moeten worden aangemerkt (en als zodanig, op grond van artikel 190 WIB92, aan de onaantastbaarheidsvoorwaarde moeten voldoen), ook indien deze 'realisatie' of 'vaststelling' niet plaatsvindt in het kader van een fusie verrichting die onder artikel 211 WIB92 ressorteert.

Verder moet worden opgemerkt dat artikel 184bis, §4, 3° lid WIB92 bepaalt dat in het kader van een binnenwaartse fusie '*geen enkele vermindering wordt aangerekend op de meerwaarden*'. In de 'spiegelbeeldbepaling' voor buitenwaartse verrichtingen (artikel 211, §2, 4° lid *juncto* artikel 211, §1, 1° lid, 1° WIB92) luidt het dat '*geen vermindering wordt aangerekend op de meerwaarden die naar aanleiding van de verrichting worden verwezenlijkt of vastgesteld*'. Eén en ander biedt argumenten voor de zienswijze dat, ook bij binnenwaartse verrichtingen, de fusiemeerwaarden (als 'uitgedrukte niet-gerealiseerde' meerwaarden) ten name van de overnemende binnenlandse vennootschap principieel 'geen vermindering' mogen ondergaan', en bijgevolg 'onaantastbaar' moeten blijven.

In de mate dat de geherwaardeerde bestanddelen aangewend blijven in de vaste inrichting in de lidstaat van de overgenomen vennootschap, zullen de betrokken meerwaarden bij eventuele niet-naleving van de onaantastbaarheidsvoorwaarde echter hoe dan ook vrijgesteld zijn op grond van het dubbelbelastingverdrag.

Niettemin zou het, gelet op de onduidelijkheid van de wetteksten, aangewezen zijn dat de administratie haar standpunt kenbaar zou maken. Op die wijze zou worden vermeden dat

⁷⁸ M. VAN GILS, *Zetelverplaatsing voor en na de Wet van 11 december 2008*. Deel I. Immigratie, *TFR* 2009, afl. 369, 834.

belastingplichtigen – zoals dit het geval was bij binnenlandse fusies – gedurende lange tijd in onzekerheid moeten verkeren over het fiscale statuut van de fusiemeerwaarde.

1.5. Fiscale verliezen

De Fusiewet voorziet niet in een mechanisme waardoor de nog niet verrekende, in het buitenland geleden fiscale verliezen van de overgenomen (gesplitste) intra-Europese vennootschap na de verrichting verrekend kunnen worden door de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap. Ter verantwoording wordt in de Memorie van Toelichting gesteld dat (i) de Fusierichtlijn een dergelijke overdracht niet oplegt⁷⁹ en (ii) in de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap *‘in nagenoeg alle gevallen eveneens een regeling geldt wat betreft de bestemming van dergelijke verliezen’*⁸⁰.

Het eerste argument is inderdaad correct, aangezien in de Richtlijn wordt uitgegaan van de verrekening van de verliezen in de lidstaat waar deze geleden zijn. Bij het tweede uitgangspunt daarentegen, met name dat de in het buitenland geleden verliezen na de fusie (splittings) doorgaans toch verrekend zullen kunnen worden in de vaste inrichting van de overnemende (verkrijgende) vennootschap in de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap, kunnen vraagtekens worden geplaatst. Op grond van de Fusierichtlijn is deze lidstaat immers slechts verplicht om de overdracht van de nog niet verrekende verliezen naar de vaste inrichting van de overnemende (verkrijgende) vennootschap toe te staan in de mate dat haar interne wetgeving een verliesoverdracht voorziet in het kader van een vergelijkbare binnenlandse verrichting. In de mate dat dergelijke (binnenlandse) overdracht niet voorzien is, blijft (ook) in het kader van een grensoverschrijdende verrichting een dubbele ‘niet-aftrek’ mogelijk.

Indien de binnenlandse overnemende (verkrijgende) vennootschap vóór de verrichting over nog niet verrekende (Belgische) fiscale verliezen beschikt, kunnen deze in beginsel naar aanleiding van de verrichting een proportionele beperking ondergaan. De voorheen (in het kader van binnenlandse verrichtingen) bestaande proportionele beperking (artikel 206, §2, 1° lid WIB92) werd immers uitgebreid tot (belastingneutrale) intra-Europese verrichtingen (nieuw artikel 206, §2, 4° lid WIB92). Bij de toepassing van deze beperking dient echter, wat de (in de noemer van de breuk op te nemen) fiscale nettowaarde van de overgenomen bestanddelen betreft, enkel rekening te worden gehouden met de fiscale nettowaarde van de *Belgische* inrichting (of van andere in *België* gelegen bestanddelen) die de overgenomen (gesplitste) intra-Europese vennootschap eventueel vóór de verrichting aanhield (artikel 206, §2, 5° lid WIB92). Dit betekent dat de fiscale verliezen van de overnemende (verkrijgende) vennootschap geen enkele beperking ondergaan indien de

⁷⁹ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 9.

⁸⁰ Memorie van Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2007-2008, Doc 52, 1398/001, 37.

overgenomen (gesplitste) intra-Europese vennootschap vóór de verrichting niet over een Belgische inrichting of in België gelegen bestanddelen beschikt.

2. Intra-Europese vennootschap met Belgische inrichting

2.1. Situatie vóór de wetwijziging

Indien de overgenomen (gesplitste) intra-Europese vennootschap vóór de verrichting over een Belgische (vaste) inrichting beschikt, dient de neutraliteit ook op het niveau van deze inrichting te worden verzekerd. Vóór de wetwijziging was het reeds verdedigbaar dat deze neutraliteit kon worden ingeroepen op grond van de oude versie van artikel 231, §2 WIB92. Deze bepaling schreef immers voor dat de meerwaarden op de bestanddelen van een Belgische inrichting van een vennootschap van een andere lidstaat, die vastgesteld werden in het kader van (o.m.) een fusie of splitsing van deze vennootschap vrijgesteld waren. Aangezien dit artikel niets bepaalde over de plaats van vestiging van de overnemende (verkrijgende) vennootschap, was het inderdaad zeer verdedigbaar dat ook een binnenlandse vennootschap in aanmerking kwam als overnemende (verkrijgende) vennootschap (en dat de bepaling bijgevolg niet beperkt was tot 'triangulaire' verrichtingen, waarbij zowel de overgenomen (gesplitste) als de overnemende (verkrijgende) vennootschap 'intra-Europese' vennootschappen zijn).

Ondanks dit tekstargument kon aanvankelijk wellicht enige twijfel bestaan. De invoering van artikel 231, §2 WIB92 (wet van 28 juli 1992) beoogde immers uitvoering te geven aan artikel 10 van de Fusierichtlijn, dat in zijn toenmalige lezing kon worden opgevat als beperkt tot 'triangulaire' verrichtingen⁸¹. Naar aanleiding van de aanpassing van de Richtlijn in 2005 werd in artikel 10 echter toegevoegd (verduidelijkt) dat de verplichting van de lidstaat van de vaste inrichting om af te zien van belastingheffing ook geldt indien de overnemende of verkrijgende vennootschap gevestigd is in dezelfde lidstaat als de vaste inrichting. Een fusie waarbij een intra-Europese vennootschap met een Belgische (vaste) inrichting wordt overgenomen door een binnenlandse vennootschap, moet dus op grond van artikel 10 van de Richtlijn neutraal worden behandeld op het niveau van de Belgische inrichting.

Door de Fusiewet werd artikel 231, §2 WIB92 aangepast aan deze wijziging (verduidelijking) in de tekst van artikel 10 van de Richtlijn: voortaan is de vrijstelling van toepassing indien de Belgische

⁸¹ Artikel 10 van de Richtlijn is van toepassing indien tot de bij een fusie of splitsing ingebrachte goederen een vaste inrichting van de inbrengende vennootschap behoort die gelegen is in een andere lidstaat dan die waaronder de inbrengende vennootschap ressorteert, en legt in deze hypothese op dat de lidstaat van de vaste inrichting en deze van de ontvangende vennootschap de Richtlijn dienen toe te passen alsof de eerstgenoemde de lidstaat van de inbrengende vennootschap is. Indien de inbrengende en de ontvangende vennootschap gevestigd zijn in dezelfde lidstaat, is de Richtlijn echter niet van toepassing. Zie: I. VANDE VELDE, 'Fiscalisering van een Belgische inrichting: afrekenen over meerwaarden?', *Fiskoloog* (I) 1993, nr. 119, 4.

inrichting in het kader van de verrichting wordt verworven 'door een *binnenlandse vennootschap* of door een intra-Europese vennootschap'.

2.2. Voorwaarden voor belastingneutraliteit

Ratione materiae werd het toepassingsgebied van de vrijstellingsbepaling uitgebreid met de partiële splitsing.

De overgenomen of (partieel) gesplitste vennootschap dient een intra-Europese vennootschap te zijn, en de verrichting dient te worden doorgevoerd met toepassing van de belastingvrijstelling zoals voorzien door de Fusierichtlijn⁸².

Zoals voor buitenwaartse verrichtingen wordt de fiscale neutraliteit afhankelijk gesteld van de verwezenlijking in overeenstemming met het Belgische Wetboek van Vennootschappen en met de buitenlandse vennootschapsrechtelijke bepalingen van 'gelijke aard'. Wat dit laatste betreft valt op dat verwezen wordt naar de (buitenlandse) vennootschapsrechtelijke bepalingen 'die van toepassing zijn op de overnemende of verkrijgende intra-Europese vennootschap'. Op basis van een strikte lezing van deze wettelijke voorwaarde zou een eventuele overtreding van de vennootschapsrechtelijke bepalingen in de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap de neutraliteit op het niveau van de Belgische inrichting dus niet in het gedrang mogen brengen.

De neutraliteit wordt tevens gekoppeld aan de nieuwe antimisbruik bepaling (artikel 183*bis* WIB92). Hierdoor is de verrichting in feite onderworpen aan een dubbele antimisbruik toets. In de (hoger vermelde) voorwaarde dat de verrichting moet worden doorgevoerd 'met toepassing van de belastingvrijstelling zoals voorzien door de Fusierichtlijn' ligt immers al besloten dat de verrichting in de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap de antimisbruik toets doorstaat. Blijkbaar wenste de wetgever dat de verrichting daarnaast ook vanuit Belgisch oogpunt op haar 'zakelijke overwegingen' zou kunnen worden beoordeeld.

Ten slotte was het blijkbaar de bedoeling om te voorzien dat de neutraliteit van de verrichting (slechts) geldt in de mate dat de overgenomen of verkregen bestanddelen aangewend blijven in België. Bij de formulering van deze voorwaarde blijkt de wetgever aanvankelijk echter uitsluitend 'triangulaire' verrichtingen tussen intra-Europese vennootschappen in gedachten te hebben gehad, gezien artikel 231, §2, 2° lid WIB92 (in de versie zoals ingevoerd door de Fusiewet) eiste dat deze bestanddelen aangewend blijven binnen een 'Belgische inrichting' en bijdragen tot de

⁸² Een principiële toepassing van het neutraliteitsregime lijkt te volstaan. Een gedeeltelijke fiscale afrekening in de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap, bijvoorbeeld wegens onvolledige vergoeding in aandelen, brengt volgens de Memorie van Toelichting (Doc 52, 1398/001, 45) de vrijstelling in toepassing van artikel 231, §2 WIB92 niet in het gedrang.

totstandkoming van de resultaten in de belasting van niet-inwoners. Door een latere wetswijziging werd echter verduidelijkt dat ook een aanwending in het kader van een ‘binnenlandse vennootschap’ voldoet⁸³.

2.3. Werking van de belastingneutraliteit

2.3.1. Fiscale vermogensovername

De vrijgestelde reserves van de Belgische inrichting behouden ten name van de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap hun kwalificatie ‘vrijgestelde reserve’ (artikel 184*bis*, §4, 2° lid WIB92) (dit in afwijking van het principe dat bij binnenwaartse verrichtingen het overgenomen vermogen dat het gestorte kapitaal overtreft, in de Belgische vennootschapsbelasting wordt opgenomen onder de kwalificatie ‘belaste reserve’ – zie hoger sub 1.2.)

Indien de verrichting niet volledig wordt vergoed door uitgifte van aandelen van de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap als gevolg van een vóór de verrichting bestaande deelneming in de overgenomen (gesplitste) vennootschap (moeder-dochterfusie) of wegens een opleg in geld, ondergaat het overgenomen vermogen een vermindering.

De uitgedrukte, niet-verwezenlijkte meerwaarden (‘herwaarderingsmeerwaarden’), de gespreid belaste meerwaarden (artikel 47 WIB92) en de kapitaalsubsidies van de Belgische inrichting worden echter steeds integraal (zonder ‘vermindering’) overgenomen in het eigen vermogen van de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap (artikel 184*bis*, §4, 3° lid WIB92)⁸⁴ (en blijven onbelast in toepassing van artikel 231, §2, 1° lid, 1° WIB92).

Ook de overige vrijgestelde reserves van de Belgische inrichting worden in het kader van een binnenwaartse moeder-dochterfusie integraal – als ‘vrijgestelde reserves - overgenomen in de sfeer van de vennootschapsbelasting (artikel 184*bis*, §4, 3° lid WIB92), en blijven dus in het kader van de verrichting onbelast (artikel 231, §2, 1° lid, 2° WIB92). Waar de overname van dergelijke ‘overige’

⁸³ Wet van 22 december 2009 houdende fiscale en diverse bepalingen, *BS* 31 december 2009 (tweede editie). Ook na deze wetswijziging lijkt de bepaling ons nog niet volledig sluitend, omdat ook bij eventuele affectatie van de overgenomen (verkregen) bestanddelen aan een buitenlandse vaste inrichting tekstueel voldaan is aan de door artikel 231, §2, 2° lid WIB92 gestelde voorwaarde van aanwending binnen een binnenlandse vennootschap.

⁸⁴ Artikel 184*bis*, §4, 3° lid WIB92 stelt enigszins onduidelijk dat de meerwaarden en kapitaalsubsidies ten name van de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap geen enkele vermindering ondergaan. Mede uit de spiegelbeeldbepaling voor buitenlandse verrichtingen (artikel 211, §2, 4° lid *juncto* 211, §1, 1° lid, 1° WIB92) kan echter worden afgeleid dat het begrip meerwaarden verwijst naar de fusiemeerwaarden die naar aanleiding van de verrichting zijn verwezenlijkt of vastgesteld, de uitgedrukte meerwaarden (artikel 44, §1, 1° WIB92) en de gespreid belaste meerwaarden (artikel 47 WIB92). Wat de fusiemeerwaarden betreft, wordt verwezen naar de toelichtingen sub 2.3.3.).

vrijgestelde reserves in het kader van een buitenwaartse verrichting (op grond van artikel 211, §1, 1° lid, 2° WIB92) facultatief is (en de belastingplichtige dus de optie heeft om in het kader van de verrichting over deze reserves fiscaal af te rekenen), zou uit artikel 184bis, §4, 3° lid WIB92 kunnen worden afgeleid dat een dergelijke optie niet voorhanden is in het kader van een binnenwaartse verrichting⁸⁵. Het is onduidelijk waarom de wetgever geen optie voor fiscale afrekening zou hebben voorzien in het kader van binnenwaartse verrichtingen.

In de mate dat de - fiscaal over te nemen – vrijgestelde reserves van de Belgische inrichting boekhoudkundig worden verminderd, moet een fiscale wedersamenstelling van deze reserves plaatsvinden, hetzij ten laste van het (fusie)resultaat, hetzij door creatie van subrekeningen binnen kapitaal.

Indien de binnenwaartse fusie (splitsing) aanleiding geeft tot een opleg in geld, kan er blijkbaar wel een (belastbare) aanrekening van de geldopleg op de vrijgestelde reserves plaatsvinden⁸⁶. Analoog aan onze conclusie voor buitenwaartse verrichtingen, zijn wij van oordeel dat dergelijke afrekening in strijd is met artikel 5 van de Fusierichtlijn. De in deze bepaling opgenomen verplichting om de vrijgestelde reserves 'over te nemen' lijkt ons in de gegeven hypothese ook te moeten gelden voor de vrijgestelde reserves van de vaste inrichting. Op grond van artikel 10 van de Richtlijn is België, als lidstaat van de vaste inrichting, immers verplicht om (artikel 5 van) de Richtlijn toe te passen alsof zij de lidstaat van de 'inbrengende' (overgenomen) vennootschap is.

2.3.2. Overdracht van de secundaire belastingkenmerken

Anders dan in het kader van buitenwaartse verrichtingen, voerde de wetgever hier wel een overdracht van de belastingkredieten voor onderzoek en ontwikkeling en van de aftrekken voor risicokapitaal van de Belgische inrichting naar de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap in (artikel 231, §2, 5° lid WIB92)⁸⁷.

⁸⁵ Hoewel artikel 231, §2, 1° lid, 2° WIB92 voorziet dat deze reserves onbelast blijven voor zover zij worden overgenomen (wat op een optie lijkt te wijzen), stelt artikel 184bis, §4, 3° lid WIB92 dat, bij fusie met onderlinge deelneming, op de vrijgestelde reserves verbonden aan de Belgische inrichting geen enkele vermindering wordt aangerekend (wat geen ruimte lijkt te laten voor een facultatieve afrekening).

⁸⁶ Ook op dit punt lijken artikel 231, §2, 1° lid, 2° WIB92 en artikel 184bis, §4, 3° lid WIB92 niet volledig op elkaar afgestemd. De eerste bepaling lijkt de mogelijkheid van (onbelaste) overnemings van deze reserves te voorzien. Uit de lezing van de tweede bepaling blijkt dan weer dat de vrijgestelde reserves van de Belgische inrichting in de hypothese van geldopleg toch een (belaste) vermindering kunnen ondergaan.

⁸⁷ Ook bij de uitwerking van deze secundaire gevolgen heeft de wetgever aanvankelijke echter enkel gedacht aan driehoekige verrichtingen, zodat strikt genomen enkel een overdracht naar de Belgische inrichting van een overnemende (verkrijgende) *intra-Europese* vennootschap voorzien werd. Deze vergetelheid werd echter rechtgezet (Wet van 22 december 2009 houdende fiscale en diverse bepalingen, BS 31 december 2009 . tweede editie).

2.3.3. Moeder-dochterfusie: intrekking van de onderlinge deelneming

a. *Positief fusieresultaat*

Indien vanuit fiscaal oogpunt⁸⁸ een positief fusieresultaat optreedt naar aanleiding van de 'intrekking' van de deelneming in de overgenomen (gesplitste) intra-Europese vennootschap, komt dit resultaat voor 100% in aanmerking voor DBI-af trek (artikel 204, 2° lid WIB92 – zie sub 1.4.1.).

De technische uitwerking van een binnenwaartse moeder-dochterfusie in de hypothese dat de overgenomen vennootschap vóór de verrichting een (vaste) inrichting aanhoudt en een positief fusieresultaat optreedt, kan aan de hand van het volgende voorbeeld worden verduidelijkt. Er wordt uitgegaan van de casus die uitgewerkt werd onder nummer 1.4.1., maar nu met de bijzonderheid dat de overgenomen (Nederlandse) vennootschap een Belgische inrichting heeft. De vermogenspositie van de overnemende binnenlandse vennootschap ('BE'), de overgenomen intra-Europese vennootschap ('NL') en haar Belgische inrichting ('be') is als volgt.

BE			
Participatie NL (80%)	600	Gestort kapitaal	200
Andere activa	400	Belaste reserves	500
		Vrijgestelde reserves	100
		Schulden	200
	1 000		1 000

⁸⁸ In de mate dat de (fiscaal over te nemen) vrijgestelde reserves van de Belgische inrichting boekhoudkundig worden verminderd, dienen deze reserves desgevallend ten laste van het boekhoudkundige fusieresultaat te worden heraangelegd, waardoor het (voor DBI in aanmerking komende) fiscale fusieresultaat vermindert. Nu de DBI-af trek in het kader van moeder-dochterfusies door de Fusiewet op 100% werd gebracht, blijven deze technische aanpassingen voortaan volledig fiscaal neutraal.

NL

Activa (Nederland)	800	Gestort kapitaal	400
Activa (Belgische inrichting)	400	Belaste reserves	300
		Vrijgestelde reserves	300
		Schulden (Nederland)	150
		Schulden (Belgische inrichting)	50
	<hr/> 1 200		<hr/> 1 200

be

Activa	400	Dotatie	200
		Belaste reserves	10
		Vrijgestelde reserves	140
		Schulden	50
	<hr/> 400		<hr/> 400

De overneming van de intra-Europese dochtervennootschap kan boekhoudkundig en fiscaal o.m..als volgt worden verwerkt.

BE

Activa (vóór fusie)	400	Kapitaal	280	*1
Activa (Nederland)	800	Belaste reserves	592	*2
Activa (ex Belgische inrichting)	400	Vrijgestelde reserves	240	*3
		Fusieresultaat	88	*4
		Schulden (vóór fusie)	200	
		Schulden (Nederland)	150	
		Schulden (ex Belgische inrichting)	50	
	1 600		1 600	

*1 Het gestorte kapitaal van de overgenomen vennootschap wordt verminderd naar rato van de onderlinge deelneming (80%). De fusie geeft bijgevolg aanleiding tot een verhoging van het gestorte kapitaal tot beloop van 80 (400 x 20%).

*2 In beginsel worden de reserves van de overgenomen vennootschap (600) aangemerkt als belaste reserves, met uitzondering echter van de vrijgestelde reserves die verbonden zijn aan de Belgische inrichting (140). De reserves ondergaan een proportionele vermindering naar rato van de onderlinge deelneming, en worden dus overgenomen tot beloop van 120 (600 x 20%). In de CBN adviezen nr. 2009/7 van 15 juli 2009 (grensoverschrijdende fusies) en nr. 2009/6 van 1 april 2009 (binnenlandse fusies) wordt de mogelijkheid voorzien om de vermindering van de reserves proportioneel aan te rekenen op de belaste en de vrijgestelde reserves. In deze benadering worden de overgenomen reserves (120) tot beloop van 92 ((600 – 140) x 20%) overgenomen als belaste ('beschikbare') reserves, en tot beloop van 28 (140 x 20%) als vrijgestelde reserves.

Er dient te worden opgemerkt dat volgens de hoger vermelde CBN adviezen in toepassing van artikel 78, §6, *in fine* KB/W.Venn. (bepaling die toelaat om bij de beperkte overname van de reserves rekening te houden met hun ten gevolge van de fusie gewijzigde fiscale kwalificatie) kan worden afgeweken van een proportionele overneming van de diverse overgenomen reserves. Dit laat toe om de vermindering van de reserves 'bij voorrang' aan te rekenen op de belaste reserves, en aldus de vrijgestelde reserves die verband houden met de Belgische inrichting, en die in toepassing van artikel 184bis, §4, 3° lid WIB92 geen vermindering ondergaan, maximaal in stand te houden. Deze alternatieve werkwijze zou er *i.c.* op neerkomen dat de overgenomen reserves (120) integraal ingeboekt worden als 'vrijgestelde reserves', en dat geen 'belaste reserves' ingeboekt worden. Bij de uitwerking van het voorbeeld wordt er echter van uitgegaan dat bij de inboeking van de fusie geen gebruik wordt gemaakt van deze variant⁸⁹. Bijgevolg worden de belaste ('beschikbare') reserves verhoogd met 92.

*3 De overgenomen reserves (120) worden tot beloop van 28 (140 x 20%) ingeboekt als 'vrijgestelde reserves'. Aangezien de fiscaal over te nemen vrijgestelde reserves van de Belgische inrichting echter 140 bedragen, dienen de vrijgestelde reserves nog te worden

⁸⁹ Voor een meer gedetailleerde toelichting over beide boekhoudkundige verwerkingsmethoden (wat binnenlandse fusieverrichtingen betreft) kan worden verwezen naar J. VERSTRAELEN en I. VAN DE WOESTEYNE, 'Fiscaal-technische verwerking van belastingneutrale moeder-dochterfusies tussen binnenlandse vennootschappen na de fusiewet van 11 december 2008+', *TFR* 2009, nr. 365, (597), 604 ev.

‘wedersamengesteld’ tot beloop van 112 (140 – 28). In het voorbeeld gebeurt dit ten laste van het boekhoudkundige fusieresultaat. (De wedersamenstelling zou ook kunnen gebeuren door de vrijgestelde reserve ‘binnen kapitaal’ op te nemen ten opzichte van een negatieve (belaste) reserve.) Per saldo bedragen de vrijgestelde reserves dus 240 (100 (vrijgestelde reserves vóór fusie) + 28 (overgenomen via de fusiejournaalpost) + 112 (ten laste van het boekhoudkundige fusieresultaat wedersamengestelde vrijgestelde reserves)).

*4 Het boekhoudkundige fusieresultaat op de ‘intrekking’ van de deelneming bedraagt na inboeking van de fusiejournaalpost 200 ($[80\% \times 1.000] - 600$). Doordat de over te nemen vrijgestelde reserves van de Belgische inrichting tot beloop van 112 wedersamengesteld worden ten laste van het boekhoudkundige fusieresultaat (zie hoger sub *3), wordt het boekhoudkundige fusieresultaat verminderd tot 88. Het aldus gecorrigeerde boekhoudkundige fusieresultaat stemt overeen met het fiscale fusieresultaat, dat immers gelijk is aan het verschil tussen, enerzijds, de fiscale vermogensvermindering ad 688 ten name van de overgenomen vennootschap ($[1.000 - 140] \times 80\%$) en, anderzijds, de fiscale waarde van de ingetrokken onderlinge deelneming. Dit fiscale fusieresultaat vormt een 100% aftrekbare DBI.

b. *Negatief fusieresultaat*

Indien de boekwaarde van de ‘ingetrokken’ aandelen ten name van de binnenlandse moedervenootschap groter is dan de fractie van het (boekhoudkundige) eigen vermogen van de intra-Europese dochtervenootschap die zij vertegenwoordigen, en het verschil geheel of gedeeltelijk wordt toegerekend op de actief- of passiefbestanddelen van de Belgische inrichting, mag op de aldus ‘vastgestelde’ meerwaarde op de bestanddelen van de inrichting ten name van de overnemende binnenlandse vennootschap geen vermindering worden aangerekend (artikel 184*bis*, §4, 3° lid WIB92). Deze meerwaarde dient bijgevolg als een vrijgestelde fusiemeerwaarde te worden opgenomen in het (fiscale) eigen vermogen van de overnemende vennootschap (desgevallend door creatie van een subrekening ‘binnen kapitaal’)⁹⁰.

⁹⁰ De wet bepaalt o.i. niet ondubbelzinnig dat deze fusiemeerwaarde moet worden aangemerkt als een (aan de aansluitingsvoorwaardeq. artikel 190 WIB92 . onderworpen) uitgedrukte, niet-verwezenlijkte meerwaardeqals bedoeld in artikel 44, §1, 1° WIB92. Weliswaar bevestigt artikel 229, §4, 9° lid WIB92 deze kwalificatie voor de fusiemeerwaarden die worden verwezenlijkt of vastgesteld in het kader van een verrichting bedoeld in artikel 231, §2 WIB92 (bepaling die inderdaad o.m. van toepassing is indien een Belgische inrichting behoort tot de bestanddelen die in het kader van een binnenwaartse fusie worden overgedragen), maar deze bepaling is van toepassing in de belasting van niet-inwonersq zodat de vraag rijst of zij een wettelijke basis kan opleveren voor een verplichting tot aansluitingsvoorwaardeqin hoofde van een binnenlandse (aan de vennootschapsbelastingq onderworpen) vennootschap. Wellicht is deze wettelijke basis te vinden in artikel 212, 3° lid WIB92, dat in algemene bewoordingen (voor de toepassing van dit wetboekq bepaalt dat fusiemeerwaarden die naar aanleiding van de verrichting worden verwezenlijkt of vastgesteld en boekhoudkundig uitgedrukt worden, als uitgedrukte, niet-verwezenlijkte meerwaardenqin de zin van artikel 44, §1, 1° WIB92 aangemerkt worden. Op grond van artikel 184*bis*, §4, 3° lid WIB92 is het echter hoe dan ook duidelijk dat op de uitgedrukte fusiemeerwaarden (ongeacht hun kwalificatie) geen vermindering mag worden aangerekend.

2.3.4. Fiscale verliezen

Indien de Belgische inrichting van de overgenomen (gesplitste) intra-Europese vennootschap over fiscale verliezen beschikt, worden deze verliezen volgens de proportionele overdrachtregel overgenomen door de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap. Hierbij wordt, wat de (in de teller van de breuk op te nemen) (totale) fiscale nettowaarde van de overgenomen (verkregen) bestanddelen betreft, uitsluitend rekening gehouden met de bestanddelen van de Belgische inrichting (artikel 206, §2, 6° lid WIB92).

De eventuele fiscale verliezen van de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap ondergaan een proportionele beperking, waarbij enkel de (totale) fiscale nettowaarde van de Belgische inrichting (of eventuele andere in België gelegen bestanddelen) in aanmerking wordt genomen wat de overgenomen (verkregen) bestanddelen betreft (noemer van de breuk) (artikel 206, §2, 5° lid WIB92).

VI. 'TRIANGULAIRE' FUSIES EN (PARTIËLE) SPLITSINGEN TUSSEN INTRA-EUROPESE VENNOOTSCHAPPEN MET EEN BELGISCHE INRICHTING

1. Situatie vóór de wetswijziging

De verrichting waarbij een Belgische inrichting behoort tot de bestanddelen die in het kader van een fusie of splitsing worden verkregen door een intra-Europese vennootschap vanwege een andere intra-Europese vennootschap, kon voorheen al worden doorgevoerd met fiscale neutraliteit op het niveau van de Belgische inrichting (artikel 231, §2 WIB92). De Fusiewet heeft deze regeling uitgebreid tot partiële splitsingen, en heeft o.m. de overdracht van de fiscale verliezen geregeld⁹¹.

2. Voorwaarden voor belastingneutraliteit

De wijzigingen die aan de neutraliteitsvoorwaarden werden aangebracht, werden hoger toegelicht in het kader van de bespreking van 'binnenwaartse' verrichtingen (zie sub V.2.2.). In het kader van 'driehoeksverrichtingen' dient in het bijzonder te worden gewezen op de voorwaarde dat de verrichting in de lidstaat van de overgenomen of gesplitste vennootschap moet worden doorgevoerd 'met toepassing van de belastingvrijstelling voorzien door de Fusierichtlijn'. Hierbij rijst de vraag of

⁹¹ In antwoord op een parlementaire vraag had de Minister van Financiën voorheen de stelling ingenomen dat een overdracht van de fiscale verliezen van de Belgische inrichting onder omstandigheden moest worden toegestaan op grond van de non-discriminatie bepaling van het dubbelbelastingverdrag: *Parl. Vr. nr. 1417 van de heer Vermeulen van 12 juni 1998, Vr. en Antw.*, Kamer, 1998-1999, nr. 160, 21624 (splitsing van een Nederlandse vennootschap met Belgische inrichting).

de vrijstelling ook kan worden ingeroepen indien de overgenomen (gesplitste) en de overnemende (verkrijgende) vennootschap gevestigd zijn in dezelfde lidstaat (voorbeeld: Franse vennootschap met Belgische inrichting wordt overgenomen door een andere Franse vennootschap). Hoewel deze verrichting niet onder het toepassingsgebied van de Fusierichtlijn valt, dient o.i. te worden aangenomen dat zij op grond van het gewijzigde artikel 231, §2 WIB92 neutraal moet worden behandeld op het niveau van de Belgische inrichting indien het interne neutraliteitsregime in de lidstaat van de overgenomen (gesplitste) vennootschap gebaseerd is op het stelsel van de Richtlijn.

3. Werking van de belastingneutraliteit

3.1. Fiscale vermogensovername

De eigen vermogensbestanddelen van de Belgische inrichting behouden hun fiscale kwalificatie (vrijgestelde en belaste reserves c.q. kapitaalsdotatie) ten name van de overnemende (verkrijgende) intra-Europese vennootschap (artikel 229, §4, 7° lid WIB92). Ten onrechte werd echter bepaald dat de reserves van de Belgische inrichting moeten worden 'verminderd' in de mate dat de verrichting niet door uitgifte van nieuwe aandelen van de overnemende (verkrijgende) vennootschap wordt vergoed. Indien bijvoorbeeld een Luxemburgse vennootschap met een Belgische inrichting wordt overgenomen door haar Franse moedervenootschap, vindt weliswaar (overigens ongeacht de wijze van vergoeding van de fusie) een vermogensreductie plaats ten name van de inrichting die in Luxemburg achterblijft, en dit tot beloop van het nettoactief van de Belgische inrichting (die immers als gevolg van de fusie een inrichting wordt van de overnemende Franse vennootschap), maar waarom (tevens) een 'vermindering' zou moeten worden doorgevoerd op het niveau van het eigen vermogen van de Belgische inrichting, is geheel onduidelijk.

3.2. Overdracht van de secundaire belastingkenmerken

Vóór de wetwijziging was reeds het behoud van de secundaire belastingkenmerken voorzien. Hieraan wordt nu toegevoegd dat ook de niet-benutte belastingkredieten voor onderzoek en ontwikkeling en aftrekken voor risicokapitaal behouden blijven (artikel 231, §2, 5° lid WIB92).

3.3. Fiscale verliezen

De fiscale verliezen van de Belgische inrichting van de overgenomen (gesplitste) intra-Europese vennootschap worden (proportioneel) overgenomen door de (al dan niet als gevolg van de verrichting gecreëerde) Belgische inrichting van de overnemende (verkrijgende) intra-Europese vennootschap (artikel 240bis, §1, 2° WIB92). De overdracht van de verliezen gebeurt volledig indien

de overnemende of verkrijgende intra-Europese vennootschap(en) vóór de verrichting nog geen Belgische inrichting aanhouden.

Indien de overnemende (verkrijgende) intra-Europese vennootschap vóór de verrichting reeds een Belgische inrichting met overgedragen fiscale verliezen aanhoudt, ondergaan deze verliezen een proportionele beperking.

VII. BESLUIT

De technische uitwerking van de fiscale behandeling van grensoverschrijdende fusies en (partiële) splitsingen is een uitdaging van formaat gebleken voor de wetgever. Het resultaat is een zeer complex, en op sommige punten hermetisch stuk wetgeving, dat echter allicht voor het merendeel van de verrichtingen tot een sluitende oplossing zal leiden.

Uit onze analyse is echter gebleken dat de conformiteit met de Fusierichtlijn o.i. niet gerealiseerd werd voor sommige (allicht in de praktijk minder voorkomende) hypothesen.

Dit is o.i. het geval voor buitenwaartse fusies en (partiële) splitsingen waarbij de overgenomen (gesplitste) binnenlandse vennootschap vóór de verrichting een buitenlandse inrichting aanhoudt. In deze hypothese geeft de fiscale vermogensreductie, waartoe de verrichting aanleiding geeft, blijkbaar onder omstandigheden aanleiding tot een (belaste) aanrekening op vrijgestelde reserves, terwijl de Fusierichtlijn een (onbelaste) 'overneming' van deze reserves oplegt. Het lijkt ons wenselijk dat de wetgever de mogelijkheid van 'overneming' van de vrijgestelde reserves (die overigens wel voorzien is voor moeder-dochterfusies) zou uitbreiden tot deze hypothese.

Indien een ('buitenwaartse', 'binnenwaartse' of 'triangulaire') verrichting aanleiding geeft tot een opleg in geld, kan eveneens een (belaste) aanrekening op vrijgestelde reserves plaatsvinden. Ook hier lijkt de richtlijnconformiteit betwistbaar.

De nieuw ingevoerde 'recapture' regel voor verliezen van buitenlandse (vaste) inrichtingen is weliswaar niet betwistbaar op grond van de Fusierichtlijn, maar leidt tot ongewenste (en vermijdbare) 'overkill' effecten. Het lijkt ons wenselijk dat de wetgever alsnog minstens een regeling

zou uitwerken waardoor, in het kader van zuiver binnenlandse verrichtingen, de 'recapture'-verplichting (als 'passieve latentie' of 'secundair belastingkenmerk') wordt doorgeschoven naar de overnemende (verkrijgende) binnenlandse vennootschap.

Ten slotte vertoont de nieuwe wetgeving ook een aantal technische onvolkomenheden. In dit verband dient o.i. vooral melding te worden gemaakt van de (onnodige) regeling van de vermindering van het eigen vermogen van een Belgische inrichting bij moeder-dochterfusies (artikel 229, §4, 6° en 7° lid, respectievelijk voor 'buitenwaartse' en 'triangulaire' verrichtingen).

Ivo Vande Velde Tiberghien Advocaten