CBN advies 126-16 - Aanschaffingswaarde van de aandelen ontvangen naar aanleiding van een in het buitenland verwezenlijkte fusie

Een vennootschap naar Belgisch recht (onderworpen aan de bepalingen van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976) bezit aandelen van een in een andere Lid-Staat van de Europese Unie gevestigde vennootschap. Deze vennootschap wordt via een fusie door overneming, opgeslorpt door een andere, eveneens in die Lid-Staat gevestigde vennootschap. De fusie wordt verwezenlijkt overeenkomstig de nationale maatregelen getroffen in het kader van de omzetting van de derde EG-richtlijn betreffende fusies van naamloze vennootschappen. De Belgische vennootschap ontvangt aandelen van de overnemende buitenlandse vennootschap, in ruil voor haar aandelen in de overgenomen vennootschap.

De Commissie werd om een advies gevraagd over de waardering in de rekeningen van die Belgische vennootschap van de ingevolge de fusie ontvangen aandelen van de overnemende vennootschap naar buitenlands recht.

Meer bepaald stelde zich de vraag als volgt.

Moeten de aandelen van de overnemende buitenlandse vennootschap verworven in ruil voor de aandelen van de overgenomen buitenlandse vennootschap worden gewaardeerd:

- conform het algemene beginsel als gedefinieerd in artikel 29, § 1bis, eerste lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976, namelijk tegen de conventionele waarde of (indien die hoger is) de marktwaarde van de ingebrachte goederen ; of
- conform de specifiek voor een fusie geldende regeling zoals gedefinieerd in artikel 29, § 1bis, tweede lid (namelijk tegen de waarde waarvoor de aandelen van de overgenomen vennootschap op de datum van de fusie waren geboekt in de jaarrekening van de vennootschap-aandeelhouder) ?

Er moet derhalve worden uitgemaakt of de uitzonderingsregeling waarvan sprake in artikel 29, § 1bis, tweede lid uitsluitend geldt voor aandelen verworven ingevolge fusies van vennootschappen naar Belgisch recht, conform de bepalingen van afdeling VIII bis[1] de vennootschapswet, dan wel of ze ook geldt voor aandelen verworven ingevolge fusies van buitenlandse vennootschappen die worden verwezenlijkt conform buitenlandse rechtsregels.

Artikel 29, § 1bis, tweede lid verwijst in terminis naar de aandelen verworven ingevolge fusies of splitsingen als bedoeld in de artikelen 36bis, 36ter of 36quater over de boekhoudkundige verwerking van fusies of splitsingen "verwezenlijkt in overeenstemming met de artikelen 174/1 tot [...] 174/52 van de vennootschapswet". Die artikelen van de vennootschapswet handelen over fusies en splitsingen van vennootschappen naar Belgisch recht: zij definiëren de betrokken verrichtingen, regelen de te volgen procedures en bepalen hun gevolgen voor zowel vennoten als derden.Het tweede lid van artikel 29, § 1bis is ook van toepassing op aandelen verworven ingevolge de inbreng van een algemeenheid van goederen of van een bedrijfsafdeling als bedoeld in artikel 36quinquies.

Indien artikel 29, § 1bis, tweede lid en de artikelen 36bis tot 36quater van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 waarnaar dat tweede lid verwijst, en met name het begrip "in overeenstemming met" letterlijk worden geïnterpreteerd, zijn zij uitsluitend van toepassing op aandelen verworven ingevolge fusies van vennootschappen naar Belgisch recht die worden verwezenlijkt conform de voornoemde bepalingen van de vennootschapswet. Volgens deze interpretatie zouden aandelen verworven ingevolge fusies van vennootschappen naar buitenlands recht moeten worden gewaardeerd volgens de algemene regel waarvan sprake in artikel 29, § 1bis, eerste lid.

Die letterlijke interpretatie geeft echter aanleiding tot discussie.

Het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 3 december 1993 - dat die bepaling in het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 heeft ingevoerd - bevat geen aanwijzing op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat het de bedoeling van de Regering was een onderscheid in die zin te maken tussen aandelen verworven ingevolge een fusie conform het Belgisch recht dan wel ingevolge een fusie conform buitenlandse rechtsregels.

Integendeel, in datzelfde verslag aan de Koning wordt het toepassingsgebied van het beginsel van de boekhoudkundige continuïteit niet verduidelijkt onder verwijzing naar de verrichtingen uitgevoerd conform de voornoemde bepalingen van de vennootschapswet, maar wel onder verwijzing naar de definitie van die diverse verrichtingen in de respectieve artikelen 174/1, §§ 1 en 2, 174/17, §§ 1 en 2, 174/24, 174/26, §§ 1 en 2, 174/45 en 174/52. Als die passage van het verslag aan de Koning als uitgangspunt wordt genomen, kan worden gesteld dat - voor de toepassing van artikel 29, § 1bis, tweede lid - enkel rekening moet worden gehouden met de aard van de verrichting zoals gedefinieerd in de voornoemde artikelen, en dat die bepaling dus ook toepassing zou vinden op aandelen van buitenlandse vennootschappen verworven ingevolge in het buitenland verwezenlijkte fusies, voor zover ze beantwoorden aan de in de voornoemde artikelen van de vennootschapswet

verstrekte definitie van het begrip "fusie".

In feite moet worden gesteld dat het koninklijk besluit van 3 december 1993 - bij de invoering van artikel 29, § 1bis, tweede lid in het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 in het verlengde van de artikelen 36bis tot 36quater - concreet enkel fusies van Belgische vennootschappen beoogde en niet ingezien heeft dat artikel 29, § 1bis ook zou kunnen slaan op fusies verwezenlijkt in het buitenland.

Op basis van voornoemde redenering is de Commissie - onverminderd de fiscaalrechtelijke kwalificatie van dergelijke verrichtingen - van oordeel dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de benadering de lege ferenda, enerzijds, en de toestand de lege data, anderzijds.

De lege ferenda heeft de Commissie besloten aan de Regering voor te stellen het probleem bij een volgende wijziging van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 op te lossen door de artikelen 36bis, 36ter en 36quater (en bijgevolg ook artikel 29, § 1bis, tweede lid) van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976, voortaan niet langer van toepassing te verklaren op fusies [of splitsingen] verwezenlijkt in overeenstemming met de vennootschapswet, maar op fusies [of splitsingen] zoals gedefinieerd in de vennootschapswet. Op dezelfde manier zou artikel 3 quinquies van het voornoemde koninklijk besluit niet langer van toepassing moeten worden verklaard op de inbreng van een bedrijfsonderdeel of van een algemeenheid van goederen verwezenlijkt met toepassing van artikel 46, § 1, 2° van het W.I.B. 92, maar op de inbreng van een bedrijfsonderdeel of van een algemeenheid van goederen zoals gedefinieerd in de vennootschapswet.

Door in het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 te verwijzen naar de materiële definities van fusies [of splitsingen] vermeld in de vennootschapswet (die rechtstreeks aansluit bij de 3de richtlijn) zou - bij een fusie in de zin van de 3de richtlijn - het beginsel van de boekhoudkundige continuïteit kunnen worden toegepast in de jaarrekening van de vennootschap-aandeelhouder, ongeacht de vestigingsplaats van de overnemende en overgenomen vennootschappen.

De lege lata is de Commissie van oordeel dat de huidige teksten van het (gemeen) positief boekhoudrecht geen definitieve oplossing bieden voor het probleem van de toepasselijkheid van de regel inzake de boekhoudkundige continuïteit van de aandelen verworven ingevolge een fusie, zoals gedefinieerd in de 3de richtlijn, die in het buitenland wordt verwezenlijkt tussen vennootschappen naar buitenlands recht.

Daarom beveelt de Commissie de betrokken ondernemingen die in zo'n geval gebruik wensen te maken van de regel waarvan sprake in artikel 29, § 1bis, tweede lid, aan om terzake - op grond van artikel 15 van de boekhoudwet - bij de bevoegde Minister een afwijkingsaanvraag in te dienen. Zij heeft beslist om, in het kader van de in dat artikel voorziene procedure, een gunstig advies te verstrekken in verband met de toekenning van dergelijke afwijkingen.

---

1 In dit advies worden enkele fusies behandeld. Toch is het op identieke wijze van toepassing op de aandelen verworven naar aanleiding van splitsingen of de inbreng van een algemeenheid van goederen of van een bedrijfsafdeling als bedoeld in de artikelen 36quater en 36quinquies.