

**Advies van 5 februari 2014
over het ontwerp van aanbeveling van het IAB
in verband met de opstelling van een fiscaal verslag inzake fusie of (partiële) splitsing**

Voorstel voor een aanbeveling van het Instituut van de Accountants en de Belastingconsulenten in verband met de opstelling van een fiscaal verslag inzake fusie of (partiële) splitsing

A. Inleiding

1. De heer Benoît VANDERSTICHELEN, Voorzitter van het Instituut van de Accountants en de Belastingconsulenten, heeft op 5 november 2013 bij de Hoge Raad een verzoek ingediend om advies over een voorstel voor een aanbeveling van de Raad van het Instituut van de Accountants en de Belastingconsulenten in verband met de opstelling van een fiscaal verslag inzake fusie of (partiële) splitsing.

In zijn verzoek om advies stipt de Voorzitter van het IAB aan dat de opstelling van dergelijk fiscaal verslag zou gelden zowel voor accountants als voor belastingconsulenten op voorwaarde dat zij zijn ingeschreven op de deellijst van “externen”.

2. Artikel 27 van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen luidt als volgt: *“De Raad legt de technische en deontologische normen en aanbevelingen vast voor de uitoefening van de betrokken functie”.*

Artikel 2 van het koninklijk besluit van 1 maart 1998 tot vaststelling van het reglement van plichtenleer der accountants verduidelijkt het al dan niet dwingende karakter van de normen en aanbevelingen van de Raad van het Instituut ten aanzien van zijn leden:

“De accountant is ertoe gehouden de wettelijke en reglementaire bepalingen alsmede de gebruikelijke controlenormen van het Instituut na te leven.

Al naar gelang de omstandigheden zal hij eveneens rekening houden met de aanbevelingen van de Raad van het Instituut.”

3. De Hoge Raad voor de Economische Beroepen heeft de wettelijke opdracht bij te dragen tot de ontwikkeling van het op de economische beroepen toepasselijk wettelijk en reglementair kader door het verstrekken, op eigen initiatief of op verzoek, van adviezen of aanbevelingen aan de Regering of aan de beroepsorganisaties voor de economische beroepen.¹

De Hoge Raad moet worden geraadpleegd voor elke ontwerpnorm of -aanbeveling van de Raad van het IAB vooraleer die op zijn leden van toepassing kan worden verklaard.

Overeenkomstig artikel 54, § 1, derde en vijfde lid van de wet van 22 april 1999 moet de Hoge Raad zijn adviezen binnen drie maanden uitbrengen. Zo niet wordt hij geacht een gunstig advies te hebben uitgebracht.

De Hoge Raad wijst er overigens op dat, overeenkomstig de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen, de Raad van het IAB niet mag afwijken van onderhavig advies, aangezien de voor advies voorgelegde norm/aanbeveling op meer dan één beroep betrekking heeft (*in casu* het beroep van accountant en belastingconsulent).

4. Vooraleer een advies uit te brengen, heeft de Hoge Raad op zijn vergadering van 30 januari 2014 de vertegenwoordigers van de Raad van het Instituut van de Accountants en de Belastingconsulenten, enerzijds, en de Voorzitter van de Dienst Voorafgaande beslissingen in fiscale zaken, anderzijds, uitgenodigd voor een gedachteswisseling over de precieze draagwijdte van de voor advies voorgelegde aanbeveling en de (eventuele) koppeling van dit fiscaal verslag aan bepaalde contacten, bij voorbeeld met de Dienst Voorafgaande beslissingen.

5. Voor dit verzoek om advies van het Instituut van de Accountants en de Belastingconsulenten werd enkel de Franstalige versie van de aanbeveling voorgelegd. Er was dan ook geen inhoudelijke beoordeling mogelijk van een eventuele Nederlandstalige versie van deze aanbeveling.

B. Europees wettelijk kader - Fiscaal aspect van fusies en splitsingen

6. Deze materie wordt Europeesrechtelijk geregeld door de richtlijn² 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 Lid-Staten:

- Algemeen beginsel: fiscale neutraliteit bij fusie of splitsing (artikel 4)
- Dit beginsel kan opnieuw in vraag worden gesteld wanneer een fusie of splitsing fraude of belastingontwijking tot doel heeft.

Artikel 11 van de richtlijn 90/434/EEG stelt duidelijk dat het feit dat de rechtshandeling “niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, kan doen veronderstellen dat die transactie als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft”.

¹ Die opdracht vloeit voort uit artikel 54, § 1 van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen.

² PBEG L225 van 20 augustus 1990, pp. 1-5. Die richtlijn werd gewijzigd in 2005 (Richtlijn 2005/19/EG van 17 februari 2005 - PBEG L58 van 4 maart 2005, pp. 19-27) en nadien opgeheven en vervangen door de richtlijn 2009/133/EG van 19 oktober 2009 (PBEG L310 van 25 november 2009, pp. 34-46).

7. Die richtlijn is opgeheven en vervangen door de Richtlijn³ 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat.

Hierna volgen twee uittreksels uit die richtlijn 2009/133/EG:

Artikel 4

1. Fusies, splitsingen en gedeeltelijke splitsingen leiden niet tot enigerlei belastingheffing over de vermogenswinst die bepaald wordt door het verschil tussen de werkelijke waarde van de ingebrachte activa en passiva en hun fiscale waarde.

2. Voor de toepassing van dit artikel wordt verstaan onder:

- a) „fiscale waarde”: de waarde welke voor de toepassing van de belastingen over het inkomen, de winst of de vermogenswinst de basis zou hebben gevormd voor de berekening van een winst of een verlies bij de inbrengende vennootschap, indien deze activa en passiva zouden zijn verkocht ten tijde van, maar onafhankelijk van, de fusie, splitsing of gedeeltelijke splitsing;
- b) „ingebrachte activa en passiva”: de activa en passiva van de inbrengende vennootschap welke als gevolg van de fusie, splitsing of gedeeltelijke splitsing metterdaad gaan behoren tot een vaste inrichting van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap en bijdragen tot de totstandkoming van de resultaten die in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag.

3. Wanneer lid 1 van toepassing is en een lidstaat een elders gevestigde inbrengende vennootschap als fiscaal transparant aanmerkt op grond van een beoordeling, door de lidstaat, van de juridische eigenschappen waarover de vennootschap beschikt ingevolge het recht waarnaar zij is opgericht, en de lidstaat daarom de deelgerechtigden over hun aandeel in de winst van de inbrengende vennootschap belast, indien en voor zover er winst is, heft de lidstaat generlei belasting over het inkomen, de winst of de vermogenswinst die bepaald wordt door het verschil tussen de werkelijke waarde van de ingebrachte activa en passiva en hun fiscale waarde.

4. De leden 1 en 3 zijn slechts van toepassing indien de ontvangende vennootschap verdere afschrijvingen, alsook meerwaarden en waardeverminderingen betreffende deze 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.

5. Indien de wetgeving van de lidstaat van de inbrengende vennootschap de ontvangende vennootschap toestaat verdere afschrijvingen, alsook meerwaarden en waardeverminderingen betreffende de ingebrachte activa en passiva, te berekenen onder voorwaarden welke afwijken van die van lid 4, is lid 1 niet van toepassing op die activa en passiva waarvoor de ontvangende vennootschap van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt.

Artikel 15

1. De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de artikelen 4 tot en met 14 geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan geheel of gedeeltelijk teniet te doen, indien blijkt dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen:

- a) als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft; wanneer de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of

³ PBEG L310 van 19 oktober 2009, pp. 34-46.

rationalisering van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen, geldt het vermoeden dat die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft;

- b) tot gevolg heeft dat een al dan niet aan de rechtshandeling deelnemende vennootschap niet meer voldoet aan de voorwaarden die vereist zijn voor de werknemersvertegenwoordiging in de vennootschapsorganen volgens de regeling die vóór de betrokken rechtshandeling van toepassing was.

2. Lid 1, onder b), blijft van toepassing zolang en voor zover geen communautaire regelgeving die gelijkwaardige bepalingen bevat inzake werknemersvertegenwoordiging in de vennootschapsorganen, van toepassing wordt op de vennootschappen die onder de onderhavige richtlijn vallen.

8. In de rechtspraak bestaan verschillende arresten van het Europees Hof omtrent het fiscale aspect van fusies en splitsingen, die duiding geven over de maatregelen die in de Europese richtlijn zijn opgenomen, zoals het begrip “zakelijke overwegingen”. Een aantal van die arresten worden hieronder opgesomd:

- Arrest⁴ “*Leur-Bloem*” van 17 juli 1997, C-28/95;
- Arrest⁵ “*Andersen og Jensen ApS*” van 15 januari 2002, C-43/00;
- Arrest⁶ “*Modehuis A. Zwijnenburg*” van 20 mei 2010, C-352/08;
- Arrest⁷ “*Foggia*” van 10 november 2011, C-126/10.

B. Belgisch wettelijk kader - Fiscaal aspect van fusies en splitsingen

9. Deze richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, werd in Belgisch recht omgezet in het Wetboek van Inkomstenbelastingen (WIB).

Artikel 45, WIB 92 (aanslagjaar 2014) - uittreksel

[§ 1. Vrijgesteld zijn eveneens de meerwaarden op aandelen in binnenlandse vennootschappen of in intra Europese vennootschappen:

1° wanneer die meerwaarden zijn verkregen of vastgesteld naar aanleiding van een fusie door overneming, een fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap, een splitsing door overneming, een splitsing door oprichting van nieuwe vennootschappen, een gemengde splitsing, een met splitsing gelijkgestelde verrichting of het aannemen van een andere rechtsvorm, tot stand gebracht met toepassing van hetzij de artikelen 211, § 1 of 214, § 1, hetzij van bepalingen van gelijke aard in de andere lidstaat van de Europese Unie, voor zover de verrichting wordt vergoed met nieuwe aandelen die daartoe worden uitgegeven;

(...)

Artikel 95, WIB 92 (aanslagjaar 2014)

Niettegenstaande het bepaalde in artikel 90, 9°, worden de meerwaarden op aandelen in binnenlandse vennootschappen of in intra-Europese vennootschappen, in de mate dat ze worden gerealiseerd naar

⁴ Arrest van 17 juli 1997 van het Europees Hof van Justitie, Zaak C-28/95, 19 p.

⁵ Arrest van 15 januari 2002 van het Europees Hof van Justitie (vijfde kamer), Zaak C-43/00, 18 p.

⁶ Arrest van 20 mei 2010 van het Europees Hof van Justitie (eerste kamer), Zaak C-352/08, 19 p.

⁷ Arrest van 10 november 2011 van het Europees Hof van Justitie (vijfde kamer), Zaak C-126/10, 20 p.

aanleiding van een fusie, een splitsing, een met fusie of splitsing gelijkgestelde verrichting, een aanneming van een andere rechtsvorm of de inbreng van deze aandelen in een binnenlandse vennootschap of een intra-Europese vennootschap, tijdelijk vrijgesteld, op voorwaarde dat:

- de aandelen worden geruild voor nieuwe aandelen uitgegeven door de inbrengverkkrijgende vennootschap met eventueel een opleg in geld die niet meer bedraagt dan 10 pct van de nominale waarde, of bij gebreke aan nominale waarde, van de fractiewaarde van de nieuw uitgegeven aandelen;
- en dat de inbrengverkkrijgende vennootschap in het totaal meer dan 50 pct van de stemmen verwerft in de vennootschap waarvan de aandelen worden ingebracht, of dat deze, indien zij reeds over een meerderheid van de stemmen beschikt, haar deelneming vergroot.

De vrijstelling is slechts van toepassing indien de verrichting aan het bepaalde in artikel 183bis beantwoordt.

Het behoud van de vrijstelling is afhankelijk van de voorwaarde dat de belastingplichtige tot staving van zijn aangiften in de personenbelasting, volgend op deze waarin de verrichting heeft plaatsgevonden, het bewijs levert dat hij de ontvangen aandelen nog in zijn bezit heeft en dat ze niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een gehele of gedeeltelijke terugbetaling.

De gerealiseerde meerwaarde of minderwaarde is gelijk aan het verschil tussen de werkelijke waarde van de ontvangen aandelen en de aanschaffingswaarde van de oorspronkelijk gehouden aandelen. Ze wordt beschouwd als een belastbaar inkomen voor het belastbaar tijdperk tijdens hetwelk de voorwaarde van bezit niet langer vervuld is.

Artikel 183bis, WIB 92 (aanslagjaar 2014)

Voor de toepassing van de artikelen 45, § 1, eerste lid, 46, § 1, eerste lid, 2°, 95, eerste lid, 211, § 1, eerste lid, en 231, § 2, eerste lid, mag de verrichting niet als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking hebben.

Wanneer de verrichting niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de verrichting betrokken vennootschappen, kan dit doen vermoeden, behalve het bewijs van het tegendeel, dat die verrichting als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft.

Artikel 211, WIB 92 (aanslagjaar 2014) - uittreksel

§ 1. In geval van fusie, splitsing of met fusie door overneming gelijkgestelde verrichting als bedoeld in artikel 210, § 1, 1°, en in geval van met splitsing gelijkgestelde verrichting als bedoeld in artikel 210, § 1, 1°bis:

1° komen de meerwaarden bedoeld in de artikelen 44, § 1, 1°, en 47, die op het ogenblik van de verrichting zijn vrijgesteld, de kapitaalsubsidies bedoeld in artikel 362, die op het ogenblik van de verrichting nog niet als winst worden aangemerkt, alsmede de meerwaarden die naar aanleiding van die verrichting worden verzeenlijkt of vastgesteld, niet in aanmerking voor belastingheffing ingevolge artikel 208, tweede lid, of artikel 209;

2° blijft belastingheffing ingevolge artikel 209 voor het overige achterwege in de mate dat de inbrengen worden vergoed met nieuwe aandelen die daartoe worden uitgegeven, of in de mate dat, in de in § 2, derde lid, bedoelde gevallen, de overnemende of verkrijgende vennootschap de vóór de verrichting bij de overgenomen of gesplitste vennootschap aanwezige vrijgestelde reserves, die niet zijn verbonden aan een buitenlandse inrichting van deze vennootschap gelegen in een Staat waarmee België een overeenkomst ter vermijding van de dubbele belasting heeft ondertekend, overneemt.

(...)

Het eerste lid is slechts van toepassing op voorwaarde dat:

1° de overnemende of verkrijgende vennootschap een binnenlandse vennootschap of een intra-Europese vennootschap is;

2° de verrichting wordt verwezenlijkt overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek van vennootschappen en, desgevallend, conform vennootschapsrechtelijke bepalingen van gelijke aard die van toepassing zijn op de overnemende of verkrijgende intra-Europese vennootschap;

3° de verrichting beantwoordt aan het bepaalde in artikel 183bis.

(...)

D. Belgisch wettelijk kader - Opdrachten van de Dienst Voorafgaande beslissingen in fiscale zaken (DVB)

10. Titel III van de wet⁸ van 24 december 2002 bepaalt welke opdrachten worden gegeven aan de Dienst Voorafgaande beslissingen in fiscale zaken, opgericht in de schoot van de Federale Overheidsdienst Financiën (verkort FOD Financiën).

Hieruit blijkt dat de Federale Overheidsdienst Financiën zich bij voorafgaande beslissing uitspreekt over alle aanvragen betreffende de toepassing van de belastingwetten die onder zijn bevoegdheid vallen of waarvan hij de inning en de invordering verzekert (artikel 20, eerste lid).

Onder voorafgaande beslissing wordt verstaan de juridische handeling waarbij de Federale Overheidsdienst Financiën overeenkomstig de van kracht zijnde bepalingen vaststelt hoe de wet wordt toegepast op een bijzondere situatie of verrichting die op fiscaal vlak nog geen uitwerking heeft gehad (artikel 20, tweede lid).

De Dienst voor voorafgaande beslissingen verleent, als administratieve overheid, de voorafgaande beslissing (artikel 23, eerste lid, *partim*).

De voorafgaande beslissingen worden op anonieme wijze gepubliceerd, onder naleving van de bepalingen inzake het beroepsgeheim (artikel 24). Zij kunnen worden teruggevonden op de website van de DVB (<http://www.ruling.be/indexNL.html>).

Uit het raadplegen van de adviezen van de DVB blijkt dat talrijke aanvragen met betrekking tot fusies of splitsingen bij de DVB worden ingediend, met als doel zekerheid te verkrijgen omtrent de fiscale neutraliteit van de voorgenomen verrichting.

E. Doel van de voor advies voorgelegde aanbeveling van de Raad van het IAB

11. Doel van dit voor advies voorgelegde voorstel van aanbeveling is de “externe” leden van het IAB er in hun hoedanigheid van zowel accountant als belastingconsulent, toe te bewegen hun cliënten (bestuurders van vennootschappen) voor te stellen om in het kader van een fusie of (partiële) splitsing telkens een fiscaal verslag op te stellen.

⁸ Wet van 24 december 2002 tot wijziging van de vennootschapsregeling inzake inkomstenbelastingen en tot instelling van een systeem van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken (*Belgisch Staatsblad* van 31 december 2002, tweede editie), zoals gewijzigd door de wet van 21 juni 2004 (*Belgisch Staatsblad* van 9 juli 2004, eerste editie).

Dergelijk fiscaal verslag zou bedrijfsleiders moeten in staat stellen alle fiscale implicaties van de voorgenomen herstructurering in te schatten en, in voorkomend geval, de zekerheid te bieden dat de regel van fiscale neutraliteit in het kader van een middelenverbintenis wordt toegepast.

Eén van de belangrijkste aandachtspunten in dit fiscaal verslag is de naleving van artikel 183bis van het WIB, op grond waarvan de fusie of splitsing moet zijn ingegeven door zakelijke overwegingen.

E. Inhoud van de voor advies voorgelegde aanbeveling van de Raad van het IAB

12. De Franstalige versie van het voor advies voorgelegde voorstel van aanbeveling van de Raad van het IAB is beknopt, telt vijf alinea's - die hierna voor een betere leesbaarheid genummerd zijn - en luidt als volgt:

Alinéa 1^{er}

Le Conseil de l'IEC recommande aux experts-comptables et aux conseils fiscaux de proposer à leurs clients (dirigeants de sociétés) la rédaction d'un rapport fiscal.

Alinéa 2

Ce rapport fiscal établi par l'expert-comptable ou le conseil fiscal constituera un avis motivé portant sur les différents aspects fiscaux relatifs à l'opération de fusion ou de scission envisagée par l'entreprise.

Alinéa 3

Seront notamment examinés les points suivants :

- *Respect des conditions prévues à l'article 211 du CIR*
- *Appréciation des motivations économiques avancées par le dirigeant de la société*
- *Respect des conditions de neutralité fiscale sur les actifs et les passifs apportés*
- *Traitement fiscal des réserves immunisées dans le chef des différentes sociétés*
- *Examen des conséquences fiscales en matière de droit d'enregistrement et de TVA liées aux opérations de fusion ou de scission*
- *Traitement fiscal des pertes reportées, de la déduction pour capital à risque et de la déduction pour investissement dans le cadre de l'opération de fusion ou de scission envisagée*
- *Conséquence fiscale sur les fonds propres*
- *Le cas échéant, respect des conditions fiscales relatives aux opérations transfrontalières.*

Alinéa 4

Le Conseil de l'IEC recommande aussi que, lors de la remise de ce rapport fiscal à son client, l'expert-comptable ou le conseil fiscal discute de la manière dont il convient de respecter au mieux les dispositions du Code des sociétés relatives aux opérations envisagées.

Alinéa 5

A cette occasion, il sera débattu du choix entre la nécessité d'un rapport écrit sur le projet de fusion (à établir par le commissaire, le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe) ou seulement d'un rapport relatif à l'apport en nature.

G. Advies van de Hoge Raad

13. De Hoge Raad heeft het voor advies voorgelegde voorstel van aanbeveling van de Raad van het IAB, dat bedoeld is als omkadering van een eventueel fiscaal verslag dat zou worden opgesteld bij fusies of (partiële) splitsingen, onderzocht en is tot de volgende bevindingen gekomen:

14. Inhoudelijk gaat de voor advies voorgelegde aanbeveling over een opdracht die men als conventioneel kan bestempelen, aangezien geen enkele wettelijke of reglementaire bepaling voorschrijft dat bij een fusie of (partiële) splitsing van vennootschappen, een dergelijk fiscaal verslag moet worden opgesteld door een accountant of een belastingconsulent.

De aanbeveling komt erop neer dat het fiscaal verslag dat een accountant of een belastingconsulent zou opstellen, zou bestaan uit een met redenen omkleed advies over bepaalde fiscale aspecten van een fusie of splitsing die een onderneming overweegt, na toetsing van de volgende punten:

- naleving van de voorwaarden van artikel 211 WIB;
- beoordeling van de zakelijke overwegingen die de bedrijfsleider van de vennootschap opgeeft;
- naleving van de voorwaarden inzake fiscale neutraliteit met betrekking tot de ingebrachte activa en passiva;
- fiscale behandeling van de vrijgestelde reserves in hoofde van alle betrokken vennootschappen;
- onderzoek van de aan een fusie of splitsing verbonden fiscale gevolgen inzake registratierecht en BTW;
- fiscale behandeling van de overgedragen verliezen, de aftrek voor risicokapitaal en de investeringsaftrek in geval van een voorgenomen fusie of splitsing;
- fiscale gevolgen voor het eigen vermogen;
- eventueel, de naleving van de fiscale voorwaarden inzake grensoverschrijdende verrichtingen.

15. Deze analyse zou dus geenszins slaan op de opdracht van een commissaris op grond van het Wetboek van vennootschappen, of, indien er geen commissaris is, van een bedrijfsrevisor of een “externe” accountant bij de vennootschap(pen) die bij de fusie of (partiële) splitsing is (zijn) betrokken :

Artikel 694

In elke vennootschap stelt het bestuursorgaan een omstandig schriftelijk verslag op waarin de stand van het vermogen van de te fuseren vennootschappen wordt uiteengezet en waarin tevens uit een juridisch en economisch oogpunt worden toegelicht en verantwoord : de wenselijkheid van de fusie, de voorwaarden en de wijze waarop ze zal geschieden en de gevolgen ervan, de methoden volgens welke de ruilverhouding van de aandelen is vastgesteld, het betrekkelijk gewicht dat aan deze methoden wordt gehecht, de waardering waartoe elke methode komt, de moeilijkheden die zich eventueel hebben voorgedaan en de voorgestelde ruilverhouding.

Indien alle vennoten en houders van andere effecten waaraan stemrecht is verbonden in elke bij de fusie betrokken vennootschap hiermee hebben ingestemd, is het verslag bepaald in het eerste lid niet vereist.

Artikel 695

[§ 1. In elke vennootschap wordt een schriftelijk verslag over het fusievoorstel opgesteld hetzij door de commissaris, hetzij, wanneer er geen commissaris is, door een bedrijfsrevisor of door een externe accountant, die de bestuurders of de zaakvoerders hebben aangewezen.

De commissaris, de aangewezen bedrijfsrevisor of accountant moet inzonderheid verklaren of de ruilverhouding naar zijn mening al dan niet redelijk is.

In deze verklaring moet ten minste worden aangegeven:

1° volgens welke methoden de voorgestelde ruilverhouding is vastgesteld;

2° of deze methoden in het gegeven geval passen en tot welke waardering elke gebruikte methode leidt; tevens moet een oordeel worden gegeven over het betrekkelijke gewicht dat bij de vaststelling van de in aanmerking genomen waarde aan deze methoden is gehecht.

In het verslag worden bovendien de bijzondere moeilijkheden vermeld die er eventueel bij de waardering zijn geweest.

De commissaris, de aangewezen bedrijfsrevisor of accountant kan ter plaatse inzage nemen van alle documenten die dienstig zijn voor de vervulling van zijn taak. Zij zijn gerechtigd van de vennootschappen die bij de fusie betrokken zijn, te verlangen dat hun alle ophelderingen en inlichtingen worden verstrekt. Zij zijn tevens gerechtigd alle controles te verrichten die zij nodig achten.

(...)

Indien alle vennoten en houders van andere effecten waaraan stemrecht is verbonden van alle vennootschappen die aan de fusie deelnemen hiermee hebben ingestemd, is deze paragraaf niet van toepassing.

§ 2. Indien een verslag werd opgesteld overeenkomstig § 1, zijn de artikelen 313, 423 of 602 niet van toepassing op een overnemende vennootschap die de rechtsvorm heeft van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, van een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, van een Europese vennootschap, van een Europese coöperatieve vennootschap of van een naamloze vennootschap.

16. De leden van de Hoge Raad hebben de kwestie ten gronde onderzocht. Naar aanleiding daarvan is een essentieel probleem opgedoken, inzonder het opstellen van een dergelijk fiscaal verslag een specifieke opdracht betekent bovenop de bij wet omschreven “permanente” opdracht(en) van een accountant of een belastingconsulent⁹.

“Technische” berekeningen zoals het vaststellen van de waarde van het eigen vermogen op grond van de voorgenomen scenario's, de evolutie van het statuut van de overgedragen verliezen, of ook nog wat er gebeurt met de vrijgestelde reserves in het vooruitzicht van een fusie of een splitsing,

⁹ Artikelen 34 en 38 van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen:

Artikel 34

De werkzaamheden van accountant bestaan erin, in privé-ondernemingen, openbare instellingen of voor rekening van elke belanghebbende persoon of instelling, de volgende opdrachten uit te voeren:

1° alle boekhoudstukken nazien en corrigeren;

2° zowel privé- als gerechtelijke expertise met betrekking tot de boekhoudkundige organisatie van ondernemingen alsook de analyse met boekhoudtechnische procédés, van de positie en werking van ondernemingen vanuit het oogpunt van hun kredietwaardigheid, rentabiliteit en risico's;

3° boekhoudkundige en administratieve diensten bij ondernemingen organiseren en advies verstrekken inzake boekhoudkundige en administratieve organisatie bij ondernemingen;

4° de boekhouding van derden organiseren en voeren;

5° de in artikel 38 bedoelde werkzaamheden, met uitzondering van de in artikel 38, 3°, bedoelde werkzaamheden voor ondernemingen waarin hij opdrachten bedoeld in 6° en in artikel 37, eerste lid, 2°, verricht;

6° de opdrachten andere dan deze bedoeld in 1° tot 5° en waarvan de uitvoering hem bij of krachtens de wet is voorbehouden.

Artikel 38

De functie van belastingconsulent bestaat erin:

1° advies te verstrekken in alle belastingaangelegenheden;

2° belastingplichtigen bij te staan bij de nakoming van hun fiscale verplichtingen;

3° belastingplichtigen te vertegenwoordigen.

lijken naar het oordeel van de leden van de Hoge Raad immers integraal deel uit te maken van de permanente opdracht van een accountant en/of een belastingconsulent.

17. De Hoge Raad vraagt zich verder af of, in het kader van een fusie of splitsing, een dergelijk verslag nuttig is voor een onderneming, alsook of men daarvoor een beroep moet doen op “zijn” accountant of belastingconsulent, terwijl men daarvoor ook andere specialisten kan aanspreken, hetzij bij de economische beroepen (inclusief de leden van het IAB), hetzij bij de fiscale beroepen.

Uit de gedachtewisseling met de verantwoordelijken van de Dienst Voorafgaande beslissingen blijkt dat een verslag afgeleverd door eender welke specialist (ook een accountant of een belastingconsulent) hoe dan ook nooit een voorafspiegeling kan zijn van een beslissing van de fiscale administratie, die als enige wettelijk bevoegd is om de neutraliteit van om het even welke fusie of splitsing al dan niet vast te stellen (hetzij via de DVB (indien voorafgaand), hetzij bij de belastingcontrole (indien geen voorafgaande beslissing)).

Een duidelijke analyse van de manier waarop die opdracht zou worden voorgesteld (bij voorbeeld, in een opdrachtbrief) en van de manier waarop een dergelijk “verslag” zou worden opgesteld, lijkt daarom aangewezen. De Hoge Raad is inderdaad van oordeel dat het toepassingsgebied duidelijk dient te worden afgebakend, wil men bij bedrijfsleiders niet de indruk van veiligheid of zelfs zekerheid wekken, op gevaar af een “*expectation gap*” te creëren tussen de verwachtingen van die bedrijfsleiders en de verbintenis vanwege een accountant of een belastingconsulent, op het ogenblik waarop een dergelijk verslag wordt afgeleverd.

18. Het spreekt vanzelf dat de tussenkost van een accountant of een belastingconsulent, waarop beroep zou worden gedaan op verzoek van een onderneming, net zoals zij een advocaat of een andere economische of juridische beroepsbeoefenaar daarom zou kunnen verzoeken, binnen het kader van de onder partijen overeengekomen opdrachten, een ander voorbeeld is van een specifieke opdracht om op basis van zijn gespecialiseerde kennis inzake fusies en splitsingen van ondernemingen, de situatie vanuit verschillende invalshoeken te evalueren.

In dat geval en mits naleving van het fundamentele beginsel van artikel 28, § 1 van de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen, namelijk dat externe accountants en externe belastingconsulenten, vooraleer een opdracht te aanvaarden, beschikken over de nodige bekwaamheid, medewerking en tijd om deze opdracht behoorlijk uit te voeren, is er geen enkel bezwaar om een accountant of een belastingconsulent een dergelijke punctuele opdracht te laten uitvoeren.

Ook al gaat men uit van deze specifieke hypothese (die niet overeenstemt met de benadering in het voor advies voorgelegde voorstel van aanbeveling), dan nog kan op basis van dat voor advies voorgelegde voorstel van aanbeveling, dergelijke conventionele opdracht contextueel niet op een correcte manier worden geduid, wat derhalve ook geldt voor de inhoud van het fiscaal verslag in kwestie.

Op basis van de huidige versie van het voorstel van aanbeveling zijn de volgende aspecten immers niet duidelijk te onderkennen:

- In welke fase van de procedure hoort deze opdracht thuis, die uiteindelijk leidt tot het opstellen van het fiscaal verslag? Bij het begin, wanneer men moet uitmaken of een fusie of (partiële) splitsing al dan niet opportuun is? Gedurende de hele procedure die voorafgaat aan de beslissing van de algemene vergadering om een fusie of (partiële) splitsing goed te keuren?

- De term “*rapport*” (verslag) verschilt duidelijk van de term “*attestation*” (attestering). Welke bestemming heeft het verslag? Een louter interne bestemming? Eventueel bestemd voor welbepaalde derden (bij voorbeeld, in het kader van de vraag om een *ruling* bij de DVB)?
- Hoe zou de conclusie van dat fiscaal verslag worden geformuleerd? Waartoe verbindt zich de beroepsbeoefenaar tegenover de bedrijfsleiders van de betrokken vennootschap? Een verwijzing naar de internationale context van verslagen zoals die zijn gedefinieerd door de *International Federation of Accountants*, zou nuttig zijn.

Inzover het zou gaan om een strikt conventionele opdracht tussen partijen, is de Hoge Raad overigens van oordeel dat met een opdrachtbrief de nodige duidelijkheid zou worden verstrekt omtrent de draagwijdte van de onder partijen overeengekomen opdracht en derhalve omtrent het uiteindelijke doel van het fiscaal verslag, waarmee ook een kader zou worden uitgestippeld om het risico te beperken dat een “*expectation gap*” zou ontstaan tussen de verwachtingen van de bedrijfsleiders en de verbintenis vanwege een accountant of een belastingconsulent, op het ogenblik waarop een dergelijk verslag wordt afgeleverd. De Hoge Raad is van oordeel dat een dergelijke opdrachtbrief perfect alle opdrachten kan bevatten van de beroepsbeoefenaar bij elke onderneming waaraan hij zijn diensten aanbiedt, maar ook kan ingaan op fiscale aspecten van eerder deontologische aard (alarmfunctie van de accountant of belastingconsulent tegenover de onderneming in verband met de maatregelen ter voorkoming van fiscale misbruiken).

Het komt evenwel de Raad van het IAB toe om uit te maken of die opdrachtbrief bij een dergelijke conventionele opdracht al dan niet verplicht zou moeten worden gesteld. In dit verband wenst de Hoge Raad erop te wijzen dat erkende boekhouders en erkende boekhouders-fiscalisten, net als bedrijfsrevisoren, voor alle opdrachten bij hun cliënten sinds kort¹⁰ over zo een opdrachtbrief moeten beschikken.

19. In het vierde en vijfde lid, ten slotte, wordt aanbevolen aan de accountant of belastingconsulent dat hij

- “*discutera de la manière dont il convient de respecter au mieux les dispositions du Code des sociétés relatives aux opérations envisagées*” en
- “*débattra avec l’entreprise du choix entre la nécessité d’un rapport écrit sur le projet de fusion ou seulement d’un rapport relatif à l’apport en nature*”.

Gelet op het feit dat dit rechtstreeks aansluit bij de gemeenschappelijke norm IBR/IAB inzake fusies en splitsingen, kan men zich afvragen welk nut beide leden hebben, waarvan de fiscale dimensie niet duidelijk is.

Aangezien er, naar het oordeel van de Hoge Raad, geen enkel verband bestaat tussen deze aspecten en de evaluatie van een fiscale situatie net voor een eventuele fusie of splitsing, lijkt het alvast aangewezen beide leden eenvoudigweg te schrappen en de betrokken problematiek uitsluitend te behandelen in de gemeenschappelijke norm IBR/IAB inzake fusies of splitsingen, onder meer omdat de uitvoering van deze door het Wetboek van vennootschappen bedoelde opdrachten, niet bij wet aan belastingconsulenten is opgedragen.

20. Op grond van al deze elementen die de Hoge Raad in zijn advies aanhaalt, acht hij een dergelijke algemene aanbeveling aan de leden van het IAB die bij elke fusie of splitsing zou gelden, niet

¹⁰ Koninklijk besluit van 22 oktober 2013 tot goedkeuring van het reglement van plichtenleer van het Beroepsinstituut van erkende Boekhouders en Fiscalisten (BIBF), *Belgisch Staatsblad* van 21 november 2013.

verantwoord, zeker niet indien men ervan zou moeten uitgaan dat die ambtshalve aan zijn permanente opdracht zou worden toegevoegd.

21. Dat betekent daarom niet dat een accountant of een belastingconsulent terzake geen begeleidende taak zou hebben bij de uitvoering van een permanente opdracht bij een onderneming waar een mogelijke fusie of splitsing wordt overwogen.

Hij is immers het best geplaatst als beroepsbeoefenaar om de bedrijfsleiders een beter zicht te geven op een aantal mogelijke evoluties met betrekking tot bepaalde sleutelposten van de balans (zoals de waardering van het eigen vermogen, het statuut van de belastingvrije reserves of ook nog, van de overgedragen verliezen).

Daarom is het belangrijk dat alle leden van het IAB zich op regelmatige basis bijscholen in verband met fusies of splitsingen, ook met betrekking tot de fiscale implicaties van dergelijke projecten.

Artikel 4 van de norm permanente vorming van 3 september 2012 van de Raad van het IAB bepaalt welke vakgebieden relevant zijn voor accountants en welke voor belastingconsulenten, maar spitst zich niet toe op voor fusies of splitsingen specifieke maatregelen, die weliswaar kunnen worden ondergebracht bij bepaalde vakgebieden zoals boekhouding, fiscaal recht, ondernemingsrecht of ook nog bij plichtenleer.

Het organiseren van vormingssessies inzake fusies of splitsingen zou moeten gestimuleerd worden, om zodoende alle leden een leidraad te bieden waarmee zij de problematiek vanuit verschillende invalshoeken kunnen structureren, maar die hen tevens werkbare instrumenten aanreikt (bij voorbeeld, aan de hand van "*check lists*"), zodanig dat alle leden van het Instituut zich vertrouwd kunnen maken met dergelijke occasionele verrichtingen. In die optiek wordt aan de Raad van het IAB ook voorgesteld om een werkgroep op te richten, die samen met mensen van buiten het beroep met een nuttige ervaring, uitzoekt voor welke - onder meer fiscale - aandachtspunten de leden van het IAB moeten worden gesensibiliseerd, om zodoende de prioriteiten inzake permanente vorming van de leden vast te leggen en na te gaan welke bijdragen die nuttig zijn voor de leden, via de periodieke publicatie van het Instituut dienen te worden verspreid.

22. De Hoge Raad staat open voor elke vorm van gedachtewisseling of het onderzoek van een aanbeveling over een occasionele conventionele opdracht, waarvoor - op vraag van een onderneming - een beroep zou worden gedaan op een accountant of een belastingconsulent zonder permanente opdracht bij die onderneming, net zoals zij een advocaat of welke andere economische of juridische beroepsbeoefenaar daarom zou kunnen verzoeken, om op basis van hun respectieve gespecialiseerde kennis inzake fusies en splitsingen van ondernemingen, de situatie vanuit verschillende invalshoeken te evalueren.

Wil men alle in dit advies aangehaalde elementen in de voor advies voorgelegde tekst verwerken, dan zou die evenwel ten gronde moeten worden herzien.