

## **Het richtvoorstel met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een opmerkelijke fiscale paragraaf**

Prof.mr. G.T.K. Meussen

Op 25 april 2018 bracht de Europese Commissie een richtlijnvoorstel uit met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen. Dit civielrechtelijke richtlijnvoorstel heeft alles te maken met de vrijheid van vestiging uit het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie (VwEU) en een vervolmaking van de Europese binnenmarkt. Het is voer voor civilisten en juristen op het gebied van ondernemings- en vennootschapsrecht. Het gaat over belangrijke thema's als de bescherming van de rechten van werknemers, schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en andere stakeholders bij deze grensoverschrijdende vennootschapsbewegingen.

Het richtlijnvoorstel is mede ingegeven door het arrest Polbud waarin het HvJ EU heeft bevestigd dat vennootschappen op grond van de vrijheid van vestiging het recht hebben om een grensoverschrijdende omzetting aan te gaan.

Met de invoering van de richtlijn grensoverschrijdende fusie is voor kapitaalvennootschappen een geharmoniseerde procedure op EU-niveau vastgesteld. De betreffende richtlijn wordt nu aangevuld en uitgebreid tot grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen.

In de toelichting op het richtlijnvoorstel wordt gesteld dat dit initiatief in overeenstemming is met de doelstelling om in de Europese Unie een billijk en doeltreffend stelsel van vennootschapsbelasting in te voeren. Tevens wordt daarbij verwezen naar recent aangenomen richtlijnen op het gebied van uitwisseling van fiscale rulings en voorafgaande verrekenprijfsafspraken, landenrapporten, bestrijding van misbruik van vennootschapsbelasting alsmede een verplichte melding door intermediairs voor fiscale planningsconstructies. Vervolgens staat er in de toelichting vermeld: “ Met name een betere grensoverschrijdende toegankelijkheid van informatie over vennootschappen zal bijdragen tot een eerlijkere belasting van gemaakte winsten. De waarborgen tegen misbruik van de splitsings- en omzettingsprocedures voor het opzetten van kunstmatige constructies om onterechte belastingvoordelen te verkrijgen, zullen bijdragen aan de inspanningen van de EU ter bestrijding van belastingontduiking en –ontwijking.”

Bij nadere bestudering van het richtlijnvoorstel, blijkt daarin een interessante fiscale bepaling te staan. Ik begin bij artikel 86 quater dat handelt over de voorwaarden betreffende grensoverschrijdende omzettingen. Allereerst wordt in lid 1 opgemerkt dat de lidstaten er zorg voor dragen dat wanneer een vennootschap voornemens is een grensoverschrijdende omzetting aan te gaan, zij kunnen onderzoeken of de grensoverschrijdende omzetting voldoet aan de in lid 2 gestelde voorwaarden. De in lid 2 genoemde voorwaarden zijn van civielrechtelijke aard.

Maar lid 3 van artikel 86 quater is voor de fiscale beroepspraktijk (en overigens ook daarbuiten) interessant en luidt als volgt:

“ De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde instantie van de lidstaat van vertrek de grensoverschrijdende omzetting niet toestaat wanneer zij na een onderzoek van het specifieke geval en rekening houdend met alle relevante feiten en omstandigheden vaststelt dat sprake is van een kunstmatige constructie die bedoeld is om onterechte belastingvoordelen te verkrijgen of de wettelijke of contractuele rechten van werknemers, schuldeisers of minderheidsdeelnemers aan te tasten.”

Eenzelfde bepaling is te vinden in artikel 160 quinquies, lid 3 betreffende de voorwaarden betreffende de grensoverschrijdende splitsingen.

Volstrekt onduidelijk is wat wordt bedoeld met de woorden ‘onterechte belastingvoordelen’. Dit wordt ook in het geheel niet toegelicht. Het duidt terminologisch op de aanwezigheid van misbruik. Bij grensoverschrijdende handelingen is onder omstandigheden sprake van een fiscale doorschuif. In die zin is er per definitie sprake van belastingvoordelen. Anders is een grensoverschrijdende omzetting of splitsing immers ook niet mogelijk. Maar wat zijn onterechte belastingvoordelen?

Daarnaast werken deze vennootschappelijke bewegingen met een voorafgaande goedkeuring door een door de lidstaat aan te wijzen nationale instantie die bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende omzetting of splitsing. Dat zal in Nederland naar men mag

aannemen de Minister van Veiligheid en Justitie zijn. De aanvraag tot goedkeuring dient door de vennootschap te worden gedaan.

Er is daarnaast nog een interessante bepaling opgenomen in art. 86 quindicies betreffende grensoverschrijdende omzettingen onder het hoofdje ‘Diepgaande beoordeling’. Lid 1 luidt als volgt: “De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde instantie van de lidstaat van vertrek, om te beoordelen of de grensoverschrijdende omzetting een kunstmatige constructie vormt in de zin van artikel 86 quater, lid 3, een diepgaande beoordeling van alle relevante feiten en omstandigheden verricht en daarbij ten minste het volgende in aanmerking neemt: de kenmerken van de vestiging in de lidstaat van bestemming, waaronder de intentie, de sector, de investering, de netto-omzet en winst of verlies, het aantal werknemers, de samenstelling van de balans, de fiscale woonplaats, de activa en de plaats waar deze zich bevinden, de gebruikelijke werkplek van de werknemers en van specifieke werknemersgroepen, de plaats waar de sociale bijdragen verschuldigd zijn en de commerciële risico’s die de omgezette vennootschap loopt in de lidstaat van bestemming en de lidstaat van vertrek.

Deze elementen mogen in de totaalbeoordeling slechts als indicatieve factoren worden beschouwd en mogen niet op zichzelf in aanmerking worden genomen.”

Een vergelijkbare bepaling voor grensoverschrijdende splitsingen is te vinden in art. 160 septdecies onder het hoofdje ‘Diepgaande evaluatie’.

Het moge duidelijk zijn dat de achtergrond van deze bepalingen is om aan de voorkant, grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen te kunnen verbieden. Dit om het probleem bij de opzet van een dergelijke structuur aan te pakken. Daarbij speelt ook misbruik van belastingrecht een cruciale rol. In het richtlijnvoorstel gaan op deze manier het civiele en fiscale recht op een opmerkelijke manier samen.

Op 18 mei 2018 is door de ministers van Veiligheid en Justitie, Economische Zaken en Klimaat, Financiën alsmede Sociale Zaken en Werkgelegenheid een internetconsultatie geopend over het richtlijnvoorstel, die loopt tot 30 juni 2018. Er is dus nog tijd om ook vanuit de fiscale discipline commentaar op dit richtlijnvoorstel te geven. Het lijkt mij niet onverstandig wanneer de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) hierin voorziet.

Ik zou menen dat in het richtlijnvoorstel het civiele recht en het fiscale recht op een oneigenlijke manier met elkaar worden vermengd. Er is immers al een fiscale Fusierichtlijn die makkelijk kan worden uitgebreid tot grensoverschrijdende omzettingen. Daarin komen alle relevante aspecten, ook een mogelijk misbruik van belastingrecht en –regelgeving, aan de orde.

Bovendien moet in deze opzet de minister van Veiligheid en Justitie naar verwachting de fiscale aspecten van een voorgenomen grensoverschrijdende omzetting of splitsing gaan beoordelen. Daarbij kan staatssecretaris van Financiën weliswaar worden ingeschakeld, maar het lijkt mij desalniettemin een ongewenste ontwikkeling.

En wat te doen als de Minister van Veiligheid en Justitie het hiervoor vermelde attest, de goedkeuring dus, heeft afgegeven terwijl de inspecteur naderhand toch een fiscaal probleem ziet bij de grensoverschrijdende omzetting of splitsing? Is er dan sprake van door de overheid opgewekt vertrouwen waarbij de belastingplichtige aanspraak kan maken op toepassing van het vertrouwensbeginsel?

Mocht het richtlijnvoorstel in deze vorm worden aangenomen, dan zal implementatie in de Nederlandse wetten (Burgerlijk Wetboek, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 etc.) moeten volgen. Het is dan alleszins te hopen dat de ministeries van Veiligheid en Justitie alsmede Financiën eendrachtig samenwerken, opdat zowel de civielrechtelijke als de fiscale gevolgen van het richtlijnvoorstel van meet af aan duidelijk zijn. Iedereen herinnert zich nog wel de voorgenomen herziening van het personenvennootschapsrecht, waarbij de fiscale gevolgen pas bij de Invoeringswet in betekende mate duidelijk werden. Zoals bekend is dit wetgevingsproject als een nachtkaars uitgegaan.

Ik denk dat ik de tekst van deze Opinie maar onderdeel ga laten uitmaken van de internetconsultatie.