

Aanbevelingen - masterscriptie "Grensoverschrijdende omzettingen in de praktijk"

1. Inleiding

De afgelopen maanden ben ik bezig geweest met het schrijven van een scriptie over outbound grensoverschrijdende omzettingen in het kader van het afstuderen voor de master fiscaal recht en de master ondernemingsrecht aan de Radboud Universiteit. Voor deze scriptie heb ik een literatuur- en rechtsbronnenonderzoek gedaan naar de bestaande ondernemingsrechtelijke en fiscaalrechtelijke (concept)regelgeving. Daarnaast heb ik een praktijkonderzoek gedaan waarbij ik interviews en enquêtes heb afgenomen onder notarissen en belastingadviseurs. Op deze manier heb ik in mijn scriptie de ervaringen in de praktijk in kaart gebracht. Uiteindelijk kwam ik bij het schrijven toe aan mijn aanbevelingen. In deze aanbevelingen heb ik het voorstel van 25 april 2018 voor aanpassing van de richtlijn 2017/1132 gepresenteerd door de Europese Commissie (hierna: Voorstel) meegenomen. Uiteindelijk volgden hieruit aanbevelingen voor de Europese wetgever en aanbevelingen voor de Nederlandse wetgever. Ik wil van deze consultatie gebruik maken om een korte samenvatting van mijn belangrijkste conclusies en mijn aanbevelingen te delen.

2. Conclusies

Voor grensoverschrijdende omzettingen bestaat in Nederland nog geen wettelijke regeling. Wel heeft het HvJ EU geoordeeld dat grensoverschrijdende omzettingen op grond van de vrijheid van vestiging in beginsel niet mogen worden belemmerd door de lidstaten van de EU. Dit heeft er in de praktijk toe geleid dat grensoverschrijdende omzettingen, ondanks gebrek aan een wettelijke regeling, toch plaatsvinden. In mijn scriptie heb ik daarom een onderzoek gedaan naar het antwoord op de vraag: 'Hoe wordt in Nederland in de praktijk ondernemingsrechtelijk en fiscaalrechtelijk omgegaan met de outbound grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen?'. Met als doel meer inzicht te geven in hoe de praktijk omgaat met outbound grensoverschrijdende omzettingen, zodat dit bij toekomstige omzettingen als hulpmiddel kan worden gebruikt en zodat de wetgever dit kan meenemen bij het ontwerpen (of implementeren) van een wettelijke regeling voor de grensoverschrijdende omzetting.

In mijn scriptie heb ik verschillende ondernemingsrechtelijke wetten en regelingen besproken die een transactie regelen die op enigerlei wijze verwant is aan de grensoverschrijdende omzetting. Ook heb ik het Voorontwerp uit 2014 en het op 25 april 2018 gepresenteerde Voorstel besproken. Vereisten en procedurele handelingen die in verschillende regelingen terugkwamen, zoals het voorstel door het bestuur, aankondigingen in de Staatscourant en bescherming van stakeholders, heb ik opgenomen in een overzichtstabel (zie bijlage 1).

In mijn scriptie heb ik daarnaast verschillende fiscale bepalingen die de fiscale gevolgen van de outbound grensoverschrijdende omzetting kunnen regelen uiteengezet. Daaruit volgden als belangrijkste conclusies dat artikel 28a Wet op de Vpb niet van toepassing lijkt te zijn op grensoverschrijdende omzettingen, omdat artikel 2:18 BW slechts binnenlandse omzettingen regelt. Dat over de toepassing van de vestigingsplaatsficties uit de Wet op de Vpb en de Wet op de DB na grensoverschrijdende omzetting in de literatuur onduidelijkheid bestaat. Dat niet zeker is of de inningspositie die de Belastingdienst wordt toegekend in het Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen strookt met het Europese recht en dat men zich kan afvragen of de fiscale antimisbruikbepaling uit het Voorstel van 25 april 2018 wel thuishoort in een verder geheel civiele richtlijn.

Daaropvolgend heb ik de resultaten van het kwalitatieve praktijkonderzoek onder notarissen en belastingadviseurs in mijn scriptie beschreven. Hieronder geef ik de relevante conclusies ten aanzien van het vormgeven van toekomstige wetgeving weer.

De geïnterviewden gaven aan dat omzettingen om een veelheid aan redenen plaatsvinden. Sommige professionals gaven aan dat outbound omzettingen soms plaatsvinden om de EU te verlaten, deze omzettingen vinden dan vaak via Luxemburg plaats.

De door verschillende notarissen gebruikte procedures voor omzetting komen op verschillende vlakken met elkaar overeen. Er zijn echter ook grote verschillen te constateren. In niet alle gevallen werd de grensoverschrijdende omzetting aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad, de bescherming voor stakeholders wordt op uiteenlopende manieren vormgegeven en de vastlegging van het besluit tot omzetting en de statutenwijziging komt ook niet altijd overeen. Ook worden er verschillende andere moeilijkheden ervaren door de professionals. De communicatie tussen de handelsregisters verloopt vaak stroef, de verschillen tussen de zetel-leren leiden vaak tot uitdagingen en het is niet duidelijk wat gebeurt met zekerheidsrechten op aandelen bij grensoverschrijdende omzettingen. Daarnaast gaven verschillende professionals aan dat het opstellen van documenten in verschillende talen soms tot problemen leidt, omdat niet duidelijk is welke versie prevaleert.

Uit het praktijkonderzoek onder belastingadviseurs bleek dat de fiscale gevolgen van outbound grensoverschrijdende omzettingen onder de huidige wet relatief duidelijk lijken te zijn. Het wordt over het algemeen duidelijk geacht dat artikel 28a Wet op de Vpb niet van toepassing is op de grensoverschrijdende omzetting. Of het besluit van de Staatssecretaris bij dit artikel van toepassing is, lijkt in de praktijk niet geheel duidelijk te zijn, echter maakt dit voor het resultaat geen verschil. Alle belastingadviseurs achtten het helder wanneer eindafrekening voor de vennootschapsbelasting optreedt bij grensoverschrijdende omzetting en zij gaven ook aan dat de uitstelregeling op deze

eindafrekening van toepassing zou moeten zijn. Van deze uitstelregeling wordt echter weinig gebruik gemaakt, omdat het uitstellen van de belastingheffing met grote kosten gepaard gaat.

Alle belastingadviseurs die in de praktijk ervaring hebben met grensoverschrijdende omzettingen gaven aan dat de vestigingsplaatsficties van de Wet op de Vpb en de Wet op de DB na omzetting op de vennootschappen van toepassing zijn. Dit leidt vaak tot het jaarlijks doen van nihilaangifte. In een interview is daarnaast aangegeven dat de vestigingsplaatsfictie mogelijk kan leiden tot het moeten voldoen aan de Master File en Local File verplichtingen van transfer pricing wetgeving. Daarnaast spraken enkele belastingadviseurs hun zorgen uit over de samenloop van de vestigingsplaatsfictie en het multilateraal instrument.

De belastingadviseurs lopen in de praktijk tegen relatief weinig andere problemen aan. Wel gaven zij aan, net als de notarissen, soms moeite te hebben met de registratie in het buitenlandse handelsregister.

Uit het onderzoek blijkt daarnaast dat in de praktijk door zowel notarissen als belastingadviseurs op dit moment veelal naar praktische oplossingen wordt gezocht om grensoverschrijdende omzettingen te kunnen faciliteren. Dit kan leiden tot onzekere posities en langdurige processen. Uit het onderzoek constateer ik dat Nederland toe is aan nationale civiele en fiscale wetgeving die de grensoverschrijdende omzetting regelt. In de volgende paragraaf doe ik daarom een aanbeveling aan de Europese en Nederlandse wetgever in het kader van grensoverschrijdende omzettingen.

3. Aanbevelingen

Zoals hiervoor uiteengezet komt de huidige regelgeving ten aanzien van de grensoverschrijdende omzetting nog op veel fronten te kort in de praktijk. Op grond van al het in mijn scriptie geschrevene zal ik in de volgende subparagraaf mijn aanbevelingen doen aan de Europese wetgever ten aanzien van het Voorstel van 25 april 2018 voor zover dit Voorstel betrekking heeft op grensoverschrijdende omzettingen en vervolgens zal ik in de daarop volgende subparagraaf mijn aanbevelingen voor de nationale wetgever formuleren.

3.1 Aanbevelingen aan de Europese wetgever

Door het Voorstel wordt een goedkeuring vooraf, in de vorm van een pre-omzettingcertificaat vereist. Door dit vereiste kan het proces langdurig en zeer kostbaar worden. In deze gevallen wordt het doel bedrijven de mogelijkheid te bieden zich op efficiënte en effectieve wijze grensoverschrijdend om te zetten mijns inziens niet behaald. Afgevraagd kan worden of een dergelijk vereiste wel in de geest van de vrijheid van vestiging past. Daarnaast is het de vraag of dit vereiste niet in strijd is met het VwEU. Door het vereiste wordt namelijk een verschil in behandeling van binnenlandse en

grensoverschrijdende omzettingen gecreëerd. Dit verschil kan mogelijk niet gerechtvaardigd worden, omdat het verschil niet proportioneel is aan haar doel.

Allereerst adviseer ik daarom het vereiste van het pre-omzettingencertificaat uit de procedure te schrappen en te vervangen door een regeling vergelijkbaar met die van de SE-verordening en die van de huidige regeling voor grensoverschrijdende fusies. Van een nationaal aangewezen instantie, zoals een notaris, kan dan verlangd worden dat deze een attest afgeeft ten aanzien van het doorlopen hebben van de wettelijke procedure voor de grensoverschrijdende omzetting. Door de Minister en een financiële autoriteit zou in het algemeen bezet kunnen worden aangetekend. Daarbij kan bepaald worden dat het voorkomen van misbruik van de regeling in ieder geval onder het algemeen belang valt.

Daarnaast adviseer ik de procedure voor vennootschappen met weinig stakeholders te vergemakkelijken. Voor dergelijke vennootschappen zouden vrijstellingen kunnen worden opgenomen. Het zou hierbij moeten gaan om vennootschappen die kunnen aantonen geen werknemers andere dan management, geen schuldeisers andere dan binnen concern en geen minderheidsaandeelhouders te hebben. Of om vennootschappen die kunnen aantonen dat, wanneer deze stakeholders in een bepaalde situatie wel bestaan, ze van deze stakeholders vooraf goedkeuring hebben gekregen voor de grensoverschrijdende omzetting. Vrijstellingen zouden kunnen inhouden dat, indien niet wordt afgezien van het pre-omzettingencertificaat, de verificatie door de onafhankelijk deskundige achterwege kan blijven. Ook kan de beroepstermijn tegen de afgifte van het pre-omzettingencertificaat gehalveerd worden, omdat vooraf instemming van de stakeholders is bereikt. Daarnaast zouden termijnen voor aankondiging van de omzetting, bezet en schadeloosstelling ingekort of overgeslagen kunnen worden omdat duidelijk is dat stakeholders op de hoogte zijn van het voornemen tot omzetting en daarmee instemmen.

Ten aanzien van de fiscale antimisbruikbepaling uit het Voorstel raad ik aan deze uit het Voorstel te schrappen. Een fiscale antimisbruikbepaling heeft mijns inziens geen plaats in een verder geheel civiele richtlijn en bemoeilijkt slechts de ondernemingsrechtelijke uitvoering van de grensoverschrijdende omzetting.

Ter voorkoming van fiscaal misbruik in verband met grensoverschrijdende omzettingen en andere uitingen van de vestigingsvrijheid moet naar mijn mening, omdat het fiscale recht grotendeels niet geharmoniseerd is, iedere lidstaat naar zijn eigen belastingwetgeving kijken en zelf bepalen welke bepalingen zij moet invoeren om ongewenste fiscale voordelen te voorkomen. Een fiscale antimisbruikbepaling vanuit het Europese recht is mijns inziens niet gewenst, omdat het ontnemen van de mogelijkheid tot omzetting, wanneer met omzetting fiscaal (onterechte) voordelen worden

behaald, naar mijn mening te ver gaat en bij grensoverschrijdende omzetting vanuit Europese wetgeving ook geen fiscale faciliteiten worden geboden die bij fiscaal misbruik ontnomen kunnen worden.

Op grond van het gedane praktijkonderzoek adviseer ik een bepaling ten aanzien van zekerheidsrechten op aandelen op te nemen in de richtlijn. In de huidige situatie is het niet duidelijk wat bij omzetting gebeurt met zekerheidsrechten die zijn gevestigd op aandelen. Deze bepaling zou een regeling kunnen bevatten die ervoor zorgt dat een zekerheidsrecht na bekrachtiging van beide partijen gevestigd blijft op de aandelen. Daarbij dient bepaald te worden dat de voorwaarden van het zekerheidsrecht voor zover wettelijk mogelijk gelijk blijven aan de oorspronkelijke voorwaarden van het zekerheidsrecht. Wanneer een van de partijen weigert het zekerheidsrecht te bekrachtigen moeten de voorwaarden van dit zekerheidsrecht opnieuw onderhandeld worden.

Uit het praktijkonderzoek volgt ook dat niet altijd duidelijk is welke vertaling van de statuten prevaleert. Ik beveel daarom aan een bepaling hierover op te nemen in het Voorstel. Mij doet het logisch aan dat daarin wordt opgenomen dat de statuten in de nationale taal van het land waar de vennootschap op dat moment is gevestigd prevaleren. Bij outbound omzetting zouden dit vóór de omzetting de Nederlandstalige statuten zijn en na omzetting de statuten in de nationale taal van het land waarnaartoe de vennootschap is omgezet.

3.2 Aanbevelingen aan de nationale wetgever

Naast de hiervoor gedane aanbevelingen aan de Europese wetgever wil ik in deze paragraaf aanbevelingen doen aan de Nederlandse wetgever. Ik begin met aan te bevelen de richtlijn, die uit het Voorstel van 25 april 2018 zal voortkomen, zo snel mogelijk te implementeren in de Nederlandse wetgeving. Hierdoor zal hopelijk op korte termijn in wetgeving voor grensoverschrijdende omzettingen worden voorzien. Na implementatie bestaat in ieder geval duidelijkheid over de te doorlopen procedure bij uitvoering van een grensoverschrijdende omzetting.

Ondernemingsrechtelijke aanbevelingen

Ten aanzien van de implementatie van de voorgestelde richtlijn adviseer ik, wanneer de richtlijn zijn huidige vorm aanhoudt, de rechtbank aan te wijzen als nationale autoriteit belast met de taak van het aanwijzen van een onafhankelijk deskundige en het afgeven van het pre-omzettingcertificaat. Bij de rechtbank kan vervolgens ook direct beroep worden gedaan tegen het afgeven van dit certificaat. Daarnaast zou mijns inziens een notaris als onafhankelijk deskundige moeten functioneren. Dit moet dan wel een notaris zijn die, vanuit het onafhankelijkheidsoogpunt, niet betrokken is bij de advisering over de betreffende omzetting.

Met betrekking tot enige bepalingen uit het Voorstel die discretionaire bevoegdheid aan de nationale wetgever toekennen moet mijns inziens om het overzicht te kunnen bewaren aankondiging in de Staatscourant bij implementatie verplicht worden gesteld. Daarnaast raad ik aan van het bestuur van de vennootschap een verklaring ten aanzien van de solvabiliteit van de vennootschap te verlangen. Deze verklaring kan later namelijk een rol spelen in zaken omtrent bestuurdersaansprakelijkheid die in het land waarnaartoe de vennootschap zich verplaatst afgewikkeld worden. Het is namelijk mogelijk dat het ontvangstland minder extensieve bestuurdersaansprakelijkheidsregelgeving kent dan Nederland. Door het verlangen van een verklaring omtrent de solvabiliteit van de vennootschap wordt de kans om op dergelijke wijze aan aansprakelijkheid te ontkomen mogelijk beperkt.

Daarnaast raad ik aan bij implementatie te bepalen dat bij outbound omzettingen een Nederlandse versie van de nieuwe statuten niet vereist is. Uit het praktijkonderzoek werd duidelijk dat dit kostbaar is en dat na outbound omzetting niemand meer naar deze statuten kijkt. Wel kan daarbij vereist worden dat de statuten in ieder geval wel beschikbaar zijn in een westerse taal, zodat de statuten indien nodig begrijpelijk kunnen worden gemaakt.

Op basis van de resultaten van het praktijkonderzoek beveel ik ten aanzien van de civiele bepalingen omtrent omzettingen aansluitend aan de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting door te trekken naar derde landen en niet te beperken tot de buitengrens van de EU. In het praktijkonderzoek kwam meermaals naar voren dat vennootschappen op dit moment vanuit Nederland de EU verlaten door een omzetting naar een Luxemburgse vennootschap te bewerkstelligen, die vennootschap zet zich vervolgens om in een vennootschap van een land buiten de EU. Mijns inziens moet in de geest van de flexibiliteit van het Nederlandse vennootschapsrecht de mogelijkheid gecreëerd worden een dergelijke omzetting rechtstreeks te laten plaatsvinden.

Fiscaalrechtelijke aanbevelingen

Gezien omzetting civielrechtelijk met behoud van rechtspersoonlijkheid plaatsvindt, is grensoverschrijdende omzetting mijns inziens, fiscaal gezien, in beginsel een non-event. Ten aanzien van de grensoverschrijdende omzetting zouden daarom alleen fiscale bepalingen moeten bestaan die zien op het beschermen van de Nederlandse belastingclaim. Dergelijke bepalingen bestaan in het fiscale recht al. Het fiscale recht houdt namelijk niet vast aan de statutaire zetel van de rechtspersoon, maar hecht waarde aan de fiscale vestigingsplaats van de rechtspersoon. Door eindafrekeningsbepalingen zoals die van artikel 15c en 15d Wet op de Vpb en artikel 7.5 lid 7 Wet Inkomstenbelasting 2001, wordt de Nederlandse belastingclaim beschermd. In de Wet op de DB kennen we geen eindafrekeningsbepalingen, dit zou mijns inziens (ook bij grensoverschrijdende omzetting) in beginsel niet wenselijk zijn omdat de dividendbelasting een tijdstipbelasting is.

Zoals ik in mijn aanbevelingen aan de Europese wetgever al stelde, moet iedere lidstaat zelf bekijken welke bepalingen zij moet invoeren om ongewenste fiscale voordelen te voorkomen. Mogelijk kan voorkoming van heffing van dividendbelasting als ongewenst fiscaal voordeel worden aangemerkt. Dit fiscale voordeel is niet slechts te behalen door het doen van een grensoverschrijdende omzetting, maar ook door andere uitingen van vestigingsvrijheid, zoals bijvoorbeeld grensoverschrijdende fusie en grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke leiding (zonder omzetting). De Nederlandse wetgever zou ten aanzien hiervan een bepaling in de Wet op de Dividendbelasting 1965 kunnen opnemen die wél voorziet in een eindafrekening over de uitkeerbare winst in situaties waarin een verplaatsing van de werkelijke leiding, grensoverschrijdende omzetting of grensoverschrijdende fusie gericht zijn op het voorkomen van heffing van dividendbelasting. Daarbij is een tegenbewijsregeling denkbaar die ervoor zorgt dat de bepaling geen werking heeft wanneer de belastingplichtige zakelijke redenen voor de verplaatsing van de werkelijke leiding of grensoverschrijdende fusie kan aantonen.

Uit het gedane praktijkonderzoek blijkt dat de fiscale gevolgen van de grensoverschrijdende omzetting redelijk duidelijk zijn. Echter zijn op enkele bepalingen die invloed uitoefenen op de fiscale gevolgen van omzetting wel wat aan te merken.

Uit het praktijkonderzoek blijkt dat van de uitstelregeling van artikel 25a Invorderingswet 1990 nauwelijks gebruik wordt gemaakt, omdat de kosten waarmee gebruikmaking van deze regeling gepaard gaat niet opwegen tegen de voordelen. Het is de vraag of deze regeling, die is geïntroduceerd om liquiditeitsproblemen te voorkomen, zijn doel effectueert. Mijns inziens zijn de kosten van de invorderingsrente samen met de kosten die voortkomen uit het stellen van een bankgarantie op grond van de huidige wet te hoog. Ik beveel daarom ook aan de invorderingsrente in ieder geval ten aanzien van deze bepaling te verlagen, om de bepaling dienstbaar te maken aan zijn doel.

Ten aanzien van de behandeling van de grensoverschrijdende omzetting voor de dividendbelasting heerst enige onzekerheid. Deze onzekerheid zou weggenomen kunnen worden door de Staatssecretaris in een besluit te laten bepalen dat grensoverschrijdende omzetting voor de dividendbelasting in beginsel geen belastbaar feit te weeg brengt.

Het praktijkonderzoek wijst daarnaast uit dat de vestigingsplaatsficties veel kosten en grote zorgen veroorzaken. De vestigingsplaatsficties leiden na outbound omzetting vaak tot het doen van nihil aangifte. Daarnaast zou de fictie uit de Wet op de Vpb de verplichting om aan Nederlandse Master File en Local File documentatie te voldoen kunnen bewerkstelligen. Ook spraken enkele belastingadviseurs, zoals ik eerder al stelde, hun zorgen uit over de samenloop van de vestigingsplaatsfictie en het multilateraal instrument. Mijns inziens heeft de vestigingsplaatsfictie in zijn huidige vorm geen bestaansrecht meer. De vestigingsplaatsfictie is vele jaren geleden ingevoerd

met oog de Nederlandse belastingclaim ten tijde van oorlog, revolutie of een andere bijzondere omstandigheid te beschermen. Hieraan wordt heden ten dage geen recht meer gedaan. Ik sluit mijn aanbevelingen daarom af met te stellen dat de vestigingsplaatsficties van artikel 2 lid 4 Wet op de Vpb en artikel 1 lid 3 Wet op de DB afgeschaft moeten worden.

Bijlage 1

	Rijkswet vrijwillige (2.2.1)	Wet vrijwillige (2.2.2.)	Artikel 2:18 BW	Regeling inzake GOF	SE- verordening	Voorontwerp	Voorstel	Totaal
Rechtspersoonlijkheid blijft in stand	✓	✓	✓		✓	✓	✓	6
Voorstel tot [...] door bestuur				✓	✓	✓	✓	4
Aankondiging in Staatscourant				✓		✓	✓ ⁴	3
Aankondiging in een landelijk verspreid Dagblad			✓ ¹	✓				2
Bestuur bevoegd tot nemen van besluit	✓	✓						2
AvA bevoegd tot nemen van besluit	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	7
Personen aangewezen bij notariële akte bevoegd tot nemen besluit	✓	✓						2
Vastlegging van het besluit in notariële akte		✓				✓		2
Wijziging van de statuten	✓	✓	✓		✓	✓	✓	6
Vastlegging van nieuwe statuten in (Nederlandse) notariële akte		✓	✓				✓	3
Goedkeurende verklaring notaris t.a.v. procedure				✓	✓	✓		3
Pre-omzettingcertificaat							✓	1
Verklaring accountant			✓ ²		✓			2
Rechterlijke machtiging vereist			³					0
Buitengewone omstandigheid vereist	✓	✓						2
Verzet door Minister en DNB mogelijk					✓	✓		2
Toestemming/bekrachtiging Minister	✓							1
Onmiddellijk achteraf mededelen aan de Minister		✓						1
Opgave aan de registers			✓	✓	✓	✓	✓	5
Uitschrijving uit de registers			✓	✓	✓		✓	4
Verzet van schuldeisers mogelijk					✓ ⁴	✓	✓	3
Schadeloosstelling aandeelhouders			✓ ¹	✓	⁴	✓	✓	4
Bescherming van werknemers				✓	⁴	✓	✓	3
Nietigheid/Vernietiging over het besluit kan niet worden uitgesproken				✓		✓	✓	3
Bij geschillen achteraf, die oorsprong hebben voor het moment van omzetting doen alsof omzetting niet heeft plaatsgevonden					✓	✓		2

1 Niet bij alle soorten omzettingen.

2 Alleen bij omzetting in een naamloze vennootschap.

3 Bij sommige omzettingen, andere dan die van een besloten vennootschap in een naamloze vennootschap en omgekeerd wel vereist.

4 Afhankelijk van het nationale recht.