

Drie aanbevelingen van fiscale aard naar aanleiding van de consultatie van het wetsvoorstel ‘Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen’

Prof. dr. J.L. van de Streek (hoogleraar belastingrecht Universiteit Leiden)

1. Uitbreiding vestigingsplaatsficties in de vennootschaps-, dividend- en bronbelasting

Advies: Breid de vestigingsplaatsficties in de vennootschaps- dividend- en bronbelasting uit tot gevallen waarin EU/EER-kapitaalvennootschappen worden omgezet in NV/BV's (inkomende NV/BV's).

Op grond van art. 2 lid 5 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, art. 2 lid 3 Wet op de dividendbelasting 1965 en art. 1.3 lid 1 Wet bronbelasting 2021 worden NV/BV's vanwege hun oprichting naar Nederlands recht geacht in Nederland te zijn gevestigd. Om zeker te stellen dat de NV/BV's die niet zijn opgericht naar Nederlands recht maar de rechtsvorm van NV/BV hebben verkregen door middel van de omzetting van een EU/EER-kapitaalvennootschap, adviseer ik de vestigingsplaatsficties in de vennootschaps-, dividend- en bronbelasting uit te breiden tot deze gevallen. Hierdoor vallen alle rechtspersonen die de rechtsvorm hebben van een NV/BV een gelijke fiscale behandeling ten deel, ongeacht of zij van origine Nederlands zijn dan wel de Nederlandse nationaliteit hebben verkregen via een grensoverschrijdende omzetting. Bijkomend voordeel is gelegen in de sfeer van de uitvoering: de Belastingdienst hoeft niet van elke NV/BV na te gaan in het handelsregister of er een akte van grensoverschrijdende omzetting is ingeschreven, en zo ja, of die NV/BV haar werkelijke leiding in Nederland heeft (en daarmee belastingplichtig is in Nederland).¹

Ik wijs erop dat de vestigingsplaatsfictie in de vennootschapsbelasting een vangnetfunctie vervult voor gevallen waarin een vennootschap nergens dreigt te worden belast. De (juridische) thuisstaat pakt in dergelijke gevallen de belastingheffing op. Aan een dergelijk vangnet is mijns inziens in het huidige tijdgewricht meer behoefte dan voorheen gelet op de – onder invloed van globalisering en digitalisering – toegenomen mobiliteit van rechtspersonen (en hun bestuurders). Zo valt een NV/BV die haar werkelijke leiding op Bermuda heeft nog steeds onder de Nederlandse vennootschapsbelasting. Dit zou naar mijn mening het geval moeten zijn ongeacht of die NV/BV is opgericht naar Nederlands recht dan wel grensoverschrijdend is omgezet in een NV/BV. Voor de goede orde merk ik op dat de vestigingsplaatsficties mijns inziens tevens een belangrijke functie vervullen in het kader van de bestrijding van belastingontwijking in het geval waarin de werkelijke leiding van een NV/BV is gelegen in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten én de doorslaggevende woonplaats in dit belastingverdrag afhangt van de uitkomst van een onderlinge overlegprocedure tussen de verdragspartners.² In het kader van die

¹ Tijdrovende discussies tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst over de plaats van de werkelijke leiding kunnen zo worden voorkomen.

² Het voorzien in een onderlinge overlegprocedure ter bepaling van de doorslaggevende woonplaats van een vennootschap is onderdeel van het Nederlandse fiscale verdragsbeleid. Ik verwijs naar de Notitie fiscaal (verdrags)beleid, 20, onderdeel 3.3.3 (bijlage bij Kamerstukken II, 2019-2020, 25 087, nr. 256).

overlegprocedure is het voorkomen van belastingontwijking namelijk een relevante factor om mee rekening te houden bij het vaststellen van de doorslaggevende woonplaats.³

In het verlengde van de door mij voorgestelde uitbreiding van de fiscale vestigingsplaatsficties tot gevallen waarin een EU/EER-kapitaalvennootschap is omgezet in een NV/BV (inkomende NV/BV's), rijst de vraag of die vestigingsplaatsficties gehandhaafd moeten blijven in de gevallen waarin een NV/BV op de voet van het voorgestelde art. 2:335 BW wordt omgezet in een EU/EER-kapitaalvennootschap (uitgaande NV/BV's). Ik kan mij voorstellen dat de verantwoordelijkheid van Nederland als voormalige juridische thuisstaat om een dergelijke uitgaande NV/BV ongeacht de plaats van de werkelijke leiding als fiscaal inwoner te beschouwen, na verloop van tijd ophoudt (bijvoorbeeld na 5 of 10 jaar). Het niet langer toepassen van de vestigingsplaatsficties met ingang van de dag ná het verlijden van de omzettingsakte ex art. 2:335 lid 1 (nieuw) BW heeft evenwel niet mijn voorkeur omdat hiermee de mogelijkheid zou worden geschapen om de fiscale vestigingsplaatsficties eenvoudig af te schudden door middel van een grensoverschrijdende omzetting.

2. Zekerstellen van de heffing van dividendbelasting over toegekende schadeloosstelling aan tegenstemmende minderheidsaandeelhouders

Advies: Verduidelijk dat het toekennen van een schadeloosstelling aan tegenstemmende minderheidsaandeelhouders een belastbaar feit is voor de heffing van de dividendbelasting en pak constructies aan die dit belastbare feit omzeilen.

Het wetsvoorstel voorziet in de bescherming van minderheidsaandeelhouders van NV/BV's die grensoverschrijdend worden omgezet of gesplitst. Op grond van het voorgestelde art. 2:335i BW heeft een minderheidsaandeelhouder die tegen het voorstel heeft gestemd om een NV/BV grensoverschrijdend om te zetten in een andere EU/EER-kapitaalvennootschap, recht op een schadeloosstelling voor het verlies van zijn aandelen.⁴ Hetzelfde geldt op grond van het voorgestelde art. 2:344qq BW voor een minderheidsaandeelhouder die tegen het voorstel heeft gestemd om een NV/BV grensoverschrijdend te splitsen waarbij het vermogen onder algemene titel overgaat naar ten minste één EU/EER-kapitaalvennootschap. In het kader van grensoverschrijdende juridische fusies van NV/BV's, die reeds mogelijk zijn met ingang van 15 juli 2008, hebben tegenstemmende minderheidsaandeelhouders recht op een uittreedvergoeding op de voet van het bestaande art. 2:333h lid 1 BW.

Voor de heffing van de Nederlandse dividendbelasting, die ten aanzien van in het buitenland woonachtige portfolio-aandeelhouders van een NV/BV functioneert als eindheffing, kan een ontvangen schadeloosstelling worden aangemerkt een opbrengst van aandelen voor zover de schadeloosstelling het gemiddeld op de aandelen gestorte kapitaal in de grensoverschrijdend om te zetten, te splitsen of te fuseren NV/BV overtreft. Een ontvangen schadeloosstelling voor het verlies van de aandelen komt voor de heffing van de dividendbelasting namelijk neer op een inkoop van aandelen ex art. 3 lid 1 onderdeel a Wet op de dividendbelasting 1965. Het verdient mijns inziens evenwel aanbeveling om de belastbaarheid van een schadeloosstelling voor het verlies van aandelen in het kader van een grensoverschrijdende omzetting, splitsing of fusie van een NV/BV te verduidelijken in de Wet op de dividendbelasting 1965,

³ Zie par. 24(1) van het commentaar op art. 4 OESO-Modelverdrag (2017).

⁴ Hetzelfde geldt automatisch voor aandeelhouders die niet kunnen stemmen omdat zij stemrechtloze aandelen hebben.

bijvoorbeeld door middel van de toevoeging van een nieuw onderdeel j aan art. 3 lid 1 Wet dividendbelasting 1965.

Voorts verdient het mijns inziens aanbeveling om constructies aan te pakken waarbij de heffing van dividendbelasting over de uittreedvergoeding wordt ontweken door, kort gezegd, de schadeloosstelling te laten uitbetalen door een groepsvennootschap van de NV/BV die grensoverschrijdend wordt gefuseerd. Een dergelijke constructie lijkt aan de orde in een recent praktijkgeval waarin een NV in het kader van een grensoverschrijdende juridische fusie verdween in een Luxemburgse vennootschap.⁵ De minderheidsaandeelhouders van de NV, die tezamen circa 4% van aandelen hielden, werden bij deze fusie ‘uitgestoten’ en ontvingen ter compensatie een voor de heffing van de dividendbelasting onbelaste vergoeding van de 96%-aandeelhouder van de NV.⁶ Mogelijk komen dergelijke constructies vaker voor. Een oplossing zou kunnen inhouden om ook betalingen van groepsvennootschappen die direct of indirect verband houden met het recht op een uittreedvergoeding ex art. 2:335i, art. 2:344qq en art. 2:333h BW onder de dividendbelasting te laten vallen.

3. Fiscale fraudetoets door de Belastingdienst

Advies: Wijs de Belastingdienst aan als bevoegde instantie voor het afgeven van een attest wat betreft een aantal nader afgebakende fiscale aangelegenheden, waaronder de toepassing van de fiscale antimisbruikbepaling bij fusie en splitsing.

In de uitvoerende fase van de voorgeschreven procedures voor een grensoverschrijdende omzetting, splitsing of fusie van een NV/BV dient volgens Richtlijn (EU) 2017/113, zoals gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2019/2121, een door Nederland aan te wijzen bevoegde instantie een zogenoemd ‘voorafgaand attest’ af te geven. Van dit voorafgaande attest, dat in de geconsulteerde memorie van toelichting op het wetsvoorstel wordt aangeduid als ‘pre-verrichting attest’, maakt een fraudetoets deel uit. De fraudetoets houdt in dat de bevoegde instantie het voorafgaande attest niet afgeeft indien de grensoverschrijdende omzetting, splitsing of fusie is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of (onrechtmatige) omzeiling van Unie- of nationaal recht, of voor criminele doeleinden. Uit de preambule van Richtlijn (EU) 2019/2121 blijkt dat ook wordt bedoeld op fiscale verplichtingen.⁷

Als bevoegde instantie kan een EU-lidstaat volgens Richtlijn (EU) 2017/113, zoals gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2019/2121, een rechterlijke, notariële of andere bevoegde instantie aanwijzen.⁸ In het geconsulteerde wetsvoorstel wordt de Nederlandse notaris aangewezen als de bevoegde instantie en wordt hem tevens opgedragen de fraudetoets uit te voeren.⁹ In de toelichting wordt in dit verband opgemerkt dat “binnen het notariaat op het vlak van grensoverschrijdende verrichtingen reeds diepgaande kennis en expertise aanwezig is.”¹⁰ Ik

⁵ Zie deponering SC TO-TA/A 1, d6817, door Stryker bij de United States Securities and Exchange Commission (SEC) op 13 december 2019 inclusief latere aanpassingen.

⁶ Volgens de openbare fusiedocumentatie, zoals gedeponereerd bij de Amerikaanse toezichthouder, heeft de Nederlandse Belastingdienst in een belastingruling bevestigd dat deze vergoeding niet is belast voor de heffing van de Nederlandse dividendbelasting.

⁷ Par. 35 van de preambule.

⁸ Ook aanwijzing van meerdere instanties is mogelijk.

⁹ Zie art. 2:331i BW (grensoverschrijdende fusie), art. 2:234uu BW (grensoverschrijdende omzetting) en art. 2:335l BW (grensoverschrijdende splitsing).

¹⁰ Zie blz. 12 van de MvT.

vraag mij af of dit een verstandige keuze is voor wat betreft de uitvoering van de fraudetoets op belastinggebied. Zie ik in dit verband overigens goed dat ter zake van een grensoverschrijdende splitsing of fusie van een NV/BV die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing ex art. 14a lid 6 respectievelijk art. 14b lid 5 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 door de notaris géén attest mag worden afgegeven, zelfs niet als die splitsing of fusie voor belastingdoeleinden ruisend zou verlopen? Is dat wel de bedoeling? Los van het antwoord op deze vraag is toepassing van de fiscale antimisbruikmaatregel bij fusie en splitsing bijzonder complex en behoort die toepassing niet tot de expertise van het notariaat.¹¹

Ik vrees dat in de praktijk de notaris van een NV/BV die zich grensoverschrijdend wil reorganiseren een advies van een belastingadviseur zal verlangen of voor wat betreft de fiscaliteit is voldaan aan de fraudetoets. Maar ook een belastingadviseur kan waarschijnlijk niet altijd de gewenste zekerheid verschaffen. Thans bestaat de mogelijkheid voor NV/BV's die willen splitsen of fuseren om bij de Belastingdienst zekerheid vooraf te krijgen over de toepassing van de fiscale antimisbruikbepaling.¹² Hierop voortbordurend verdient het mijns inziens aanbeveling om de Belastingdienst aan te wijzen als bevoegde instantie om een attest af te geven wat betreft de fiscale component van de fraudetoets. Dit fiscale attest kan zich uitstrekken tot een aantal nader af te bakenen fiscale aangelegenheden, waaronder de toepassing van de fiscale antimisbruikbepaling bij fusie en splitsing.

¹¹ Zie voor de complexiteit van de fiscale misbruiktoets bij een splitsing: G.C. van der Burgt, Splitsing in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Fiscale Monografie 171), Wolters Kluwer, Deventer, blz. 300-390.

¹² Art. 14a lid 8 en art. 14b lid 7 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.