

Consultatie naar aanleiding van het wetsvoorstel ‘Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen’ – fiscale knelpunten en oplossingen

Dr. G.F. Boulogne (belastingadviseur bij BDO en docent aan de Universiteit van Amsterdam)

De twee deelvragen van Vraag 2 van deze consultatie komen nagenoeg overeen met de onderzoeksvragen van mijn promotieonderzoek uit 2016 (“Shortcomings in the EU Merger Directive”).¹ Hierna bespreek ik negen knelpunten en concrete oplossingen, met een focus op de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving. Voor een uitgebreide(re) analyse verwijs ik naar mijn proefschrift. Tot een nadere toelichting ben ik uiteraard graag bereid.

Knelpunt 1 – Belemmerende rechtsvormeis

De fusie- en splitsingsfaciliteiten in de Wet IB en Wet Vpb vereisen – in overeenstemming de EU-Fusierichtlijn – dat een bij deze verrichtingen betrokken vennootschap een van de rechtsvormen heeft die is opgenomen in de bijlage I, deel A, van de (fiscale) EU-Fusierichtlijn² of vergelijkbaar is met een van de rechtsvormen die voor Nederland zijn opgenomen in deze bijlage (zie o.a. 3.55 lid 5 1° Wet IB 2001 jo. art. 14a lid 11 Wet Vpb). Vennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een derde land of een EU-rechtsvorm hebben die niet genoemd is in de bijlage (en niet vergelijkbaar is met een voor Nederland opgenomen rechtsvorm) kwalificeren niet. Vanuit de tweeledige doelstelling van de fiscale faciliteiten – het wegnemen van fiscale belemmeringen bij grensoverschrijdende verrichtingen en het verzekeren van heffingsbehoud – bestaat er geen goede reden voor deze beperking van de subjectieve reikwijdte. Een ongewenst praktijkgevolg is dat allerlei grensoverschrijdende verrichtingen nu eerst via lidstaten verlopen die ruimere regelingen kennen, zoals België of Luxemburg.

Oplossing: afschaffing van de zowel de fiscale als de civielrechtelijke rechtsvormeis.

Knelpunt 2 – Belemmerende vestigingseis

Vergelijkbaar met knelpunt 1: de eis van vestiging binnen de EU/EER (zie o.a. 3.55 lid 5 2° Wet IB jo. 14a lid 11 Wet Vpb) sluit bepaalde vennootschappen uit van fiscale faciëring, zonder dat daarvoor een goede reden bestaat.

Oplossing: afschaffing van de vestigingseis

Knelpunt 3 – Belemmerende onderworpenheidseis

Vergelijkbaar met knelpunt 1: de onderworpenheidseis vereist, kort gezegd, dat een bij een grensoverschrijdende verrichting betrokken vennootschap in haar staat van vestiging is onderworpen aan een belasting naar de winst (zie o.a. 3.55 lid 5 3° Wet IB jo. 14a lid 11 Wet Vpb). Maar ook als bijvoorbeeld de ontvangende vennootschap in haar staat van vestiging *niet* is onderworpen aan een belasting naar de winst, vormt heffing bij de verdwijnende vennootschap of bij haar aandeelhouders een belemmering, terwijl fiscale faciëring probleemloos zou kunnen worden geboden.

Oplossing: afschaffing van de onderworpenheidseis.

Knelpunt 4 – Beperking fiscale faciliteiten tot fusies, splitsingen en omzettingen

De fiscale regelingen voor grensoverschrijdende verrichtingen sluiten aan bij de civielrechtelijke regelingen: voor verrichtingen die civielrechtelijk niet ‘perfect’ zijn of überhaupt civielrechtelijk

¹ Ook andere auteurs – waaronder prof. dr. J.L. van de Streek, dr. J.J. van den Broek en dr. G.C. van der Burgt – hebben promotieonderzoek gedaan naar de fiscale aspecten van fusies, splitsingen en omzettingen.

² Richtlijn 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 (PbEU 2009, L 310).

niet mogelijk zijn, worden geen fiscale faciliteiten geboden. Fiscaal gezien is het onnodig om de kring van fiscale faciliteiten zo beperkt te houden.

Oplossing: de fiscale faciliteiten zouden op alle 'grensoverschrijdende verrichtingen' (een ruime, generieke term) van toepassing kunnen zijn, zolang heffingsbehoud gegarandeerd blijft.

Knelpunt 5 – Een te algemene antimisbruikbepaling

De antimisbruikbepaling van art. 15 lid 1 sub a EU-Fusierichtlijn en haar pendanten in de nationale faciliteiten (zie o.a. art. 14a lid 6 Wet Vpb) heeft voor een lange reeks jurisprudentie gezorgd. De reorganisatiefaciliteiten kunnen enkel geweigerd worden als heffing van een min of meer acute fiscale claim wordt omzeild, de zakelijke redenen voor een reorganisatie verbleken bij de fiscale motieven of als er weliswaar een zakelijk einddoel is, maar de route daarnaartoe kunstmatig is.

Toch resteert in de praktijk nog onduidelijkheid, onder meer of de reorganisatiefaciliteiten kunnen worden geweigerd omdat (i) de heffing van dividendbelasting onmogelijk wordt gemaakt of (ii) de grenzen van bepaalde wettelijke bepalingen/faciliteiten worden afgetast (denk aan, door middel van splitsingen, meervoudig benutten van de earningsstrippingfranchise of het MKB-tariefsopstapje).

Oplossing: de preambule van de EU-Fusierichtlijn moet worden verduidelijkt en misbruikvarianten moeten in kaart gebracht worden. Waar mogelijk, moet misbruik worden bestreden met specifieke regelingen, gecomplementeerd door een algemene anti-misbruikbepaling.

Knelpunt 6 – Beperkte mogelijkheden verliesverrekening

Bij de huidige stand van het Unierecht zijn enkel 'definitieve' verliezen van de verdwijnende vennootschap grensoverschrijdend verrekenbaar in de lidstaat van de ontvangende vennootschap.

De eisen voor 'definitieve' verliezen zijn streng (zie o.a. HR 2 juli 2021, nr. 19/03443, BNB 2021/132 en de aangehaalde rechtspraak). Als de verliezen al definitief zijn, verhinderen de winstsplitsingsregels dat deze verliezen effectief tegen de winsten van een Nederlandse ontvangende vennootschap kunnen worden afgezet. Bij sommige grensoverschrijdende verrichtingen – zoals grensoverschrijdende zetelverplaatsingen – kunnen definitieve verliezen uit de vertrekstaat niet in de nieuwe ontvangststaat worden verrekend (zie HvJ EU 27 februari 2020, C-405/18, *AURES Holdings*).

Oplossing – geen toepassing winstsplitsingsregels op definitieve verliezen. Overname van 'definitieve' aanloopverliezen wanneer ondernemingen naar Nederland verhuizen (bijvoorbeeld start-/scale-ups met activiteiten die voor de WBSO kwalificeren).

Knelpunt 7 – Ongunstige behandeling buitenlands belastingplichtige aandeelhouders

Een binnenlands belastingplichtige aandeelhouder die betrokken is bij een grensoverschrijdende verrichting kan de verkrijgingsprijs van zijn (vervallen) aandelen in de verdwijnende vennootschap doorschuiven naar de (uitgereikte) aandelen in de ontvangende vennootschap.³ Pas bij vervreemding van zijn aandelen betaalt hij belasting over de – op dat moment aanwezige – meerwaarden in die aandelen.

Aan een buitenlands belastingplichtige aandeelhouder in de verdwijnende vennootschap wordt een conserverende aanslag opgelegd over een fictieve vervreemdingswinst. Hij betaalt niet pas bij vervreemding van zijn aandelen over de op dat moment aanwezige meerwaarden, maar bijv. ook al bij tussentijdse dividenden, en hij dient aan allerlei administratieve verplichtingen te voldoen.

Oplossing – een fictief doorschuifmechanisme met geringe administratieve lasten dat pas bij daadwerkelijke realisatie verplicht tot betaling.

³ Als voorbeeld neem ik een grensoverschrijdende fusie van een Nederlandse (verdwijnende) vennootschap in een Duitse (ontvangende) vennootschap van vergelijkbare grootte. De binnenlandse respectievelijk buitenlandse aandeelhouder (natuurlijk persoon) in de verdwijnende vennootschap heeft zowel vóór als na de fusie een aanmerkelijke belang. Zie art. 4.16, lid 1 sub d, 4.41 lid 3, 4.42 lid 3, 7 lid 5 Wet IB 2001 en o.a. art. 25 lid 8 Wet IW 1990 en div. bepalingen in de Uitv. reg. IW 1990.

Knelpunt 8 – (Mogelijk) heffing van dividendbelasting bij grensoverschrijdende herstructurering

Als het aanhangige initiatiefwetvoorstel Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting (35.523) wordt aangenomen, triggeren diverse grensoverschrijdende verrichtingen een eindafrekening in de dividendbelasting. Een dergelijke eindafrekening kan ondernemingen ervan weerhouden commercieel gewenste herstructureringen door te voeren.

Oplossing – in ieder geval bij reële herstructureringen geen heffing van dividendbelasting.

Knelpunt 9 – Fiscale faciliteit op vennootschapsniveau gekoppeld aan aanwezigheid vaste inrichting

In diverse lidstaten zijn de fiscale faciliteiten op vennootschapsniveau gekoppeld aan het achterblijven van een vaste inrichting (conform art. 4 lid 2 sub b EU-Fusierichtlijn). Dit leidt tot diverse discussies over het begrip vaste inrichting dat moet worden gehanteerd. Sinds 1990 is het (belasting)verdragsbegrip ‘vaste inrichting’ behoorlijke geëvolueerd. Ook rijst de vraag of het achterblijven van een vaste inrichting mag worden geëist als de lidstaat van de verdwijnende vennootschap de (inkomsten uit de) overgedragen vermogensbestanddelen feitelijk niet in de heffing betrok, bijvoorbeeld omdat deze inkomsten waren vrijgesteld onder een deelnemingsvrijstelling. De EU-Fusierichtlijn verschaft op dit punt onvoldoende helderheid, waardoor in sommige gevallen de lidstaat van de verdwijnende vennootschap onterecht niet afziet van heffing. N.b.: dit is geen probleem in Nederland, maar wel in andere lidstaten.

Oplossing – (Conform de Nederlandse wetgeving): hanteer enkel de eis dat latere heffing verzekerd is. Uiteraard moet de lidstaat van de verdwijnende vennootschap afzien van heffing als vóór de reorganisatie feitelijk niet geheven werd over de inkomsten uit de overgedragen vermogensbestanddelen.

Dr. G.F. Boulogne
6 maart 2022
g.f.boulogne@uva.nl