

Internetconsultatie conceptwetsvoorstel implementatie EU-richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen

Graag wijzen wij u op ons commentaar bij dit conceptwetsvoorstel. Dit commentaar is ook gepubliceerd in Vakstudie Nieuws (*V-N* 2022/12.20).

Redactie Vakstudie Nieuws

Beperkt tot EU en EER

Het conceptwetsvoorstel biedt, net als de richtlijn, alleen de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing van kapitaalvennootschappen. Voor Nederland zijn dat de nv en bv (en de SE). Daarnaast beperkt het conceptwetsvoorstel zich net als de richtlijn tot lidstaten van de EU en EER. Dit laatste betekent bijvoorbeeld dat het Verenigd Koninkrijk inmiddels, vanwege de Brexit, erbuiten valt en daarmee dus ook alle Britse rechtsvormen. Hoewel niet verboden, kiest Nederland er kennelijk niet voor om ook grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen naar derdelanden civielrechtelijk mogelijk te maken. Dat betreuren wij. Zelfs is nog niet zeker dat grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen naar en vanuit (een van) de BES-eilanden alsmede Aruba, Curaçao en Sint Maarten mogelijk worden, want de conceptmemorie van toelichting merkt expliciet op dat hierover pas een beslissing wordt genomen, nadat ervaring is opgedaan met het wetsvoorstel. Dus voorlopig vallen de BES-eilanden erbuiten. Ook dit betreuren wij en wij vragen ons af of dit niet vooral koudwatervrees is. Het conceptwetsvoorstel wijzigt de regeling voor grensoverschrijdende fusies niet wezenlijk en introduceert voor grensoverschrijdende omzettingen en splitsingen een met de grensoverschrijdende fusie vergelijkbare regeling. Het is ons hiermee onduidelijk welke aanvullende ervaring moet worden opgedaan om te kunnen beoordelen of een grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing ook kan worden opengesteld naar en vanuit de BES-eilanden en derdelanden.

Grensoverschrijdende splitsing door verwerving

He voorgestelde art. 2:334kk BW regelt de toepassingsmogelijkheden van de grensoverschrijdende splitsing. Juist de uitzonderingen op de toepassingsmogelijkheden springen in het oog. Zo is een splitsing door verwerving (overneming), in die zin dat een reeds bestaande rechtspersoon verkrijgende vennootschap is, niet mogelijk; alleen splitsing via oprichting wordt gefaciliteerd. De EU-richtlijn motiveert de uitsluiting van een splitsing door verwerving dat dit samenhangt met de complexiteit van een grensoverschrijdende splitsing door verwerving en (mogelijke) bijkomende risico's voor omzeiling van EU- en nationaal recht.

Wij vinden het jammer dat het conceptwetsvoorstel zich op dit punt strikt aan de richtlijn houdt. Splitsing door verwerving is namelijk een veelgebruikte toepassing van de splitsingsregeling in de praktijk en de verwachting is dat hetzelfde zal gelden in grensoverschrijdende situaties. Wel zal de Europese Commissie (onder andere) deze uitsluiting uiterlijk op 1 februari 2027 evalueren, dus mogelijk dat naar aanleiding daarvan grensoverschrijdende splitsingen door verwerving alsnog mogelijk zullen worden gemaakt.

Grensoverschrijdende driehoeks- en ruziesplitsing

Het conceptwetsvoorstel sluit ook de driehoekssplitsing (art. 2:334ii BW) en de ruziesplitsing (art. 2:334cc BW) uit van de toepassingsmogelijkheden van een grensoverschrijdende splitsing. Ook dit beperkt de bruikbaarheid van de regeling. Beide zijn een gemis wat ons betreft. Met name de ruziesplitsing wordt in de nationale praktijk veelvuldig toegepast en

aangenomen mag worden dat dit grensoverschrijdend ook zo zal zijn. Een voorbeeld is het opheffen van een *joint-venture* tussen partners uit verschillende lidstaten. Maar ook hier geldt dat dit mogelijk wijzigt naar aanleiding van de evaluatie in 2027.

Grensoverschrijdende omzetting - fiscaal

Voor de omzetting van rechtspersonen van art. 2:18 BW bevat art. 28a Wet VPB 1969 thans een specifieke bepaling. Met uitzondering van de omzetting van een nv in een bv, of omgekeerd, leidt de omzetting van rechtspersonen tot fiscale afrekening voor de VPB, IB en DB. Onder te stellen voorwaarden mag desalniettemin fiscale afrekening achterwege blijven; zie het besluit van 3 april 2017, 2017/116, *Stcrt.* 2017, 38087, *V-N* 2017/41.17, zoals gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2019, 2019-17461, *Stcrt.* 2019, 58240, *V-N* 2019/54.14). De afrekeningsfictie geldt niet voor de omzetting van nv in een bv of omgekeerd.

Aangenomen mag worden dat art. 28a Wet VPB 1969 aanvulling behoeft, wanneer civielrechtelijk de grensoverschrijdende omzetting in een kapitaalvennootschap van een andere EU-/EER-lidstaat, of omgekeerd, mogelijk wordt gemaakt.

De omzetting gaat gepaard met een verplaatsing van de statutaire zetel naar de lidstaat van bestemming. Dit leidt fiscaal in beginsel niet tot afrekening, tenzij als gevolg van de omzetting vermogensbestanddelen het Nederlandse heffingsbereik verlaten of de vestigingsplaats van de vennootschap Nederland verlaat. Dit laatste is onder meer mogelijk wanneer de lidstaat van bestemming als aanvullende voorwaarde stelt dat de vennootschap na de omzetting activiteiten dan wel haar bestuurszetel in deze lidstaat heeft. Art. 25b IW 1990 biedt hiervoor thans een uitstel-van-betalingsregeling die ook van toepassing is op grensoverschrijdende omzettingen (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 7). Onzes inziens kan de nu voorgestelde grensoverschrijdende omzetting ook onder deze regeling vallen, wat op grond van EU-recht overigens ook wel zal moeten.

Een andere vraag is of het conceptwetsvoorstel gevolgen heeft voor de vestigingsplaatsficties van art. 4.35 Wet IB 200, art. 2 lid 5 Wet VPB 1969, art. 1 lid 3 Wet DB 1965 en art. 1.3 Wet BB 2021. Blijven of worden deze van toepassing na de omzetting? Stel dat een Nederlandse bv wordt omgezet in een Duitse GmbH, heeft de oprichting van het lichaam dan nog plaatsgevonden naar Nederlands recht of juist niet meer? Als dit wel het geval is, wordt het nog lastig in de praktijk, want nu is de toepassing van de vestigingsplaatsficties gemakkelijk af te lezen aan de rechtsvorm van de rechtspersoon. Wordt dat anders, dan moet ook het verleden van die rechtspersoon erbij worden betrokken.

Een tweede aandachtspunt betreft de positie van de aandeelhouders met een aanmerkelijk belang in de omgezette vennootschap. Aandeelhouders hebben de keuze om tegen het omzettingsvoorstel te stemmen en hun aandelen te laten intrekken. Als zij voor intrekking kiezen, krijgen zij daarvoor een schadeloosstelling. Het ligt voor de hand dat die schadeloosstelling wordt belast als inkomen uit aanmerkelijk belang, waarbij de keuze zal moeten worden gemaakt tussen een regulier voordeel of een vervreemdingsvoordeel. Gelet op de parallel met de inkoop van aandelen ligt behandeling als vervreemdingsvoordeel wat ons betreft voor de hand.

Grensoverschrijdende splitsing en fusie - fiscaal

Met betrekking tot de (grensoverschrijdende) splitsing en juridische fusie lijken er fiscaal niet veel knelpunten te zijn. De huidige artt. 14a en 14b Wet VPB 1969 zijn immers niet beperkt tot zuiver binnenlandse splitsingen en fusies. Hetzelfde geldt voor de fiscale behandeling van de aandeelhouders (art. 3.56 respectievelijk 3.57 Wet IB 2001) en de overdrachtsbelasting (art. 15 lid 1 sub h Wet BRV 1965). Nadere fiscale regelingen lijken derhalve niet nodig te zijn.

Fiscale eenheid-VPB

Een vraag die ook opkomt, is welke gevolgen een grensoverschrijdende omzetting heeft op een fiscale eenheid, waarin de om te zetten rechtspersoon is gevoegd. Stel een moeder-bv wordt omgezet in een Belgische bvba. Verbreekt die fiscale eenheid dan en zo ja, kan per hetzelfde tijdstip een (aansluitende) fiscale eenheid worden aangegaan met de bvba als moedermaatschappij? En zijn de sanctiebepalingen, zoals bijvoorbeeld art. 15ai Wet VPB 1969, dan van toepassing? En is daarbij nog relevant of ter zake van die omzetting de vestigingsplaats van de rechtspersoon verplaatst naar het buitenland (in casu België), al dan niet met achterlating van een vaste inrichting in Nederland? Voor zetelverplaatsingen bevat Afdeling 4 (artt. 39-41) Besluit fiscale eenheid 2003 bijzondere regelingen die mogelijk ook nu kunnen worden toegepast.

Soortgelijke vragen spelen ten aanzien van grensoverschrijdende juridische fusies en splitsingen maar juridische fusies en splitsingen zijn thans al geadresseerd in het Besluit fiscale eenheid 2003; zie art. 14, art. 17, art. 18 en art. 18a Besluit fiscale eenheid 2003. Bezien kan worden in hoeverre deze regelingen eventueel aanpassing behoeven teneinde grensoverschrijdende fusies en splitsingen te accommoderen.

Fraudetoets als onderdeel pre-attest

Bij een 'outbound' grensoverschrijdende fusie, waarbij een Nederlandse rechtspersoon als verdwijnende rechtspersoon fuseert met een buitenlandse rechtspersoon als verkrijgende rechtspersoon, moet een Nederlandse notaris in de huidige regeling een zogenoemd 'pre-attest' afgeven. Dit pre-attest houdt in dat de notaris moet onderzoeken of en verklaren dat alle wettelijke en statutaire vormvoorschriften en overige voorschriften voor de grensoverschrijdende fusie zijn nageleefd (art. 2:333i BW). In het conceptwetsvoorstel blijft deze regeling (in gewijzigde vorm) bestaan voor de grensoverschrijdende fusie en wordt een vergelijkbare regeling ingevoerd voor de grensoverschrijdende omzetting en splitsing (art. 2:335i BW respectievelijk art. 2:334uu BW).

Dit onderzoek van de notaris wordt voorts voor alle grensoverschrijdende verrichtingen uitgebreid met de zogenoemde fraudetoets. Deze fraudetoets houdt in dat de notaris de afgifte van het pre-attest weigert, als hij vaststelt dat de grensoverschrijdende verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden die leiden tot of gericht zijn op ontduiking of (onrechtmatige) omzeiling van EU-recht of nationale wetgeving, of voor criminele doeleinden. Voor de uitvoering van deze fraudetoets verwijst de conceptmemorie van toelichting naar de invulling van de poortwachtersfunctie op grond van art. 21 Wet op het notarisambt (Wna) door de notaris, met als toevoeging dat de toetsing volgens de fraudetoets dezelfde zwaarte en omvang heeft als de toetsing volgens de poortwachtersfunctie.

Onduidelijk blijft naar onze mening onder andere of de notaris de fraudetoets afzonderlijk moet uitvoeren dan wel of hij daarbij kan steunen op zijn werkzaamheden volgens de Wna. Ook de noodzaak van en de gevallen waarin de notaris bij de uitvoering van de fraudetoets één of meer onafhankelijke deskundigen moet inschakelen of informatie en documenten van bevoegde instanties moet verkrijgen, dient onzes inziens nader te worden toegelicht mede in verband met de geheimhoudingsplicht en de verplichtingen onder de Algemene verordening gegevensbescherming.

Bovengenoemde fraudetoets omvat mede het omzeilen van fiscale verplichtingen. Preambule 35 van de Richtlijn (EU) 2019/2121 wijst erop dat dit een ruime toets betreft, waarbij met name het belang om 'lege vennootschappen' of 'brievenbusmaatschappijen' te bestrijden die zijn opgericht om het Unie- of nationale recht te ontduiken, te omzeilen of te schenden, wordt genoemd. In de IB en VPB zijn de fusie en splitsing uitsluitend fiscaal gefaciliteerd, indien deze niet zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (art. 3.56 lid 4 en art. 3.57 lid 4 Wet IB 2001, art. 14a lid 6 en art. 14b lid 5 Wet VPB 1956). In de

overdrachtsbelasting geldt deze toets voor de splitsing evenzeer (art. 5c lid 1 Uitv.besl. BRv 1971) en is de juridische fusie (alleen) fiscaal gefaciliteerd als die hoofdzakelijk plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen (art. 5bis lid 1 Uitv.besl. BRv 1971). Voorts bevat art. 6 ATAD een algemene antimisbruikregel (GAAR), welke Nederland niet expliciet heeft geïmplementeerd, en zijn er tal van specifieke antimisbruikregels in het fiscale nationale en verdragsrecht. De vraag is nu of en in welke mate de toets die de notaris aanlegt, op fiscaal gebied anders is dan de antiontgaanstoets in de EU-fusierichtlijn, de ATAD, de verdragen en die in de Nederlandse IB, VPB en overdrachtsbelasting. Daarbij doet zich in elk geval de praktische vraag voor hoe de notaris dit gaat vaststellen en of er informatieuitwisseling of coördinatie gaat zijn met de Belastingdienst. Het zou voor de praktijk in elk geval praktisch zijn als de notaris voor zijn fraudetoets mag aansluiten bij de goedkeurende beschikking die de Belastingdienst in het kader van de zekerheid vooraf (zie art. 14a lid 9 en art. 14b lid 7 Wet VPB !969) afgeeft voor de grensoverschrijdende fusie of splitsing in de VPB.