

Reactie namens Houthoff op de internetconsultatie van het Richtlijnvoorstel grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing

Amsterdam, 29 juni 2018

Geachte lezer,

1. Inleiding

- 1.1. Houthoff heeft met belangstelling kennisgenomen van het Richtlijnvoorstel grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing ("Richtlijnvoorstel"). Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het Richtlijnvoorstel. Wij zijn bij het opstellen van onze reactie uitgegaan van de Nederlandse tekst van het Richtlijnvoorstel, zoals ter consultatie is aangeboden. Grensoverschrijdende omzetting zal hierna worden aangeduid als "GOO", grensoverschrijdende fusie als "GOF" en grensoverschrijdende splitsing als "GOS".
- 1.2. Houthoff is betrokken geweest bij meerdere GOF's en GOO's. Wij hebben geadviseerd over diverse GOO's van Nederlandse kapitaalvennootschappen en coöperaties in buitenlandse kapitaalvennootschappen en coöperaties (*outbound* GOO's) (bijvoorbeeld naar Spanje, Frankrijk, Polen, Portugal en Luxemburg) en over GOO's van vennootschappen naar het recht van een andere lidstaat in een Nederlandse kapitaalvennootschap (*inbound* GOO's) (bijvoorbeeld vanuit Cyprus).
- 1.3. Daarnaast heeft Houthoff geadviseerd over *hybride* kapitaalvennootschappen, dat wil zeggen vennootschappen die zowel door Nederlands recht als door het recht van een andere EER lidstaat worden beheerst.¹ Dit hybride karakter is doorgaans van tijdelijke aard en een opmaat naar een GOO.
- 1.4. Gelet op de vragen die wij in de praktijk ontvangen, hebben wij de indruk dat er onverminderd belangstelling bestaat voor de mogelijkheid van GOO en dat het aantal GOO's in de toekomst verder zal toenemen. Wij onderschrijven het belang van een heldere Europese regeling op dit gebied. Daarbij benadrukken wij dat tevens van belang is dat er spoedig een Nederlandse Uitvoeringsregeling voor GOO en GOS van kapitaalvennootschappen in Boek 2 BW wordt vastgelegd, zodat duidelijkheid ontstaat over de in Nederland te volgen

¹ Op grond van de incorporatieleer die is neergelegd in artikel 10:118 Burgerlijk Wetboek wordt vanuit Nederlandse optiek de vennootschap door Nederlands recht beheerst. Als de kapitaalvennootschap haar hoofdadres verplaatst naar een EER- lidstaat waar de werkelijke zetelleer wordt aangehangen (bijvoorbeeld Luxemburg), zal vanuit het recht van die lidstaat het aldaar geldende vennootschapsrecht van toepassing zijn.

procedure voor GOO en GOS, bij voorkeur aangevuld met vergelijkbare regels voor andere rechtspersonen.² Daarnaast zou naar onze mening ook de omzetting van rechtspersonen binnen de rechtstelsels van het Koninkrijk der Nederlanden mogelijk moeten worden gemaakt.

- 1.5. Vanuit onze ervaringen met GOO's en GOF's volgt hierna een aantal observaties en kanttekeningen bij het Richtlijnvoorstel.

2. Juridische aspecten van grensoverschrijdende omzetting

2.1. GOO's in de praktijk

Outbound GOO's van Nederlandse kapitaalvennootschappen in vennootschappen naar het recht van een andere lidstaat binnen een internationale groep wordt in onze ervaring onder meer toegepast om efficiency redenen binnen het concern (kostenbesparing). Een praktijkvoorbeeld is een GOO van een Nederlandse B.V. in een Spaanse S.L.U., waarbij na omzetting de Spaanse vennootschap zich vervolgens kon omzetten in een Mexicaanse vennootschap die tot dezelfde internationale groep behoorde. In feite was de omzetting naar de Spaanse vennootschap dus een tussenstap, aangezien een Nederlandse B.V. niet omgezet kan worden in een vennootschap buiten de EU/EER, in dit geval Mexico. Het is althans op zijn minst onduidelijk of en hoe een dergelijke omzetting kan plaatsvinden, zonder ontbinding en vereffening van de Nederlandse B.V. Wij begrepen van buitenlandse advocaten dat omzetting van een Spaanse vennootschap in een Mexicaanse vennootschap wel mogelijk is.

Voorts hebben wij geadviseerd over de *outbound* GOO van een Nederlandse coöperatie in een Luxemburgse coöperatie (*société cooperative*) en de omzetting van een Nederlandse B.V. in een Luxemburgse kapitaalvennootschap (*Société à Responsabilité Limitée* (SARL)). Ook voor Luxemburgse kapitaalvennootschappen geldt dat deze, in tegenstelling tot Nederlandse kapitaalvennootschappen, omgezet kunnen worden in een kapitaalvennootschap naar het recht van een niet-lidstaat. GOO in een Luxemburgse vennootschap lijkt in sommige gevallen dus eveneens slechts een tussenstap te zijn. Hierop komen wij in het slot van onze reactie nog terug.

2.2. Andere rechtsvormen dan kapitaalvennootschappen

In artikel 86bis lid 1 is te lezen dat Hoofdstuk I (Grensoverschrijdende omzettingen) van de Richtlijn van toepassing is op de omzetting van een *kapitaalvennootschap die is opgericht in overeenstemming met het recht van een lidstaat*. Het moet dus gaan om een kapitaalvennootschap. De vraag kan worden gesteld of niet ook GOO's voor andere rechtsvormen gefaciliteerd zouden moeten worden. Naar onze indruk bestaat daaraan behoefte,

² Het Voorontwerp voor een regeling voor grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen verscheen in 2014 en na de consultatie is er nog geen wetsvoorstel ter behandeling aan de Tweede Kamer aangeboden.

in ieder geval bij coöperaties. Zoals opgemerkt, hebben wij geadviseerd over de omzetting van een Nederlandse coöperatie in een Luxemburgse coöperatie (*société cooperative*). Ook bij andere rechtsvormen zoals de stichting³ en de (gewone) vereniging zou naar onze mening behoefte kunnen bestaan in GOO.

2.3. Oprichting naar het recht van een lidstaat vereist?

Voorts valt op dat de kapitaalvennootschap moet zijn *opgericht* naar het recht van een lidstaat. Dus wanneer een vennootschap is opgericht naar het recht van een niet-lidstaat, bijvoorbeeld Mexico, en zich vervolgens omzet naar het recht van een lidstaat, bijvoorbeeld Spanje, lijkt deze vennootschap niet in aanmerking te komen voor een GOO. Dit onderscheid is niet nader gemotiveerd. Het is naar onze mening, ook om de hierna in paragraaf 3.4 te noemen fiscale redenen, wenselijk om duidelijkheid te verkrijgen of deze bepaling zo beperkt gelezen moet worden.

2.4. Onderzoek door een onafhankelijke deskundige

Artikel 86 octies van het Richtlijnvoorstel bevat een voorschrift dat inhoudt dat de vennootschap die een GOO aangaat de "aangewezen bevoegde instantie" verzoekt een deskundige aan te wijzen om het voorstel voor de GOO en de verslagen te onderzoeken en te beoordelen. De onafhankelijke deskundige stelt een verslag op aan de hand waarvan de bevoegde instantie onder meer kan beoordelen of sprake is van een kunstmatige constructie (artikel 86 octies lid 3 sub b). Een dergelijke deskundige kan bij tekortkomingen aansprakelijk worden gesteld (artikel 86 unvicies). Vooralsnog is het onduidelijk wie als onafhankelijke deskundige kan worden aangesteld. Bovendien is onduidelijk op welke grondslag deze deskundige aansprakelijk zou kunnen worden gehouden.

De "bevoegde instantie" is de instantie die het attest afgeeft als bedoeld in artikel 86 quaterdecies. De regeling van GOF verwijst ook naar het attest. Indien bij een GOF een Nederlandse kapitaalvennootschap betrokken is, is de instantie die het attest afgeeft de notaris. Wij vragen ons echter af of de notaris eveneens de bevoegde instantie zou moeten zijn om de onafhankelijke deskundige in de zin van artikel 86 octies aan te wijzen. In de huidige nationale wetgeving is thans in sommige gevallen onduidelijk wie deskundigen in verband met een GOF aanwijst. Zo is in artikel 2:333h BW in het midden gelaten wie de onafhankelijke deskundigen aanwijst die het bedrag van de schadeloosstelling als bedoeld in dat artikel vaststelt. In artikel 2:320 lid 2 BW wordt bijvoorbeeld de voorzieningenrechter

³ Voor de "nationale omzetting" van een Nederlandse stichting in een andere Nederlandse rechtspersoon schrijft de wet rechterlijke machtiging voor (artikel 2:18 lid 4 BW). Bovendien geldt een vermogensklem (artikel 18 lid 6 BW). Bij GOO van een Nederlandse stichting in een buitenlandse stichting zou eveneens voorafgaande rechterlijke machtiging en opheffing van een vermogensklem in de statuten van de buitenlandse stichting voorgeschreven kunnen worden. Boschma noemt wat betreft GOO van een Nederlandse kapitaalvennootschap die voorheen een stichting was en dus reeds een beklemd vermogen heeft, ook de mogelijkheid om de Minister van Justitie en Veiligheid het recht te geven zich te verzetten tegen de GOO (H.E. Boschma, 'De rechtsvorm van de onderneming in beweging' (oratie), Kluwer: Deventer 2014).

genoemd. In artikel 2:328 lid 3 BW dient de aanwijzing van deskundigen te worden goedgekeurd door de voorzitter van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam ("Ondernemingskamer"). Wij zouden menen dat het proces met voldoende waarborgen is omgeven als de onafhankelijke deskundige door het bestuur wordt aangewezen, met inachtneming van de vereisten van artikel 86 octies lid 2, mede gelet op de overige verzetsmogelijkheden van aandeelhouders en crediteuren bij rechterlijke instanties zoals die in het Richtlijnvoorstel zijn opgenomen. De aanwijzing van een onafhankelijke deskundige door een rechterlijke instantie in dit stadium van het proces ligt ook niet voor de hand, gelet op de kosten en de tijd die daarmee gemoeid zullen zijn.

2.5. Bescherming van minderheidsaandeelhouders

Artikel 86 decies lid 1 schrijft geen bijzondere meerderheid voor, en zelfs geen quorum voor het besluit tot omzetting. Het aantal aandeelhouders dat niet instemt met het GOO-voorstel kan bestaan uit net iets minder dan de helft van het geplaatst kapitaal, of in voorkomend geval zelfs uit de meerderheid van het geplaatst kapitaal van de vennootschap. Teneinde enige *ex ante* bescherming te bieden aan aandeelhouders, verdient het aanbeveling om, indien minder dan de helft van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd in de algemene vergadering, een twee derde meerderheid voor te schrijven.

In lid 1 van artikel 86 undecies onder (a) zou verduidelijkt kunnen worden dat aandeelhouders niet alleen hebben te gelden als instemmend als zij ten gunste van het GOO-voorstel hebben gestemd tijdens de algemene vergadering, maar ook als zij op een later moment de vennootschap hebben geïnformeerd over hun (onherroepelijke) instemming. Daarmee wordt zekerheid verschaft aan de vennootschap over de potentieel zeer verrijkende schadeloosstellingsverplichting.

Artikel 86 undecies lid 2 sub (b) en (c) maken het mogelijk een aanbod tot overname van de aandelen van niet-instemmende aandeelhouders te laten doen door medeaandeelhouders en derden. Hoewel we positief staan tegenover deze flexibiliteit, laat de bepaling in het midden hoe medeaandeelhouders en derden aan dit aanbod gebonden zijn. Wij zouden er voorstander van zijn te bepalen dat het aanbod van deze personen onherroepelijk en onvoorwaardelijk zou moeten zijn, afgezien van de voorwaarde dat GOO doorgang vindt. Daarnaast zouden we aanbevelen expliciet te maken dat deze personen het voorstel voor de GOO mee tekenen, ten blijke van hun gebondenheid aan het aanbod.

Wat betreft artikel 86 undecies leden 2 en 3 ligt het voor de hand dat bij een inkoop van aandelen bij een *inbound* GOO naar Nederland de bepalingen van artikel 2:98 BW of artikel 2:207 BW van toepassing worden verklaard. Artikel 86 undecies lid 3 biedt daarvoor een basis. Er zou echter wel bepaald moeten worden dat een machtiging als bedoeld in artikel 2:98 lid 4 BW of een daarmee vergelijkbaar statutair voorschrift buiten toepassing blijft, zodat het uittredingsrecht hierdoor niet gefrustreerd zal kunnen worden (vgl. artikel 2:343 lid 1 BW).

Mochten de wettelijke inkoopbepalingen in de weg staan aan de inkoop, dan is betaling van de vergoeding niet mogelijk. Dit roept de vraag op of een minderheidsaandeelhouder vervolgens betaling van de vergoeding kan eisen, in weerwil van bijvoorbeeld de uitkeringstest. We nemen aan dat dit niet mogelijk zal zijn, omdat de aandeelhouder in dat geval dan voorgeeft op de schuldeiser. Als gevolg hiervan is het uittredingsrecht in een deze situatie illusoir. Mogelijk zou dit opgelost kunnen worden door de niet-instemmende aandeelhouder een vergoedingsrecht toe te kennen dat preferent is boven iedere andere uitkering aan aandeelhouders. Ten aanzien van dit laatste bestaat de voorkeur om een oplossing in de richtlijn zelf uit te werken.

Artikel 86 undecies leden 3 bevat een minimale waarborg voor de hoogte van de vergoeding, namelijk dat deze "passend" zou moeten zijn. Wat onder "passend" moet worden verstaan, wordt niet toegelicht. Het verdient aanbeveling dit begrip te verduidelijken en tevens aan te passen in het meer gangbare woord "redelijk" (of in het Engels: *fair*).

Onduidelijk is of op grond van artikel 86 octies lid 3 (a) de deskundige een oordeel zou moeten vellen over de vraag of de hoogte van de schadevergoeding "passend" is. Vanuit het oogpunt van minderheidsbescherming verdient het aanbeveling dat de deskundige in zijn verslag duidelijk vermeldt of de vergoeding "passend" is. Inspiratie zou kunnen worden geput uit artikel 2:328 lid 1 BW. Voorts verdient het aanbeveling dat de Europese wetgever toelicht wat onder "passende vergoeding" wordt verstaan. Bij voorkeur zou het daarbij gaan om een vergelijkbare derdenprijs (*comparable uncontrolled price*), zonder minderheids- en illiquiditeitskorting.

Nu het bij de schadeloosstelling van artikel 86 octies uiteindelijk gaat om de vaststelling van "burgerlijke rechten en verplichtingen" is het met het oog op artikel 6 EVRM een uiteindelijke toets door de nationale rechter essentieel. Wij stemmen daarom graag in met het voorgestelde artikel 86 octies lid 4, dat anders dan diverse bepalingen in het BW voorziet in een rechtsgang. Het ligt hierbij voor de hand dat in Nederland deze rechtsgang te centreren bij de Ondernemingskamer,⁴ de instantie bij uitstek die ervaring heeft met waardering van aandelen, die zich daarbij laat voorlichten door een of meer onafhankelijke deskundigen.⁵ Inschakeling van onafhankelijke deskundigen is niet nodig als de statuten of een aandeelhoudersovereenkomst een duidelijke prijsbepalingsregel bevatten, aan de hand waarvan de prijs zonder meer kan worden vastgesteld, dan wel in het geval de Ondernemingskamer oordeelt dat het verslag van de deskundige als bedoeld in artikel 86 octies geen aanleiding geeft tot nader onderzoek.

⁴ Voor zover op grond van artikel 86 undecies rechtsmacht toekomt aan Nederland.

⁵ Zie nader over schadeloosstelling van aandeelhouders en artikel 6 EVRM, alsmede over de huidige prijsvaststellingsprocedures en suggesties voor verbeteringen: P.P. de Vries, 'Procedures voor prijsbepaling van aandelen in een BV: van lappendeken naar samenhang' in: B.F. Assink e.a., *De toekomst van het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

2.6. Praktische problemen bij GOO's: in- en uitschrijving

Een praktisch probleem in de uitwerking van een GOO is het tijdstip van uitschrijving uit het handelsregister in de jurisdictie waar de desbetreffende vennootschap vertrekt (*out-bound*) en het tijdstip van inschrijving in het handelsregister van de ontvangende jurisdictie (*inbound*). Bij een GOO van een Nederlandse B.V. naar bijvoorbeeld Spanje, schrijft het Spaanse handelsregister de entiteit (na de GOO niet langer een Nederlandse B.V. maar een Spaanse *Sociedad Limitada*) ("S.L.") pas in nadat zij een bewijs van uitschrijving van het Nederlandse handelsregister heeft ontvangen. Het Nederlandse handelsregister schrijft de Nederlandse B.V. pas uit nadat zij een bewijs van inschrijving heeft ontvangen van de (omgezette) Spaanse S.L. in het Spaanse handelsregister. Dit leidt tot enigszins omslachtige handelingen. In de praktijk wordt dit bijvoorbeeld als volgt opgelost: De Nederlandse notaris passeert een akte van (voorwaardelijke) statutenwijziging en omzetting waarin de naam, zetel en rechtsvorm worden aangepast ("Nederlandse omzettingsakte") vanaf het moment van het passeren van de Spaanse notariële akte waarin tot statutenwijziging en het verplaatsen van de statutaire zetel van de B.V. wordt besloten ("Spaanse omzettingsakte"). De statuten opgenomen in de Nederlandse omzettingsakte moeten voldoen aan de eisen die worden gesteld in de Nederlandse wet. Als bijlage bij die Nederlandse akte wordt doorgaans wel de Spaanse omzettingsakte gehecht, zodat derden kennis kunnen nemen van de statuten zoals deze uiteindelijk zullen gelden. De Nederlandse notaris deponeert de Nederlandse omzettingsakte in het handelsregister. Op basis van een afschrift van de Nederlandse omzettingsakte en een handelsregisteruittreksel waaruit blijkt dat de Nederlandse omzettingsakte is gepasseerd, wordt de Spaanse omzettingsakte getekend en wordt die akte geregistreerd in het Spaanse handelsregister. Het Spaanse handelsregister geeft een bewijs van inschrijving af. Op basis daarvan wordt de Nederlandse B.V. uitgeschreven uit het Nederlandse handelsregister. Het zou nuttig zijn als aan deze procedure van in- en uitschrijving aandacht wordt geschonken in de uitvoeringsregeling.

3. **Fiscale aspecten van grensoverschrijdende omzetting**

3.1. Binnenlandse omzetting

Voor fiscale doeleinden zijn alleen bepaalde binnenlandse omzettingen in de Nederlandse wet geregeld. De fiscale gevolgen van een GOO zijn niet wettelijk geregeld. Het Richtlijnvoorstel lijkt hier geen verandering in te brengen aangezien een fiscale paragraaf in het Richtlijnvoorstel ontbreekt.

Als uitgangspunt zoekt het fiscale recht aansluiting bij het civiele recht. Derhalve leidt een binnenlandse omzetting, zoals bedoeld in artikel 2:18 BW, in beginsel niet tot een onderbreking van de belastingplicht van de vennootschap voor fiscale doeleinden. De fiscale gevolgen van een omzetting van een N.V. in een B.V. en omgekeerd, dan wel van een

vereniging in een stichting en omgekeerd zijn niet nader in de wet geregeld. Dergelijke omzettingen hebben geen fiscale gevolgen. Artikel 28a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ("Wet Vpb") bepaalt dat een omzetting op de voet van 2:18 BW tussen anderen dan de hiervoor genoemde rechtspersonen leidt tot:⁶ (a) een fictieve liquidatie van de rechtspersoon; (b) een fictieve uitkering van het vermogen van de rechtspersoon naar de deelgerechtigden; en (c) een fictieve inbreng van het vermogen in de andere rechtsvorm.

De liquidatiefictie heeft voor de vennootschapsbelasting tot gevolg dat de omgezette rechtspersoon over haar stille reserves, fiscale reserves en goodwill dient af te rekenen. Artikel 28a Wet Vpb bepaalt dat de fictie ook geldt voor de heffing van de inkomstenbelasting en dividendbelasting. De omzetting kan derhalve resulteren in een voor de dividendbelasting en inkomstenbelasting belaste uitkering.

3.2. GOO

De werking van artikel 28a Wet Vpb strekt zich niet uit tot GOO's. Indien en voor zover de Nederlandse belastingplicht eindigt door de GOO, vindt een eindafrekening over de stille reserves, fiscale reserves en goodwill plaats op grond van artikel 15d Wet Vpb. De dividendbelasting kent geen eindafrekeningsbepaling, waardoor dividendbelastingclaims Nederland geruisloos kunnen verlaten.⁷

De staatssecretaris heeft in zijn besluit van 3 april 2017⁸ aangegeven dat van geval tot geval dient te worden beoordeeld welke rechtsgevolgen het recht aan de GOO verbindt. Een GOO zal bijvoorbeeld niet leiden tot een eindafrekening in Nederland indien alleen de juridische rechtsvorm verandert, terwijl de materiele situatie ongewijzigd blijft. Te denken valt aan de situatie dat de omgezette rechtspersoon na de GOO haar onderneming in Nederland ongewijzigd voortzet en belastingplichtig blijft.

De staatssecretaris heeft in zijn besluit van 5 februari 2018⁹ opgemerkt dat een Nederlandse rechtspersoon na de GOO belastingplichtig blijft in Nederland, omdat op grond van de fictie van artikel 2 lid 4 Wet Vpb en artikel 1 lid 3 Wet op de dividendbelasting 1965 ("Wet DB") een vennootschap opgericht naar Nederlands recht inwoner van Nederland is

⁶ Op verzoek kan de inspecteur (op machtiging van de Minister van Financiën) onder het stellen van voorwaarden afwijkende regels toepassen, lid 4 van artikel 28a Wet Vpb. Dit is een discretionaire bevoegdheid van de inspecteur.

⁷ In beginsel geldt een oprichtingsfictie voor de dividendbelasting op grond waarvan een vennootschap die ooit is opgericht naar Nederlands recht wordt geacht inwoner te zijn van Nederland en daardoor dividenden ook na de omzetting onderworpen kunnen zijn aan Nederlandse dividendbelasting. Echter, Nederland zal een dividendbelastingheffing na een grensoverschrijdende omzetting in de meeste gevallen niet kunnen effectueren op grond van belastingverdragen en EU-recht.

⁸ Besluit van 3 april 2017, nr. 2017/116, *Stcrt.* 2017, nr. 38087.

⁹ Besluit van 5 februari 2018, nr. 2018-5551, *Stcrt.* 2018, 8600.

(en blijft). Als gevolg hiervan zal het omgezette lichaam ook ná de omzetting kunnen worden uitgenodigd tot het doen van aangifte.¹⁰ Het omgezette lichaam is in zo'n geval gehouden de aangifte te doen volgens alle wettelijke regels en met opgave van alle gevraagde gegevens en toezending van alle gevraagde bescheiden.

Voor GOO binnen de EU/ EER geeft artikel 25a Invorderingswet 1990 ("Wet Inv") de mogelijkheid uitstel van betaling te verlenen voor de verschuldigde vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting tot het moment waarop de voordelen in aanmerking zouden zijn genomen indien de rechtspersoon in Nederland belastingplichtig zou zijn gebleven. Daarnaast bestaat er de mogelijkheid tot het doen van betalingen in tien gelijke jaarlijkse termijnen.¹¹ Belastingplichtigen zijn gedurende de belastinguitstel invorderingsrente verschuldigd.

Het is de vraag of de aangifteplicht, die in beginsel blijft bestaan na de GOO, en het verschuldigd worden van invorderingsrente als gevolg van betalingsuitstel in overeenstemming zijn met het EU-recht.

3.3. Opmerkingen n.a.v. het Richtlijnvoorstel

Het Richtlijnvoorstel geeft geen duidelijkheid over de fiscale gevolgen van de GOO. Overweging 58 van het Richtlijnvoorstel bepaalt slechts *"de bepalingen van deze richtlijn doen niet af aan de nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, waaronder de handhaving van belastingregels in grensoverschrijdende omzettingen, fusies of splitsingen, met betrekking tot belastingen van lidstaten of hun territoriale of bestuurlijke onderdelen."* Gelet op het voorgaande laat het Richtlijnvoorstel de Nederlandse fiscale regels, waaronder de hiervoor genoemde besluiten van de staatssecretaris, onverlet. Hierdoor blijft het naar onze mening onduidelijk of (onder meer) het standpunt van de staatssecretaris over de aangifteplicht ná omzetting verenigbaar is met het EU-recht.

Alhoewel een fiscale paragraaf in het Richtlijnvoorstel ontbreekt, gaan wij ervan uit dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Richtlijn ook de fiscale wetgeving betreft. Artikel 28a Wet Vpb verwijst naar artikel 2:18 BW, waar momenteel alleen de binnenlandse omzetting tussen rechtspersonen is geregeld. Indien artikel 2:18 BW wijzigt of nieuwe regels worden ingevoerd, is het aan te raden hierop tevens de fiscale wetgeving af te stemmen.¹² Zo zou bijvoorbeeld bij het schrappen van artikel 2:18 BW (gelet op de huidige verwijzing naar dit artikel in artikel 28a Wet Vpb) de binnenlandse omzetting niet meer fiscaal geregeld zijn. Daarnaast merken we op dat de GOO in combinatie met de

¹⁰ Op grond van het Besluit kan de inspecteur afzien van de uitnodiging tot het doen van aangifte indien in Nederland geen heffings- of invorderingsbelang meer is (bijvoorbeeld als Nederland op grond van een belastingverdrag de heffingsbevoegdheid verlies).

¹¹ Artikel 25a lid 3 Wet Inv.

¹² Zie ook het Voorontwerp voor de regeling voor grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen uit 2014, waarin de GOO is geregeld in Afdeling 3 van Titel 7a Boek 2 BW.

fiscale oprichtingsfictie kan leiden tot *dual residence*: het lichaam zal als gevolg van de omzetting fiscaal inwoner kunnen zijn van de staat naar welk recht het lichaam is omgezet en daarnaast inwoner blijven van Nederland op grond van de oprichtingsfictie van artikel 2 lid 4 Wet Vpb en artikel 1 lid 3 Wet DB. Het resultaat hiervan is dat een lichaam louter als gevolg van de GOO onder de reikwijdte van artikel 4 (*tie breaker rule*) van het MLI¹³ valt, op grond waarvan lidstaten in een onderling overlegprocedure (MAP) een inspanningsverplichting hebben de fiscale vestigingsplaats van het lichaam vast te stellen.¹⁴ Zolang de lidstaten hier geen uitsluitel over geven, kan het lichaam geen beroep doen op het belastingverdrag, wat kan resulteren in dubbele belastingheffing. Dit zal wat ons betreft een ongewenst gevolg zijn van de GOO. De wetgever zou dit moment kunnen aangrijpen de fiscale vestigingsplaatsfictie te schrappen dan wel aan te passen zodat deze fictie niet meer van toepassing is op lichamen die zijn omgezet.

3.4. Oprichting naar het recht van een lidstaat vereist?

Zoals opgemerkt in paragraaf 2.3 hiervoor is het, gelet op de bewoordingen van het Richtlijnvoorstel, onzeker of vennootschappen die ooit zijn opgericht naar het recht van een niet-lidstaat onder de reikwijdte van het Richtlijnvoorstel vallen. Alhoewel een dynamische interpretatie hier mogelijk is, zou hierover discussie kunnen ontstaan. Zo hanteert de staatssecretaris in zijn besluit van 5 februari 2018 een statische interpretatie, door voor de oprichtingsfictie louter aan te sluiten bij het eerste moment van oprichting (en niet bij het moment van de latere omzetting). In de praktijk hebben wij, als gezegd, ook te maken met omzettingen van vennootschappen vanuit niet-lidstaten naar lidstaten. Derhalve is het wenselijk duidelijkheid te verkrijgen over de reikwijdte van het Richtlijnvoorstel.

3.5. Kunstmatige constructies

Op grond van het Richtlijnvoorstel kan een omzetting niet worden toegestaan indien, na onderzoek van het concrete geval, wordt vastgesteld dat er sprake is van een "*kunstmatige constructie die bedoeld is om onterechte belastingvoordelen te verkrijgen*" (zie artikel 86 quater van het Richtlijnvoorstel en de toelichting op dit artikel). In de toelichting is in dit verband opgemerkt dat verschillende instanties hebben aangegeven dat zij het initiatief steunen voor zover vennootschappen hun werkelijke zetel slechts kunnen verplaatsen voor zuivere bedrijfsdoeleinden, en niet om brievenbusmaatschappijen te verplaatsen voor frauduleuze doeleinden.¹⁵ In beginsel hoeft een verplaatsing van een houdstervennootschap zonder bedrijfsactiviteiten nog geen kunstmatige constructie te zijn.¹⁶ Bovendien

¹³ Multilateraal verdrag, *Trb.* 2017, 86, en *Trb.* 2017, 194.

¹⁴ Een MAP-procedure kan 2 jaar duren en aangezien lidstaten slechts een inspanningsverplichting hebben leidt deze tot veel onzekerheid en mogelijk niet tot uitsluitel.

¹⁵ Richtlijnvoorstel, toelichting §3, p. 17.

¹⁶ Zie in dit verband ook HvJ EU, 20-12-2017, nr. C-504/16, nr. C-613/16, waaruit volgt dat het feit dat de buitenlandse moeder- of houdstermaatschappij over onvoldoende 'substance' beschikt, niet automatisch misbruik met zich meebrengt

valt het enkele verplaatsen van de statutaire zetel al onder de vrijheid van vestiging (zaak-Polbud). Het Richtlijnvoorstel bepaalt om die reden onzes inziens terecht dat *per geval* dient te worden beoordeeld of de GOO kan worden toegestaan.

Wij merken op dat het niet toestaan van een GOO in beginsel een inbreuk vormt op het beginsel van vrijheid van vestiging. Op grond van jurisprudentie van het HvJ vormt het voorkomen van belastingfraude en -ontwijking een dwingende redenen van algemeen belang en kan een inbreuk op de vrijheid van vestiging daarom zijn gerechtvaardigd.¹⁷ Hierbij merken wij op dat op grond van het Richtlijnvoorstel slechts hoeft te worden onderzocht of sprake is van "*een kunstmatige constructie die bedoeld is onterechte belastingvoordelen te verkrijgen*". Het HvJ heeft geoordeeld dat een antimisbruikbepaling alleen van toepassing is in situaties waarin sprake is van een *louter kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit en bedoeld is om de belasting te ontwijken* die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.¹⁸ Het HvJ past dus een strengere misbruiktoets toe dan de misbruiktoets die is vastgelegd in het Richtlijnvoorstel. Het is naar onze mening wenselijk dat in de implementatiewetgeving aansluiting wordt gezocht bij de misbruiktoets die is ontwikkeld door het HvJ.

3.6. Aanwijzing van een onafhankelijke deskundige

In paragraaf 2.4 hiervoor noemden wij reeds de bepaling over aanwijzing van een onafhankelijke deskundige (artikel 86 octies). We kunnen ons voorstellen dat wenselijk is dat een deskundige fiscaal onderlegd is. Wij ons daarbij af hoe de eventuele aansprakelijkheidsstelling van een dergelijke deskundige zich verhoudt met de Mandatory Disclosure Richtlijn, op grond waarvan intermediairs verplicht zijn potentieel fiscaal agressieve belastingstructuren te melden bij de Belastingdienst op straffe van een boete van maximaal € 830.000.

4. **Grensoverschrijdende fusie**

4.1. Definitie GOF

Ingevolge de tekst van het Richtlijnvoorstel (wijziging van artikel 119 punt 2) wordt de thans gehanteerde definitie van een GOF uitgebreid. Een GOF moet tevens een handeling tussen vennootschappen omvatten waarbij een over te nemen vennootschap al haar activa en passiva overdraagt aan een overnemende vennootschap zonder nieuwe aandelen uit te geven. Een dergelijke handeling valt onder het toepassingsgebied van het nieuw voorgestelde artikel 119 indien de fuserende vennootschappen eigendom zijn van

en de vraag of sprake is van misbruik per geval aan de hand van alle aspecten van de betrokken situatie dient te worden onderzocht.

¹⁷ Zie o.a. het arrest van het HvJ van 7 september 2017, Egiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 63, en aldaar aangehaalde rechtspraak.

¹⁸ Zie o.a. HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks & Spencer).

eenzelfde persoon of de eigendomsstructuur in alle fuserende vennootschappen na de afwikkeling van de handeling identiek blijft. Deze nieuwe definitie doorkruist de thans bestaande regelingen op het terrein van het internationaal goederenrecht, nu zij naar het blijkt niet alleen een juridische fusie, maar ook een bedrijfsfusie omvat. De vraag is of dit wenselijk is. Deze mogelijkheid wordt echter door het Richtlijnvoorstel zelf beperkt doordat een dergelijke fusie slechts wordt toegestaan indien de te fuseren vennootschappen eigendom zijn van eenzelfde persoon en doordat zij dezelfde structuur moeten hebben en deze structuur na de GOF behouden moet blijven.

5. Slotopmerking

5.1. GOO buiten de EU/EER

Gelet op de hiervoor in paragraaf 2.1 genoemde "tussenschappen" van GOO via andere lidstaten dan Nederland naar een land buiten de EU/EER, merken wij op dat de Nederlandse wetgever in het kader van de implementatie van de Richtlijn zou kunnen overwegen om GOO niet alleen tussen lidstaten maar ook tussen Nederland en een niet-lidstaat mogelijk te maken en middels wetgeving te faciliteren.

Wij zijn graag bereid tot een nadere toelichting van het bovenstaande.

Hoogachtend,

Houthoff

Sylvia Dikmans	(s.dikmans@houthoff.com)
Saskia Hoek- Van den Berg	(s.e.van.den.berg@houthoff.com)
Philippe König	(p.konig@houthoff.com)
Chantal Presilli	(c.presilli@houthoff.com)
Marleen van Uchelen-Schipper	(m.van.uchelen@houthoff.com)
Paul de Vries	(p.de.vries@houthoff.com)
Marek Zilinsky	(m.zilinsky@houthoff.com)