

Implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn: actie gewenst op fiscaal vlak?

Ondernemingsrecht 2022/67

Het Voorontwerp geeft een wettelijk kader voor de GOO, de GOF en de GOS tussen Nederland en EU/EER-lidstaten. De fiscale wetgeving was haar tijd vooruit aangezien deze de GOF en GOS al vanaf 2001 faciliteert. De GOO wordt echter nog niet in de fiscale wetgeving geregeld. Het Voorontwerp laat de fiscale wetgeving – ook op gebied van de GOO – onverlet en leidt tot nieuwe vragen die de wetgever tot nu toe onbeantwoord heeft gelaten. In deze bijdrage bespreekt de auteur de samenloop van het Voorontwerp en de fiscale gevolgen van een GOO, GOF en GOS. De auteur behandelt in de bijdrage diverse knelpunten die bestaan bij een GOO, GOF en GOS en concludeert dat de wetgever de omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn juist zou moeten aangrijpen om de grensoverschrijdende verrichtingen in de fiscale wetgeving te stroomlijnen en bestaande onduidelijkheden weg te nemen. Een van de onduidelijkheden ziet op de misbruiktoets die de notaris dient te verrichten op grond van het Voorontwerp. Indien komt vast te staan dat de verrichting is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden, geeft de bevoegde autoriteit geen toestemming tot de grensoverschrijdende verrichting. Een fiscale-misbruiktoets zou, gelet op de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn, hiervan onderdeel kunnen zijn. Het bestrijden van fiscaal misbruik past volgens de auteur beter in het fiscale wettelijke kader omdat daarmee de rechten van belastingplichtigen beter zijn gewaarborgd. Bovendien is het de vraag of een nieuwe fiscale-misbruiktoets noodzakelijk is, gelet op de vele maatregelen die de laatste decennia zijn doorgevoerd tegen ongewenste belastingplanning.

1. Inleiding

Op 7 februari 2022 is een Voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen verschenen. Hierna worden deze verrichtingen aangeduid als respectievelijk GOO, GOF en GOS

en gezamenlijk als grensoverschrijdende verrichtingen; de richtlijn wordt aangeduid als de Mobiliteitsrichtlijn.²

Het Voorontwerp houdt ook de fiscale gemoederen bezig.³ Grensoverschrijdende verrichtingen vinden thans met grote regelmaat plaats op grond van het Europese recht.⁴ De GOF en GOS zijn reeds verankerd in de fiscale wet.⁵ De fiscale wetgeving regelt echter nog niet de gevolgen van de GOO. Harmonisatie van de fiscale regelgeving op dit gebied is wel gewenst. De wetgever heeft aangekondigd zich nog te buigen over de vraag of het nodig is de fiscale wetgeving aan te passen naar aanleiding van omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn. In dit artikel doe ik een aantal aanbevelingen tot aanpassing van de fiscale wetgeving.

Verder behelst het Voorontwerp een anti-misbruikbepaling die mogelijk⁶ ook een fiscale-misbruiktoets omvat. In het algemeen kan een fiscale-misbruiktoets wenselijk zijn voor gevallen waarin de grensoverschrijdende verrichting plaatsvindt met het oog op fraude of ontwijking van belastingheffing. Belastingplichtigen zouden bijvoorbeeld door middel van een GOO, GOF of GOS een potentiële Nederlandse dividendbelastingclaim kunnen afschudden, aangezien de Nederlandse wetgeving (net zoals die van veel andere staten) geen eindafrekening voor de dividendbelasting kent over winstreserves en stille reserves op het

2 Richtlijn (EU) 2019/2121 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen (*PbEU* L 321/1). Voor de GOF bestaan al geharmoniseerde voorschriften op grond van Richtlijn 2005/56/EG voor grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Tiende Richtlijn); zij zijn thans onderdeel van Richtlijn (EU) 2017/1132. De bepalingen van de Tiende Richtlijn zijn bij Wet van 27 juni 2008 geïmplementeerd in artikel 2:333b-2:333l BW. Deze bepalingen hebben betrekking op de mogelijkheid van een GOF van een NV of BV met een vergelijkbare kapitaalvennootschap die is opgericht naar het recht van een andere EU/EER-lidstaat.

3 De internetconsultatie van het Voorontwerp leverde vier fiscaal-inhoudelijke reacties op, gepubliceerd op <https://www.internetconsultatie.nl/omzettingfusiesplitsing/reacties/datum>.

4 Concept-MvT bij het Voorontwerp. In 2019 waren er 64 GOO's en 90 GOF's waarbij Nederlandse vennootschappen betrokken waren. De GOS is vrij zeldzaam; deze kwam maar twee keer voor in de periode tussen 2010 en 2019.

5 In de Fusierichtlijn 2009 (Richtlijn 2009/133/EG van 19 oktober 2009, *PbEG* L 310/34, zoals laatstelijk gewijzigd op 13 mei 2013, *PbEU* L 141/30) is geregeld dat de GOF en GOS onder bepaalde voorwaarden zonder fiscale belastingheffing kunnen plaatsvinden. De Nederlandse implementatie van de Fusierichtlijn is zelfs nog breder aangezien deze meerdere varianten dekt.

6 In de eerste instantie was de fiscale toets op grond van de Mobiliteitsrichtlijn onderdeel van de misbruiktoets. In een gewijzigde versie van de richtlijn is de fiscale toets eruit gelaten, maar op basis van de preambule zou deze fiscale toets nog wel onderdeel kunnen zijn van de misbruiktoets. Zie ook D.S. Smit, 'Fiscale misbruikbestrijding via de Mobiliteitsrichtlijn: opgelucht ademhalen?', *Ondernemingsrecht* 2022/54.

1 Chantal Presilli is advocaat-belastingkundige te Amsterdam.

moment van de omzetting.⁷ De meeste staten verlenen bij een inbound-migratie echter geen *step-up* voor de dividendbelasting, waardoor de aanwezige (stille) reserves in die nieuwe woonstaat belast zullen zijn. Van een belastingontwikingsmotief zal in dergelijke gevallen meestal geen sprake zijn.

Sommige staten verlenen wel een *step-up* of heffen helemaal geen dividendbelasting.⁸ Voor velen is het heffingsvacuüm dat optreedt indien de nieuwe vestigingsstaat ook geen dividendbelasting heft over de opgebouwde en stille reserves een doorn in het oog. Recent heeft dit geleid tot een initiatiefwetsvoorstel 'Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting' van GroenLinks. Het voorstel was met name een poging om de verhuizing van Shell en Unilever naar het Verenigd Koninkrijk te voorkomen. Aan deze verhuizing lag echter geen misbruik ten grondslag; het vertrek van de multinationals was vooral ingegeven om een complexe duale aandelenstructuur te vereenvoudigen. In de praktijk vinden grensoverschrijdende verrichtingen vaak plaats op grond van zakelijke motieven, zoals een herstructurering van de groepsactiviteiten of een vereenvoudiging van de structuur. Voor dergelijke bonafide gevallen zouden geen beperkingen moeten gelden. In het licht van het voorgaande bespreek ik in deze bijdrage of de voorgestelde misbruiktoets nodig is, gelet op de vele fiscale maatregelen die de wetgever al heeft ingevoerd om misbruik te bestrijden.

In de tweede paragraaf zet ik het huidige fiscale wettelijke kader van de grensoverschrijdende verrichtingen uiteen. In de derde paragraaf bespreek ik het Voorontwerp vanuit een fiscale invalshoek. Ten slotte doe ik in de vierde paragraaf een aantal aanbevelingen tot aanpassing van de huidige fiscale regelgeving om de grensoverschrijdende verrichtingen (beter) te faciliteren. Ik richt mij hierbij met name op de GOO, aangezien de fiscale gevolgen van de GOS en GOF reeds verankerd zijn in de fiscale wet.

2. Huidig fiscaal wettelijk kader GOO, GOS en GOF

2.1 Algemeen

Een vennootschap is onbeperkt belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting in de staat waarvan zij fiscaal inwoner is. Op grond van het fiscale recht geldt – net als in het civiele vennootschapsrecht⁹ – de incorporatieleer, op grond waarvan een vennootschap wordt beheerst door

het recht van de staat waarin deze vennootschap is opgericht (ook wel de *oprichtingsfictie* genoemd).¹⁰

De incorporatieleer bepaalt dat een vennootschap die is opgericht naar Nederlands recht geacht wordt in Nederland fiscaal inwoner te zijn. Als gevolg hiervan is een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap binnenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting en inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting en (in bepaalde gevallen) voor de bronbelasting op rente en royalty's. Naast de oprichtingsfictie wordt in de fiscale wetgeving ook aangesloten bij de feitelijke vestigingsplaats.¹¹ Op grond daarvan is doorslaggevend de plaats van waaruit de vennootschap feitelijk wordt geleid.¹² Dat betekent dat een vennootschap die naar buitenlands recht is opgericht maar feitelijk in Nederland wordt geleid, binnenlands belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting en inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting en (in bepaalde gevallen) voor de bronbelasting op rente en royalty's.

Een belangrijke vraag die opkomt is of een grensoverschrijdende verrichting leidt tot een fiscale afrekening over de aanwezige stille reserves en goodwill van de vennootschap in de vertrekstaat. De Nederlandse fiscale wetgeving kent diverse (algemene) eindafrekeningsbepalingen op grond waarvan de meerwaarde, die ligt besloten in de vermogensbestanddelen en goodwill van de vennootschap, tot het belastbaar inkomen moet worden gerekend voor zover deze als gevolg van de grensoverschrijdende verrichting buiten het heffingsbereik van de Nederlandse fiscus komt.¹³ Hierna ga ik eerst in op de fiscale gevolgen van de (binnenlandse en grensoverschrijdende) splitsing en fusie. Daarna bespreek ik de fiscale gevolgen van de (binnenlandse en grensoverschrijdende) omzetting.

2.2 Fiscaal kader splitsing en fusie

Artikel 14 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) regelt de fiscale gevolgen van de juridische fusie. Van een juridische fusie is sprake indien het vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel overgaat op een andere (nieuw opgerichte of bestaande) rechtspersoon waarbij de overdragende vennootschap ophoudt te bestaan.¹⁴ De aandeelhouders van de verdwijnen-

7 In dit verband heeft GroenLinks het wetsvoorstel 'Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting' ingediend, waarover in paragraaf 2 meer.

8 Bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, Malta, Cyprus, Hong Kong en Singapore.

9 De statutaire zetel van een NV of een BV, is – behoudens uitzonderlijke situaties – altijd in Nederland gelegen; zie artikel 2:66 lid 3 en artikel 2:177 lid 3 BW. Naast Nederland hanteren onder meer het Ierland, België, Duitsland (voor de AG en GmbH) en Denemarken de incorporatieleer; zie o.a. *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I** 2015/373.

10 De incorporatieleer is wettelijk verankerd in artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969, artikel 1 lid 3 Wet op de dividendbelasting en artikel 1.3 Wet Bronbelasting 2021 (voor de bronheffing op rente en royalty's).

11 Zo sluit artikel 2 lid 1 Wet Vpb 1969 aan bij de "in Nederland gevestigde" lichamen die het eerste lid zijn genoemd. Artikel 4 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen bepaalt: "Waar iemand woont en waar een lichaam gevestigd is, wordt naar de omstandigheden beoordeeld."

12 Op basis van jurisprudentie geldt dat de feitelijke vestigingsplaats daar is gelegen waar het bestuur (of andere personen) de leidinggevende taak uitoefent van de vennootschap en waar de belangrijke beslissingen worden genomen. Zie onder meer HR 2 juli 2021, *BNB* 2021/156, ECLI:NL:HR:2021:1044 en HR 23 september 1993, *BNB* 1993/193, ECLI:NL:HR:1992:ZC5105.

13 Artikel 15c en 15d Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

14 Artikel 14b lid 1 eerste zin Wet Vpb 1969.

de vennootschap worden door de fusie overeenkomstig de ruilverhouding aandeelhouder van de verkrijgende vennootschap. In de fiscale wetgeving zijn naast de juridische fusie ook de aandelenfusie en de bedrijfsfusie opgenomen. Bij deze twee varianten gaat het vermogen niet onder algemene titel over op de verkrijgende vennootschap, maar is op grond van de fiscale wetgeving sprake van een aandelenruil respectievelijk een activa-passiva-transactie. Op grond van artikel 3:55 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna Wet IB 2001), worden bij een aandelenfusie de aandelen in een vennootschap vervreemd tegen een uitreiking van aandelen in de overnemende vennootschap.¹⁵ Bij een bedrijfsfusie wordt op grond van artikel 14 Wet Vpb 1969 een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming overgedragen aan een vennootschap tegen uitgifte van aandelen in de overnemende vennootschap.¹⁶

Artikel 14a Wet Vpb 1969 maakt een onderscheid tussen twee splitsingsvarianten. Ten eerste is er de zuivere splitsing, waarvan sprake is indien het vermogen van de splitsende vennootschap onder algemene titel overgaat op ten minste twee verkrijgende vennootschappen en de splitsende vennootschap ophoudt te bestaan.¹⁷ Ten tweede is er een afsplitsingsvariant waarbij de splitsende vennootschap blijft bestaan, zoals een zustersplitsing.¹⁸ In de praktijk komt ook de driehoeksplitsing voor, waarbij de splitsende vennootschap al dan niet blijft bestaan en een groepsvennootschap van de verkrijgende vennootschap aandelen uitgeeft.¹⁹

De hiervoor besproken binnenlandse fusie- en splitsingsvarianten leiden op grond van fiscale wetgeving in beginsel tot een fictieve vervreemding van de vermogensbestanddelen die in het kader van de fusie of splitsing overgaan.²⁰ Als gevolg daarvan wordt het verschil tussen de fiscale boekwaarde en de werkelijke waarde van deze vermogensbestanddelen en goodwill tot de belastbare grondslag voor de vennootschapsbelasting gerekend. Daarnaast wordt de aandeelhouder in de fuserende of splitsende vennootschap in beginsel geacht zijn aandelen te hebben vervreemd tegen de waarde in het economisch verkeer.²¹ De gevolgen voor de aandeelhouders van de fuserende of splitsende vennootschap kunnen wel afhankelijk zijn van verschillende omstandigheden, bijvoorbeeld de vraag of de aandeelhouders belastingplichtig zijn voor de inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting en of zij in Nederland of buiten Nederland woonachtig zijn. Onder

bepaalde voorwaarden kunnen een fusie en splitsing zonder belastingheffing plaatsvinden (ook wel 'geruisloos' genoemd).²² In dat geval schuift de oude fiscale boekwaarde van de vermogensbestanddelen door naar de verkrijgende vennootschap (de zogenoemde 'doorschuiffaciliteit'). Voor de aandeelhouders geldt dat de verkrijgingsprijs doorschuift naar de verkrijgingsprijs van de nieuwe aandelen. Aangezien de oude fiscale boekwaarde doorschuift, blijft de fiscale claim behouden en leidt de doorschuiffaciliteit niet tot belastingafstel maar slechts tot uitstel van heffing.

Een geruisloze fusie of splitsing is op grond van de wet niet mogelijk indien deze in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.²³ Hieraan wordt geacht te zijn voldaan indien de fusie of splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals een herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de verdwijnende en de verkrijgende rechtspersoon.²⁴ De belastingplichtige heeft in dat geval wel de mogelijkheid om het tegendeel aannemelijk te maken en kan de beslissing van de inspecteur voorleggen aan de belastingrechter. In de praktijk vinden fusies en splitsingen vaak plaats vanwege zakelijke redenen, bijvoorbeeld om de activiteiten binnen de groep te herstructureren of concernstructuren op te schonen van lege vennootschappen.

Een fusie en splitsing kunnen ook fiscale gevolgen hebben voor de inkomstenbelasting, dividendbelasting of overdrachtsbelasting.²⁵ Een uitvoerige behandeling hiervan valt buiten het bestek van dit artikel. Wel merk ik op dat een fusie en splitsing in beginsel geen belastbare feiten zijn voor de dividendbelasting. Dat geldt voor zowel de binnenlandse als de grensoverschrijdende situatie. Dat gaat mogelijk veranderen indien het initiatiefwetsvoorstel 'Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting'²⁶ van GroenLinks wordt aangenomen.

Ook de GOF en GOS leiden op grond van de fiscale wetgeving in beginsel tot een fiscale afrekening over de meerwaarde van de vermogensbestanddelen en goodwill die in

15 Artikel 3:55 lid 4 sub a Wet IB 2001 bepaalt dat een aandelenfusie niet aanwezig wordt geacht indien meer dan 10% van de nominale waarde van de uitgereikte aandelen in contanten wordt betaald.

16 Artikel 14 lid 1 Wet Vpb 1969.

17 Artikel 14a lid 1 sub a Wet Vpb 1969.

18 Deze varianten vallen onder artikel 14a lid 1 sub b Wet Vpb 1969.

19 Deze variant kan zowel onder artikel 14a lid 1 sub a als sub b Wet Vpb 1969 vallen, afhankelijk van de vraag of de splitsende rechtspersoon blijft bestaan of niet.

20 Zie artikel 14a lid 1 en artikel 14b lid 1 Wet Vpb 1969.

21 Zie artikel 3:55 lid 1, artikel 3:56 lid 1 en artikel 3:57 lid 1 Wet IB 2001.

22 Zie o.a. artikel 14a lid 2 en artikel 14b lid 2 Wet Vpb 1969. Fiscale begeleiding kan onder standaardvoorwaarden plaatsvinden, zie in dit verband het Besluit van 28 april 2021, 2021-7901 (juridische fusie), het Besluit van 28 april 2021, 2021-5953 (juridische afsplitsing) en het Besluit van 28 april 2021, 2021-7915 (juridisch zuivere splitsing).

23 Artikel 14b lid 5 Wet Vpb 1969 en artikel 14a lid 6 Wet Vpb 1969.

24 Bij een splitsing geldt een bewijsvermoeden van onzakelijke overwegingen indien de aandelen in de gesplitste of verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersonen is verbonden.

25 Zie o.a. artikel 3:55 Wet IB 2001, artikel 3a Wet op de dividendbelasting 1965 en artikel 5bis, 5a en 5c Uitvoeringsbesluit Belastingen van Rechtsverkeer 1971.

26 *Kamerstukken II* 2019/20, 35523, voor het laatst gewijzigd bij nota van wijziging van 26 oktober 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 35523, nr. 13.

het kader van de fusie of splitsing overgaan.²⁷ Onder bepaalde voorwaarden kan een GOF of GOS van een vennootschap vanuit Nederland naar een andere EU/EER-lidstaat geruisloos plaatsvinden.²⁸ Onder meer is hiervoor vereist dat belastingheffing in Nederland ook na de (af)splitsing of fusie verzekerd is. Voor zover er een vaste inrichting in Nederland achterblijft, geldt als uitgangspunt dat de verkrijgende vennootschap voor fiscale doeleinden in de plaats treedt van de verdwijnende vennootschap en er geen eindafrekening plaatsvindt. In een dergelijk geval blijven de activiteiten of de vermogensbestanddelen van de vennootschap in Nederland ongewijzigd en behoudt Nederland het heffingsrecht. Daarnaast leiden zowel de inbound-GOF als inbound-GOS tot een *step-up* naar de waarde in het economisch verkeer.

In het oog springt dat het Voorontwerp alleen de GOS naar een nieuw opgerichte vennootschap faciliteert.²⁹ Een grensoverschrijdende driehoeksplitsing,³⁰ ruziesplitsing³¹ en de splitsingsvariant naar een bestaande vennootschap zijn niet geregeld in het Voorontwerp. In binnenlandse situaties komen deze varianten geregeld voor en ook op grond van de fiscale wetgeving kunnen de verschillende splitsingsvarianten al onder bepaalde voorwaarden geruisloos plaatsvinden.

Aangezien de GOF en GOS – in tegenstelling tot de GOO – al wettelijk zijn verankerd in de fiscale wetgeving, en het Voorontwerp in dit verband niet leidt tot additionele (fiscale) knelpunten, zal ik in het vervolg van het artikel voornamelijk ingaan op de fiscale gevolgen van het Voorontwerp op de GOO.

2.3 Fiscaal kader binnenlandse omzetting

Hieronder schets ik eerst het kader van de binnenlandse omzetting. Daarna ga ik in op de fiscale gevolgen van de GOO.

Een binnenlandse omzetting van een rechtspersoon vindt op grond van artikel 2:18 BW met behoud van rechtspersoonlijkheid plaats. Civielrechtelijk eindigt het bestaan van een rechtspersoon bij een omzetting daarom niet. Het fiscale recht sluit in beginsel aan bij het civiele recht. Een binnenlandse omzetting leidt daarom in beginsel niet tot een onderbreking van de belastingplicht van de vennootschap voor fiscale doeleinden.

Voor bepaalde omzettingen³² tussen rechtspersonen geldt op grond van artikel 28a Wet Vpb 1969 een uitzondering op de hoofdregel en leidt de omzetting in beginsel tot:

- een fictieve liquidatie van de rechtspersoon en daardoor fiscale afrekening over de fiscale winsten, (stille) reserves en goodwill voor de vennootschapsbelasting;
- een fictieve uitkering van het vermogen van de rechtspersoon naar de deelgerechtigden; en
- een fictieve inbreng van het vermogen door de deelgerechtigden in de nieuwe rechtsvorm.

De omzetting van een BV naar een NV (of omgekeerd) dan wel een stichting naar een vereniging (of omgekeerd) vallen op grond van artikel 28a Wet Vpb 1969 niet onder de uitzondering en hebben dan ook geen fiscale gevolgen.³³ Artikel 28a Wet Vpb 1969 bepaalt dat de liquidatiefictie ook geldt voor de heffing van de inkomstenbelasting en dividendbelasting. Een omzetting kan derhalve – kort gezegd – resulteren in heffing van dividendbelasting en een fiscale afrekening voor de inkomstenbelasting. De aandeelhouders worden geacht hun aandelen te hebben vreemd tegen de waarde in het economisch verkeer.

2.4 Grensoverschrijdende omzetting

Van een GOO is sprake indien de rechtspersoon haar statutaire zetel verplaatst naar een andere staat en zich als gevolg daarvan omzet in een vergelijkbare of een andersoortige rechtspersoon naar het recht van die andere staat. Thans vindt een GOO plaats op grond van vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU).³⁴ Het HvJ EU heeft in deze rechtspraak, kort gezegd, bepaald dat een vennootschap naar het recht van een lidstaat zich – met behoud van rechtspersoonlijkheid – kan omzetten in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat, voor zover is voldaan aan de vereisten van de wetgeving van die andere lidstaat. De werking van artikel 28a Wet Vpb 1969 strekt zich niet uit tot de GOO. De fiscale wetgeving kent – anders dan voor de binnenlandse omzetting – geen specifieke bepalingen die zien op de GOO.

Als gevolg van de oprichtingsfictie zal een GOO van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap in beginsel niet tot een fiscale afrekening leiden, omdat de vennootschap belastingplichtig blijft in Nederland. Een outbound-GOO³⁵ waarbij slechts de juridische rechtsvorm verandert maar de materiële situatie niet wijzigt, zal daar-

27 In beginsel is op grensoverschrijdende verrichtingen de hoofdregel dat moet worden afgerekend van toepassing, zie artikel 14a lid 1 en artikel 14b lid 1 Wet Vpb 1969 en artikel 3:55 lid 1 Wet IB 2001.

28 Zie artikel 14a lid 11 en artikel 14b lid 8 Wet Vpb 1969 en artikel 3:55 lid 2 en lid 5 Wet IB 2001.

29 Zie het voorgestelde artikel 2:334kk BW.

30 Artikel 2:334ii BW.

31 Artikel 2:334cc BW.

32 Bijvoorbeeld de omzetting van een BV in een coöperatie.

33 Artikel 28a lid 1 eerste zin Wet Vpb 1969.

34 Onder meer HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, *Jur.* 1988/5483 (*Daily Mail*); HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, *NJ* 2003/58 (*Überseering*); HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, *NJ* 2009/202 (*Cartesio*); HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-378/1010 (*Vale Építési Kft*) en HvJ EU 25 oktober 2017, zaak C-106/16 (*Polbud*).

35 Een vennootschap verplaatst haar statutaire zetel vanuit Nederland naar een andere staat en wordt daarbij omgezet in een vennootschap naar het recht van die andere staat.

om geen fiscale gevolgen hebben. De fiscale gevolgen kunnen anders zijn indien er wel sprake is van een materiële wijziging. Op grond van de (algemene) eindafrekeningsbepaling in de vennootschapsbelasting kan een GOO tot belastingheffing leiden indien (het vermogen van) de vennootschap na de omzetting buiten het heffingsbereik van de Nederlandse fiscus komt (zie paragraaf 2.1). Dit is bijvoorbeeld het geval indien bij de omzetting de feitelijke leiding van de vennootschap naar het buitenland wordt verplaatst en de vennootschap als gevolg daarvan op grond van een belastingverdrag niet meer als inwoner van Nederland wordt aangemerkt. Het kan ook zijn dat de vennootschap in verband met de omzetting haar vermogensbestanddelen naar het buitenland verplaatst en het belastingverdrag (tussen Nederland en de nieuwe woonstaat) het heffingsrecht over die vermogensbestanddelen toewijst aan de nieuwe woonstaat.³⁶ In dat geval verliest Nederland het heffingsrecht en wordt daarom onmiddellijk voorafgaand aan de GOO het verschil tussen de fiscale boekwaarde en de werkelijke waarde van de vermogensbestanddelen tot de belastbare grondslag gerekend op grond van artikel 15c Wet Vpb 1969.³⁷ Deze belastingheffing bij een exit is op grond van het Europese recht toegestaan.³⁸ In het geval van een inbound-GOO³⁹ zal voor vennootschapsbelastingdoeleinden een *step-up* worden verleend voor de activa en passiva van de vennootschap naar de waarde in het economische verkeer.

Voor dividendbelastingdoeleinden geldt (in tegenstelling tot de binnenlandse omzettingen die onder de uitzondering van artikel 28a Wet Vpb 1969 vallen) geen *step-up* of eindafrekening.⁴⁰ Dit gaat mogelijk veranderen indien het initiatiefwetsvoorstel 'Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting'⁴¹ van GroenLinks wordt aangenomen.

De Staatssecretaris van Financiën heeft – als gevolg van het Voorontwerp – in zijn Besluit van 30 maart 2022 een goedkeuring opgenomen voor een GOO binnen de EU/

EER.⁴² In het besluit staat hij toe dat de GOO gelijkgesteld wordt met een omzetting van een BV in een NV indien de vennootschap haar statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestinging binnen de EU/EER heeft en wordt omgezet naar of van een met een BV of NV vergelijkbare rechtsvorm naar het recht van een EU/EER-lidstaat. Daarnaast moet de omzetting plaatsvinden met behoud van rechtspersoonlijkheid. De staatssecretaris merkt op dat door de gelijkstelling met de omzetting van een NV in een BV de zogenoemde liquidatiefictie van artikel 28a Wet Vpb 1969 niet van toepassing zou zijn en daardoor geen belastbaar feit vormt voor de vennootschapsbelasting, de dividendbelasting of de inkomstenbelasting. Dat roept bij mij de vraag op of alle andere omzettingen wel tot een belastbaar feit leiden, ook indien de materiële situatie niet wijzigt en Nederland niet zijn heffingsbevoegdheid verliest.⁴³ De staatssecretaris merkt daarnaast nog op dat hij eventueel bijkomende aspecten zoals een verplaatsing van de feitelijke leiding buiten beschouwing laat. Wat die 'eventueel bijkomende effecten' naast een verplaatsing van de feitelijke leiding kunnen zijn, wordt niet duidelijk uit het besluit. Het besluit scheidt daardoor meer onduidelijkheid dan al bestond zonder de toezegging van de staatssecretaris.

2.5 Huidige knelpunten GOO

2.5.1 Oprichtingsfictie en aangifteplicht vennootschapsbelasting

De Staatssecretaris van Financiën neemt op dit moment het standpunt in dat een vennootschap die *ooit* is opgericht naar Nederlands recht inwoner *blijft* van Nederland onder de oprichtingsfictie.⁴⁴ Als het standpunt van de staatssecretaris klopt, dan kan een GOO in combinatie met de oprichtingsfictie tot een dubbele (fiscale) vestigingsplaats leiden.⁴⁵ De vennootschap zal namelijk als gevolg van de GOO inwoner zijn van de staat naar welk recht deze is omgezet, maar ook inwoner blijven van Nederland op grond van de oprichtingsfictie. Na de omzetting zal de vennootschap in beginsel nog steeds worden uitgenodigd tot het doen van belastingaangifte in Nederland en zal daardoor ook verplicht zijn om aangiftes te blijven doen en alle benodigde en gevraagde gegevens aan de Belastingdienst te verstrekken. Deze extra last vormt een belemmering van de Europese vrijheid van vestiging.⁴⁶ Deze belemmering is

36 Wettelijk gezien eindigt de belastingplicht niet, omdat het lichaam wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd op grond van de oprichtingsfictie. Echter feitelijk kan de belastingplicht eindigen doordat het lichaam onder de zogenoemde *tiebreaker* van het verdrag inwoner wordt van een andere staat, waardoor Nederland zijn heffingsrecht niet meer kan uitoefenen.

37 Op grond van artikel 25b Invorderingswet 1990 kan uitstel van betaling worden verleend in het geval van een GOO binnen de EU/EER.

38 Onmiddellijke invordering wordt echter disproportioneel geacht. Zie o.a. HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 (*National Grid Indus*) en HvJ EU 11 maart 2004, zaak C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*). Nederland staat een gespreide betaling in tien termijnen toe.

39 Een vennootschap verplaatst haar statutaire zetel vanuit een andere staat naar Nederland en wordt daarbij omgezet in een vennootschap naar Nederlands recht.

40 Het niet verlenen van een *step-up* kan tot een risico van dubbele heffing leiden indien het vertrekland wel een exit-heffing kent voor de dividendbelasting; zie R.P.C.W.M. Brandsma & R.J. de Vries, 'Grensoverschrijdende inbound en outbound omzetting (deel 1)', *WFR* 2017/131.

41 Voor het laatst gewijzigd bij nota van wijziging van 26 oktober 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 35523, nr. 13.

42 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 30 maart 2022, nr. 2022-107231, *Stcrt.* 2022, nr. 9307.

43 Op grond van de algemene eindafrekeningsbepaling zou er immers slechts een belastbaar feit zijn indien en voor zover Nederland zijn heffingsbevoegdheid verliest, zie paragraaf 2.1.

44 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 maart 2019, *Kamerstukken II* 2015/16, 34220, nr. 6, p. 40, opvolger van 5 februari 2018, 'Diverse fiscale gevolgen van zetelverplaatsing van een naar Nederlands recht opgericht lichaam', nr. 2018-5551.

45 Zie voor een overzicht van een aantal ongewenste gevolgen van de oprichtingsfictie in combinatie met de grensoverschrijdende omzetting: C. Presilli, 'De gevolgen van de nieuwe MAP-tiebreaker voor grensoverschrijdende omzettingen', *WFR* 2019/16.

46 Artikel 49 en 52 VWEU.

alleen toegestaan indien er een rechtvaardigingsgrond voor bestaat, zoals een dwingende reden van algemeen belang waaronder het bestrijden van misbruik. De beperking moet ook geschikt zijn om het daarmee nagestreefde doel te bereiken en mag niet verder gaan dan nodig is. De vraag is of de extra last die wordt opgelegd aan vertrekkende vennootschappen gerechtvaardigd is; ook bonafide gevallen lopen hiertegen aan. In de praktijk wordt meestal om ontheffing van de aangifteplicht verzocht. De inspecteur keurt een ontheffingsverzoek in het algemeen goed indien Nederland na verplaatsing van de feitelijke leiding geen heffings- of invorderingsbelang meer heeft.⁴⁷ Echter, ook indien deze goedkeuring wordt verleend blijft er (volgens de staatssecretaris) op de vennootschap een plicht rusten om de inspecteur op de hoogte te (blijven) houden van alle relevante toekomstige wijzigingen van omstandigheden die de vennootschap aangaan. Ook deze informatieplicht is mijns inziens een ongeoorloofde belemmering van de vrijheid van vestiging.

Als gevolg van de oprichtingsfictie kunnen NV's en BV's – afhankelijk van de oprichtingsstaat – verschillend worden behandeld. De vennootschappen die zijn opgericht naar Nederlands recht blijven (volgens de staatssecretaris) altijd binnenlands belastingplichtig (ook na een out-bound-GOO), terwijl andere NV's en BV's (die vanuit het buitenland naar Nederlands recht zijn omgezet) de belastingplicht ook weer kunnen 'afschudden' bij een vertrek uit Nederland. Het verschil in behandeling tussen de vennootschappen is moeilijk te bevatten. Zoals de *Vakstudie* in zijn commentaar op het Voorontwerp terecht opmerkt, kan dit stimuleren om NV's en BV's vrij van de oprichtingsfictie op te richten door deze eerst naar buitenlands recht op te richten en daarna om te zetten naar Nederlands recht.⁴⁸ Bovendien is het in de praktijk een lastige en complexe exercitie voor de Belastingdienst om bij te houden of te achterhalen welke (naar buitenlands recht omgezette) vennootschappen in het verleden ooit zijn opgericht naar Nederlands recht.

2.5.2 Oprichtingsfictie en inhoudingsplicht dividendbelasting en bronheffing op rente en royalty's

Op grond van de incorporatieleer wordt het lichaam (na de omzetting) ook nog steeds voor de dividendbelasting en bronheffing op rente en royalty's geacht inwoner van Nederland te zijn. Dat betekent dat het lichaam na de GOO in beginsel over uitkeringen van dividenden, rente en royalty's bronbelasting moet inhouden en afdragen aan de Belastingdienst (indien aan bepaalde voorwaarden is vol-

daan en behoudens een vrijstelling geldt). In de meeste belastingverdragen is het zogenoemde verbod van extraterritoriale heffing van dividendbelasting opgenomen, op grond waarvan Nederland zijn heffingsrecht niet mag uitoefenen indien de vennootschap op grond van een ander verdrag inwoner is van een andere staat.⁴⁹ Mijns inziens geldt het verbod van extraterritoriale heffing in beginsel niet voor de heffing van bronbelasting op rente en royalty's, waardoor het risico op dubbele heffing blijft bestaan.

Doordat de dividendbelasting geen eindafrekening kent, zou een dividendbelastingclaim bij een GOO moedwillig kunnen worden afgeschud. Veel staten verlenen echter geen *step-up* voor de dividendbelasting waardoor een bronheffingsclaim door de nieuwe vestigingsstaat wordt gevestigd op de aanwezige winst- en stille reserves van de vennootschap.⁵⁰ In een dergelijk geval is er mijns inziens geen sprake van het (geheel) ontgaan van dividendbelasting. Op basis van het initiatiefwetsvoorstel 'Spoedwet conditionele eindafrekening dividendbelasting' kan een grensoverschrijdende verrichting, zoals een GOO, leiden tot een dividendbelastingclaim over de aanwezige (stille) reserves. Dividendbelasting zou op basis van dat voorstel alleen worden geheven indien (het vermogen van) de vennootschap verplaatst naar een staat die geen dividendbelasting heft of die voor de dividendbelasting een *step-up* verleent waardoor over de oorspronkelijk Nederlandse (stille) reserves geen dividendbelasting meer wordt geheven. Op het voorstel is veel kritiek geuit, onder meer omdat het voorstel in strijd zou zijn met het Europese recht⁵¹ en kan leiden tot dubbele heffing.⁵²

2.5.3 Oprichtingsfictie en dubbele woonplaats

Een vennootschap zal na de GOO meestal (fiscaal) inwoner zijn van de nieuwe woonstaat. Aangezien Nederland de oprichtingsfictie hanteert, leidt dat tot een dubbele woonplaats. Belastingverdragen beogen onder meer de heffingsrechten tussen staten te verdelen. De zogenoemde *tiebreaker*-bepaling van belastingverdragen geeft uitsluitend over de fiscale vestigingsplaats van de vennootschap onder het verdrag indien beide staten claimen dat de vennootschap inwoner is. De *tiebreaker* sluit vaak aan bij de feitelijke leiding van de vennootschap. In de andere staat (de niet-inwonerstaat) zal de vennootschap dan alleen

47 Zie paragraaf 3 van het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 19 maart 2019, *Kamerstukken II* 2015/16, 34220, nr. 6, p. 40, opvolger van 5 februari 2018, 'Diverse fiscale gevolgen van zetelverplaatsing van een naar Nederlands recht opgericht lichaam', nr. 2018-5551.

48 *Vakstudie-Nieuws* 12 mei 2022, *V-N* 2022/21.12, 'Besluit omzetting rechtspersonen in VPB geactualiseerd (artikel 28a Wet VPB 1969)', aantekening bij onderdeel 11.

49 Artikel 10 lid 5 OESO-modelverdrag 1992. De Hoge Raad heeft het verbod van extraterritoriale heffing bevestigd in zijn arrest HR 2 september 1992, nr. 26 059, *BNB* 1992/379.

50 Zie R.P.C.W.M. Brandsma & R.J. de Vries, 'Grensoverschrijdende inbound en outbound omzetting (deel 2)', *WFR* 2017/137, paragraaf 4.2.

51 Zie over strijdigheid met de Fusierichtlijn bijvoorbeeld D.M. Weber & L.R.T. Winkenijs, 'Unierechtelijke knelpunten van de Spoedwet conditionele eindafrekening', *WFR* 2020/148. Het voorstel is als gevolg van kritiek gewijzigd waardoor het nu alleen nog betrekking heeft op verplaatsingen naar niet-lidstaten.

52 Aandeelhouders kunnen bijvoorbeeld de ingehouden dividendbelasting niet verrekenen indien de vennootschap de belasting meteen voldoet, zie o.a. J.J. van den Broek, 'Recente ontwikkelingen bij de fiscale behandeling van juridische fusies', *TFO* 2022/180.2.

nog maar onderworpen zijn aan belasting over bepaalde bronnen van inkomsten in die staat.

Sommige verdragen bevatten – in plaats van de feitelijke leidingregel – een onderling overlegclausule, ook wel *MAP-tiebreaker* genoemd.⁵³ Op grond van deze MAP-tiebreaker gaan de staten een onderlinge overlegprocedure aan om te bepalen van welke staat de vennootschap verdragsinwoner is. Zolang de staten geen uitsluitel geven, blijft de vennootschap in beginsel in beide staten inwoner. Een onderlinge overlegprocedure kan veel tijd kosten en tot onzekerheid leiden bij de belastingplichtige. In een onderlinge overlegprocedure hebben de staten namelijk meestal slechts een inspanningsverplichting om de fiscale vestigingsplaats van het lichaam vast te stellen. Het is dus ook mogelijk dat een dergelijke procedure niet tot een uitkomst leidt en de vennootschap na een GOO een dubbele woonplaats blijft houden.

2.5.4 *Verbreking fiscale eenheid*

Een ander knelpunt is dat onduidelijk is wat de gevolgen van een GOO zijn voor de vennootschapsbelasting indien de omgezette vennootschap onderdeel uitmaakt van een fiscale eenheid.⁵⁴ Een verbreking van een fiscale eenheid kan op grond van bepaalde anti-misbruikregels tot een fiscale afrekening leiden over aanwezige stille reserves. De staatssecretaris heeft goedgekeurd dat bij een GOO in of van een vennootschap die met de NV of BV vergelijkbaar is, onder bepaalde voorwaarden geen verbreking van de fiscale eenheid plaatsvindt.⁵⁵ In andere gevallen blijft echter onduidelijkheid bestaan over de gevolgen voor de fiscale eenheid (bijvoorbeeld bij een omzetting van een coöperatie of een stichting).

De wetgever zou de implementatie van de Mobiliteitsrichtlijn kunnen aangrijpen om de fiscale regels omtrent grensoverschrijdende verrichtingen te stroomlijnen en duidelijkheid te verschaffen over de huidige knelpunten. Er is voornamelijk geen aanpassing van de fiscale wetgeving voorgesteld. Dat is mijns inziens wel gewenst, ook omdat het Voorontwerp juist leidt tot meer onduidelijkheid over de fiscale gevolgen van een grensoverschrijdende verrichting. In de volgende paragraaf ga ik daar nader op in.

3. **Fiscale gevolgen van het Voorontwerp**

3.1 *Algemeen*

Het Voorontwerp bevat geen fiscale regels over de gevolgen van de grensoverschrijdende verrichtingen. Op grond van de concept-MvT bij het Voorontwerp wordt aan de hand van de input op de internetconsultatie (die eindigde op 7 maart 2022) beoordeeld wat de fiscale knelpunten zijn bij grensoverschrijdende verrichtingen en zal als uitgangspunt gelden dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij bestaande fiscale regelgeving.⁵⁶ Als gevolg van het Voorontwerp heeft de Staatssecretaris van Financiën in een geactualiseerd besluit van 30 maart 2022 het beleid en de standpunten uiteengezet met betrekking tot de GOO.⁵⁷ Mijns inziens geeft dit besluit geen duidelijkheid over de besproken knelpunten in paragraaf 2.5. Het is daarom aan te bevelen dat de wetgever deze mogelijkheid aangrijpt om de fiscale gevolgen van de GOO in de fiscale wetgeving te verankeren. Daarnaast roept het Voorontwerp zelf ook de nodige fiscale vragen op, waarop ik hierna nader inga. Het is wenselijk dat de wetgever ook op deze punten duidelijkheid schept.

3.2 *Verklaring notaris: ook fiscaal misbruik?*

Op grond van het Voorontwerp dient de notaris een verklaring af te geven over de rechtmatigheid van de grensoverschrijdende verrichting (het pre-verrichting-attest),⁵⁸ Onderdeel hiervan is een fraudetoets, op grond waarvan de bevoegde autoriteit geen toestemming geeft tot de grensoverschrijdende verrichting indien komt vast te staan dat deze is opgezet voor onrechtmatige of frauduleuze doeleinden. De notaris kan aan de hand van deze toets (i) het attest afgeven; (ii) het attest weigeren nadat de vennootschap de mogelijkheid heeft gekregen om alsnog aan de voorwaarden te voldoen en dit niet is gebeurd; of (iii) een diepgaander onderzoek doen omdat hij twijfels heeft over de toepassing van de fraudetoets. In de concept-MvT op het Voorontwerp is opgemerkt dat de fraudetoets hetzelfde doel heeft als de notariële poortwachtersfunctie op grond van artikel 21 Wna, op grond waarvan de notaris zijn dienst weigert bij criminele, onrechtmatige of frauduleuze activiteiten. Het is echter onduidelijk of deze toets zich tevens uitstrekt tot fiscaal misbruik. Op grond van het initiële voorstel van de Mobiliteitsrichtlijn had de fraudetoets onder meer de doelstelling om lege vennootschappen of brievenbusmaatschappijen te bestrijden indien oprichting daarvan was beoogd om de wet te ontduiken. In de uiteindelijke Richtlijn is de fiscale-misbruiktoets niet meer opgenomen. Ook in (paragraaf 7 van) de concept-MvT op het Voorontwerp is opgemerkt dat in de Mobiliteitsricht-

53 Bijvoorbeeld het belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk en het belastingverdrag tussen Nederland en Ierland.

54 Op grond van artikel 15 Wet Vpb 1969 kunnen vennootschappen onder bepaalde voorwaarden worden gevoegd in een fiscale eenheid, als gevolg waarvan van deze vennootschappen belasting wordt geheven alsof zij samen één belastingplichtige zijn. Zo moet de vennootschap een rechtsvorm hebben die is opgenomen in artikel 15 lid 3 Wet Vpb 1969.

55 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 april 2017, nr. 2017/116, *Stcrt.* 2017, nr. 38087, geactualiseerd bij besluit van 9 oktober 2019 en 30 maart 2022, paragraaf 11.2.

56 Concept-MvT, p. 17.

57 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 april 2017, nr. 2017/116, *Stcrt.* 2017, nr. 38087, geactualiseerd bij besluit van 9 oktober 2019 en 30 maart 2022.

58 Zie artikel 86 undecies lid 1, artikel 126 ter lid 1 en artikel 127 Richtlijn (EU) 2017/1132. Zie ook het voorgestelde artikel 2:333i BW voor de GOF, artikel 2:334uu BW voor de GOS en artikel 2:335i BW voor de GOO.

lijn en het Voorontwerp geen fiscale bepalingen zijn opgenomen. Mijns inziens zou de fiscale-misbruiktoets dan ook geen onderdeel meer moeten uitmaken van de door de notaris te verrichten fraudetoets. In diverse reacties op de internetconsultatie van het Voorontwerp zijn toch zorgen geuit dat de fiscale-misbruiktoets mogelijk nog onderdeel is van de fraudetoets.⁵⁹ Volgens Smit kan bijvoorbeeld uit de preambule bij Mobiliteitsrichtlijn worden afgeleid dat de fiscaliteit nog steeds een rol speelt bij de fraudetoets.⁶⁰ Zo is in overweging 35 van de preambule van de Mobiliteitsrichtlijn nog steeds opgemerkt dat het van belang is om 'lege vennootschappen' of 'brievenbusmaatschappijen' die zijn opgericht om het Unie- of nationale recht te ontduiken, te omzeilen of te schenden te bestrijden. Dergelijke vennootschappen zijn veelal vanwege fiscale redenen opgericht.

Ik deel de mening van Smit dat het niet wenselijk is dat de fraudetoets zich tevens uitstrekt tot een fiscale-misbruiktoets. Fiscaal misbruik zou zich met name kunnen voordoen indien de GOO gepaard gaat met een verplaatsing van de feitelijke leiding van een vennootschap naar een staat die geen dividendbelasting heft over de aanwezige winstreserves en stille reserves op het moment van emigratie. Op deze wijze kan de potentiële dividendbelastingclaim die bestaat op het moment van emigratie worden 'afgeschud'. Hetzelfde geldt voor een GOF en GOS aangezien deze verrichtingen ook geen belastbare feiten zijn voor de dividendbelasting. Om de niet-bonafide gevallen te bestrijden is een fiscale-misbruiktoets nuttig. Voorkomen moet echter worden dat de fiscale-misbruiktoets buiten het fiscale recht een eigen leven gaat leiden of op een niet-uniforme wijze wordt toegepast.

Het is de taak van de wetgever om hiervoor duidelijke kaders te schetsen en de taak van de inspecteur – die hiervoor ook de bevoegdheid en geëigende middelen heeft – om fiscaal misbruik te bestrijden. In de Deense zaken⁶¹ oordeelde het HvJ EU dat lidstaten de verplichting hebben om misbruik van Europees recht te bestrijden, zelfs indien de nationale wet geen misbruikbepaling behelst.⁶² De misbruiktoets in de Mobiliteitsrichtlijn zou mogelijk uitdrukking kunnen geven aan dit algemene beginsel dat misbruik moet worden bestreden.

Verder is in 2019 het Multilateraal Instrument (hierna: MLI)⁶³ van kracht geworden, waarin onder meer de MAP-tiebreaker is opgenomen die de feitelijke-leiding-tiebreaker vervangt (zie paragraaf 2.5.4). Op basis van de MAP-tiebreaker gaan staten een onderlinge overlegprocedure aan om de vestigingsplaats van de vennootschap vast te stellen en nemen hierbij verschillende factoren in aanmerking, zoals de mate en aard van economische verbondenheid van de vennootschap met elk van beide staten en de vraag of het zijn van inwoner van een van de staten het risico op een onjuiste toepassing van de nationale wet met zich brengt. De MAP-tiebreaker zou daarom al een geschikt middel zijn om GOO's die zijn gericht op het ontgaan van belastingheffing tegen te gaan. Nederland heeft al meer dan 40 belastingverdragen onder de reikwijdte van het MLI gebracht en in een aantal daarvan werkt de MAP-tiebreaker inmiddels door.⁶⁴ De MAP-tiebreaker is ook onderdeel geworden van het Nederlandse verdragsbeleid en is in nieuw onderhandelde verdragen opgenomen.⁶⁵

Daarnaast bevat het MLI tevens een algemene anti-misbruikbepaling, op grond waarvan, kort gezegd, verdragsvoordelen worden geweigerd als het verkrijgen van dat verdragsvoordeel een van de hoofddoelen van een transactie of constructie is (de zogenoemde *principal-purpose-test*). Deze misbruikbepaling werkt automatisch door in de door de MLI gedekte belastingverdragen.⁶⁶ Indien een GOO, GOF of GOS louter is ingegeven om bepaalde verdragsvoordelen te behalen kunnen staten op grond van de algemene misbruikbepaling verdragsvoordelen weigeren.

Naast de hiervoor genoemde middelen heeft de inspecteur een arsenaal aan fiscale (wettelijke) anti-misbruikmaatregelen tot zijn beschikking en kan een misbruikconstructie daarnaast ook nog als ultimum remedium met (het in de rechtspraak ontwikkelde) *fraus legis* worden bestreden. Daarnaast zijn intermediairs, hulpintermediairs en soms ook de belastingplichtige zelf, ook verplicht om bepaalde grensoverschrijdende constructies te melden bij

59 Zie onder meer de reactie van de NOB op de internetconsultatie 'Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen', 9 maart 2022, gepubliceerd op: <https://www.internetconsultatie.nl/omzettingfusiesplitsing/reacties/datum>.

60 D.S. Smit, 'Fiscale misbruikbestrijding via de Mobiliteitsrichtlijn: opgelucht ademhalen?', *Ondernemingsrecht* 2022/54.

61 HvJ EU 26 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:135, *BNB* 2020/10, m.nt. S.C.W. Douma (*T Danmark*).

62 In de Deense zaken ging het, kort gezegd, om vennootschappen die louter werden tussengeplaatst om dividendbelasting op een ander niveau te ontwijken en dividenden vrij van bronheffing uit te keren aan beleggingsfondsen die gevestigd waren in derde landen.

63 Het Multilateraal Instrument is een multilateraal verdrag dat verschillende anti-misbruikbepalingen bevat en tussen meer dan 90 staten is gesloten. Het verdrag maakt het mogelijk op een snelle en efficiënte wijze bestaande belastingverdragen aan te passen zonder dat hiervoor nieuwe onderhandelingen nodig zijn. Deelnemende landen kunnen kiezen om hun verdrag onder de reikwijdte van het instrument te brengen, waardoor de bepalingen van de MLI automatisch kunnen doorwerken op het verdrag.

64 Zie bijvoorbeeld het belastingverdrag met Canada en de Verenigde Arabische Emiraten. Het overzicht van gedekte verdragen wordt gepubliceerd op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2020/02/17/multilateraal-instrument-mli-en-nederlandse-belastingverdragen>.

65 Zie de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015 betreffende '*Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat*', nr. IZV/2015/657M, p. 8; *Kamerstukken II* 2017/18, 34853 (R2096), nr. 6, p. 23 en *Kamerstukken II* 2016/17, 25087, nr. 148, p. 20. De MAP-tiebreaker is bijvoorbeeld in het nieuwe belastingverdrag tussen Nederland en Ierland opgenomen.

66 De *principal-purpose-test* is een zogenoemde minimumstandaard waarvan de belastingverdragen in ieder geval moeten voldoen.

de Belastingdienst op grond van de Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.⁶⁷ Hierdoor is de Belastingdienst in de meeste gevallen al in een vroeg stadium op de hoogte van de grensoverschrijdende verrichtingen.

Gelet op het voorgaande vraag ik mij af of een nieuwe fiscale-misbruiktoets noodzakelijk is en de begrijpelijkheid en overzichtelijkheid van de fiscale wetgeving ten goede komt. Het is wenselijk dat de wetgever duidelijkheid schept over hoe deze (nieuwe) misbruiktoets samenhangt met andere (bestaande) fiscale anti-misbruikmaatregelen en het primaire EU-recht.

Daarnaast is het relevant dat de 'nieuwe' fiscale-misbruiktoets in overeenstemming dient te zijn met het primaire EU-recht waarbij het HvJ EU invulling heeft gegeven aan de fiscale-misbruiktoets.⁶⁸ Indien de notaris als poortwachter functioneert voor fiscaal misbruik, is mijns inziens onvoldoende gewaarborgd dat de fiscale-misbruiktoets in overeenstemming met het fiscale EU-recht wordt toegepast. Zo zou bij een weigering van de GOO door de notaris bij een vermoeden van fiscaal misbruik, geen beroep voor de vennootschap bij een belastingrechter openstaan. Er kunnen in dat geval ook geen prejudiciële vragen door de belastingrechter worden gesteld aan het HvJ EU. De fiscale-misbruiktoets is dan ook veel beter op zijn plaats in de fiscale wetgeving. Op die manier wordt voorkomen dat het fiscale-misbruikbegrip buiten het fiscale recht een eigen leven gaat leiden.

3.3 Reikwijdte slechts beperkt tot EU/EER

Verder is het Voorontwerp – net als de Mobiliteitsrichtlijn – beperkt tot grensoverschrijdende verrichtingen binnen de EU/EER. Een GOO van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap naar het Verenigd Koninkrijk wordt bijvoorbeeld niet gefaciliteerd op grond van het Voorontwerp. Hetzelfde lijkt te gelden voor een GOO naar het recht van de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten. In de praktijk komen dergelijke omzettingen wel voor. Voor het fiscale recht ziet de toezegging van de Staatssecretaris van Financiën ook alleen op EU/EER-situaties (zie paragraaf 2.4). Er bestaat mijns inziens echter geen goede reden om grensoverschrijdende verrichtingen vanuit Nederland naar derde staten of andere delen van

het Nederlandse Koninkrijk anders te belasten dan grensoverschrijdende verrichtingen naar andere EU/EER-lidstaten.

3.4 Beperking rechtsvormen

Op grond van het Voorontwerp wordt louter de GOO van een NV en BV naar een vergelijkbare rechtsvorm gefaciliteerd. De goedkeuring van de Staatssecretaris van Financiën om (onder bepaalde voorwaarden) de fiscale belemmeringen van een GOO weg te nemen heeft slechts betrekking op de GOO van en naar met BV en NV vergelijkbare rechtspersonen. Er bestaat mijns inziens geen goede reden om de GOO van andere rechtspersonen op een verschillende manier te behandelen voor fiscale doeleinden, behoudens in geval van fiscaal misbruik.

4. Aanbevelingen

De GOO is – anders dan de GOF en GOS – niet in de fiscale wetgeving geregeld. Het is aan te bevelen dat de Nederlandse wetgever de omzetting van de Mobiliteitsrichtlijn aangrijpt om de fiscale wetgeving te herzien. Nieuwe regelgeving zou de GOO, GOF en GOS kunnen laten aansluiten op elkaar, bijvoorbeeld door te bepalen dat geen van deze grensoverschrijdende verrichtingen leidt tot belastingheffing, tenzij latere belastingheffing niet is verzekerd of sprake is van misbruik van recht. Voor de anti-misbruikmaatregel zou kunnen worden aangesloten bij de bestaande anti-misbruikbepalingen die gelden voor de fusie- en splitsingsfaciliteiten. Verder verdient het aanbeveling dat de wetgever in de toelichting op het Voorontwerp verduidelijkt dat de fraudetoets die de notaris op grond van het Voorontwerp verricht geen fiscale-misbruiktoets behelst aangezien het bestrijden van fiscaal misbruik een taak van de Belastingdienst is, en niet van de notaris.

Op grond van een recente toezegging van de Staatssecretaris van Financiën leidt een GOO van en naar een met een NV of BV vergelijkbare rechtsvorm onder bepaalde voorwaarden niet tot een belastbaar feit voor de vennootschapsbelasting, de dividendbelasting en de inkomstenbelasting. Mijns inziens zou de fiscale wetgeving ook de GOO van en naar andere rechtsvormen moeten faciliteren, behoudens voor zover Nederland zijn heffingsbevoegdheid als gevolg van de GOO verliest of in het geval van misbruik van recht. De fiscale doorschuiffaciliteit zou verder ook open moeten staan voor een GOO, GOF en GOS naar derde landen, aangezien niet valt in te zien waarom deze op een andere manier zouden moeten worden belast indien en voor zover Nederland het heffingsrecht behoudt.

Daarnaast is er de huidige opvatting van de Staatssecretaris van Financiën dat een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap ná een GOO altijd een aangifteplicht dan wel informatieplicht in Nederland houdt als gevolg van de oprichtingsfictie. Een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap zal daardoor ook na omzetting geconfron-

⁶⁷ Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies, *Stb.* 2019, 509, *V-N Vandaag* 2019/2987.

⁶⁸ Op grond van vaste rechtspraak geldt in het EU-recht een rechtsbeginsel volgens welke justitiabelen zich niet door misbruik kunnen beroepen op het EU-recht. Kern is dat het nastreven van de meest (fiscaal) voordelige route is toegestaan, maar dat geen beroep kan worden gedaan op een EU-voordeel indien de constructie in kwestie economisch gezien volstrekt kunstmatig is en ertoe strekt de belastingheffing van de betrokken lidstaten te ontwijken. Zie onder meer de uitspraken van het HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), HvJ EG 12 december 2006, ECLI:EU:C:2006:773, *BNB* 2007/131, m.nt. P.J. Wattel (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), HvJ EU 26 februari 2019, zaak C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, *BNB* 2020/10, m.nt. S.C.W. Douma (*T Danmark*).

teerd worden met administratieve verplichtingen in Nederland of zelfs tegen dubbele belastingheffing aanlopen. Vennootschappen die van oorsprong naar buitenlands recht zijn opgericht lopen niet tegen dezelfde beperkingen aan. Een rechtvaardiging voor een dergelijke ongelijke behandeling op basis van de (oorspronkelijke) oprichtingsstaat is er niet, en is mogelijk ook in strijd met het Europese recht. Het is daarom aan te raden dat de wetgever de fiscale oprichtingsfictie schrapt uit de wet dan wel aanpast, zodat deze fictie niet meer van toepassing is op vennootschappen die naar buitenlands recht zijn omgezet.