

WFR 2019/16

# De gevolgen van de nieuwe MAP-tiebreaker voor grensoverschrijdende omzettingen

C. PRESILLI LLM MSc<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Tot voor kort was het uitgangspunt van Nederland dat een vennootschap met een dubbele vestigingsplaats (een "dual resident") verdragsinwoner is van het land waar de feitelijke leiding is gelegen (de werkelijkeleiding-tiebreaker).<sup>2</sup> Onder de nieuwe MAP-tiebreaker uit het OESO-modelverdrag (2017) en het multilateraal instrument (hierna "MLI") geldt dat staten het inwonerschap van een dual resident vaststellen in een onderling-overlegprocedure. Deze MAP-tiebreaker is tevens onderdeel geworden van het Nederlandse verdragsbeleid.<sup>3</sup>

In deze bijdrage zal ik uiteenzetten dat de MAP-tiebreaker nadelige gevolgen kan hebben voor lichamen die grensoverschrijdend zijn omgezet. De Staatssecretaris van Financiën neemt het standpunt in dat een vennootschap die ooit is opgericht naar Nederlands recht inwoner blijft van Nederland onder de oprichtingsfictie van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 en art. 1 lid 3 Wet DB 1965.<sup>4</sup> Een grensoverschrijdende omzetting kan in combinatie met de oprichtingsfictie tot een dubbele vestigingsplaats leiden. De vennootschap zal namelijk als gevolg van de omzetting als inwoner kunnen worden aangemerkt van de staat naar welk recht de vennootschap is omgezet en daarnaast in-

woner blijven van Nederland op grond van de oprichtingsfictie. De combinatie van de oprichtingsfictie en de MAP-tiebreaker kan tot ongewenste gevolgen leiden, namelijk tot rechtsonzekerheid en dubbele belastingheffing.

In onderdeel 2 ga ik in op de achtergrond van de nieuwe MAP-tiebreaker en het antimisbruikarakter van deze bepaling. In onderdeel 3 schets ik het wettelijke kader van de grensoverschrijdende omzetting en sta ik stil bij de oprichtingsfictie die in combinatie met een grensoverschrijdende omzetting tot een dubbele vestigingsplaats kan leiden. De gevolgen van de samenloop tussen de grensoverschrijdende omzetting en de MAP-tiebreaker worden vervolgens uiteengezet in onderdeel 4. Ik sluit af met een conclusie en aanbevelingen in onderdeel 5.

## 2 Achtergrond MAP-tiebreaker

### 2.1 Vaststelling van de vestigingsplaats onder de MAP-tiebreaker

Op grond van de MAP-tiebreaker die is opgenomen in het OESO-modelverdrag (2017) en het MLI (art. 4 lid 3), hebben verdragsstaten de inspanningsverplichting om door middel van onderling overleg overeen te komen in welk land een dual resident voor fiscale verdragsdoel-einden gevestigd is. In het MLI is de MAP-tiebreaker niet een minimumstandaard. Dat betekent dat de MAP-tiebreaker alleen van toepassing is indien beide verdragsstaten die partij zijn bij het MLI het betreffende bilaterale verdrag hebben aangewezen als "gedekt verdrag" en hebben gekozen voor de toepassing van art. 4 van het MLI. Nederland heeft de MAP-tiebreaker zonder voorbehoud geaccepteerd. De MAP-tiebreaker zal – op basis van de huidige stand van zaken – naar verwachting in ieder geval in 21 belastingverdragen van Nederland van toepassing worden.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Fiscalist bij Houthoff.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par. 2.2.2.

<sup>3</sup> In 2015 heeft de staatssecretaris de uitkomsten van BEPS Actieplan 6 tot het Nederlandse verdragsbeleid gerekend, 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 en ten aanzien van de MAP-tiebreaker: Kamerstukken II 2017/18, 34 853 (R2096), nr. 6, p. 23 en Kamerstukken II 2016/17, 25 087, nr. 148, p. 20.

<sup>4</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 5 februari 2018 'Diverse fiscale gevolgen van zetelverplaatsing van een naar Nederlands recht opgericht lichaam', nr. 2018-5551.

<sup>5</sup> Zie bijlage 2 bij de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 4 juli 2018, kenmerk 2018-0000112064.

Elementen die volgens het OESO-commentaar een rol kunnen spelen bij het vaststellen van de vestigingsplaats zijn (niet limitatief) de plaats waar de vennootschap wordt geleid en bestuurd, de oprichtingsplaats, de vergaderplaats van de directeuren, waar de ceo en andere hoge leidinggevenden hun activiteiten uitoefenen, waar het dagelijkse management plaatsvindt en waar het hoofdhuis is gevestigd.<sup>6</sup> Daarnaast is relevant of het vaststellen van de vestigingsplaats oneigenlijk gebruik van verdragsbepalingen met zich brengt. Andere factoren die de staatssecretaris noemt voor de MAP-tiebreaker in het belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk (2008) zijn de mate en aard van economische verbondenheid van de vennootschap met elk van beide staten en de vraag of het zijn van inwoner van één van de staten het risico op een onjuiste toepassing van de nationale wet met zich brengt.<sup>7</sup> Alhoewel een aantal van deze factoren ook al relevant waren voor de werkelijkeleiding-tiebreaker,<sup>8</sup> is de invulling van het vestigingsplaatsbegrip onder de MAP-tiebreaker veel ruimer.

## 2.2 De doelstelling van de MAP-tiebreaker

De MAP-tiebreaker is gebaseerd op BEPS Actieplan 6.<sup>9</sup> Hierin is de nieuwe MAP-tiebreaker voorgesteld ter vervanging van de werkelijkeleiding-tiebreaker. Een reden hiervoor zou zijn dat veel staten vinden dat belastingontwijking ten grondslag kan liggen aan het hebben van een dubbele vestigingsplaats.<sup>10</sup> Nederland heeft geen voorbehoud gemaakt bij de MAP-tiebreaker aangezien de regering van mening is dat deze bepaling een geëigend instrument is om bepaalde situaties van belastingontwijking te bestrijden.<sup>11</sup> Volgens de Staatssecretaris van Financiën kan in dit verband gedacht worden aan het verplaatsen van een lichaam uit Nederland om Nederlandse dividendbelasting te ontgaan.<sup>12</sup>

Volgens de OESO zouden belastingplichtigen op oneigenlijke wijze gebruik kunnen maken van belastingverdragen indien de feitelijke leiding als enig richtsnoer geldt voor de fiscale vestigingsplaats van een vennootschap.<sup>13</sup> Eén van de belangrijkste vereisten voor de toegang tot een belastingverdrag is immers het fiscaal inwonerschap. Het huidige concept van inwonerschap is gestoeld op de gedachte dat een onderneming zowel juridisch als feitelijk dichtbij de afzetmarkt wordt gedreven.<sup>14</sup> In het verleden was dat ongetwijfeld het geval. In het huidige tijdperk zijn vennootschappen door vergaande communicatietechnieken niet meer noodzaak om feitelijk gedreven te worden in het woonland van hun afnemers.<sup>15</sup> Een vennootschap kan de feitelijke leiding vaak vrij eenvoudig verplaatsen naar het buitenland, terwijl de situatie materieel ongewijzigd blijft. Het aansluiten bij louter de feitelijke leiding van een vennootschap zou daarom niet (meer) in alle gevallen een logische methode zijn om de vestigingsplaats vast te stellen.

De vraag is hoe sterk het aangevoerde misbruikargument is in het licht van de huidige wettelijke ontwikkelingen. Vanaf 1 januari 2018 geldt een bredere inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting, op grond waarvan uitkeringen aan opbrengstgerechtigden in verdragslanden zijn vrijgesteld van dividendbelasting voor zover die verdragen een dividendartikel bevatten. In de gevallen waarin deze bredere inhoudingsvrijstelling van toepassing is, is het onwaarschijnlijk dat een verplaatsing uit Nederland is ingegeven door de wens dividendbelasting te ontgaan. Daarnaast werd in het verleden ook al onderkend dat lichamen door manipulatie gemakkelijk hun fiscale vestigingsplaats konden verplaatsen naar fiscaal gunstige jurisdicties, maar toch was er geen noodzaak tot aanpassing van de tiebreaker in het verdrag.<sup>16</sup> Kennelijk vindt de Nederlandse regering dat de werkelijkeleiding-tiebreaker nu niet meer voldoende is om misbruiksituaties tegen te gaan.

6 Par. 24.1 van het OESO-commentaar (2017) op art. 4.

7 Kamerstukken II 2009/10, 32 145, nr. 3, p. 9-10.

8 De werkelijkeleiding-tiebreaker sluit aan bij de plaats van de feitelijke leiding, die op grond van het OESO-commentaar is gelegen waar de belangrijkste management en commerciële beslissingen worden genomen, zie o.a. par. 24 van het OESO-commentaar (2014) op art. 4.

9 OECD BEPS Action 6, 'Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances', 2015 Final Report.

10 OECD BEPS Action 6, 'Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances', 2015 Final Report, par. 47, p. 72.

11 Zie Kamerstukken II 2017/18, 34 853 (R2096), nr. 3, p. 15 en Kamerstukken II 2017/18, 34 853 (R2096), nr. 6, p. 23.

12 Het argument van het ontwijken van dividendbelasting is gebruikt voor de MAP-tiebreaker in verschillende verdragen die

Nederland gesloten heeft, zie Kamerstukken II 2009/10, 32 145, nr. 3, p. 10 (verdrag met het Verenigd Koninkrijk), Kamerstukken II 2010/11, 32 881, nr. 1, p. 16 (verdrag met Hong Kong); Kamerstukken II 2007/08, 31 591, A nr. 1, p. 5 (verdrag met Bahrein).

13 Zie par. 21-24 van het OESO-commentaar (2017) op art. l 4.

14 Zie M. de Wilde, 'Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why "Online Profits" Are So Hard to Pin Down', Intertax 2015/12, par. 2.1.

15 Zie L. Hinnekens, 'Revised OECD-TAG Definition of Place of Effective Management in Treaty Tie-Breaker Rule', Intertax 2003/10, p. 31. Zie ook par. 24.1 van het OESO-commentaar (2008) op art. 4 lid 3.

16 Zie par. 22 van het OESO-commentaar (2017) op art. 4.

### 2.3 Knelpunten van de MAP-tiebreaker

Alhoewel de MAP-tiebreaker een geschikt instrument lijkt te zijn om misbruik te bestrijden, kleven er ook nadelen aan deze bepaling. In de literatuur is kritiek geuit op de MAP-tiebreaker omdat deze tot rechtsonzekerheid en dubbele heffing kan leiden in de gevallen waarin geen sprake is van misbruik.<sup>17</sup> Zolang de bevoegde autoriteiten geen overeenstemming hebben over de fiscale vestigingsplaats komt de vennootschap in beginsel niet in aanmerking voor verdragsvoordelen, tenzij verdragsstaten anders overeenkomen. Zo zijn staten niet gehouden een voorkoming van dubbele belasting te verlenen als de MAP-tiebreaker geldt.<sup>18</sup> Het voorgaande heeft niet tot gevolg dat de vennootschap niet als inwoner van de staten wordt aangemerkt.<sup>19</sup> Een dual resident die een dividenduitkering doet zal daarom nog steeds als inwoner van de bronstaat kwalificeren in de zin van art. 10 OESO-modelverdrag, waardoor een verlaagd bronbelastingtarief uit het verdrag van toepassing kan zijn. In dit verband wijzen Pötgens en Kool erop dat aangezien een vennootschap met een onopgeloste dubbele vestigingsplaats inwoner zal zijn van beide verdragsstaten, de vennootschap er ook belang bij kan hebben om geen MAP te initiëren.<sup>20</sup>

Verder *kunnen* de bevoegde autoriteiten overeenkomen dat de verdragsvoordelen met terugwerkende kracht worden toegekend. Terugwerkende kracht is niet de hoofdregel. Dit roept vragen op, zoals wat de fiscale gevolgen zijn van terugwerkende kracht en tot wanneer terugwerkende kracht kan worden gegeven.<sup>21</sup> Indien de Belastingdienst als gevolg van de terugwerkende kracht “te weinig” belasting heeft geheven over eerdere tijd-

vakken, dan is het de vraag of navorderings- of naheffingsaanslagen kunnen worden opgelegd. Indien de belastingplichtige als gevolg van de terugwerkende kracht te veel belasting heeft afgedragen over eerdere tijdvakken, zal hij de aangiftes over deze tijdvakken moeten aanpassen of tegen de definitieve aanslagen bezwaar moeten maken. Indien over de relevante periodes inmiddels aanslagen zijn opgelegd die onherroepelijk vaststaan, kan de belastingplichtige een verzoek tot ambtshalve vermindering of teruggaaf doen. De vijfjaarstermijn die voor ambtshalve vermindering en teruggaaf geldt, is niet van toepassing op aanpassingen die het gevolg zijn van een onderling-overlegprocedure uit een belastingverdrag.<sup>22</sup> Tegen een afwijzing van een dergelijk verzoek door de Belastingdienst kan de belastingplichtige geen rechtsmiddelen aanwenden.

De MAP is slechts een inspanningsverplichting voor de staten. De arbitragebepaling, die wel een resultaatverplichting bevat, is niet van toepassing op de MAP-tiebreaker.<sup>23</sup> Het OESO Modelverdrag regelt dat een belastingplichtige een arbitrageprocedure kan initiëren indien (i) het handelen van één van de staten resulteert in belastingheffing die in strijd is met het verdrag en (ii) geen overeenstemming is bereikt door de staten binnen twee jaar na aanvang van de MAP. Het niet toekennen van verdragsvoordelen is echter niet in strijd met het verdrag als de MAP-tiebreaker van toepassing is, zelfs niet indien staten niet tot overeenstemming komen over de fiscale vestigingsplaats. Indien de staten geen besluit nemen, kan de vennootschap hier dus geen rechtsmiddelen tegen aanwenden.

## 3 Grensoverschrijdende omzetting

### 3.1 Wettelijk kader grensoverschrijdende omzetting

Op grond van de incorporatieleer wordt een vennootschap beheerst door het recht van de staat waarin deze vennootschap is opgericht.<sup>24</sup> De incorporatieleer wordt gehanteerd in het Nederlandse vennootschapsrecht: een rechtspersoon met een statutaire zetel in Nederland wordt beheerst door het Nederlandse vennootschapsrecht (ongeacht waar de werkelijke zetel van de

17 Zie o.a. S.A. Rienks, ‘De nieuwe corporate tiebreaker van art. 4, lid 3, OESO-Modelverdrag’, *MBB* 2018, nr. 6; T. Bender & S. Kamman, ‘Het belastingverdrag met het Verenigd Koninkrijk 2008. Antimisbruik wint het van de rechtszekerheid’, *WFR* 2011/44.

18 Ter vergelijking, in het belastingverdrag tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk is expliciet opgenomen dat het lichaam gedurende de MAP een beroep kan doen op het voorkeursartikel.

19 Zie par. 24.4 van het OESO-commentaar (2017) op art. 4 lid 3.

20 F.P.G. Pötgens & E.M.L. Kool, ‘Nederland en het Multilaterale Instrument: een stand van zaken’, *WFR* 2018/206, onderdeel 5.2.

21 Zie A. Bosman e.a., ‘Goedkeuringswetsvoorstel multilateraal instrument naar Tweede Kamer’, *NLFiscaal*, *NLF* 2018/0103, p. 51, De auteurs geven aan dat terugwerkende kracht bijvoorbeeld mogelijk is tot het moment van ontstaan van de dubbele vestigingsplaats of het begin van de MAP. Zie ook S.A. Rienks, ‘De nieuwe corporate tiebreaker van art. 4, lid 3, OESO-Modelverdrag’, *MBB* 2018, nr. 6, par. 5.

22 Besluit Fiscaal Bestuursrecht van 9 mei 2017 nr. 2017-1209, par. 23, onderdeel 16.

23 Explanatory Statement to the Multilateral Convention (2017), par. 58.

24 Landen die de incorporatieleer aanhangen zijn onder andere Nederland, het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken, zie M.J. Kroeze, *De rechtspersoon*, Asser 2-I, 2015/373, nr. 373.

vennootschap is gevestigd).<sup>25</sup> Ook in het fiscale recht geldt de incorporatieleer: een vennootschap opgericht naar Nederlands recht wordt op grond van de oprichtingsfictie van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 geacht in Nederland te zijn gevestigd en blijft binnenlands belastingplichtig. Naast de oprichtingsfictie wordt in de fiscale wet ook aangesloten bij de werkelijke vestigingsplaats.<sup>26</sup> Doorslaggevend is hier waar het lichaam feitelijk wordt geleid.<sup>27</sup>

Vooralsnog ontbreekt regelgeving op het gebied van grensoverschrijdende omzettingen in zowel de civiele als fiscale wetgeving.<sup>28</sup> Op 25 april 2018 heeft de Europese Commissie een voorstel van een richtlijn gepubliceerd, op grond waarvan de lidstaten (onder meer) gehouden zijn procedurele regels te implementeren om de grensoverschrijdende omzettingen van kapitaalvennootschappen binnen de EU/EER te faciliteren.<sup>29</sup> Het richtlijnvoorstel laat de fiscale wetgeving onverlet.<sup>30</sup>

Grensoverschrijdende omzettingen vinden thans plaats op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.<sup>31</sup> De Staatssecretaris van Financiën heeft in zijn besluit van 3 april 2017 aangegeven dat van geval tot geval dient te worden beoordeeld welke rechtsgevolgen het

recht aan de grensoverschrijdende omzetting verbindt.<sup>32</sup> Bij een inbound omzetting 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 daarentegen geen step-up.<sup>33</sup> Indien en voor zover bij een outbound omzetting de Nederlandse belastingplicht eindigt,<sup>34</sup> vindt een eindafrekening plaats op grond van art. 15c Wet VPB 1969.<sup>35</sup> Een grensoverschrijdende omzetting zal niet leiden tot een eindafrekening in Nederland indien alleen de juridische rechtsvorm verandert, terwijl de materiële situatie ongewijzigd blijft.

De dividendbelasting kent geen eindafrekeningsbepaling, waardoor dividendbelastingclaims Nederland geruisloos kunnen verlaten. Een vennootschap die is omgezet naar buitenlands recht zal op grond van de oprichtingsfictie nog steeds worden geacht in Nederland te zijn gevestigd voor dividendbelastingdoeleinden. Echter, het verbod van extraterritoriale dividendbelastingheffing – zoals in de meeste Nederlandse verdragen is opgenomen – zorgt ervoor dat Nederland zijn heffingsrecht niet mag uitoefenen indien de vennootschap verdragsinwoner is van een ander verdragsland.<sup>36</sup> Doordat de dividendbelasting ook geen eindafrekening kent, kan een dividendbelastingclaim bij een grensoverschrijdende omzetting moedwillig worden afgeschud. Het is echter ook goed mogelijk dat de vestigingsstaat van de omgezette vennootschap geen step-up verleent voor de dividendbelasting waardoor een bronheffingsclaim wordt gevestigd ter zake van de winst- en stille reserves van deze vennootschap opgebouwd in Nederland.<sup>37</sup> In zo'n

25 De statutaire zetel van een naamloze of besloten vennootschap is – behoudens uitzonderlijke situaties – altijd in Nederland gelegen, zie art. 2:66 lid 3 BW en art. 2:177 lid 3 BW.

26 Art. 2 lid 1 Wet VPB 1969 en art. 4 AWR.

27 HR 23 september 1993, BNB 1993/193.

28 In de wet is de binnenlandse omzetting geregeld in art. 2:18 BW en art. 28a Wet VPB 1969.

29 Richtlijnvoorstel COM (2018) 241 van 25 april 2018 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen en zie tevens de update van Presidency Compromise Proposal van 18 december 2018, nr. 15678/18, die op 7 januari 2019 werd besproken in de Working Party on Company Law.

30 Zie o.a. preambule 46 en 47 van het richtlijnvoorstel. In het richtlijnvoorstel van 25 april 2018 waren fiscale antimisbruikbepalingen opgenomen (art. 86c lid 3 en art. 160d lid 3). Deze bepalingen zijn verdwenen in het aangepaste voorstel van 18 december 2018. De NOB had tegen de fiscale bepalingen materiële en procedurele bezwaren geuit, zie het NOB-commentaar van 29 januari 2018. Zie in dit verband ook G.T.K. Meussen, 'Het richtlijnvoorstel met betrekking tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen: een opmerkelijke fiscale paragraaf', NTFR 2018/1329.

31 Dat een grensoverschrijdende omzetting met behoud van rechtspersoonlijkheid mogelijk is volgt onder meer uit HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87 (Daily Mail), Jur. 1988/5483; HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (Überseering), NJ 2003/58; HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (Cartesio), NJ 2009/202 en HvJ EU 12 juli 2012, nr. C-378/1010 (Vale Építési Kft), HvJ EU 25 oktober 2017, nr. C-106/16 (Polbud).

32 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 april 2017, nr. 2017/116, Stcrt. 2017, 38087.

33 Het niet verlenen van een step-up kan tot een risico van dubbele heffing leiden indien het oorsprongland 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.

34 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 tiebreaker van het verdrag inwoner wordt van een andere staat, waardoor Nederland zijn heffingsrecht niet meer kan uitoefenen.

35 Op grond van art. 25a Invorderingswet 1990 kan uitstel van betaling worden verleend in het geval van grensoverschrijdende omzettingen binnen de EU/ EER.

36 Art. 10 lid 5 van het OESO-modelverdrag. De Hoge Raad heeft het verbod van extraterritoriale heffing bevestigd in HR 2 september 1992, nr. 26 059, BNB 1992/379c.

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

geval wordt de Nederlandse dividendbelastingclaim weliswaar afgeschud, maar is er mogelijk geen sprake van het (geheel) ontgaan van dividendbelasting.

### 3.2 Oprichtingsfictiefictie en dubbele vestigingsplaats

De Staatssecretaris van Financiën heeft in zijn besluit van 5 februari 2018<sup>38</sup> het vergaande standpunt ingenomen dat een Nederlandse rechtspersoon op grond van de oprichtingsfictie óók na de grensoverschrijdende omzetting belastingplichtig blijft in Nederland. Volgens de staatssecretaris betekent ooit opgericht naar Nederlands recht: altijd opgericht naar Nederlands recht. Als gevolg hiervan blijft een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap altijd binnenlands belastingplichtig in Nederland. Een vennootschap kan ná de grensoverschrijdende omzetting dus nog steeds worden uitgenodigd door de Nederlandse fiscus tot het doen van aangifte.<sup>39</sup>

Verdragen sluiten voor fiscaal inwonerschap aan bij de nationale wetgeving van de verdragsstaten.<sup>40</sup> Derhalve heeft de toepassing van de oprichtingsfictie tot gevolg dat de vennootschap na de omzetting nog steeds binnenlands belastingplichtig is in Nederland en derhalve een inwoner is van Nederland onder het verdrag.

Meestal zal een vennootschap als gevolg van een grensoverschrijdende omzetting ook inwoner zijn van de andere staat. In dat geval dient de tiebreaker in het verdrag uitsluitsel te geven over de fiscale vestigingsplaats van de vennootschap. In de staat waarvan de vennootschap op grond van de tiebreaker inwoner is, zal deze onbeperkt belastingplichtig zijn. In de andere staat (de verliezende staat) zal de vennootschap slechts onderworpen zijn aan belasting over bepaalde bronnen van inkomsten. Dit werkt tevens door in verdragen met derde landen: indien de vennootschap in de betreffende staat niet onbeperkt belastingplichtig is, zal zij geen inwoner zijn van die staat voor verdragen tussen die staat en derde landen.<sup>41</sup> Hierdoor zou zij mogelijk niet in aanmerking komen voor bepaalde voordelen in die derde-verdragen.

<sup>38</sup> *Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 5 februari 2018, nr. 2018-5551, Stcrt. 2018, 8600.*

<sup>39</sup> *Op grond van het besluit van 5 februari 2018, nr. 2018-5551 kan de inspecteur afzien van een 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 verliest).*

<sup>40</sup> *Art. 4 lid 1 OESO-modelverdrag.*

<sup>41</sup> *Zie par. 8.2 van het OESO-commentaar (2017) op art. 4. Zie ook HR 28 februari 2001, nr. 35 557, ECLI:NL:HR:2001:AB0296, BNB 2001/295, m.nt. S. van Weeghel (Drielandenpunt-arrest).*

## 4 De MAP-tiebreaker bij grensoverschrijdende omzettingen

### 4.1 Dubbele belastingheffing

Onder de MAP-tiebreaker blijft een vennootschap die grensoverschrijdend wordt omgezet in beginsel verdragsinwoner van Nederland. Een outbound omzetting zal daarom niet leiden tot een eindafrekening over het vermogen in Nederland onder art. 15c Wet VPB 1969. Een eindafrekening in Nederland zal pas plaatsvinden indien Nederland de “verliezende” staat is onder de MAP-tiebreaker, dus indien de staten overeenkomen dat de vennootschap geen inwoner meer is van Nederland maar van de andere staat. Indien de staten dit met terugwerkende kracht zijn overeengekomen, zal de vennootschap mogelijk haar belastingpositie over voorgaande belastingtijdvakken moeten aanpassen, aangezien een eindafrekening dan al eerder had moeten plaatsvinden. Aan de andere kant zal een inbound omzetting voor de vennootschapsbelasting wel leiden tot een step-up van de activa en passiva van de vennootschap naar de waarde in het economische verkeer op het moment van de omzetting.

.....

**“Indien de staten  
overeenstemming bereiken  
over de vestigingsplaats  
maar hier geen  
terugwerkende kracht aan  
toekennen, bestaat er een  
risico op dubbele heffing”**

.....

Ook een vennootschap die in het verleden naar buitenlands recht is omgezet, is een dual resident onder de MAP-tiebreaker (de staatssecretaris vindt immers dat zo’n vennootschap ooit naar Nederlands recht is opgericht waardoor de oprichtingsfictie van toepassing is). Dit kan tot ongewenste gevolgen leiden. Te denken valt aan de situatie dat de omgezette vennootschap op grond van de werkelijkeleiding-tiebreaker geen verdragsinwoner meer is van Nederland (de verliezende staat) en ten tijde van de outbound omzetting al heeft afgerekend in Nederland op grond van art. 15c Wet VPB 1969. Het is nog maar de vraag of Nederland in deze gevallen een step-up verleent indien de vennootschap weer verdragsinwoner wordt van Nederland als gevolg van de MAP-tiebreaker. Deze vennootschap is immers altijd al binnenlands belastingplichtig geweest op

grond van de oprichtingsfictie.<sup>42</sup> Daarnaast is het de vraag of afspraken die zijn gemaakt met de Belastingdienst in verband met de omzetting nog geldig zijn voor de toekomst.

Indien de staten overeenstemming bereiken over de vestigingsplaats maar hier geen terugwerkende kracht aan toekennen, bestaat er een risico op dubbele heffing. In dat geval blijft de vennootschap gedurende de overlegperiode inwoner van beide staten. Bij een inbound omzetting verleent Nederland een step-up naar de waarde in het economische verkeer op het moment van de omzetting. Als het oorsprongland (net als Nederland) pas afrekent op het moment dat hij als “verliezende” staat is aangewezen, worden de winsten, reserves en goodwill die zijn aangegroeid in de periode vanaf de omzetting tot de overeenkomst tussen de staten mogelijk dubbel belast.

Hierna zal het risico op dubbele heffing worden geïllustreerd aan de hand van drie voorbeelden. De uitgangspunten in deze voorbeelden zijn steeds (i) dat een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap (hierna BV) wordt omgezet naar het recht van Land X, (ii) dat na de grensoverschrijdende omzetting BV zowel inwoner is van Nederland (op grond van de oprichtingsfictie) als van Land X; (iii) dat de MAP-tiebreaker in de plaats is getreden van de werkelijkeleiding-tiebreaker in het verdrag en (iv) dat het verdrag NL-Land X OESO conform is. In deze voorbeelden ga ik er steeds van uit dat de omzetting gepaard is gegaan met een verplaatsing van de feitelijke leiding vanuit Nederland naar Land X.

#### 4.2 Voorbeeld 1: vaste inrichting

BV heeft een vaste inrichting in Land X en verricht geen activiteiten in Nederland. Onder de werkelijkeleiding-tiebreaker zou BV na de omzetting verdragsinwoner zijn van Land X (winnende staat). Nederland (verliezende staat) zou geen heffingsrecht hebben over de inkomsten van de vaste inrichting in Land X. Onder de MAP-tiebreaker blijft BV verdragsinwoner van Nederland en Land X zolang de staten geen overeenstemming hebben bereikt over de fiscale vestigingsplaats. Het inkomen van de vaste inrichting van BV mag dan zowel in Nederland als in Land X worden belast. Daarnaast hoeft geen van de staten voorkoming van dubbele belasting te verlenen (tenzij anders is overeengekomen). Dubbele belastingheffing kan dan alleen unilateraal worden voorkomen.

Nederland zal in dit voorbeeld geen voorkoming van dubbele belasting verlenen op grond van unilaterale regels. Art. 15e Wet VPB 1969 voorziet in een objectvrijstelling voor opbrengsten die toerekenbaar zijn aan een vaste inrichting in een andere staat. De objectvrijstelling maakt een onderscheid tussen verdragsituaties en niet-verdragsituaties. In verdragsituaties kan de objectvrijstelling worden toegepast “voor zover Nederland op grond van dat verdrag, (...) een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting dient te verlenen”.<sup>43</sup> Aan deze voorwaarde voor de objectvrijstelling is niet voldaan aangezien Nederland niet gehouden is een voorkoming te verlenen onder het verdrag. De objectvrijstelling voor niet-verdragslanden geldt mijns inziens ook niet. Op grond van art. 15e lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 geldt deze “voor zover in de relatie tot de andere staat niet een verdrag als bedoeld in onderdeel a van kracht is en niet een regeling als bedoeld in onderdeel a is getroffen”. Aangezien tussen Nederland en Land X juist wel een verdrag van kracht is, is onderdeel b hier niet van toepassing. Ik concludeer dat in dit voorbeeld Nederland geen voorkoming van dubbele belasting verleent. De MAP-tiebreaker brengt daarom een risico van dubbele heffing mee.

#### 4.3 Voorbeeld 2: dividendinkomen

BV ontvangt een dividend van een vennootschap uit Land X waarin zij een minderheidsbelang houdt. Onder de werkelijkeleiding-tiebreaker zou BV na de omzetting verdragsinwoner zijn van Land X (winnende staat) en zou Nederland (verliezende staat) niet mogen heffen over het dividendinkomen. Onder de MAP-tiebreaker blijft BV inwoner van beide staten totdat overeenstemming is bereikt over de fiscale vestigingsplaats. Nederland zal het dividend in beginsel mogen belasten (tenzij het dividend is vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling). Het dividend zou ook belast kunnen zijn in Land X. Onder de MAP-tiebreaker hoeft Nederland geen voorkoming van dubbele belasting te verlenen. Dubbele belasting kan dan alleen unilateraal worden voorkomen.

Nederland verleent op grond van het Bvdb 2001 slechts een voorkoming van dubbele belasting indien het dividend afkomstig is uit een ontwikkelingsland. Derhalve zullen de unilaterale voorkomingsregels van Nederland in de meeste gevallen geen soelaas bieden.<sup>44</sup> Wederom kan de MAP-tiebreaker in dit voorbeeld resulteren in dubbele belastingheffing.

<sup>42</sup> Een step-up zou redelijk zijn voor zover eerder is afgerekend onder art. 15c Wet VPB 1969.

<sup>43</sup> Art. 15e lid 2 onderdeel a Wet VPB 1969.

<sup>44</sup> Indien een recht op verrekening ontbreekt, heeft de belastingplichtige ook geen recht op kostenafrek, zie HR 27 augustus 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3273, BNB 1998/17.

#### 4.4 Voorbeeld 3: bronheffing

In het laatste voorbeeld keert BV een dividend uit aan haar aandeelhouder Y gevestigd in Land Y. In dit voorbeeld ga ik ervan uit dat Nederland en Land Y geen verdrag hebben gesloten. Nederland houdt in dit voorbeeld een bronheffing van 15% in op het dividend. Onder de werkelijkeleiding-tiebreaker zou BV na de omzetting verdragsinwoner zijn van Land X (winnende staat). Nederland (verliezende staat) zou op grond van het verbod van extraterritoriale heffing (art. 10 lid 5 OESO-modelverdrag) geen bronheffing mogen inhouden op de dividenduitkering. In beginsel beperkt het verbod van extraterritoriale heffing het heffingsrecht van Nederland indien BV verdragsinwoner is van de andere verdragsstaat (en Nederland dus de “verliezende” staat is onder de tiebreaker).<sup>45</sup>

Indien de MAP-tiebreaker geldt, blijft BV verdragsinwoner van beide staten (Nederland en Land X). Mijns inziens kan BV dan geen beroep doen op het verbod van extraterritoriale heffing in het verdrag tussen Nederland en Land X (tenzij staten anders overeenkomen). Als gevolg hiervan kunnen Nederland en Land X beide hun heffingsrecht over het dividend uitoefenen. In dit voorbeeld is er daarom een risico op dubbele bronheffing. Daarnaast is het de vraag of Land Y op grond van nationaal recht een voorkoming van dubbele belasting verleent of een verrekening toestaat van beide bronheffingen. De MAP-tiebreaker kan dus tot een risico van dubbele bronheffing leiden.

### 5 Conclusie en aanbevelingen

Een vennootschap die grensoverschrijdend wordt omgezet, blijft inwoner van Nederland op grond van de oprichtingsfictie. Een grensoverschrijdende omzetting kan resulteren in een dubbele vestigingsplaats. Onder de MAP-tiebreaker moet een vennootschap met een dubbele vestigingsplaats een onderling-overlegprocedure initiëren. In dit artikel heb ik uiteengezet dat aan de MAP-tiebreaker nadelen kleven voor de belastingplichtige, waaronder rechtsonzekerheid en een risico op dubbele belastingheffing.

De MAP-tiebreaker heeft een antimisbruikarakter, terwijl aan een grensoverschrijdende omzetting geen misbruik ten grondslag hoeft te liggen. Het is mijns inziens onwenselijk dat louter door de grensoverschrijdende

omzetting toegang tot de verdragsvoordelen wordt ontzegd. Daarbij komt dat vennootschappen die in het verleden zijn omgezet naar buitenlands recht en onder de werkelijkeleiding-tiebreaker geen verdragsinwoner (meer) zijn van Nederland, door de samenloop van de oprichtingsfictie en de MAP-tiebreaker weer verdragsinwoner van Nederland zijn. Ook deze vennootschappen moeten via de onderling-overlegprocedure uitsluitel krijgen over hun vestigingsplaats, terwijl zij voorheen een standpunt konden innemen op grond van de werkelijkeleiding-tiebreaker.

Voor de outbound omzetting is in de kern genomen de oprichtingsfictie de boosdoener. Zonder de oprichtingsfictie zou een grensoverschrijdende omzetting die gepaard gaat met een verplaatsing van de feitelijke leiding immers leiden tot het einde van de binnenlandse belastingplicht.

Gelet op het voorgaande kom ik tot de volgende aanbevelingen:

1. De oprichtingsfictie moet uit de wet worden geschrapt. Een grensoverschrijdende omzetting die gepaard gaat met een verplaatsing van de feitelijke leiding, leidt in dat geval tot een einde van de belastingplicht en een afrekening op grond van art. 15c Wet VPB 1969.
2. Nederland moet met de andere staat afspraken maken over de toepassing van bepaalde verdragsvoordelen zolang geen overeenstemming is bereikt over de fiscale vestigingsplaats. Zo zouden staten bijvoorbeeld kunnen afspreken dat een beroep op het voorkomingsartikel (art. 23a en b van het OESO-modelverdrag) en het verbod op extraterritoriale heffing (art. 10 lid 5 OESO-modelverdrag) mogelijk is voor zover hierop een beroep had kunnen worden gedaan zonder de grensoverschrijdende omzetting.
3. Aan de afspraak die staten maken met betrekking tot de vestigingsplaats zou terugwerkende kracht moeten worden verleend tot het moment van het ontstaan van de dubbele vestigingsplaats.
4. De arbitrageclausule moet op de MAP-tiebreaker van toepassing worden verklaard. Een vennootschap met een dubbele vestigingsplaats kan op grond van de tekst van het OESO-modelverdrag en het MLI geen beroep doen op de arbitrageclausule. Derhalve moet expliciet worden opgenomen in de arbitrageclausule dat deze openstaat voor gevallen waarin de staten onder de MAP-tiebreaker geen overeenstemming bereiken. Dit punt zal Nederland bilateraal met zijn verdragspartners moeten overeenkomen.
5. Nederland moet aan vennootschappen die grensoverschrijdend worden omgezet een unilaterale voorkoming van dubbele belasting verlenen op grond van nationale regels. In dit kader zou het Bvdb 2001 of art. 15e Wet VPB 1969 kunnen worden aangepast.

<sup>45</sup> De Hoge Raad heeft het verbod van extraterritoriale heffing bevestigd in HR 2 september 1992, nr. 26 059, BNB 1992/379c.