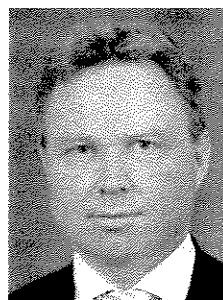


structuurregeling bij vergelijking van medezeggenschapsniveaus zal 'winnen', lijkt voor discussie vatbaar. De voorbeelden hiervoor tonen aan dat de in de structuurregeling vervatte vennootschappelijke medezeggenschap onder omstandigheden het onderspit delft. Ook kunnen onderhandelingen over de medezeggenschap of de referentievoorschriften ertoe leiden dat ook in het geval dat een Nederlandse vennootschap verkrijgende vennootschap is, in de statuten van deze vennootschap een medezeggenschapssysteem wordt vormgegeven dat afwijkend is van de

Nederlandse systematiek. Indien duidelijk is dat onderhandeld moet worden over de medezeggenschap (dat is in ieder geval aan de orde indien bij een van de fuserende vennootschappen een systeem van medezeggenschap geldt terwijl er (gemiddeld) meer dan 500 werknemers zijn) dan kan het verstandig zijn gebruik te maken van de mogelijkheid die art. 18 lid 4 sub a RL (art. 2:333k lid 3 Implementatievoorstel) biedt om zonder het proces van onderhandelingen te besluiten direct de referentievoorschriften toe te passen.

Fiscale aspecten van grensoverschrijdende fusie (en omzetting)



Prof. mr. J.W. Bellingwout*

1. Inleiding

Grensoverschrijdende (juridische) fusie is vanuit fiscaal oogpunt een aantrekkelijk instrument. Het maakt fiscale reorganisaties mogelijk die voorheen slechts met omwegen konden worden uitgevoerd. Denk bijvoorbeeld aan een multinationale onderneming die haar tussenholding uit de ene lidstaat wil vervangen door een tussenholding uit een andere lidstaat. Tot nog toe kon dit worden verwezenlijkt door middel van een aandelenruil waarbij de aandelen in de 'oude' tussenholding worden ingebracht in de 'nieuwe' tussenholding, gevolgd door liquidatie van de 'oude' tussenholding in de 'nieuwe' tussenholding. De aandelen in de dochters van de 'oude' tussenholding worden in dat geval ten titel van liquidatie-uitkering in natura overgedragen aan de nieuwe tussenholding, hetgeen evenveel leveringshandelingen impliceert als er dochtermaatschappijen zijn. Na het toestaan van grensoverschrijdende fusie kan dit eenvoudig plaatsvinden door de 'oude' tussenholding als verdwijnende vennootschap te laten fuseren met de nieuwe tussenholding, waarbij de aandelen in alle dochtermaatschappijen onder algemene titel overgaan. Ook het opschonen van holdingstructuren kan nu plaatsvinden door een holdingvennootschap in haar buitenlandse (EU of EER) moeder met het instrument van de juridische fusie te laten opgaan. Een derde voorbeeld waarin grensoverschrijdende fusie zeer welkom is, betreft het omzetten van dochtermaatschappijen in 'vaste inrichtingen' (filialen), hetgeen met behulp van juridische fusie veel eenvoudiger uitvoerbaar is dan liquidatie van de dochtermaatschappij, en in veel gevallen ook fiscaal voordeliger. Zo is bij liquidatie de kans groot dat het recht op verliescompensatie (carry forward) bij de

dochter teniet gaat, terwijl in geval van fusie de fiscale fusierichtlijn als hoofdregel voorschrijft dat het recht op verliescompensatie overgaat op de achterblijvende vaste inrichting. Daarnaast biedt de mogelijkheid van grensoverschrijdende fusie een uitkomst aan vennootschappen die willen vertrekken uit hun fiscale jurisdictie. In een groot aantal lidstaten is dit niet mogelijk zonder ontbinding en omdat ontbinding doorgaans ingrijpende fiscale gevolgen voor zowel de vennootschap als haar aandeelhouder(s) meebrengt, wordt verplaatsing van de feitelijke leiding als 'second best' alternatief veelvuldig toegepast in de (fiscale) praktijk. De verplaatsing van de feitelijke leiding (place of effective management) heeft in de relatie tot verdragslanden het gevolg, dat (doorgaans) het nieuwe feitelijke vestigingsland de vennootschap als fiscaal inwoner mag behandelen en dus als binnenlands belastingplichtige mag belasten over haar wereldwijde inkomen, terwijl het oorspronkelijke vestigingsland de vennootschap nog slechts mag belasten over inkomsten uit dat land. Een complicatie die bij deze fiscale 'zetelverplaatsing' kan optreden indien het land van vertrek het incorporatiestelsel hanteert (zoals in Nederland het geval is), is dat de verplaatste vennootschap nog steeds de vennootschapsrechtelijke 'nationaliteit' bezit van haar oprichtingsland, dat wil zeggen: aan het 'vennootschapsstatuut' van haar oprichtingsland blijft onderworpen, terwijl goed mogelijk is dat de vennootschap eveneens onder

* Hoogleraar belastingrecht aan de Vrije Universiteit, Amsterdam, en advocaat/belastingadviseur te Amsterdam.

het bereik van het vennootschapsrecht van haar nieuwe vestigingsland valt, zodat een dubbele vennootschapsrechtelijke 'nationaliteit' is geboren.¹ Ook blijft de vennootschap in een aantal landen, waaronder Nederland, voor de binnenlandse belastingwet op grond van haar oprichting binnenlands belastingplichtig, ook al is de feitelijke leiding van de vennootschap naar een verdragsland verplaatst, zodat zij ondanks de toewijzing van de heffingsbevoegdheid over haar winst aan haar nieuwe feitelijke vestigingsland, nog steeds moet voldoen aan fiscale verplichtingen haar opgelegd door haar oorspronkelijke vestigingsland. De fiscale problematiek van 'dual resident' vennootschappen, heeft al heel wat pennen in beweging gezet. Een juridische fusie van de vennootschap waarin zij opgaat in een vennootschap in het beoogde nieuwe vestigingsland (bijv. een fusie met een voor dit doel in het betreffende land nieuw opgerichte dochtermaatschappij) verlost de praktijk (zowel de civiele als fiscale) van veel complicaties.

2. Fiscale Fusierichtlijn (90/434/EEG)

2.1 Inleiding

Het gebeurt niet vaak dat een fiscale faciliteit beschikbaar is voor transacties die juridisch (nog) niet mogelijk zijn. In dat verband is het aardig om te constateren dat op Europees niveau de fiscale begeleiding van de grensoverschrijdende fusie al zo'n vijftien jaar vooruit loopt op de regeling van deze fusievorm zelf in de 10e richtlijn (2005/56/EC, d.d. 25 oktober 2005). De fiscale fusierichtlijn (90/434/EEG) dateert van 23 juli 1990 en diende te zijn geïmplementeerd in de wetgeving van de lidstaten vóór 1 januari 1992. De fiscale fusierichtlijn bevat een, zij het beperkte, fiscale 'doorschuifafaciliteit' voor vennootschappen en hun aandeelhouders, betrokken bij verschillende vormen van grensoverschrijdende reorganisaties, waaronder juridische fusie. Andere grensoverschrijdende transacties die onder het bereik van de fiscale fusierichtlijn vallen zijn: aandelenruil, inbreng van activa tegen uitreiking van aandelen, zuivere splitsing en (sinds 1 januari 2007²) afsplitsing, alsmede (sinds 1 januari 2006³) zetelverplaatsing van een SE of SCE.⁴

Voor wat betreft de fiscale faciliteit voor de grensoverschrijdende (juridische) fusie was de fiscale fusierichtlijn tot aan de inwerkingtreding van de SE-verordening – in Nederland althans – een dode letter. Voor die tijd was grensoverschrijdende fusie van een Nederlandse met een buitenlandse vennootschap (verkrijgend of verdwijnend) niet wettelijk geregeld, en slechts enkele auteurs bepleitten dat dit niet aan de uitvoering van een grensoverschrijdende fusie in de weg hoefde te staan.⁵ Pas met ingang van 8 oktober 2004 is dit veranderd, omdat met de inwerkingtreding van de SE-verordening is vastgelegd dat kapitaalvennootschappen van het NV type grensoverschrijdend kunnen fuseren in het kader van de oprichting van een SE. Kort daarop zette het Hof van Justitie in het arrest SEVIC Systems AG van 13 december 2005⁶ de deur

ook open voor grensoverschrijdende fusies buiten de context van oprichting van een SE.⁷

De fiscale begeleiding van de fiscale fusierichtlijn ten aanzien van grensoverschrijdende splitsing en afsplitsing – in termen van de fiscale fusierichtlijn: 'gedeeltelijke splitsing' – blijft voor de Nederlandse fiscale praktijk nog steeds een dode letter. Het valt te betreuren dat Nederland bij de implementatie van de 10e richtlijn de kans niet heeft aangegrepen om tevens de grensoverschrijdende splitsing te regelen. Het Nederlandse vestigingsklimaat zou dit zeker ten goede komen. Er is een zuinige interpretatie van het SEVIC-arrest voor nodig om te concluderen dat het toestaan van de mogelijkheid van splitsing of afsplitsing in interne situaties, maar het onthouden daarvan in grensoverschrijdende (EU- en EER-)situaties, niet in strijd komt met de fundamentele vrijheden van het EG-Verdrag.⁸

2.2 Rechtsvormen: implementatievoorstel

Het implementatiewetsvoorstel van de 10e richtlijn stelt de grensoverschrijdende fusie open voor statutair in Nederland gevestigde NV's, BV's en SCE's. NV's en BV's kunnen fuseren met kapitaalvennootschappen naar het recht van andere lidstaten van de EU en de EER; SCE's kunnen fuseren met coöperatieve vennootschappen opgericht naar het recht van andere lidstaten van de EU en de EER (voorgesteld art. 2:333c BW). De Europese vennootschap (SE) is hier niet genoemd⁹, maar ik mag aannemen dat de SE op dezelfde voet als de NV kan fuseren met kapitaalvennootschappen (inclusief SE's) opgericht naar het recht van (c.q. statutair gevestigd in, waar het de SE betreft) andere lidstaten, ook indien die

- Overigens staat dit gevolg – voor wat betreft verplaatsingen binnen de EU – ter discussie, nu na de arresten van het HvJ EG inz. Inspire Art Ltd. (30 september 2003, zaak C-167/01, NJ 2004/394) en Überseering BV (5 november 2002, zaak C-208/00, NJ 2003/58) mag worden aangenomen dat het immigratieland niet meerbevoegd is om haar eigen vennootschapsstatuut op te leggen aan de vreemdrechtelijke vennootschap die rechtsgeldig naar haar oprichtingsrecht blijft bestaan.
- Art. 2 van richtlijn 2005/19/EG van 17 februari 2005, ter aanpassing van richtlijn 90/434/EEG.
- Idem.
- SE en SCE staan respectievelijk voor Societas Europaea (Europese vennootschap) en Societas Cooperativa Europaea (Europese coöperatieve vennootschap).
- G. van Solinge, Grensoverschrijdende fusie, diss. VU 1994; P. Vlas, Rechtspersonen, Praktijkreeks IPR nr. 9, Kluwer-Deventer 2002, blz. 162-163 en de aldaar vermelde literatuur.
- Zaak C-411/03.
- Over de reikwijdte van het arrest heerst overigens geen eenstemmigheid; zie hieromtrent het advies van de Adviescommissie vennootschapsrecht over grensoverschrijdende fusie, par. 5-10. Zie voorts de beschikking van de kantonrechter te Amsterdam van 29 januari 2007, kenmerk EA 06-3338 (Ondernemingsrecht 2007, blz. 175), waarin een grensoverschrijdende fusie wordt toegelaten waarbij de Nederlandse vennootschap de verdwijnende vennootschap is.
- Zie hieromtrent de MvT bij het implementatiewetsvoorstel, TK 2006-2007, 30 929, nr. 3 (hierna: "MvT"), blz. 2-3, alsmede de NnavV, TK 2006-2007, 30 929, nr. 7 (hierna: "NnavV"), blz. 1-3.
- Zie hierover: W.J.M. van Veen, Het wetsvoorstel grensoverschrijdende fusies, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2007, blz. 72, lk.

fusie niet leidt tot de oprichting of vorming van een SE.¹⁰ Dit vloeit immers voort uit het voorschrift van art. 9 lid 1 sub c ten tweede SE-Verordening (hierna: "SE-Vo") voor de SE met binnenlandse statutaire zetel en art. 10 SE-Vo voor de SE met buitenlandse statutaire zetel.¹¹ Of dit betekent dat een Nederlandse SE ook kan fuseren met een reeds bestaande, als verkrijgende vennootschap optredende Duitse SE (derhalve zonder op de voet van de SE-Verordening een SE te vormen of op te richten) is echter de vraag. Om voor "een kapitaalvennootschap die is opgericht naar het recht van een andere lidstaat" in het voorgestelde art. 2:333c lid 1 BW ook een SE met statutaire zetel in de andere lidstaat te lezen, vergt enige flexibiliteit, aangezien een statutair in een andere lidstaat gevestigde SE niet is 'opgericht naar' het recht van die lidstaat. Zij ontleent haar rechtspersoonlijkheid immers aan Europees recht (de SE-Verordening). Voor de wetgever was deze kwestie destijds, bij aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de SE-Verordening, aanleiding om in de fiscale vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Wet vennootschapsbelasting 1964 (hierna: "Vpb") – die uitsluitend geldt voor naar Nederlands recht opgerichte lichamen – een bruggetje te slaan met de toevoeging, in een nieuwe tweede volzin, dat "[e]n Europese naamloze vennootschap die bij haar oprichting werd *beheerst door* Nederlands recht, (...) voor de toepassing van de eerste volzin geacht [wordt] te zijn *opgericht naar* Nederlands recht" [curs. JWB].¹²

Voorts valt op dat in het implementatiewetsvoorstel open-end beleggingsinstellingen van de mogelijkheid van grensoverschrijdende juridische fusie zijn uitgezonderd, overigens conform art. 3 lid 3 van de 10e richtlijn. De reden voor deze uitsluiting is mij, ondanks de uitgebreide toelichting in de Nota naar aanleiding van het Verslag¹³, niet geheel duidelijk. Voor de fiscale praktijk is de uitsluiting van beleggingsinstellingen een belangrijk gegeven, dat mogelijkwerijs de vestiging van een VBI¹⁴ of open-end FBI¹⁵ met UCITS-status¹⁶ in Nederland minder aantrekkelijk maakt, indien andere landen de mogelijkheid van grensoverschrijdende fusie van concurrerende beleggingsfondsen wel toelaten.

Indien de VBI of FBI de rechtsvorm bezit van een SE kan zij ook haar zetel naar een andere lidstaat verplaatsen en aldus de Nederlandse jurisdictie verlaten. De gevolgen lijken mij van overeenkomstige aard. Daarnaast kan de VBI of FBI, indien zij de rechtsvorm van een NV bezit, grensoverschrijdend fuseren in het kader van de oprichting van een SE, zoals ook in de Nota naar aanleiding van het Verslag is opgemerkt.¹⁷

2.3 Rechtsvormen: fiscale fusierichtlijn

De fiscale fusierichtlijn heeft een veel ruimer bereik. Voor wat betreft Nederlandse vennootschappen die bij de grensoverschrijdende fusie betrokken mogen zijn, ziet de richtlijn niet alleen op SE's, SCE's, NV's, en BV's, maar ook op: open CV's, coöperaties, onderlinge waarborg-

maatschappijen, fondsen voor gemene rekening, verenigingen op coöperatieve grondslag, verenigingen die op onderlinge grondslag als verzekeraar of als kredietinstelling optreden, en andere vennootschappen opgericht naar Nederlands recht en onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting.¹⁸ Voor wat betreft de buitenlandse vennootschappen waarmee wordt gefuseerd bevat de bijlage bij de fusierichtlijn per lidstaat een opsomming van rechtsvormen waarop de richtlijn van toepassing is, met hetzelfde ruime karakter als bovenstaande opsomming van Nederlandse rechtsvormen en dat veel verder strekt dan de categorie 'kapitaalvennootschap' of 'coöperatieve vennootschap' van het voorgestelde art. 2:333c BW. Voor de rechtsvormen die niet onder het bereik van de 10e richtlijn vallen is de fiscale fusierichtlijn derhalve vooralsnog¹⁹ een dode letter.

Een beperking ten opzichte van de 10e richtlijn, c.q. het Nederlandse implementatiewetsvoorstel, schuilt in de aanvullende eisen die de fiscale fusierichtlijn stelt voor de fiscale begeleiding van de grensoverschrijdende fusie: de fuserende vennootschappen dienen fiscaal gevestigd te

10. Immers, waar dit wel het geval is, wordt een dergelijke fusiemogelijkheid reeds (exclusief) geregeld in art. 2 lid 1 jo. art. 3 lid 1 SE-Vo. De fusie door overname tussen een verdwijnende SE uit een lidstaat en een verkrijgende, reeds bestaande SE uit een andere lidstaat lijkt mij overigens niet onder de SE-Verordening te vallen, omdat de verkrijgende vennootschap reeds de rechtsvorm van de SE bezit (zie ook: W.J.M. van Veen in: De Europese naamloze vennootschap (SE), Kluwer-Deventer 2004, blz. 57). Indien dit juist is, dient voor een dergelijke fusie (expliciet dan wel via de gelijkstelling van de SE met de NV) te worden teruggegrepen op nationaal recht.

11. Ik volg hier – gemakshalve – de visie van het Nederlandse Ministerie van Financiën, zie hieromtrent J.W. Bellingwout in: De Europese naamloze vennootschap (SE), Kluwer-Deventer 2004, blz. 246-248. Zie t.a.v. de fusie van een reeds bestaande SE ook MvT blz. 9.

12. Art. VII, onderdeel A, Wijzigingswet Overige fiscale maatregelen 2004, *Stb.* 2003, 527.

13. NnavV, blz. 11-12.

14. VBI staat voor 'vrijgestelde beleggingsinstelling' als bedoeld in een voorgesteld nieuw art. 6a Vpb. Dit is een beleggingsinstelling die niet is onderworpen aan vennootschapsbelasting en die niet inhoudingsplichtig is voor de dividendbelasting. Om voor dit fiscale regime in aanmerking te komen dient de VBI de status van beleggingsinstelling in de zin van art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht te hebben en tevens een open-end karakter. Zie het in de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel nr. 30 533 inzake de introductie van een regeling voor vrijgestelde beleggingsinstellingen.

15. FBI staat voor een fiscale beleggingsinstelling als bedoeld in art. 28 Vpb. Deze beleggingsinstelling is wel onderworpen aan vennootschapsbelasting (zij het tegen een tarief van 0%) en inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting, op voorwaarde dat zij haar winst binnen acht maanden na afsluiting van het boekjaar uitkeert aan haar aandeelhouders. De FBI heeft niet noodzakelijkerwijs UCITS-status.

16. UCITS staat voor 'Undertakings for the Collective Investment of Transferable Securities' als bedoeld in Richtlijn 85/611/EEG van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke, bestuursrechtelijke en administratieve bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's), zoals laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2005/1/EG op 9 maart 2005. Deze instellingen voor collectieve belegging in effecten kunnen, onder bepaalde voorwaarden, hun deelnemingsrechten overal in de EU aan het publiek aanbieden op basis van de autorisatie van één enkele lidstaat.

17. NnavV, blz. 11.

18. Zie de bijlage bij de aanpassingsrichtlijn van de fusierichtlijn, Richtlijn 2005/19/EG van 17 februari 2005, PbEG, L. 58/26-27, onderdelen (a) en (r).

19. Dat wil zeggen: bij de beperkte lezing van het SEVIC-arrest zoals het Ministerie van Justitie die kennelijk voorstaat, zie MvT blz. 2-3.

zijn in een EU lidstaat (volgens het belastingrecht van die lidstaat) en mogen niet als 'dual resident' vennootschap tevens gevestigd zijn in een derde land waarmee een belastingverdrag is gesloten dat het fiscale inwonerschap van de vennootschap aan dat andere land toewijst. Tevens dienen de fusierende vennootschappen zonder keuze-mogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld onderworpen te zijn aan een van de (inmiddels: 27) met name genoemde winstbelastingen van de EU lidstaten.²⁰ Of deze eisen aan toepassing van fiscale begeleiding in de weg staan, hangt af van de wijze waarop de richtlijn in de lidstaten is geïmplementeerd. Zo valt bijvoorbeeld de grensoverschrijdende fusie van een Nederlandse FBI (en haar aandeelhouders), die wél mogelijk is op grond van het implementatiewetsvoorstel, waarschijnlijk niet onder de reikwijdte van de fiscale fusierichtlijn omdat zij is onderworpen aan het 0%-tarief voor de vennootschapsbelasting.²¹ Ook een naar Nederlands recht opgerichte NV of BV die feitelijk gevestigd is in de Nederlandse Antillen, kan als verdwijnende (of verkrijgende) vennootschap gebruik maken van de mogelijkheid van grensoverschrijdende fusie²², maar deze fusievorm valt niet onder de reikwijdte van de fiscale fusierichtlijn omdat in de Belastingregeling voor het Koninkrijk de Antillen als woonland van de vennootschap wordt aangewezen.²³

Een tweede beperking van de fiscale fusierichtlijn ten opzichte van de Nederlandse implementatiewetgeving van de 10e richtlijn schuilt in het feit dat de fiscale fusierichtlijn niet van toepassing is op fusies met vennootschappen uit de drie EER landen Liechtenstein, Noorwegen en IJsland. Een Nederlandse BV kan (straks) derhalve wel op de voet van art. 2:333c BW fuseren met een Noorse kapitaalvennootschap, maar de fiscale fusierichtlijn ziet niet op een dergelijke fusie.²⁴

In sommige situaties lopen de beperkingen van de 10e richtlijn en die van de fiscale fusierichtlijn parallel. Zo valt de grensoverschrijdende fusie van een Nederlandse, nijvere stichting, onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting, met een buitenlandse, eveneens aan winstbelasting onderworpen stichting, niet onder de reikwijdte van de 10e richtlijn en evenmin onder die van de fiscale fusierichtlijn. Hetzelfde geldt voor de fusie van een VBI met een buitenlandse vennootschap. Slechts een beroep op de fundamentele vrijheden van het EG-Verdrag kan hier uitkomst bieden, zowel voor wat betreft de juridische (on)mogelijkheid van grensoverschrijdende fusie, als voor wat betreft de fiscaal nadelige gevolgen die in het geval van een dergelijke fusie kunnen optreden.

2.4 Fusievormen

De drie fusievormen beschreven in art. 2 lid 2 van de 10e richtlijn komen nagenoeg woordelijk overeen met de drie vormen van juridische fusie zoals beschreven in art. 2, onderdeel a, van de fiscale fusierichtlijn. Het betreft derhalve (i) de fusie door overname (waaronder de 'upstream' moeder-dochterfusie), (ii) de fusie door

oprichting, alsmede (iii) de 'downstream' moeder-dochterfusie. De eenzijdige uitbreiding door Nederland van de toegestane fusievormen met de driehoeksfusie in het voorgestelde art. 2:333c lid 3 BW wordt derhalve niet 'gedekt' door de fiscale fusierichtlijn. Nu de grensoverschrijdende driehoeksfusie slechts is toegestaan indien de verkrijgende vennootschap en de groepsvennootschap die de aandelen uitreikt een statutair in Nederland gevestigde SE, NV of BV is, lijkt dit vanuit Nederlands fiscaal perspectief geen groot gemis. De fiscaal nadelige gevolgen van de (driehoeks)fusie waarvoor de fiscale fusierichtlijn relevant is, concentreren zich immers vooral op de verdwijnende vennootschap en haar aandeelhouders en niet op de verkrijgende en de aandelenuitreikende vennootschap. Het echte fiscale probleem ligt derhalve (potentieel) bij de in de andere lidstaat gevestigde verdwijnende vennootschap en haar aandeelhouders die door middel van een driehoeksfusie met een Nederlandse vennootschap fuseert. Vanuit Nederlands fiscaal oogpunt kan worden opgemerkt dat het openstellen van de driehoeksfusie in grensoverschrijdende gevallen een zeer gewenst instrument is om een fiscale eenheid (voor de vennootschapsbelasting) tussen de verkrijgende vennootschap en haar moedermaatschappij niet te doen verbreken. Vanuit het perspectief van de fiscale fusierichtlijn doet zich in Nederland nog slechts in uitzonderlijke gevallen bij de driehoeksfusie een lacune voor, onder andere indien de aandeelhouders van de buitenlandse verdwijnende vennootschap in Nederland wonen of gevestigd zijn. Op grond van de nationale belastingwet wordt in dit geval echter 'gewoon' fiscale begeleiding geboden in Nederland.

2.5 De 10% grens

De (nagenoeg) woordelijke gelijkheid van de fiscale fusierichtlijn met art. 2 lid 2 van de 10e richtlijn ziet mede op het feit dat voor beide regelingen de bijbetaling in contanten niet meer dan 10% mag bedragen. Ook in de Nederlandse implementatiewetgeving van de 10e richtlijn

20. Art. 3 fiscale Fusierichtlijn.

21. Nota bene, dit zegt nog niets over de Nederlandse fiscale begeleiding, want die loopt niet één op één parallel met de fiscale fusierichtlijn. Zo hangt in de vennootschapsbelasting de vraag of de FBI recht heeft op doorschuiving van de fiscale boekwaarden (naar een vaste inrichting van de buitenlandse verkrijgende vennootschap) vooral af van de vraag of bij de verkrijgende rechtspersoon dezelfde bepalingen van toepassing zijn (hetgeen binnenkort mogelijk is, immers het regime voor FBI's wordt ook opengesteld voor niet in Nederland gevestigde vennootschappen).

22. Deze situatie kan zich voordoen, nu noch de 10e richtlijn, noch het implementatiewetsvoorstel van de 10e richtlijn – in lijn met het Nederlandse incorporatiestelstel en met de 10e richtlijn – verlangt dat het hoofdbestuur van de fusierende vennootschappen in de EU is gelegen.

23. De NV of BV kan voor de Nederlandse vennootschapsbelasting evenmin een beroep op de fiscale doorschuiffaciliteit doen, omdat de vennootschap niet feitelijk in Nederland gevestigd is. De vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Vpb geldt immers niet voor de doorschuiffaciliteit van art. 14b Vpb en art. 14b lid 10 Vpb verlangt wel dat de belastingplichtige feitelijk in Nederland of in een andere lidstaat van de EU is gevestigd.

24. Ook de Nederlandse doorschuiffaciliteit van art. 14b Vpb is niet van toepassing, omdat de Noorse vennootschap niet in een lidstaat van de EU is gevestigd.

wordt het 10% criterium gehanteerd.²⁵ Het is wellicht in dit kader relevant om te vermelden dat naar aanleiding van een fiscaal geschil in Denemarken aan het HvJ EG prejudiciële vragen zijn gesteld²⁶ over de toepassing van de fiscale faciliteit voor een grensoverschrijdende aandelenruil, waaraan in de fiscale fusierichtlijn – als voorwaarde voor fiscale begeleiding – eveneens een bijbetalingsgrens van 10% is gesteld.²⁷ In het voorliggende geval ruilde een Deense natuurlijke persoon zijn aandelen in zijn Deense vennootschap voor de aandelen in een daartoe nieuw opgerichte Ierse vennootschap, welke aandelenruil plaatsvond zonder enige bijbetaling in contanten. Daarna werd een groot deel van de winstreserves van de Deense vennootschap (belastingvrij) aan haar kersverse Ierse moedermaatschappij uitgekeerd, waarna de Ierse moedermaatschappij deze winstreserves belastingvrij doordeelde aan de Deense aandeelhouder. Deze laatste uitdeling vond plaats met gebruikmaking van een belastingvrijstelling in het Deens/Ierse belastingverdrag. Het overduidelijke en reeds van tevoren vaststaande doel van de aandelenruil was om de winstuitkering van de Deense vennootschap via de Ierse omweg vrij van Deense belastingheffing bij de aandeelhouder te laten plaatsvinden. De Deense belastingdienst stelt zich op het standpunt dat de aandelenruil en de meteen daarop volgende winstuitkering als een samenstel van rechtshandelingen moet worden beschouwd en dat in feite de winstuitkering, die ruimschoots 10% van de nominale waarde van de uitgegeven aandelen overtrof, als bijbetaling moet worden aangemerkt. Advocaat-Generaal Kokott heeft echter in stellige bewoordingen aangegeven dat de aandelenfusie en de daaropvolgende winstuitkering los van elkaar moeten worden beoordeeld, zodat de winstuitkering niet als bijbetaling in contanten bij de aandelenruil kan worden gezien. De winstuitkering vormt, aldus Kokott, geen tegenprestatie voor de inbreng van de aandelen in de Deense vennootschap en is evenmin een rechtens afdwingbare prestatie waartoe de Ierse vennootschap in haar hoedanigheid van tegenpartij bij de overeenkomst tot aandelenruil verplicht is. De tussenstand is derhalve dat een dergelijke post-fusie winstuitkering niet meetelt voor de vraag of aan het 10% criterium is voldaan.²⁸ De uitkomst van deze fiscale procedure zou naar analogie evenzeer van toepassing kunnen zijn op de reikwijdte van de 10%-grens van art. 2 lid 2 van de 10e richtlijn.

3. Fiscale doorschuiffaciliteiten

3.1. Nederlandse doorschuiffaciliteit (verdwijnende vennootschap)²⁹

Ten aanzien van de fiscale begeleiding van de grensoverschrijdende fusie vermeldt de Memorie van Toelichting bij het implementatiewetsvoorstel:³⁰

“De Raad van State adviseerde in de toelichting in te gaan op de fiscale behandeling van een grensoverschrijdende fusie. Voor juridische fusies gelden diverse

faciliteiten. Voor de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting komen deze er op neer dat bij de juridische fusie niet hoeft te worden afgerekend over de claim op de vermogensbestanddelen die onder algemene titel overgaan naar de verkrijgende rechtspersoon, en over de claim op de aandelen in de verdwijnende rechtspersoon (...). Deze fiscale begeleiding is niet beperkt tot binnenlandse fusies, maar geldt ook voor grensoverschrijdende fusies binnen de EU.”

Het voorgaande is maar ten dele waar. De tekst impliceert dat in het geheel niet hoeft te worden afgerekend door de (Nederlandse) verdwijnende vennootschap over de stille reserves en goodwill die overgaan op de verkrijgende vennootschap. Dit zet de onwetende lezer volstrekt op het verkeerde been, nu de hoofdregel juist luidt dat wél moet worden afgerekend³¹ en dat dit slechts niet het geval is voor stille reserves en goodwill verbonden aan vermogensbestanddelen resp. activiteiten die achterblijven in een Nederlandse ‘vaste inrichting’ of voor stille reserves ter zake van in Nederland gelegen onroerend goed. Met andere woorden, indien geen vaste inrichting of onroerend goed in Nederland achterblijft, moet over alle nog niet gerealiseerde meerwaarden, goodwill en fiscale reserves (waaronder bijv. een herinvesteringsreserve) het volle pond aan vennootschapsbelasting worden betaald door de verdwijnende vennootschap.³² De Nederlandse doorschuiffaciliteit geldt weliswaar ook in geval van grensoverschrijdende fusies, maar slechts indien en voor-

25. Art. 2:325 lid 1 jo. art. 311 lid 2 jo. het voorgestelde art. 2:308 lid 3 BW.

26. Conclusie A-G Kokott d.d. 8 februari 2007, inz. Hans Markus Kofeod vs. Skatteministeriet, zaak C-321/05.

27. Art. 2 onderdeel d van de fiscale fusierichtlijn.

28. Een andere vraag die in de conclusie aan bod komt is of de bewandelde route niet kan worden aangemerkt als belastingfraude of belastingontwijken als bedoeld in art. 11 lid 1 van de fiscale fusierichtlijn. Zo dit het geval is, mag een lidstaat toepassing van de fiscale faciliteit weigeren.

29. In deze paragraaf behandel ik alleen de Nederlandse fiscale positie van de Nederlandse verdwijnende vennootschap. Daarnaast is denkbaar de situatie dat een buitenlandse verdwijnende vennootschap haar Nederlandse vaste inrichting onder algemene titel overdraagt aan een Nederlandse verkrijgende vennootschap. Behandeling van deze situatie laat ik terwille van de eenvoud achterwege. De fiscale behandeling – zowel op grond van de nationale wet als op grond van de fiscale fusierichtlijn (art. 10) – is niet wezenlijk verschillend van eerstgenoemde situatie.

30. MvT blz. 7.

31. Art. 14b lid 1 Vpb. Overigens kan afrekening soms fiscaal voordelig zijn, bijvoorbeeld indien gebruik kan worden gemaakt van fiscaal compensabele verliezen die anders dreigen te verdampen. Na afrekening kan vervolgens – indien de activa achterblijven in een Nederlandse vaste inrichting – worden afgeschreven over deze geherwaardeerde boekwaarde.

32. Uiteraard wordt geen belasting in Nederland betaald door de verdwijnende vennootschap ter zake van objectief van belasting vrijgestelde winstbestanddelen, zoals koerswinst op aandelen in dochtermaatschappijen welk aandelenbezit kwalificeert voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling, of over buitenlandse vaste inrichtingswinst die op grond van een belastingverdrag of het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting in aanmerking komt voor toepassing van de evenredige belastingvrijstelling. Voor houdstervennootschappen is derhalve toepassing van de fiscale faciliteit veelal niet nodig.

zover 'latere heffing is verzekerd'.³³ Die latere heffing (bedoeld is uiteraard: latere heffing in Nederland) is niet verzekerd, indien onderliggende vermogensbestanddelen en activiteiten waaraan de meerwaarden zijn verbonden, met de fusie de grens overgaan en aldus buiten het bereik geraken van de Nederlandse fiscale jurisdictie. Art. 6 van de bij besluit vastgestelde 'standaardvoorwaarden' ter uitvoering van de fiscale doorschuiffaciliteit³⁴ verwoordt dit aldus:

"Voor zover tot de overgedragen onderneming vermogensbestanddelen behoren die na de overdracht niet meer aan de Nederlandse heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen, is de vrijstelling niet van toepassing op de overdrachtswinst die betrekking heeft op die vermogensbestanddelen."³⁵

Van de doorschuiffaciliteit voor vermogensbestanddelen/activiteiten die wél achterblijven in een Nederlandse vaste inrichting (c.q. in Nederland gelegen onroerend goed) kan uiteraard alleen gebruik worden gemaakt indien de verkrijgende vennootschap de fiscale boekwaarden van de verdwijnende vennootschap ter zake van deze vermogensbestanddelen overneemt, evenals de fiscale reserves. Met deze techniek wordt bereikt dat de Nederlandse fiscus zijn fiscale claim op de meerwaarden, goodwill en (open) fiscale reserves niet verliest. De claim wordt slechts doorgeschoven van de verdwijnende vennootschap naar de verkrijgende vennootschap. In feite behelst de doorschuiffaciliteit niet meer dan belastinguitstel voor binnen de Nederlandse fiscale jurisdictie achterblijvende meerwaarden, goodwill en fiscale reserves. Van afstel is geen sprake. Wonderlijk is dan ook de passage in de nota naar aanleiding van het verslag³⁶, waarin een andere voorwaarde voor toepassing van de fiscale doorschuiffaciliteit aan de orde is, namelijk de eis dat geen sprake is van het ontgaan of uitstellen van belasting (de zg. 'zakelijkheids-toets'). De nota vermeldt hierover:

"Overigens zal deze zakelijkheidsstoets vooral worden toegepast door de Belastingdienst van de lidstaat die door de grensoverschrijdende juridische fusie een fiscale claim zal verliezen. Een <<te soepele>> zakelijkheidsstoets zou dan eerder een stimulans zijn voor binnenlandse bedrijven om te vertrekken – en belastingheffing over de opgebouwde fiscale claims via een grensoverschrijdende fusie ontgaan (...)."

Naar uit het voorgaande mag blijken, wordt in deze passage ten onrechte de indruk gewekt dat bij toepassing van de fiscale faciliteit de Nederlandse fiscus zijn claim (definitief) zal verliezen en dat bij een te ruime toepassing van de doorschuiffaciliteit denkbaar is dat belasting wordt ontgaan. Een 'te ruime' toepassing van de doorschuiffaciliteit kan slechts tot gevolg hebben dat de heffing over de niet-gerealiseerde winst naar achteren wordt ver-

schoven, door de fiscale claim van de verdwijnende vennootschap op de (Nederlandse vaste inrichting van de) verkrijgende vennootschap te laten overgaan. De opmerking dat een lidstaat "door de grensoverschrijdende fusie een fiscale claim zal verliezen" moet dus naar het rijk der fabelen worden verwezen.

3.2 Nederlandse doorschuiffaciliteit (aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap)

Voor de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap geldt een vergelijkbare doorschuiffaciliteit. Voor aandeelhouders-natuurlijke personen houdt dit in dat zij niet hoeven af te rekenen over de waardestijging van hun aandelenbezit in de verdwijnende vennootschap (dat is namelijk de hoofdregel)³⁷, maar de boekwaarde c.q. verkrijgingsprijs van dit aandelenbezit mogen doorschuiven naar hun nieuw verworven aandelen in de verkrijgende vennootschap.³⁸ Deze aandelen hebben in dat geval dus dezelfde boekwaarde/verkoopingsprijs als de niet meer bestaande aandelen in de verdwijnende vennootschap. Ervan uitgaand dat voor de aandeelhouder de waarde van de verkregen aandelen in de verkrijgende vennootschap gelijk is aan die in de verdwijnende vennootschap, blijft de fiscale claim op de (ongerealiseerde) meerwaarde van de 'oude' aandelen voor de Nederlandse fiscus behouden en is deze claim alleen overgegaan van het ene aandelenpakket op het andere. Ook hier is dus geen sprake van claimverlies voor de Nederlandse fiscus maar slechts van uitstel van heffing over de meerwaarden. Uiteraard is het voorgaande alleen van belang voor aandeelhouders-natuurlijke personen die voor hun aandelenbezit worden belast in box 1 (ondernemers in de situatie dat het aandelenbezit behoort tot het ondernemingsvermogen) en in box 2 (aanmerkelijk-belanghouders met een belang van ten minste 5%). Aandeelhouders waarvoor geldt dat hun aandelenbezit belast wordt in box 3, hebben geen belang bij een doorschuiffaciliteit, omdat zij niet voor de koerswinst worden belast in box 3.

33. Art. 14b lid 2 Vpb. In MvT, blz. 7, wordt deze eis slechts en passant genoemd.

34. Besluit van 8 juli 1998, zoals laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 19 december 2000, nr. CPP 2000/313M.

35. Voor diegene die hier struikelt over de term 'overdracht': art. 14b lid 1 Vpb, waaraan het geciteerde besluit uitvoering geeft, bevat een fictie op grond waarvan de overgang onder algemene titel in het kader van een fusie wordt aangemerkt als een overdracht onder bijzondere titel aan de verkrijgende vennootschap (tegen de waarde in het economisch verkeer).

36. NnavV blz. 10.

37. Zie voor de ondernemer art. 3.57 lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: "IB"): "de belastingplichtige die is betrokken bij een overgang onder algemene titel in het kader van een fusie van een rechtspersoon, wordt geacht zijn aandelen in (...) de verdwijnende rechtspersoon ten tijde van de fusie te hebben vervreemd" (lees: tegen de waarde in het economisch verkeer). Voor de aandeelhouder met een aanmerkelijk belang geldt hetzelfde, zij het in iets andere bewoordingen (art. 4.16 lid 1 onderdeel d IB). Let op: ook vorderingen die de aandeelhouder heeft op de verdwijnende vennootschap worden geacht te zijn vervreemd tegen de waarde in het economisch verkeer.

38. Art. 3.57 lid 2 jo. lid 3 IB (box 1) en art. 4.41 lid 3 jo. art. 4.42 lid 3 IB (box 2).

De zojuist beschreven doorschuiffaciliteit geldt ook voor grensoverschrijdende fusies. Art. 3.57 lid 2 biedt immers de mogelijkheid van doorschuiving *"mits de verdwijnende en verkrijgende rechtspersoon in Nederland zijn gevestigd, of in de zin van art. 3.55, vijfde lid, in een lidstaat van de Europese Unie zijn gevestigd"*. De vestigingscriteria van art. 3.55 lid 5 IB zijn rechtstreeks ontleend aan de fiscale fusierichtlijn, en zien op (i) de rechtsvorm van de fuse-rende vennootschappen (die moet zijn vermeld in de bij-lage bij de fiscale fusierichtlijn), (ii) de fiscale vestigings-plaats van deze vennootschappen in een EU-lidstaat (zie boven, par. 2.3) en (iii) de onderworpenheid van de fuserende vennootschappen aan een van de winstbelas-tingregimes in de lidstaten (idem). Bij deze regeling, bezien in het licht van de grensoverschrijdende fusie, passen enkele kanttekeningen. Zo valt op dat de aandeelhouder geen gebruik kan maken van de doorschuif-faciliteit indien de Nederlandse vennootschap fuseert met een Noorse, Liechtensteinse of IJslandse vennootschap.

Hier openbaart zich de lacune tussen de geografische reikwijdte van de 10e richtlijn en die van de fiscale fusie-richtlijn. Een tweede kanttekening betreft het feit dat een buitenlandse aandeelhouder met een aanmerkelijk belang in de verdwijnende, Nederlandse vennootschap, geen toe-gang heeft tot de doorschuiffaciliteit in geval van een grensoverschrijdende fusie.³⁹ Als gevolg van de fusie ver-werft de buitenlandse aandeelhouder immers een belang in een buitenlandse vennootschap (de verkrijgende vennootschap) en een dergelijk belang valt buiten het Nederlandse heffingsbereik. De buitenlandse aandeelhouder is immers slechts belastingplichtig in Nederland indien en voor zover hij een aandelenbelang (van ten minste 5%) bezit in een in Nederland gevestigde vennootschap.⁴⁰ Overigens krijgt de buitenlandse aan-merkelijk-belanghouder betalingsuitstel en mogelijkere-wijs – na tien jaar – ook afstel voor de box 2-heffing over de waardeangroei van de aandelen in de verdwijnende vennootschap.⁴¹

Een laatste aandachtspunt betreft het in art. 2:333h BW voorgestelde uittreedrecht voor (minderheids) aandeel-houders die (zonder succes) tegen de fusie hebben gestemd. Een dergelijke aandeelhouder kan van de vennootschap een schadeloosstelling verlangen, die overeenstemt met de waarde van zijn aandeel in de ver-dwijnende vennootschap.⁴² De aandelen van deze aandeelhouder komen op het moment van de fusie te vervallen. Fiscaalrechtelijk bezien lijkt mij sprake van een inkoop van aandelen (anders dan ter tijdelijke belegging). Dit betekent dat in beginsel dividendbelasting verschuldigd is voor het bedrag van de schadeloosstelling dat het (fiscaal) gestorte kapitaal op de 'ingekochte' aandelen te boven gaat. Voor binnenlandse aandeelhouders is dat geen probleem, omdat de dividendbelasting voor hen slechts fungeert als een voorheffing op de inkomstenbelasting. Voor de aandeelhouders die onderworpen zijn aan de

Nederlandse inkomstenbelasting (box 1 en box 2) zal de 'inkoop' tot belastingheffing leiden over de waarde-aangroei van de aandelen gedurende de bezitsperiode van de uittreedende aandeelhouder. Bij de aandeelhouder in box 3 zal het bedrag van de schadeloosstelling niet af-zonderlijk worden belast, maar in de plaats komen van de waarde van de aandelen bij het berekenen van de forfaitaire rendementsgrondslag.

3.3 Fiscale positie verkrijgende vennootschap en haar aandeelhouder(s)

Een Nederlandse verkrijgende vennootschap zal de ver-mogensbestanddelen die zij van een buitenlandse ver-dwijnende vennootschap verwerft op de balans zetten voor de waarde in het economisch verkeer (step-up waar-de).⁴³ Daarbij is niet van belang of over die vermogens-bestanddelen in het buitenland bij de verdwijnende vennootschap is afgerekend over de stille reserves e.d.

Indien de verkrijgende vennootschap in Nederland gelegen onroerend goed verwerft zal in beginsel over-drachtsbelasting verschuldigd zijn. In veel gevallen kan echter de fusievrijstelling worden ingeroepen.⁴⁴

Voor de aandeelhouders van de verkrijgende vennoot-schap gebeurt (ook) in fiscaal opzicht niets. Zij blijven immers hun aandelen behouden en de daarin (eventueel) besloten meerwaarde wordt fiscaal niet gerealiseerd. Toch kan hier een addertje onder het gras schuilen, bijv. indien het aandelenbezit van een aanmerkelijk-belanghouder door de uitgifte van aandelen aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap verwatert en dienten-gevolge onder de 5%-grens zakt, is sprake van een fictieve vervreemding en zal over de meerwaarde moeten worden afgerekend tegen het box 2 tarief van 25%.⁴⁵

39. Art. 7.5 lid 5 IB.

40. Art. 7.5 lid 1 IB. Voor een buitenlandse ondernemer met een vaste inrichting in Nederland tot vermogen waarvan het aandelenbezit in de verdwijnende (Nederlandse) vennootschap behoort speelt dit probleem niet. De doorschuiffaciliteit voor de ondernemer geldt in dit geval ook indien de verkrijgende vennootschap niet in Nederland is gevestigd. De fiscale claim blijft immers voor Nederland behouden omdat de buiten-landse ondernemer in Nederland belastingplichtig blijft voor de winst van de vaste inrichting. Overigens is dit een tamelijk hypothetische situatie. Voorts: de buitenlandse ondernemer die de aandelen in de ver-dwijnende, Nederlandse vennootschap tot zijn buitenlandse onder-nemingsvermogen rekent en de buitenlandse aandeelhouder voor wie de aandelen een belegging vormen van minder dan 5% zijn niet buitenlands belastingplichtig voor box 1 resp. box 3 van de inkomstenbelasting. Zij behoeven derhalve geen doorschuiffaciliteit.

41. Art. 25 lid 8 Invorderingswet 1990.

42. MvT, blz. 18.

43. Uiteraard is dit niet het geval indien die vermogensbestanddelen af-komstig zijn van een Nederlandse vaste inrichting van de verdwijnende vennootschap. Daarvoor geldt de doorschuiffaciliteit, zodat de ver-kriggende Nederlandse vennootschap deze voor de boekwaarde op de balans zal opnemen. Zoals aangegeven in voetnoot 29 ga ik verder niet in op deze situatie.

44. Art. 15 lid 1 onderdeel h Wet op belastingen van rechtsverkeer jo. art. 5a Uitvoeringsbesluit.

45. Zie art. 4.16 lid 1 onderdeel g IB.

3.4 Zakelijkheidseis

De hiervoor beschreven doorschuiffaciliteiten voor de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting worden niet verleend "indien de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing".⁴⁶ De wet bevat een weerlegbaar wettelijk vermoeden dat van een dergelijk ontgaan of uitstellen sprake is "indien de fusie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de bij de fusie betrokken rechtspersonen".⁴⁷ Met deze bepaling in de hand draagt de belastingdienst veelal de belastingplichtige op aannemelijk te maken dat sprake is van een zakelijk motief, om vervolgens de faciliteit te onthouden indien de belastingplichtige daar niet in slaagt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de fusie is ingegeven door (zakelijke) aandeelhoudersmotieven, hetgeen door de fiscus niet als zakelijke motief van de bij de fusie betrokken vennootschappen wordt beschouwd. De Nederlandse belastingrechter lijkt deze anti-misbruikbepaling echter anders te interpreteren. Uit de jurisprudentie komt naar voren dat de faciliteit moet worden verleend indien de fusie niet overwegend plaatsvindt met het oog op het ontgaan of uitstellen van belasting. Met andere woorden, het ontbreken van een zakelijk motief staat aan de fusiefaciliteit niet in de weg, mits maar duidelijk is dat geen sprake is van een (overwegend) anti-fiscaal motief.⁴⁸ Bij het beoordelen van de vraag of een dergelijke motief in een concreet geval aan de orde is, zal een positieve betekenis moeten worden toegekend aan het feit dat – ook bij toepassing van de faciliteit – de fiscale claim op de meerwaarden voor Nederland volledig behouden blijft.

4. Exit tax en de fiscale fusierichtlijn

4.1 Mededeling van de Europese Commissie

De hierboven in par. 3.1 beschreven eindafrekening bij de verdwijnende vennootschap is in overeenstemming met de Europese fiscale fusierichtlijn. Ook de fiscale fusierichtlijn hanteert de techniek van doorschuiving van de fiscale boekwaarden en ook de richtlijn schrijft deze slechts voor indien en voor zover de meerwaarden achterblijven in een vaste inrichting van de lidstaat van de verdwijnende vennootschap. Impliciet lijkt de fusierichtlijn de eindafrekening over die vermogensbestanddelen die wél de grens overgaan te sauveren. Dat was althans lange tijd de gedachte. Uiteraard kan een richtlijn strijdig zijn met (de fundamentele vrijheden van) het EG-Verdrag, maar het is toch een lastige uitgangspositie indien belastingplichtigen met een eindafrekening worden geconfronteerd die volledig in overeenstemming is met een Europese fiscale richtlijn. Recentelijk is echter de wind uit een andere hoek gaan waaien. In een mededeling van 19 december 2006⁴⁹ heeft de Europese Commissie zich uitgelaten over de eindafrekening bij zetelverplaatsing van een SE of SCE. Dit onderwerp is sinds kort, na aanpassing van de fiscale fusierichtlijn, ook in deze richtlijn

geregeld. Daarbij is dezelfde techniek gevolgd als bij grensoverschrijdende fusie, namelijk alleen doorschuiving voor meerwaarden die achterblijven in een vaste inrichting in het land van vertrek. De Commissie stelt zich op het standpunt dat de fiscale fusierichtlijn zwijgt over de vraag of eindafrekening over meerwaarden die de grens overgaan is toegestaan, en trekt daaruit vervolgens de conclusie dat op een dergelijke afrekening de principes van het arrest De Lasteyrie⁵⁰ (derhalve: de fundamentele vrijheden van het EG-Verdrag) van toepassing zijn.⁵¹ De Commissie brengt met deze uitleg de fiscale fusierichtlijn in overeenstemming met het EG-Verdrag, door de richtlijn zo te lezen dat deze alleen iets zegt over meerwaarden die achterblijven in het land van vertrek, niet meer en niet minder. Tevens zet de Commissie de discussie op scherp ten aanzien van de eindafrekening van meerwaarden die de grens overgaan. Lidstaten die bij een binnenlandse verplaatsing van een vennootschap niet afrekenen over meerwaarden mogen dat ook niet doen bij een verplaatsing naar een andere lidstaat. Wel mogen de lidstaten bij grensovergang met het oog op latere belastingheffing (bij daadwerkelijke realisatie van de meerwaarden) een waardevaststelling van de meerwaarden verlangen. Of een dergelijk systeem, dat voor houders van aanmerkelijkbelangandelen in Nederland wordt toegepast in de vorm van een 'conserverende aanslag', ook werkbaar is voor ondernemingen, met name goodwill, valt echter nog te bezien. De Commissie treedt echter nog niet in details ten aanzien van de uitwerking van een dergelijk systeem.

4.2 Gevolgen voor Nederlandse eindafrekening

De Europese Commissie plaatst haar opmerking in de context van eindafrekening bij zetelverplaatsing van SE's en SCE's. Het is niet zonneklaar dat deze benadering ook geldt voor eindafrekening door de verdwijnende vennootschap in geval van grensoverschrijdende fusie. Anders dan in geval van zetelverplaatsing, houdt de verdwijnende vennootschap bij fusie op te bestaan. Ook bij binnenlandse fusies is de hoofdregel dat de verdwijnende vennootschap moet afrekenen. Echter, ik zie geen wezenlijk verschil tussen eindafrekening bij zetelverplaatsing en eindafrekening bij grensoverschrijdende fusie. De fiscale fusierichtlijn past op beide handelingen hetzelfde fiscale

46. Art. 3.57 lid 4 IB en art. 14b lid 5 Vpb.

47. Idem.

48. Zie o.a. HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95, NJ 1998/793 (Leur-Bloem), HR 4 februari 1998, BNB 1998/176; HR 1 december 1999, BNB 2000/11, Hof Amsterdam 30 januari 2002, V-N 2002/20.10.

49. Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies, Brussels, 19.12.2006, COM(2006) 825 final (hierna: "Communication").

50. HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02, BNB 2004/258C.

51. Communication, blz. 5.

regime toe. En voor beide handelingen geldt dat in een binnenlandse situatie niet moet worden afgerekend, terwijl dit wel het geval is (of kan zijn) in een grensoverschrijdende situatie. Kortom, er zijn goede argumenten om de visie van de Europese Commissie ten aanzien van eindafrekening bij zetelverplaatsing onverkort toe te passen op de figuur van de grensoverschrijdende juridische fusie.

4.3 Aandeelhouder en fiscale fusierichtlijn

Zoals in par. 3.2 is opgemerkt, heeft een buitenlandse aanmerkelijk-belanghouder geen toegang tot de doorschuif-faciliteit indien de verkrijgende vennootschap niet in Nederland is gevestigd. Art. 8 lid 1 van de fiscale fusierichtlijn schrijft echter voor dat de uitreiking van aandelen door de verkrijgende vennootschap, in ruil voor⁵² aandelen in de verdwijnende vennootschap, "op zich niet [mag] leiden tot enigerlei belastingheffing over het inkomen, de winst of de vermogenswinst van de deelgerechtigde". Wel verbindt art. 8 lid 4 van de fusierichtlijn daaraan de voorwaarde dat de boekwaarde van de aandelen in de verdwijner wordt doorgeschoven naar de aandelen in de verkrijger. Voor een buitenlandse aandeelhouder heeft een dergelijke doorschuiving van boekwaarden geen zin, omdat hij na de fusie niet meer in Nederland belastingplichtig is. Het is onduidelijk of dit voor Nederland een valabel excuus vormt om in dit geval de fusierichtlijn niet toe te passen⁵³, of dat vanuit de fusierichtlijn bezien Nederland dan maar moet zorgen dat de buitenlandse belastingplicht blijft voortbestaan ten behoeve van de afwikkeling van de doorgeschoven fiscale claim.⁵⁴ Wellicht is het een omissie in de fiscale fusierichtlijn dat voor ondernemingsvermogen de doorschuiffaciliteit wel gekoppeld is aan het achterblijven daarvan aan een binnenlandse vaste inrichting, terwijl voor het doorschuiven van de waardeaan groei op aandelen niet wordt verlangd dat de aandelen na fusie nog binnen het heffingsbereik van de geadresseerde lidstaat vallen.

5. Omzetting

5.1. Nederlandse vennootschapsbelasting

De Nederlandse vennootschapsbelasting bevat voor omzettingen op de voet van art. 2:18 BW bij wege van liquidatie-fictie een eindafrekeningsbepaling, gevolgd door de mogelijkheid van doorschuiving van fiscale boekwaarden. Deze eindafrekening (fictieve liquidatie) geldt niet voor omzettingen van naamloze vennootschappen in besloten vennootschappen en omgekeerd. Onder 'naamloze vennootschap' en 'besloten vennootschap' moet naar alle waarschijnlijkheid de Nederlandsrechtelijke NV en BV worden verstaan. Het is duidelijk dat deze bepaling niet is geschreven voor grensoverschrijdende omzetting, van bijv. een Nederlandse BV in een Duitse AG. Mijns inziens heeft het dan ook weinig nut om te proberen de grensoverschrijdende omzetting onder (de huidige tekst van) deze bepaling te rangschikken. Dit zou betekenen dat de vangnetbepaling van art. 15d Vpb van toepassing is,

met als gevolg dat over alle stille reserves, open fiscale reserves en goodwill van de omgezette BV moet worden afgerekend. Een dergelijke eindafrekening is echter ongewenst indien en voor zover de stille reserves e.d. achterblijven in een Nederlandse vaste inrichting. Met enige welwillendheid kan art. 15c Vpb worden ingeroepen, dat bij verplaatsing van de vennootschap naar het buitenland voorziet in een partiële eindafrekening, zodat belastinguitstel voor achterblijvende vermogensbestanddelen wordt bewerkstelligd. Grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende zetelverplaatsing vertonen immers ook vanuit fiscaal oogpunt veel overeenkomsten. Het voorgaande neemt niet weg dat eindafrekening over de meerwaarden die niet achterblijven in een Nederlandse vaste inrichting wellicht in strijd is met het EG-Verdrag, met name met de vrijheid van vestiging. De hierboven in par. 4.1 behandelde visie van de Europese Commissie dat acute heffing over (niet-gerealiseerde) meerwaarden bij grensoverschrijdende zetelverplaatsing in strijd is met het EG-Verdrag, lijkt mij evenzeer van toepassing op de situaties van grensoverschrijdende omzetting.

5.2 Omzetting en fiscale fusierichtlijn

De figuur van de grensoverschrijdende omzetting is in de fiscale fusierichtlijn niet geregeld. Ook een gelijkstelling met zetelverplaatsing – dat wel onder de reikwijdte van de fusierichtlijn valt – is niet eenvoudig te realiseren, nu de fusierichtlijn slechts de zetelverplaatsing van SE's en SCE's onder haar hoede neemt, en de fiscale verhuizing van 'gewone' vennootschappen aan hun lot overlaat. Een groot gemis is dit niet, nu de strijd om de bevoegdheid eindafrekening te verlangen (en daadwerkelijk die belasting te innen) toch vooral zal worden gestreden op het terrein van de vestigingsvrijheid en de vrijheid van kapitaalverkeer van art. 43 en 56 EG. Het feit dat een binnenlandse omzetting van een BV in een NV niet tot heffing leidt, maar een omzetting van een BV in een Duitse AG wel, biedt voldoende munitie om deze artillerie in stelling te brengen. Voor een zinvolle discussie over de fiscale behandeling van grensoverschrijdende omzetting is uiteraard wel vereist dat de mogelijkheid van grensoverschrijdende omzetting als zodanig wordt geaccepteerd.

52. De term 'in ruil voor' doet geen recht aan de rechtsfiguur van de fusie, maar is naar ik aanneem te wijten aan het feit dat deze bepaling in dezelfde woorden de juridische fusie, splitsing en aandelenruil wil vangen.

53. Het lijkt me dat eindafrekening met conserverende aanslag niet richtlijnconform is, nu de richtlijn een verbod geeft op 'enigerlei belastingheffing', gekoppeld aan doorschuiving van de boekwaarden c.q. kostprijs van de oude aandelen.

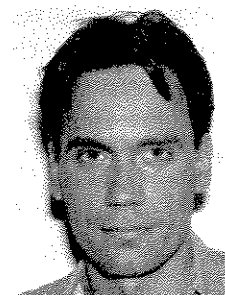
54. Zie voor een meer uitgebreide behandeling van deze kwestie J.W. Bellingwout in: De Europese naamloze vennootschap (SE), Kluwer-Deventer 2004, blz. 285-286.

6. Slot

De mogelijkheid van een grensoverschrijdende juridische fusie gaat nog niet hand in hand met een fiscale begeleiding daarvan. Over niet gerealiseerde meerwaarden van de verdwijnende vennootschap moet worden afgerekend, tenzij die meerwaarden achterblijven in een Nederlandse vaste inrichting. Het HvJ EG heeft zich gebogen over de eindafrekening ten laste van emigrerende aandeelhouders. De uitkomsten van die arresten kunnen niet één op één

worden vertaald naar een verbod op eindafrekening bij grensoverschrijdende fusie. De Europese Commissie heeft echter een belangrijke stap gezet om in het geval van zetelverplaatsing een dergelijke exit tax als strijdig met het recht op vrije vestiging van art. 43 EG aan te merken. Het valt te verwachten dat deze ontwikkeling vruchten afwerpt en zich vervolgens ook doorzet naar de grensoverschrijdende fusie.

De 'grensoverschrijdende' rol van Europese rechtspersonen



Prof. mr. E.P.M. Vermeulen*

1. Inleiding

Is er (nog) een behoefte aan Europese vennootschapsvormen in de 21^{ste} eeuw? Het ligt voor de hand deze vraag bevestigend te beantwoorden. Juist door de steeds verdergaande internationalisering en Europese integratie zullen zowel grote als kleine ondernemingen steeds vaker grensoverschrijdende activiteiten ontplooiën. Ondernemingen kunnen daarbij gebaat zijn bij 'echte' Europese vennootschapsvormen die de mogelijkheid geven om zonder belemmeringen te opereren, te fuseren en te bewegen binnen de Europese markt. Momenteel is een onderneming vaak aangewezen op het opzetten van een netwerk van dochtervennootschappen die worden opgericht volgens het recht van het land waarin zij werkzaamheden willen verrichten. Een rechtsvorm die wordt beheerst door het Europese recht, met een minimum aan verwijzingen naar nationale wetgeving, zal niet alleen sneller en eenvoudiger kunnen worden opgericht, maar ook de juridische en administratieve kosten die gepaard gaan met het ondernemen verminderen. Deze zienswijze ligt geheel in de lijn van het besluit van het Europese Parlement om de Europese Commissie te verzoeken een voorstel te doen tot een concept statuut voor een Europese besloten vennootschap (Europese BV).¹

Toch moet er een meer genuanceerd antwoord op de vraag naar het nut van Europese vennootschapsvormen bij grensoverschrijdende fusies en omzettingen worden gegeven. Ten eerste blijkt dat de wetgeving omtrent dergelijke entiteiten slechts moeizaam tot stand komt en vaak leidt tot minder populaire compromissen. Een Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV) kan bijvoorbeeld slechts bij een beperkt aantal grensoverschrij-

dende activiteiten worden ingezet: de activiteiten kunnen slechts een ondersteunend karakter hebben en moeten samenhangen met de economische werkzaamheden van de leden van een EESV.² Een EESV kan dus niet het behalen van winst voor zichzelf als doel hebben. Ook kunnen er niet meer dan vijfhonderd werknemers in dienst zijn en zijn de leden onbeperkt en hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van een EESV.³

Een ander voorbeeld van compromiswetgeving is de totstandkoming van de Europese Vennootschap (*Societas Europaea* of SE). De discussie omtrent de SE heeft meer dan dertig jaar geduurd maar niet die rechtsvorm opgeleverd die volledig door Europees recht wordt beheerst. De verordening die in oktober 2004 in werking is getreden regelt met name de oprichting en verwijst voor de interne structuur en aangelegenheden die niet bij de verordening worden geregeld naar de nationale wetgeving van de lid-

* Hoogleraar Recht en Management bij de vakgroep Business Law van de Universiteit van Tilburg, Hoogleraar Toezicht Financiële Markten bij het Tilburg Law and Economics Center van de Universiteit van Tilburg en Senior Legal Counsel bij een internationaal concern.

1. Zie European Parliament resolution with recommendations to the Commission on the European private company statute (2006/2013(INI), 1 februari 2007. Zie ook Thumann, J.R., openingsspeech van de '5th European Company and Corporate Governance Conference' in Berlijn op 28 juni 2007 (www.bdi.eu/company-law-conference2007).
2. Zie art. 3 lid 1 van de Verordening (EEG) nr. 2137/85 van de raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV).
3. Zie art. 3 lid 2 en art. 24 van de Verordening (EEG) nr. 2137/85 van de raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV). Art. 24 lid 2 bepaalt dat het hier gaat om een subsidiaire aansprakelijkheid.