



## **Omzetting:**

### *Het ZWarte schaap in het fiscale recht.*

“Een scriptie over de fiscaalrechtelijke gevolgen en aspecten van zuiver nationale en grensoverschrijdende omzettingen.”

Naam: A. J. A. Maassen  
Studentnummer: 349450  
Scriptiebegeleider: Prof. Dr. P. Kavelaars  
Rotterdam, 03-02-2016

## Inhoudsopgave

<b>Inhoudsopgave</b> .....	2
<b>Lijst van gebruikte afkortingen</b> .....	6
<b>Inleiding</b> .....	7
§ 1.1 Inleiding.....	7
§ 1.2 Probleemstelling .....	9
§ 1.2.1 Deelvragen .....	9
§ 1.3 Opbouw.....	9
§ 1.4 Toetsingscriteria.....	10
§ 1.5 Kader .....	11
<b>Zuiver nationale omzettingen</b> .....	13
§ 2.1 Inleiding.....	13
§ 2.2 Motieven .....	13
§ 2.3 De rechtsfiguur omzetting .....	14
§ 2.3.1 Algemeen .....	14
§ 2.3.2 Kenmerken omzetting .....	16
§ 2.3.3 Procedurele vereisten.....	20
§ 2.3.4 Aanvullende regelingen.....	21
§ 2.4 Omzettingsvormen.....	22
§ 2.4.1 Algemeen .....	22
§ 2.4.2 Omzetting van een NV/BV .....	23
§ 2.4.3 Omzetting van een stichting in een BV .....	23
§ 2.5 Binnenlandse omzetting in het Voorontwerp.....	24
§ 2.6 Conclusie .....	25
<b>Fiscaalrechtelijke aspecten van zuiver nationale omzettingen</b> .....	26
§ 3.1 Inleiding.....	26
§ 3.2 De fiscale behandeling van de omzetting als rechtsvormwijziging .....	26
§ 3.2.1 Historie van art. 28a Wet VpB 1969.....	26
§ 3.2.2 Toepassing van art. 28a Wet VpB 1969 .....	31
§ 3.2.2.1 Fiscaal niet-gefaciliteerde omzettingen .....	31
§ 3.2.2.2 Fiscaal niet-geregelde omzettingen .....	34
§ 3.2.2.3 Fiscaal gefaciliteerde omzettingen .....	37
§ 3.2.2.3.1 Algemeen .....	37
§ 3.2.2.3.2 Van een BV naar een coöperatie.....	38

§ 3.2.2.3.3 <i>Standaardvoorwaarden van het Omzettingsbesluit</i> .....	39
§ 3.3 Samenloop met de FE .....	42
§ 3.3.1 <i>Algemeen</i> .....	42
§ 3.3.2 <i>Beëindiging als gevolg van de omzettingficties</i> .....	43
§ 3.3.3 <i>Beëindiging door niet voldoen aan de eisen door de moedermaatschappij</i> .....	44
§ 3.3.4 <i>Beëindiging door niet voldoen aan de eisen door de dochtermaatschappij</i> .....	45
§ 3.4 Kritische kanttekeningen .....	46
§ 3.5 Aanbevelingen.....	49
§ 3.6 Conclusie .....	50
<b>Omzettingen in het EU-recht</b> .....	<b>52</b>
§ 4.1 Inleiding.....	52
§ 4.2 Het EU-recht in het algemeen.....	52
§ 4.2.1 <i>Rangorde verdragsvrijheden</i> .....	52
§ 4.2.2 <i>Vrijheid van vestiging</i> .....	53
§ 4.3 Jurisprudentie van het HvJ.....	54
§ 4.4 Secundair EU-recht .....	56
§ 4.4.1 <i>De Europese vennootschap</i> .....	56
§ 4.4.1.1 <i>Algemeen</i> .....	56
§ 4.4.1.2 <i>De achtergrond en het doel van de Verordening SE</i> .....	57
§ 4.4.1.3 <i>Civielrechtelijke en fiscale aspecten SE</i> .....	58
§ 4.4.1.4 <i>Grensoverschrijdende omzetting met een SE</i> .....	61
§ 4.4.2 <i>De Fusierichtlijn</i> .....	64
§ 4.4.2.1 <i>Algemeen</i> .....	64
§ 4.4.2.2 <i>Ruisende grensoverschrijdende fusie</i> .....	66
§ 4.4.2.3 <i>Geruisloze grensoverschrijdende fusie</i> .....	67
§ 4.4.3 <i>Resolutie voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen van vennootschappen</i> .....	70
§ 4.4.3.1 <i>Algemeen</i> .....	70
§ 4.4.3.2 <i>Voorstel voor inhoud van de richtlijn</i> .....	71
§ 4.5 Conclusie .....	74
<b>Fiscaalrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende omzettingen volgens het Voorontwerp</b> .....	<b>77</b>
§ 5.1 Inleiding.....	77
§ 5.2 Omzettingen in het Voorontwerp .....	77
§ 5.2.1 <i>Binnenlandse omzettingen in het Voorontwerp</i> .....	77
§ 5.2.2 <i>Grensoverschrijdende omzettingen in het Voorontwerp</i> .....	78
§ 5.3 Fiscale gevolgen grensoverschrijdende omzetting .....	81
§ 5.3.1 <i>Outbound</i> .....	81

§ 5.3.1.1 Vestigingsplaatsfictie.....	81
§ 5.3.1.2 Eindafrekening en de achtergebleven vaste inrichting .....	87
§ 5.3.1.2.1 Kapitaalvennootschappen.....	87
§ 5.3.1.2.2 De SE.....	91
§ 5.3.1.3 De fiscale eenheid .....	95
§ 5.3.1.4 De aandeelhouder(s).....	96
§ 5.3.1.5 Verliesverrekening.....	96
§ 5.3.2 Inbound .....	97
§ 5.3.2.1 De vestigingsplaatsfictie .....	97
§ 5.3.2.2 Aanvang belastingplicht en de vaste inrichting .....	99
§ 5.3.2.3 Verliesverrekening .....	101
§ 5.3.2.4 De fiscale eenheid .....	102
§ 5.4 EU-recht en overige toetsingscriteria.....	103
§ 5.4.1 Einde subjectieve belastingplicht .....	103
§ 5.4.2 Vestigingsplaatsfictie.....	105
§ 5.4.3 Verliesverrekeningsmogelijkheden.....	110
§ 5.4.4 Eindafrekening.....	110
§ 5.4.4 Toepassingsbereik .....	111
§ 5.4.4.1 Kapitaalvennootschappen.....	111
§ 5.4.4.2 Derde landen .....	112
§ 5.4.5 Overig .....	113
§ 5.5 Conclusie .....	116
<b>Conclusies en aanbevelingen .....</b>	<b>120</b>
§ 6.1 Conclusie(s) .....	120
§ 6.2 Aanbevelingen.....	126
<b>Literatuurlijst .....</b>	<b>131</b>
Jurisprudentie .....	131
<i>Hof van Justitie</i> .....	131
<i>Hoge Raad</i> .....	131
Overige jurisprudentie.....	132
Tijdschriftartikelen .....	132
Boeken .....	133
Parlementaire en Europese stukken.....	134
Losbladige werken .....	136
Overige papers en publicaties.....	137
<b>Bijlagen .....</b>	<b>138</b>

Bijlage 1:..... 138

## Lijst van gebruikte afkortingen

<b>A-G</b>	Advocaat-Generaal
<b>art</b>	artikel
<b>AWR</b>	Algemene Wet Rijksbelastingen
<b>BFE</b>	Besluit Fiscale Eenheid 2003
<b>BV</b>	Besloten vennootschap
<b>BW</b>	Burgerlijk Wetboek
<b>CV</b>	Commanditaire vennootschap
<b>EC</b>	Europese Commissie
<b>EEG</b>	Europese Economische Gemeenschap
<b>EP</b>	Europees Parlement
<b>EU</b>	Europese Unie
<b>HR</b>	Hoge Raad
<b>HvJ</b>	Hof van Justitie Europese Gemeenschap Hof van Justitie Europese Unie
<b>IW</b>	Invorderingswet 1990
<b>MvT</b>	Memorie van Toelichting
<b>NOB</b>	De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
<b>NV</b>	Naamloze vennootschap
<b>NvA</b>	Nota naar aanleiding van het verslag
<b>Ro.</b>	Rechtsoverweging
<b>SE</b>	Societas Europaea
<b>VI</b>	Vaste inrichting
<b>VK</b>	Verenigd Koninkrijk
<b>Wet VpB 1969</b>	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
<b>Vof</b>	Vennootschap onder firma
<b>VwEU</b>	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
<b>Wet DB 1965</b>	Wet op de Dividendbelasting 1965
<b>Wet IB 2001</b>	Wet Inkomstenbelasting 2001
<b>WEV</b>	Waarde in het economische verkeer

## Inleiding

### § 1.1 Inleiding

Op 31 januari 2014 heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie een internetconsultatie gepubliceerd voor het ambtelijk voorontwerp ‘*Grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen*’ (hierna: Voorontwerp).<sup>1</sup> Dit ambtelijk voorontwerp bevat een voorstel voor een regeling waarin voorwaarden worden gesteld voor de omzetting van een kapitaalvennootschap naar een buitenlandse kapitaalvennootschap en vice versa. Een grensoverschrijdende omzetting is naar het huidige Nederlands vennootschapsrecht niet mogelijk, omdat hiervoor geen wettelijk kader bestaat en de inrichting van de Nederlandse wet een dergelijke rechtshandeling tegenhoudt. Dit vloeit voort uit de dwingendrechtelijke bepalingen die zijn opgenomen in het Nederlands recht. Een rechtspersoon is namelijk daar gevestigd waar de statutaire zetel zich bevindt.<sup>2</sup> Tevens moet de statutaire zetel van een naar Nederlands recht opgerichte rechtspersoon in Nederland zijn gelegen.<sup>3</sup> Een besluit tot verplaatsing van de statutaire zetel wordt naar het huidig recht nietig verklaard.<sup>4</sup>

Op 16 december 2008 heeft het HvJ een arrest gewezen in de zaak *Cartesio*.<sup>5</sup> Dit arrest is de directe aanleiding voor de wetgever geweest om een eerste aanzet te doen voor een wettelijk kader voor grensoverschrijdende omzettingen in de vorm van het Voorontwerp.<sup>6</sup> In dit arrest wordt door het HvJ bevestigd dat de voorwaarden waaronder een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap zich statutair mag en/of kan verplaatsen, worden beheerst door het nationale vennootschapsrecht van die lidstaat. In rechtsoverwegingen 111-113 van het arrest *Cartesio* oordeelde het HvJ dat het *niet* is toegestaan dat de lidstaat van vertrek de vennootschap verplicht tot ontbinding of liquidatie, ingeval de lidstaat van aankomst waar de vennootschap naar dat nationale recht wordt omgezet deze omzetting toestaat. Aldus mag omzetting niet worden belemmerd door ontbinding of liquidatie te eisen van de vennootschap door de lidstaat van vertrek, indien de lidstaat van aankomst deze omzetting in haar nationale recht toestaat, tenzij de belemmering wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. Welke dat zouden kunnen zijn, komt in het arrest niet aan de orde.

---

<sup>1</sup> Ministerie van Veiligheid en Justitie van 31 januari 2014, Voorontwerp ‘grensoverschrijdende omzettingen kapitaalvennootschappen’. [https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende\\_omzetting](https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende_omzetting).

<sup>2</sup> Art. 1:10, lid 2 BW.

<sup>3</sup> Art. 2:27, lid 4, sub a, BW; art. 2:53a BW; art. 2:66, lid 3 BW; art. 2:177, lid 3 BW.

<sup>4</sup> Art. 2:14 BW.

<sup>5</sup> HvJ 16 december 2008, C-210/06 (*Cartesio*), V-N 2009/6.22.

<sup>6</sup> Ministerie van Veiligheid en Justitie van 31 januari 2014, Memorie van Toelichting bij Voorontwerp ‘grensoverschrijdende omzettingen kapitaalvennootschappen’. [https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende\\_omzetting](https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende_omzetting). p. 3.

Op 12 juli 2012<sup>7</sup> sprak het HvJ zich in het arrest 'Vale' uit over grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen in inbound situaties. Het HvJ oordeelde dat ook in inbound situaties de vrijheid van vestiging<sup>8</sup> onverkort geldt. Indien in een zuiver nationale situatie omzetting van een vennootschap mogelijk is, dient dit ook in grensoverschrijdende situaties te kunnen plaatsvinden.

Mede dankzij de twee genoemde arresten heerst de opvatting bij enkele auteurs dat grensoverschrijdende in- en outbound omzettingen binnen de EU ook in het Nederlands recht mogelijk (moeten) zijn.<sup>9</sup> De afwezigheid van een wettelijke regelgeving wordt, zo betoogt Roelofs<sup>10</sup>, als een gemis ervaren. Dit wordt ook bevestigd door de Commissie Vennootschapsrecht<sup>11</sup> die terecht stelt dat de rechtszekerheid wordt gediend wanneer duidelijk is onder welke voorwaarden een belastingplichtige zich grensoverschrijdend kan omzetten. Een belastingplichtige kan door een codificatie van de jurisprudentie van het EU-recht in de wet er vanuit gaan dat zij zonder een rechtsgang een grensoverschrijdende omzetting kan effectueren. Tevens geeft de wetgeving onder andere inzicht in de procedurevoorschriften en randvoorwaarden waaraan moet worden voldaan en de invloed van de omzetting op werknemersmedezeggenschap.<sup>12</sup> Dus ondanks dat op basis van de rechtspraak van het HvJ grensoverschrijdende omzettingen mogelijk zouden (kunnen) zijn voor Nederlandse (kapitaal)vennootschappen, heeft de wetgever het blijkbaar toch noodzakelijk geacht dit ook wettelijk vast te leggen, zo blijkt uit de publicatie van het Voorontwerp.

Het Voorontwerp is weliswaar een uitvloeisel van jurisprudentie binnen het EU-recht, maar dit rechtvaardigt niet per definitie het feit dat in het Voorontwerp enkel omzettingen binnen de EU worden geredigeerd. Waarom zou de wetgever geen grensoverschrijdende omzettingen buiten de EU willen regelen? Nader in deze scriptie wordt aan dit punt aandacht besteed, alsmede aan de vraag hoe deze keuze zich verhoudt tot de vrijheid van kapitaalverkeer.<sup>13</sup>

Hoewel de voorgenoemde punten in de Memorie van Toelichting van het Voorontwerp worden behandeld, wordt daarentegen geen aandacht besteed aan de fiscale aspecten en gevolgen van de grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen.<sup>14</sup> Desondanks spelen ook fiscale

---

<sup>7</sup> HvJ 12 juli 2012, C-378/10 (Vale), RO 2012/60.

<sup>8</sup> Art. 49 jo. 54 VwEU.

<sup>9</sup> Streek, J.L. van der (2009). Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 37, pagina 25; Roelofs, E.R. (2014). Grensoverschrijdende omzettingen: de civielrechtelijke mogelijkheden, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 11, pagina 3.

<sup>10</sup> Roelofs, Grensoverschrijdende herstructurerings: de civielrechtelijke mogelijkheden, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 2014/11, § 5.

<sup>11</sup> Hammerstein, A. (2012). *Begeleidende brief van de Commissie vennootschapsrecht over grensoverschrijdende omzetting*. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2012/02/12/advies-commissie-vennootschapsrecht-over-grensoverschrijdende-omzetting>.

<sup>12</sup> Memorie van Toelichting Voorontwerp, p. 2.

<sup>13</sup> Art. 63 VwEU.

<sup>14</sup> Strik, S.A.W.J. (2014). *Consultatie Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting Kapitaalvennootschappen*. Amsterdam, De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.



aspecten een rol bij grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen; bijvoorbeeld het al dan niet eindigen van de subjectieve belastingplicht, de rol en interpretatie van de oprichtingsfictie van art. 2, lid 4 VpB 1969 en de wijze waarop de begin- en eindbalans van de omgezette kapitaalvennootschap moet worden opgesteld. In deze scriptie worden daarom de fiscale consequenties van omzettingen onderzocht, waarbij de focus wordt gelegd op grensoverschrijdende omzettingen en het Voorontwerp.

## § 1.2 Probleemstelling

Dit onderzoek wordt uitgevoerd door middel van de volgende onderzoeksvraag:

*Wat zijn de fiscale consequenties van omzettingen en in het bijzonder van grensoverschrijdende omzettingen?*

Door middel van deze onderzoeksvraag wordt getracht tot een antwoord te komen welke fiscale consequenties kleven aan zuiver nationale en grensoverschrijdende omzettingen, in hoeverre het Voorontwerp inpasbaar is in het EU-recht en internationaal belastingrecht. Tevens wordt de effectiviteit en uitvoerbaarheid van het Voorontwerp onderzocht en worden waar nodig aanbevelingen geformuleerd voor ontbrekende fiscale wet- en regelgeving.

### § 1.2.1 Deelvragen

Om de voorgenoemde onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Hoe is een zuiver nationale omzetting geregeld in het civiele recht?
2. Hoe is een zuiver nationale omzetting geregeld in het fiscale recht en wat zijn de fiscale gevolgen?
3. Hoe moet en wordt een omzetting worden geregeld volgens het EU-recht?
4. Hoe wordt een grensoverschrijdende omzetting geregeld in het Voorontwerp, wat zijn de (fiscale) gevolgen hiervan en (hoe) verhoudt zich dat tot het EU-recht?
5. Kunnen aanbevelingen worden gedaan om omzettingen en grensoverschrijdende omzettingen EU-rechtelijk bestendig, inpasbaar, effectief en uitvoerbaar te maken?

## § 1.3 Opbouw

In deze scriptie wordt allereerst onderzocht hoe een zuiver nationale omzetting volgens het civiele recht is geregeld. Daarbij wordt stilgestaan bij de mogelijke motieven, de kenmerken en de

procedurele vereisten van omzettingen. In het daaropvolgende hoofdstuk wordt de parlementaire geschiedenis van de fiscale behandeling van zuiver nationale omzettingen onderzocht. Vervolgens worden zuiver nationale omzettingen onderscheiden in drie groepen en worden de fiscale gevolgen en aspecten hiervan onderzocht. Als sluitstuk van dit hoofdstuk worden hierbij kritische kanttekeningen geplaatst en worden aanbevelingen geformuleerd ten aanzien van de huidige systematiek op basis van de laatste twee toetsingscriteria in de volgende paragraaf. In het aansluitende hoofdstuk wordt relevante jurisprudentie van het EU-recht in chronologische volgorde uiteengezet en wordt getracht hieruit eisen en/of randvoorwaarden te destilleren die door het EU-recht worden gesteld aan grensoverschrijdende omzettingen. Tevens wordt de SE-verordening besproken waarbij het doel en de werking van de verordening aan bod komen. Vervolgens wordt ook de regelgeving omtrent grensoverschrijdende juridische fusies besproken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een bespreking van een voorstel van het EP ten aanzien van grensoverschrijdende zetelverplaatsingen. In hoofdstuk vijf wordt de grensoverschrijdende omzetting zoals deze in het Voorontwerp staat beschreven behandeld. In dit hoofdstuk worden de (fiscale) gevolgen van een outbound en inbound grensoverschrijdende omzetting volgens het Voorontwerp onderzocht en getoetst aan de in § 1.4 toegelichte toetsingscriteria: het EU-recht, inpasbaarheid in het internationaal belastingrecht, effectiviteit en uitvoerbaarheid. De hoofdmoot van de toetsing aan deze criteria is het fiscale recht waarbij waar nodig ook aandacht wordt besteed aan het civiele recht. Aan de hand van het onderzoek dat heeft plaatsgevonden in de voorgaande hoofdstukken wordt in hoofdstuk zes een conclusie geformuleerd en worden aanbevelingen gedaan voor zowel zuiver nationale als grensoverschrijdende omzettingen.

#### § 1.4 Toetsingscriteria

In deze scriptie worden de volgende toetsingscriteria gehanteerd:

- EU-recht: In deze scriptie wordt in hoofdstuk 4 de jurisprudentie van het HvJ besproken. Tevens worden het doel en de werking van de SE-verordening besproken en wordt de regelgeving ten aanzien van grensoverschrijdende fusies uiteengezet. Tot slot wordt ook het voorstel van het EP ten aanzien van grensoverschrijdende zetelverplaatsingen onderzocht. Hieruit worden randvoorwaarden, eisen en richtsnoeren gedestilleerd waaraan het Voorontwerp in hoofdstuk 5 getoetst wordt en op basis waarvan aanbevelingen worden gedaan. Tevens wordt het Voorontwerp getoetst aan de verdragsvrijheden zoals deze in de VwEU zijn opgenomen.
- Inpasbaarheid in het internationaal belastingrecht: Bij een grensoverschrijdende omzetting is het recht van twee verschillende lidstaten van belang. Het recht van de lidstaat die van

toepassing is op de kapitaalvennootschap vóór omzetting ('recht van de vertrekkende lidstaat') en het recht van de lidstaat dat van toepassing is op de kapitaalvennootschap ná omzetting ('recht van de ontvangende lidstaat'). De wetgeving is alleen effectief indien het recht van beide lidstaten, ongeacht of Nederland de vertrekkende of ontvangende lidstaat is, een omzetting toestaat. Aldus is het van belang om te toetsen of het Voorontwerp ook in het internationaal belastingrecht inpasbaar is voor zover dit van toepassing is.

- Effectiviteit: Met het Voorontwerp wordt een voorzet gegeven voor civielrechtelijke wetgeving waardoor Nederlandse kapitaalvennootschappen zich grensoverschrijdend kunnen omzetten in een kapitaalvennootschap dat wordt beheerst door buitenlands recht of omgekeerd. Met de effectiviteitstoets wordt nagegaan of en in hoeverre het beoogde doel van de wetgeving wordt behaald. Bij deze toets spelen vanzelfsprekend niet enkel de civielrechtelijke aspecten een rol, maar worden in deze context ook fiscaalrechtelijke consequenties getoetst. Waar mogelijk/nodig worden aanbevelingen gedaan.
- Uitvoerbaarheid: Met de uitvoerbaarheidstoets wordt de efficiëntie van de voorgestelde wetgeving getoetst. Aldus de vraag hoeveel kosten met de omzetting gepaard gaan voor zowel de overheid alsook de belanghebbende. In het begrip kosten worden naast monetaire middelen ook opportunity-kosten zoals tijd en moeite begrepen. Waar inefficiëntie wordt geconstateerd worden zo mogelijk aanbevelingen gedaan die hierin verbetering moeten brengen.

#### § 1.5 Kader

In deze scriptie wordt enkel aandacht besteed aan omzettingen binnen het grondgebied van de EU/EER, omdat het Voorontwerp enkel betrekking heeft op omzettingen van kapitaalvennootschappen naar het recht van een andere EU/EER-lidstaat. Er wordt enkel getoetst in hoeverre het Voorontwerp van toepassing zou moeten zijn op derde landen. Indien in deze scriptie gesproken wordt over 'buitenland' of 'grensoverschrijdend' wordt derhalve alleen bedoeld op situaties binnen het grondgebied van de EU/EER tenzij expliciet anders vermeld.

In deze scriptie wordt als één van de toetsingscriteria 'inpasbaarheid in het internationaal belastingrecht' toegepast (§ 1.4). Bij het uitvoeren van deze toets worden verdragsrelaties die Nederland heeft met derde landen buiten beschouwing gelaten, tenzij expliciet anders vermeld.

Indien in deze scriptie wordt gesproken over Nederlandse kapitaalvennootschappen, worden hiermee de Nederlandse BV en de Nederlandse NV bedoeld.

In deze scriptie worden primair de fiscale consequenties voor de Wet VpB 1969 behandeld, waar dit noodzakelijk wordt geacht worden fiscale gevolgen van andere belastingwetten in ogenschouwen genomen.

Veelvuldig wordt in de literatuur met het begrip *omzetting* bedoeld op een andere betekenis dan zoals deze staat omschreven in art. 2:18 BW. De term *omzetting* wordt bijvoorbeeld ook gebruikt om een omvorming van een personenvennootschap naar een rechtspersoon aan te duiden of wanneer sprake is van een juridische fusie. Het begrip wordt dus in brede context gehanteerd. In deze scriptie wordt met het begrip *omzetting* nadrukkelijk enkel een rechtsvormwijziging bedoeld zoals begrepen in art. 2:18 BW. Zie hoofdstuk 2 voor een uitgebreide uiteenzetting van het begrip.

Geheel onmogelijk was een verplaatsing van de statutaire zetel niet vóór de publicatie van het Voorontwerp of de jurisprudentie van het HvJ. Op basis van de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen<sup>15</sup> was het voor kapitaalvennootschappen mogelijk hun statutaire zetel te verplaatsen naar een plek buiten het Koninkrijk ingeval van oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar, revolutie of daarmee vergelijkbare buitengewone omstandigheden. Een vergelijkbare wet is de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen<sup>16</sup> en Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid van rechtspersonen en instellingen<sup>17</sup> waarin bij soortgelijke omstandigheden voor rechtspersonen zetelverplaatsing is toegestaan binnen het Koninkrijk. De voornoemde wettelijke mogelijkheden om grensoverschrijdend om te zetten zijn slechts in zeer uitzonderlijke situaties toepasbaar en worden dus niet verder in deze scriptie behandeld.

Vanwege de omvang van deze scriptie besteed ik geen speciale aandacht aan zuiver nationale omzettingen van een NV in een SE of omgekeerd. Waar ik dit noodzakelijk acht maak ik hierover een opmerking.

---

<sup>15</sup> Stb. 1994, 800.

<sup>16</sup> Stb. 1957, 257.

<sup>17</sup> Stb. 1967, 162.

## Zuiver nationale omzettingen

### § 2.1 Inleiding

Zoals in § 1.1 reeds is opgemerkt, is naar het huidige Nederlands recht slechts een zuiver nationale omzetting mogelijk. Daarom worden in dit hoofdstuk zuiver nationale omzettingen van rechtspersonen behandeld. Daarbij ga ik ervan uit dat de SE alleen een rol speelt bij grensoverschrijdende omzettingen. Allereerst wordt in dit hoofdstuk stilgestaan bij een limitatieve opsomming van motieven om over te gaan tot omzetting. Daaropvolgend wordt het ontstaan van de rechtsfiguur omzetting behandeld en de drie kenmerken: het vrijwillige karakter, het behoud van rechtspersoonlijkheid en de positie van de rechtspersoon ten aanzien van derden. Vervolgens worden de procedurele vereisten van een omzetting uiteengezet en tevens de procedurele stappen die (moeten) worden genomen voorafgaand en gedurende de omzetting. Tot slot wordt ingegaan op de specifieke vereisten van de omzetting van een BV/NV in een andere rechtspersoon, de omzetting van of in een stichting, alsmede de omzetting van een onderlinge waarborgmaatschappij. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

### § 2.2 Motieven

De rechtsfiguur omzetting kenmerkt zich door zijn vrijwillige karakter - de motieven spelen geen rol tijdens de procedure van een omzetting (zie § 2.3.2). De motieven van een rechtspersoon om over te gaan tot omzetting kunnen echter de wijze verklaren waarop de procedure is ingekleed en wat de rechtsgevolgen zijn voor de rechtspersoon. Derhalve wordt in deze paragraaf kort stilgestaan bij de mogelijke motieven voor een rechtspersoon om zich in nationaal verband om te zetten.

De wetgever meent dat vaak al vóór het plaatsvinden van de omzetting van de rechtspersoon de kenmerken van de om te zetten rechtspersoon meer lijken op de gekozen rechtsvorm dan die van het af te schudden rechtskleed.<sup>18</sup> Zij meent zelfs dat het kan het voorkomen dat de feitelijke werkzaamheden van de rechtspersoon niet (meer) overeenkomen met de wettelijke kaders waarbinnen zij wordt geacht te opereren. Alsdan zou zij zonder omzetting gedwongen worden tot ontbinding.<sup>19</sup> Door middel van een rechtsvormwijziging kan de continuïteit van de rechtspersoon gewaarborgd, zo betoogt ook Snijder-Kuipers.<sup>20</sup> Tevens kan omzetting naast een gevolg, ook een oorzaak zijn van gewijzigd functioneren doordat het nieuwe rechtskleed mogelijkheden biedt tot het ontplooiën van nieuwe activiteiten, dan wel het anders inkleden van de structuur van de rechtspersoon of de groep waartoe de rechtspersoon behoort.

---

<sup>18</sup> Kamerstukken II, 1984-85, 17 725, nr. 7, p. 19.

<sup>19</sup> Art. 2:21, lid 1 & 3 BW.

<sup>20</sup> Snijder-Kuipers, B. (2010). *Omzetting als rechtsvormwijziging*. Deventer: Kluwer. p. 97.

Daarnaast kan het ontlopen van verplichtingen een motief zijn voor een omzetting. Op 1 januari 1973 zijn ten gevolge van de invoering van de BV rond de 44.000 NV's omgezet in een BV. De redenen hiervoor waren vermoedelijk dat de BV meestal niet de verplichting heeft zijn volledige jaarrekening openbaar te maken. Destijds bestond tevens het vermoeden dat in de toekomst, mede met oog op de EU-rechtelijke coördinatie van het vennootschapsrecht, verplichtingen aan de NV zouden worden opgelegd die bij de BV niet aan de orde zijn.<sup>21</sup>

Tevens spelen ook fiscale motieven een belangrijke rol. De BV en de NV zijn bijvoorbeeld onbeperkt belastingplichtig voor de Wet VpB 1969 terwijl stichtingen en verenigingen in beginsel slechts belastingplichtig zijn indien en voor zover zij een onderneming drijven.<sup>22</sup> Dit verschil kan resulteren in een lagere belastingdruk en dit kan derhalve een reden zijn voor een rechtspersoon om zich om te zetten. Daarnaast kunnen andere motieven zijn: de juridische aansprakelijkheid, de organisatiestructuur, financieringsmogelijkheden en/of de flexibiliteit van de organisatie.

## § 2.3 De rechtsfiguur omzetting

### § 2.3.1 Algemeen

De rechtsfiguur 'omzetting' vindt zijn oorsprong in de Wet op Stichtingen<sup>23</sup> waarmee zij voor het eerst in de Nederlandse wetgeving is geïntroduceerd. Destijds was omzetting een rechtsfiguur dat als overgangsrecht werd opgenomen in de voorgenoemde wetgeving.<sup>24</sup> Een stichting kon in de eerste vijf jaren van de inwerkingtreding van die wet niet door middel van een gerechtelijke machtiging worden ontbonden. Een stichting die leden had, een op winst gericht doel of onvoldoende vermogen ter verwezenlijking van haar doel, die strijdig zijn met de wet, konden daarom bij besluit van bestuur eenvoudig worden omgezet in een naamloze vennootschap, vereniging of coöperatieve vereniging.<sup>25</sup> De rechtsfiguur had in die periode echter nog niet de specifieke kenmerken zoals zij deze thans bezit (het vrijwillige karakter, het behoud van rechtspersoonlijkheid en de relatie ten aanzien van derden; zie § 2.3.2). Eén van de meest opmerkelijkste verschillen wordt door Snijder-Kuipers<sup>26</sup> benoemd: de *gedeeltelijke* rechtsvormwijziging. Destijds werd rechtsvormwijziging gekoppeld aan een vermogensverschuiving en kon dus ook gedeeltelijk plaatsvinden.<sup>27</sup> Later is de heersende opvatting ontstaan dat er bij

---

<sup>21</sup> Zeben, C.J. van & Du Pon, J.W. (1997). *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe. Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 2, Rechtspersonen*. Deventer: Kluwer. p. 1363.

<sup>22</sup> Art. 2, lid 2 VpB.

<sup>23</sup> Stb. 327, 1956.

<sup>24</sup> Kamerstukken II, 1953-54, 3463, nr. 2, art. 23.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Snijder-Kuipers, B. (2007). Rechtsvormwijziging in het ondernemingsrecht. *Weekblad Privaat- en Notarieel Recht*, 6710, pagina 449.

<sup>27</sup> Vermogen is immers op te knippen in verschillende delen.

rechtsvormwijziging sprake is van een *vormovergang* in plaats van een *vermogensovergang* en zodoende is de gedeeltelijke rechtsvormwijziging niet meer mogelijk.<sup>28</sup>

De Wet op de stichtingen 1956 verviel bij de invoering van Boek 2 BW<sup>29</sup> en daarmee ook omzetting als rechtsfiguur zoals in die wet vormgegeven. Bij de invoering van Boek 2 werd het op grond daarvan mogelijk om een stichting om te zetten in een BV. Voorts werd de omzetting van een BV in een NV en vice versa mogelijk gemaakt in Boek 2 BW. Van deze laatstgenoemde mogelijkheid is veelvuldig gebruik gemaakt<sup>30</sup>, wat mogelijk de aanzet voor de wetgever is geweest om de rechtsfiguur uit te breiden tot alle rechtspersonen. Het toepassingsbereik van de rechtsfiguur is niet specifiek door de wetgever vastgelegd. Echter, de heersende opvatting in de literatuur, waar ik in deze scriptie ook van uitga, is dat de omzetting zoals opgenomen in art. 2:18 BW van toepassing is op alle rechtspersonen van Boek 2.<sup>31</sup> In het voorgenoemde art. wordt immers de volgende zinsnede gebruikt:

*“Een rechtspersoon kan zich met inachtneming van de volgende leden omzetten in een andere rechtsvorm.”*

Het lidwoord een suggereert een alomvattend karakter van de rechtsfiguur omzetting. De rechtspersonen die dus worden bedoeld, zijn, zoals Van de Streek<sup>32</sup> stelt en bevestigd is door de Minister van Justitie<sup>33</sup>, de rechtspersonen met rechtspersoonlijkheid genoemd in art. 2:3 BW: verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen.<sup>34</sup>

De rechtsfiguur ‘omzetting’ is een civielrechtelijke organisatiefaciliteit alsmede een rechtshandeling *sui generis*<sup>35</sup> die zich karakteriseert doordat de omzetting het bestaan van de rechtspersoon niet beëindigt.<sup>36</sup> Dit laat zich het beste illustreren door de zegswijze dat het rechtskleed, de juridische jas van de rechtspersoon, wordt veranderd, maar de identiteit van de rechtspersoon behouden blijft.<sup>37</sup> Slechts het toepasselijk recht, *lex societatis*, wijzigt voor de rechtspersoon. Omzetting is dus een

---

<sup>28</sup> Snijder-Kuipers, B. (2007). Rechtsvormwijziging in het ondernemingsrecht. *Weekblad Privaat- en Notarieel Recht*, 6710, pagina 449.

Tevens verwijs ik naar dit art. voor een gedetailleerde behandeling van de historie van de rechtsfiguur omzetting.

<sup>29</sup> Invoeringswet Boek 2 BW.

<sup>30</sup> Kroeze, M.J. (2015). *De rechtspersoon, omzetting van rechtspersonen (deel 2-I Asser-serie)*. Deventer: Tjeenk Willink. Onderdeel 353.

<sup>31</sup> Streek, J.L. van der (2009). Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 37, pagina 1.

<sup>32</sup> Streek, J.L. van der (2009). Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 37, pagina 2.

<sup>33</sup> Nota naar aanleiding van het Eindverslag II, Kamerstukken II, 1987-88, 17 725, nr. 13, p. 10.

<sup>34</sup> De bijzondere positie van kerkgenootschappen in art. 2:2 BW wordt buiten beschouwing gelaten.

<sup>35</sup> Kroeze, M.J. (2015). *De rechtspersoon, omzetting van rechtspersonen (deel 2-I Asser-serie)*. Deventer: Tjeenk Willink. Onderdeel 353.

<sup>36</sup> Art. 2:18, lid 8 BW.

<sup>37</sup> Kamerstukken II, 1972-73, Verslag van de algemene beraadslaging 13 september 1973. p. 2549.

rechtsfiguur waarbij de **aard** van de rechtspersoonlijkheid *wijzigt*, maar waarbij geen vermogensverschuiving plaatsvindt – de eigendomsverhoudingen waarbij de rechtspersoon betrokken is, blijven ongewijzigd.<sup>38</sup> Dit geldt echter niet per se voor overige relaties die de rechtspersoon heeft ten aanzien van derden. Denk bijvoorbeeld aan de relatie met aandeelhouders of leden.

Uit lid 1 van art. 2:18 BW blijkt dat *'iedere rechtspersoon zich kan omzetten'*. Door de werkwoordsvorm *'zich omzetten'* te gebruiken, doelt de wetgever op het feit dat de rechtspersoon zélf overgaat tot omzetting.<sup>39</sup> Een rechtsvormwijziging kan dus nadrukkelijk niet worden afgedwongen door een derde partij, zoals een leverancier, kredietverstrekker of aandeelhouder.

### § 2.3.2 Kenmerken omzetting

De rechtsfiguur omzetting laat zich duiden door de volgende drie kenmerken:

1. Het vrijwillige karakter: De keuze om zich om te zetten maakt de rechtspersoon zelf en hiertoe kan op ieder moment 'spontaan' worden besloten. Binnen de huidige omzettingsregeling doet zich nimmer een situatie voor waarin de rechtspersoon wordt gedwongen zich om te zetten. Daarnaast wordt het de rechtspersoon in de regel niet verboden om over te gaan tot een omzetting. Het kan een rechtspersoon aldus niet worden geweigerd zich om te zetten doordat derden die met de rechtspersoon in verhouding staan, zich tegen de omzetting verzetten.<sup>40</sup> Daarnaast spelen ook de motieven voor een omzetting spelen geen rol. De wetgever heeft zeer bewust ervoor gekozen dat *alle* omzettingen op vrijwillige basis zijn en niet afhankelijk van de motieven. Zij ondersteunt deze zienswijze doordat zij geen reden ziet om, ingeval een rechtspersoon zich op een randgebied van twee rechtspersonen bevindt, deze te verbieden van rechtspersoon te wisselen.<sup>41</sup> Hiermee wordt bedoeld op rechtspersonen die zowel de kenmerken van de ene rechtspersoon alsook kenmerken van de andere rechtspersoon bezitten; de kenmerken van de rechtspersonen overlappen elkaar. Derhalve zou volgens de wetgever geen reden bestaan om een rechtspersoon die zijn organisatie op een nieuwe leest wil schoeien en zodoende in dat randgebied terecht komt, de mogelijkheid te ontnemen meteen een andere rechtsvorm te kiezen.<sup>42</sup> Uiteraard geldt dit natuurlijk binnen het speelveld van het wettelijke kader.

---

<sup>38</sup> Kroeze, M.J. (2015). *De rechtspersoon, omzetting van rechtspersonen (deel 2-I Asser-serie)*. Deventer: Tjeenk Willink. Onderdeel 353.

<sup>39</sup> Kamerstukken II 1984-85, 17 225, nr. 7, p. 19.

<sup>40</sup> Behoudens de rechter op grond van het verzetsrecht van schuldeisers, zie art. 2:100 en 2:182 BW.

<sup>41</sup> Kamerstukken II 1982-83, 17 725, nr. 3, p. 64.

<sup>42</sup> Ibid.



Het vrijwillige karakter is een uitvloeisel van de voorheen wat omslachtige wijze om tot omzetting te komen. Omzetting was voor 1 januari 1992 (in het oude BW) enkel mogelijk indien de rechtspersoon niet meer voldeed aan de materiële kenmerken van zijn soort, maar wel aan die van een andere.<sup>43</sup> Alsdan zou de rechter slechts ontbinding uitspreken *nadat* de rechtspersoon in de gelegenheid was gesteld zich om te zetten.<sup>44</sup> In principe kon aldus slechts in specifieke gevallen worden overgegaan tot omzetting, namelijk wanneer een rechtspersoon door zijn materiële kenmerken buiten zijn juridische kader trad. Echter, door allereerst de statuten dermate te wijzigen dat deze niet meer zouden passen bij de huidige rechtsvorm, kon een rechtspersoon alsnog op ieder gewenst moment in de door haar gewenste rechtsvorm worden omgezet. Deze gekunstelde wijze maakte een gewrongen indruk, omdat eerst een statutenwijziging die in strijd was met de wet was vereist.<sup>45</sup> Dit werd door Van Meeuwen<sup>46</sup> ‘De Grote Leugen’ genoemd. Zoals Snijder-Kuijpers<sup>47</sup> constateert waren destijds twee stromingen te onderscheiden die verdeeld waren over de aanleiding om een omzetting tot stand te brengen. Enerzijds bestond de visie dat de oorzaak van de omzetting was terug te leiden naar de inhoud van de statuten en anderzijds heerste de opvatting dat het feitelijk functioneren bepalend was voor de omzetting. Aan deze discussie heeft de wetgever een einde gemaakt doordat de wetgever, met het oog op de vrijheid van rechtsvormkeuze, de omzettingsregeling verruimd.<sup>48</sup> Deze verruiming is zoals deze thans wordt gekend in de wet: een vrijwillig karakter van de omzetting.

2. Het behoud van rechtspersoonlijkheid: Dit kenmerk vindt zijn oorsprong bij de implementatie van een nieuwe systematiek omtrent omzettingen opgenomen in de Invoeringswet van Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW.<sup>49</sup> Het toen ingevoerde systeem bracht namelijk met zich mee dat niet langer de rechtspersoon werd ontbonden gevolgd door oprichting van een nieuwe rechtspersoon, doch dat de rechtspersoon bleef voortbestaan.<sup>50</sup> Van der Ploeg<sup>51</sup> heeft zich destijds negatief uitgelaten over het behoud van rechtspersoonlijkheid bij omzettingsvormen waarbij de ‘oude’ rechtspersoon principieel verschilt van de ‘nieuwe’ rechtspersoon. Hij vond dit voor bepaalde omzettingsvormen

---

<sup>43</sup> In soortgelijke zin: Streek, J.L. van de (2003). *Fiscale gevolgen van omzetting van rechtspersonen*. Deventer: Kluwer. § 2.5.1.

<sup>44</sup> art. 2:19, lid 2 (oud) BW

<sup>45</sup> Kamerstukken II, 1982-83, 17 725, nr. 3, p. 63.

<sup>46</sup> Kamerstukken I, 1960, 3769, 37ste vergadering, p. 2274.

<sup>47</sup> Snijder-Kuijpers, B. (2010). *Omzetting als rechtsvormwijziging*. Deventer: Kluwer. p. 91.

<sup>48</sup> MvT, Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW, Kamerstukken II 1982-83, 17 725, nr. 4.

<sup>49</sup> Stb. 1989, 491.

<sup>50</sup> Kamerstukken II, 1984-85, 17725, nr. 6, p. 16.

<sup>51</sup> Ibid.

bezwaarlijk vanwege het volgende: *“Voor de betrokkenen krijgt de rechtspersoon een geheel ander aanzien.”*<sup>52</sup> De wetgever was van mening dat deze zienswijze slechts was gestoeld op gevoelsmatige argumenten en heeft derhalve voor álle omzettingvormen gekozen voor behoud van rechtspersoonlijkheid. Daarbij acht de wetgever het niet nodig om verschillende omzettingvormen verschillend te behandelen ten aanzien van het identiteitsbehoud.

Zoals reeds hiervoor is aangehaald, eindigt het bestaan van de rechtspersoon *niet* op basis van art. 2:18 lid 8 BW. De rechtsfiguur verandert slechts het toepasselijk recht – *lex societatis*. In de literatuur wordt veelvuldig gerefereerd naar omzetting als een juridisch ‘hoogstandje’<sup>53</sup> en Kroeze<sup>54</sup> noemt het opmerkelijk dat een rechtspersoon zijn oorspronkelijke rechtsvorm kan veranderen in een rechtsvorm die wordt beheerst door geheel andere rechtsregels. De reden voor de wetgever om deze bijzondere voorziening in te kleden met identiteitsbehoud, is vanwege het feit dat zij het niet nodig achtte grotere beletselen in de weg te leggen dan noodzakelijk. Het belangrijkste argument voor identiteitsbehoud spreekt uit alle voordelen die het geniet boven overgang onder algemene titel.<sup>55</sup> Zoals van de Streek<sup>56</sup> concludeert uit de argumenten van de wetgever geschiedt omzetting zonder overgang onder algemene titel om redenen van doelmatigheid. Overgang onder algemene titel kent geen definitie in de wet, maar Verstappen<sup>57</sup> formuleert het als volgt: *“Bij verkrijging onder algemene titel kan de verkrijger als voortzetter van de volledige rechtspositie van zijn voorganger worden beschouwd. Een dergelijke overgang vindt plaats krachtens wettelijk voorschrift, zonder dat daartoe een bijzondere rechtshandeling nodig is en er zijn geen leveringsvoorschriften van toepassing.”*

De belangrijkste gevolgen van een overgang onder algemene titel zijn als volgt:

- De overgang onder algemene titel van het gehele vermogen van de verdwijnende rechtspersoon naar de verkrijgende rechtspersonen. Bij overgang onder algemene titel ex art. 3:80 BW gaat het gehele vermogen naar de verkrijgende vennootschap. De verkrijgende vennootschap volgt de verdwijnende vennootschap op in bezit en houderschap op grond van art. 3:116 BW.

---

<sup>52</sup> Kamerstukken II, 1984-85, 17 725, nr. 7, p. 19.

<sup>53</sup> Maeijer, J.M.M. (1997). Vertegenwoordiging en rechtspersoon: de rechtspersoon (deel 2-II Asser-serie). Deventer: Tjeenk Willink. p. 163; Heijden, E.J.J. van der & Grinten, W.C.L. van der (1992). *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*. Zwolle: Tjeenk Willink. p. 183; Streek, J.L. van der (2009). Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 37, § 2.2.

<sup>54</sup> Kroeze, M.J. (2015). *De rechtspersoon, omzetting van rechtspersonen (deel 2-I Asser-serie)*. Deventer: Tjeenk Willink. Onderdeel 353.

<sup>55</sup> MvT, invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW, Kamerstukken II 1982-83, 17 725, nr. 4.

<sup>56</sup> Streek, J.L. van de (2003). *Fiscale gevolgen van omzetting van rechtspersonen*. Deventer: Kluwer. § 2.5.2.

<sup>57</sup> Verstappen, 'Rechtsofvolgving onder algemene titel', Deventer: Kluwer 1996, p. 47.

- Het van rechtswege ophouden te bestaan van de overdragende rechtspersoon.<sup>58</sup> De rechtspersoon wordt niet formeel ontbonden.
- De wijziging van de positie van de aandeelhouders in de rechtspersoon. Door het ophouden van het bestaan van de rechtspersoon worden tevens alle aandeelhoudersrelaties geëindigd.

De bovenstaande gevolgen brengen formaliteiten zoals ontbinding, vereffening, oprichting en overdracht met zich. Doordat bij omzetting geen sprake is van overgang onder algemene titel en de rechtspersoonlijkheid niet wordt beëindigd, zijn dergelijke formaliteiten bij een omzetting niet nodig. Dit draagt bij aan de doelmatigheid van de regeling zoals deze is beoogd. Dit is bevestigd door de Staatssecretaris tijdens de behandeling van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht<sup>59</sup> die stelt dat voor omzetting een andere procedure geldt dan die van fusie of splitsing. Tevens meent hij dat de rechtsfiguren fusie en splitsing veel complexere rechtsfiguren zijn, omdat rechtspersonen daar ophouden te bestaan en nieuwe rechtspersonen (kunnen) worden opgericht.

3. De positie van de rechtspersoon ten aanzien van derden: Zoals hiervoor is aangehaald, betekent het behoud van rechtspersoonlijkheid niet per se dat alle relaties, of het karakter daarvan, ten aanzien van derden na omzetting behouden blijven. Het meest sprekende voorbeeld is uiteraard de relatie met de wetgever. Het recht dat van toepassing is op de omgezette rechtspersoon is anders dan dat van de om te zetten rechtspersoon. Een ander voorbeeld is de verandering van de aard van de relatie van personen of lichamen die een 'belang' hebben in de rechtspersoon. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een aandelenbelang, een lidmaatschap of een eigendomsrecht. Deze relatie kan na omzetting geheel anders van aard zijn of zelfs teniet gaan. Interessant is de vraag of de materiële identiteit van de rechtspersoon dan hetzelfde blijft. Het behoud van haar juridische identiteit staat buiten kijf, maar blijft zij *materieel* dezelfde identiteit behouden als haar (rechts)verhoudingen met derden dermate ingrijpend veranderen? Is het antwoord op deze vraag per omzettingvorm anders of juist gelijklopend? De mate van verandering van rechtsverhoudingen kan per omzettingvorm wezenlijk verschillen. Indien al sprake is van een materiële identiteitsverandering, neig ik door deze verschillen te antwoorden dat dit afhankelijk is van de omzettingvorm. De rechtssfeerovergang is immers minder groot bij rechtspersonen die een soortgelijke inrichting kennen.

---

<sup>58</sup> Behalve bij een afsplitsing.

<sup>59</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2010-11, 32 426, nr. 7, p. 3.

### § 2.3.3 Procedurele vereisten

De mogelijke motieven die aan een omzettingsbehoefte ten grondslag liggen, zijn uiteengezet in § 2.2 van dit hoofdstuk. Naar aanleiding van deze behoefte kan worden besloten om de omzettingsprocedure te starten. Voor iedere omzetting gelden drie constitutieve vereisten. Naast deze algemeen geldende vereisten, bestaan ook specifieke vereisten afhankelijk van de omzettingsvorm. Deze worden in de volgende paragrafen besproken. Zoals Van de Streek<sup>60</sup> terecht opmerkt, wordt in het BW geen enkel woord gerept over de fase voorafgaand aan het besluitvormingsproces van de omzetting. Hier wordt derhalve geen aandacht aan besteed.

De drie algemene constitutieve vereisten zijn:

1. **Het omzettingsbesluit:** Zoals Koster<sup>61</sup> en Van de Streek<sup>62</sup> het verwoorden vormt het omzettingsbesluit het hart/de kern van de omzettingsprocedure. Op het moment dat er een behoefte blijkt voor de rechtspersoon om zich om te zetten, moet een besluit tot omzetting worden genomen met inachtneming van de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging. Het orgaan dat dit besluit neemt is afhankelijk van de om te zetten rechtspersoon. Doordat het omzettingsbesluit moet worden ondersteund door 90% van de stemmen, is het omzettingsbesluit bij kapitaalvennootschappen, zo constateert ook Van de Streek<sup>63</sup>, een aangelegenheid van de algemene vergadering van aandeelhouders. Wanneer dit omzettingsbesluit wordt genomen door een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij, moet deze 90% van de stemmen worden vertegenwoordigd in de algemene ledenvergadering (deze rechtspersonen hebben immers geen aandeelhouders). Wanneer een stichting zich wenst om te zetten is dit een aangelegenheid van het bestuur.<sup>64</sup> De meerderheid van 90% van de stemmen is niet noodzakelijk indien een BV wordt omgezet in een NV en vice versa. Alsdan is een 'gewone' meerderheid van de stemmen al voldoende.
2. **De statutenwijziging:** Er wordt een besluit tot wijziging van de statuten genomen.<sup>65</sup> Het omzettingsbesluit moet aldus genomen worden door het orgaan dat ook bevoegd is de statuten te wijzigen. Dit vereiste vloeit (deels) al voort uit het hiervoor genoemde vereiste en deels uit het rechtspersonenrecht zelf. De statuten moeten immers in overeenstemming

---

<sup>60</sup> Streek, J.L. van de (2008). *Omzetting van rechtspersonen (Fiscale Monografieën, nr. 129)*, Deventer: Kluwer. p. 29.

<sup>61</sup> Koster, H. (2012). *Cursus Belastingrecht, Archief 2012, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer.

<sup>62</sup> Streek, J.L. van der (2009). Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 37, § 2.3.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Art. 2:18, lid 2, sub a BW.

<sup>65</sup> Art. 2:18, lid 2, sub b BW.

worden gebracht met het toepasselijke recht van de nieuwe rechtsvorm, anders zou de rechtspersoon kunnen worden ontbonden.<sup>66</sup>

3. **Het opmaken van een notariële akte:** Er wordt een notariële akte opgemaakt van de omzetting die de nieuwe statuten bevat<sup>67</sup>, hiermee wordt de omzetting geëffectueerd. Het tijdstip van de omzetting is op het moment van het verleiden van de notariële omzettingsakte. Dit is niet expliciet wettelijk vastgelegd, maar wordt in zijn algemeenheid aangenomen.<sup>68</sup> Tevens is het mogelijk dat het tijdstip van de omzetting wordt verlegd naar de toekomst. Dit moet dan worden opgenomen in de notariële akte.<sup>69</sup> Uit gewezen jurisprudentie volgt dat, wanneer een gerechtelijke machtiging is vereist voor de omzetting, het omzettingstijdstip waarop de notariële akte wordt verleiden ná het tijdstip ligt waarop deze machtiging wordt verleend.<sup>70</sup> Ten slotte kan de omzetting van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een kapitaalvennootschap pas effectief worden wanneer de opzegtermijnen van alle leden zijn verlopen.<sup>71</sup> Daarnaast worden, afhankelijk van de omzettingvorm, aanvullende regelingen getroffen teneinde een goede overgang te waarborgen. De meest in het oog springende vereisten worden in de volgende paragraaf kort behandeld.

Tot slot is het vereist dat van de omzetting opgave wordt gedaan aan het handelsregister waar de rechtspersoon is ingeschreven. Dit is geen constitutief vereiste, maar is wel verplicht.

#### § 2.3.4 Aanvullende regelingen

Naast de drie procedurele vereisten die gelden voor alle omzettingen, voorziet het BW in een aantal aanvullende regelingen die de belangen beschermen van betrokkenen van de om te zetten rechtspersoon. Deze aanvullende regelingen zijn:

- Een schadevergoedingsregeling voor (minderheids-)aandeelhouders die niet hebben ingestemd met de omzetting wanneer een NV/BV wordt omgezet in een stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij.<sup>72</sup> Deze schadevergoeding is een compensatie voor het verlies van de aandelen.

---

<sup>66</sup> Art. 2:21 BW.

<sup>67</sup> Art. 2:18, lid 2, sub c BW

<sup>68</sup> Zie: Streek, J.L. van de (2008). *Omzetting van rechtspersonen (Fiscale Monografieën, nr. 129)*, Deventer: Kluwer. p. 32.

<sup>69</sup> Aldus Maeijer, J.M.M. (1997). *Vertegenwoordiging en rechtspersoon: de rechtspersoon (deel 2-II Asser-serie)*. Deventer: Tjeenk Willink. p. 164.

<sup>70</sup> Rechtbank Amsterdam 28 maart 1998, nr. 98.0395H, JOR 1998/105.

<sup>71</sup> art. 2:72, lid 3, tweede volzin en art. 2:183, lid 3, tweede volzin, BW.

<sup>72</sup> Ex art. 2:71, lid 2 en art. 2:183, lid 2 BW.

- Opzegmogelijkheid van het lidmaatschap in een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij bij een omzetting in een NV, BV, stichting, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij.<sup>73</sup>
- Verzetrecht van schuldeisers bij de omzetting van een NV/BV in een stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij.<sup>74</sup> Dit recht kan een schuldeiser inroepen wanneer zij van mening is dat er onvoldoende waarborgen worden gegeven ter verzekering van de voldoening van een vordering. Wanneer voldoende waarborgen door de rechtspersoon worden gegeven, kan de omzetting alsnog doorgang vinden. Het toewijzen van een verzetrecht door de rechter betekent dus niet dat de omzetting definitief niet plaatsvindt.
- Een accountantsverklaring bij de omzetting van een stichting, vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij in een NV.<sup>75</sup> Dit is ter verzekering dat het wettelijk minimaal te storten kapitaal ook daadwerkelijk aanwezig is in de NV.
- Een rechterlijke machtiging is vereist voor de omzetting van of in een stichting en van een NV/BV in een vereniging. Volgens Van de Streek<sup>76</sup> is dit vereiste de meest verregaande beschermingsmaatregel wat betreft omzettingvormen naar een onvoldoende verwante rechtsvorm. Uit de parlementaire geschiedenis<sup>77</sup> blijkt dat deze maatregel bestaat omdat er onvoldoende overeenkomsten bestaan tussen de rechtspersonen vóór en ná omzetting. Om dezelfde reden was namelijk een rechterlijke machtiging vereist voor de omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een BV.
- De vermogensklem bij omzetting van een stichting in een kapitaalvennootschap. Hieraan wordt uitgebreid aandacht besteed in § 2.4.3.

## § 2.4 Omzettingvormen

### § 2.4.1 Algemeen

In deze paragraaf worden twee omzettingvormen en de daarmee gepaarde vereisten behandeld. In totaal zijn er 24 typen<sup>78</sup> omzettingvormen. Vanwege de beperkte omvang van deze scriptie wordt niet iedere omzettingvorm behandeld. De omzettingen van een NV/BV naar een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij worden besproken vanwege de overgang van

---

<sup>73</sup> Ex art. 2:36, lid 4 en art. 2:53a BW.

<sup>74</sup> art. 2:100 en art. 2:182 BW.

<sup>75</sup> art. 2:72, lid 2 BW.

<sup>76</sup> Streek, J.L. van der (2009). Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 37, pagina 4.

<sup>77</sup> Kamerstukken II, 2002-03, 28 746, nr. 3, p. 65.

<sup>78</sup> Voor een overzicht van de 24 omzettingvormen verwijst naar bijlage 1.

aandeelhouderschap naar lidmaatschap en vice versa. Tevens worden omzettingen van een stichting naar een NV/BV besproken, vanwege het bijzondere doel van een stichting.

#### *§ 2.4.2 Omzetting van een NV/BV*

Art. 2:71 BW juncto 2:100 BW en art. 2:181 BW regelen, naast art. 2:18 BW, de aanvullende vereisten voor de omzetting van respectievelijk een NV en een BV. In het geval van een omzetting van een NV/BV in een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij wordt iedere aandeelhouder een lid van de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij. Iedere aandeelhouder die niet heeft ingestemd met de omzetting in één van de drie hiervoor genoemde rechtspersonen, kan verzoeken om een schadeloosstelling.<sup>79</sup> Dit geldt ook voor stemrecht- of winstrechtloze aandeelhouders van een BV waarvan de BV wordt omgezet in een NV.<sup>80</sup> Een schuldeiser kan binnen een termijn van twee maanden vanaf aankondiging van de omzetting in verzet komen met een vermelding van een verlangen voor een waarborg of zekerheid van zijn vordering.<sup>81</sup> Dit kan enkel indien de schuldeiser niet voldoende waarborg of zekerheid heeft. De gerechtelijke macht is vereist voor omzettingen van een NV/BV naar een vereniging.<sup>82</sup>

#### *§ 2.4.3 Omzetting van een stichting in een BV<sup>83</sup>*

De omzetting van een stichting in een BV (en vice versa) is één van de meest ingrijpende omzettingvormen, omdat zowel fiscaal- als civielrechtelijk de behandeling en inkleding van de stichting substantieel verschilt van de BV. Fiscaalrechtelijk betekent de omzetting een overgang van beperkte belastingplicht voor de stichting, indien en voor zover een onderneming wordt gedreven of in concurrentie wordt getreden, naar onbeperkte belastingplicht voor de BV.<sup>84</sup> De civielrechtelijke verschillen zijn voornamelijk toe te schrijven aan de substantieel afwijkende vormgeving van de stichting – een stichting heeft een stichtingsbestuur.<sup>85</sup> Tevens heeft de stichting een doel dat in de statuten staat vermeld en waarvoor het vermogen van de stichting wordt aangewend. Door deze voorgenoemde eigenschappen is de stichting uniek in zijn soort in het Nederlandse rechtspersonenrecht.<sup>86</sup> Bij een omzetting van een BV in een stichting gaat het recht op het eigen

---

<sup>79</sup> Art. 2:71, lid 2 BW en art. 2:181, lid 2 BW.

<sup>80</sup> Art. 2:181, lid 3 BW.

<sup>81</sup> Art. 2:100, lid 2 & 3 BW en art. 2:182, lid 2 & 3 BW.

<sup>82</sup> Art. 2:18, lid 4 BW.

<sup>83</sup> De regelingen en vereisten voor de omzetting van een BV in een stichting zijn vrijwel identiek aan de vereisten van een omzettingen van een NV in een stichting. Deze omzetting wordt derhalve niet verder behandeld.

<sup>84</sup> Art. 2, lid 2 Wet VpB.

<sup>85</sup> Art. 2:285, lid 1 BW juncto 2:21 BW.

<sup>86</sup> Snijder-Kuipers, B. (2010). *Omzetting als rechtsvormwijziging*. Deventer: Kluwer. p. 115.

vermogen van de BV, dat door het aandeelhouderschap wordt vertegenwoordigd<sup>87</sup>, verloren. Te meer wordt dit bevestigd doordat de stichting zich niet ter doel mag stellen uitkeringen te doen aan haar oprichters of anderen.<sup>88</sup> De deelgerechtigdheid van de aandeelhouder in de rechtspersoon gaat verloren. Bij deze omzettingvorm kan men zich dus afvragen in hoeverre de materiële identiteit van de rechtspersoon blijft behouden.

Ingeval er sprake is van een omzetting van een stichting in een BV worden er gerechtelijke waarborgen geëist<sup>89</sup> om te voorkomen dat het vermogen wat zich in de stichting bevindt dat op basis van art. 2:285, lid 3 BW niet mag worden uitgekeerd eenvoudigweg door middel van een omzetting kan worden uitgekeerd. Hierdoor zou dit verbod kunnen worden omzeild. Naar deze waarborg wordt regelmatig gerefereerd als 'de vermogensklem'<sup>90</sup> en houdt het volgende in: Na de omzetting van een stichting in een andere rechtspersoon, in deze paragraaf de BV, moet uit de statuten blijken dat het vermogen van de omgezette stichting en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan wat het doel was van de stichting.<sup>91</sup> In feite heeft de totstandgekomen rechtspersoon in zoverre hetzelfde doel voor het vermogen en haar vruchten als dat de omgezette stichting heeft, tenzij anders bepaald door de rechter. Ook ingeval volgend op de omzetting een fusie of splitsing volgt, worden dezelfde eisen gesteld aan de statuten van de gesplitste/fuserende rechtspersonen. Voor omzettingvormen waar een stichting bij is betrokken, is de gerechtelijke macht vereist.<sup>92</sup>

## § 2.5 Binnenlandse omzetting in het Voorontwerp

In het Voorontwerp is ook aandacht geschonken aan binnenlandse omzettingen. In het Voorontwerp wordt besloten om alle bepalingen van Boek 2 aangaande omzettingen van rechtspersonen, tezamen met grensoverschrijdende omzettingen, samen te voegen in Boek 7A. Zij heeft ten behoeve van het overzicht hiertoe besloten omdat thans de bepalingen voor omzetting versnipperd zijn over Boek 2. Hiermee is echter geen inhoudelijke wijziging beoogd.<sup>93</sup>

---

<sup>87</sup> Art. 2:216 BW.

<sup>88</sup> Art. 2:285, lid 3 BW.

<sup>89</sup> Art. 2:18, lid 6 BW.

<sup>90</sup> Ontleend aan Monchy, C.W. de & Timmerman, L. (1991). *De Nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW*. Zwolle: Tjeenk Willink. p. 141.

<sup>91</sup> Art. 2:18, lid 6 BW.

<sup>92</sup> Art. 2:18, lid 4 BW.

<sup>93</sup> Ministerie van Veiligheid en Justitie van 31 januari 2014, Memorie van Toelichting bij Voorontwerp 'grensoverschrijdende omzettingen kapitaalvennootschappen'. [https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende\\_omzetting](https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende_omzetting). p. 8.



## § 2.6 Conclusie

Omzetting is een rechtsfiguur die het mogelijk maakt voor een rechtspersoon om zich te ontdoen van zijn rechtskleed zonder dat zij moet overgaan tot ontbinding of vereffening. De rechtsfiguur is een juridisch hoogstandje waarbij een ander rechtspersoon tot stand komt en de rechtspersoonlijkheid behouden blijft. De rechtsfiguur heeft een drietal kenmerken:

- Een vrijwillig karakter: De rechtspersoon kiest zelf spontaan voor de rechtsfiguur.
- Het behoud van rechtspersoonlijkheid: De rechtspersoon verandert, maar de rechtspersoonlijkheid blijft behouden.
- De positie ten aanzien van derden: Ondanks dat de rechtspersoonlijkheid blijft behouden, kan de positie van de rechtspersoon ten aanzien van derden voor en na omzetting substantieel verschillen.

Voor de omzetting gelden, naast enkele specifieke randvoorwaarden, de volgende procedurele vereisten:

- er wordt een besluit genomen tot omzetting;
- er wordt een besluit genomen tot het wijzigen van de statuten; en
- er wordt een notariële akte opgemaakt.

Indien een BV/NV zich laat omzetten, is een reguliere meerderheid van de stemmen afdoende. Indien een stichting zich laat omzetten naar een BV, is er sprake van een vermogensklem. Dit houdt in dat het vermogen van de stichting niet anders kan worden besteed dan zoals aangegeven in de statuten van de stichting, behoudens ingeval door de rechter anders wordt bepaald.

Een rechtspersoon kan besluiten zich om te zetten omdat zij in haar huidige rechtsvorm niet meer voldoet aan de wettelijke kenmerken (gevolg). Tevens kan de reden van een omzetting zijn dat de rechtspersoon zekere 'bewegingsvrijheid' wenst die zij niet heeft in haar huidige rechtsvorm. Daarnaast kunnen ook andere fiscale, organisatorische en juridische motieven een rol spelen.

In het Voorontwerp is geen inhoudelijke wijziging ten aanzien van de binnenlandse omzetting beoogd.

## Fiscaalrechtelijke aspecten van zuiver nationale omzettingen

### § 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de fiscaalrechtelijke aspecten van zuiver nationale omzettingen behandeld. Het fiscaal recht kent één enkele bepaling die is gewijd aan de rechtsfiguur omzetting: art. 28a Wet VpB 1969. Met dit artikel worden ook de inkomsten- en de dividendbelastingaspecten beslagen. In dit hoofdstuk blijkt dat het fiscale recht weinig regelt met betrekking tot de omzetting als rechtsfiguur, wat in schril contrast staat met andere (re)organisatiefaciliteiten zoals de juridische fusie, de (af)splitsing en de bedrijfsfusie.

Omdat art. 28a Wet VpB 1969 het enige fiscale artikel is dat betrekking heeft op omzettingen, wordt hier uitgebreid bij stilgestaan. Allereerst wordt de wetshistorie van het artikel behandeld, waarbij de redenen van de wetgever voor de wijze van de vormgeving van art. 28a Wet VpB 1969 worden uiteengezet. De systematiek van art. 28a Wet VpB 1969 onderscheid drie groepen omzettingvormen die elk in een aparte paragraaf worden besproken. Vervolgens wordt aandacht geschonken aan de invloed van een omzetting binnen een fiscale eenheid op het voortbestaan van die betreffende fiscale eenheid. Ter afsluiting van dit hoofdstuk worden kritische kanttekeningen geplaatst ten aanzien van de fiscale behandeling van de rechtsfiguur omzetting en wordt een vergelijking gemaakt met de juridische fusie en (af)splitsing. Deze vergelijking wordt gemaakt omdat de juridische fusie en de (af)splitsing net als de rechtsfiguur omzetting civielrechtelijke organisatiefaciliteiten zijn. Als sluitstuk van dit hoofdstuk worden aanbevelingen gedaan ter verbetering van de werking van de regeling. In dit hoofdstuk wordt het accent gelegd op de vennootschapsbelasting en wordt voor de volledigheid een uitstapje gemaakt naar de dividendbelasting en de inkomstenbelasting. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

### § 3.2 De fiscale behandeling van de omzetting als rechtsvormwijziging

#### § 3.2.1 Historie van art. 28a Wet VpB 1969

De hoofdregel van de fiscaalrechtelijke behandeling van omzettingen bevindt zich in art. 28a Wet VpB 1969. Opvallend is dat dit art. niet alleen de behandelwijze van omzettingen voor de Wet VpB 1969 regelt, maar dat dit artikel van overeenkomstige toepassing is voor de Wet IB 2001 alsmede de Wet DB 1965.<sup>94</sup> De hoofdregel van art. 28a Wet VpB 1969 luidt als volgt:

*“Bij een omzetting ... van een rechtspersoon in een andere rechtsvorm, ..., wordt:*

*a) de rechtspersoon geacht te zijn geliquideerd;*

*b) het vermogen geacht te zijn uitgekeerd ...; en*

*c) het vermogen van de andere rechtsvorm geacht daarin te zijn ingebracht.”*

---

<sup>94</sup> Art. 28a, lid 2 VpB.

Deze hoofdregel is van toepassing op alle omzettingvormen anders dan van een NV in een BV of omgekeerd dan wel van een vereniging in een stichting of omgekeerd.

Allereerst valt op dat voor het merendeel van de omzettingvormen in art. 28a Wet VpB 1969 een drietal ficties zijn ingebed waardoor fiscale afrekening ontstaat voor de om te zetten rechtspersoon. Zijn deze ficties noodzakelijk om een fiscale afrekening tot stand te brengen of heffing te waarborgen? Wanneer deze fiscale ficties er niet zouden zijn, zou het fiscale recht de systematiek van het civiele recht volgen. Dit betekent dat door het behoud van de rechtspersoonlijkheid en het ontbreken van een realisatiemoment geen sprake is van een einde van de subjectieve belastingplicht of een vermogensovergang. Dit is ook bevestigd door de wetgever die meende dat door de nieuwe systematiek van omzettingen, het behoud van rechtspersoonlijkheid, de fiscale begeleiding overbodig zou worden (zie ook § 2.3.1).<sup>95</sup> Dit betekent aldus dat er zonder ficties geen aanwijsbaar fiscaal afrekenmoment is. De ficties zijn dus noodzakelijk voor de fiscale wetgever om een fiscaal eindafrekeningsmoment te creëren.

Deze fiscale hoofdregel is op zijn minst frappant te noemen, omdat juist in het civiele recht, zoals uitgebreid besproken in het vorige hoofdstuk, nadrukkelijk wordt uitgegaan van de *continuering* van de rechtspersoon.<sup>96</sup> Sterker nog, dit is het meest saillante kenmerk van de rechtsfiguur waardoor deze zo uniek is. Vanuit de optiek van art. 28a Wet VpB 1969 zijn, zo betoogt ook Van de Streek<sup>97</sup>, drie groepen omzettingen te destilleren:

- Fiscaal niet-gefaciliteerde omzettingen;
- Fiscaal niet-geregelde omzettingen; en
- Fiscaal gefaciliteerde omzettingen.

In de volgende paragraaf wordt uitgebreid stilgestaan bij de gevolgen van deze omzettingen.

Art. 28a Wet VpB 1969 is ingevoerd bij de Wet tot vaststelling van de hoofdstukken 2, 3, 4 en 5 van de Invoeringswet Boek 2 Nieuw BW<sup>98</sup> en zag toe op de fiscale begeleiding van omzettingen zoals toen begrepen in art. 2:19 en 2:20 BW (oud). Destijds was geen sprake van het behoud van rechtspersoonlijkheid bij rechtsvormwijziging. Bij de Invoeringswet van Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW<sup>99</sup> was voor het eerst sprake van een nieuwe systematiek bij rechtsvormwijziging: het behoud van rechtspersoonlijkheid.<sup>100</sup> Door deze nieuwe systematiek was de wetgever in eerste instantie van mening dat lid 8 van art. 2:18 BW tot gevolg had dat aan de fiscale begeleiding zoals begrepen in art.

<sup>95</sup> Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 1985-86, 19 527, nr. 3, p. 29.

<sup>96</sup> Art. 2:18, lid 8 BW.

<sup>97</sup> Streek J.L. van der (2010). Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 3, p. 85.

<sup>98</sup> Stb. 1976, 229.

<sup>99</sup> Stb. 1989, 491.

<sup>100</sup> Kamerstukken II, 1984-85, 17 725, nr. 6, p. 16.

28a Wet VpB 1969 geen betekenis meer was toe te dichten.<sup>101</sup> Echter, bij de Nota van wijziging<sup>102</sup> werd alsnog art. 28a Wet VpB 1969 in een gewijzigde vorm ingevoerd. De redenen die door de wetgever worden aangedragen, zijn verre van bevredigend.<sup>103</sup> De wetgever wilde de status quo in de fiscaliteit ten aanzien van omzettingen handhaven.<sup>104</sup> De status quo was een beëindiging van de rechtspersoonlijkheid. Waarom de status quo gehandhaafd zou moeten worden, wordt door de wetgever niet toegelicht. Uit het Advies van de Raad van State<sup>105</sup> blijkt dat ook hij niet overtuigd is door de motivering van de wetgever en hij meent tevens dat het initiële standpunt van de wetgever, dat geen betekenis meer toekomt aan art. 28a Wet VpB 1969 door art. 2:18, lid 8 BW, naar zijn oordeel de juiste is. De vergaande fictie wordt niet gedragen door de motivering van de wetgever en niet te begrijpen is waarom voor omzettingen, net als voor bedrijfsfusies op de voet van art. 14, lid 1 Wet VpB, geen fiscale faciliteit met behoud van de vennootschapsbelastingclaim kan worden vormgegeven, aldus de Raad van State.<sup>106107</sup> Tevens wijst de Raad van State op rechtsvormneutraliteit: Bij de keuze van een rechtsvorm moeten zo min mogelijk belemmeringen worden opgeworpen.<sup>108</sup>

In de literatuur<sup>109</sup> wordt gesuggereerd dat de handhaving van de status quo (een fiscale eindafrekening) en het daaruit voortvloeiende departementale toezicht nodig wordt geacht door de wetgever omdat anders fiscaal claimverlies zou dreigen. Daarbij wordt vooral gedoeld op situaties waarbij een omzetting plaatsvindt van onbeperkte naar beperkte belastingplicht. Een angst die, mijns inziens, ongegrond is. Volgens het totaalwinstbeginsel wordt immers de overgang van een vermogensbestanddeel van de belaste naar de onbelaste sfeer, zoals bij een stichting met beperkte belastingplicht zich kan voordoen, als onttrekking geduid<sup>110</sup> en wordt deze onttrekking in de heffing betrokken tegen WEV. Wanneer een omzetting plaatsvindt waarbij de rechtspersoon van onbeperkte naar beperkte belastingplicht gaat en tevens vermogensbestanddelen in de onbelaste sfeer terechtkomen, dan worden deze automatisch op basis van het totaalwinstbeginsel in de heffing betrokken. Veiligstelling van de claim vloeit aldus reeds voort uit het totaalwinstbeginsel.

---

<sup>101</sup> Kamerstukken II, MvT, 1985-86, 19527, nr. 3, p. 29.

<sup>102</sup> Kamerstukken II, Nota van Wijziging, 1985-86, 19527, nr. 7, p. 3.

<sup>103</sup> Kamerstukken II, Nota naar aanleiding van het verslag, 1985-86, 1527, nr. 6, p. 3.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Kamerstukken II, Advies van Raad van State en nader rapport, 1997-98, 25709, A, p.3.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Dit commentaar zag tevens toe op juridische fusies en splitsingen.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Verburg, J. (1999). *Vennootschapsbelasting, Fiscale hand- en studieboeken*. Deventer: Kluwer. p. 378-379; Houte, C.P.M. van (1994). *De stichting in het Nederlandse belastingrecht (Fiscale Monografieën, nr. 69)*. Deventer: Kluwer. p. 134.

<sup>110</sup> Stevens, L.G.M. (2015). VPB-plicht van overheidsondernemingen. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 138.1, § 12.2.2.

Daarnaast kan op het niveau van de vennootschapsbelastingplichtige deelgerechtigde zich een bijzonder feitencomplex voordoen indien een aandelenbelang in de om te zetten rechtspersoon waarop de deelnemingsvrijstelling<sup>111</sup> van toepassing is na omzetting verandert in bijvoorbeeld een lidmaatschap in een vereniging (niet op coöperatieve grondslag). Na de omzetting betekent dit voor de deelgerechtigde dus dat geen toepassing van de deelnemingsvrijstelling plaatsvindt door het niet voldoen aan het kwantitatieve 5%-criterium. Een dergelijke sfeerovergang wordt geredigeerd door de compartimenteringsleer die sedert 1 mei 2015 is gecodificeerd in art. 28c Wet VpB 1969.<sup>112</sup> In abstracto ziet de compartimenteringsleer toe op een evenwichtige heffing bij de sfeerovergang van een aandelenbelang. Hierdoor blijft bij een dergelijke sfeerovergang als gevolg van een omzetting de claim gewaarborgd. Voordelen van (oud-)deelnemingen die opkomen tijdens een belaste/onbelaste periode worden onder art. 28c Wet VpB 1969 voor dat deel wel/niet betrokken in de heffing.

Ondanks het bovenstaande commentaar van de Raad van State is de wettekst van art. 28a Wet VpB 1969 sinds 1989 inhoudelijk onveranderd gebleven.<sup>113</sup> Hoewel de motivering voor de huidige systematiek van art. 28a Wet VpB 1969 voor de vennootschapsbelasting weinig overtuigend is, kunnen de ficties van dit artikel een functie hebben voor de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965. Zoals hiervoor reeds kort opgemerkt, zijn de ficties neergelegd in art. 28a Wet VpB 1969 tevens van toepassing op de Wet IB 2001 en Wet DB 1965. Lid twee luidt namelijk als volgt:

*“Het eerste lid is mede van toepassing voor de heffing van de inkomstenbelasting en de dividendbelasting.”*

Van Gelder<sup>114</sup> merkt hieromtrent terecht op dat het zeer opmerkelijk is dat de Wet VpB 1969 belastbare feiten fingeert voor de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965. De vraag is derhalve in hoeverre omzetting als belastbaar feit rechtsgrond heeft in de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965. Een Zweedse rechtsgeleerde<sup>115</sup> formuleerde ooit het volgende adagium: *“nullum tributem sine lege”*, oftewel geen belasting zonder wet. Dit legaliteitsbeginsel is in de Nederlandse wetgeving gecodificeerd in art. 104 Grondwet die regelt dat belastingen van het Rijk worden geheven *uit kracht van een wet*. Voor de heffing van rijksbelastingen zijn diverse afzonderlijke belastingwetten uitgevaardigd<sup>116</sup>, waaronder de Wet VpB 1969, de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965, die elk hun eigen belastingobject- en subject

---

<sup>111</sup> Ex art. 13 Wet VpB.

<sup>112</sup> Stb. 2015, 158.

<sup>113</sup> Zie: Gelder, G.C.F van. (2015). *Art. 28a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 Omzetting ex art. 2:18 BW*, onder ‘wetteksten’ jo. ‘beschrijving van de wijzigingen’. [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).

<sup>114</sup> Gelder, G.C.F van. (2015). *Art. 28a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 Omzetting ex art. 2:18 BW, § 1*. [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).

<sup>115</sup> Ljungman, S.(1947). *Om skattefordran och skatterestitution*. Uppsala: Almquist & Wiksellboktryckeri . p. 21-22.

<sup>116</sup> Stevens, L.G.M. & Smit, de R.C. (2015). *Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*. Deventer: Wolters Kluwer. p. 39.

bepalen. Onder andere uit deze verschillende definities blijkt de zelfstandigheid van iedere rijkswet. Uit het legaliteitsbeginsel vloeit voort dat zonder een nauwkeurige definiëring van het heffingsobject- en subject er geen grond is voor de heffing van belastingen. Het is mogelijk dat een rijkswet voor de definiëring van een definitie, bijvoorbeeld het belastingobject, teruggrijpt naar de definitie zoals deze wordt gehanteerd in een andere rijkswet. Een voorbeeld hiervan is art. 8 Wet VpB 1969 die voor de bepaling van het belastingobject teruggrijpt naar meerdere artikelen in de Wet IB 2001. Wat in art. 28a Wet VpB 1969 echter gebeurt, is juist het omgekeerde. De Wet VpB 1969 definieert/creëert een heffingsmoment voor de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965. Een rechtsgrond hiervoor is in de rijkswetten zelf niet te vinden. Mijns inziens zou een IB- of DB-belastingplichtige succesvol kunnen betogen dat de ficties in de Wet VpB 1969 geen enkele rechtsgrond hebben in de Wet IB 2001 en/of de Wet DB 1965 en dat deze derhalve niet van toepassing zijn voor die rijkswetten. Het meest ironische aan deze uitkomst is het feit dat de ficties voor de Wet VpB 1969 slechts van ondergeschikte waarde zijn (zo blijkt later in dit hoofdstuk), terwijl ze juist voor de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965 kunnen dienen ter verzekering van de belastingheffing of het waarborgen van een belastingclaim. Dit blijkt uit de onderstaande voorbeelden waarbij wordt uitgegaan van het niet-toepassen van de ficties.

Voorbeeld 1: Jan houdt een aanmerkelijk belang in X BV op grond van art. 4.6 Wet IB 2001. De verkrijgingsprijs van de aandelen is 100 en de WEV van de aandelen is 200. X BV wordt omgezet in een vereniging. Het aanmerkelijk belang van Jan wordt omgezet in een premium lidmaatschap. Het lidmaatschap in de vereniging valt niet onder de heffingsgrondslag van art. 4.6 Wet IB 2001 en zodoende is de aanmerkelijk belang-claim van 100 die rustte op het aandelenbelang van Jan in X BV om zeep geholpen. Ondanks het behoud van rechtspersoonlijkheid van de rechtspersoon veranderen immers de verhoudingen van de rechtspersoon ten aanzien van derden (mogelijkerwijs) wel.

Voorbeeld 2<sup>117</sup>: Y Limited is gevestigd in een land waar Nederland geen belastingverdrag mee heeft gesloten. Y Limited heeft een 100%-belang in Z BV, gevestigd in Nederland. Z BV is voornemens een dividenduitkering te doen van 100. Overeenkomstig art. 1 juncto art. 5 Wet DB 1965 wordt door Nederland 15% dividendbelasting geheven. Voordat de dividenduitkering plaatsvindt, wordt Z BV omgezet in een coöperatie. Over uitkeringen van een coöperatie wordt geen dividendbelasting geheven. Echter, in art. 1, lid 7 Wet DB 1965 is een antimisbruikbepaling opgenomen die voorkomt

---

<sup>117</sup> Ook in het Besluit van de Staatssecretaris 4 april 2011, nr. BLKB2011/511M, Stcrt. 2011, 9808, BNB 2011/187, onderdeel 6 wordt expliciet de omzetting van een BV naar een coöperatie niet gehonoreerd vanwege het verloren gaan van de dividendbelastingclaim.

dat een dividendbelastingclaim eenvoudig om zeep kan worden geholpen door middel van het *tussenschuiven* van een coöperatie. In dit voorbeeld zou door de omzetting de verschuldigde dividendbelasting kunnen worden ontgaan, door eerst Z BV om te zetten in een coöperatie alvorens over te gaan op een dividenuitkering. Het is discutabel of de antimisbruikbepaling van art. 1, lid 7 Wet DB 1965 hier van toepassing kan zijn, omdat deze tekst enkel van toepassing lijkt te zijn op situaties waarbij een coöperatie wordt 'tussengeschoven'. Tevens verdient het opmerking dat de 'zuivere winst' van de rechtspersoon gelijk blijft, wat tot discussie van de betekenis van de tweede volzin van art. 1, lid 7 Wet DB 1965 kan leiden. Omzetting *kan* dus, zonder nadere regelgeving, leiden tot een claimverlies in de Wet DB 1965.

### § 3.2.2 Toepassing van art. 28a Wet VpB 1969

#### § 3.2.2.1 Fiscaal niet-gefaciliteerde omzettingen

Dit zijn de omzettingen die onder de hoofdregel van art. 28a Wet VpB 1969 vallen en waarop dus de ficties van toepassing zijn. Dit betreft *alle* omzettingvormen, behalve:

- een omzetting van een NV in een BV en omgekeerd; en
- een omzetting van een vereniging in een stichting en omgekeerd.

In hoofdstuk 2 is reeds geconstateerd dat in totaal 24 omzettingvormen bestaan, dus in totaal zijn er twintig soorten omzettingen die onder de hoofdregel vallen.<sup>118</sup> Hierbij wordt geacht i) de rechtspersoon te zijn geliquideerd, ii) het vermogen van de rechtspersoon te zijn uitgekeerd aan de deelgerechtigden tot dat vermogen naar de mate van hun gerechtigdheid en iii) het vermogen van de andere rechtsvorm daarin te zijn ingebracht, ook wel bekend als respectievelijk de liquidatiefictie, de uitkeringsfictie en de stortingsfictie. Een en ander brengt met zich dat op grond van art. 3.8 en 3.25 Wet IB 2001 juncto art. 8 Wet VpB 1969 de fiscale claims die rusten op de (fiscale) stille reserves en goodwill dienen te worden afgerekend. Voorts eindigt de binnenlandse belastingplicht door de liquidatiefictie<sup>119</sup> en aldus de subjectieve belastingplicht. Dat betekent dat de eindafrekening op voet van art. 15d Wet VpB 1969 plaatsvindt. Indien nog compensabele verliezen bij de rechtspersoon aanwezig waren, kunnen deze worden verrekend met de eindafrekeningswinst. Indien de verliezen niet volledig gecompenseerd kunnen worden met de eindafrekeningswinst, gaan deze definitief verloren.<sup>120</sup> Ingeval sprake is van een liquidatieverlies op het niveau van de aandeelhouder<sup>121</sup> zou art. 13d Wet VpB 1969 in beginsel van toepassing zijn. Er is immers bij wege

---

<sup>118</sup> Zie ook bijlage 1.

<sup>119</sup> Strik, S.A.W.J. (2014). *Cursus Belastingrecht, Archief 2014, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer. Onderdeel 2.10.4.C.d "De omzetting van een rechtspersoon op de voet van art. 2:18 BW".

<sup>120</sup> Gelder, G.C.F van. (2015). *Art. 28a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 Omzetting ex art. 2:18 BW*, § 5.2. [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).

<sup>121</sup> Dit is alleen van belang indien de aandeelhouder een belastingplichtige is voor de Wet VpB.

van fictie sprake van een liquidatie. De liquidatieverliezen worden alsdan gerealiseerd door de uitkeringsfictie en de stortingsfictie: er ontstaat een realisatiemoment waardoor het belang van de moedermaatschappij in de rechtspersoon wordt geherwaardeerd tegen WEV.<sup>122</sup> Echter, de HR heeft in een arrest<sup>123</sup> waarin sprake was van een fusie van vennootschappen geoordeeld dat, ingeval geen sprake is van *daadwerkelijke* ontbinding en vereffening, geen beroep kan worden gedaan op de liquidatieverliesregeling.<sup>124</sup> Te meer kwam de HR tot dit oordeel, omdat in de desbetreffende casus de verdwenen aandelen een vergelijkbare positie innamen bij de moedermaatschappij als de verkregen aandelen. In rechtsoverweging 5.2 overwoog de HR het volgende:

*“Blijkens de onder 2 vermelde feiten heeft de ontbinding van de deelnemingen D en E niet geleid tot vereffening van de bezittingen en schulden van die deelnemingen. Deze zijn in haar geheel bijeen gebleven en hebben als zodanig haar middellijke plaats in het vermogen van belanghebbende behouden, zij het in een voor die bezittingen en schulden nieuwe juridische mantel voortvloeiend uit de inwisseling van de eigen aandelen tegen aandelen C. De zeggenschap van belanghebbende over de bezittingen en schulden van D en E noch de aard van die bezittingen en schulden zijn door de ontbinding en absorptie - de fusione naar Italiaans recht - wezenlijk gewijzigd. Ook de aan die bezittingen en schulden verbonden fiscale verliezen zijn, naar belanghebbende heeft erkend, door de fusione naar Italiaans recht niet wezenlijk van karakter veranderd.”*

Van Gelder<sup>125</sup> meent dat hieruit kan worden opgemaakt dat de liquidatiefictie van art. 28a Wet VpB 1969 geen grond voor een belastingplichtige kan zijn om zich te beroepen op de liquidatieverliesregeling van art. 13d Wet VpB 1969 (er is immers geen sprake van vereffening of een vermogensverschuiving). Echter, ik meen dat deze conclusie niet zo evident is wanneer bij de omzetting de verhouding tussen de rechtspersoon en deelgerechtigde ingrijpend verandert, aangezien ‘de middellijke plaats in het vermogen van belanghebbende’ niet blijft behouden.

Wat ook een belangrijk verschil is tussen de organisatiefaciliteit juridische fusie en de rechtsfiguur omzetting met intreding van art. 28a Wet VpB 1969, is dat bij de laatstgenoemde een uitkeringsfictie is opgenomen, wat bij een juridische fusie ontbreekt. Daardoor ben ik van mening dat de conclusie van Van Gelder niet zonder meer kan worden getrokken. Zo overwoog de HR in rechtsoverweging 4.3 het volgende:

---

<sup>122</sup> Streek J.L. van der (2010). Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 3, p. 87.

<sup>123</sup> HR 24 oktober 1990, nr. 25 958, BNB 1991/2.

<sup>124</sup> Destijds art. 13, lid 5 VpB.

<sup>125</sup> Gelder, G.C.F van. (2015). *Art. 28a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 Omzetting ex art. 2:18 BW, § 5.2.* [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).



*“Gelijk in onderdeel 1a van het middel terecht wordt betoogd, kan van vereffening in vennootschapsrechtelijke zin ook worden gesproken in het geval dat de vennootschap aan haar aandeelhouders bij wijze van liquidatie-uitkering de gehele door die vennootschap tot dan toe gedreven onderneming ter beschikking stelt.”*

Feit blijft uiteraard dat de uitkeringsfictie van art. 28a Wet VpB 1969 geen *feitelijke* uitkering betreft en de liquidatiefictie geen daadwerkelijke liquidatie betreft. Aan de bovenstaande discussie komt een einde door art. 13e Wet VpB 1969 die bepaalt dat het toegekende liquidatieverlies van art. 13d Wet VpB 1969 wordt teruggenomen wanneer de belastingplichtige of een met de belastingplichtige verbonden lichaam de onderneming die door de belastingplichtige is gestaakt geheel of gedeeltelijk voortzet. Ergo, de liquidatieverliesregeling is enkel van toepassing op *daadwerkelijke* liquidaties.

Met deze conclusie in het achterhoofd wil ik benadrukken dat de verliezen die ontstaan/aanwezig zijn op niveau van de om te zetten rechtspersoon definitief verloren gaan. Mijns inziens blijft het een saillant dat het belasten van *feitelijk ongerealiseerde* winsten (blijkbaar) geoorloofd is, terwijl feitelijk ongerealiseerde verliezen definitief verloren gaan. De verliescompensatieleer heeft weliswaar dezelfde basisbeginselen als het jaarwinstbegrip<sup>126</sup>, waardoor aldus de verliezen aan het einde van de levensduur van een onderneming een definitief karakter aannemen en definitief niet-compensabel blijken. Doch wordt het definitieve karakter slechts bij fictie gecreëerd door de wetgever die daar, naar het schijnt, geen tegemoetkoming in geeft in de vorm van de liquidatieverliesregeling. Het geheel getuigt mijns inziens niet van een evenwichtige heffing. Dit alles laat zich het beste illustreren door het onderstaande voorbeeld:

Voorbeeld 3: X BV is een scheepvaartonderneming die schepen bouwt deels ten behoeve van haar twee aandeelhouders die ieder 50% bezitten en deels voor derden. De laatste jaren ziet X BV haar orders van derde partijen teruglopen en daardoor worden forse verliezen geboekt. Het bestuur neemt daarom de beslissing om flink te reorganiseren en besluit te stoppen met het leveren van schepen aan derde partijen. Als gevolg van deze beslissing kan de behoefte van de twee aandeelhouders om de relatie met X BV anders in te kleden beantwoord worden. Zodoende besluit het bestuur van X BV om de BV om te zetten in een coöperatie waar de twee aandeelhouders lid van worden. De omzetting van X BV naar X coöperatie is fiscaal niet-gefaciliteerd. Dit betekent dat het verliesverrekenpotentieel van X BV door de liquidatiefictie definitief verloren gaat. Het verliesverrekenpotentieel wordt deels nog opgevangen door een aantal vermogensbestanddelen

---

<sup>126</sup> Post, D.R. (2006). Verliescompensatie en totaalwinst: meer dan een mythe? *Weekblad Fiscaal Recht*, 433.

waar forse fiscale reserves op rustten, maar deze zijn niet groot genoeg om de verliezen volledig te compenseren. De rest van de verliezen gaat verloren voor de onderneming, omdat deze niet overgaan op de coöperatie. Na omzetting moeten de vermogensbestanddelen immers tegen WEV op de openingsbalans van de coöperatie. De twee aandeelhouders konden de verliezen die tot uitdrukking kwamen in de WEV van de aandelen niet van de winst aftrekken, doordat de deelnemingsvrijstelling van toepassing was op het aandelenbelang. Tevens is er geen mogelijkheid om de liquidatieverliesregeling toe te passen doordat de coöperatie de onderneming van X BV voortzet. Door de uitkeringsfictie en stortingsfictie moeten de aandeelhouders daarentegen het lidmaatschap in de coöperatie waarderen tegen WEV en is het verlies op het aandelenbelang definitief verloren.

Zoals hierboven reeds aangehaald, ontvangt de deelgerechtigde bij wijze van fictie een belaste/onbelaste liquidatie-uitkering. Deze fictieve uitkering vormt het relevante realisatiemoment, zo betoogt Van de Streek.<sup>127</sup> Dit realisatiemoment ontstaat op het niveau van de om te zetten rechtspersoon alsook op het niveau van de deelgerechtigde. Door de fictie worden (fiscale) stille reserves en goodwill gerealiseerd waardoor een heffingsgrondslag ontstaat bij de om te zetten rechtspersoon. Tevens ontstaat een realisatiemoment bij de deelgerechtigde die in de belaste respectievelijk onbelaste sfeer een winst/verlies realiseert. Wat het begrip 'deelgerechtigde' inhoudt, is niet gedefinieerd. De mate en de manier waarop een persoon of lichaam aanspraak kan doen op het vermogen is waarschijnlijk doorslaggevend in deze toets. Volgend op de uitkeringsfictie vindt de fictieve kapitaalstorting plaats<sup>128</sup>, waardoor de omgezette rechtspersoon haar activa en passiva en de deelgerechtigde haar belang waardeert tegen WEV.<sup>129</sup> De stortingsfictie vindt volledig plaats in de kapitaalsfeer en derhalve wordt er geen heffingsmoment of heffingsgrondslag gecreëerd.<sup>130</sup>

### § 3.2.2.2 Fiscaal niet-geregelde omzettingen

Er zijn een viertal omzettingen waarvoor niets is geregeld in art. 28a Wet VpB 1969. Te weten de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd, alsmede de omzetting van een stichting in een

---

<sup>127</sup> Streek J.L. van der (2010). Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 3, p. 87.

<sup>128</sup> Redactie van de Vakstudie, Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Vennootschapsbelasting. Aantekening 2 Lid 1(c). Fiscale benadering van de omzetting bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, art. 28a [Omzetting rechtspersonen art. 2:18 BW].

<sup>129</sup> Gelder, G.C.F van. (2015). *Art. 28a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 Omzetting ex art. 2:18 BW*, § 5.3. [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).

<sup>130</sup> Streek J.L. van der (2010). Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 3, p. 87.

vereniging en omgekeerd. De hoofdregel van art. 28a Wet VpB 1969 is aldus van toepassing op alle omzettingen, behoudens deze vier omzettingvormen. Doordat de *fiscale* ficties (de liquidatiefictie, de uitkeringsfictie en de stortingsfictie) niet van toepassing zijn op deze omzettingvormen, volgt het fiscale recht voor deze omzettingen het civiele recht. Dit betekent dat door het behoud van rechtspersoonlijkheid en het ontbreken van een realisatiemoment geen sprake is van een einde van de subjectieve belastingplicht of een vermogensovergang. Aldus is er geen sprake van een heffingsmoment en derhalve geen (eind)afrekening van (fiscale) stille reserves en goodwill in de Wet VpB 1969, de Wet IB 2001 en/of Wet DB 1965.

Tijdens de parlementaire behandeling van art. 28a Wet VpB 1969 is niet door de wetgever gemotiveerd waarom de ficties niet worden toegepast bij omzettingen van een BV in een NV en omgekeerd. De systematiek van de Wet VpB 1969 doet echter vermoeden dat de vrijwel identieke *fiscale* behandeling van de twee rechtsvormen de reden is om een 'geruisloze' omzetting toe te staan. Deze nauwe fiscale verwantschap van de kapitaalvennootschappen wordt wederom benadrukt en bevestigd door de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht.<sup>131</sup> Ten aanzien van de grotere verschillen die zijn ontstaan door invoering van voorgenoemde wet zegt de wetgever het volgende:

*“De verschillen zullen niet zodanig groot zijn dat zij ten aanzien van fusie, splitsing en omzetting een wezenlijk andere behandeling rechtvaardigen dan thans het geval is.”<sup>132</sup>*

De NV en de BV zijn beiden onbeperkt belastingplichtig<sup>133</sup> waardoor van een sfeerovergang bij omzetting geen sprake kan zijn. Daarnaast worden de kapitaalvennootschappen voor de bepaling van het object in hoofdstuk 2 Wet VpB 1969 identiek behandeld.<sup>134</sup> De enige uitzondering hierop betreft het regime van de vrijgestelde beleggingsinstelling<sup>135</sup>, waarin een rechtsvorm is opgenomen waardoor deze slechts openstaat voor de NV. De gevolgen van een NV die het regime van de vrijgestelde beleggingsinstelling toepast die wordt omgezet in een BV worden in dit onderzoek niet verder uitgediept, omdat dit een zeldzaam scenario betreft.

Voor het overige betekent het behoud van de subjectieve belastingplicht dat een fiscale eenheid ex art. 15 Wet VpB 1969 niet verbreekt, het verliesverrekeningspotentieel ongewijzigd blijft, toepassing van art. 15d Wet VpB 1969 uitblijft en antimisbruikbepalingen onverkort van toepassing blijven.<sup>136</sup>

---

<sup>131</sup> Stb. 2012, 299.

<sup>132</sup> Kamerstukken II 2009-10, 32 426, nrs. 1-4.

<sup>133</sup> Art. 2, lid 1, sub a juncto lid 5 Wet VpB.

<sup>134</sup> Streek, J.L. (2014). *Cursus Belastingrecht, Archief 2014, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer. Onderdeel Vpb.7.1.0.C.d.

<sup>135</sup> Art. 6a Wet VpB.

<sup>136</sup> Streek J.L. van der (2010). Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 3, p. 86.

De reden om de omzetting van een vereniging in een stichting en omgekeerd niet te laten vangen door de ficties van art. 28a Wet VpB 1969 is (waarschijnlijk) gestoeld op dezelfde reden als die geldt voor de kapitaalvennootschappen: de vergelijkbare behandeling in de Wet VpB 1969. Zowel de vereniging als de stichting is beperkt belastingplichtig indien en voor zover zij een onderneming drijven<sup>137</sup> of in concurrentie treden.<sup>138</sup> Wederom leiden deze omzettingvormen niet tot een beëindiging van de subjectieve belastingplicht en aldus niet tot een realisatie- en/of heffingsmoment over de (fiscale) stille reserves en goodwill. Het bijzondere scenario wat, ook volgens Van de Streek<sup>139</sup>, zou kunnen voorkomen, is een stichting die na omzetting in een vereniging buiten het heffingsobject van de Wet VpB 1969 valt, omdat niet (meer) wordt deelgenomen aan het economische verkeer. Verenigingen met een besloten karakter nemen volgens Hof Amsterdam<sup>140</sup> niet deel aan het economische verkeer. Dit besloten karakter werd in dit arrest getypeerd doordat de vereniging enkel inkomsten genereerde uit de contributie van leden en op geenszins andere wijze inkomsten ontving van derden. Tevens leverde belanghebbende met haar activiteiten enkel prestaties aan haar leden. Dat derden daarop konden meeliften, zou niets afdoen aan het besloten karakter van de vereniging, aldus het Hof.<sup>141</sup> Een stichting kent geen leden ex art. 2:285 BW en daarom zou een in het economisch verkeer deelnemende stichting dat besloten karakter kunnen 'verkrijgen' nadat deze is omgezet in een vereniging. Deze mogelijke sfeerovergang (die overigens vrij uitzonderlijk zal zijn) van beperkte belastingplicht naar 'nog beperktere' belastingplicht is vooral verrassend omdat een sfeerovergang vermoedelijk juist de reden voor de wetgever is geweest om de ficties in de Wet VpB 1969 op te nemen. Waarschijnlijk was de wetgever zich niet bewust van de mogelijkheid dat bij een omzetting van een stichting in een vereniging ook vermogensbestanddelen van de rechtspersoon na omzetting buiten het bereik van de Wet VpB 1969 zouden kunnen vallen. Zoals in § 3.2.1 betoogd, betekent dat volgens het totaalwinstbegrip een onttrekking van een vermogensbestanddeel tegen WEV waardoor een heffingsmoment ontstaat en zodoende is mijns inziens *geen* sprake van een heffingslek. Tevens is het arrest vrij specifiek en is het überhaupt de vraag of een mogelijke sfeerovergang van beperkte belastingplicht naar 'nog beperktere' belastingplicht mogelijk is, omdat het begrip 'deelname aan het economische verkeer' voor beide rechtspersonen niet verschillend is. Tevens is de stelling dat een vereniging een meer besloten karakter heeft dan een stichting in twijfel te trekken. Het lid worden van een vereniging is namelijk over het algemeen immers gemakkelijker dan betrokken raken bij een stichting. Er kunnen dus

---

<sup>137</sup> Art. 2, lid 1, sub e Wet VpB.

<sup>138</sup> Art. 4 Wet VpB.

<sup>139</sup> Streek J.L. van der (2010). Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 3, p. 86 – 87.

<sup>140</sup> Hof Amsterdam 1 april 2009, nr. 07/00808, V-N 2008/11.2.1.

<sup>141</sup> *Ibid.* Rechtsoverweging 2.8.

vraagtekens geplaatst worden over de mate waarin een dergelijke situatie in de praktijk voorkomt. Dit vermoeden wordt bevestigd door het feit dat de wetgever tot op heden niet de noodzaak heeft gezien art. 28a Wet VpB 1969 naar aanleiding van dat arrest aan te passen. Dit neemt echter niet weg dat het een verrassende ‘omissie’ is, gezien de plaats die de ficties in de wet innemen.<sup>142</sup>

Tot slot heeft de Staatssecretaris bij Besluit<sup>143</sup> goedgekeurd dat de volgende omzettingen worden beschouwd als een omzetting van een vereniging in een stichting:

- een omzetting van een coöperatie met niet in aandelen verdeeld kapitaal in een stichting; en
- een omzetting van een onderlinge waarborgmaatschappij zonder in aandelen verdeeld kapitaal in een stichting.

Deze goedkeuring houdt concreet in dat de toepassing van de hoofdregel van art. 28a Wet VpB 1969 voor bovengenoemde omzettingen achterwege kan blijven. Aldus blijft de subjectieve belastingplicht ook bij deze omzettingvormen behouden. De voorgenoemde omzettingen hebben als gevolg dat sprake is van een overgang van onbeperkte belastingplicht<sup>144</sup> naar beperkte belastingplicht.<sup>145</sup> Dit onderkent ook de Staatssecretaris in zijn besluit en hij stelt dat de bedrijfsvreemde vermogensdaling veroorzaakt door de omzetting dient te worden gecorrigeerd bij de winstbepaling door een gehele of gedeeltelijke verplichte afrekening tegen WEV.<sup>146</sup> Dit wordt noodzakelijk geacht doordat bepaalde vermogensbestanddelen niet tot het materiële ondernemingsvermogen van de stichting behoren, terwijl de onderlinge waarborgmaatschappij en de coöperatie worden geacht hun onderneming te drijven met hun gehele vermogen.<sup>147</sup> Wederom vind ik het verrassend dat blijkbaar sommige omzettingvormen waarbij sprake is van een sfeerovergang het civiele recht kunnen volgen, terwijl andere omzettingvormen fiscaalrechtelijk in beginsel als een aaneenschakeling van liquidatie, uitkering en kapitaalstorting worden beschouwd.

### *§ 3.2.2.3 Fiscaal gefaciliteerde omzettingen*

#### *§ 3.2.2.3.1 Algemeen*

Dit zijn omzettingvormen waarop volgens de fiscale hoofdregel de liquidatiefictie, de uitkeringsfictie en de stortingsfictie van toepassing zijn, maar die op verzoek van de belastingplichtige fiscaal worden begeleid. In het Besluit van 4 april 2011<sup>148</sup> (hierna:

---

<sup>142</sup> Voor zover dit een omissie betreft, omdat heffing mijns inziens ook zonder ficties gewaarborgd blijft. Echter, vanuit het standpunt van de wetgever kan dit een omissie betreffen.

<sup>143</sup> Besluit van de Staatssecretaris 4 april 2011, nr. BLKB2011/511M, Stcrt. 2011, 9808, BNB 2011/187.

<sup>144</sup> Art. 2, lid 1, sub b Wet VpB.

<sup>145</sup> Art. 2, lid 1, sub e Wet VpB.

<sup>146</sup> Besluit van de Staatssecretaris 4 april 2011, nr. BLKB2011/511M, Stcrt. 2011, 9808, BNB 2011/187, §4.

<sup>147</sup> Art. 2, lid 5 Wet VpB.

<sup>148</sup> Besluit van de Staatssecretaris 4 april 2011, nr. BLKB2011/511M, Stcrt. 2011, 9808, BNB 2011/187.

Omzettingsbesluit) heeft de Staatssecretaris standaardvoorwaarden opgenomen waaraan moet worden voldaan om in aanmerking te komen voor deze fiscale begeleiding. Ware het dat het resultaat van de fiscaal *gefaciliteerde* omzettingen ongeveer gelijk is aan de fiscaal *niet-geregelde* omzettingen (geen afrekening over (fiscale) stille reserves en goodwill), is de weg die bewandeld moet worden voor dit resultaat geheel anders. Het uitgangspunt voor de gefaciliteerde omzettingen is immers in beginsel dat een omzetting *niet* fiscaal wordt begeleid, *tenzij* de belanghebbende daartoe een verzoek indient bij de inspecteur.<sup>149</sup> Indien de inspecteur toestemming ontvangt van het Ministerie van Financiën, worden, voor zover mogelijk, de fiscale claims doorgeschoven en blijft de heffing van vennootschapsbelasting voor de om te zetten rechtspersoon, alsmede de heffing van inkomsten- vennootschaps- en dividendbelasting voor de deelgerechtigden *zoveel mogelijk* achterwege. In onderdeel 9 van het Omzettingsbesluit machtigt de Staatssecretaris de inspecteur om in een aantal gevallen verzoeken om een fiscaal begeleide omzetting af te doen. Dit betreft de omzettingen:

- van een coöperatie in een kapitaalvennootschap;
- van een volledig belaste stichting in een kapitaalvennootschap; en
- van een volledig belaste vereniging in een kapitaalvennootschap.

Wat opvalt is dat dit omzettingen betreffen waarbij geen sprake is van een sfeerovergang. Deze toestemming geldt alleen indien de inspecteur ter verzekering van de belastingclaim geen aanvullende voorwaarden anders dan de in § 3.2.2.4.3 uiteengezette standaardvoorwaarden hoeft te stellen. De toestemming geldt ook niet indien heffing en/of invordering niet is verzekerd of niet wordt voldaan aan de in de Wet VpB 1969 gestelde eisen.

#### § 3.2.2.3.2 Van een BV naar een coöperatie

Een omzetting van een BV in een coöperatie<sup>150</sup> is expliciet in het Omzettingsbesluit uitgesloten van fiscale begeleiding wat betreft de dividendbelasting ter behoud van de dividendbelastingclaim. Voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting wordt daarentegen wel fiscale begeleiding verleend. Als het ware is er alsdan sprake van een 'partiële' fiscale begeleiding. De verschuldigde dividendbelastingclaim is de WEV van het vermogen. Indien de omzetting in overwegende mate is ingegeven door fiscale overwegingen, wordt bij de berekening van de dividendbelastingclaim geen rekening gehouden met de latente vennootschapsbelasting. Is dit niet het geval, dan wordt dit door de Staatssecretaris gezien als een onbedoelde hardheidsclausule en mag de latente

---

<sup>149</sup> Art. 28a, lid 1 juncto lid 3 Wet VpB.

<sup>150</sup> Voor de betreffende paragraaf: Besluit van de Staatssecretaris 4 april 2011, nr. BLKB2011/511M, Strct. 2011, 9808, BNB 2011/187, onderdeel 6.

vennootschapsbelasting in aftrek worden gebracht op het vermogen voor de berekening van de dividendbelastingclaim.

### § 3.2.2.3.3 Standaardvoorwaarden van het Omzettingsbesluit<sup>151</sup>

In het Omzettingsbesluit is een aantal standaardvoorwaarden opgenomen die in de regel gesteld wordt bij de omzetting van een rechtspersoon in een kapitaalvennootschap, waaronder ook begrepen een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij. In het onderstaande worden de standaardvoorwaarden besproken.

1. Standaardvoorwaarde 1 is de fameuze fiscale indeplaatstreding<sup>152</sup>: *“De omgezette rechtspersoon treedt met betrekking tot al hetgeen in het kader van de omzetting is verkregen in de plaats van de om te zetten rechtspersoon.”* Dit betekent aldus dat de fiscale boekwaarden van de om te zetten rechtspersoon worden doorgeschoven naar de omgezette rechtspersoon. Hierdoor blijven de fiscale claims behouden. Doordat fiscaalrechtelijk in beginsel sprake is van liquidatie van de ‘oude’ rechtspersoon en oprichting van een nieuwe, snijdt deze voorwaarde hout. Het is tenslotte civielrechtelijk onlogisch boekwaarden van en naar dezelfde rechtspersoonlijkheid door te schuiven. Door middel van doorschuiving van de boekwaarden wordt ook de fiscale claim doorgeschoven en worden het realisatie- en heffingsmoment verlegd naar de toekomst.
2. Standaardvoorwaarden 2, 3, 4, 5 en 6 hebben betrekking op subjectieve aanspraken en verplichtingen. Dit betreft de innovatiebox, de opwaarderingsreserve, de deelnemingsverrekening en voor- en achterwaartse verliesverrekening. In het vervolg van het Omzettingsbesluit wordt nogmaals benadrukt dat deze subjectgebonden aanspraken en verplichtingen bij de omgezette rechtspersoon worden gecontinueerd ten behoeve van de neutraliteit. De wijze waarop wordt omgegaan met doorschuiving van de bovengenoemde subjectgebonden aanspraken en verplichtingen zijn naar de mening van de redactie van de Vakstudie<sup>153</sup> zeer vergelijkbaar met de doorschuivingsfaciliteit voor de juridische fusie. Veel spannende problematiek ontstaat dus niet. Van de Streek<sup>154</sup> merkt ten aanzien van de doorschuiving van verliesverrekening mogelijke samenloop met art. 20a Wet VpB 1969 op. Dit artikel is een antimisbruikbepaling teneinde handel in verlieslichamen tegen te gaan. De

<sup>151</sup> Besluit van de Staatssecretaris 4 april 2011, nr. BLKB2011/511M, Stcrt. 2011, 9808, BNB 2011/187.

<sup>152</sup> Zoals bij bijvoorbeeld de geruisloze doorschuiving bij fusies en splitsingen ex art. 14a en 14b Wet VpB 1969 of de geruisloze inbreng van een IB-onderneming in een kapitaalvennootschap ex art. 3.65 Wet IB 2001.

<sup>153</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 4 april 2011, nr. BLKB2011/511M, Stcrt. 2011, 9808.

<sup>154</sup> Streek J.L. van der (2010). Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 3, p. 89.

op de voet van art. 20 Wet VpB 1969 voorwaarts verrekenbare verliezen worden, in afwijking van dat artikel, niet meer voorwaarts verrekend indien *het uiteindelijke belang* in die belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd. Van de Streek<sup>155</sup> meent dat sprake is van een in belangrijke mate wijziging van het uiteindelijk belang indien een vereniging/stichting wordt omgezet in een kapitaalvennootschap, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij (of vice versa). Dit zou te maken hebben met het feit dat aandeelhouderschap een ander karakter heeft dan het vermogen in een stichting of een lidmaatschap in een vereniging. Echter, uit de parlementaire behandeling van art. 20a Wet VpB 1969 blijkt dat sprake is van een materiële toets.<sup>156</sup> Ik ben daarom van mening dat men niet zonder meer kan stellen dat sprake is van een *materiële wijziging* van het uiteindelijk belang zoals bedoeld in art. 20a Wet VpB 1969 bij de hiervoor genoemde omzettingvormen. De belastingplichtigen die de deelgerechtigdheid houden in de om te zetten en de omgezette rechtspersoon blijven immers dezelfde. Dit betekent dus dat de **deelgerechtigden** niet veranderen, slechts **de aard van de deelgerechtigdheid**. In hoeverre dit een wijziging is van het materiële belang kan mijns inziens per geval verschillen. Pas op het moment dat bijvoorbeeld een lidmaatschap na omzetting geen 30% aan zeggenschap vertegenwoordigt, terwijl het aandelenbelang vóór omzetting dit recht wel voor 30% vertegenwoordigde, is er onomstotelijk sprake van een materiële wijziging door de wijziging in deelgerechtigdheid.<sup>157</sup> Tevens is de 20a-toets überhaupt gestoeld op zeer casuïstische omstandigheden en kan er slechts per individueel geval worden beoordeeld of hiervan sprake is. Daarnaast zou voor die voorgenoemde omzettingvormen standaardvoorwaarde 6, het meenemen van verliezen van de om te zetten rechtspersoon door de omgezette rechtspersoon, een dode letter in het Besluit zijn, wat mijns inziens niet de bedoeling kan zijn. In tegenstelling tot Van de Streek die zonder nadere regelgeving een samenloop voorziet met art. 20a Wet VpB 1969 voor *al* deze omzettingvormen, meen ik dat dit niet het uitgangspunt is, maar slechts bij uitzondering voorkomt.

3. Standaardvoorwaarde 7 stelt het fiscaal gestorte kapitaal vast na omzetting van een rechtspersoon in een kapitaalvennootschap. Dit is van belang voor de dividendbelasting, omdat een latente claim op alle aanwezige winstreserves wordt gevestigd. Het gestorte

---

<sup>155</sup> Streek, J.L. van de (2008). *Omzetting van rechtspersonen (Fiscale Monografieën, nr. 129)*, Deventer: Kluwer. p. 96-97.

<sup>156</sup> Eerste Nota van Wijziging, Kamerstukken II 1999-2000, 27 209, nr. 7, p. 16.

<sup>157</sup> Overigens moet deze discussie niet verward worden met de discussie van § 2.3.2. Deze discussie betreft immers de materiële identiteit van de rechtspersoon *zelf*. Ondanks dat in deze discussie wordt geopperd dat dit afhankelijk is/kan zijn van zijn relatie met derden, wordt deze discussie op een ander niveau gevoerd.



kapitaal is dan: *“Het door de leden als zodanig in de coöperatie ingebrachte vermogen, dan wel het bij de oprichting van de stichting of vereniging gestorte kapitaal.”*

4. Standaardvoorwaarden 8, 9 en 10 regelen de fiscale doorschuiving van de boekwaarde van het lidmaatschapsrecht in een coöperatie naar de verkrijgingsprijs van de aandelen in een kapitaalvennootschap. De verkrijgingsprijs van de aandelen wordt overeenkomstig standaardvoorwaarde 8, 9 of 10 gesteld op het bedrag waarvoor het lidmaatschapsrecht te boek stond voor respectievelijk:

- aandeelhouders/leden die als ondernemer in box 1<sup>158</sup> van de Wet IB worden betrokken of vennootschapsbelastingplichtige leden;
- aanmerkelijkbelanghouders volgens art. 4.6 Wet IB; of
- vennootschapsbelastingplichtige leden voor wie op de deelneming de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de voet van art. 13 Wet VpB 1969.

Deze voorwaarden worden niet gesteld bij de omzetting van stichtingen en verenigingen.

Het omzettingstijdstip was voorheen onderdeel van de standaardvoorwaarden.<sup>159</sup> Thans heeft het omzettingstijdstip een andere positie in het Omzettingsbesluit. Met de gewijzigde positie in het Omzettingsbesluit is echter geen inhoudelijke wijziging beoogd.<sup>160</sup> Het (fiscale) omzettingstijdstip wordt gesteld op de datum waarop de civielrechtelijk verplichte<sup>161</sup> notariële akte van de omzetting wordt verleden. Een praktische tegemoetkoming van de besluitgever is dat op verzoek van de belastingplichtige het omzettingstijdstip met terugwerkende kracht gesteld wordt op de aanvang van het boekjaar waarin de omzetting plaatsvindt. Dit is een belangrijke tegemoetkoming omdat dan, zo betoogt Van de Streek<sup>162</sup>, niet over twee korte boekjaren aangifte behoeft te worden gedaan. De terugwerkende kracht vindt toepassing bij aanvang van het boekjaar, mits:

- de civielrechtelijke omzetting, het moment waarop de notariële akte wordt verleden, binnen twaalf maanden na dit tijdstip plaatsvindt; en
- geen incidenteel fiscaal voordeel wordt behaald/beoogd.

De eerste eis kan een dam opwerpen voor belastingplichtigen met een verlengd boekjaar, maar over het algemeen kan een belastingplichtige gemakkelijk aan deze eis voldoen. Aan de tweede eis is

---

<sup>158</sup> De belastinggrondslag van box 3 sparen en beleggen is ex art. 5.2 Wet IB de rendementsgrondslag aan het begin van het kalenderjaar. Doorschuiving is dus voor box 3-belastingplichtigen geen vereiste, omdat jaarlijks wordt aangesloten bij de WEV.

<sup>159</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, V-N 2006/15.16.

<sup>160</sup> V-N 2011/32.13, aantekening bij onderdeel 3.

<sup>161</sup> Ex art. 2:18, lid 2, sub c BW.

<sup>162</sup> Streek J.L. van der (2010). Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 3, p. 89.

geen nadere invulling gegeven door de Staatssecretaris<sup>163</sup>, maar de fiscale wet- en besluitgever volgt al jarenlang de trend zich te onthouden van enige duiding van dit begrip.<sup>164</sup> Een incidenteel fiscaal voordeel omvat in ieder geval niet een incidenteel hoge bate van een permanent voordeel, zo oordeelde de HR.<sup>165</sup> Naar mag worden aangenomen heeft dit begrip een vergelijkbare betekenis als in de overige Nederlandse wet- en regelgeving. Voor een uitgebreide discussie omtrent het begrip ‘incidenteel fiscaal voordeel’ verwijs ik naar een bijdrage van De Vries en Post. Voor een omzetting kan dit betekenen dat het volgende *niet* als incidenteel voordeel wordt aangemerkt.

Voorbeeld 4: Stel een BV exploiteert een kinderdagverblijf en zet zich tevens in voor de opvang van minderjarigen die van huis zijn weggelopen. Voor de opvang van weggelopen minderjarigen krijgt de BV elke maand subsidies van de gemeente en de overheid, die in de heffing van de Wet VpB 1969 worden betrokken. De BV besluit zich vanwege organisatorische redenen om te zetten in een stichting. De stichting wordt slechts in de heffing betrokken indien en voor zover zij een onderneming drijft. Dit betekent dat de stichting slechts in de heffing wordt betrokken voor de voordelen die voortvloeien uit het kinderdagverblijf, omdat de opvang van weggelopen minderjarigen niet wordt gekwalificeerd als onderneming. De subsidies die zij ontvangt ten behoeve van de opvang voor weggelopen minderjarigen valt alsdan buiten het heffingsbereik van de vennootschapsbelasting. De BV wenst de fiscale facilitering van de omzetting met terugwerkende kracht tot het begin van het jaar toe te passen waardoor de subsidies vanaf het begin van het jaar niet (meer) worden belast. Omdat de subsidies na de omzetting permanent buiten het heffingsbereik van de vennootschapsbelasting vallen, is er sprake van een permanent voordeel op welke gronden de faciliteit niet geweigerd kan worden.

### § 3.3 Samenloop met de FE

#### § 3.3.1 Algemeen

In art. 15 Wet VpB 1969 zijn de voorwaarden opgenomen voor het vormen van een fiscale eenheid. In lid 3, sub d en sub e van dat artikel zijn de voorwaarden van respectievelijk de moedermaatschappij en dochtermaatschappij van een fiscale eenheid opgenomen. Als gevolg van de rechtsvormwijziging kunnen zich de volgende scenario's voordoen:

---

<sup>163</sup> Zie aantekening van de redactie van de Vakstudie bij Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, V-N 2006/15.16.

<sup>164</sup> De Vries, Post, Naar een convergerend begrip “incidenteel fiscaal voordeel”, WFR 2010/960, § 2.

<sup>165</sup> HR 22 mei 2015, nr. 14/01521, V-N 2015/25.9.

- Beëindiging<sup>166</sup> van de fiscale eenheid als gevolg van de omzettingficties ex art. 28a Wet VpB 1969. Er is geen sprake van een gefaciliteerde omzetting.
- Beëindiging van de fiscale eenheid als gevolg van het niet voldoen aan de eisen ex art. 15 Wet VpB 1969 door de moedermaatschappij. Er is sprake van een gefaciliteerde omzetting.
- Beëindiging van de fiscale eenheid als gevolg van het niet meer voldoen aan de eisen ex art. 15 Wet VpB 1969 door de dochtermaatschappij. Er is sprake van een gefaciliteerde omzetting.

In de volgende paragrafen worden de drie scenario's afzonderlijk besproken.

Indien sprake is van een niet-geregelde omzetting, dan is sowieso geen sprake van een verbreking van de fiscale eenheid. De subjectieve belastingplicht eindigt immers niet.

### *§ 3.3.2 Beëindiging als gevolg van de omzettingficties*

Indien de moedermaatschappij van een fiscale eenheid overgaat tot omzetting, treden, indien de belastingplichtige geen verzoek indient, de ficties van art. 28a Wet VpB 1969 in werking en wordt dientengevolge de fiscale eenheid ten aanzien van die maatschappij verbroken. De maatschappij/rechtspersoon wordt immers geacht te zijn geliquideerd en zodoende *eindigt* het bestaan van de fiscale eenheid ten aanzien van die (fictief) geliquideerde moedermaatschappij. Tevens wordt bij de omzetting van een moedermaatschappij niet meer voldaan aan de bezitsei van 95% door de uitkeringsfictie, waardoor ook op de voet van art. 15, lid 6, sub a Wet VpB 1969 de fiscale eenheid eindigt. Afhankelijk van de rechtsvorm waar de maatschappij in omgezet is, kan volgend op de omzetting een nieuwe fiscale eenheid worden gevormd. Ook zonder de toepassing van de ficties kan beëindiging van de fiscale eenheid plaatsvinden, dit komt aan de orde in de volgende twee paragrafen.

Het bovenstaande is in beginsel juist. Echter, de HR heeft in diens arrest van 13 januari 2006<sup>167</sup> geoordeeld dat het in strijd is met doel en strekking van art. 15 Wet VpB 1969 om aan te nemen dat een fiscale eenheid is verbroken doordat kortstondig niet aan de bezitsei is voldaan, terwijl de juridisch en economische positie van de moeder ten aanzien van het aandelenbelang in de dochter niet wezenlijk is veranderd. Wanneer sprake is van een omzetting van een maatschappij binnen een

---

<sup>166</sup> In deze scriptie wordt de term 'beëindiging van de fiscale eenheid gebruikt'. Er kan echter ook sprake zijn van een beëindiging van de FE, zonder dat sprake is van ontvoeging. Zie hiervoor art. 15aa, lid 1, sub c Wet VpB die bepaalt dat geen sprake is van een ontvoeging bij ontbinding en vereffening van een dochtermaatschappij, terwijl de fiscale eenheid dan wel eindigt. Te meer bestaat onduidelijkheid of een **verbreking** en een **beëindiging** van een fiscale eenheid door de wet- en besluitgever dezelfde gevolgen hebben, zie hieromtrent ook art. 17 & 18 BFE. In deze scriptie wordt er vanuit gegaan dat verbreking, ontvoeging en beëindiging van de fiscale eenheid inhoudt dat de fiscale eenheid *niet langer* voortduurt. Voor een uitgebreide discussie hieromtrent wordt verwezen naar: Jacobs, Honings, Over beëindigen, ontvoegen en verbreken, WFR 2004/6574, p. 649–654.

<sup>167</sup> HR 13 januari 2006, nr. 41 799, BNB 2007/87.

fiscale eenheid, zou men zich dan kunnen beroepen op dit arrest? *Feitelijk* is er immers geen sprake van een liquidatie van de maatschappij en vindt ook geen uitkering van de bezittingen plaats. Zou aldus doel en strekking van art. 15 Wet VpB 1969 prevaleren boven de ficties van art. 28a Wet VpB 1969? Wat de rechtsvormwijziging in dezen de das omdoet, is het feit dat ondanks dat de vermogensverhoudingen van de rechtspersoon *zelf* gelijk blijven, dit niet per sé geldt voor de juridische en economische verhoudingen van de rechtspersoon ten aanzien van *derden* (en dus ook ten aanzien van dochtermaatschappijen in de FE). Juist de aandeelhoudersverhoudingen spelen een essentiële rol binnen het fiscale-eenheids-regime en daardoor kan, zelfs als er geen ficties zouden zijn, niet zonder meer gesteld worden dat de fiscale eenheid in stand blijft. Er zijn mijns inziens echter terdege omzettingen waarbij de leer van de HR van toepassing is, omdat de aandeelhoudersverhoudingen niet (wezenlijk) veranderen.

De beëindiging van de fiscale eenheid kan als gevolg hebben dat art. 15ai Wet VpB 1969 in werking treedt. Indien binnen de fiscale eenheid een vermogensbestanddeel waarvan de WEV hoger was dan de boekwaarde is overgedragen aan een andere maatschappij, wordt de waarde van dat vermogensbestanddeel direct voorafgaand aan de ontvoeging gesteld op de WEV en wordt zodoende een belaste herwaarderingswinst in aanmerking genomen. Daarnaast kan een mogelijk verliesverrekeningspotentieel verloren gaan, doordat FE-verliezen niet over het verbrekingstijdstip van een fiscale eenheid heen kunnen worden getild. Voor meer verliesverrekeningsproblematiek wordt verwezen naar § 3.2.2.2.

### *§ 3.3.3 Beëindiging door niet voldoen aan de eisen door de moedermaatschappij*

Indien de belastingplichtige een verzoek heeft ingediend voor fiscale begeleiding van de omzetting, treedt volgens het Omzettingsbesluit de omgezette rechtspersoon in de plaats van de om te zetten rechtspersoon voor al hetgeen in het kader van de omzetting is verkregen.

Indien een moedermaatschappij van een fiscale eenheid wordt omgezet, wordt in principe de fiscale eenheid verbroken. Echter, in het Omzettingsbesluit wordt goedgekeurd dat bij een omzetting met fiscale begeleiding op de voet van art. 28a, lid 3 Wet VpB 1969 de fiscale eenheid *niet* wordt verbroken. Een dergelijke goedkeuring draagt bij aan de visie van de besluitgever om de beoogde neutraliteit te waarborgen.<sup>168</sup> Uiteraard geldt voor de instandhouding van de fiscale eenheid dat ook na omzetting moet zijn voldaan aan de randvoorwaarden van art. 15 Wet VpB 1969.

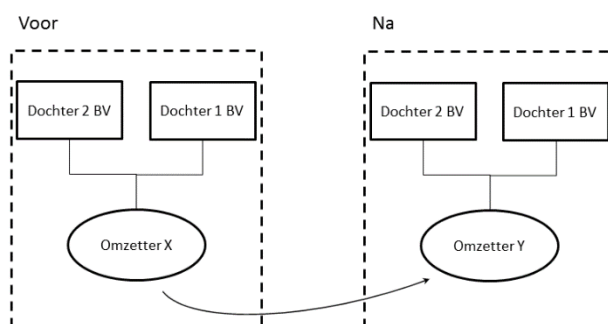
Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer een fiscale eenheid ex art. 15a Wet VpB 1969 is gevormd en een gefaciliteerde omzetting van een coöperatie (moedermaatschappij) naar een onderlinge waarborgmaatschappij of vice versa plaatsvindt. Deze situatie is afgebeeld in figuur 1

---

<sup>168</sup> Besluit van de Staatssecretaris 4 april 2011, nr. BLKB2011/511M, Stcrt. 2011, 9808, BNB 2011/187, onderdeel 2.2.

waar Omzetter X een coöperatie is die wordt omgezet naar een onderlinge waarborgmaatschappij (Omzetter Y). Uitgaande van de letterlijke tekst van het Omzettingsbesluit kan ook deze omzetting plaatsvinden zonder verbreking van de FE. De goedkeuring spreekt immers over een moedermaatschappij, dat deze moedermaatschappij zich ‘onderaan’ de fiscale eenheid bevindt, doet niet ter zake. De ‘voortgang’ van de fiscale eenheid kan uiteraard enkel doorgang vinden indien de moedermaatschappij aan de vormvereisten van art. 15, lid 3, sub d Wet VpB 1969 voldoet; in dit onderdeel staan de rechtsvormen die in aanmerking kunnen komen als moedermaatschappij van een fiscale eenheid. De Nederlandse rechtsvormen die hiervoor in aanmerking komen zijn de NV, de BV, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij. Wanneer een moedermaatschappij van een fiscale eenheid wordt omgezet in een stichting of vereniging, dan verbreekt alsnog de fiscale eenheid ingevolge art. 15, lid 6, sub a Wet VpB 1969 met alle gevolgen van dien zoals in de vorige paragraaf reeds is besproken.

Figuur 1



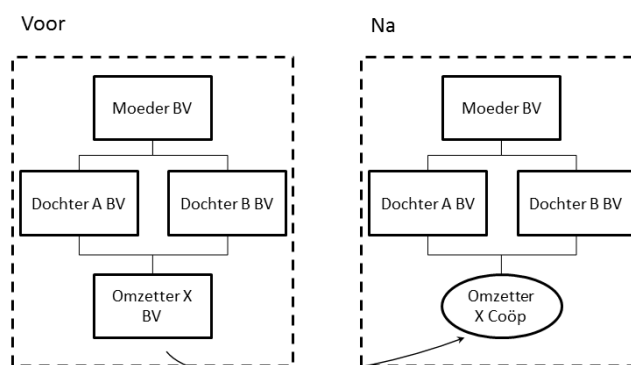
#### § 3.3.4 Beëindiging door niet voldoen aan de eisen door de dochtermaatschappij

Een goedkeuring zoals in de vorige paragraaf besproken, is voor een omgezette dochtermaatschappij niet nodig. De vormvereisten zoals opgenomen in art. 15, lid 3, sub e Wet VpB 1969 bepalen immers dat alleen een BV of een NV als dochtervennootschap kunnen fungeren. Aldus blijkt dat de fiscale eenheid ex art. 15 Wet VpB 1969 enkel stand kan houden indien sprake is van een omzetting van een dochtermaatschappij van een BV naar een NV en vice versa. Dergelijke omzettingen vallen niet onder de ficties van art. 28a Wet VpB 1969, dus is geen sprake van het einde van de subjectieve belastingplicht en aldus verbreekt de fiscale eenheid automatisch *niet*.

De besluitgever heeft zich helaas niet uitgelaten over dochtermaatschappijen die gefaciliteerd worden omgezet en die onderdeel uitmaken van een fiscale eenheid op de voet van art. 15a Wet VpB 1969. Een coöperatie en een onderlinge waarborgmaatschappij kunnen als dochtermaatschappij deel uitmaken van een dergelijke fiscale eenheid. Omzettingen van en naar die rechtspersonen kunnen fiscaal worden gefaciliteerd, maar dit geeft geen informatie over het behoud van de fiscale eenheid. Ik vermoed dat dit een omissie is van de besluitgever. Ik pleit daarom ervoor dat ook voor deze omzettingvormen in een bijzondere fiscale eenheid sprake is van het behoud van de fiscale eenheid.

Een nog meer spraakmakende vraag is of een 'geruisloze' overgang van een fiscale eenheid volgens art. 15 Wet VpB 1969 naar een fiscale eenheid volgens art. 15a Wet VpB 1969 (of omgekeerd) kan plaatsvinden zonder dat de fiscale eenheid verbreekt. Beide zijn een fiscale eenheid, maar een fiscale eenheid op de voet van art. 15a

Wet VpB 1969 is in feite een 'omgekeerde' fiscale eenheid ten opzichte van een fiscale eenheid ex art. 15 Wet VpB 1969. Een situatie waarbij een 'normale' fiscale eenheid overgaat op een 'omgekeerde' fiscale eenheid als gevolg van een omzetting, kan zich voordoen bij bijvoorbeeld de situatie



Figuur 2

weergegeven in figuur 2. Hier wordt een BV die gevoegd is in een fiscale eenheid omgezet in een coöperatie.

Ondanks dat de maatschappijen die gevoegd zijn in de fiscale eenheid vóór en ná omzetting hetzelfde zijn, vindt de consolidatie plaats op een geheel ander niveau. Vóór omzetting is immers Moeder BV de moedermaatschappij van de fiscale eenheid en wordt op dit niveau geconsolideerd. Ná omzetting kan er geen fiscale eenheid worden gevormd op het niveau van Moeder BV, omdat Omzetter X Coöp niet als dochter kan fungeren in een fiscale eenheid ex art. 15 Wet VpB 1969 (dit is alleen mogelijk voor de NV of de BV). Dus de fiscale eenheid wordt dan gevormd op basis van art. 15a Wet VpB 1969 en consolidatie vindt plaats op niveau van Omzetter X Coöp. Dit is exact de omgekeerde situatie. Wederom vermoed ik dat dit een situatie is waar de wetgever niet aan heeft gedacht. Ondanks dat het een uitzonderlijke situatie betreft, ben ik van mening dat de fiscale eenheid in stand zou moeten blijven. Het totaal aan maatschappijen die onderdeel uitmaken van de fiscale verandert immers niet.

### § 3.4 Kritische kanttekeningen

Kijkend naar de systematiek van art. 28a Wet VpB 1969 is mijns inziens de belangrijkste vraag die naar aanleiding van het bovenstaande gesteld moet worden: Waarom zijn fiscaalrechtelijk de liquidatie-, uitkerings- en stortingsficties in de wet ingebouwd? Zijn deze ficties daadwerkelijk noodzakelijk ter behoud van de fiscale claims? Wat betreft de vennootschapsbelastingclaim van de om te zetten/omgezette rechtspersoon lijken de ficties geen functie te hebben. Indien de ficties geen toepassing vinden, is er immers voor de vennootschapsbelasting geen sprake van een einde van de subjectieve belastingplicht. Dit betekent dat de fiscale claims voor en na omzetting op (fiscale) stille reserves en goodwill gelijk en dus behouden blijven. Ingeval sprake is van een

sfeerovergang, volgt uit het totaalwinstbeginsel dat voor vermogensbestanddelen die buiten het bereik van de vennootschapsbelasting vallen een onttrekking wordt aangemerkt tegen WEV. Het gevaar dat vermogensbestanddelen na de omzetting en zonder heffingsmoment buiten het bereik van de heffing van vennootschapsbelasting terecht komen, is derhalve **niet aanwezig**. Op het niveau van de vennootschapsbelastingplichtige aandeelhouder/deelgerechtigde biedt de compartimenteringsleer en het nieuw-ingevoerde wetsartikel 28c Wet VpB 1969 een uitkomst om ook fiscale claims die te maken hebben met sfeerovergangen van en naar de deelnemingsvrijstelling veilig te stellen.

De ficties lijken vooral een functie te hebben voor het behoud van de fiscale claims van de Wet IB 2001 en Wet DB 1965. Overigens is het discutabel of de ficties in de Wet IB 2001 en Wet DB 1965 überhaupt een rechtsgrond hebben vanwege het zelfstandige karakter van de rijkswetten tezamen met het legaliteitsbeginsel. Tevens doet de vraag zich voor of het noodzakelijk is om de omzetting voor **alle drie** de belastingmiddelen op eenzelfde manier te regelen. Zou niet de vennootschapsbelasting het civiele recht kunnen volgen (geen ficties) en zouden zodoende dan enkel de inkomsten- en dividendbelasting de ficties als hoofdregel kunnen laten gelden? Uiteraard is het voor de uitvoerende macht prettig en eenvoudig om één uitgangspunt te kunnen hanteren voor alle drie de belastingmiddelen; in zoverre lijkt de plek van de ficties in de vennootschapsbelasting hout te snijden. Desalniettemin vraag ik mij ten eerste af in hoeverre de gelijklopende systematiek voor de drie belastingmiddelen prettig is voor de belastingplichtigen, omdat de ficties ingrijpende gevolgen hebben.<sup>169</sup> Tevens is het vreemd dat eenzelfde uitgangspunt voor de drie belastingmiddelen moet worden gehanteerd, want deze hebben immers betrekking op verschillende belastingplichtigen (aandeelhouder, dividendgerechtigde en de onderneming). Het hanteren van eenzelfde uitgangspunt voor alle drie de belastingmiddelen is derhalve gestoeld op een zwak eenvoudsargument.

Daarnaast beantwoordt dat niet de vraag waarom de ficties als hoofdregel fungeren en slechts *op verzoek* fiscale indeplaatstreding kan plaatsvinden. De juridische fusie, de (af)splitsing en de bedrijfsfusie zijn, evenals de rechtsfiguur omzetting, organisatiefaciliteiten. Bij de eerste drie organisatiefaciliteiten is fiscale begeleiding het uitgangspunt. De fiscale begeleiding van de bedrijfsfusie bestaat reeds sinds de invoering van de Wet VpB 1969. De juridische (af)splitsing en de juridische fusie genoten op dat moment nog niet de luxe van fiscale begeleiding, maar volgden, in weerwil van onder andere de Raad van State<sup>170</sup>, de systematiek van art. 28a Wet VpB 1969. De Raad van State wijst op de weinig moverende redenen om de vergaande ficties in de wet op te nemen voor zowel de juridische fusie en splitsing alsook voor omzettingen, en hij wijst op de

---

<sup>169</sup> Zie hiervoor ook § 3.2.2.2.

<sup>170</sup> Kamerstukken II, Advies van Raad van State en nader rapport, 1997–98, 25709, A, p. 3.

maatschappelijke trend om de rechtsvormkeuze van ondernemingen zo min mogelijk te belemmeren.<sup>171</sup> De wetgever bleek gevoelig voor deze kritiek<sup>172</sup> en besloot bij Wet van 17 juni 1998<sup>173</sup> dat de fiscale begeleiding, zoals deze reeds voor de bedrijfsfusie in de wet waren geïmplementeerd, ook voor de juridische fusie en splitsing moesten worden ingevoerd. De redenen die door de wetgever in de MvT<sup>174</sup> worden genoemd om ook voor deze organisatiefaciliteiten een regeling inzake fiscale begeleiding op te nemen, zijn de volgende:

- Een splitsing, dan wel een fusie die is ingegeven door bedrijfseconomische overwegingen, mag niet worden belemmerd door de fiscaliteit.
- Bij een fusie/splitsing kunnen verschillende en/of tegenstrijdige belangen bestaan bij de rechtspersoon en de aandeelhouders, of tussen aandeelhouders onderling. Aldus is het denkbaar dat de ene aandeelhouder gebruik wenst te maken van fiscale begeleiding en de andere aandeelhouder niet.
- Voorkomen dient te worden dat ten gevolge van een fusie/splitsing fiscale claims verloren gaan.

Om de aandeelhouders en de betrokken rechtspersonen onafhankelijk van elkaar recht te kunnen geven op fiscale begeleiding, is door de wetgever het fiscale begrip vervreemding als uitgangspunt gekozen.<sup>175</sup>

Waarom zag de wetgever dit niet als een kans om ook de rechtsfiguur omzetting fiscaal anders in te kleden? De bovengenoemde redenen die door de wetgever zijn aangedragen, zouden evenwel kunnen gelden voor de rechtsfiguur omzetting; ook deze organisatiefaciliteit, indien ingegeven door bedrijfseconomische overwegingen, zou mijns inziens zo min mogelijk door fiscale regelgeving belemmerd moeten worden. Het is dan ook onbegrijpelijk waarom de wetgever niet eenzelfde denkwijze hanteert voor omzettingen als bij een bedrijfsfusie, juridische fusie en (af)splitsing. De huidige systematiek is, zo meent ook de Raad van State<sup>176</sup>, gestoeld op weinig tot geen overtuigende argumenten. Tevens belemmert het bedrijfseconomisch ingegeven omzettingen en wordt de administratieve lastendruk van de belastingplichtige verhoogd. Het gevaar van het verlies van een fiscale claim is te ondervangen door een soortgelijke doorschuivingsfaciliteit zoals reeds gehanteerd

---

<sup>171</sup> Kamerstukken II, Advies van Raad van State en nader rapport, 1997–98, 25709, A.

<sup>172</sup> In de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 1997–98, 25709, nr. 3, Inleiding) wordt het volgende gesteld: *“Opmerkingen van de Raad van State dat daardoor een discrepantie zou ontstaan tussen de fiscale begeleiding van de splitsing enerzijds en van de reeds geregelde juridische fusie anderzijds, hebben tot het inzicht geleid dat het de voorkeur verdient de fiscale begeleiding van beide vormen van overgang van vermogen onder algemene titel bij rechtspersonen – juridische fusie en splitsing – zoveel mogelijk op dezelfde wijze vorm te geven.”*

<sup>173</sup> Stb. 1998, 350.

<sup>174</sup> Kamerstukken II, MvT, 1997–98, 25 709, nr. 3, Inleiding.

<sup>175</sup> Kamerstukken II, MvT, 1997–98, 25 709, nr. 3, p. 3.

<sup>176</sup> Kamerstukken II, Advies van Raad van State en nader rapport, 1997–98, 25 709, nr. A.



wordt bij de bedrijfsfusie, de juridische fusie en de (af)splitsing. Tot slot doet zich bij de gefaciliteerde omzetting dezelfde vraag voor als de hoofdregel van art. 28a Wet VpB 1969: waarom moet dit voor alle drie de belastingmiddelen gelden? Wanneer de VpB-plichtige rechtspersoon geen verzoek doet voor een gefaciliteerde omzetting, dan betekent dat de ficties ook van toepassing zijn voor de overige twee belastingmiddelen. Mijns inziens is hier sprake van een te extreme alles-of-niets-benadering. Net als bij de juridische fusie en (af)splitsing is het immers denkbaar dat de aandeelhouders en de betrokken rechtspersonen tegenstrijdige belangen hebben. Aldus is het denkbaar dat de ene aandeelhouder gebruik wenst te maken van fiscale begeleiding en de andere aandeelhouder niet, en daarom is het wenselijk dat zij onafhankelijk van elkaar recht krijgen op fiscale begeleiding.

### § 3.5 Aanbevelingen

Gelet op hetgeen ik hiervoor heb geconcludeerd, beveel ik aan om voor de Wet VpB 1969 eenzelfde systematiek bij omzettingen te hanteren zoals dit is ingekleed bij de bedrijfsfusie, de juridische fusie en de (af)splitsing. De hoofdregel is aldan dat het fiscale recht de systematiek van het civiele recht volgt. Er is dan geen sprake van een einde van de subjectieve belastingplicht en er vindt geen vermogensverschuiving plaats. Ook bij omzettingen zou de wetgever een regeling kunnen opnemen zoals in art. 14a, lid 2 en 3 Wet VpB 1969 waarbij, als niet wordt voldaan aan bepaalde vereisten, een verzoek moet worden gedaan door de belastingplichtige voor een geruisloze omzetting waar de inspecteur (standaard)voorwaarden kan stellen zoals thans opgenomen in het Omzettingsbesluit. Bij een gevaar voor claimverlies of (een vermoeden van) overwegend fiscale motieven kunnen de fiscale ficties van art. 28a Wet VpB 1969 worden ingeroepen. Dit zou stroken met de reden voor de wetgever om de rechtsfiguur omzetting in te kleden door middel van identiteitsbehoud van de rechtspersoon: namelijk het niet nodig achten om grotere beletselen in de weg te leggen dan strikt noodzakelijk.<sup>177</sup>

Een nadeel hiervan is de verlegging van de bewijslast naar de inspecteur, maar ik meen dat dit strookt met de handelwijze van de wetgever zoals bij de overige organisatiefaciliteiten. Tevens dienen aanvullende bepalingen in het BFE te worden opgenomen, zoals thans ook voor fusies en splitsingen het geval is, zodat duidelijkheid wordt geschapen wat de gevolgen zijn voor een omzetting binnen een FE. Ik pleit tevens voor een behoud van de fiscale eenheid bij omzetting mits de rechtspersoon na omzetting voldoet aan de voorwaarden zoals begrepen in art. 15 Wet VpB.

---

<sup>177</sup> MvT, invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW, Kamerstukken II 1982-83, 17 725, nr. 4.

Wat betreft de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965 zou de wetgever aparte regelingen moeten opnemen ter verzekering van de belastingclaim. De Wet VpB 1969 is geen geschikte plaats om de gevolgen van omzettingen voor die rijks wetten te regelen.

### § 3.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de fiscale behandeling van een zuiver nationale omzetting besproken. Slechts één bepaling in de fiscale wetgeving biedt enige houvast wat betreft de fiscale behandeling van rechtsvormwijzigingen: art. 28a Wet VpB 1969. De vormgeving van art. 28a Wet VpB 1969 is door de wetgever nooit goed beargumenteerd.

Deze bepaling kent drie groepen omzettingen:

- fiscaal niet-gefaciliteerde omzettingen;
- fiscaal niet-geregelde omzettingen; en
- fiscaal gefaciliteerde omzettingen.

Het uitgangspunt van art. 28a Wet VpB 1969 is dat door de omzetting de liquidatie-, uitkerings- en stortingsficties in werking treden, met uitzondering van omzettingen van een BV naar een NV en omgekeerd, alsmede omzettingen van een stichting in een vereniging en omgekeerd. Deze ficties resulteren in een relevant realisatie- en heffingsmoment voor de Wet VpB 1969; mogelijk ook voor de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965 wanneer art. 28a Wet VpB 1969 rechtsgrond heeft in deze wetten. Hierdoor eindigt de subjectieve belastingplicht en moet de belastingplichtige afrekenen over eventueel behaalde winsten als gevolg van de omzetting en gaan verrekenbare verliezen definitief verloren. Ook andere subjectieve aanspraken/verplichtingen gaan teniet. De noodzakelijkheid van de ficties is niet per se evident, omdat door het totaalwinstbeginsel en de compartimenteringsleer fiscale claims na sfeerovergangen verzekerd worden of gewaarborgd blijven.

Bij fiscaal niet-geregelde omzettingen wordt het civielrechtelijke uitgangspunt gevolgd en eindigt de subjectieve belastingplicht niet. Verplichtingen en aanspraken gaan van de om te zetten rechtspersoon naar de omgezette rechtspersoon. Een heffingslek ontstaat niet, omdat boekwaarden hetzelfde blijven en de belastingplicht van de rechtspersonen zeer vergelijkbaar is.

Fiscaal gefaciliteerde omzettingen vinden plaats op verzoek van de belastingplichtige en alsdan treedt de omgezette rechtspersoon in de plaats van de om te zetten rechtspersoon. Tevens worden boekwaarden doorgeschoven en gaan subjectieve aanspraken en verplichtingen over op de omgezette rechtspersoon. Er vindt geen heffing plaats. Een verzoek wordt enkel toegestaan indien aan de standaardvoorwaarden is voldaan en de omzetting niet plaatsvindt op basis van fiscale motieven.

Indien een niet-gefaciliteerde omzetting plaatsvindt binnen een fiscale eenheid, wordt deze fiscale eenheid in principe verbroken ten aanzien van deze maatschappij als gevolg van de liquidatiefictie

en/of de uitkeringsfictie. De besluitgever heeft echter goedgekeurd dat bij gefaciliteerde omzettingen van de moedermaatschappij de fiscale eenheid in stand blijft. Als sprake is van een niet-gereguleerde omzetting binnen een fiscale eenheid vindt geen verbreking van de fiscale eenheid plaats, omdat de subjectieve belastingplicht niet eindigt. Om deze reden heeft de besluitgever vermoedelijk geen aandacht geschonken aan omzettingen van dochtermaatschappijen. Er zijn echter situaties denkbaar waarbij gefaciliteerde omzettingen van dochtermaatschappijen plaatsvinden binnen een fiscale eenheid. Al deze niet-genoemde situaties lijken een omissie van de besluitgever en het is aldus wenselijk dat ook voor deze situaties de fiscale eenheid niet verbreekt. De materiële ondernemingen in de fiscale eenheid veranderen immers niet.

De reden voor de wetgever om de liquidatie-, uitkerings- en stortingsficties als uitgangspunt te kiezen voor de vennootschapsbelasting is onbegrijpelijk. Derhalve zou het de wetgever sieren om omzettingen, net als de juridische fusie, de (af)splitsing en de bedrijfsfusie, zo min mogelijk fiscaal te belemmeren. Hij zou als uitgangspunt het civiele recht moeten nemen met een continuering van de subjectieve belastingplicht. Waar hij dit nodig acht kan hij een verzoek eisen tot indeplaatsstelling en zo nodig (standaard)voorwaarden stellen. Enkel bij een gevaar voor claimverlies of (een vermoeden van) overwegend fiscale motieven zouden dan de fiscale ficties van art. 28a Wet VpB 1969 moeten worden ingeroepen. Wat betreft de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965 zou de wetgever aparte regelingen moeten opnemen ter verzekering van de belastingclaim.

## Omzettingen in het EU-recht

### § 4.1 Inleiding

Zoals reeds in de inleiding van deze scriptie is aangestipt, is de directe aanleiding van het Voorontwerp de uitspraak van het HvJ geweest inzake het arrest 'Cartesio'.<sup>178</sup> De jurisprudentie van het HvJ heeft een supranationale en directe werking die dwingendrechtelijk is voor de lidstaten. De arresten die het HvJ wijst zijn dikwijls vertolkingen, uitleggingen en/of verduidelijkingen van de bepalingen die zijn neergelegd in het VwEU. Dit dwingendrechtelijke karakter heeft een direct effect op de nationale wetgeving van lidstaten indien deze niet in overeenstemming is met het EU-recht. Wanneer de regelgeving een grensoverschrijdend karakter heeft of tevens betrekking heeft op buitenlands belastingplichtigen, moet de nationale wetgever immer waakzaam zijn voor de kaders van het EU-recht. Het is daarom van belang om wat betreft (grensoverschrijdende) omzettingen inzicht te krijgen in de EU-rechtelijke kaders die reeds vorm hebben gekregen en welk deel van het wetgevende speelveld aan de nationale wetgever is toebedeeld. In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe volgens het EU-recht grensoverschrijdende omzettingen zijn en moeten worden geregeld. Daarbij wordt allereerst stilgestaan bij de verdragsvrijheden die EU-rechtelijke inmenging rechtvaardigen. Vervolgens wordt kort in chronologische volgorde de door het HvJ gewezen jurisprudentie behandeld die betrekking heeft op zetelverplaatsingen. Hierop volgend wordt aandacht geschonken aan regelgeving van de Europese vennootschap en de civiele en fiscale aspecten hiervan. Vervolgens wordt de Fusierichtlijn behandeld en wordt onderzocht hoe de grensoverschrijdende geruisloze en ruisende fusie worden geredigeerd. Tot slot wordt aandacht geschonken aan de Resolutie voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen van vennootschappen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

### § 4.2 Het EU-recht in het algemeen

#### § 4.2.1 Rangorde verdragsvrijheden

Alvorens een nationale regeling te kunnen toetsen aan de Europese verdragsvrijheden, moet allereerst worden bepaald welke verdragsvrijheid/verdragsvrijheden van toepassing is/zijn. Over de vraag of al dan niet een rangorde bestaat tussen de verdragsvrijheden, verschillen de meningen. Zo meent Weber<sup>179</sup> dat terdege een rangorde valt te destilleren uit de rechtspraak van het HvJ, maar dat dit een zeer complexe aangelegenheid is omdat het HvJ zeer pragmatisch omgaat met deze

---

<sup>178</sup> HvJ 16 december 2008, C-210/06 (Cartesio), JOR 1999, 117.

<sup>179</sup> Weber, D.M. (2014). *Cursus Belastingrecht, Archief 2014, editie Europees Belastingrecht*. Deventer: Wolters Kluwer. Onderdeel EBR.5.0.1.

problematiek en weinig dogmatisch is.<sup>180</sup> De Vakstudie<sup>181</sup> meent daarentegen te kunnen concluderen uit de tekst van het VwEU en vaste jurisprudentie van het HvJ dat juist *geen* rangorde bestaat, maar dat bij samenloop rekening dient te worden gehouden met de specifieke nationale wettelijke regeling die aan de orde is. In de arresten die voor (grensoverschrijdende) omzettingen van belang zijn en die in het vervolg van dit hoofdstuk worden besproken, speelt de vestigingsvrijheid de hoofdrol. In het arrest Daily Mail<sup>182</sup> heeft het HvJ betoogd dat de vrijheid van vestiging van toepassing is op vennootschappen die wensen hun administratieve of statutaire zetel te verplaatsen naar een andere lidstaat. Het is daarbij wel van belang dat een dergelijke vennootschap wordt erkend door de lidstaat van ontvangst of de lidstaat van vertrek.<sup>183</sup> Uit het arrest Daily Mail blijkt dus uitdrukkelijk dat zetelverplaatsingen onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging vallen.

#### § 4.2.2 Vrijheid van vestiging

In art. 49 VwEU is het vestigingsrecht geregeld voor onderdanen van lidstaten, wat in het kort betekent dat elke beperking van de vrijheid van vestiging jegens onderdanen verboden is. Een belemmerende maatregel is volgens het EU-recht toelaatbaar indien het een maatregel betreft die één van de in art. 52 VwEU geschreven rechtvaardigingsgronden behelst. Daarnaast is volgens vaste rechtspraak een beperkende maatregel tevens toelaatbaar indien deze een met het Verdrag verenigbaar wettig doel nastreeft en gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang.<sup>184</sup> De betreffende maatregel moet alsdan geschikt zijn om de verwezenlijking daarvan te waarborgen en mag niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (proportioneel).<sup>185</sup>

Het artikel is opgedeeld in twee volzinnen die elk het primaire en secundaire vestigingsrecht regelen. Het primaire vestigingsrecht richt zich op nieuwe activiteiten die worden ontplooid in een lidstaat en richt zich op de lidstaat van vertrek én de lidstaat van aankomst. Het secundaire vestigingsrecht richt zich vooral op de uitbreiding van huidige activiteiten; de verdragstekst geeft expliciet aan dat het gaat om de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen.<sup>186</sup> Zowel het primaire als het secundaire vestigingsrecht is van toepassing op vennootschappen, aangezien art. 54 VwEU voor onder andere art. 49 VwEU vennootschappen gelijk stelt aan onderdanen. Dit zijn

---

<sup>180</sup> Weber, D.M. (2015). *Cursus Belastingrecht, editie Europees Belastingrecht*. Deventer: Wolters Kluwer. Onderdeel EBR.5.0.4.

<sup>181</sup> Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 49 VwEU, aant. 6.5.

<sup>182</sup> HvJ 27 september 1988, C-81/87 (Daily Mail), Jur. 1988, ro. 14 – 16.

<sup>183</sup> Redactie van de Vakstudie, *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Internationaal Belastingrecht*. Aantekening 5 Zetelverplaatsing en vestigingsvrijheid bij: Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, art. 49.

<sup>184</sup> Zie onder andere: HvJ 15 mei 1997, C-250/95, V-N 1997/4242.27; HvJ 11 maart 2004, C-9/02, BNB 2004/258; HvJ 12 september 2006, C-196/04, BNB 2006/754.

<sup>185</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld: HvJ 29 november 2011, C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40.

<sup>186</sup> Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 49 VwEU (vanaf 1 december 2009), aantekening 2.

vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, uitgezonderd vennootschappen die geen winst beogen. Uit deze bewoordingen blijkt dat de vrijheid van vestiging allereerst afhangt van de erkenning door de lidstaat waarnaar de vennootschap op basis van het nationale recht is opgericht. Een vennootschap onder firma is bijvoorbeeld naar Nederlands recht geen rechtspersoon en deze kan dus niet als *vennootschap* een beroep doen op de vrijheid van vestiging. Dit neemt natuurlijk niet weg dat de achterliggende participanten als natuurlijke personen/vennootschap een beroep kunnen doen op de vrijheid van vestiging. Daarnaast hangt de vrijheid van vestiging zeer nauw samen met, zo betogen ook Van Schilfgaarde en Winter<sup>187</sup>, de erkenning van andere lidstaten (lidstaten naar welk recht de vennootschap *niet* is opgericht). Het bestaan van een vennootschap in een andere lidstaat hangt immers af van de erkenning van die andere lidstaat. Er zijn in de EU grofweg twee verschillende leren te onderscheiden: de *incorporatieleer* en de *reële zetelleer*.<sup>188</sup> Zoals ook Schutte-Veenstra<sup>189</sup> constateert, eerbiedigt de Europese wetgever de verschillende nationale rechtstelsels van lidstaten en zodoende de verschillende leren door drie verschillende aanknopingspunten in art. 54 VwEU te gebruiken: de statutaire zetel, het hoofdbestuur of de hoofdvestiging. Deze eerbiediging wordt tevens bevestigd in de hierna te bespreken jurisprudentie van het HvJ.<sup>190</sup> Bij de *incorporatieleer* is de vennootschap steeds onderworpen aan het recht van de staat waar zij is opgericht of haar statutaire zetel heeft. Bij de *reële zetelleer* is de vennootschap onderworpen aan het recht van de staat waar zij haar hoofdbestuur of feitelijke leiding heeft. Nederland hanteert thans de *incorporatieleer*; dit blijkt onder andere uit de artikelen 2:66, lid 3 en 2:177, lid 3 BW waarin is bepaald dat de statutaire zetel van respectievelijk de NV en de BV altijd in Nederland moet zijn gelegen. Tevens is een besluit van een rechtspersoon tot verplaatsing van de statutaire zetel naar een locatie buiten Nederland op grond art. 2:14 BW nietig. Daarnaast is het noodzakelijk dat, om succesvol een beroep te kunnen doen op art. 49 VwEU, naast het zijn van een onderdaan van een lidstaat, sprake is van grensoverschrijdend verkeer en een economische activiteit.

#### § 4.3 Jurisprudentie van het HvJ

In de onderstaande tabel staat een kort chronologisch overzicht van de gewezen jurisprudentie door het HvJ aangaande zetelverplaatsingen. De tabel bevat de naam van het arrest, het geschilpunt (in

---

<sup>187</sup> Schilfgaarde, P. van & Winter, J.W. (2009). Vrijheid van vestiging en de jurisprudentie van het Europese Hof van justitie. *Van de BV en de NV*, 150.

<sup>188</sup> Ibid.

<sup>189</sup> Schutte-Veenstra, J.N. (2009). De implicaties van het Cartesio-arrest voor het vestigingsrecht van vennootschappen. *Maandblad Belasting Beschouwingen*, 9, § 2.

<sup>190</sup> Zie bijvoorbeeld ro. 20 & 21 van HvJ 27 september 1988, C-81/87 (National Grid Indus), Jur. 1988, p. 5484.

het kort), een korte beschrijving van de uitspraak van het HvJ, welke zetelleer de betrokken lidstaat aanhing en of het geschil betrekking had op de inbound- of outboundsfeer.

Naam arrest	Geschilpunt	Uitspraak	Inbound/ outbound	Zetelleer
<b>Daily Mail</b> <sup>191</sup>	Vennootschap zou niet ontbonden moeten worden na verplaatsing zetel.	<i>Geen schending vestigingsvrijheid dat een wettelijke regeling van een lidstaat een vennootschap verplicht te ontbinden als deze zijn statutaire zetel wilt verplaatsen, Verdrag eerbiedigt nationale wetgeving van lidstaten.</i>	Outbound	Incorporatieleer
<b>Centros</b> <sup>192</sup>	Niet toestaan van filiaal vanwege ontlopen oprichtingseisen vennootschap.	<i>Het vestigingsrecht verzet zich ertegen dat een vennootschap opgericht in de ene lidstaat, al dan niet opgericht om een wettelijke regeling in de andere staat te ontkomen, inschrijving te onthouden.</i>	Inbound	Incorporatieleer
<b>Uberseering</b> <sup>193</sup>	Het niet erkennen van de procesbevoegdheid van een vennootschap door de ontvangende lidstaat is niet toegestaan.	<i>Wanneer een vennootschap die overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat is opgericht en er haar statutaire zetel heeft, haar werkelijke bestuurszetel verplaatst naar een andere lidstaat, mag die laatstbedoelde lidstaat niet haar rechtsbevoegdheid en evenmin haar procesbevoegdheid ontkennen.</i>	Inbound	Werkelijke zetelleer
<b>Inspire Art</b> <sup>194</sup>	Het filiaal is geen 'buitenlandse vennootschap' en de dwingende regels op het filiaal zijn strijdig met het vestigingsrecht.	<i>Ondanks dat geen sprake is van een daadwerkelijke verplichting tot liquidatie, mag de lidstaat van vestiging de vennootschap niet verplichten om de oprichtingsprocedure feitelijk over te doen. Het recht van de lidstaat van oprichting moet worden geëerbiedigd en gerespecteerd.</i>	Inbound	Incorporatieleer
<b>Sevic Systems</b> <sup>195</sup>	Grensoverschrijden de fusie niet toestaan is strijdig met vestigingsrecht.	<i>Het weigeren van een grensoverschrijdende fusie terwijl een zuiver interne fusie wordt toegestaan, is een belemmering van de vestigingsvrijheid. Een algehele weigering ten behoeve van de belangen van schuldeisers is niet proportioneel en is dus geen rechtvaardiging.</i>	Inbound	Werkelijke zetelleer
<b>Cartesio</b> <sup>196</sup>	Vennootschap zou zijn zetel naar het buitenland moeten kunnen verplaatsen en tevens Hongaars rechtspersoon	<i>Een lidstaat mag een vennootschap waarop het recht van die lidstaat van toepassing is niet belemmeren zijn zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen, indien het recht op die vennootschap ook tevens verandert en voor zover dit volgens het recht van de</i>	Outbound	Werkelijke zetelleer

<sup>191</sup> HvJ 27 september 1988, C-81/87 (Daily Mail), Jur. 1988, p. 5484.

<sup>192</sup> HvJ 9 maart 1999, C-212/97 (Centros), JOR 1999, 117.

<sup>193</sup> HvJ 5 november 2002, C-208/00 (Uberseering), Ondernemingsrecht 2002.

<sup>194</sup> HvJ 30 september 2003, C-167/01 (Inspire Art), Ondernemingsrecht 2003, 47.

<sup>195</sup> HvJ 13 december 2005, C-411/03 (Sevic Systems), V-N 2006/7.27.

<sup>196</sup> HvJ 16 december 2008, C-210/06 (Cartesio), V-N 2009/6.22.

	blijven.	<i>'ontvangende' lidstaat mogelijk is.</i>		
<b>Vale</b> <sup>197</sup>	Lidstaat moet inbound omzetting van vennootschap toestaan.	<i>Een lidstaat mag een vennootschap waarop het recht van die lidstaat van toepassing is niet belemmeren zijn zetel naar een andere lidstaat te verplaatsen, indien het recht op die vennootschap ook tevens verandert en voor zover dit volgens het recht van de 'ontvangende' lidstaat mogelijk is.</i>	Inbound	Werkelijke zetelleer

Uit deze jurisprudentie is de volgende systematiek te destilleren:

- Omzetting van vennootschappen valt onder de vrijheid van vestiging en moet aldus door lidstaten worden geëerbiedigd.
- Het is daarentegen vaste rechtspraak dat een vennootschap enkel bestaat krachtens (nationale) wetgeving en daarom mag een lidstaat voorwaarden verbinden aan de oprichting, het bestaan en de liquidatie van een vennootschap waaronder tevens de plaats van zetel van die vennootschap.
- Dit neemt echter niet weg dat de nationale wetgeving inzake vennootschappen immuun is voor de vestigingsvrijheid. Indien een vennootschap haar zetel en tevens het toepasselijk recht wil veranderen naar het recht van een andere lidstaat, mag de lidstaat van vertrek dit niet belemmeren; althans voor zover het recht van de lidstaat van ontvangst dit toestaat.
- De lidstaat van ontvangst heeft in die mate de vrijheid om een inbound omzetting te weigeren voor zover zij de organisatiefaciliteit *niet* in haar nationale recht kent *of* niet is voldaan aan de voorwaarden. Anderszins is ook de lidstaat van ontvangst geboden een omzetting toe te staan.

#### § 4.4 Secundair EU-recht

##### § 4.4.1 De Europese vennootschap

###### § 4.4.1.1 Algemeen

De Europese vennootschap, de SE, was ten tijde van zijn invoering de enige supranationale rechtsvorm in het EU-recht. De Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap<sup>198</sup> (hierna: Verordening SE) is een direct werkende verordening wat een middel in het EU-recht is om uitvoering te geven aan de vestigingsvrijheden van art. 49 VwEU. Dit betekent dat de rechtsgrond voor de Verordening SE art. 49 VwEU is.<sup>199</sup> Op 8 oktober 2001 heeft de Raad van de EU de Verordening SE vastgesteld. De Nederlandse wetgever heeft uitvoering gegeven aan de

<sup>197</sup> HvJ 12 juli 2012, C-378/10 (Vale), RO 2012/60.

<sup>198</sup> Verordening (EG) van de Raad van 8 oktober 2001, nr. 2157/2001/EC, PbEG L 294/1.

<sup>199</sup> Voor een uitgebreide behandeling omtrent de rechtsgrondkeuze binnen het EU-recht verwijs ik naar: Lenaerts, K. & Nuffel, P Van (2007). *Europees Recht studentencursus 2007*. Antwerpen/Apeldoorn: Maklu-Uitgevers. p. 60 – 64.



Verordening SE in de vorm van de Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap (“UvEv”).<sup>200</sup> De SE is sinds zijn implementatie in de Nederlandse wetgeving het enige middel geweest voor een vennootschap/rechtspersoon om zich (met een omweg) grensoverschrijdend om te zetten. Daarom worden in deze paragraaf allereerst het doel en de achtergrond van de SE in EU-rechtelijke context besproken, vervolgens wordt de invulling die de Nederlandse wetgever hieraan heeft gegeven besproken en tot slot wordt ingegaan op de wijze waarop door gebruikmaking van de wetgeving een grensoverschrijdende omzetting kan worden geëffectueerd.

#### § 4.4.1.2 De achtergrond en het doel van de Verordening SE

De SE kent een lange geschiedenis die startte als gevolg van de inaugurele rede van Sanders in 1959 die pleitte voor een Europese NV.<sup>201</sup> De EC heeft Sanders toen verzocht om naar aanleiding van zijn inaugurele rede een ontwerpverordening te maken voor een supranationale rechtsvorm.<sup>202</sup> Door onder andere zeer uiteenlopende standpunten van lidstaten aangaande de medezeggenschap van werknemers in de SE<sup>203</sup>, heeft het ruim 40 jaar geduurd voordat de Verordening SE werd aanvaard. Uiteindelijk is de Verordening SE 8 oktober 2001 in werking getreden waarvan de implementatietermijn drie jaar later afliep. In de Verordening SE staan 29 overwegingen waaruit blijkt waarom een supranationale rechtspersoon gewenst zou zijn en wat de beoogde doelen zijn van de Verordening SE. Het belangrijkste doel<sup>204</sup> van de SE is het creëren van een structuur die het functioneren van bedrijven die hun activiteiten willen uitbreiden in de Europese Gemeenschap vergemakkelijkt. De volgende bullets geven samengevat de overwegingen en doelen weer:

- Totstandbrenging van de interne markt en de verbetering van de economische en sociale toestand brengt met zich dat ondernemingen de reorganisatie van hun werkzaamheden op Gemeenschapsniveau kunnen uittekenen en uitvoeren.
- Grensoverschrijdende herstructureringen en samenwerkingsoperaties stuiten vaak op juridische, psychologische en fiscale moeilijkheden. Tevens is een onderneming verplicht een rechtsvorm naar een bepaald nationaal recht te kiezen, omdat zij zich binnen een hoofdzakelijk nationaal juridisch kader moeten bewegen.

---

<sup>200</sup> Kamerstukken II, 2002-03, 29 309, nrs. 1-2.

<sup>201</sup> Zie voor de rede alsmede het gehele verloop van de SE: Hijink, S. (2010) *Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese N.V.* Deventer: Kluwer.

<sup>202</sup> Informatie ontleend aan: Bevers, J.W.F. (2004). De Societas Europaea: vennootschapsrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten. *Forfaitair*, 11, § 1.

<sup>203</sup> Hijink, S. (2010) *Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese N.V.* Deventer: Kluwer. p. 45.

<sup>204</sup> Dit doel staat in de samenvatting van de wetgeving betreffende het statuut van de SE en acht ik daarom als de belangrijkste. Zie voor de samenvatting: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/societas-europaea/history/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/internal_market/company/societas-europaea/history/index_en.html).

- Daarom is het geboden om de economische en juridische entiteit van een onderneming te doen samenvallen. Daartoe is een direct werkende verordening nodig die de oprichting en het bestuur mogelijk maakt van vennootschappen zonder belemmeringen vanwege territoriaal beperkte toepassing van het nationale recht.
- Een SE kan worden opgericht als product van een grensoverschrijdende fusie, als zijnde een nieuw opgerichte holding- of dochtervennootschap in een andere lidstaat of als resultaat van een omzetting.

De Verordening SE is bedoeld om herstructurerings mogelijk te maken die niet louter zijn gericht op zuiver lokale behoeften en daarom kunnen alleen vennootschappen die herstructureren met een grensoverschrijdend karakter een beroep doen op de Verordening SE. Om dit te bereiken is een limitatief aantal vereisten opgenomen in art. 2 Verordening SE. Zo kan een naamloze vennootschap enkel worden omgezet in een SE indien zij ten minste voor twee jaren een dochtervennootschap heeft die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert. Het is opmerkelijk dat aan het *voortbestaan* van de SE geen voorwaarden zijn verbonden om het grensoverschrijdende karakter te waarborgen, zo erkennen ook Bellingwout & Van de Streek.<sup>205</sup> Na de oprichting van de SE kunnen de aandelen immers vrijelijk worden overgedragen waardoor in feite een zuiver nationale situatie kan ontstaan en zodoende de oprichtingsvoorwaarden slechts van beperkte betekenis zijn. Overigens is het uiteraard de vraag of het überhaupt wenselijk is om voorwaarden te stellen aan de overdracht van aandelen, aangezien dat dan juist weer een belemmering zou zijn van de totstandbrenging van de interne markt. Daarnaast kan men nauwelijks van een belastingplichtige verlangen hierover een zekerstelling te geven aangezien onzekerheid juist kenmerkend voor ondernemen is. Tevens kan men zich afvragen in hoeverre het daadwerkelijk onwenselijk is dat een SE in een zuiver nationaal verband bestaat. Het blijft daarentegen een feit dat het grensoverschrijdende karakter niet volledig wordt gewaarborgd wat indruist tegen het doel van de SE.

#### *§ 4.4.1.3 Civielrechtelijke en fiscale aspecten SE*

De Verordening SE beoogt een supranationale rechtsvorm tot stand te brengen die de kenmerken heeft van een naamloze vennootschap van een lidstaat.<sup>206</sup> De SE heeft zijn supranationale karakter te danken aan de directe werking van de Verordening SE. De Verordening SE is in feite een raamwerk waarin de belangrijkste aspecten van een rechtspersoon<sup>207</sup> worden geregeld en die verder wordt ingekleurd door het nationale recht van de lidstaten. In die zin kan de wet- en regelgeving die

---

<sup>205</sup> Bellingwout, J.W. & Van de Streek, J.L. van de (2003). *Fiscale aspecten van de Societas Europaea (I)*. *MBB*, 337, § 4.1.

<sup>206</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld overweging 11 & 17 van de Verordening SE.

<sup>207</sup> Bijvoorbeeld aspecten rondom oprichting, rechtspersoonlijkheid, minimum kapitaalstorting, plaats van zetel, zetelverplaatsing etc.

van toepassing is op de SE verschillen. De SE is daarom een unieke rechtsvorm met tweeledig toepasselijk recht. Een meer gedetailleerde regeling waarbij geen tweeledig karakter noodzakelijk is, zou gezien de tijdsperiode van de totstandkoming van de huidige Verordening SE nimmer tot een unaniem aanvaarde verordening leiden vanwege de uiteenlopende meningen van de lidstaten. De totstandkoming van de Verordening SE heeft immers al een aantal decennia in beslag genomen.

Een SE kan ontstaan op vier verschillende manieren:

1. oprichting via een fusie waarbij de SE nieuw wordt opgericht;
2. oprichting van een holdingvennootschap<sup>208</sup> in de vorm van een SE;
3. oprichting van een dochtervennootschap in de vorm van een SE; of
4. omzetting van een bestaande NV in een SE.

Zowel een BV als een NV kunnen een SE als holding- of dochtervennootschap oprichten. Oprichting door middel van omzetting of een fusie kan alleen plaatsvinden door naamloze vennootschappen.<sup>209</sup>

De oprichting van een Nederlandse SE wordt, behoudens andersluidende bepalingen in de Verordening SE, beheerst door het Nederlands recht.<sup>210</sup> De formaliteiten rondom oprichting van een Nederlandse SE zijn dus hetzelfde als voor een NV. De SE wordt in het Nederlands recht dus behandeld als een NV.<sup>211</sup> De Nederlandse SE is dus, zo meent ook Van Boxel<sup>212</sup>, een bijzondere vorm van een NV.

Art. 7 Verordening SE schrijft voor dat de statutaire zetel in de EU moet zijn gelegen en dat deze zich tevens in dezelfde lidstaat bevindt als het hoofdbestuur. Beide zijn voor een Nederlandse SE altijd in Nederland gelegen, omdat art. 2:66, lid 3 BW bepaalt dat de statutaire zetel immer in Nederland moet zijn gelegen. Zonder toepassing van art. 2:66, lid 3 BW zou evenzeer dezelfde uitkomst bereikt worden, omdat art. 10 Verordening SE bepaalt dat een SE in iedere lidstaat behandeld wordt als een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft. De statutaire zetel van een SE kan dus niet in een andere lidstaat liggen dan de lidstaat naar welk recht de SE is opgericht. In de Verordening SE is dus een gulden middenweg gekozen tussen de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer, waardoor dispariteiten worden voorkomen. Dit komt doordat het hoofdbestuur en de statutaire zetel in hetzelfde land moeten zijn

---

<sup>208</sup> Bij de oprichting van een holdingvennootschap door twee andere vennootschappen worden de toe te kennen aandelen van de SE volgestort door de oprichtende vennootschappen in te brengen. De aandeelhouders van de oprichtende vennootschappen kunnen dan aandeelhouders worden van de SE. De oprichtende kapitaalvennootschappen blijven bestaan.

<sup>209</sup> Zie art. 2 en bijlage I en bijlage II van Verordening SE.

<sup>210</sup> Art. 15, lid 1 Verordening SE.

<sup>211</sup> Art. 9, lid 1 Verordening SE.

<sup>212</sup> Boxel, H.J.M.M. van (2015). *De Europese vennootschap (SE) Algemene bepalingen ten aanzien van de SE (Fiscale geschriften 15)*. Den Haag: SDU Fiscaal. § 3.9.

gelegen en de statutaire zetel van de SE tevens is gelegen in het land welke het recht beheerst van de SE.

De fiscale behandeling van de SE is eveneens gelijk aan de NV; zo blijkt uit overweging 20 van de Verordening SE: *“Deze verordening handelt niet over rechtsgebieden zoals het fiscaal recht (...).”* De wetgever concludeert terecht dat in principe wat betreft de fiscaliteit niets behoeft te worden geregeld ten aanzien van een SE.<sup>213</sup>

Zij meent echter dat onduidelijkheid kan ontstaan aangaande de toepassing van art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 op de SE. De oprichtingsfictie geldt immers voor lichamen waarvan de oprichting heeft plaatsgevonden naar Nederlands recht. Aangezien een SE een supranationale rechtsvorm is die wordt beheerst door het EU-recht (de Verordening SE) *en* het Nederlands recht, is niet op voorhand duidelijk of zij ook onder de oprichtingsfictie van art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 is te scharen. Het twistpunt bestaat uit de vraag of zij naar Nederlands recht dan wel naar EU-recht is opgericht. Dat het antwoord hierop niet a priori duidelijk is, blijkt onder andere uit de verschillende meningen in de literatuur. Zo meent Gooijer<sup>214</sup> dat kan worden geconcludeerd dat de werking van de oprichtingsfictie inderdaad van toepassing is op de SE, omdat de Verordening SE een directe werking heeft. Bevers<sup>215</sup> is daarentegen juist van mening dat dit niet zonder meer gesteld kan worden door de wisselwerking tussen het EU-recht en het Nederlands recht. Om enige onduidelijkheid hieromtrent uit te sluiten, heeft de wetgever een extra zin opgenomen in art. 2, lid 4 Wet VpB 1969. Deze luidt als volgt: *“Een Europese naamloze vennootschap die bij haar oprichting werd beheerst door Nederlands recht, wordt voor de toepassing van de eerste volzin geacht te zijn opgericht naar Nederlands recht.”*

De Staatssecretaris geeft aan dat de oprichtingsfictie ook geldt voor de SE ter waarborging van gelijke behandeling van kapitaalvennootschappen en de SE, en mede tot doel heeft om het Nederlandse heffingsbelang te waarborgen.<sup>216</sup>

Daarnaast heeft de Staatssecretaris<sup>217</sup> bevestigd dat een SE, net als een NV:

- deel kan uitmaken van een fiscale eenheid als moeder- en dochtermaatschappij;
- zonder bezwaar kan kwalificeren als fiscale beleggingsinstelling; en

---

<sup>213</sup> Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 2002-03, 29 035, nr. 3, Bijlage I Beschouwing Europese naamloze vennootschap.

<sup>214</sup> Gooijer, W. (2003). De Europese NV en de Nederlandse vennootschapsbelasting. *Weekblad Fiscaal Recht*, 1273, § 4.2.3.

<sup>215</sup> Bevers, J.W.F. (2004). De Societas Europaea: vennootschapsrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten. *Forfaitair*, 11, § 4.2.

<sup>216</sup> Wijziging van enkele belastingwetten c.a. (Overige fiscale maatregelen 2004), Kamerstukken II, 2003-04, 29 035, nr. 6, onderdeel 3.

<sup>217</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2003-04, 29 035, nr. 6, § 3.

- een beroep kan doen op de Moeder-dochterrichtlijn<sup>218</sup> en Fusierichtlijn<sup>219</sup> zonder dat destijds de rechtsvorm SE was opgenomen in de bijlagen van die richtlijnen.

Inmiddels is de SE in beide voorgenoemde richtlijnen reeds opgenomen.

Uit het voorgaande blijkt dat een SE niet louter kan ontstaan door middel van ‘reguliere’ oprichting, maar ook door middel van bijzondere vormen van oprichtingen in de vorm van herstructureringen zoals fusies, splitsingen of omzettingen. De fiscale facilitering voor dergelijke herstructureringen in het SE-regime wordt ondervangen doordat de SE ook is opgenomen in de bijlage van de Fusierichtlijn die onder andere de fiscale gevolgen van (grensoverschrijdende) juridische fusies en (af)splitsingen redigeert. Echter, een richtlijn ter regulering van grensoverschrijdende omzettingen en de fiscale gevolgen hiervan bestaat niet. Een richtlijn op EU-rechtelijk niveau of handvaten op nationaal niveau ten aanzien van de fiscale gevolgen van (grensoverschrijdende) omzettingen van SE’s zou gewenst zijn ter bevordering van de rechtszekerheid. Dit blijkt onder meer uit de volgende paragraaf.

#### *§ 4.4.1.4 Grensoverschrijdende omzetting met een SE*

Vóór de invoering van de Verordening SE en de UvEv<sup>220</sup> was een grensoverschrijdende omzetting niet mogelijk vanwege het ontbreken van een wettelijke regeling behoudens een aantal bijzondere wettelijke regelingen (zie § 1.5).<sup>221</sup> Doordat een SE, in tegenstelling tot andere Nederlandse kapitaalvennootschappen<sup>222</sup>, haar statutaire zetel op grond van art. 8 Verordening SE kan verplaatsen naar een andere lidstaat, kan een NV zich via een omweg grensoverschrijdend omzetten. Een NV kan zich met inachtneming van de voorwaarden<sup>223</sup> als volgt outbound grensoverschrijdend omzetten:

- de NV zet zich om in een SE;<sup>224</sup>
- op grond van art. 8 Verordening SE verplaatst de SE haar statutaire zetel naar een andere lidstaat;
- op grond van art. 9, lid 1, sub c, onderdeel ii Verordening SE is het recht van de lidstaat van toepassing op de SE waar haar statutaire zetel is gelegen;
- vervolgens zet de SE zich om in een vennootschap van die lidstaat, indien de nationale wet dit toelaat.

---

<sup>218</sup> Richtlijn 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015, PbEU 2015, L 21/1.

<sup>219</sup> Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009, PbEG 2009, L 310.

<sup>220</sup> Kamerstukken II, 2002-03, 29 309, nrs. 1-2.

<sup>221</sup> Zie paragraaf 1, MvT Voorontwerp.

<sup>222</sup> Op basis van art. 2:66, lid 3 BW & art. 2:177, lid 3 BW moet de statutaire zetel in Nederland zijn gelegen.

<sup>223</sup> Ex art. 8 Verordening SE.

<sup>224</sup> Art. 2, lid 4 juncto art. 37 Verordening SE.

Uiteraard kan het bovenstaande ook omgekeerd worden uitgevoerd voor een inbound grensoverschrijdende omzetting. Een BV kan zich niet omzetten in een NV of als verdwijnende vennootschap optreden bij een juridische fusie waarbij een SE wordt opgericht. Indien een BV zich grensoverschrijdend zou willen omzetten door middel van een SE, dan moet deze zich allereerst omzetten in een NV. Dit geldt in feite voor iedere rechtspersoon niet-zijnde een NV.

Overeenkomstig art. 8 Verordening SE moet een voorstel tot (grensoverschrijdende) verplaatsing van de statutaire zetel van een SE worden opgesteld door het leidinggevende orgaan/bestuursorgaan van de SE. Hiermee wordt een soortgelijk vrijwillig karakter bewerkstelligd zoals dat bij zuiver nationale omzettingen in de Nederlandse wetgeving wordt gekend. Tevens moet dit voorstel openbaar worden gemaakt en behelst dit voorstel onder andere de huidige naam, de statutaire zetel, het nummer van de SE, de voorgestelde statutaire zetel, de voorgestelde statuten en in voorkomende gevallen haar nieuwe benaming.<sup>225</sup>

Omdat de omzetting niet ex art. 2:18 BW maar op grond van art. 37 Verordening SE plaatsvindt, treedt art. 28a Wet VpB 1969 *niet* in werking. Dit betekent dat de omzetting fiscaal gezien zonder beëindiging van de subjectieve belastingplicht plaatsvindt. Of door het niet-toepassen van art. 28a Wet VpB 1969 op de SE sprake is van een ongelijke behandeling tussen de SE en de NV laat ik vanwege de omvang van deze scriptie onbesproken.

De verplaatsing van de statutaire zetel alsmede het hoofdbestuur ingevolge art. 7 Verordening SE hebben daarentegen wel fiscale gevolgen. Op grond van art. 15c of 15d Wet VpB 1969 heeft een overbrenging van activiteiten vanuit Nederland naar het buitenland een (partiële) fiscale eindafrekening als gevolg.<sup>226</sup> Allereerst is het betwistbaar of dit niet in strijd is met het doel van de Verordening SE (het opheffen van belemmeringen bij herstructurerings in de interne markt) en daarnaast stelt Gooijer<sup>227</sup> terecht de vraag of de toepassing van de bepalingen bij de zetelverplaatsing van een SE een belemmering oplevert die in strijd is met de vestigingsvrijheid van het EU-recht. De Verordening SE en art. 49 VwEU zijn beide dwingendrechtelijke bepalingen op grond van het EU-recht.

De bijdrage van Gooijer<sup>228</sup> stamt van vóór de tijd van het arrest National Grid Indus en de Fusierichtlijn van 2009.<sup>229</sup> Op basis van de Fusierichtlijn<sup>230</sup> is het een lidstaat niet toegestaan om direct over te gaan op belastingheffing bij verplaatsing van de statutaire zetel van een SE, maar mag

---

<sup>225</sup> Alle eisen waaraan het voorstel moet voldoen zijn te vinden in Bijlage 2 (art. 8, Verordening SE).

<sup>226</sup> Een uitgebreide behandeling hiervan vindt plaats in § 5.3.1.2.2.

<sup>227</sup> Gooijer, W. (2003). De Europese NV en de Nederlandse vennootschapsbelasting. *Weekblad Fiscaal Recht*, 1273, § 4.7.

<sup>228</sup> Gooijer, W. (2003). De Europese NV en de Nederlandse vennootschapsbelasting. *Weekblad Fiscaal Recht*, 1273, § 4.7.

<sup>229</sup> Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009, PbEG 2009, L 310.

<sup>230</sup> Art. 12 – 14.

zij wel maatregelen nemen ter verzekering van de belastingclaim. Dat de verzekering van heffing van de belastingclaim een gerechtvaardigde belemmering van de vestigingsvrijheid betreft, wordt bevestigd door het HvJ in het arrest National Grid Indus (§ 4.3.7) voor zover de vertrekkende vennootschap niet wordt verplicht tot acute afrekening van die belastingclaim. Weliswaar betrof het in dit arrest niet de verplaatsing van de statutaire zetel doch de feitelijke leiding van een belastingplichtige, maar evenals bij de verplaatsing van een SE (zonder het achterlaten van een VI) was in het arrest National Grid Indus na verplaatsing geen enkel fiscaal aanknopingspunt meer met de vertrekstaat. De wetgever heeft met de invoering van art. 25a IW uitvoering willen geven aan de uitkomst van het arrest National Grid Indus en de infractieprocedure van de EC<sup>231</sup> (die de EC reeds startte voordat het Hof Amsterdam prejudiciële vragen aan het HvJ stelde in de National Grid Indus procedure). De EC startte deze procedure omdat zij van mening was dat Nederland handelde in strijd met de vrijheid van vestiging door het handhaven van exitheffingen over niet-gerealiseerde meerwaarden bij de overbrenging van een onderneming, bij de verplaatsing van de maatschappelijke zetel of de plaats van de werkelijke zetel van een vennootschap naar een andere lidstaat.<sup>232</sup> Het HvJ stelde de EC in haar gelijk en bevestigde dat de Nederlandse staat haar verplichtingen niet is nagekomen door het handhaven van artikelen 3.60 en 3.61 Wet IB 2001, alsmede artikelen 15c en 15d Wet VpB 1969. Als resultaat hiervan kreeg art. 25a IW haar huidige vorm, die in hoofdstuk 5 nader wordt besproken.

Wat wellicht nog belangwekkender is, is de rol van de oprichtingsfictie van art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 na een grensoverschrijdende omzetting van een Nederlandse SE. Zoals in de vorige paragraaf reeds is uiteengezet, heeft de wetgever aan de SE een extra volzin gewijd om enige onduidelijkheid over de toepassing van de oprichtingsfictie op een Nederlandse SE te voorkomen. Maar wat gebeurt er met de vestigingsplaatsfictie wanneer een **Nederlandse** SE wordt omgezet naar een **buitenlandse** SE? Impliciet blijkt uit de bijdrage van de Raad van State<sup>233</sup>, het daaropvolgend antwoord van de Staatssecretaris<sup>234</sup>, het advies van de NOB<sup>235</sup> en de vragen vanuit de Tweede Kamer<sup>236</sup> dat al deze partijen er vanuit gaan dat de vestigingsplaatsfictie in stand blijft. De Raad van State meent dat de instandhouding van de vestigingsplaatsfictie in strijd is met art. 7 van de Verordening SE. Het doel van de SE is immers het creëren van een niet-lidstaatgebonden rechtsvorm voor vennootschappen met grensoverschrijdende activiteiten. Het toe-eigenen van heffingsbevoegdheid past hier niet bij,

---

<sup>231</sup> HvJ 31 januari 2013, C-301/11, V-N 2013/9.9.

<sup>232</sup> HvJ 31 januari 2013, C-301/11, V-N 2013/9.9, ro. 12.

<sup>233</sup> Advies van de Raad van State, Kamerstukken II, 2002-03, 29 035, B.

<sup>234</sup> Nader rapport (reactie op het advies) van 5 september 2003, Kamerstukken II 2002-03, 29 035, nr. B.

<sup>235</sup> Daniels, A.H.M. (2003). *NOB commentaar op wetsvoorstel Overige Fiscale Maatregelen 2004*, Kamerstuknummer 29.035. Amsterdam, De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.

<sup>236</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2003-04, 290 35, nr. 6.

zo betoogt de Raad van State. Verschillende Kamerleden vragen zich af of de ‘overdreven beperking bij zetelverplaatsing’ niet in strijd is met doel en strekking van de Verordening SE. De NOB meent dat art. 10 van de Verordening SE voorschrijft dat de regels van de nieuwe vestigingsstaat van de SE na verplaatsing/omzetting van toepassing zijn op die SE en dat de vestigingsplaatsfictie hier niet in past. De Staatssecretaris heeft op deze kritiek gereageerd door te stellen dat de Verordening SE geen betrekking heeft op de fiscale wetgeving van lidstaten. Dit betreft een drogreden, want dat de Verordening SE niet van toepassing is op fiscale wetgeving betekent niet dat het fiscaal recht belemmeringen mag opwerpen voor de SE of strijdig mag zijn met het doel van de Verordening SE. Ik ben het met de bovenstaande partijen eens dat de toepassing van de vestigingsplaatsfictie na omzetting/verplaatsing van de SE in strijd is met het doel van de Verordening SE, omdat het een belemmering vormt voor zetelverplaatsingen en herstructureringen in de interne markt wat de Verordening SE juist tracht te elimineren. Een uitgebreide behandeling van dit onderwerp vindt plaats in § 5.4 van het volgende hoofdstuk.

Daarnaast nog het volgende: indien een SE die is omgezet of is verplaatst naar een andere lidstaat onder de reikwijdte van de vestigingsplaatsfictie valt, is het zeer waarschijnlijk dat met deze zienswijze succesvol betoogd kan worden dat een buitenlandse SE die wordt omgezet/verplaatst naar Nederland *niet* onder de reikwijdte van de oprichtingsfictie valt. Als men betoogt dat een SE die voorheen werd beheerst door Nederlands recht volgens art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 ‘bij haar oprichting werd beheerst door Nederlands recht’, dan kan onmogelijk een voorheen in het buitenland gevestigde SE bij haar oprichting beheerst worden door Nederlands recht. In die zin zijn inbound en outbound verplaatsingen/omzettingen communicerende vaten. Een uitgebreide discussie hieromtrent wordt in het volgende hoofdstuk gevoerd.

#### § 4.4.2 De Fusierichtlijn

##### § 4.4.2.1 Algemeen

Door middel van (grensoverschrijdende) (juridische) fusies, (af)splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil is het mogelijk om een *vergelijkbaar* resultaat te bereiken als met de rechtsfiguur (grensoverschrijdende) omzettingen.<sup>237</sup> In 2005 is de Fusierichtlijn<sup>238</sup> gewijzigd waardoor grensoverschrijdende fusies en splitsingen, naast de reeds bestaande mogelijkheden in het SE-regime, civielrechtelijk mogelijk werden in alle EU-lidstaten. Dit heeft in de Nederlandse wetgeving geresulteerd in een bijzondere afdeling in Boek 2 BW die met ingang van 15 juli 2008

---

<sup>237</sup> Denk bijvoorbeeld aan de wijziging van de rechtspersoonlijkheid van een Nederlandse vennootschap door middel van een grensoverschrijdende fusie waarvan de statutaire zetel na de fusie van de nieuw op te richten vennootschap in het buitenland is gelegen.

<sup>238</sup> Richtlijn 2005/19/EG van de Raad van 17 februari 2005, PbEG 2005, L 58/19.



grensoverschrijdende fusies mogelijk maakt.<sup>239</sup> In deze paragraaf wordt onderzocht hoe de Fusierichtlijn grensoverschrijdende fusies redigeert en hoe door de EU-rechtelijke en Nederlandse wetgever wordt omgegaan met de fiscaalrechtelijke aspecten hiervan. De wetgeving aangaande splitsingen is vrijwel identiek aan die van fusies, waardoor deze niet apart wordt behandeld. Simonis<sup>240</sup> merkt op dat het een gemiste kans is van de nationale en EU-rechtelijke wetgever dat zij de fiscale aspecten zo stiefmoederlijk hebben behandeld. Tevens betoogt Simonis dat uit niets blijkt dat een poging is ondernomen om na te gaan of nog fiscaalrechtelijke aspecten kleven aan een grensoverschrijdende fusie waarop moet worden ingegaan ofschoon in deze paragraaf toch naar een leidraad wordt gezocht.

De Fusierichtlijn is van toepassing op (juridische) fusies, (af)splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil waarbij vennootschappen uit twee of meer lidstaten zijn betrokken en heeft betrekking op de heffing van directe belastingen van de betrokken vennootschappen en aandeelhouders, zo blijkt ook uit het arrest Zwijnenburg.<sup>241</sup> Dit neemt echter niet weg dat het Unierecht ook op zuiver interne situaties van toepassing kan zijn, zo blijkt uit het arrest Leur-Bloem.<sup>242</sup> De Fusierichtlijn heeft als hoofddoel, net als de SE-verordening, om een harmonisatie van de interne markt tot stand te brengen waarbij obstakels bij reorganisaties en herstructureringen zoveel mogelijk worden weggenomen.

Art. 4 en art. 8 van de Fusierichtlijn regelen kortgezegd dat de herstructureringen waar de Fusierichtlijn op ziet niet op zich mogen leiden tot enigerlei belastingheffing over het inkomen. Dit uitgangspunt belet een lidstaat echter niet tot het belasten van een bijbetaling in monetaire middelen die wordt toegekend als gevolg van de herstructurering. Tevens wordt de lidstaat niet belet de winst die uit de latere vervreemding van de ontvangen bewijzen voortvloeit op dezelfde wijze te belasten als de winst uit de vervreemding van de bewijzen die vóór de verwerving bestonden. Aldus is een lidstaat niet gerechtigd om over te gaan op acute belastingheffing **indien en voor zover** geen sprake is van een bijbetaling in gelden. Zij mag daarentegen haar belastingclaim veilig stellen en effectueren door het belasten van de winst uit latere vervreemding van ontvangen bewijzen als gevolg van de herstructurering (door de belastingplichtige). De Nederlandse wetgever

---

<sup>239</sup> Besluit juridische fusie, BLKB2015-34, VPBW, Toepassing art. 14b, derde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, onderdeel 4.3.

<sup>240</sup> Simonis, P.H.M. (2007). Grensoverschrijdende juridische fusie, fiscale aspecten. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 126.

<sup>241</sup> Bij HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), BNB 2010/257 was sprake van het ontgaan en uitstellen van overdrachtsbelasting. Het HvJ oordeelde dat de fusiefaciliteit niet kon worden geweigerd met een beroep op de antimisbruikbepaling, omdat de Fusierichtlijn enkel van toepassing is op directe belastingen.

<sup>242</sup> Bij HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), BNB 1998/32 was sprake van een vrijwel identieke implementatie van de EU-richtlijn in de Nederlandse nationale wet. Dus het HvJ oordeelde dat zij ook in deze situatie bevoegd was om te oordelen over de situatie, omdat betreft de Nederlandse wetgeving een zuiver interne situatie op dezelfde wijze wordt behandeld als een grensoverschrijdende situaties.

heeft deze doctrine vertaald in art. 14b Wet VpB 1969 die uitgaat van een geruisloze fusie, tenzij de belastingplichtige hierom verzoekt of niet voldoet aan de eisen van een geruisloze fusie. Bij een geruisloze fusie treedt de verkrijgende rechtspersoon met betrekking tot al hetgeen in het kader van de fusie is verkregen in de plaats van de verdwijnende rechtspersoon.<sup>243</sup> Bij een ruisende fusie wordt de verdwijnende vennootschap geacht haar gehele vermogen te hebben overgedragen en wordt zij geacht ten tijde van de fusie te zijn opgehouden belastbare winst uit de onderneming in Nederland te genieten.<sup>244</sup>

In de Fusierichtlijn is opgenomen dat een lidstaat de voordelen van de Fusierichtlijn geheel of gedeeltelijk teniet kan doen indien belastingontwijking- of fraude het hoofddoel of een der hoofddoelen van de fusie is. Dit heeft de wetgever vertaald in door een soortgelijke zinsnede in art. 14b, lid 5 op te nemen die de fusiefaciliteit uitsluit indien de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Tot slot heeft de wetgever de oprichtingsfictie van art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 'uitgeschakeld' voor fusies en splitsingen.<sup>245</sup> Dit heeft zij noodzakelijk geacht omdat zij enkel fiscale begeleiding mogelijk wilde maken voor fusies waarbij een Nederlands binnenlandse belastingplichtige betrokken is die ook daadwerkelijk zijn feitelijke leiding in Nederland heeft gelegen.<sup>246</sup> Doordat Nederland de incorporatieleer hanteert en tevens de vestigingsplaatsfictie kent, zou een feitelijk in het buitenland gevestigde kapitaalvennootschap ook een beroep kunnen doen op art. 14a of 14b Wet VpB 1969.<sup>247</sup> Om dit te voorkomen heeft de wetgever expliciet opgenomen dat het wetsvoorstel slechts ziet op situaties waar een binnenlandse belastingplichtige bij is betrokken.

#### *§ 4.4.2.2 Ruisende grensoverschrijdende fusie*

Een ruisende grensoverschrijdende fusie vindt plaats indien de belastingplichtige hiertoe verzoekt, niet voldoet aan de eisen voor een geruisloze fusie (zie § 4.4.2.2) of de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Een ruisende fusie vindt ook plaats indien één van de vennootschappen die betrokken is bij de fusie niet in de EU is gevestigd. De fiscale faciliteiten in de Nederlandse wet zijn gebaseerd op de Fusierichtlijn en verwijzen daarom naar vennootschappen in de EU.

Bij een ruisende fusie wordt de verdwijnende vennootschap geacht haar gehele vermogen te hebben overgedragen aan de verkrijgende vennootschap en tevens wordt ze geacht ten tijde van de fusie te hebben opgehouden in Nederland winst uit onderneming te genieten. De ruisende fusie lijkt

---

<sup>243</sup> Art. 14b, lid 2 Wet VpB.

<sup>244</sup> Art. 14b, lid 1 Wet VpB.

<sup>245</sup> Stb. 1998, 350.

<sup>246</sup> Brief Staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II, 1997-98, 25709, nr. 11, p. 2.

<sup>247</sup> Nota van Wijziging, Kamerstukken II, 1997-98, 25 709, nr. 7, p. 2.

door het einde van de subjectieve belastingplicht van de belastingplichtige op de gevolgen van niet-gefaciliteerde omzettingen. Ook 28a Wet VpB 1969 heeft als gevolg dat, zoals besproken in § 3.2.2.1, door de ficties de subjectieve belastingplicht van de om te zetten rechtspersoon eindigt.

Een reden voor een belastingplichtige om een fusie ruisend te laten plaatsvinden, kan zijn om aanwezige verliezen te verrekenen met winsten die voortvloeien uit de fusie door de vrijval van fiscale stille reserves. Zij moet belasting betalen over het nettoresultaat, de nog verrekenbare verliezen die overblijven gaan verloren. Terecht merkt Simonis<sup>248</sup> op dat er bij een ruisende fusie het gevaar van dubbele belastingheffing dreigt. Indien de staat van de verkrijgende vennootschap geen step-up tegen WEV verleent voor de boekwaarden van de vermogensbestanddelen van de verdwijnende vennootschap, dan wordt over het verschil van fiscale boekwaarden en WEV ten tijde van de fusie nogmaals geheven. De verantwoordelijkheid om dit te voorkomen ligt bij de lidstaat van ontvangst. De VpB-plichtige aandeelhouder wordt belast over de winsten die worden behaald door de vervreemding van de aandelen<sup>249</sup>, tenzij de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VpB 1969 van toepassing is.

#### *§ 4.4.2.3 Geruisloze grensoverschrijdende fusie*

Zoals hiervoor reeds is gesteld, mag de wetgever een gefaciliteerde geruisloze fusie weigeren indien deze is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Simonis<sup>250</sup> merkt hieromtrent terecht op dat verschillen kunnen bestaan tussen lidstaten wat betreft de implementatie en concrete toepassing van de antimisbruikbepaling van art. 11 van de Fusierichtlijn. De Nederlandse wetgever heeft voor de implementatie van art. 11 van de Fusierichtlijn gekozen om vrijwel dezelfde bewoordingen te gebruiken voor art. 14b Wet VpB 1969. Op die manier verzekert de wetgever zich van overeenstemming van art. 14b Wet VpB 1969 met het EU-recht. De taak om deze generale antimisbruikbepaling in te kleuren heeft de wetgever op die manier aan de rechtsprekende macht overgelaten. Hierdoor wordt ingeleverd aan rechtszekerheid, omdat niet onomstotelijk uit de wettekst blijkt wanneer al dan niet sprake is van een misbruiksituatie.

Indien geen sprake is van misbruik, kan de winst buiten aanmerking worden gelaten doordat de vermogensbestanddelen van de verdwijnende rechtspersoon onder algemene titel overgaan op de verkrijgende rechtspersoon.<sup>251</sup> Dit betekent dat de fiscale boekwaarden worden doorgeschoven en de verkrijgende rechtspersoon in de plaats treedt van de verdwijnende rechtspersoon. De gevolgen

---

<sup>248</sup> Simonis, P.H.M. (2007). Grensoverschrijdende juridische fusie, fiscale aspecten. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 126, § 3.

<sup>249</sup> Art. 3.57, eerste lid, Wet VpB juncto art. 8, eerste lid, Wet VpB.

<sup>250</sup> Simonis, P.H.M. (2007). Grensoverschrijdende juridische fusie, fiscale aspecten. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 126, § 5.2.

<sup>251</sup> Art. 14b, lid 1 Wet VpB.

van de geruisloze fusie lijken het meest op de fiscaal gefaciliteerde omzettingen (§ 3.2.2.3) waarbij de omgezette rechtspersoon fiscaal in de plaats treedt van de om te zetten rechtspersoon. Overigens zijn de gevolgen van fiscaal niet-geregelde omzettingen (§ 3.2.2.2) ook vergelijkbaar, behoudens het feit dat de indeplaatstreding-systematiek hier niet wordt gevolgd. Dit is niet nodig omdat geen einde van de subjectieve belastingplicht van de belastingplichtige wordt aangenomen. Toepassing van de doorschuiffaciliteit ex art. 14b, lid 1 Wet VpB 1969 kan enkel doorgang vinden indien voor het bepalen van de winst bij de verdwijnende en verkrijgende rechtspersoon dezelfde bepalingen van toepassing zijn en latere heffing is verzekerd. Tevens heeft geen van beide rechtspersonen aanspraak op:

- ❖ voorwaartse verrekening van verliezen op de voet van art. 20 Wet VpB;
- ❖ vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse resultaten;
- ❖ toepassing van de innovatiebox;
- ❖ toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten;
- ❖ toepassing van de deelnemingsverrekening; en
- ❖ toepassing van de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten.

Bij een grensoverschrijdende fusie kan nimmer sprake zijn van een geruisloze fusie op de voet van het eerste lid, omdat de vennootschappen onder verschillende winstregimes van verschillende lidstaten vallen (dus zijn niet dezelfde bepalingen van toepassing bij het bepalen van de winst). Tevens zou een inspecteur mijns inziens met een hoge succeskans kunnen betogen dat zonder nadere waarborgen de heffing niet gewaarborgd is indien een Nederlandse vennootschap de verdwijnende vennootschap is. Een grensoverschrijdende fusie niet-zijnde ruisend, vindt dus altijd plaats op grond van art. 14b, lid 3 Wet VpB 1969 en de bijbehorende standaardvoorwaarden. Toepassing van lid 3 vindt plaats op basis van de standaardvoorwaarden en op verzoek van zowel de verkrijgende als de verdwijnende vennootschap, bij de inspecteur van de verdwijnende vennootschap.<sup>252</sup> Deze standaardvoorwaarden<sup>253</sup> mogen slechts strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van de belasting die zonder toepassing van lid 3 verschuldigd zou zijn geweest.<sup>254</sup>

Eén van de meest in het oog springende voorwaarde wat betreft grensoverschrijdende fusies is standaardvoorwaarde 1 die verplicht tot een belaste herwaardering van een vermogensbestanddeel wanneer deze verdwijnt of het bereik van de vennootschapsbelasting verlaat als gevolg van de fusie. Dit kan zich bij een grensoverschrijdende fusie voordoen doordat de vermogensbestanddelen geen

---

<sup>252</sup> Besluit van Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/34M, Stcrt. 2015, 3137. Onderdeel 7.1

<sup>253</sup> Besluit juridische fusie, BLKB2015-34,VPBWI,Toepassing art. 14b, derde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

<sup>254</sup> Art. 14b, lid 4 Wet VpB.

onderdeel zijn van een achterblijvende VI in Nederland. Denk bijvoorbeeld aan een aandelenpakket waar geen deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VpB 1969 op van toepassing is die na de juridische fusie niet wordt toegerekend aan de achtergebleven VI in Nederland, maar aan de verkrijgende rechtspersoon in het buitenland. Dat de fusiefaciliteit op dergelijke vermogensbestanddelen niet van toepassing is, is in lijn met de Fusierichtlijn zo betoogt ook Simonis<sup>255</sup>, omdat art. 4, lid 2, sub b van de Fusierichtlijn voorschrijft dat facilitering verplicht is indien de activa en passiva gaan behoren tot een vaste inrichting van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap en bijdragen aan de totstandkoming van de resultaten die in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag. Wanneer de activa en passiva niet in de vorm van een VI achterblijven in Nederland, is de wetgever dus niet verplicht om doorschuiving te faciliteren en dit wordt dus niet gedaan. Echter, *directe* heffing is in deze zin niet proportioneel ter waarborging van de heffing. Dit blijkt uit het arrest National Grid Indus en de infractieprocedure van de EC.<sup>256</sup> Op verzoek van de belastingplichtige kan uitstel van betaling worden verleend op basis van art. 25a IW. Over de vraag of door middel van dit wetsartikel de exitheffingen 'EU-proof' zijn, zijn de meningen verdeeld. Voor een uitgebreide discussie hieromtrent verwijs ik naar het commentaar van Waninge.<sup>257</sup>

Verrekenbare verliezen die nog aanwezig zijn bij de verdwijnende vennootschap, kunnen worden meegegeven aan de verkrijgende vennootschap. Het lijkt wellicht een vreemde constellatie dat een buitenlandse rechtspersoon Nederlandse verrekenbare verliezen bezit, maar deze verrekenbare verliezen zijn alsdan toe te rekenen aan de VI die in Nederland achterblijft. Indien geen VI in Nederland achterblijft, gaan de verliezen in feite verloren aangezien geen Nederlandse winsten meer worden behaald waarmee deze verliezen verrekend kunnen worden. Alsdan zou een ruisende fusie wellicht dit teniet kunnen doen; een partiële geruisloze/ruisende fusie is daarentegen niet mogelijk. Voor de omgekeerde situatie is tot op heden geen wettelijke grond om de buitenlandse verliezen in Nederland te kunnen verrekenen. Dit betreft dus de situatie waarbij de verkrijgende rechtspersoon een Nederlandse (kapitaal)vennootschap is, de verdwijnende rechtspersoon nog verrekenbare verliezen heeft en er geen VI in het buitenland achterblijft. Het HvJ heeft reeds beslist in het arrest Oy A<sup>258</sup> dat lidstaten inderdaad niet verplicht kunnen worden om verliezen van niet-ingezeten dochtervennootschappen te laten verrekenen met winsten van moedervernootschappen. Het is daarentegen wel in strijd met het EU-recht, zo meent het HvJ, om de moedermaatschappij de mogelijkheid te ontzeggen om aan te tonen dat haar niet-ingezeten dochteronderneming *alle*

---

<sup>255</sup> Simonis, P.H.M. (2007). Grensoverschrijdende juridische fusie, fiscale aspecten. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 126, § 5.3.

<sup>256</sup> HvJ 31 januari 2013, zaak C-301/11, V-N 2013/9.9.

<sup>257</sup> Waninge, P. (2015). Art. 25a Invorderingswet 1990 Uitstel van betaling exitheffingen. [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).

<sup>258</sup> HvJ 21 februari 2013, nr. C-123/11 (A Oy), V-N 2013/13.16.

mogelijkheden tot verrekening van dat verlies heeft uitgeput en dat zowel zichzelf als een ander in haar lidstaat geen mogelijkheden meer heeft om het verlies te verrekenen in toekomstige belastingjaren. Ravelli & Rozendal<sup>259</sup> zijn van mening dat mede met de doctrine van het arrest Marks & Spencer<sup>260</sup> tezamen met arrest Oy A geconcludeerd kan worden dat in geval van een grensoverschrijdende fusie Nederland verrekening van *definitieve* verliezen van de niet-ingezeten verdwijnende vennootschap moet toestaan met winsten die samenhangen met de in het kader van de fusie verkregen vermogensbestanddelen. Zij komen tot deze conclusie doordat zij een objectieve vergelijking maken met een zuiver interne en een grensoverschrijdende situatie. Ik deel deze mening en ben het tevens met de auteurs eens dat eenzelfde doctrine kan worden toegepast bij grensoverschrijdende zetelverplaatsingen. Deze vergelijking wordt in het volgende hoofdstuk nader uitgewerkt.

Wat betreft de VpB-plichtige aandeelhouder is doorgaans op het aandelenbelang van de fuserende rechtspersonen de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VpB 1969 van toepassing of art. 13k Wet VpB 1969 die onder voorwaarden doorschuiving van de verkrijgingsprijs regelt.

#### *§ 4.4.3 Resolutie voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen van vennootschappen*

##### *§ 4.4.3.1 Algemeen*

Op 2 februari 2012 heeft het EP een Resolutie<sup>261</sup> aangenomen waarin de EC wordt verzocht<sup>262</sup> om op korte termijn een voorstel in te dienen voor een richtlijn betreffende 'grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels'. Tot op heden heeft de EC evenwel geen voorstel ingediend. Omdat de Resolutie zeer prematuur en algemeen van aard is, wordt hier met een zekere terughoudendheid een conclusie uit getrokken. Naast een groot aantal arresten, resoluties, richtlijnen, mededelingen, verordeningen en artikelen die door het EP als overwegingen worden aangehaald, overweegt het EP het volgende om aan te sturen op een richtlijn:

- misbruik van brievenbusmaatschappijen moet worden voorkomen;
- grensoverschrijdende overdracht van de zetel van een vennootschap dient belastingneutraal plaats te vinden;
- in het belang van het goede functioneren dient de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap hierbij behouden te blijven;

---

<sup>259</sup> Ravelli, A.W. & Rozendal, A. (2013). De 'Marks & Spencer-uitzondering' nog altijd springlevend, *Weekblad Fiscaal Recht*, 844, onderdeel 5.4.1.

<sup>260</sup> HvJ 13 december 2005, C-446/03, (Marks & Spencer II), BNB 2006/72.

<sup>261</sup> Verslag met aanbevelingen aan de Commissie betreffende een Veertiende Richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels, 9 januari 2012 (2011/2046(INI)).

<sup>262</sup> De Resolutie wordt op grond van art. 225 VwEU wordt ingediend, maar de EC is niet verplicht een voorstel in te dienen. Indien zij geen voorstel indient, dient zij hiervoor redenen mede te delen.

- overdracht mag geen gevolgen hebben voor belanghebbenden en hiervoor moeten duidelijke regels gelden; en
- aan het inspraakrecht van werknemers komt een groot belang toe waarvan bij voorkeur een coherente procedure voor bestaat.

Zoals Roelofs<sup>263</sup> ook opmerkt, is de term ‘overdracht van de zetel’ vreemd gekozen. In het vervolg van de Resolutie blijkt echter dat het gaat om een grensoverschrijdende zetelverplaatsing met wijziging van de lex societatis en tevens het behoud van rechtspersoonlijkheid. Wat in het Nederlands recht gelijk is aan de rechtsfiguur grensoverschrijdende omzetting.

#### § 4.4.3.2 Voorstel voor inhoud van de richtlijn

De Resolutie bevat zeven aanbevelingen die volgens het EP in de richtlijn zouden moeten worden opgenomen:

1. **Toepassingsgebied:** De richtlijn moet van toepassing zijn op kapitaalvennootschappen zoals deze zijn opgenomen in art. 2 van de Fusierichtlijn. De vrijheid van vestiging strekt zich verder uit dan slechts tot kapitaalvennootschappen, art. 54 VwEU sluit immers enkel vennootschappen zonder winstoogmerk uit. Dit zou daarentegen niet de eerste richtlijn zijn die als doelstelling heeft om de vestigingsvrijheid in de interne markt te bevorderen, doch slechts van toepassing is op kapitaalvennootschappen.<sup>264</sup> Mijns inziens zou het een grote stap in de juiste richting zijn voor het EU-recht om richtlijnbreed ook andersoortige rechtspersonen/vennootschappen op te nemen. Zeker omdat ondernemingen met winstoogmerk niet louter door middel van kapitaalvennootschappen worden gedreven. Roelofs<sup>265</sup> signaleert in zijn bijdrage dat de Resolutie geen uitsluitel geeft over de omzettingvormen die voor een rechtspersoon mogelijk zijn en voorziet mogelijke problemen indien hieromtrent in het uiteindelijke voorstel geen uitsluitel over wordt gegeven. Als voorbeeld noemt hij een omzetting van een BV-achtige in een NV-achtige waarvoor nadere regelgeving gewenst is door de verschillen tussen deze rechtsvormen. Ik deel de mening van Roelofs dat nadere regelgeving noodzakelijk is, maar ben ervan overtuigd dat dit geen belemmering vormt voor een uiteindelijk voorstel. In de Nederlandse wetgeving zijn immers ook alle omzettingvormen mogelijk.

---

<sup>263</sup> Roelofs, E.R. (2012). Eindelijk op weg naar een EU-Richtlijn betreffende zetelverplaatsing? *Ondernemingsrecht*, 32, § 1.

<sup>264</sup> Zie bijvoorbeeld Eerste Richtlijn 68/151/EEG, PB L 65 van 14 maart 1968; Tweede Richtlijn 77/91/EEG, PB L 26 van 31 januari 1977 Richtlijn 2011/35/EU; PB L 110 van 29 april 2011; Zesde Richtlijn 82/891/EEG, PB L 378 van 31 december 1982.

<sup>265</sup> Roelofs, E.R. (2012). Eindelijk op weg naar een EU-Richtlijn betreffende zetelverplaatsing? *Ondernemingsrecht*, 32, § 3.1.

Tot slot moet de richtlijn volgens het EP een oplossing bieden voor 'de scheiding tussen de statutaire zetel en de bestuurszetel'. Waarschijnlijk wordt hiermee gedoeld op een oplossing voor de verlaging van de effectieve belastingdruk die belastingplichtigen effectueren dankzij de discrepanties in opvattingen en behandelwijzen van verschillende staten ten aanzien van de statutaire zetel en bestuurszetel. De belastingontwijking die hierdoor wordt geëffectueerd wenst het EP waarschijnlijk door nadere regelgeving te kunnen voorkomen. Ondanks dat vaste jurisprudentie van het HvJ<sup>266</sup> en art. 54 VwEU respectievelijk expliciet en impliciet de keuze voor de incorporatieleer of de werkelijke zetelleer aan de lidstaten overlaten, wenst het EP hier blijkbaar iets in te coördineren.

2. De effecten van de overdracht: Een vennootschap dient de mogelijkheid te hebben om naar een lidstaat te migreren en tevens zich om te zetten in een vennootschap waarop het recht van de lidstaat van ontvangst van toepassing is zonder verlies van rechtspersoonlijkheid en zonder te hoeven worden opgeheven. Deze systematiek is vergelijkbaar met de Nederlandse rechtsfiguur omzetting. De overdracht mag er niet toe leiden dat wettelijke, sociale en fiscale bepalingen worden omzeild en mag geen invloed hebben op de juridische banden van de vennootschap met derde partijen. De laatste eis mag naar mijn mening worden genuanceerd in de richtlijn. Indien beide partijen, bijvoorbeeld de vennootschap en de aandeelhouder, geen bezwaar hebben tegen een verandering/wijziging van hun juridische banden, zou dit mijns inziens mogelijk moeten zijn. Tevens moet volgens het EP de overdracht belastingneutraal kunnen plaatsvinden zoals dit is geregeld in de Fusierichtlijn. Dit betekent dus dat een lidstaat zijn belastingclaim mag veilig stellen, maar niet mag overgaan tot acute invordering.

De zeteloverdracht gaat in op de dag van registratie bij de lidstaat van ontvangst en zodoende valt de vennootschap vanaf dat moment onder de wetgeving van die lidstaat. Het is mijns inziens belangrijk dat het kraakhelder is wanneer de overdracht plaatsvindt en dat alle lidstaten hetzelfde, objectief te bepalen moment hanteren. Wanneer dit niet gebeurt, kan een vennootschap in een rechtvacuüm terecht komen of juist tegelijkertijd twee soorten rechtsvormen of 'nationaliteiten' hebben.

3. Procedure voorafgaand aan het overdrachtsbesluit: Het bestuur of de directie dient een rapport en een overdrachtsplan op te stellen die ter beschikking gesteld wordt aan de aandeelhouders en de (vertegenwoordigers van) werknemers met een beschrijving en een motivering van de economische, juridische en sociale aspecten alsmede de gevolgen van de overdracht.

---

<sup>266</sup> Zie bijvoorbeeld Daily Mail, Centros, Uberseering, Inspire Art, Cartesio in de vorige paragrafen.



4. Besluit tot omzetting: De aandeelhoudersvergadering moet goedkeuring geven en kan daarbij de goedkeuring van een werknemersmedezeggenschapsorgaan als voorwaarde stellen. Tevens mogen lidstaten waarborgen stellen die vergelijkbaar zijn met de Fusierichtlijn voor minderheidsaandeelhouders die tegen de overdracht zijn.
5. De wettelijke overdracht: De lidstaat van vertrek verifieert de wettelijkheid van de overdrachtsprocedure overeenkomstig zijn eigen wetgeving en ook de lidstaat van ontvangst verifieert of is voldaan aan de inhoudelijke en formele voorwaarden van de overdracht met inbegrip van de nationale voorwaarden van de oprichting van een vennootschap. Het feit dat lidstaten ook hun nationale wetten mogen doen laten gelden bij de grensoverschrijdende omzetting, bevestigt vaste rechtspraak van het HvJ; een vennootschap ontleent zijn bestaansrecht aan de nationale wet van een lidstaat<sup>267</sup> en daarom is het gerechtvaardigd dat een lidstaat eisen stelt aan het vertrek of de oprichting van een vennootschap.<sup>268</sup>
6. Beschermende maatregelen: Deze aanbeveling is bedoeld om te voorkomen dat een vennootschap onder een sociale/juridische/economische verplichting uitkomt door middel van een grensoverschrijdende overdracht. Een overdracht is derhalve niet toegestaan indien een vennootschap waartegen een procedure voor ontbinding, liquidatie, insolventie of surseance van betalingen of andere soortgelijke procedures zijn gestart.
7. Werknemersrechten: De werknemerszeggenschap moet volgens het EP voor en na de overdracht van hetzelfde niveau zijn. Oplossingen voor problemen die zich hieromtrent kunnen voordoen worden niet geboden. Ik ben dezelfde mening als Roelofs toegedaan dat voor de werknemerszeggenschap de richtlijn<sup>269</sup> van de SE gevolgd kan worden. Bij de totstandkoming van de Verordening SE bleek reeds dat lidstaten zeer uiteenlopende denkwijzen hebben over werknemerszeggenschap, wat destijds het proces heeft vertraagd. Ten behoeve van de snelheid is het daarom wijs eenzelfde insteek te hanteren en wederom hiervoor een aparte richtlijn op te stellen.

Opvallend is dat het EP weliswaar aangeeft dat de overdracht van de zetel belastingneutraal dient te verlopen, maar dat zij geen inzicht geeft op welke wijze die fiscale inkleding dan zou moeten plaatsvinden. Daarnaast wordt geen enkel woord gewijd aan hoe moet worden omgegaan met subjectgebonden aanspraken, zoals een verliesverrekeningspotentieel. Vermoedelijk heeft zij dit willen overlaten aan de EC of de lidstaten zelf.

---

<sup>267</sup> Ro. 80 & 81 van het HvJ inzake *Uberseering*.

<sup>268</sup> Zie ook *Daily Mail* en *Cartesio*.

<sup>269</sup> Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 10 november 2001, PbEG 2001, L 294.

#### § 4.5 Conclusie

Bij de totstandkoming van regelgeving zijn de dwingendrechtelijke bepalingen van het EU-recht noodzakelijk voor de wetgever om mee te nemen in de ontwerpfase om een wet tot stand te laten komen die EU-proof is. Voor grensoverschrijdende omzettingen betekent dit dat de vestigingsvrijheid geëerbiedigd dient te worden. De nationale wetgever is daarbij vrij om de incorporatieleer, dan wel de reële zetelleer aan te hangen. Bij de incorporatieleer, die door Nederland wordt gehanteerd, is de vennootschap steeds onderworpen aan het recht van de staat waar zij is opgericht of haar statutaire zetel heeft. Bij de reële zetelleer is de vennootschap onderworpen aan het recht van de staat waar zij haar hoofdbestuur of feitelijke leiding heeft. De keuze voor één van beide lereren wordt geëerbiedigd door het EU-recht.

Uit de jurisprudentie van het HvJ die betrekking heeft op zetelverplaatsingen is de volgende systematiek te destilleren:

- Het is vaste rechtspraak dat een vennootschap enkel bestaat krachtens (nationale) wetgeving en daarom mag een lidstaat voorwaarden verbinden aan de oprichting, het bestaan en de liquidatie van een vennootschap waaronder tevens de plaats van zetel van die vennootschap.
- Dit neemt echter niet weg dat de nationale wetgeving inzake vennootschappen immuun is voor de vestigingsvrijheid. Indien een vennootschap haar zetel en tevens het toepasselijk recht wil veranderen naar het recht van een andere lidstaat, mag de lidstaat van vertrek dit niet belemmeren; althans voor zover het recht van de lidstaat van ontvangst dit toestaat.
- De lidstaat van ontvangst heeft in die mate de vrijheid om een inbound omzetting te weigeren voor zover zij de organisatiefaciliteit *niet* in haar nationale recht kent *of* niet is voldaan aan de voorwaarden. Anderszins is het ook de lidstaat van ontvangst geboden een omzetting toe te staan.

De SE is een supranationale rechtsvorm die deels wordt beheerst door de Verordening SE en deels door het recht wat van toepassing is op een NV van een lidstaat. Het doel van de Verordening SE is het creëren van een structuur die het functioneren van bedrijven die hun activiteiten willen uitbreiden in de EU vergemakkelijkt. Een SE kan worden opgericht door middel van:

1. oprichting via een fusie waarbij de SE nieuw wordt opgericht;
2. oprichting van een holdingvennootschap in de vorm van een SE;
3. oprichting van een dochtervennootschap in de vorm van een SE; of
4. omzetting van een bestaande NV in een SE.

Door gebruikmaking van de SE kan een vennootschap/rechtspersoon zich reeds met een omweg grensoverschrijdend omzetten. De fiscale behandeling van de SE is gelijk aan de NV. Door het ambivalente karakter van de SE heeft de wetgever het nodig geacht een extra volzin te wijden aan

de SE in art. 2, lid 4 Wet VpB. Door gebruikmaking van een SE kan een Nederlandse vennootschap zich met een omweg grensoverschrijdend omzetten. Wanneer een Nederlandse SE wordt omgezet naar een buitenlandse SE vindt een (partiële) eindafrekening plaats op grond van art. 15c of 15d Wet VpB. Uit de regeling van de Fusierichtlijn en het arrest National Grid Indus blijkt dat het voor een lidstaat geoorloofd is om zijn fiscale claim veilig te stellen, maar dat zij acute invordering niet mag verplichten. Dit heeft de wetgever geprobeerd te ondervangen door middel van art. 25a IW. Verdere fiscale regelgeving aangaande een grensoverschrijdende omzetting van een SE is non-existent, maar zou wenselijk zijn.

Door middel van een grensoverschrijdende fusie kan een soortgelijk resultaat als een grensoverschrijdende omzetting worden bereikt.

Een grensoverschrijdende fusie wordt als hoofdregel fiscaal gefaciliteerd op grond van art. 14b Wet VpB, tenzij de belastingplichtige hierom verzoekt of niet voldoet aan de eisen van een geruisloze fusie. Fiscaal gefaciliteerd betekent dat de verkrijgende rechtspersoon met betrekking tot al hetgeen in het kader van de fusie is verkregen in de plaats treedt van de verdwijnende rechtspersoon. Bij een ruisende fusie wordt de verdwijnende vennootschap geacht haar gehele vermogen te hebben overgedragen aan de verkrijgende vennootschap en tevens wordt ze geacht ten tijde van de fusie te hebben opgehouden in Nederland winst uit onderneming te genieten. Indien de belastingplichtige niet voldoet aan de eisen van de hoofdregel en geen sprake is van misbruik, kan een geruisloze fusie op verzoek plaatsvinden waarbij de winst buiten aanmerking wordt gelaten doordat de vermogensbestanddelen van de verdwijnende rechtspersoon onder algemene titel overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. Dit betekent dat de fiscale boekwaarden worden doorgeschoven en de verkrijgende rechtspersoon in de plaats treedt van de verdwijnende rechtspersoon.

Eén van de meest in het oog springende voorwaarde wat betreft grensoverschrijdende fusies is standaardvoorwaarde 1 die verplicht tot een belaste herwaardering van een vermogensbestanddeel wanneer deze verdwijnt of het bereik van de vennootschapsbelasting verlaat als gevolg van de fusie. Op basis van de Fusierichtlijn is facilitering niet verplicht wanneer de activa en passiva niet in de vorm van een VI achterblijven in Nederland. Dit wordt dan ook niet gedaan, de (partiele) eindafrekening van art. 15c/15d Wet VpB 1969 en art. 25a IW treden in werking.

Het EP heeft een Resolutie uitgevaardigd waarin het de EC gebiedt een richtlijn te ontwerpen voor grensoverschrijdende omzettingen van (kapitaal)vennootschappen. Eén van de overwegingen van het EP die wordt aangedragen is dat grensoverschrijdende overdracht van de zetel van een vennootschap belastingneutraal dient plaats te vinden. Tevens wilt het EP discrepanties tussen de administratieve en statutaire zetel opheffen. Net als bij een zuivere Nederlandse nationale omzetting moet de rechtspersoonlijkheid behouden blijven. Opvallend is dat ondanks dat het EP van

mening is dat een grensoverschrijdende omzetting belastingneutraal zou moeten plaatsvinden, het hiervoor geen enkel handvat geeft in de Resolutie.

## Fiscaalrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende omzettingen volgens het Voorontwerp

### § 5.1 Inleiding

Zoals in de inleiding van deze scriptie reeds is aangegeven, is de publicatie van het Voorontwerp waarin een wettelijk kader wordt voorgesteld voor grensoverschrijdende omzettingen de aanleiding van dit onderzoek. De jurisprudentie van het HvJ heeft een directe en supranationale werking, waardoor een rechtspersoon ook zonder een nationaal wettelijk kader zich grensoverschrijdend zou kunnen omzetten door een beroep te doen op het EU-recht. De wetgever heeft die jurisprudentie aangegrepen om het Voorontwerp te publiceren. Ondanks dat het Voorontwerp slechts een concept betreft, is het opmerkelijk dat geen enkele aandacht is besteed aan de fiscale gevolgen van grensoverschrijdende omzettingen. De wetgever lijkt de rechtsfiguur omzetting als ondergeschoven kindje te behandelen. Het misstaat derhalve niet om in dit stadium van het wetgevingsproces in kaart te brengen wat de fiscale gevolgen van een grensoverschrijdende omzetting zijn. In dit hoofdstuk wordt allereerst onderzocht hoe de wetgever de civielrechtelijke aspecten in het Voorontwerp heeft vormgegeven. Vervolgens worden de fiscale gevolgen en aspecten van respectievelijk een outbound en een inbound grensoverschrijdende omzetting onderzocht. Deze bevindingen worden tegen het licht van het EU-recht gehouden. In dit kader wordt onderzocht of sprake is van strijdigheid met het EU-recht en hoe dit zou kunnen worden hersteld. Tevens wordt het Voorontwerp getoetst aan de overige toetsingscriteria van § 1.5: inpasbaarheid in het internationaal belastingrecht, effectiviteit en uitvoerbaarheid.

### § 5.2 Omzettingen in het Voorontwerp

#### § 5.2.1 Binnenlandse omzettingen in het Voorontwerp

In het Voorontwerp heeft de wetgever besloten om alle bepalingen van Boek 2 BW aangaande omzettingen van rechtspersonen, tezamen met grensoverschrijdende omzettingen, samen te voegen in Boek 7A BW. Zij heeft ten behoeve van het overzicht hiertoe besloten omdat thans de bepalingen voor omzettingen voor rechtspersonen versnipperd zijn over Boek 2 BW. Hiermee heeft de wetgever echter geen inhoudelijke wijziging beoogd.<sup>270</sup> Dit betekent dat afdelingen 1 & 2 van het Voorontwerp (artikelen 334jj t/m 334mm) in dit hoofdstuk niet worden besproken, omdat deze identiek zijn aan de artikelen die thans binnenlandse omzettingen regelen die besproken zijn in hoofdstuk 2. De zuiver redactionele samenvoeging van de wetsartikelen van het rechtsfiguur omzetting in nationaal verband voor alle rechtspersonen in Boek 7A BW schakelt de werking van art.

---

<sup>270</sup> Memorie van Toelichting bij internetconsultatie 'grensoverschrijdende omzetting', 21 januari 2014, p. 8.

28a Wet VpB 1969 uit indien dit wetsartikel ongewijzigd blijft. Dit wetsartikel verwijst immers naar art. 2:18 BW. Dit dwingt dus de wetgever ertoe art. 28a Wet VpB 1969 te wijzigen indien zij nog enige betekenis aan dit artikel wilt toedichten indien het Voorontwerp wordt omgezet in wetgeving. Tot slot heeft de wetgever in het Voorontwerp er bewust voor gekozen om de bepalingen (afdelingen 1 en 2) voor zuiver nationale omzettingen strikt te scheiden van de bepalingen voor grensoverschrijdende omzettingen (afdeling 3) teneinde mogelijke verwarring over de verhoudingen tussen de afdelingen te elimineren.<sup>271</sup>

#### § 5.2.2 Grensoverschrijdende omzettingen in het Voorontwerp

Een grensoverschrijdende omzetting verschilt in de kern niet van een zuiver binnenlandse omzetting ex art. 2:18 BW<sup>272</sup>, behoudens het feit dat bij een grensoverschrijdende omzetting de *lex societatis* ofwel het rechtskleed van de rechtspersoon ingrijpender verandert. Net als bij binnenlandse omzettingen volgens art. 2:18 BW betekent verandering van de *lex societatis* niet het einde van het bestaan van de rechtspersoon.<sup>273</sup> Naast de gelijkheid die hiermee geschept wordt ten aanzien van zuiver nationale omzettingen is volgens het EP het behoud van de rechtspersoonlijkheid van belang voor het goed functioneren van een regeling voor grensoverschrijdende omzettingen (zie § 4.4.3.1). Tevens is het vrijwillige karakter een kenmerk van de grensoverschrijdende omzetting zoals overeenkomstig het geval is bij de binnenlandse omzetting.<sup>274</sup>

Het Voorontwerp omvat een regeling voor omzettingen van Nederlandse kapitaalvennootschappen van of naar een kapitaalvennootschap van een andere lidstaat.<sup>275</sup> De motivering die de wetgever aanvoert om de grensoverschrijdende omzettingsregeling slechts toegankelijk te maken voor kapitaalvennootschappen is de Europese harmonisatie ten aanzien van dat type vennootschap. Een uitgebreide behandeling van deze keuze komt aan bod in § 5.3 waarin wordt onderzocht in hoeverre het Voorontwerp conform het EU-recht is. De buitenlandse rechtsvormen waarop het Voorontwerp van toepassing is, wordt bepaald door de kwalificatie 'kapitaalvennootschap'. Het recht van de lidstaat waarnaar de statutaire zetel wordt verplaatst, bepaalt welke rechtsvorm in die lidstaat kwalificeert als kapitaalvennootschap.<sup>276</sup> Anders gezegd, de lidstaat van ontvangst bepaalt welke rechtspersonen kwalificeren als kapitaalvennootschap. De lidstaat van vertrekt bepaalt daarentegen

---

<sup>271</sup> Memorie van Toelichting bij internetconsultatie 'grensoverschrijdende omzetting', 21 januari 2014, p. 8.

<sup>272</sup> Deze stellingname is ontleend aan: Roelofs, E.R. (2014). Ontwikkelingen op het terrein van grensoverschrijdende omzetting. *Juridische Berichten voor het Notariaat*, 9.

<sup>273</sup> Art. 334nn, lid 2 Voorontwerp.

<sup>274</sup> Zie art. 334pp, lid 1 Voorontwerp.

<sup>275</sup> Of lidstaat van de EER of naar het recht van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius of Saba. In het vervolg van deze scriptie worden ook deze rechtspersonen en lichamen bedoeld wanneer wordt gesproken over een omzetting van en naar een rechtspersoon van een lidstaat.

<sup>276</sup> Memorie van Toelichting bij internetconsultatie 'grensoverschrijdende omzetting', 21 januari 2014, p. 9.

ook welke rechtsvorm onder zijn wetgeving kwalificeert als kapitaalvennootschap die voor een grensoverschrijdende omzetting in aanmerking komt.<sup>277</sup> Dit resulteert in een systeem waarbij een grensoverschrijdende omzetting enkel kan plaatsvinden wanneer zowel de vertrekstaat en de aankomststaat respectievelijk de om te zetten en omgezette rechtsvorm als kapitaalvennootschap kwalificeren.

Tevens is in het Voorontwerp opgenomen dat een outbound grensoverschrijdende omzetting niet mogelijk wanneer<sup>278</sup>:

- ten aanzien van de rechtspersoon een insolventieprocedure is geopend in de zin van Verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures;
- de rechtspersoon ontbonden is en reeds uit hoofde van vereffening een uitkering is gedaan;
- de rechtspersoon in staat van faillissement of surséance van betaling verkeert;
- de minister van Veiligheid en Justitie of De Nederlandsche Bank NV zich daartegen verzet met een beroep op redenen van algemeen belang<sup>279</sup>; of
- de rechtspersoon beklemd vermogen bezit zoals bedoeld in het huidige art. 2:18, lid 6 BW.

Dit beklemd vermogen wordt bezeten door een omgezette kapitaalvennootschap die voorheen de rechtsvorm stichting bezat (zie hoofdstuk 2). Deze bepaling voorkomt dat een kapitaalvennootschap alsnog dit vermogen kan 'ontklemmen' door zich om te zetten in een buitenlandse rechtsvorm.

Andere omwegen voor vennootschappen die zich niet grensoverschrijdend kunnen omzetten volgens het Voorontwerp worden niet door de wetgever belemmerd. Wanneer een coöperatie zich wenst om te zetten in een buitenlandse kapitaalvennootschap, kan deze dit effectueren door zich allereerst om te zetten in een Nederlandse kapitaalvennootschap en zich vervolgens om te zetten in de gewenste buitenlandse kapitaalvennootschap. De omgekeerde route is ook mogelijk. De reden dat de wetgever andere omzettingvormen dan kapitaalvennootschappen niet regelt is vanwege de onvoorspelbaarheid van de gevolgen hiervan.<sup>280</sup> Hij wilt deze dus niet per sé verbieden, maar vindt het te prematuur om dit wettelijk mogelijk te maken vanwege de onvoorspelbare rechtsgevolgen. Dat betekent dus dat met de hiervoor beschreven omweg de rechtsgevolgen worden 'opgeknipt' op nationaal en internationaal niveau.

Een inbound grensoverschrijdende omzetting door een buitenlandse kapitaalvennootschap is niet mogelijk indien, net als bij een outbound grensoverschrijdende omzetting, de om te zetten

---

<sup>277</sup> Ibid.

<sup>278</sup> Art. 334oo Voorontwerp.

<sup>279</sup> Art. 334rr Voorontwerp.

<sup>280</sup> Memorie van Toelichting bij internetconsultatie 'grensoverschrijdende omzetting', 21 januari 2014, p. 9.

kapitaalvennootschap is betrokken in een insolventieprocedure in de zin van Verordening (EG) nr. 1346/2000.<sup>281</sup>

### Procedure

Op het moment dat een vennootschap, om welke reden dan ook, zich grensoverschrijdend wenst om te zetten, dient het bestuur een voorstel tot grensoverschrijdende omzetting op te stellen.<sup>282</sup> In dit voorstel staat vermeld:

- i) de rechtsvorm, naam en statutaire zetel na omzetting;
- ii) de statuten van de vennootschap na omzetting;
- iii) een regeling met betrekking tot medezeggenschap van werknemers indien van toepassing;
- iv) de prijs die de vennootschap betaalt voor de overneming van aandelen van aandeelhouders die tegen de omzetting stemmen inclusief cijfermatige onderbouwing.<sup>283</sup>

In een schriftelijke toelichting worden de redenen van de omzetting uiteengezet alsmede de verwachte gevolgen voor de werkzaamheden en een toelichting vanuit juridisch, economisch en sociaal oogpunt.<sup>284</sup> Uit de MvT blijkt dat dit vergelijkbaar is met de bestaande regels voor een (grensoverschrijdende) fusie en dat deze bepaling vooral dient ten behoeve van de belangen van de aandeelhouders. Een toelichting is immers niet nodig wanneer op de voet van art. 344pp, lid 3 Voorontwerp de aandeelhouders van de om te zetten vennootschap daarmee instemmen. Het verslag is dus expliciet *niet* bedoeld voor de Minister om een omzetting al dan niet toe te laten.

Nadat een voorstel tot grensoverschrijdende omzetting is opgemaakt door het bestuur van de vennootschap, kan ex art. 334tt Voorontwerp na twee maanden na de aankondiging het besluit tot grensoverschrijdende omzetting worden genomen. Hierbij is een meerderheid van ten minste twee derde van de uitgebrachte stemmen ten faveure van de omzetting vereist.

De grensoverschrijdende omzetting is van kracht op de datum bepaald door het land waar de statutaire zetel wordt gevestigd. Door dit aanknopingspunt te hanteren, wordt getracht discrepanties tussen de verschillende benaderingen van lidstaten betreffende het van kracht zijn van de omzetting weg te nemen. Een voorwaarde voor deze behandelwijze is dat het land van aankomst niet teruggrijpt naar de benadering van het land van vertrek voor de datum van de omzetting.

---

<sup>281</sup> Art. 334oo, lid 2 Voorontwerp.

<sup>282</sup> Art. 344pp, lid 1 Voorontwerp.

<sup>283</sup> Art. 344pp, lid 2 Voorontwerp.

<sup>284</sup> Art. 344pp, lid 3 Voorontwerp.



Alsdan kijken de landen naar elkaar en zou de vennootschap alsnog in het duister tasten wat betreft de omzettingsdatum. Ik zou daarom een extra volzin voorstellen van art. 344vv, lid 2 Voorontwerp: *“Indien de datum waarop de grensoverschrijdende omzetting van kracht is niet door het land waar de statutaire zetel wordt gevestigd wordt bepaald, dan geldt als datum van omzetting deze zoals is bepaald in lid 3 van art. 344ww.”*

Op die manier wordt iedere onduidelijkheid wat betreft de omzettingsdatum geëlimineerd wanneer de hoofdregel niet toegepast kan worden. Tevens is de wet alsdan bestand tegen toekomstige wijzigingen in de wetgeving van andere lidstaten.

Wanneer sprake is van een inbound grensoverschrijdende omzetting, is de omzetting van kracht op eenzelfde moment als bij een nationale omzetting of grensoverschrijdende fusie ( art. 2:331 BW): op de dag na de dag waarop de akte is verleden.<sup>285</sup> Hiermee creëert de wetgever eenvormigheid van verschillende herstructureringsmogelijkheden. Wederom bestaat een kans op een discrepantie tussen de datum waarop de lidstaat van vertrek en de lidstaat van aankomst de omzetting als van kracht beschouwen. Wanneer bij het omzettingsmoment van een inboundomzetting een discrepantie bestaat, is dat veroorzaakt doordat de lidstaat van vertrek een ander aanknopingspunt hanteert. In dat geval ben ik van mening dat Nederland in overleg moet treden met die lidstaat om een één objectief te hanteren omzettingsmoment te bepalen.

## § 5.3 Fiscale gevolgen grensoverschrijdende omzetting

### § 5.3.1 Outbound

#### § 5.3.1.1 Vestigingsplaatsfictie

Ingeval sprake is van een outbound grensoverschrijdende omzetting, doet zich de vraag voor welke rol de vestigingsplaatsfictie van art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 speelt na omzetting van de vennootschap. Deze vraag is reeds kort aan de orde gekomen in § 4.4.1.4 van het vorige hoofdstuk omtrent de grensoverschrijdende omzetting van een SE. Art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 luidt als volgt:

*“Heeft de oprichting van een lichaam plaatsgevonden naar Nederlands recht, dan wordt voor de toepassing van deze wet, ... , het lichaam steeds geacht in Nederland te zijn gevestigd. (...)”*

Dit betekent dat een lichaam dat naar Nederlands recht is opgericht, voor de Wet VpB 1969 altijd wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd en dus binnenlands belastingplichtig is.

De wetgever heeft met enige weerwil de vestigingsplaatsfictie tot stand laten komen. De fictie zou te verstrekkend zijn, zeker met het oog op het situsbeginsel en het domiciliebeginsel aan de hand waarvan Nederland zijn belastingsoevereiniteit afbakt.<sup>286</sup> Bij de tweede nota van wijziging<sup>287</sup>

---

<sup>285</sup> Art. 334ww, lid 3 Voorontwerp.

<sup>286</sup> Memorie van antwoord, Kamerstukken II, 1959-60, 6000, nr. 9, p. 7.

kwam, ondanks de aangedragen bezwaren, alsnog de vestigingsfictie de wet binnenwandelen. De reden hiertoe was allereerst dat de Wet DB 1965 eenzelfde fictie kende en mede met het oog op de daarvoor getroffen voorzieningen was eenzelfde fictie in de Wet VpB 1969 wenselijk. Daarnaast waren ook de (her)invoeringen van Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen<sup>288</sup> en de Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid van rechtspersonen en instellingen<sup>289</sup> redenen voor de invoering van de oprichtingsfictie. De wetgever achtte het onwenselijk dat een naar Nederlands recht opgericht lichaam bij verplaatsing van haar statutaire zetel in die bijzondere omstandigheden zou moeten afrekenen over haar fiscale reserves ingevolge art. 16 Wet IB 1964.<sup>290</sup> Deze reden is later onjuist gebleken doordat de HR<sup>291</sup> oordeelde dat de belastbaarheid van een belastingplichtige moet worden beoordeeld op basis van de belastingverdragen die van toepassing zijn en niet alleen door de nationale wet. In het onderhavige arrest betrof het een Nederlandse BV die uitsluitend bestond uit een VI in België. De BV verplaatste haar feitelijke leiding naar België en zodoende was de inspecteur van oordeel dat de BV ophield Nederlandse winst te genieten en dat art. 16 Wet IB 1964 toepast diende te worden. De HR stelde de inspecteur in haar gelijk en stelde dat de belastbaarheid van de belastingplichtige op basis van de nationale wet én de belastingovereenkomst met België moest worden beoordeeld. Art. 16 Wet IB 1964 was derhalve terecht toegepast en art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 deed daar niets aan af.

De vestigingsplaatsfictie is van toepassing op de gehele Wet VpB 1969 behoudens voor de toepassing van artikelen die betrekking hebben op de juridische splitsing en fusie<sup>292</sup>, de deelnemingsvrijstelling<sup>293</sup>, de fiscale eenheid<sup>294</sup> en het buitenlands aanmerkelijk belang.<sup>295</sup> Bij deze regelingen, uitgezonderd het buitenlands aanmerkelijk belang, achtte de wetgever het onwenselijk de fictie in stand te laten<sup>296</sup> omdat dan het toepassingsbereik van deze regelingen verder zou strekken dan zou zijn bedoeld. Anders gezegd, vennootschappen met hun feitelijke leiding buiten Nederland zouden zich dan kunnen beroepen op (een van) die regelingen. Het feit dat de wetgever de toepassing van de vestigingsplaatsfictie voor sommige regelingen uitschakelt, getuigt naar mijn mening dat de vestigingsplaatsfictie, welke geënt is op het nationaliteitsbeginsel, niet past binnen de Nederlandse belastingwetgeving die aanhaakt bij het situs- en domiciliebeginsel. Een samenloop van

---

<sup>287</sup> Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II, 1959-60, 6000, nr. 17, p. 9.

<sup>288</sup> Stb. 1967, 161.

<sup>289</sup> Stb. maart 1967, 162.

<sup>290</sup> Nadere MvA, Kamerstukken II 1968-69, 6000, nr. 22, p. 33.

<sup>291</sup> HR 27 augustus 1997, nr. 32 333, BNB 1998/50.

<sup>292</sup> Art. 14a en 14b Wet VPB.

<sup>293</sup> Art. 13 – 13d en 13i – 13k Wet VpB.

<sup>294</sup> Art. 15 en 15a Wet VpB.

<sup>295</sup> Art. 17, lid 3, sub b Wet VpB.

<sup>296</sup> Toegelicht in respectievelijk: Wet van 11 mei 2000 tot vaststelling van de IW IB 2001, Stb. 2000, 216; Kamerstukken, 27 209, nr. 2; Kamerstukken, 26 854, nr. 3, p. 12.

de vestigingsplaatsfictie, het nationaliteitsbeginsel, en het domiciliebeginsel heeft zich bijvoorbeeld voorgedaan in een arrest<sup>297</sup> van de HR waarbij het een Nederlandse moeder- en dochtermaatschappij betrof die in een fiscale eenheid waren gevoegd. De dochtervennootschap, een BV, was voor het verdrag Nederland-Ierland inwoner van Ierland en wenste haar verliezen die voortvloeide uit de onderneming in Ierland te verrekenen met de Nederlandse winsten van de moedermaatschappij in de fiscale eenheid. De HR oordeelde dat de BV weliswaar ingevolge art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt, doch is het daardoor niet geoorloofd dat winsten, en dus ook verliezen, die op basis van een belastingverdrag louter door de andere mogelijkheid worden belast in de Nederlandse winstberekening in aanmerking worden genomen. Net zoals het hiervoor besproken arrest met de VI in België geldt ook hier dat de woonplaatsbepaling van een belastingverdrag prevaleert boven de vestigingsplaatsfictie.

Voor de regeling die betrekking heeft op het buitenlands aanmerkelijk belang is de fictie uitgeschakeld uit angst voor strijdigheid met het EU-recht van die bepaling, omdat het buitenlands aanmerkelijk belang-regime anders niet van toepassing zou zijn op een naar Nederlands recht opgericht lichaam die in exact dezelfde situatie verkeert als een naar buitenlands recht opgericht lichaam.<sup>298</sup> Voor alle overige bepalingen van de Wet VpB 1969 betekent dit dat de plaats van feitelijke leiding ingevolge art. 4, lid 1 AWR geen rol speelt bij de bepaling van de binnenlandse of buitenlandse belastingplicht van een naar Nederlands recht opgericht lichaam. Hiermee is art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 één van de weinige artikelen in de Nederlandse belastingwetgeving die zuiver is geënt op het nationaliteitsbeginsel.<sup>299</sup>

Jaren na de invoering van de oprichtingsfictie draagt de wetgever de oprichtingsfictie een warm hart toe, zo blijkt uit zijn halsstarrige houding ten aanzien van de instandhouding van de fictie bij de SE.<sup>300</sup> De Staatssecretaris meent dat de oprichtingsfictie mede als doel heeft het Nederlandse heffingsbelang te waarborgen. In dit verband wil ik wijzen op de woorden van de Staatssecretaris ten tijde van de **invoering** van de vestigingsplaatsfictie<sup>301</sup>:

*“Zou echter een naar Nederlands recht opgericht lichaam voor het overige geen enkele persoonlijke of zakelijke band met Nederland meer bezitten, dan zouden de ondergetekenden het minder juist achten op grond van een formele toepassing van het nationaliteitsbeginsel tot het scheppen van een onbeperkte belastingplicht voor de Nederlandse vennootschapsbelasting over te gaan.”*

---

<sup>297</sup> HR 17 februari 1993, nr. 28 260, BNB 1994/163.

<sup>298</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 93 & Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 11, p. 4.

<sup>299</sup> Streek, J.L. (2015). *Cursus Belastingrecht, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer. Onderdeel 1.0.2.c1.i.

<sup>300</sup> Zie bijvoorbeeld Wijziging van enkele belastingwetten c.a. (Overige fiscale maatregelen 2004), Kamerstukken II, 2003-04, 29 035, nr. 6, onderdeel 3.

<sup>301</sup> Memorie van antwoord, Kamerstukken II, 1959-60, 6000, nr. 9, p. 7.

Welk heffingsbelang dient te worden gewaarborgd wanneer een vennootschap geen enkele persoonlijke of zakelijke band met Nederland heeft? En welk heffingsbelang waarborgt de fictie die niet reeds wordt ondervangen door het domicilie- of nationaliteitsbeginsel, wanneer terdege een persoonlijke of zakelijke band met Nederland bestaat? Bij de beantwoording van deze vragen kom ik tot de conclusie dat de vestigingsplaatsfictie geen **heffingsbelang** waarborgt. Ik vermoed echter dat de Staatssecretaris met ‘heffingsbelang’ doelde op een andere, zeer welkome functie van de fictie voor de fiscus in grensoverschrijdende situaties.<sup>302</sup> Door de vestigingsfictie blijft een naar Nederlands recht opgericht lichaam binnenlands belastingplichtig en moet het lichaam aldus blijven voldoen aan haar **aangifteverplichting**, zo oordeelde de HR.<sup>303</sup> Doet zij dit niet, dan kan dit leiden tot omkering van de bewijslast ingevolge art. 27e AWR. Hierdoor houdt de fiscus op eenvoudige wijze controle op vennootschappen die hun feitelijke leiding naar het buitenland hebben verplaatst.

Bij gebrek aan jurisprudentie en een eenduidig en helder toegelicht standpunt van de wetgever, is de letterlijke tekst van art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 mijns inziens de belangrijkste pijler om de werking van de oprichtingsfictie bij grensoverschrijdende omzettingen volledig te begrijpen. Het gebrek aan een eenduidige en constante bedoeling van de wetgever wordt door Bellingwout<sup>304</sup> onderkend en ook hij meent dat bij onvoldoende houvast niet van de letterlijke tekst van een wet kan worden afgeweken.<sup>305</sup> Daarom wil ik verder inzoomen op de zinsnede *“heeft de oprichting van een lichaam plaatsgevonden naar Nederlands recht (...)”*. De woordcombinatie *‘heeft plaatsgevonden’* speelt een centrale rol en heeft de identiteit van een werkwoord in voltooid tegenwoordige tijd. Dit betekent dat wordt gerefereerd naar een tijdstip in het verleden, waarvan de handeling is voltooid en niet voortduurt tot het heden. Als we uitgaan van de grammaticale benadering van de wettekst, moet aldus worden geconcludeerd dat de kwalificatie ‘oprichting naar Nederlands recht’ volgt uit een handeling uit het verleden. Voor de kwalificatie wordt hierbij aanknoopt en al het andere wat in de toekomst plaatsvindt wordt dus genegeerd; zodoende blijft deze kwalificatie tot in den eeuwigheid aan dat lichaam kleven.

De volgende term die een rol speelt bij de interpretatie van de wettekst is het begrip ‘lichaam’. De oprichting van **het lichaam** moet immers plaats hebben gevonden naar Nederlands recht. Doordat de wetgever gebruik maakt van het begrip lichaam en niet van rechtspersoon of vennootschap, kan worden geconcludeerd dat in de Wet VpB 1969 deze verschillende begrippen derhalve verschillende

---

<sup>302</sup> In dit verband wordt met ‘grensoverschrijdend’ ook buiten de EU-grenzen bedoeld.

<sup>303</sup> Zie in dit verband ook HR 26 augustus 1998, nr. 33 687, BNB 1998/350.

<sup>304</sup> Bellingwout, J.W. (1996). *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*. Deventer: Kluwer. p. 254.

<sup>305</sup> Hier betrof het de letterlijke tekst van art. 16 Wet op de Inkomstenbelasting 1964.

betekenissen hebben. Het feit dat bij de grensoverschrijdende omzetting van een rechtspersoon het bestaan van de rechtspersoon niet wordt beëindigd, betekent dus niet dat het bestaan van dat lichaam niet kan worden beëindigd. Of anders gezegd, dit betekent niet dat er na omzetting geen sprake kan zijn van een ander lichaam; het zijn immers andere begrippen. Laat ik allereerst voorop stellen dat de wetgever bij een nationale omzetting er vanuit gaat dat sprake is van hetzelfde lichaam. Dit blijkt uit het feit dat art. 28a Wet VpB 1969 niets regelt ten aanzien van omzettingen van een BV in een NV en omgekeerd en omzettingen van een stichting in een vereniging en omgekeerd. De wetgever gaat er vanuit dat geen einde komt aan de subjectieve belastingplicht (zie ook § 3.2.2.3).<sup>306</sup> Hij merkt op: *“Nu, (...) de identiteit van de rechtspersoon door omzetting van een naamloze vennootschap in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid niet verandert, blijft de subjectieve belastingplicht voor de vennootschapsbelasting zonder meer doorlopen.”*

Indien sprake zou zijn van twee verschillende lichamen, zou dat betekenen dat sprake is van twee verschillende subjecten ex art. 1 Wet VpB 1969 en dus ook het einde van de subjectieve belastingplicht. Aangezien geen einde van de subjectieve belastingplicht wordt verondersteld, kan via de omgekeerde weg geconcludeerd worden dat ook geen sprake is van twee verschillende lichamen. Echter, omdat het bestaan van een vennootschap zelf in wezen afhangt van het recht van een staat, zoals door het HvJ<sup>307</sup> meermaals is aangehaald, is deze denkwijze mijns inziens niet rechtstreeks door te trekken naar grensoverschrijdende omzettingen.

Om te achterhalen hoe de invulling van het begrip lichaam in internationaal verband uitwerkt, start ik bij art. 1 Wet VpB 1969 waar de subjectieve belastingplicht wordt geregeld. Hierin staat dat vennootschapsbelasting wordt geheven van de lichamen vermeld in art. 2 en 3 Wet VpB 1969. In de MvT<sup>308</sup> van dit artikel staat als toelichting op het begrip lichaam: *“Het in dit artikel gebezigde woord „lichamen” dient hier als verzamelbegrip voor alle belastingplichtigen van de vennootschapsbelasting.”*

Zoals Van de Streek<sup>309</sup> het mooi vertaalt is het begrip lichaam bedoeld als *een verzamelbegrip voor die maatschappelijke entiteiten die de wetgever aan de heffing van Wet VpB 1969 heeft willen onderwerpen*. Vervolgens heeft de Staatssecretaris<sup>310</sup> bevestigd dat het begrip lichaam voor de gehele Wet VpB 1969 dient te worden opgevat conform hetgeen in art. 1 Wet VpB 1969 daaronder

---

<sup>306</sup> MvT van de Wet van 3 mei 1971 tot aanpassing van de wetgeving in verband met de regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Stb. 1971, 287, p. 8.

<sup>307</sup> Zie bijvoorbeeld het arrest Daily Mail en Uberseering.

<sup>308</sup> Memorie van toelichting, Kamerstukken II, 1959-60, 6000, nr. 3, p. 17.

<sup>309</sup> Streek, J.L. (2012). *Cursus Belastingrecht, Archief 2012, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer. Onderdeel Vpb.1.0.1.A.a.

<sup>310</sup> Kamerstukken II 1995-96, 24 696, nr. 8, p. 19.

wordt verstaan. Dit betekent dus dat de toelichting op het begrip lichaam voor bijvoorbeeld art. 10a Wet VpB 1969 geldt voor de *gehele* wet.

Dit betekent dat de strekking en toelichting van art. 15, lid 4 Wet VpB 1969 kan helpen in de zoektocht naar wat het begrip inhoudt. De strekking van het voorgenoemde lid luidt als volgt: “(...) voor de beoordeling of een naar buitenlands recht opgericht lichaam naar aard en inrichting vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht opgericht lichaam ...”

Een lichaam wordt dus gekenmerkt door het recht waarnaar het is opgericht.<sup>311</sup> Dit kan worden opgemaakt uit de toelichting op art. 15, lid 10 (thans lid 4) Wet VpB 1969 waarbij de Staatssecretaris heeft toegelicht dat bij het betreffende artikel een delegatiebepaling is opgenomen op grond waarvan nadere regels kunnen worden gesteld voor de beoordeling of een naar buitenlands recht opgericht lichaam vergelijkbaar is met een naar Nederlands recht opgericht lichaam.<sup>312</sup>

Het feit dat een naar buitenlands recht opgericht lichaam vergelijkbaar *kan zijn* met een naar Nederlands opgericht lichaam, wijst impliciet op het feit dat deze twee begrippen dus **niet** hetzelfde kunnen zijn. Te meer maak ik uit de toelichting van de Staatssecretaris op dat er slechts twee smaken zijn: i) een naar Nederlands recht opgericht lichaam en ii) een naar buitenlands recht opgericht lichaam. Ik wijs er in dit verband op dat de mogelijkheid van grensoverschrijdende omzetting door gebruikmaking van de SE reeds mogelijk was ten tijde van de hiervoor genoemde uitlatingen.

Het lijkt dus niet mogelijk te zijn dat een lichaam, waarvan de oprichting naar Nederlands recht heeft plaatsgevonden (de oorspronkelijke rechtsvorm), is opgericht naar buitenlands recht (de omgezette rechtsvorm). Er is immers sprake van een ander, naar buitenlands recht opgericht lichaam. Dit is ook logisch wanneer deze denkwijze in de hand wordt genomen met het leerstuk dat een vennootschap haar bestaansrecht ontleent aan het recht van een lidstaat (zoals tevens de heersende leer in het EU-recht). Denk daarnaast eens aan de gevolgen wanneer er geen sprake zou zijn van een *ander lichaam* voor art. 15 Wet VpB 1969. Omwille van de omvang van deze scriptie ga ik hier niet verder op in, maar het is zeker de moeite waard om dit te onderzoeken.

Indien met dit begrip wederom wordt teruggekeerd naar de oprichtingsfictie, kan geconcludeerd worden dat de oprichtingsfictie niet (meer) geldt voor naar buitenlands recht omgezette rechtspersonen. Het bestaan van de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap is niet geëindigd. Echter, de vennootschap is wel een ander lichaam geworden: een naar buitenlands recht opgericht lichaam. De oprichting van de rechtspersoon kan aldus hebben plaatsgevonden naar Nederlands recht, maar de oprichting van het lichaam heeft plaatsgevonden naar buitenlands recht.

---

<sup>311</sup> Let op: hier wordt niet de woordcombinatie ‘heeft plaatsgevonden’ gebruikt, maar ‘is opgericht’.

<sup>312</sup> Kamerstukken II, 2012-13, 33 403, nr. 3, p. 25-26.

Zoals uit het vorige hoofdstuk is gebleken, heeft de wetgever een extra zin gewijd aan de SE vanwege het ambivalente karakter van de SE en het creëren van gelijke behandeling. Doordat de wetgever andere bewoordingen heeft gebruikt voor de SE dan voor alle overige lichamen, heeft een grensoverschrijdende omzetting ook een andere uitwerking voor de toepasselijkheid van de vestigingsplaatsfictie op de SE. De wettekst luidt als volgt: *“Een Europese naamloze vennootschap die bij haar oprichting werd beheerst door Nederlands recht, wordt voor de toepassing van de eerste volzin geacht te zijn opgericht naar Nederlands recht.”*

Voor de toepassing van de SE wordt dus niet gesproken over een lichaam, maar specifiek over een Europese naamloze vennootschap. De vestigingsplaatsfictie blijft, in tegenstelling tot ‘reguliere’ Nederlandse rechtspersonen, wel aan de SE kleven. Dit komt omdat geen aansluiting is gezocht bij de term ‘lichaam’, maar specifiek de SE als vennootschap wordt genoemd. Deze verandert niet na omzetting, slechts het recht van de lidstaat dat van toepassing is op de SE. In EU-rechtelijke context kan men zich allereerst afvragen of dit niet indruist tegen de doelstellingen van de Verordening SE zoals de Raad van State meent<sup>313</sup> en tevens of dit geen ongeoorloofde ongelijke behandeling oplevert tussen een SE en een NV/BV. Dit wordt nader besproken en onderzocht in § 5.4.2.

### *§ 5.3.1.2 Eindafrekening en de achtergebleven vaste inrichting*

#### *§ 5.3.1.2.1 Kapitaalvennootschappen*

Uit hetgeen hiervoor is besproken is gebleken dat bij een grensoverschrijdende omzetting, behoudens bij de omzetting van een SE, de vestigingsplaatsfictie *niet* in stand blijft doordat sprake is van een naar binnenlands recht opgericht lichaam vóór omzetting en een naar buitenlands recht opgericht lichaam na omzetting: twee verschillende lichamen. Kan door middel van deze constatering dan tevens worden geconcludeerd dat een grensoverschrijdende omzetting een einde van de subjectieve belastingplicht betekent? Dit is van belang omdat bij een einde van de subjectieve belastingplicht een *algehele* afrekening van de fiscale winsten en reserves plaatsvindt op basis van de totaalwinstgedachte. Indien hier geen sprake van is, is slechts sprake van een partiële eindafrekening ex art. 15c & 15d Wet VpB 1969.

Thans zijn er twee oorzaken te onderscheiden waardoor de subjectieve belastingplicht eindigt<sup>314</sup>:

- Een (bij wege van fictie) einde van de rechtspersoon;
- Een einde van (een deel van) de belastingplicht.

Denk bij de eerste oorzaak bijvoorbeeld aan een liquidatie en vereffening van de rechtspersoon, verdwijning van de rechtspersoon door een juridische splitsing/fusie of een omzetting waar bij wege

---

<sup>313</sup> Advies van de Raad van State, Kamerstukken II 2002-03, 29 035, nr. B.

<sup>314</sup> Ontleend aan de opsomming van: Koster, H. & Streek, J.L. van de (2012). *Cursus Belastingrecht, Archief 2012, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer.

van fictie de rechtspersoon wordt geacht te zijn geliquideerd. Bij de tweede oorzaak moet gedacht worden aan een beperkt belastingplichtige<sup>315</sup> die zijn onderneming staakt, een naar vreemd recht opgericht lichaam die zijn zetel/feitelijke leiding naar het buitenland verplaatst, het van kracht worden van een subjectieve vrijstelling op dat lichaam of het verkrijgen van een vestigingsplaatsbeschikking ex art. 5.2, lid 2 Belastingwet BES. Het ontstaan van een nieuw lichaam en de verplaatsing van de statutaire zetel van een rechtspersoon als gevolg van een grensoverschrijdende omzetting is onder geen van beide oorzaken te scharen. Betekent dit dat een grensoverschrijdende omzetting niet als een einde van de subjectieve belastingplicht kan worden beschouwd of is er sprake van een nieuwe smaak?

Ik concludeer dat uit de systematiek van de Wet VpB 1969 blijkt dat een einde van de subjectieve belastingplicht logisch is in het licht van de conclusie dat er twee lichamen bestaan; twee lichamen en dus twee belastingsubjecten. Daarentegen wordt, ondanks dat niet een *rechtspersoon* maar een *lichaam* als belastingsubject is gekozen voor de Wet VpB 1969, voor het begin en het einde van de subjectieve belastingplicht aangeknoopt bij het **civilrechtelijk** bestaan van de rechtspersoon.<sup>316</sup> De term 'lichaam' is (slechts) als verzamelbegrip voor alle belastingplichtigen gekozen.<sup>317</sup> Daarom kan de vraag gesteld worden: is de benaderingswijze van de subjectieve belastingplicht van puur formele of deels ook van 'materiele' aard?

Deze eindafrekeningskwestie is in het licht van het totaalwinstbeginsel niet gemakkelijker op te lossen. Eindafrekening is het sluitstuk van het totaalwinstbeginsel. Wanneer het subject of object buiten het bereik van de heffing terecht komt, dient eindafrekening plaats te vinden. Ook Van Kalmthout<sup>318</sup> betoogt dat eindafrekening<sup>319</sup> een manier is om de totaalwinstgedachte tot gelding te brengen. Moet er echter sprake zijn van een eindafrekening in de zin van de totaalwinstgedachte indien de winst zich niet daadwerkelijk onttrekt aan de heffing? Of anders gezegd, kan de afrekening van de fiscale reserves van de om te zetten rechtspersoon worden gerechtvaardigd door het totaalwinstbegrip, wanneer na de omzetting de fiscale reserves *binnen* het bereik van de belastingheffing blijven? Het totaalwinstbeginsel draagt niet bij aan een bewijs dat de systematiek van de Wet VpB 1969 *niet* gevolgd dient te worden. Ik maak daarentegen uit passages van de wetsgeschiedenis op dat de wetgever een partiële afrekening rechtvaardig zou vinden, wat zou betekenen dat geen einde van de subjectieve belastingplicht plaatsvindt. Dit blijkt uit de volgende twee passages die hieronder worden besproken.

---

<sup>315</sup> Zoals begrepen in art. 2, lid 1, sub e Wet VpB of een direct/indirect overheidsbedrijf.

<sup>316</sup> Zie bijvoorbeeld HR 31 december 1958, BNB 1959/64 waarbij het einde van de belastingplicht het tijdstip was waarop de BV was ontbonden en vereffening was voltooid.

<sup>317</sup> MvT, Kamerstukken II, 1962-63, 6000, nr. 3, p. 17.

<sup>318</sup> Conclusie van A-G Van Kalmthout in zaak nr. 35 195 (BNB 2001/99c\*), ro. 1.9.

<sup>319</sup> In zijn bijdrage betref dat de eindafrekeningsbepaling van art. 16 Wet op de Inkomstenbelasting 1964.



Art. 16 Wet IB 1964, een voorloper van art. 15c & 15d Wet VpB 1969, heeft in het verleden vele pennen doen schrijven. Doel en strekking van het voorgenoemde art. 16 Wet IB 1964 en de huidige artikelen 15c & 15d Wet VpB 1969 zijn dermate gelijk, dat veel jurisprudentie en parlementaire geschiedenis voor zowel de oude als de nieuwe regelingen geldt. Eén van de zienswijzen wat betreft de eindafrekening werd door de Minister van Financiën<sup>320</sup> als volgt toegelicht: *“Een ‘eindafrekening’ (...) behoort niet alleen plaats te vinden bij overlijden (...), docht ook indien de belastingplichtige het Rijk metterwoon verlaat. In het laatstbedoelde geval kan de eindafrekening intussen nog worden uitgesteld, voor zover de winst van het bedrijf of beroep hier te lande belastbaar blijft (...).”*

Het is dus niet de bedoeling dat winsten en vermogensbestanddelen die hier te lande blijven, worden belast indien heffing in de toekomst is verzekerd. Deze zienswijze wordt door de wetgever al geruime tijd aangehangen en blijkt ook uit de mogelijkheid om thans partieel te kunnen afrekenen. Tevens zijn de volgende passages uit de Memorie van Antwoord<sup>321</sup> zeer interessant, omdat een hypothetische situatie wordt geschetst waarbij een opheffing van de vestigingsplaatsfictie wordt veronderstelt:

*'In dit verband wordt nog de vraag gesteld welke de gevolgen van de opheffing van de fictie zijn voor een naar Nederlands recht opgericht lichaam. Het gaat daarbij, zoals mede door verschillende andere leden naar voren wordt gebracht, om de vraag in hoeverre afrekening zal moeten plaats vinden.*

*Men zal ten deze twee gevallen moeten onderscheiden, t.w.:*

*1-. het geval dat de plaats van vestiging van het lichaam (...) zich in het buitenland bevindt en het bedrijf geheel in het buitenland wordt uitgeoefend;*

*2-. het geval dat de plaats van vestiging zich in het buitenland bevindt en het bedrijf ten dele in het buitenland, ten dele in Nederland, dan wel - hetgeen zelden zal voorkomen - geheel in Nederland wordt uitgeoefend.*

*(...)*

*In het eerste hierboven genoemde geval moet worden aangenomen dat, indien het lichaam hier te lande belastbare winst geniet, het jaar bij het einde waarvan de onderhavige fictie vervalt het laatste jaar is waarover zodanige belastbare winst door dat lichaam wordt genoten. Mitsdien zal afrekening moeten plaatsvinden. Aangezien in dit geval - algehele bedrijfsuitoefening in het buitenland - de winst op grond van de regeling van de eenzijdige vermijding van dubbele belasting of een met het desbetreffende land gesloten belastingovereenkomst meestal van Nederlandse belastingheffing zal zijn vrijgesteld, zal ook deze eindafrekeningswinst in feite meestal niet tot belastingheffing leiden. In*

---

<sup>320</sup> Nota van Wijzigingen, Kamerstukken II, 1949-50, 1251, nr. 9, p. 41.

<sup>321</sup> Memorie van antwoord, Kamerstukken II, 1959-60, 6000, nr. 9.

*het tweede geval vindt geen afrekening plaats. Het lichaam is van binnenlands belastingplichtige buitenlands belastingplichtige geworden en blijft hier te lande belastbare winst genieten.'*

Beide voorbeelden hebben betrekking op een situatie waarbij een binnenlandse belastingplichtige na afschaffing van de vestigingsplaatsfictie als buitenlands belastingplichtige worden aangemerkt. Uit de toelichting van de wetgever blijkt dat hij het rechtvaardig vindt dat over de vermogensbestanddelen die binnen het Nederlands heffingsbereik blijven geen afrekening plaatsvindt. Op basis hiervan vermoed ik dat ook de wetgever het rechtvaardig zou vinden wanneer geen algehele afrekening plaatsvindt bij een grensoverschrijdende omzetting. Dit blijkt immers al uit de uitkomst wat betreft de hypothetische afschaffing van de vestigingsplaatsfictie. Zolang de wetgever dit echter nergens heeft vastgelegd, ben ik van mening dat de systematiek van de Wet VpB 1969 gevolgd moet worden.

Ondanks dat ik van mening ben dat in wezen geen algehele eindafrekening als gevolg van het einde van de subjectieve belastingplicht zou moeten plaatsvinden, kan geen bewijs gevonden worden waaruit blijkt dat bij het 'ontstaan' van een nieuw lichaam als gevolg van een omzetting geen sprake is van een einde van de subjectieve belastingplicht. Wanneer de subjectieve belastingplicht eindigt vanwege de grensoverschrijdende omzetting vindt dus een algehele eindafrekening plaats. Alsdan worden niet alleen vermogensbestanddelen in de heffing betrokken die het heffingsbereik van Nederland verlaten, maar tevens vermogensbestanddelen die na omzetting, bijvoorbeeld, onderdeel uitmaken van een Nederlandse VI – die niet de Nederlandse heffingsfeer verlaten. Ook dan kan de belastingplichtige succesvol gebruik maken van art. 25a IW op basis van de bovenstaande argumentatie.

Wanneer de subjectieve belastingplicht *niet* zou eindigen, wordt ten aanzien van de winstneming van de stille reserves in de activa aangesloten bij het goed koopmansgebruik wat in de hoofdregel uitkomt op aansluiting bij het realisatiemoment van deze stille reserves. Echter, zo blijkt uit het arrest National Grid Indus<sup>322</sup>, is het toegestaan dat een heffingsaanslag wordt opgelegd over deze latente meerwaarden van deze vermogensbestanddelen indien deze na omzetting buiten het bereik van de vennootschapsbelasting terecht komen. Acute invordering is daarentegen niet toegestaan. Voor zover vermogensbestanddelen na omzetting buiten het bereik van de vennootschapsbelasting terecht komen, treedt art. 15c Wet VpB 1969 in werking dat bepaalt dat wanneer een belastingplichtige volgens de toepassing van de Wet VpB 1969 of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting niet meer als inwoner van Nederland wordt aangemerkt, zijn

---

<sup>322</sup> HvJ 29 november 2011, C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40.

vermogensbestanddelen die niet meer worden begrepen in de Nederlandse belastbare winst onmiddellijk voorafgaand aan de omzetting worden geacht te zijn vervreemd tegen WEV.<sup>323</sup> Doordat op deze gronden een eindafrekening plaatsvindt, kan de belastingplichtige een beroep doen art. 25a IW. Doel en strekking van de regeling is immers om belastingplichtigen recht op uitstel van betaling te geven indien zij geconfronteerd worden met zogenoemde exitheffingen. Uit de volgende toelichting van de Staatssecretaris<sup>324</sup> blijkt dat ook bij grensoverschrijdende omzettingen hier een beroep op kan worden gedaan:

*“Dit betalingsuitstel ziet op het deel van de belastingaanslag dat betrekking heeft op de belasting die is verschuldigd over de stille reserves die besloten zijn in de vermogensbestanddelen die vanuit Nederland naar een EU/EER-land worden gebracht. Deze voordelen zouden immers niet in de belastingaanslag van de belastingschuldige zijn begrepen ingeval deze niet was vertrokken. Voor het gedeelte van de belastingaanslag dat ook was opgelegd ingeval de belastingschuldige niet was vertrokken, wordt geen uitstel van betaling verleend.”*

Indien sprake zou zijn van een zuiver nationale omzetting van de ene kapitaalvennootschap in een andere kapitaalvennootschap (dat zijn dus omzettingen van een BV in een NV en vice versa) zou immers geen eindafrekening plaatsvinden (zie § 3.2.2.3). De belastingplichtige kan dus succesvol een beroep doen op art. 25a IW waardoor door de wetgever uitstel van betaling wordt verleend.

#### § 5.3.1.2.2 De SE

De gevolgen van een grensoverschrijdende omzetting van een SE zijn anders dan een ‘reguliere’ omzetting wat betreft de vestigingsplaatsfictie door de andersluidende bewoordingen in art. 2, lid 4 Wet VpB 1969. Allereerst is er bij de omzetting van een SE geen sprake van een *rechtsvormwijziging*, maar van een wijziging van het recht waardoor de SE *wordt beheerst*. Voor en na omzetting van een SE is er immers sprake van de *rechtsvorm* ‘SE’. Te meer is het primaire bestaansrecht van de SE geënt op het secundaire EU-recht: de Verordening SE. Ter aanvulling wordt alsdan de SE beheerst door het recht van de lidstaat waar haar zetel is gelegen. Dus bij een omzetting van een SE wordt niet het recht van het lichaam waarnaar het is *opgericht* veranderd, maar het recht waardoor het wordt *beheerst* wordt veranderd. Er is dus sprake van een lichaam *beheerst* door buitenlands of binnenlands recht in plaats van een lichaam *opgericht* naar buitenlands of binnenlands recht. Er kan en is dus geen sprake van een ander lichaam als een SE wordt omgezet, want er is slechts één lichaam die door verschillende soorten recht wordt beheerst.

---

<sup>323</sup> Kamerstukken II, 2001-02, 28 034, nr. 3, p. 32.

<sup>324</sup> Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2011-12, 33 262, nr. 3, p. 2-3.

De tweestrijdigheid wordt tevens bevestigd door Bellingwout & Van de Streek<sup>325</sup> die even als ik van oordeel zijn dat een Nederlandse SE niet zonder meer is ‘opgericht naar Nederlands recht’. Het charmante van deze uitkomst tezamen met de bevindingen van § 5.3.1.1 is dat dit de te verwachten en de beoogde uitkomsten zijn van een ‘reguliere’ omzetting, zo kan opgemaakt worden uit de uitlatingen van de Staatssecretaris.<sup>326</sup> De gevolgen van de instandhouding van de subjectieve belastingplicht en de vestigingsplaatsfictie zijn als volgt:

Wanneer een SE niet meer wordt aangemerkt als inwoner van Nederland, treedt art. 15c Wet VpB 1969 in werking (zie voor uitleg art. 15c hiervoor).<sup>327</sup> De kwalificatie inwoner/niet-inwoner op basis van een belastingverdrag prevaleert boven de vestigingsplaatsfictie voor de toepassing van art. 15c Wet VpB 1969, zo oordeelde ook de HR.<sup>328</sup> Dit betekent dat een Nederlandse SE altijd op basis van een belastingverdrag als niet-inwoner van Nederland moet worden aangemerkt wil art. 15c Wet VpB 1969 in werking treden. De instandhouding van de vestigingsplaatsfictie na omzetting van de SE heeft immers als gevolg dat de om te zetten Nederlandse SE nimmer als buitenlands belastingplichtige wordt aangemerkt voor de Wet VpB 1969 (zie § 5.3.1.1). Dit betekent dat art. 15c Wet VpB 1969 niet in werking kan treden wanneer een Nederlandse SE zich omzet in een door Cypriotisch recht beheerste SE, omdat Nederland geen belastingverdrag heeft gesloten met Cyprus en de SE volgens de vestigingsplaatsfictie als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt. Dit betekent dat voor eindafrekening enkel art. 15d Wet VpB 1969 mogelijk soelaas biedt (zie hierna).

De afrekening vindt plaats over vermogensbestanddelen die reeds vóór omzetting naar het buitenland<sup>329</sup> zijn overgebracht, die als gevolg van de omzetting naar het buitenland zijn overgebracht en/of die als gevolg van de omzetting niet naar het buitenland zijn overgebracht maar wél buiten het heffingsbereik van de Nederlandse wetgever vallen.<sup>330</sup> De vermogensbestanddelen die binnen het heffingsbereik van Nederland blijven, bijvoorbeeld in de vorm van een VI, worden niet in de heffing betrokken.

Voor vermogensbestanddelen die na de omzetting het heffingsbereik van Nederland verlaten, is art. 15d Wet VpB 1969 bedoeld. Art. 15d Wet VpB 1969 is een soort vangnetbepaling die wordt toegepast op vermogensbestanddelen die niet reeds door art. 15c Wet VpB 1969 zijn ondervangen wanneer de belastingplichtige ‘ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten’. De redactie van de Vakstudie Nieuws<sup>331</sup> schetst de problematiek omtrent de wisselwerking tussen de

---

<sup>325</sup> Bellingwout, J.W. & Van de Streek, J.L. van de (2003). Fiscale aspecten van de Societas Europaea (I). *MBB*, 337, § 5.1.

<sup>326</sup> Nader rapport (reactie op het advies) van 5 september 2003, Kamerstukken II 2002-03, 29 035, nr. B.

<sup>327</sup> Kamerstukken II, 2001-02, 28 034, nr. 3, p. 32.

<sup>328</sup> HR 17 februari 1993, nr. 28 260, BNB 1994/163.

<sup>329</sup> In deze context moet de term ‘buitenland’ mondiaal worden opgevat.

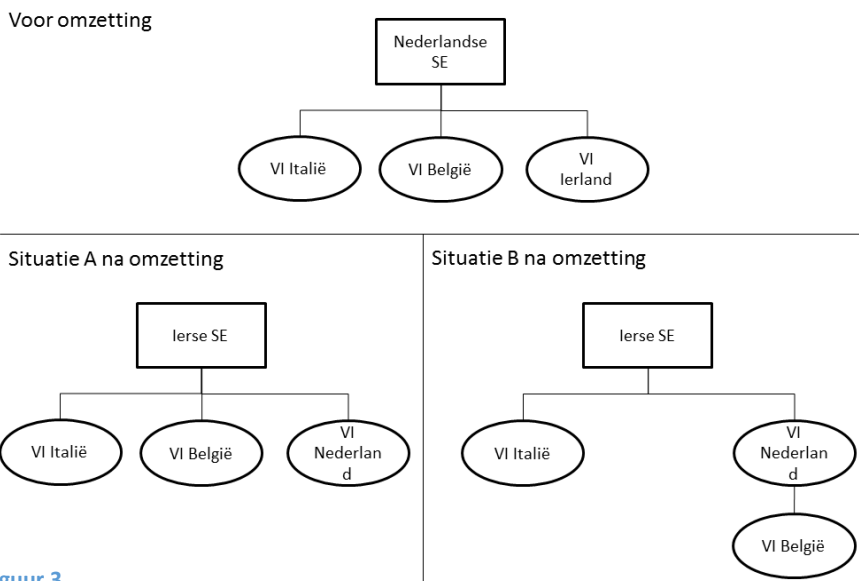
<sup>330</sup> Boer, S.H. (2015). Art. 15c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 Eindafrekening. [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).

<sup>331</sup> Rechtbank Haarlem 13 oktober 2010, nr. 09/1232, V-N 2011/6.11.

vestigingsplaatsfictie en de inwerkingtreding van art. 15d Wet VpB 1969. De eindafrekening van art. 15d Wet VpB 1969 vindt namelijk plaats wanneer de belastingplichtige ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. In feite blijft de vennootschap door de vestigingsplaatsfictie binnenlands belastingplichtig en houdt deze dus niet op in Nederland belastbare winst te genieten behoudens het moment van ontbinding en vereffening. Indien de belastingplichtige een vermogensbestanddeel met daarin stille reserves naar het buitenland overbrengt, dan is dit geen belastbaar feit volgens art. 15d Wet VpB 1969 omdat de vennootschap (steeds) als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt.

De verzekering van heffing van fiscale reserves die rusten op vermogensbestanddelen die door een binnenlands belastingplichtige worden overgeheveld naar het buitenland wordt onder andere geregeld door de objectvrijstelling ex art. 15e Wet VpB 1969, maar deze regeling biedt voor omzettingssituaties slechts in uitzonderlijke gevallen een uitkomst. De objectvrijstelling<sup>332</sup> in art. 15e Wet VpB 1969 waarborgt de heffing over fiscale stille reserves die rusten op een vermogensbestanddeel die van een Nederlands hoofdhuis worden overgedragen naar een VI. In beginsel stelt de objectvrijstelling ondernemingswinsten vrij. Wanneer een vermogensbestanddeel wordt overgedragen aan een buitenlandse VI, wordt dit vermogensbestanddeel voor de WEV ten tijde van overdracht op de VI-balans gewaard. Het vermogensbestanddeel blijft daarentegen bij het hoofdhuis tegen boekwaarde op de balans staan. Indien afschrijving over het vermogensbestanddeel plaatsvindt, dan wordt de stille reserve naar gelang de afschrijvingsbasis in de heffing betrokken. Voor berekening van de objectvrijstelling wordt voor de bijdragewinst namelijk de afschrijving berekend op basis van de boekwaarde (ergo lagere afschrijving, hogere winst) en voor de

aftrekwinst wordt de afschrijving berekend op basis van de WEV (ergo hogere afschrijving, lagere winst). Overweeg bijvoorbeeld de volgende situaties in figuur 3.



Figuur 3

<sup>332</sup> Voor een uitgebreide behandeling van de objectvrijstelling verwijs ik naar: Pötgens, F.P.G. & Bellingwout, J.W. (2012). Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing? *Weekblad Fiscaal Recht*, 654.

van Ierland. De onderneming die in Nederland achterblijft wordt in beide situaties ook een VI van de vennootschap/SE in Ierland en er wordt gemakshalve in deze situaties vanuit gegaan dat Ierland eenzelfde bepaling bevat als Nederland in art. 2, lid 5 Wet VpB 1969 waardoor de Ierse VI 'verdwijnt'; deze wordt immers 'opgezogen' in de Ierse SE. De Nederlandse VI draagt na omzetting een vermogensbestanddeel met fiscale reserves over aan de Belgische VI.

Artikel 15d Wet VpB 1969 biedt geen uitkomst ter verzekering van de heffing doordat de Nederlandse VI onderdeel is van een binnenlands belastingplichtige door het kleven van de vestigingsplaatsfictie aan de omgezette SE. De systematiek van de objectvrijstelling kan men enkel hanteren wanneer de VI-winsten waarnaar het vermogensbestanddeel is overgedragen, toerekenbaar zijn aan de Nederlandse belastingplichtige die voorheen het overgedragen vermogensbestanddeel bezat. Er staat immers in art. 15e Wet VpB: "*Bij de belastingplichtige met winst uit een andere staat ...*".

De objectvrijstelling biedt daarom slechts een uitkomst wanneer de Nederlandse VI een vermogensbestanddeel overdraagt aan de Belgische VI die een sub-VI is van Nederland (situatie B). In situatie A heeft de Nederlandse VI geen winst uit een andere staat, omdat de Belgische VI toegerekend wordt aan de Ierse SE. Zodoende biedt de objectvrijstelling geen oplossing. Omdat de Nederlandse VI echter nog steeds door de vestigingsplaatsfictie die van toepassing is op de SE als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt, kan de fiscus zich ook niet beroepen op art. 15d Wet VpB 1969 ter verzekering van heffing.

Zoals de redactie van de Vakstudie Nieuws<sup>333</sup> terecht constateert, dreigt door de toepassing van de vestigingsplaatsfictie sprake te zijn van een heffingsvacuüm tussen het moment waarop de belastingplichtige voor het verdrag de woonplaats naar het buitenland verlegt (in dit geval dus door middel van een omzetting), en het moment waarop de belastingplichtige geheel ophoudt winst te genieten en de fiscus art. 15d Wet VpB 1969 kan toepassen. De redactie stelt derhalve een tweetal oplossingen voor:

- a) ofwel bij wet bepalen dat de eindafrekening aan de orde komt indien en voor zover Nederland geen heffingsrechten meer heeft;
- b) ofwel de vestigingsplaatsfictie in de vennootschapsbelasting opheffen.

De geschiktheid van deze oplossingen komt later aan de orde.

Ik voorzie overigens nog meer problematiek. Overweeg wederom figuur 3. Stel dat de Nederlandse SE vóór omzetting een vermogensbestanddeel heeft overgedragen aan haar Belgische VI waar fiscale reserves op rustten. Vervolgens wordt de Nederlandse SE omgezet naar een Ierse SE. Indien de

---

<sup>333</sup> Rechtbank Haarlem 13 oktober 2010, nr. 09/1232, V-N 2011 6.11.

vermogensbestanddelen van de Belgische VI **niet** toerekenbaar zijn aan de Nederlandse VI (sub-VI), zoals in situatie A, dan kan art. 15e Wet VpB 1969 na de omzetting **niet** meer worden toegepast doordat de vermogensbestanddelen van de Belgische VI niet meer in de Nederlandse winstberekening worden betrokken. Hierdoor kunnen de fiscale reserves die ten tijde van de overdracht op het vermogensbestanddeel rustten niet (meer) worden belast. Dit zou enkel kunnen wanneer in situatie B de Belgische VI een sub-VI van de Nederlandse VI wordt waar de vermogensbestanddelen van de Belgische VI aan worden toegerekend. Heffing op basis van art. 15d Wet VpB 1969 (als deze al een uitkomst zou kunnen bieden) is ook niet mogelijk vanwege de vestigingsplaatsfictie zoals reeds hiervoor is geconstateerd en ik voorzie dus een heffingslek.

Buiten deze saillante uitwerkingen van de hiervoor beschreven scenario's, is het ook een curieuze aangelegenheid dat een Nederlandse VI door de vestigingsplaatsfictie die van toepassing is op een (buitenlandse) SE als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt (ondanks dat belastingverdragen dit zouden kunnen inperken).

Met een lach en een traan constateer ik dat bij reguliere grensoverschrijdende omzettingen de subjectieve belastingplicht eindigt, wat in de geest van de Wet VpB 1969 toch enigszins een wrange uitkomst is. De gevolgen daarentegen van een grensoverschrijdende omzetting van een SE, die vermoedelijk wat betreft de vestigingsplaatsfictie het beoogde gevolg was voor *reguliere* grensoverschrijdende omzettingen, zijn verre van wenselijk door de dreiging van een heffingsvacuüm. Zonder nadere regelgeving blijkt het dus kiezen tussen lood en oud ijzer. De enige conclusie die ik derhalve kan trekken, is dat een verandering in de fiscale wetgeving ten aanzien van grensoverschrijdende omzettingen geboden is.

#### *§ 5.3.1.3 De fiscale eenheid*

Het is uiteraard mogelijk dat een kapitaalvennootschap die zich grensoverschrijdend wenst om te zetten is gevoegd in een FE. Naast het feit dat de subjectieve belastingplicht van de vennootschap eindigt ten tijde van de grensoverschrijdende omzetting en aldus de fiscale eenheid ten aanzien van die vennootschap ophoudt te bestaan, zou tevens op grond van art. 15, lid 6, sub c Wet VpB 1969 de fiscale eenheid ten aanzien van die vennootschap eindigen. Dit is vergelijkbaar met de situatie waarin een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap zijn feitelijke leiding zou verplaatsen naar het buitenland. Ook dan zou de fiscale eenheid ten aanzien van die maatschappij ophouden te bestaan op grond van art. 15, lid 6, sub c Wet VpB 1969. De besluitgever heeft dit gevolg om niet nader genoemde redenen niet nodig of onwenselijk geacht en zodoende art. 40 BFE geïntroduceerd. Art. 40 BFE regelt dat een fiscale eenheid wordt geacht niet te zijn verbroken ten aanzien van de achterblijvende VI, als de fiscale eenheid is verbroken als gevolg van de verplaatsing van de feitelijke leiding van de belastingplichtige. Wanneer bij een grensoverschrijdende omzetting, voor zowel een

reguliere omzetting als een omzetting met een SE, de feitelijke leiding wordt verplaatst naar het buitenland, dan kan de fiscale eenheid ten aanzien van de VI die achterblijft in stand blijven op grond van art. 40 BFE. Doordat dit specifiek is geregeld, is het einde van de subjectieve belastingplicht van de om te zetten vennootschap niet van belang ten aanzien van de vermogensbestanddelen die toerekenbaar zijn aan de achtergebleven VI.

Wat daarentegen in theorie zou kunnen, is een outbound grensoverschrijdende omzetting van een Nederlandse kapitaalvennootschap waarbij de feitelijke leiding van die kapitaalvennootschap in Nederland achterblijft. Een verplaatsing van de statutaire zetel hoeft immers niet te betekenen dat ook de feitelijke leiding verplaatst. Dat is afhankelijk van de toepassing van de incorporatieleer of werkelijke zetelleer door de lidstaat van ontvangst. Wanneer de feitelijke leiding van de om te zetten kapitaalvennootschap in Nederland achterblijft, kan geen beroep worden gedaan op art. 40 BFE. Immers spreekt art. 40 BFE enkel over een verplaatsing van de **feitelijke leiding** naar het buitenland, niet over de **statutaire zetel**. Indien art. 40 BFE niet toegepast kan worden, betekent het einde van de subjectieve belastingplicht tevens het einde van de fiscale eenheid ten aanzien van de om te zetten kapitaalvennootschap. Mijns inziens is het wenselijk om, net als bij de verplaatsing van de feitelijke leiding, de fiscale eenheid bij een grensoverschrijdende omzetting in stand te houden ten aanzien van de achterblijvende VI ongeacht of de feitelijke leiding met de statutaire zetel 'meeverhuist'. Het zou de besluitgever sieren om ook deze mogelijkheid op te nemen in het BFE.

#### *§ 5.3.1.4 De aandeelhouder(s)*

De gevolgen die een grensoverschrijdende outbound omzetting heeft voor de VpB-plichtige aandeelhouder, zijn afhankelijk van de afspraken die zijn gemaakt ten aanzien van de omzetting. Een aandeelhouder kan bijvoorbeeld zijn aandelen laten opkopen wanneer hij het niet eens is met de omzetting. In dat geval is sprake van een vervreemding van de aandelen en afhankelijk van het al dan niet van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VpB 1969 zijn de voordelen of verliezen respectievelijk belast/onbelast of aftrekbaar/niet-aftrekbaar. In andere gevallen verandert het aandeelhouderschap niet en heeft de omzetting aldus geen gevolgen voor de aandeelhouder. De rechtspersoonlijkheid van de om te zetten/omgezette kapitaalvennootschap blijft immers behouden, dus het aandelenbelang in die kapitaalvennootschap verandert niet.

#### *§ 5.3.1.5 Verliesverrekening*

Zoals hiervoor reeds meermalen vastgesteld, eindigt de subjectieve belastingplicht van de om te zetten vennootschap. Dat betekent dat de eindafrekening op voet van art. 15d Wet VpB 1969 plaatsvindt. Indien nog compensabele verliezen bij de rechtspersoon aanwezig waren, kunnen deze worden verrekend met de eindafrekeningswinst. Indien de verliezen niet volledig gecompenseerd



kunnen worden met de eindafrekeningswinst, gaan deze definitief verloren.<sup>334</sup> Tevens gaan alle andere subjectgebonden aanspraken zoals de toepassing van de innovatiebox, de opwaarderingsreserve en de deelnemingsverrekening verloren. De verliezen die in Nederland definitief verloren gaan, zouden met een beroep op het altijd-ergensbeginsel door de belastingplichtige wellicht met winsten uit een andere lidstaat kunnen worden verrekend. Het HvJ heeft in het arrest Marks & Spencer II<sup>335</sup> geoordeeld dat een lidstaat niet verplicht is buitenlandse verliezen in aftrek toe te staan behoudens wanneer de verliezen een dermate definitief karakter hebben dat deze in de bronstaat definitief niet verrekend kunnen worden. Het HvJ heeft hierbij de kanttekening geplaatst dat het voorkomen van belastingontwijking door verliesoverdracht door lidstaten, het zogenaamde ‘tariefshoppen’, een gerechtvaardigde beperking van grensoverschrijdende verliesverrekening is. Gezien het feit dat materieel geen einde komt aan de onderneming en tevens de rechtspersoon blijft voortbestaan, acht ik de kans erg klein dat een lidstaat gevoelig is om de verliezen in aftrek toe te staan. In dat geval kunnen verliezen immers door middel van een omzetting vrij gemakkelijk worden overgeheveld naar een andere lidstaat, terwijl de onderneming zelf feitelijk niet is geëindigd. Dit is mijns inziens onwenselijk omdat dit verliesarbitrage in de hand speelt. In § 5.3.2.3 bespreek ik wanneer ik van mening ben dat verliesimport wel mogelijk zou moeten zijn.

Wat daarentegen naar mijn mening wel wenselijk is, is dat de Nederlandse verliezen die nog aanwezig zijn bij de om te zetten vennootschap worden meegegeven aan de omgezette vennootschap. Deze verliezen worden alsdan toegerekend aan de Nederlandse VI die achterblijft. Deze systematiek is analoog aan de systematiek zoals deze gehanteerd wordt bij grensoverschrijdende fusies zoals besproken in § 4.4.2.3. De materiële onderneming blijft voor en na omzetting immers gelijk, dus zou het rechtvaardig zijn dat deze verliezen bij het Nederlandse deel van de onderneming verrekend kunnen worden. Wanneer geen Nederlandse VI achterblijft, zouden de verrekenbare verliezen alsnog verloren gaan doordat geen Nederlandse winst/inkomen wordt gegenereerd waarmee deze verliezen verrekend zouden kunnen worden. Doordat de subjectieve belastingplicht eindigt, is geen mogelijkheid voor het bovenstaande.

### *§ 5.3.2 Inbound*

#### *§ 5.3.2.1 De vestigingsplaatsfictie*

Zoals in § 5.3.1.1 uitgebreid is onderzocht, is voor en na een grensoverschrijdende omzetting sprake van twee verschillende lichamen. De vestigingsplaatsfictie houdt geen stand bij een outbound-

---

<sup>334</sup> Gelder, G.C.F van. (2015). Art. 28a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 Omzetting ex art. 2:18 BW, § 5.2. [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).

<sup>335</sup> HvJ 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer II), BNB 2006/72.

omzetting. Wat ik erg opvallend vind, en dit geldt ook voor de SE die ik hierna apart behandel, is dat door geen enkele partij aandacht is besteed aan de gevolgen van een inbound omzetting. Indien de vestigingsplaatsfictie inderdaad stand zou houden bij een *outbound* grensoverschrijdende omzetting, kan de fictie *niet* van toepassing zijn op rechtspersonen die *inbound* zijn omgezet. Het is in feite een communicerend vat. Indien wordt uitgegaan dat een outbound-omzetting van een rechtspersoon naar buitenlands recht geen invloed heeft op het feit dat de oprichting van het lichaam '*naar Nederlands recht heeft plaatsgevonden*'. Dan kan met hetzelfde uitgangspunt de stelling worden ingenomen dat van een rechtspersoon die is opgericht naar buitenlands recht en wordt omgezet in een rechtspersoon naar Nederlands recht, nimmer de oprichting van dat **lichaam** naar Nederlands recht *heeft kunnen plaatsvinden*. Sterker nog, ik meen dat geen ander standpunt kan worden ingenomen. Evenzo kan nimmer art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 op dergelijke omgezette rechtspersonen van toepassing zijn. Het is een andere zijde van dezelfde medaille en het is aldus vanzelfsprekend dat eenzelfde benaderingswijze van de oprichtingsfictie moet worden gehanteerd voor inbound en outbound grensoverschrijdende omzettingen.

Wederom getuigt dit van een stiefmoederlijke behandeling van de fiscale aspecten van omzettingen. Het lijkt mij immers niet de bedoeling dat de inbound omgezette vennootschappen op die manier de vestigingsplaatsfictie-dans kunnen ontspringen. De vestigingsplaatsfictie zou zo door middel van de oprichting van een vennootschap naar buitenlands recht gevolgd door een (onverwijld) inbound omzetting kunnen worden ontgaan. Zoals al benadrukt, de vestigingsplaatsfictie houdt geen stand bij outbound grensoverschrijdende omzettingen en dus speelt dat daarbij geen rol.

De vestigingsplaatsfictie is voor de SE met andere woorden geformuleerd dan voor 'normale' lichamen (zoals reeds geconstateerd in § 5.3.1.1), maar de bovenstaande redenering is terdege toepasbaar voor de SE doordat ook voor de SE de voltooid verleden tijd is gebruikt. De vestigingsplaatsfictie is namelijk van toepassing op een SE die bij haar oprichting *werd beheerst* door het Nederlandse recht. Stel een SE die bij haar oprichting *werd beheerst* door het Duitse recht, die vervolgens naar een Nederlandse SE wordt omgezet kan niet onder het toepassingsbereik van de vestigingsplaatsfictie vallen. Op die manier kan een Nederlandse SE de dans ontspringen.

Wat er gebeurt met de vestigingsplaatsfictie wanneer bijvoorbeeld een Duitse SE wordt omgezet in een Nederlandse SE en deze vervolgens wordt omgezet in een NV, is geheel onduidelijk. Er is immers reeds geconstateerd dat een Nederlandse en een buitenlandse kapitaalvennootschap twee verschillende lichamen zijn, maar een Nederlandse en buitenlandse SE niet per sé vanwege het secundaire EU-recht waaraan zij hun bestaansrecht ontleen. Tevens is reeds geconstateerd dat bij een zuiver *nationale* omzetting sprake is van één lichaam en een continuering van de subjectieve belastingplicht. Bij de omzetting van bijvoorbeeld een Duitse SE naar een Nederlandse SE is er geen

sprake van een ander lichaam en is de vestigingsplaatsfictie niet van toepassing op die Nederlandse omgezette SE. Wat gebeurt er dan wanneer die Nederlandse SE wordt omgezet naar een NV? Er is geen aanwijsbaar moment waarop de subjectieve belastingplicht is geëindigd. Deze eindigt niet ten tijde van de omzetting van een Duitse SE naar een Nederlandse SE en tevens niet ten tijde van de omzetting van een Nederlandse SE naar een NV. Wanneer hier de toepassing van de vestigingsplaatsfictie naast wordt gelegd, is er dan sprake van een lichaam waarvan de oprichting *heeft plaatsgevonden* naar Duits recht? Er is immers geen aanwijsbaar moment van een einde van de subjectieve belastingplicht. Het is daarentegen op zijn minst curieus te noemen om een NV te bestempelen als een lichaam waarvan de oprichting *niet* heeft plaatsgevonden naar Nederlands recht maar naar Duits recht. Zou in dat geval dan toch in het licht van doel en strekking van de vestigingsplaatsfictie moeten worden geconcludeerd dat deze van toepassing is op die NV? Mijns inziens blijkt hieruit dat de vestigingsplaatsfictie met de huidige bewoordingen niet juist uitwerkt. In mijn aanbevelingen doe ik een voorstel om dit aan te passen.

#### *§ 5.3.2.2 Aanvang belastingplicht en de vaste inrichting*

Wanneer een buitenlandse kapitaalvennootschap zich grensoverschrijdend omzet naar een Nederlandse kapitaalvennootschap, wordt zij geacht haar onderneming te drijven met haar gehele vermogen ex art. 2, lid 5 Wet VpB 1969. Ingeval de kapitaalvennootschap voorheen geen enkele economische binding had met Nederland, zij was geen buitenlands belastingplichtige voor de Wet VpB 1969, dan worden alle vermogensbestanddelen tegen WEV op de balans opgenomen.

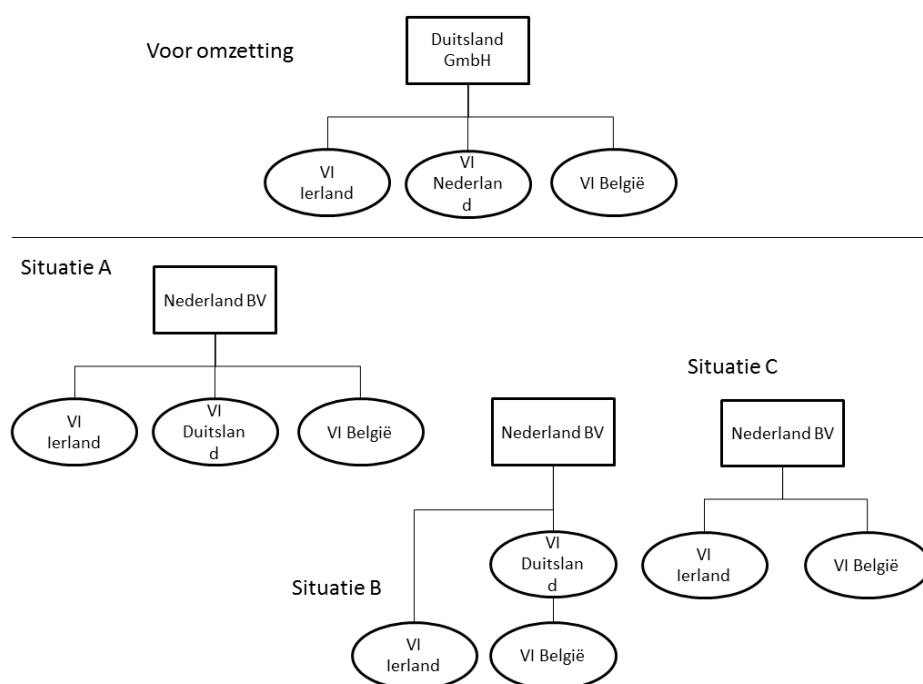
Indien de om te zetten kapitaalvennootschap een deel van haar onderneming door middel van een VI in Nederland uitoefende, dan worden deze VI en alle daartoe behorende activa en passiva onderdeel van de onderneming ex art. 2, lid 5 Wet VpB. Een Nederlandse kapitaalvennootschap die een Nederlandse VI heeft, is niet mogelijk. Tevens betekent de omzetting dat de rechtspersoon als binnenlandse belastingplichtige kwalificeert na omzetting<sup>336</sup> in tegenstelling tot de kwalificatie buitenlandse belastingplichtige vóór omzetting. De boekwaarden van de activa en passiva die niet werden toegerekend aan de Nederlandse VI, worden op de beginbalans gewaardeerd tegen WEV. De activa en passiva die reeds aan de Nederlandse VI werden toegerekend, blijven tegen de boekwaarden van de VI-balans gewaardeerd. Ten aanzien van de Nederlandse VI is de omzetting van de kapitaalvennootschap aldus geen heffingsmoment.

---

<sup>336</sup> Op grond van art. 2, lid 4 Wet VpB – het lichaam is opgericht naar Nederlands recht.

In de lidstaat van de om te zetten kapitaalvennootschap kan een VI achterblijven. Door middel van de objectvrijstelling van art. 15e Wet VpB 1969 blijven de winsten en verliezen van die VI buiten het bereik van de Nederlandse VpB-heffing. Of en in hoeverre een VI achterblijft, moet worden bepaald aan de hand van de toerekeningsregels die thans worden gehanteerd in het internationaal belastingrecht. Dit geldt ook voor de VI's die de om te zetten kapitaalvennootschap mogelijk had in andere landen dan Nederland. Indien een VI achterblijft in de lidstaat van de om te zetten kapitaalvennootschap, kan deze achtergebleven VI immers weer sub-VI's bezitten.

In figuur 4 zijn mogelijke scenario's als gevolg van een omzetting weergegeven:



Figuur 4

In het figuur is een situatie geschetst waarbij een Duitse kapitaalvennootschap wordt omgezet in een Nederlandse BV. Na de omzetting is een drietal eindsituaties mogelijk:

- **Situatie A:** Een Nederlandse kapitaalvennootschap die drie VI's heeft. Denk aan een winkelketen met verschillende winkels in verschillende landen. Naast het nemen van het omzettingsbesluit wordt tevens door het bestuur besloten om de feitelijke leiding te verplaatsen naar Nederland.
- **Situatie B:** Een Nederlandse kapitaalvennootschap die twee directe VI's heeft. De Duitse VI heeft tevens een Belgische sub-VI waardoor de Nederlandse kapitaalvennootschap indirect drie VI's heeft. Denk bijvoorbeeld aan een snackbarketen die snackbars uitbaat in Ierland en Duitsland. In de zomer, wanneer alle Duitsers uit Duitsland trekken, wordt de Duitse snackbar tijdelijk gesloten en werken de werknemers in een ijssalon in België.
- **Situatie C:** Een Nederlandse kapitaalvennootschap die twee VI's heeft. Na omzetting is er geen Duitse VI die achterblijft. Denk bijvoorbeeld aan een onderneming waarvan de

ondernemingsactiviteiten werden ontplooid in Nederland, Ierland en België door middel van een Duitse kapitaalvennootschap. Bij de omzetting van de Duitse kapitaalvennootschap neemt het bestuur de beslissing om ook de feitelijke leiding te verhuizen waardoor in Duitsland niets achterblijft.

Of en in hoeverre de VI's aan de Nederlandse kapitaalvennootschap of aan de achtergebleven buitenlandse VI worden toegerekend, is afhankelijk van de toewijzingsregels in het internationaal belastingrecht.

### *§ 5.3.2.3 Verliesverrekening*

Het voortbestaan van de rechtspersoon en het al dan niet eindigen van de subjectieve belastingplicht van de om te zetten rechtspersoon wordt beheerst door het recht van de vertrekstaat. Het is dus mogelijk dat de subjectieve belastingplicht voor het recht van die lidstaat *niet* eindigt, alsdan is verliesimport niet noodzakelijk omdat subjectieve aanspraken niet verloren gaan en de verliezen dus geen definitief karakter kennen (zie ook Marks & Spencer II). Wanneer echter volgens het recht van de buitenlands belastingplichtige wordt aangenomen dat er een einde komt aan de subjectieve belastingplicht en/of wanneer geen VI achterblijft, kan het lichaam zijn verliesverrekeningsmogelijkheden in die lidstaat verliezen. Zoals reeds in § 5.3.1.5 is geconstateerd, is een lidstaat verplicht grensoverschrijdende verliesverrekening toe te staan wanneer de verliezen definitief niet verrekenbaar zijn in de bronstaat. In de Nederlandse wetgeving wordt grensoverschrijdende verliesverrekening van deelnemingen mogelijk gemaakt door middel van art. 13d Wet VpB 1969 die het liquidatieverlies van een deelneming in aftrek toestaat. Alvorens de discussie aan te snijden of een omzetting al dan niet als liquidatie beschouwd moet worden, wil ik wijzen op art. 13e Wet VpB 1969 die dit liquidatieverlies terugneemt voor zover de onderneming van het ontbonden lichaam geheel of gedeeltelijk wordt voortgezet. Bij een omzetting is er sprake van een andere juridische huls, maar verandert er niets aan de onderneming zelf. Van art. 13e Wet VpB 1969 kan dus geen gebruik worden gemaakt bij grensoverschrijdende omzettingen, vanuit gaande dat de onderneming na omzetting wordt voortgezet. Net als bij een outbound grensoverschrijdende omzetting, zou Nederland zich kunnen beroepen op het voorkomen van belastingontwijking voor het niet-toekennen van het verrekenen van verliezen (zie voor een uitgebreide behandeling § 5.3.1.5).

Zoals ik in § 4.4.2.3 heb betoogd, deel ik de mening van Ravelli & Rozendal<sup>337</sup> dat uit de doctrine van het arrest Marks & Spencer<sup>338</sup> tezamen met arrest A Oy<sup>339</sup> kan worden geconcludeerd dat in geval

---

<sup>337</sup> Ravelli, A.W. & Rozendal, A. (2013). De 'Marks & Spencer-uitzondering' nog altijd springlevend, *Weekblad Fiscaal Recht*, 844, onderdeel 5.4.1.

<sup>338</sup> HvJ 13 december 2005, C-446/03, (Marks & Spencer II), BNB 2006/72 .

van een grensoverschrijdende fusie Nederland verrekening van definitieve verliezen van de niet-ingezeten verdwijnende vennootschap moet toestaan met winsten die samenhangen met de in het kader van de fusie verkregen vermogensbestanddelen. Ik ben het tevens met de auteurs eens dat deze doctrine ook zou kunnen gelden voor grensoverschrijdende omzettingen. Er kan namelijk een objectieve vergelijking gemaakt worden tussen grensoverschrijdende omzettingen en zuiver nationale omzettingen. In nationaal verband zijn omzettingen van een BV in een NV en omgekeerd fiscaal niet geregeld. Dit resulteert in het voortduren van de subjectieve belastingplicht waardoor ook alle subjectieve aanspraken, waaronder het verliesverrekeningspotentieel van die rechtspersoon, van de om te zetten rechtspersoon overgaan naar de omgezette rechtspersoon. Indien na omzetting geen VI achterblijft of volgens het recht van de vertrekstaat de subjectieve belastingplicht eindigt, dan zijn de verliezen van de omgezette rechtspersoon definitief niet meer verrekenbaar in de staat van vertrek. Alsdan zou de lidstaat van ontvangst verrekening van verliezen moeten toestaan vanwege het definitieve karakter van de verliezen. Het territorialiteitsbeginsel doet hier weinig aan af zo bleek reeds uit het arrest Marks & Spencer. Ik ben van mening dat verliesimport enkel zou moeten worden toegestaan als de omgezette rechtspersoon geen enkele binding meer heeft met de lidstaat van vertrek (dus geen verliesimport wanneer de lidstaat van vertrek het einde van de subjectieve belastingplicht veronderstelt), omdat dit misbruiksituaties in de hand speelt zoals besproken in § 5.3.1.5.

#### *§ 5.3.2.4 De fiscale eenheid*

Wanneer de om te zetten kapitaalvennootschap voorafgaand aan de omzetting een VI in Nederland had die deel uitmaakt(e) van een fiscale eenheid, verbreekt op grond van art. 15, lid 6 Wet VpB 1969 in principe de fiscale eenheid ten aanzien van die maatschappij. Dit geldt ook indien een buitenlands belastingplichtige de feitelijke leiding naar Nederland verplaatst en als gevolg daarvan binnenlands belastingplichtige wordt. Zoals de redactie van de Vakstudie<sup>340</sup> ook opmerkt, is er eigenlijk geen reden om de fiscale eenheid ten aanzien van de VI te verbreken als de feitelijke leiding van die buitenlands belastingplichtige naar Nederland wordt verplaatst. Dit geldt ook wanneer er sprake is van een omzetting. Het enige dat verandert is dat na de omzetting de kapitaalvennootschap binnenlands belastingplichtig is ex art. 2 en wordt de kapitaalvennootschap geacht met haar gehele vermogen de onderneming te drijven<sup>341</sup> en aldus het gehele vermogen van die maatschappij tot de fiscale eenheid gaat behoren. De wetgever heeft deze verbreking van de fiscale eenheid eveneens als onwenselijk geacht en derhalve in art. 39 BFE opgenomen dat een fiscale eenheid wordt geacht

---

<sup>339</sup> HvJ 21 februari 2013, C-123/11 (A Oy), V-N 2013/13.16.

<sup>340</sup> Redactie van de Vakstudie, Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Vennootschapsbelasting. Aantekening 2 Lid 1. Fictie geen ontvoering bij: Besluit fiscale eenheid 2003, art. 39 Zetelverplaatsing naar Nederland.

<sup>341</sup> Ex art. 2, lid 5 Wet VpB.

niet te zijn geëindigd indien direct aansluitend aan het ontvoegingstijdstip een nieuwe fiscale eenheid tot stand komt. Deze aansluitende fiscale eenheid treedt dan in de plaats van de voorafgaande FE. Wederom is het vereist dat naast de omzetting tevens de feitelijke leiding naar Nederland wordt verplaatst. Uit doel en strekking van art. 39 BFE zou men kunnen opmaken dat, zoals in § 5.3.1.3, deze ook geldt voor inbound omzettingen (ongeacht of de feitelijke leiding naar Nederland wordt verplaatst), maar feit blijft dat dit niet met die bewoordingen staat geschreven.

#### § 5.4 EU-recht en overige toetsingscriteria

##### § 5.4.1 Einde subjectieve belastingplicht

In § 5.3.1.1 is geconcludeerd dat, in tegenstelling tot zuiver nationale omzettingen, de subjectieve belastingplicht van een lichaam eindigt wanneer deze zich grensoverschrijdend omzet. De vraag dringt zich op of dit verschil in behandeling strijdig is met het EU-recht. Om te beoordelen of sprake is van strijdigheid met het EU-recht, dienen volgens vaste rechtspraak een aantal stappen te worden doorlopen (zie ook hoofdstuk 4).

**Is er toegang tot het EU-verdrag?** Ik volsta met de aantekening dat het *grensoverschrijdende* omzettingen van kapitaalvennootschappen betreft. Oftewel, een onderdaan in een grensoverschrijdende situatie.

**Is de maatregel discriminerend of belemmerend?** Aangezien het Voorontwerp enkel omzettingen van kapitaalvennootschappen behelst, moet voor de vergelijking met een zuiver nationale situatie specifiek de behandeling van omzettingen van kapitaalvennootschappen worden overwogen. Zoals reeds uit hoofdstuk 3 is gebleken, is geen sprake van het einde van de subjectieve belastingplicht bij de omzetting van een BV in een NV en omgekeerd. Bij een grensoverschrijdende situatie eindigt de subjectieve belastingplicht van de om te zetten kapitaalvennootschap met alle gevolgen van dien (intreding eindafrekening, verbreking fiscale eenheid, verlies subjectieve aanspraken, etc.). Volgens vaste rechtspraak<sup>342</sup> van het HvJ is de situatie van inwoners en niet-inwoners niet objectief vergelijkbaar. De grensoverschrijdende omgezette kapitaalvennootschap ontleent zijn bestaan aan het recht van die lidstaat (zie ook hoofdstuk 4) en zodoende zou gesteld kunnen worden dat geen sprake is van een objectief vergelijkbare situatie. Het einde van de subjectieve belastingplicht is daarentegen een toestand die wordt toegerekend aan het *binnenlands belastingplichtig lichaam*. Er is dus geen sprake van een inwoner die met een niet-inwoner wordt vergeleken. Overigens treedt de

---

<sup>342</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 14 februari 1995, C-279/93 (Schumacker), Jur. 1995, p. I-225, ro. 31; HvJ 14 september 1999, C-391/97 (Gschwind), Jur. 1999, p. I-5453, ro. 22; HvJ 16 oktober 2008, C-527/06 (Renneberg), Jur. 2008, p. I-7735, ro. 59.

eindafrekeningsbepaling van art. 15c Wet VpB 1969 in werking als zijnde 'onmiddellijk voorafgaand aan het ophouden van het hiervoor bedoelde inwonerschap'. Er is dus sprake van een objectief vergelijkbare situatie. Mijns inziens kan hieruit worden geconcludeerd dat de maatregel discriminerend is. Tevens is de maatregel een belemmering van de vestigingsvrijheid. Bij een grensoverschrijdende omzetting wordt immers een dam opgeworpen door onder andere de eindafrekening die in een zuiver nationale omzetting niet aan de orde is.

Het verschil in behandeling tussen een zuiver interne omzetting en een grensoverschrijdende omzetting vloeit voort uit het feit dat een kapitaalvennootschap wordt omgezet naar een naar buitenlands recht opgerichte kapitaalvennootschap. Het is evident dat de Nederlandse wetgever de kwalificatie en het einde van de subjectieve belastingplicht bepaalt. Dit is niet veroorzaakt door een wisselwerking met de belastingwetgeving van een andere lidstaat, maar zuiver door de kwalificatie van de Nederlandse wetgeving. Er is dus geen sprake van een dispariteit, maar van discriminatie en belemmering.

### **Is er een rechtvaardigingsgrond?**

In abstracto heeft het HvJ tot op heden een zestal (ongeschreven) rechtvaardigingsgronden geaccepteerd<sup>343</sup>:

- de doeltreffendheid van fiscale controles;
- de verstoring van het evenwicht en de wederkerigheid van de tussen een lidstaat en een derde land gesloten bilaterale internationale overeenkomst;
- de noodzaak om de samenhang van het belastingsysteem te handhaven;
- het voorkomen dat een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar komt;
- de bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht; en
- de verschillende redenen om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten.

Weber<sup>344</sup> constateert dat deze rechtvaardigingsgronden in principe enkel worden geaccepteerd wanneer een maatregel niet discrimineert, maar dat het HvJ helaas niet consequent is in deze handelwijze. Onduidelijk is welke verdedigingslinie Nederland zou hanteren ter rechtvaardiging van de belemmering. Tevens zou, mocht één van die rechtvaardigingsgronden worden aanvaard, getoetst moeten worden of die maatregel noodzakelijk, effectief én proportioneel is. Vanwege de onzekerheid van deze uitkomst volsta ik met de opmerking dat de maatregel in strijd zou kunnen zijn

---

<sup>343</sup> Ontleend aan: Weber, D.M. (2015). *Cursus Belastingrecht, editie Europees Belastingrecht*. Deventer: Wolters Kluwer. Onderdeel EBR.5.1.2.C, "Rule of Reason".

<sup>344</sup> Ibid.



met het EU-recht doordat deze discriminerend en belemmerend is. Overigens is het einde van de subjectieve belastingplicht een andere discussie dan die is gevoerd in het arrest *National Grid Indus*<sup>345</sup>, want hier was enkel sprake van een exitheffing. Het einde van de subjectieve belastingplicht omvat veel meer dan enkel een eindafrekening.

#### *§ 5.4.2 Vestigingsplaatsfictie*

De vestigingsplaatsfictie blijft bij een grensoverschrijdende omzetting van een kapitaalvennootschap *niet* in stand (zie § 5.3.1.1 & 5.3.2.1). De vestigingsplaatsfictie die van toepassing is op een Nederlandse SE blijft daarentegen wél in stand. In deze paragraaf behandel ik in hoeverre de instandhouding van de vestigingsplaatsfictie na de grensoverschrijdende omzetting van een SE EU-proof is op het niveau van de Verordening SE en de vestigingsvrijheid. Zodoende wordt tevens duidelijk in hoeverre de vestigingsplaatsfictie EU-proof is wanneer deze van toepassing *zou zijn* na een grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV. Ik meen dat ook deze uitkomst van belang is, omdat impliciet uit de bijdrage van de Staatssecretaris<sup>346</sup> en de vragen vanuit de Tweede Kamer<sup>347</sup> blijkt dat deze partijen er vanuit gaan dat de vestigingsplaatsfictie in stand blijft.

De Raad van State<sup>348</sup> meent dat de instandhouding van de vestigingsplaatsfictie in strijd is met art. 7 van de Verordening SE. In dit artikel is bepaald dat de statutaire zetel van een SE in dezelfde lidstaat moet zijn gelegen als waar het hoofdbestuur is gevestigd en dat dit artikel het aldus niet toelaat dat in Nederland opgerichte SE's onder de vestigingsplaatsfictie worden gebracht. De reden hiervoor, zo meent de Raad van State, is dat na het verplaatsen van de werkelijke leiding en de statutaire zetel van de SE aan de Nederlandse heffingsbevoegdheid een einde komt en het fiscale regime van de nieuwe vestigingsstaat van toepassing wordt. Anders gezegd, de vestigingsplaatsfictie kan en mag niet in stand blijven omdat de Verordening SE het juist op die manier heeft ingekleed dat na verplaatsing van de SE aan alle heffingsbevoegdheden van een lidstaat een einde komt ten behoeve van de 'bewegingsvrijheid' van de belastingplichtige/de SE.

Verschillende Kamerleden<sup>349</sup> vragen zich evenzeer af of de 'overdreven beperking bij zetelverplaatsing' niet in strijd is met doel en strekking van de Verordening SE. De Staatssecretaris heeft deze kritiek getracht te pareren door te stellen dat de Verordening SE geen betrekking heeft op de fiscale wetgeving van lidstaten en dus ook niet op art. 7 Verordening SE. Enkel art. 9 en art. 10 Verordening SE bieden richtsnoeren voor de fiscaliteit en deze regelen met name welke overige regels, naast de Verordening SE, van toepassing zijn op de SE. Vanuit die optiek past de

---

<sup>345</sup> HvJ 29 november 2011, C-371/10 (*National Grid Indus*), BNB 2012/40.

<sup>346</sup> Nader rapport (reactie op het advies) van 5 september 2003, Kamerstukken II 2002-03, 29 035, nr. B.

<sup>347</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2003-04, 290 35, nr. 6.

<sup>348</sup> Advies van de Raad van State, Kamerstukken II 2002-03, 29 035, nr. B.

<sup>349</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2003-04, 290 35, nr. 6.

vestigingsplaatsfictie volgens hem binnen het plaatje van de SE. Mijns inziens is dit een non-argument, want dat de Verordening SE niet van toepassing is op fiscale wetgeving betekent niet dat een lidstaat fiscale belemmeringen mag opwerpen voor de SE. Voor zover de vestigingsplaatsfictie dan überhaupt nog op gespannen voet met art. 10 Verordening SE staat, wordt dit volgens de Staatssecretaris in 'normale' situaties als gevolg van de werking van verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing beperkt. Wat de Staatssecretaris verstaat onder normale situaties, is in dit verband niet duidelijk. In zekere zin heeft de Staatssecretaris een punt. Het HvJ heeft immers geoordeeld dat het niet is uit te sluiten dat een lidstaat erin slaagt zijn verplichtingen die voortvloeien uit het EU-Verdrag te eerbiedigen door met een andere (lid)staat een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting te sluiten.<sup>350</sup> Dit betekent hoe dan ook niet per se dat een regeling die is ondervangen door een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting niet strijdig kan zijn met het EU-recht.<sup>351</sup> Tevens heeft het HvJ in het arrest *Uberseering* beklemtoond dat verdragen de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging kunnen vergemakkelijken, maar dat de uitoefening niet afhankelijk mag zijn van de totstandkoming van dergelijke verdragen.<sup>352</sup> Zodoende faalt mijns inziens op dat punt het betoog van de Staatssecretaris. Met name omdat de fictie dermate verstrekkend is, dat vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de stelling dat *alle* gesloten belastingverdragen met lidstaten deze gevolgen volledig ondervangen. Ter illustratie overweeg het thans non-existente belastingverdrag met Cyprus, die dus evident op geen enkele manier mogelijke strijdigheid ondervangt.

De NOB<sup>353</sup> betoogt dat het inderdaad op grond van art. 9 en art. 10 Verordening SE gerechtvaardigd is om de Nederlandse SE te onderwerpen aan de vestigingsplaatsfictie zoals voor de lokale NV ook geldt. Zij bevestigt het argument van de Staatssecretaris dat dit de gelijke behandeling waarborgt. Zij is echter niet overtuigd dat dit argument standhoudt, gezien de bewoordingen van art. 8 Verordening SE, wanneer een SE zich grensoverschrijdend omzet/haar zetel grensoverschrijdend verplaatst. In dat artikel is immers geregeld dat het Nederlandse recht na omzetting/verplaatsing *niet* meer van toepassing is op de SE. Tezamen met de Considerans van de Verordening SE waar uitdrukkelijk wordt gewezen dat overdreven beperkingen voor de zetelverplaatsing van de SE niet zijn toegestaan, komt ook de NOB tot de conclusie dat het toepassen van de vestigingsplaatsfictie waardoor de SE voortdurend als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt in strijd is met doel en strekking van de Verordening SE. Het doel van de SE is immers het creëren van een niet-

---

<sup>350</sup> Zie bijvoorbeeld: HvJ 8 november 2007, C-379/05, V-N 2007/57.16, punt 79 HvJ 12 december 2006, C-374/04, BNB 2007/131, punt 71.

<sup>351</sup> Zie bijvoorbeeld: HvJ 12 december 2006, C-446/04, BNB 2007/130, punt 70.

<sup>352</sup> HvJ 5 november 2002, C-208/00 (*Uberseering*), *Ondernemingsrecht* 2002, ro. 55.

<sup>353</sup> Daniels, A.H.M. (2003). *NOB commentaar op wetsvoorstel Overige Fiscale Maatregelen 2004*, Kamerstuknummer 29.035. Amsterdam, De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.

lidstaatgebonden rechtsvorm voor vennootschappen met grensoverschrijdende activiteiten. Evenzo zou het naar mijn oordeel gek zijn als na omzetting alsnog een stukje Nederlands recht aan de SE blijft 'kleven'. Vooral wanneer men zich afvraagt wat de gevolgen hiervan zijn wanneer meer lidstaten in de overtuiging zouden zijn dat dit geoorloofd is. Zou dan een SE die zich na een verloop van bijvoorbeeld dertig jaar in vier landen heeft gevestigd te maken krijgen met het recht van alle vier(!) die landen? Dat lijkt mij rechtstreeks indruisen tegen doel en strekking van de Verordening SE: het vergemakkelijken van grensoverschrijdende herstructureringen zonder belemmeringen vanwege territoriaal beperkte toepassing van het nationale recht. Het toe-eigenen van heffingsbevoegdheid door de Nederlandse wetgever past hier niet in.

De NOB stelt voor om de vestigingsplaatsfictie te koppelen aan de plek waar de statutaire zetel van de SE is gelegen. Wanneer deze in Nederland is gelegen, zou dan de vestigingsplaatsfictie van toepassing zijn. Ik begrijp het voorstel ten behoeve van de gelijkheid tussen een NV en een SE, maar dit is slechts een wassen neus. Een regeling toepassen waardoor een vennootschap die op grond van zijn vestigingsplaats als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt bij wege van een fictie die betrekking heeft op de vestigingsplaats ook als een binnenlandse belastingplichtige wordt aangemerkt, is immers een beetje dubbel. Dit zou dan enkel een regeling zijn om de schijn te doen wakken dat ook de gelijkheid tussen een SE en andere lokale kapitaalvennootschappen in overweging is genomen. Hoe dit ook zij, ik ben het alsnog met de bovenstaande partijen eens dat de toepassing van de vestigingsplaatsfictie na omzetting/verplaatsing van de SE in strijd is met het doel van de Verordening SE, omdat het een belemmering vormt voor zetelverplaatsingen en herstructureringen in de interne markt die de Verordening SE juist tracht te elimineren.

Waar ik in de bovenstaande bijdrage nog geen aandacht aan heb besteed, is de vraag in hoeverre überhaupt gelijkheid wordt gecreëerd door instandhouding van de vestigingsplaatsfictie. De Staatssecretaris meent namelijk dat de vestigingsplaatsfictie van toepassing is op de SE ter waarborging van de gelijke behandeling van een SE en een NV. Dit overwegende wordt in beginsel een SE inderdaad hetzelfde als een NV behandeld<sup>354</sup>, maar wanneer de twee vennootschappen in grensoverschrijdend omzettingsverband worden vergeleken is er sprake van ongelijke behandeling. In § 5.3.1.1 is namelijk de conclusie getrokken dat bij een outbound grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV de fictie *niet* in stand blijft en bij de outbound grensoverschrijdende omzetting van een SE juist wel. En het omgekeerde geldt voor inbound grensoverschrijdende omzettingen (zie § 5.3.2.1). Dus naast het feit dat de instandhouding van de vestigingsplaatsfictie an sich indruist tegen doel en strekking van de Verordening SE, is er daarnaast ook *geen* sprake van een gelijke

---

<sup>354</sup> Met betrekking tot de vestigingsplaatsfictie.

behandeling van de SE en de NV in grensoverschrijdend verband; wat óók strijdig is met doel en strekking van de Verordening SE. In overweging 5 van de Verordening SE wordt namelijk gesteld dat: *“De lidstaten moeten er zorg voor dragen dat de voorschriften die krachtens deze verordening op Europese vennootschappen van toepassing zijn, niet leiden tot discriminatie als gevolg van een ongefundeerde verschillende behandeling van Europese vennootschappen in vergelijking met naamloze vennootschappen, ...”*

Overigens zou de wetgever kunnen betogen dat het verschil in behandeling voortvloeit uit het ambivalente karakter van de SE, maar ik acht de kans op succes van dit argument zeer klein vanwege het nadrukkelijke adagium in de Verordening SE om gelijke behandeling met naamloze vennootschappen te creëren.

Het is tevens interessant om te ontdekken welke de rol de jurisprudentie van het HvJ inneemt. Zoals eerder al in deze paragraaf al is aangegeven, zijn de Staatssecretaris en enkele andere partijen van mening dat de vestigingsplaatsfictie in stand blijft na de outbound grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV. Zodoende is het van belang om te achterhalen in hoeverre de instandhouding van de vestigingsplaatsfictie op een reguliere kapitaalvennootschap al dan niet strijdig is met het vestigingsrecht.

In het arrest *Uberseering*<sup>355</sup> oordeelde het HvJ dat de erkenning van de vennootschap door elke lidstaat waar zij zich wil vestigen evenwel een noodzakelijke voorwaarde voor de uitoefening van hun vrijheid van vestiging is.<sup>356</sup> Tevens is het niet de bedoeling van het Hof geweest door middel van het arrest *Daily Mail* lidstaten de mogelijkheid te geven hun eigen vennootschapsrecht als voorwaarde te stellen voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging.<sup>357</sup> De lidstaat waarnaar een zetel wordt verplaatst, moet dus het vennootschapsrecht van de lidstaat van oprichting erkennen. Indien sprake is van een omzetting, is de lidstaat van oprichting en de lidstaat waarnaar de (statutaire) zetel wordt verplaatst hetzelfde. Kan dit betekenen dat Nederland de oprichting en het vennootschapsrecht van de lidstaat waarnaar een vennootschap wordt omgezet moet erkennen? Ter staving van deze stellingname kan heil gevonden worden in het arrest *Inspire Art*<sup>358</sup> waarin het HvJ bevestigt dat ook een vrije keuze van het toepasselijk vennootschapsrecht bestaat. Wat betekent dat de lidstaat van vestiging het recht van de lidstaat van oprichting *volledig* moet erkennen en niet de oprichtingsprocedure nog eens dunnetjes over mag doen. Er dient erkenning te zijn voor het vennootschapsrecht van een andere lidstaat. Schutte-Veenstra<sup>359</sup> verwoordt de kern

---

<sup>355</sup> HvJ 5 november 2002, C-208/00 (*Uberseering*), *Ondernemingsrecht* 2002.

<sup>356</sup> Ro. 59.

<sup>357</sup> Ro. 72.

<sup>358</sup> HvJ 30 september 2003, C-167/01 (*Inspire Art*), *Ondernemingsrecht* 2003, 47.

<sup>359</sup> Schutte-Veenstra, J.N. (2003). Noot bij HvJ 30 september 2003, C-167/01 (*Inspire Art*). *Ondernemingsrecht*, 47.

van het arrest op zeer gevatte wijze: *“Het door de lidstaat van vestiging toepassen van bepaalde nationale voorschriften op buitenlandse EG-vennootschappen is alleen verenigbaar met het EG-Verdrag, indien er concrete aanwijzingen voor misbruik bestaan in het individuele geval of indien de hiermee gepaard gaande belemmering van het vestigingsrecht gerechtvaardigd is door een dwingende reden van algemeen belang (rule of reason-toets).”*

Bij outbound grensoverschrijdende omzettingen verandert Nederland van de lidstaat van oprichting naar de lidstaat van vestiging. Derhalve ben ik van mening dat het leerstuk van Inspire Art van toepassing is op Nederland na omzetting. Nederland dient het vennootschapsrecht van de andere lidstaat *volledig* te erkennen en mag niet bepaalde nationale voorschriften op die vennootschap toepassen. Een lidstaat mag de vestigingsvrijheid *niet* laten afhangen van zijn eigen vennootschapsrecht. In mijn optiek is Nederland na een outbound grensoverschrijdende omzetting verplicht om de oprichting van die vennootschap te respecteren en niet haar eigen vennootschapsrecht te laten gelden. Zij is immers niet meer de lidstaat van oprichting. Ondanks dat die vennootschap wellicht voorheen een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap is, op dat moment is dat niet meer aan de orde. Na een grensoverschrijdende omzetting is een kapitaalvennootschap immers opgericht naar het recht van een andere lidstaat. Erkenning is in mijn ogen niet het van toepassing laten zijn van de vestigingsplaatsfictie waardoor de kapitaalvennootschap als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt. Ik voorzie derhalve mogelijk op basis van primair EU-recht een ongeoorloofde belemmering van de vestigingsvrijheid wanneer de vestigingsplaatsfictie bij een SE, of iedere andere kapitaalvennootschap, na een outbound grensoverschrijdende omzetting in stand wordt gehouden.

Tot slot kan uiteraard de zienswijze van het HvJ zoals deze is uiteengezet in het arrest Cartesio<sup>360</sup> roet in het eten gooien. Het HvJ heeft in dit arrest geoordeeld dat een lidstaat de verplaatsing van de zetel van een vennootschap niet mag belemmeren indien deze vennootschap wordt omgezet in een rechtsvorm die niet is onderworpen aan het recht van die lidstaat.<sup>361</sup> Een voorbeeld van een belemmering is het eisen van ontbinding en liquidatie. Weber<sup>362</sup> meent dat de kans bestaat dat ook exithellingen onder dergelijke bedoelde belemmeringen zijn te scharen; ik meen dat ook de vestigingsplaatsfictie een kanshebber is om als belemmering in aanmerking te komen zoals door het HvJ in het arrest Cartesio is bedoeld.

---

<sup>360</sup> HvJ 16 december 2008, C-210/06 (Cartesio), V-N 2009/6.22.

<sup>361</sup> Ro. 111.

<sup>362</sup> Weber, D.M. (2015). *Cursus Belastingrecht, editie Europees Belastingrecht*. Deventer: Wolters Kluwer. Onderdeel EBR.5.0.3, “Zetelverplaatsing van een vennootschap (Daily Mail, Überseering, Cartesio en National Grid Indus); grensoverschrijdende juridische fusie (Sevic); omzetting (Cartesio)”.

#### *§ 5.4.3 Verliesverrekeningsmogelijkheden*

De rol van het EU-recht ten aanzien van de verliesverrekeningsmogelijkheden na een grensoverschrijdende omzetting zijn voor outbound en inbound omzettingen reeds besproken in respectievelijk § 5.3.1.5 en § 5.3.2.3.

#### *§ 5.4.4 Eindafrekening*

De omzetting van een Nederlandse kapitaalvennootschap naar een naar buitenlands recht opgerichte kapitaalvennootschap heeft het einde van de subjectieve belastingplicht als gevolg. De verplaatsing van de statutaire zetel van de vennootschap naar het buitenland speelt daarin een wezenlijke rol. Er is immers bij omzettingen van kapitaalvennootschappen geen sprake van het einde van de subjectieve belastingplicht indien de omzetting in zuiver nationaal verband plaatsvindt. In dat verband is het voor een om te zetten vennootschap mogelijk om zich te beroepen op art. 25a IW dat bepaalt dat uitstel van betaling kan worden verleend aan vennootschappen die hun zetel binnen de EU verplaatsen en ter zake daarvan exitheffingen dienen te betalen. De huidige vorm van dit artikel is een uitvloeisel van het arrest *National Grid Indus*<sup>363</sup> waarin het HvJ heeft geoordeeld dat een lidstaat gerechtigd is zijn belastingclaim bij zetelverplaatsing veilig te stellen; een zetelverplaatsing binnen de EU hoeft niet fiscaal neutraal te verlopen. Dit blijkt onder andere ook uit de systematiek van de Fusierichtlijn. Er zijn daarentegen vraagtekens te zetten bij het feit dat niet enkel heffing plaatsvindt over vermogensbestanddelen die de Nederlandse heffing verlaten, maar over het gehele ondernemingsvermogen van het belastingplichtig lichaam. De voorgenoemde EU-rechtelijke argumenten zien immers enkel toe op vermogensbestanddelen die de heffing van een lidstaat definitief verlaten. De heffing over het *gehele* vermogen van het belastingplichtig lichaam is mijns inziens dus ook potentieel strijdig met het EU-recht, alhoewel over het gehele vermogen uitstel van betaling wordt verleend. Het werpt immers méér belemmeringen op bij een omzetting dan strikt noodzakelijk is.

Ondanks dat de lidstaat gerechtigd is de latente meerwaarden in vermogensbestanddelen van een vennootschap definitief vast te stellen, is het niet geoorloofd over te gaan tot onmiddellijke invordering. De belastingclaim die mag worden veiliggesteld is de hoogte van het voordeel van vermogensbestanddelen die in het kader van de verplaatsing overgaan naar een andere lidstaat. Uitstel van betaling wordt enkel verleend indien de belastingplichtige hierom verzoekt en over dat deel van de belastingclaim voor zover deze betrekking heeft op voordelen die niet in aanmerking zouden zijn genomen ingeval de belastingplichtige in Nederland zou zijn gebleven. Er wordt dus geen uitstel van betaling verleend over de invordering van de heffing over reguliere winsten. Ten behoeve van de

---

<sup>363</sup> HvJ 29 november 2011, C-371/10 (*National Grid Indus*), BNB 2012/40.

omvang van deze scriptie toets ik niet in hoeverre art. 25a IW EU-proof is. Hiervoor verwijs ik naar de bijdragen van Van Sprundel<sup>364</sup> en Tigelaar-Klootwijk.<sup>365</sup>

#### § 5.4.4 Toepassingsbereik

##### § 5.4.4.1 Kapitaalvennootschappen

De regeling voor grensoverschrijdende omzettingen zoals opgenomen in het Voorontwerp beperkt het toepassingsbereik voor wat betreft Nederlandse rechtspersonen tot de BV en de NV.<sup>366</sup> De wetgever motiveert deze keuze door aan te geven dat het EU-recht ten aanzien van deze kapitaalvennootschappen tot op zekere hoogte is geharmoniseerd door EU-richtlijnen en zodoende de rechtsgevolgen beter voorspelbaar zijn. Hoogstwaarschijnlijk doelt zij onder andere op de Fusierichtlijn en de Moeder-Dochterrichtlijn die (enkel) van toepassing zijn op kapitaalvennootschappen. Hierdoor zouden de belangen van degenen die bij de om te zetten rechtspersoon betrokken zijn, beter kunnen worden veiliggesteld. Uit art. 54 VwEU is op te maken dat de vrijheid van vestiging in ieder geval *niet* geldt voor vennootschappen die geen winst beogen. Echter, tussen de kapitaalvennootschappen waarop het Voorontwerp thans van toepassing is en vennootschappen die geen winst beogen, ligt nog een wereld aan andersoortige vennootschappen.<sup>367</sup> Ook deze vennootschappen vallen, alle andere randvoorwaarden buiten beschouwing gelaten, onder de reikwijdte van art. 49 VwEU.

De onvoorspelbaarheid van de gevolgen van de andere omzettingvormen zijn de reden voor de wetgever om deze niet in het Voorontwerp op te nemen.<sup>368</sup> Hij wilt deze dus niet per sé verbieden, maar vindt het te prematuur om dit wettelijk mogelijk te maken vanwege de onvoorspelbare rechtsgevolgen. Dat betekent dus dat, zoals reeds in § 5.2.1. besproken, het resultaat van de omzettingvormen die *niet* in het Voorontwerp zijn geregeld alsnog bereikt kan worden door verschillende omzettingen achtereenvolgens van elkaar uit te voeren. Bijvoorbeeld een omzetting van een Duitse GmbH naar een Nederlandse coöperatie wordt dan geëffectueerd door een omzetting van een Duitse GmbH naar een Nederlandse NV en van de Nederlandse NV omgezet naar een Nederlandse coöperatie.

De beperkte reikwijdte van deze regeling doet afbreuk aan de vestigingsvrijheid ex art. 49 VwEU die van toepassing is op *vennootschappen*; een begrip dat meer omvat dan enkel

---

<sup>364</sup> Sprundel, D.E. van (2012). Wet uitstel van betaling exithellingen: niet EU-proof. *Weekblad Fiscaal Recht*, 914.

<sup>365</sup> Tigelaar-Klootwijk, Y.M. (2014). De (on)rechtmatigheid van renteloos uitstel van betaling. *Weekblad Fiscaal Recht*, 972.

<sup>366</sup> Art. 334nn, lid 1 Voorontwerp.

<sup>367</sup> Denk aan een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij of een stichting/vereniging die een onderneming drijft.

<sup>368</sup> Memorie van Toelichting bij internetconsultatie 'grensoverschrijdende omzetting', 21 januari 2014, p. 9.

kapitaalvennootschappen.<sup>369</sup> Zoals in de inleiding van deze scriptie is opgemerkt en wordt onderstreept door het advies van de ZIFO<sup>370</sup> en de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht<sup>371</sup> betekent het ontbreken van een wettelijke regeling daarentegen niet dat dit een rechtspersoon er aan in de weg staat om zich met een beroep op de jurisprudentie van het HvJ grensoverschrijdend om te zetten.<sup>372</sup> Dit is een gevolg van de supranationale en directe werking van de jurisprudentie van het HvJ. Dit overwegende betekent dat dus dat andere grensoverschrijdende omzettingvormen geoorloofd en mogelijk zijn, maar niet wettelijk zijn geregeld. Dit gaat ten koste van de rechtszekerheid en tevens wordt voor die niet-geregelde omzettingen niet voorzien in de bescherming van aandeelhouders, crediteuren, werknemersmedezeggenschap en het verzetrecht van de gerechtelijke macht. Ik ben het derhalve met de ZIFO<sup>373</sup> eens dat de te waarborgen belangen niet geheel worden gediend. Ondanks dat via omwegen het gewenste resultaat kan worden bereikt, betekent deze omweg een tekort aan rechtszekerheid, een extra administratieve last voor de belastingplichtige en dus een gemis in uitvoerbaarheid van de regeling. De hiervoor genoemde argumenten tezamen met de beoogde rechtszekerheid zouden voor de wetgever reden moeten zijn om het toepassingsbereik van de regeling uit te breiden op die manier dat de omzettingvormen zoals bekend in de nationale rechtssfeer ook in grensoverschrijdende situaties wettelijk geregeld moeten worden.

#### § 5.4.4.2 Derde landen

In § 4.2 is reeds geconcludeerd dat bij grensoverschrijdende omzettingen de vestigingsvrijheid van toepassing is. De vrijheid van vestiging vindt, in tegenstelling tot de vrijheid van kapitaalverkeer ex art. 63 VwEU, geen toepassing in derdelandsituaties. De beperking van de geografische reikwijdte van de regeling tot de EU/EER stuit derhalve niet op strijdigheid met het vestigingsrecht. De wetgever betoogt dat met oog op de bestaande harmonisatie op EU-niveau gekozen is voor een dergelijke geografische begrenzing van het Voorontwerp. In hun reactie op het consultatiedocument

---

<sup>369</sup> Voor een uitgebreide behandeling van dit begrip zie § 4.2.2.

<sup>370</sup> Veen, W.J.M. van & Zilinsky, M. & Bellingwout, J.W. (2014). *Reactie consultatie Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen*. Amsterdam, Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO). P. 5.

<sup>371</sup> Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (2014). *Advies inzake het voorontwerp wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een regeling voor grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen*. Den Haag, Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht. p. 3.

<sup>372</sup> Zie bijvoorbeeld de arresten 'Vale' en 'Cartesio'.

<sup>373</sup> Veen, W.J.M. van & Zilinsky, M. & Bellingwout, J.W. (2014). *Reactie consultatie Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen*. Amsterdam, Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO). p. 5.



pleiten Stibbe<sup>374</sup> en de ZIFO<sup>375</sup> voor een uitbreiding van de geografische reikwijdte met een beroep op de internationale concurrentiepositie van Nederland. Dit zou een puur beleidsmatige keuze zijn wat verder geen invloed heeft op de uitkomsten van de toetsingscriteria van § 1.4. Het al dan niet wettelijk regelen van grensoverschrijdende omzettingen van en naar derde landen is immers inpasbaar in het internationale belastingrecht. **De wijze** waarop een dergelijke positieve keuze wordt ingericht kan daarentegen invloed hebben op de inpasbaarheid in het internationale belastingrecht. Hiervan is echter geen sprake en wordt derhalve niet verder onderzocht.

#### § 5.4.5 Overig

In art. 344oo Voorontwerp wordt in een aantal gevallen grensoverschrijdende omzetting uitgesloten. Dit betreft het geval dat:

- ❖ de kapitaalvennootschap beklemd vermogen bezit in de zin van art. 334jj, lid 6 Voorontwerp (thans art. 2:18, lid 6 BW);
- ❖ de kapitaalvennootschap reeds in staat van ontbinding of vereffening verkeert en uit dien hoofde een uitkering is gedaan; of
- ❖ wanneer de kapitaalvennootschap is betrokken in een insolventieprocedure.

Het eerstgenoemde verbod is noodzakelijk om te voorkomen dat een stichting of een kapitaalvennootschap met beklemd vermogen onder haar statutaire verplichtingen uit kan komen. Een dergelijke zeer specifieke antimisbruikbepaling zal waarschijnlijk geen weerstand krijgen vanuit het EU-recht, omdat uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang de belemmering stand kan houden. Vooral omdat een van een stichting omgezette kapitaalvennootschap zich terdege grensoverschrijdend kan omzetten wanneer deze aantoonbaar dat het geen beklemd vermogen (meer) bezit. Tevens is bekend dat de Nederlandse wetgever ook in zuiver nationale situaties restricties oplegt ten aanzien van situaties waarin beklemd vermogen een rol speelt, zoals besproken in § 2.4.3. Deze restrictie strookt dus met de visie van de wetgever in zuiver nationaal verband.

Het wordt tevens als onwenselijk ervaren dat een kapitaalvennootschap zich grensoverschrijdend kan omzetten wanneer deze in staat van ontbinding of vereffening verkeert. De wetgever heeft zich laten inspireren door art. 2:310, lid 6 BW dat bepaalt dat een ontbonden rechtspersoon niet mag fuseren indien uit hoofde van vereffening een uitkering is gedaan. Dit verbod geldt voor zowel

---

<sup>374</sup> Stibbe (2014). *Reactie van Stibbe op de Consultatie grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen*. <https://www.stibbe.com/en/news/2014/july/voorontwerp-grensoverschrijdende-omzetting-van-rechtspersonen>. p. 2.

<sup>375</sup> Veen, W.J.M. van & Zilinsky, M. & Bellingwout, J.W. (2014). *Reactie consultatie Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen*. Amsterdam, Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO). p. 5.

nationale als grensoverschrijdende fusies en op die manier is dit in lijn met art. 4, lid 1 van de Fusierichtlijn die bepaalt dat:

*“De wetgeving van een lidstaat die de nationale autoriteiten het recht geeft zich om redenen van algemeen belang te verzetten tegen een bepaalde binnenlandse fusie, geldt ook voor een grensoverschrijdende fusie waarin ten minste één van de fuserende vennootschappen onder de wetgeving van die lidstaat valt.”*

Zodoende is art. 2:310, lid 6 BW die geldt voor zowel nationale als grensoverschrijdende fusies in overeenstemming met het EU-recht. Tevens is in het arrest *Sevic Systems*<sup>376</sup> bevestigd dat een fusie mag worden geweigerd indien dit is te rechtvaardigen op grond van dwingende redenen van algemeen belang zoals de belangen van schuldeisers, maar dat een *algehele* weigering niet proportioneel is. In het geval van omzettingen geldt een dergelijk verbod niet in zuiver nationale situaties. Ondanks dat de bepaling vrij specifiek is, voorzie ik mogelijke strijdigheid met het EU-recht omdat het verbod enkel geldt voor grensoverschrijdende omzettingen. Mijns inziens is het derhalve geboden om ook voor zuiver nationale situaties zo'n verbod op te nemen in de wet. Op die manier ontstaat een meer gelijke behandeling van verschillende herstructureringsmanieren en wordt tevens het gevaar voor strijdigheid met het EU-recht geweken. Hetzelfde geldt voor het verbod op de omzetting van een kapitaalvennootschap die betrokken is bij een insolventieprocedure. Het is een sympathieke regeling die bestaat ten behoeve van de bescherming van schuldeisers, maar die mijns inziens vanwege de bovengenoemde redenen ook voor zuiver nationale situaties zou moeten gelden.

Art. 334pp Voorontwerp regelt de formele en procedurele handelingen die verricht moeten worden ten behoeve van de grensoverschrijdende omzetting. Vergelijkbaar met art. 8 Verordening SE regelt art. 334pp Voorontwerp dat het bestuur van de vennootschap een voorstel tot grensoverschrijdende omzetting opstelt waarin onder andere<sup>377</sup> de naam, rechtsvorm en statutaire zetel van de vennootschap na omzetting staat vermeld alsmede een voorstel voor de statuten. Vanwege het feit dat deze eisen ook worden gesteld bij de grensoverschrijdende omzetting van een SE, kan geconcludeerd worden dat deze eisen in het licht van het EU-recht niet belemmerend zijn. De wetgever merkt echter in de MvT terecht op dat bij een nationale omzetting geen wettelijke verplichting tot het opstellen van een voorstel tot omzetting bestaat, waardoor een besluit waarin dit ook voor die situaties wordt verplicht volgens de wetgever meer is geweest. Mijns inziens is de woordkeuze 'meer geweest' een redelijk eufemisme, omdat er zonder een dergelijk besluit sprake is van een verschillende behandeling van nationale en grensoverschrijdende omzettingen. Ik zie tevens geen bezwaren, behoudens de uitvoerbaarheid van een omzetting, om een dergelijke eis niet te

---

<sup>376</sup> HvJ 13 december 2005, C-411/03 (*Sevic Systems*), V-N 2006/7.27, ro. 28.

<sup>377</sup> Alle eisen waaraan het voorstel moet voldoen zijn te vinden in Bijlage 3 ( art. 334pp, Voorontwerp).

stellen voor nationale omzettingen. Met de uitvoerbaarheid wordt bedoeld op de extra handelingen en zodoende de extra tijd en het extra geld wat het opstellen van het voorstel en de toelichting kost. In de MvT van het Voorontwerp gaat de wetgever uit van € 750,- voor het opstellen van het voorstel en de toelichting.<sup>378</sup> Gelet op de noodzakelijke harmonisatie van het EU-recht alsmede het doel van de wetgever om zoveel mogelijk eenvormigheid van de herstructureringsmogelijkheden te creëren, ben ik van mening dat deze argumenten zwaarder wegen om een dergelijk voorstel in nationaal verband te verplichten dan het uitvoerbaarheidsargument. Daarenboven kennen de rechtsfiguren fusie en splitsing al sinds 1983<sup>379</sup> de verplichting van een dergelijk voorstel, wat duidt op het feit dat een dergelijk voorstel uitvoerbaar is.

Art. 334ww Voorontwerp regelt het tijdstip waarop de omzetting van kracht is. In de MvT geeft de wetgever aan dat lidstaten verschillende objectieve momenten hanteren om het tijdstip van de omzetting te bepalen (bijvoorbeeld het tijdstip van inschrijving in het handelsregister of het moment waarop de notariële akte wordt verleden). Door discrepanties tussen de aanknopingspunten zou een rechtsvacuüm kunnen ontstaan en daarom heeft de wetgever ervoor gekozen dat voor de bepaling van het omzettingstijdstip wordt aangesloten bij het moment zoals bepaald door het recht van de ontvangststaat. Deze systematiek is conform de zienswijze van het EP zoals deze is verwoord in de Resolutie voor grensoverschrijdende zetelverplaatsingen van vennootschappen. Ik voorzie echter een probleem wanneer bij een outbound omzetting de lidstaat van aankomst een soortgelijke systematiek hanteert, alleen dan aansluit bij het omzettingstijdstip zoals wordt bepaald door de lidstaat van vertrek. Op dat moment is voor de belastingplichtige onduidelijk hoe het omzettingstijdstip moet worden bepaald, omdat beide lidstaten naar elkaars recht verwijzen. Daarom ben ik van mening dat art. 344ww, lid 1 Voorontwerp als hoofdregel zou moeten dienen, maar dat tevens een uitzonderingsregel zou moeten worden opgenomen die het omzettingstijdstip bepaalt aan de hand van Nederlandse wetgeving wanneer de wetgeving van de ontvangststaat geen duidelijkheid schept over het omzettingstijdstip. Tevens ben ik van mening dat, evenals bij zuiver nationale gefaciliteerde omzettingen (zie §3.2.2.3) en grensoverschrijdende fusies<sup>380</sup>, een grensoverschrijdende omzetting met terugwerkende kracht zou moeten kunnen plaatsvinden. Ik ben mij er echter van bewust dat hiervoor allereerst harmonisatie tussen lidstaten aangaande grensoverschrijdende omzettingen dient plaats te vinden. Een objectief te meten omzettingstijdstip heeft de eerste prioriteit en daarvan is thans nog geen sprake, dus is terugwerkende kracht nog te voorbarig.

---

<sup>378</sup> Gebaseerd op de kostenberekening van een grensoverschrijdende fusie: Kamerstukken II, 2006-07, 30 929, nr. 3, p. 8.

<sup>379</sup> Stb. 1983, 59.

<sup>380</sup> Besluit van Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/34M, Stcrt. 2015, 3137.

## § 5.5 Conclusie

Door middel van het Voorontwerp heeft de wetgever een eerste aanzet willen geven voor een wettelijk kader van grensoverschrijdende omzettingen en heeft zij deze kans tevens aangegrepen om omzettingen in nationaal verband in de wet te herstructureren. Door deze voorgestelde herstructurering zou art. 28a Wet VpB 1969 geen functie meer vervullen, omdat deze verwijst naar art. 2:18 BW. De redactionele wijziging dwingt dus de wetgever ertoe om ook de bewoordingen van art. 28a Wet VpB 1969 te wijzigen.

De systematiek van grensoverschrijdende omzettingen is vergelijkbaar aan die van zuiver nationale omzettingen: i) de rechtspersoonlijkheid blijft behouden, ii) het vindt plaats op vrijwillige basis en iii) de relaties ten aanzien van derden kunnen veranderen. Tevens dient het bestuur een omzettingsvoorstel op te stellen.

Indien een outbound grensoverschrijdende omzetting plaatsvindt, betekent dit dat de vestigingsplaatsfictie op de om te zetten NV/BV na omzetting *niet* meer van toepassing is doordat sprake is van een ander lichaam. Wanneer een SE outbound wordt omgezet is er echter sprake van instandhouding van de vestigingsplaatsfictie. Doordat sprake is van een ander lichaam, het aanknopingspunt van de subjectieve belastingplicht in de Wet VpB 1969, is er ook sprake van een einde van de subjectieve belastingplicht ten tijde van omzetting. Dit betekent dat een outbound grensoverschrijdende omzetting tevens een afrekenmoment is voor de Wet VpB 1969 en alle subjectieve aanspraken, zoals verliesverrekeningsmogelijkheden, verloren gaan. Zelfs wanneer vermogensbestanddelen in de vorm van een VI achterblijven in Nederland, dienen deze in de heffing betrokken te worden. De schoen wringt omdat uit verschillende passages van de wetshistorie blijkt dat de wetgever in het licht van art. 15c Wet VpB 1969 van mening is dat dergelijke achterblijvende vermogensbestanddelen niet in de heffing betrokken hoeven te worden.

Wat betreft de SE eindigt de subjectieve belastingplicht niet doordat geen sprake is van een ander lichaam en door de toepassing van de vestigingsplaatsfictie waardoor de SE binnenlands belastingplichtige blijft. Hierdoor ontstaat problematiek ten aanzien van het moment waarop art. 15c of 15d Wet VpB 1969 kunnen worden toegepast, omdat deze zien op situaties waarbij een belastingplichtige *niet meer* binnenlands belastingplichtige is. De objectvrijstelling ondervangt deze problematiek slechts deels. Tevens kunnen vermogensbestanddelen buiten de heffing terecht komen vanwege overgedragen vermogensbestanddelen die na omzetting niet meer worden toegerekend aan Nederlandse winst en daardoor buiten het bereik van de objectvrijstelling vallen.

Door het einde van de subjectieve belastingplicht eindigt ten aanzien van de om te zetten rechtspersoon/maatschappij de fiscale eenheid. Het BFE voorziet in het niet verbreken van de fiscale eenheid voor de achterblijvende VI. Deze regeling treedt echter enkel in werking wanneer de

feitelijke leiding naar het buitenland wordt verplaatst en zou dus in voorkomende gevallen geen uitkomst kunnen bieden voor omzettingen. De gevolgen voor de VpB-plichtige aandeelhouder zijn afhankelijk van de afspraken die zijn gemaakt. Indien geen afspraken zijn gemaakt, verandert zijn aandeelhouderschap niet en heeft de omzetting geen gevolgen. Door het einde van de subjectieve belastingplicht gaan alle subjectgebonden aanspraken waaronder verliesverrekeningspotentieel verloren. Omdat de materiële onderneming niet eindigt bij omzetting, zijn lidstaten waarschijnlijk ongevoelig voor verliesimport. Het zou daarentegen wenselijk zijn wanneer Nederland het verliesverrekeningspotentieel, net zoals bij juridische fusie, toerekent aan de achtergebleven VI. Omdat inbound en outbound grensoverschrijdende omzettingen in feite communicerende vaten zijn, is de vestigingsplaatsfictie van toepassing op inbound grensoverschrijdende omgezette kapitaalvennootschappen. De leer van communicerende vaten kan ook worden toegepast op SE's, waardoor voor inbound grensoverschrijdend omgezette SE's de vestigingsplaatsfictie niet geldt. Wanneer de belastingplicht voor een omgezette NV/BV aanvangt wordt deze geacht haar onderneming te drijven met haar gehele vermogen. Een Nederlandse VI wordt dus 'opgezogen' in de nieuwe kapitaalvennootschap. De vermogensbestanddelen worden op de balans gewaardeerd tegen WEV en de VI-vermogensbestanddelen tegen boekwaarde. Aan de hand van de regels van het internationaal belastingrecht kunnen VI's worden toegerekend aan de omgezette kapitaalvennootschap. Indien de om te zetten kapitaalvennootschap nog verrekenbare verliezen had die niet in de lidstaat van vertrek verrekenbaar zijn, worden deze ook niet in Nederland in aftrek toegestaan door de werking van art. 15e Wet VpB 1969 die liquidatieverliezen terugneemt van een geheel of gedeeltelijk materieel voortgezette onderneming. Wanneer van een om te zetten rechtspersoon de VI reeds in een Nederlandse fiscale eenheid is gevoegd, verbreekt de fiscale eenheid ten aanzien van die maatschappij niet wanneer de feitelijke leiding naar Nederland wordt verplaatst bij omzetting. Wanneer echter de feitelijke leiding niet naar Nederland wordt verplaatst, maar wel een omzetting plaatsvindt, zou alsnog de fiscale eenheid verbreken. Nadere regelgeving is gewenst om ook deze situaties te voorkomen.

Bij een zuiver nationale omzetting eindigt de subjectieve belastingplicht van de om te zetten rechtspersoon niet en ingeval van een grensoverschrijdende omzetting wel. Dit betekent dat er een verschil in behandeling is van een zuiver nationale en grensoverschrijdende omzetting door onder andere de gevolgen van het einde van de subjectieve belastingplicht. Het verschil in behandeling is potentieel strijdig met het EU-recht omdat deze discriminerend is en omdat de gevolgen belemmerend zijn (eindafrekening, verlies subjectieve aanspraken). De instandhouding van de vestigingsplaatsfictie van de SE is strijdig met het doel van de Verordening SE. Allereerst op basis van art. 7 Verordening SE waarin is bepaald dat de statutaire zetel en het hoofdbestuur van de SE in één

staat moet zijn gelegen. Dit betekent volgens de Raad van State dat bij verplaatsing van de SE een einde komt aan de heffingsbevoegdheid van Nederland en hierin dus geen vestigingsplaatsfictie past. De verdedigingslijn dat de Verordening SE niets regelt omtrent fiscale wetgeving, is onjuist omdat dit niet betekent dat een lidstaat fiscale belemmeringen mag opwerpen. Tevens mag de vestigingsvrijheid niet enkel afhangen van de totstandkoming van belastingverdragen, dus ook dat argument van de Staatssecretaris rechtvaardigt niet de instandhouding van de vestigingsplaatsfictie. Het toe-eigenen van heffingsbevoegdheid past niet binnen het doel van de Verordening SE om grensoverschrijdende herstructureringen te vergemakkelijken. Tot slot worden ook de NV en de SE *niet* gelijk behandeld doordat bij de grensoverschrijdende omzetting van een NV de vestigingsplaatsfictie juist géén stand houdt, wat tevens in strijd is met de beoogde gelijkheid met naamloze vennootschappen van de Verordening SE.

Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt dat een lidstaat het vennootschapsrecht van een andere lidstaat moet erkennen, de vestigingsvrijheid *niet* mag laten afhangen van zijn eigen vennootschapsrecht en niet bepaalde nationale voorschriften op die vennootschap mag toepassen. Tevens mag een lidstaat de verplaatsing van de zetel van een vennootschap niet belemmeren indien deze vennootschap wordt omgezet in een rechtsvorm die niet is onderworpen aan het recht van die lidstaat; de vestigingsplaatsfictie is mogelijk een belemmering die niet geoorloofd is.

De eindafrekening die plaatsvindt door het einde van de subjectieve belastingplicht als gevolg van de zetelverplaatsing is geoorloofd, maar een onmiddellijke invordering van de belastingclaim niet. Art. 25a IW biedt hiervoor de oplossing. Doch voorzie ik mogelijke strijdigheid doordat de eindafrekening plaatsvindt over het gehele vermogen van het belastingplichtig lichaam.

Het toepassingsbereik van de regeling is beperkt tot kapitaalvennootschappen. Dit draagt niet bij aan de rechtszekerheid en voorziet niet in de waarborging van belangen van derde partijen. Ondanks dat via omwegen niet-geregelde omzettingen kunnen worden uitgevoerd, betekent deze omweg een tekort aan rechtszekerheid, een extra administratieve last voor de belastingplichtige en dus een gemis in uitvoerbaarheid van de regeling. De vrijheid van vestiging is niet van toepassing op derdeland-situaties, dus EU-rechtelijk is Nederland niet verplicht grensoverschrijdende omzettingen in die gevallen te regelen.

Grensoverschrijdende omzettingen worden niet toegestaan wanneer deze in staat van ontbinding/vereffening verkeren of betrokken zijn bij een insolventieprocedure. Dit is overeenkomstig *Sevic Systems* en de regeling voor nationale en grensoverschrijdende fusies en derhalve zijn dergelijke belemmeringen toegestaan in het EU-recht. Echter, zuiver nationale omzettingen kennen dergelijke restricties niet. Derhalve is het mijns inziens geboden om ten behoeve van de gelijkheid van grensoverschrijdende en zuiver nationale omzettingen, eenzelfde

restrictie voor zuiver nationale omzettingen in de wet op te nemen. Deze harmonisatie op nationaal niveau zou tevens moeten worden doorgevoerd voor de verplichting tot het opstellen van een voorstel van een omzetting. Het draagt bij aan de eenvormigheid van herstructureringsmogelijkheden en de harmonisatie van het EU-recht en is uitvoerbaar. Ten aanzien van het omzettingstijdstip zou als hoofdregel moeten gelden dat wordt aangesloten bij het recht van de ontvangstaat, behoudens wanneer deze geen omzettingstijdstip bepaalt. Dan zou de Nederlandse wetgeving hierover uitsluitel moeten geven.

## Conclusies en aanbevelingen

### § 6.1 Conclusie(s)

Met de publicatie van het Voorontwerp werd door de wetgever een eerste aanzet gegeven voor een wettelijk kader voor grensoverschrijdende omzettingen. Door het uitblijven van enige notie van de fiscale gevolgen en de in het algemeen verslachte aandacht van de wetgever voor de rechtsfiguur omzetting, is in dit onderzoek getracht inzicht te krijgen in de fiscale gevolgen van omzettingen door middel van de volgende onderzoeksvraag:

*“Wat zijn de fiscale consequenties van omzettingen en in het bijzonder van grensoverschrijdende omzettingen?”*

Teneinde een antwoord te formuleren op de bovenstaande onderzoeksvraag, is allereerst stilgestaan bij de civielrechtelijke kenmerken en procedures van de rechtsfiguur omzetting in zuiver nationaal verband. Omzetting ex art. 2:18 BW is een rechtsfiguur die het mogelijk maakt voor een rechtspersoon om zich te ontdoen van zijn rechtskleed zonder dat zij moet overgaan tot ontbinding of vereffening. De rechtsfiguur kenmerkt zich door i) haar vrijwillige karakter, ii) het behoud van rechtspersoonlijkheid en iii) de verandering van de positie van de rechtspersoon ten aanzien van derden. Door het vrijwillige karakter zijn de redenen, die fiscaal, organisatorisch en/of juridisch van aard kunnen zijn, voor een rechtspersoon om zich om te zetten ondergeschikt aan de procedure. Afhankelijk van de rechtspersoon dient het gerechtigde orgaan een besluit te nemen tot omzetting met inachtneming van het wijzigen van de statuten en wordt een notariële akte opgemaakt.

Vervolgens zijn de fiscale gevolgen van een zuiver nationale omzetting onderzocht door een analyse van art. 28a Wet VpB 1969: het enige artikel dat de fiscale gevolgen van omzettingen regelt. Art. 28a Wet VpB 1969 regelt voor de Wet VpB 1969, de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965 de fiscale gevolgen van de rechtsfiguur omzetting in nationaal verband. Allereerst is het uiterst discutabel of art. 28a Wet VpB 1969 rechtsgrond heeft in de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965, omdat uit het legaliteitsbeginsel voortvloeit dat het heffingssubject en -moment in de Rijkswet zelf moet worden gecreëerd. Tevens is het curieus dat voor alle drie de belastingmiddelen dezelfde uitgangspunten worden gehanteerd, terwijl deze voor de Wet VpB 1969 slechts van beperkte functie zijn. De Wet IB 2001 en de Wet DB 1965 kennen tevens andere belastingsubjecten dan de Wet VpB 1969, dus het eenvoudsargument ondersteunt deze handelswijze niet. Art. 28a Wet VpB 1969 onderscheidt drie groepen omzettingen:

- fiscaal niet-gefaciliteerde omzettingen;



- fiscaal niet-geregelde omzettingen; en
- fiscaal gefaciliteerde omzettingen.

De hoofdregel van art. 28a Wet VpB 1969 is van toepassing op alle omzettingen behoudens op de omzetting van een BV naar een NV en omgekeerd, alsmede omzettingen van een stichting in een vereniging en omgekeerd. Deze hoofdregel betreft de inwerkingtreding van de liquidatie-, uitkerings- en stortingsficties bij omzettingen volgens art. 2:18 BW. De ficties effectueren een relevant realisatie- en heffingsmoment voor de Wet VpB 1969. Hierdoor eindigt de subjectieve belastingplicht en moet de belastingplichtige afrekenen over eventueel behaalde winsten als gevolg van de omzetting en gaan verrekenbare verliezen definitief verloren. Ook andere subjectieve aanspraken/verplichtingen gaan teniet. De noodzakelijkheid van de ficties is niet per se evident, omdat door het totaalwinstbeginsel en de compartimenteringsleer fiscale claims na sfeerovergangen verzekerd worden of gewaarborgd blijven. Bij fiscaal niet-geregelde omzettingen wordt het civielrechtelijke uitgangspunt gevolgd en eindigt de subjectieve belastingplicht niet. Verplichtingen en aanspraken gaan van de om te zetten rechtspersoon naar de omgezette rechtspersoon. Een heffingslek ontstaat niet, omdat boekwaarden hetzelfde blijven en de belastingplicht van de rechtspersonen zeer vergelijkbaar is.

Fiscaal gefaciliteerde omzettingen vinden plaats op verzoek van de belastingplichtige en alsdan treedt de omgezette rechtspersoon in de plaats van de om te zetten rechtspersoon. Tevens worden boekwaarden doorgeschoven en gaan subjectieve aanspraken en verplichtingen over op de omgezette rechtspersoon. Er vindt geen heffing plaats. Een verzoek wordt enkel toegestaan indien aan de standaardvoorwaarden is voldaan en de omzetting niet plaatsvindt op basis van fiscale motieven. Indien fiscaal gefaciliteerde omzetting niet wordt toegestaan voor de Wet VpB 1969, gelden de ficties ook voor de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965; een zeer extreme alles-of-niets-benadering.

Indien een niet-gefaciliteerde omzetting plaatsvindt binnen een fiscale eenheid, wordt deze fiscale eenheid in principe verbroken ten aanzien van deze maatschappij als gevolg van de liquidatiefictie en/of de uitkeringsfictie. De besluitgever heeft echter goedgekeurd dat bij gefaciliteerde omzettingen van de moedermaatschappij de fiscale eenheid in stand blijft. Als sprake is van een niet-geregelde omzetting binnen een fiscale eenheid vindt geen verbreking van de fiscale eenheid plaats, omdat de subjectieve belastingplicht niet eindigt. Om deze reden heeft de besluitgever vermoedelijk geen aandacht geschonken aan omzettingen van dochtermaatschappijen. Er zijn echter situaties denkbaar waarbij gefaciliteerde omzettingen van dochtermaatschappijen plaatsvinden binnen een fiscale eenheid. Al deze niet-genoemde situaties lijken een omissie van de besluitgever en het is

aldus wenselijk dat ook voor deze situaties de fiscale eenheid niet verbreekt, omdat de materiële ondernemingen in de fiscale eenheid niet veranderen.

Wetgeving die betrekking heeft op grensoverschrijdende economische activiteiten dient EU-proof te zijn. Derhalve is onderzocht of en in hoeverre het EU-recht een rol speelt bij grensoverschrijdende omzettingen. Voor grensoverschrijdende omzettingen betekent dat de vestigingsvrijheid van art. 49 VwEU geëerbiedigd dient te worden. De nationale wetgever is daarentegen vrij om de incorporatieleer, dan wel de reële zetelleer aan te hangen. De keuze voor één van beide leeren wordt geëerbiedigd door het EU-recht. De incorporatieleer wordt door Nederland aangehangen en hierbij is de vennootschap steeds onderworpen aan het recht van de staat waarnaar zij is opgericht of waar zij haar statutaire zetel heeft.

Uit de jurisprudentie van het HvJ die betrekking heeft op zetelverplaatsingen is de volgende systematiek te destilleren:

- Het is vaste rechtspraak dat een vennootschap enkel bestaat krachtens (nationale) wetgeving en daarom mag een lidstaat voorwaarden verbinden aan de oprichting, het bestaan en de liquidatie van een vennootschap waaronder tevens de plaats van zetel van die vennootschap.
- Dit neemt echter niet weg dat de nationale wetgeving inzake vennootschappen immuun is voor de vestigingsvrijheid. Indien een vennootschap haar zetel en tevens het toepasselijk recht wil veranderen naar het recht van een andere lidstaat, mag de lidstaat van vertrek dit niet belemmeren; althans voor zover het recht van de lidstaat van ontvangst dit toestaat.
- De lidstaat van ontvangst heeft in die mate de vrijheid om een inbound omzetting te weigeren voor zover zij de organisatiefaciliteit *niet* in haar nationale recht kent *of* niet is voldaan aan de voorwaarden. Anderszins is ook de lidstaat van ontvangst geboden een omzetting toe te staan.

De SE is een supranationale rechtsvorm die deels wordt beheerst door de Verordening SE en deels door het recht wat van toepassing is op een NV van een lidstaat. Door gebruikmaking van de rechtsvorm SE kan iedere rechtsvorm of vennootschap zich, zonder nationale wetgeving voor grensoverschrijdende omzettingen, met een omweg grensoverschrijdend omzetten. De fiscale behandeling van de SE is gelijk aan de behandeling van een NV. Echter, door het ambivalente karakter van de SE heeft de wetgever het nodig geacht een extra volzin toe te voegen in verband met de SE in art. 2, lid 4 Wet VpB 1969, de vestigingsplaatsfictie. Wanneer een SE outbound wordt omgezet is er sprake van instandhouding van de vestigingsplaatsfictie. Wat betreft de SE eindigt de

subjectieve belastingplicht niet doordat geen sprake is van een ander lichaam en door de toepassing van de vestigingsplaatsfictie waardoor de SE binnenlands belastingplichtige blijft. Hierdoor ontstaat problematiek ten aanzien van het moment waarop art. 15c Wet VpB 1969 of 15d Wet VpB 1969 kunnen worden toegepast, omdat deze toezien op situaties waarin een belastingplichtige *niet meer binnenlands* belastingplichtige is. De objectvrijstelling ondervangt deze problematiek slechts deels. Tevens kunnen vermogensbestanddelen buiten de heffing terecht komen vanwege overgedragen vermogensbestanddelen die na omzetting niet meer worden toegerekend aan Nederlandse winst en daardoor buiten het bereik van de objectvrijstelling vallen.

De instandhouding van de vestigingsplaatsfictie van de SE is strijdig met het doel van de Verordening SE. Allereerst op basis van art. 7 Verordening SE waarin is bepaald dat de statutaire zetel en het hoofdbestuur van de SE in één staat moet zijn gelegen. Dit betekent volgens de Raad van State dat bij verplaatsing van de SE een einde komt aan de heffingsbevoegdheid van Nederland en hierin dus geen vestigingsplaatsfictie past. De verdedigingslijn dat de Verordening SE niets regelt omtrent fiscale wetgeving, is onjuist omdat dit niet betekent dat een lidstaat fiscale belemmeringen mag opwerpen. Tevens mag de vestigingsvrijheid niet enkel afhangen van de totstandkoming van belastingverdragen, dus ook dat argument van de Staatssecretaris rechtvaardigt niet de instandhouding van de vestigingsplaatsfictie. Het toe-eigenen van heffingsbevoegdheid past niet binnen het doel van de Verordening SE om grensoverschrijdende herstructureringen te vergemakkelijken. Tot slot worden ook de NV en de SE *niet* gelijk behandeld doordat bij de grensoverschrijdende omzetting van een NV de vestigingsplaatsfictie juist géén stand houdt; wat tevens in strijd is met de beoogde gelijkheid met naamloze vennootschappen van de Verordening SE. Uit de jurisprudentie van het HvJ blijkt dat een lidstaat het vennootschapsrecht van een andere lidstaat moet erkennen, de vestigingsvrijheid *niet* mag laten afhangen van zijn eigen vennootschapsrecht en niet bepaalde nationale voorschriften op die vennootschap mag toepassen. Tevens mag een lidstaat de verplaatsing van de zetel van een vennootschap niet belemmeren indien deze vennootschap wordt omgezet in een rechtsvorm die niet is onderworpen aan het recht van die lidstaat; de vestigingsplaatsfictie is mogelijk een belemmering die niet geoorloofd is, ook wanneer deze stand houdt bij een outbound grensoverschrijdende omzetting van een NV/BV.

Naast grensoverschrijdende omzettingen door middel van een SE kunnen soortgelijke resultaten worden bereikt door middel van een grensoverschrijdende fusie, (af)splitsing of bedrijfsfusie. Overeenkomstig art. 14b Wet VpB 1969 is de fiscale hoofdregel dat, indien voldaan aan bepaalde voorwaarden, een (grensoverschrijdende) juridische fusie fiscaal wordt gefaciliteerd, tenzij de belastingplichtige anderszins verzoekt. Fiscaal gefaciliteerd betekent dat de verkrijgende rechtspersoon met betrekking tot al hetgeen in het kader van de fusie is verkregen in de plaats

treedt van de verdwijnende rechtspersoon. Bij een ruisende fusie wordt de verdwijnende vennootschap geacht haar gehele vermogen te hebben overgedragen aan de verkrijgende vennootschap en tevens wordt ze geacht ten tijde van de fusie te hebben opgehouden in Nederland winst uit onderneming te genieten. Indien de belastingplichtige niet voldoet aan de eisen van de hoofdregel en geen sprake is van misbruik, kan een geruisloze fusie op verzoek plaatsvinden waarbij de winst buiten aanmerking wordt gelaten doordat de vermogensbestanddelen van de verdwijnende rechtspersoon onder algemene titel overgaan op de verkrijgende rechtspersoon.

Standaardvoorwaarde 1 van gefaciliteerde fusies verplicht tot een belaste herwaardering van een vermogensbestanddeel wanneer deze verdwijnt of het bereik van de vennootschapsbelasting verlaat als gevolg van de fusie. Hierdoor wordt het Nederlands heffingsbelang gewaarborgd. Dit is in lijn met de Fusierichtlijn die stelt dat facilitering niet verplicht is wanneer de activa en passiva niet in de vorm van een VI achterblijven in Nederland. De Fusierichtlijn kan een handvat bieden voor de inrichting van 'gefaciliteerde' grensoverschrijdende omzettingen.

Door middel van het Voorontwerp heeft de wetgever een eerste aanzet willen geven voor een wettelijk kader van grensoverschrijdende omzettingen en heeft zij deze kans tevens aangegrepen om omzettingen in nationaal verband in de wet te herstructureren. Door deze voorgestelde herstructurering zou art. 28a Wet VpB 1969 geen functie meer vervullen, omdat deze verwijst naar art. 2:18 BW. De redactionele wijziging dwingt mijns inziens dus de wetgever ertoe om ook de bewoordingen van art. 28a Wet VpB 1969 te wijzigen. De systematiek van grensoverschrijdende omzettingen is vergelijkbaar aan die van zuiver nationale omzettingen.

Indien een outbound grensoverschrijdende omzetting plaatsvindt, betekent dit dat de vestigingsplaatsfictie op de om te zetten NV/BV na omzetting *niet* meer van toepassing is doordat sprake is van een ander lichaam. Doordat sprake is van een ander lichaam, het aanknopingspunt van de subjectieve belastingplicht in de Wet VpB 1969, is er ook sprake van een einde van de subjectieve belastingplicht ten tijde van omzetting. Dit betekent dat een outbound grensoverschrijdende omzetting tevens een afrekenmoment is voor de Wet VpB 1969 en alle subjectieve aanspraken, zoals verliesverrekeningsmogelijkheden, verloren gaan. Zelfs wanneer vermogensbestanddelen in de vorm van een VI achterblijven in Nederland, dienen deze in de heffing betrokken te worden. De schoen wringt omdat uit verschillende passages van de wetshistorie blijkt dat de wetgever in het licht van art. 15c Wet VpB 1969 van mening is dat dergelijke achterblijvende vermogensbestanddelen niet in de heffing betrokken hoeven te worden.

Door het einde van de subjectieve belastingplicht eindigt ten aanzien van de om te zetten rechtspersoon/maatschappij de fiscale eenheid. Het BFE voorziet in het niet verbreken van de fiscale

eenheid voor de achterblijvende VI. Deze regeling treedt echter enkel in werking wanneer de feitelijke leiding naar het buitenland wordt verplaatst en zou dus in voorkomende gevallen geen uitkomst kunnen bieden voor omzettingen. De gevolgen voor de VpB-plichtige aandeelhouder zijn afhankelijk van de afspraken die zijn gemaakt omtrent de omzetting. Indien geen afspraken zijn gemaakt, verandert zijn aandeelhouderschap niet en heeft de omzetting geen gevolgen. Door het einde van de subjectieve belastingplicht gaan alle subjectgebonden aanspraken waaronder verliesverrekeningspotentieel verloren. Omdat de materiële onderneming niet eindigt bij omzetting, zijn lidstaten waarschijnlijk ongevoelig voor verliesimport. Het zou daarentegen wenselijk zijn wanneer Nederland het verliesverrekeningspotentieel, net zoals bij juridische fusie, toerekent aan de achtergebleven VI. Omdat inbound en outbound grensoverschrijdende omzettingen in feite communicerende vaten zijn, is de vestigingsplaatsfictie van toepassing op inbound grensoverschrijdende omgezette kapitaalvennootschappen. De leer van communicerende vaten kan ook worden toegepast op SE's, waardoor voor inbound grensoverschrijdend omgezette SE's de vestigingsplaatsfictie niet geldt. Wanneer de belastingplicht voor een omgezette NV/BV aanvangt wordt deze geacht haar onderneming te drijven met haar gehele vermogen. Een Nederlandse VI wordt dus 'opgezogen' in de nieuwe kapitaalvennootschap. De vermogensbestanddelen worden op de balans gewaardeerd tegen WEV en de VI-vermogensbestanddelen tegen boekwaarde. Aan de hand van de regels van het internationaal belastingrecht kunnen VI's worden toegerekend aan de omgezette kapitaalvennootschap. Indien de om te zetten kapitaalvennootschap nog verrekenbare verliezen had die niet in de lidstaat van vertrek verrekenbaar zijn, worden deze ook niet in Nederland in aftrek toegestaan door de werking van art. 15e Wet VpB 1969 die liquidatieverliezen terugneemt van een geheel of gedeeltelijk materieel voortgezette onderneming. Wanneer van een om te zetten rechtspersoon reeds in een Nederlandse fiscale eenheid is gevoegd, verbreekt de fiscale eenheid ten aanzien van die maatschappij niet wanneer de feitelijke leiding naar Nederland wordt verplaatst bij omzetting. Wanneer echter de feitelijke leiding niet naar Nederland wordt verplaatst, maar wel een omzetting plaatsvindt, zou alsnog de fiscale eenheid verbreken. Nadere regelgeving is gewenst om ook deze situaties te voorkomen.

Bij een zuiver nationale omzetting eindigt de subjectieve belastingplicht van de om te zetten rechtspersoon niet en ingeval van een grensoverschrijdende omzetting wel. Dit betekent dat er een verschil in behandeling is van een zuiver nationale en grensoverschrijdende omzetting door onder andere de gevolgen van het einde van de subjectieve belastingplicht. Het verschil in behandeling is potentieel strijdig met het EU-recht omdat deze discriminerend is en omdat de gevolgen belemmerend zijn. De eindafrekening die plaatsvindt door het einde van de subjectieve

belastingplicht als gevolg van de zetelverplaatsing is geoorloofd, maar een onmiddellijke invordering van de belastingclaim niet. Art. 25a IW biedt hiervoor de oplossing, alhoewel de exitheffing over het gehele vermogen, in plaats van enkel over de vermogensbestanddelen die de Nederlandse heffing verlaten, alsnog potentieel strijdig is met het EU-recht. Het werpt immers meer belemmeringen bij omzettingen op dan strikt noodzakelijk.

Het toepassingsbereik van de regeling is beperkt tot kapitaalvennootschappen. Dit draagt niet bij aan de rechtszekerheid en voorziet niet in de waarborging van belangen van derde partijen. Ondanks dat via omwegen niet-geregelde omzettingen kunnen worden uitgevoerd, betekent deze omweg een tekort aan rechtszekerheid, een extra administratieve last voor de belastingplichtige en dus een gemis in uitvoerbaarheid van de regeling. De vrijheid van vestiging is niet van toepassing op derdeland-situaties, dus EU-rechtelijk is Nederland niet verplicht grensoverschrijdende omzettingen in die gevallen te regelen.

Grensoverschrijdende omzettingen worden niet toegestaan wanneer deze in staat van ontbinding/vereffening verkeren of betrokken zijn bij een insolventieprocedure. Dit is overeenkomstig het arrest *Sevic Systems* en de regeling voor nationale en grensoverschrijdende fusies en derhalve zijn dergelijke belemmeringen toegestaan in het EU-recht. Echter, zuiver nationale omzettingen kennen dergelijke restricties niet. Derhalve is mijns inziens geboden om, ten behoeve van de gelijkheid van grensoverschrijdende en zuiver nationale omzettingen, eenzelfde restrictie voor zuiver nationale omzettingen op te nemen in de wet. Deze harmonisatie op nationaal niveau zou tevens moeten worden doorgevoerd voor de verplichting tot het opstellen van een voorstel van een omzetting. Het draagt bij aan de eenvormigheid van herstructureringsmogelijkheden en de harmonisatie van het EU-recht, en het is uitvoerbaar. Ten aanzien van het omzettingstijdstip zou als hoofdregel moeten gelden dat wordt aangesloten bij het recht van de ontvangstaat, behoudens wanneer deze geen omzettingstijdstip bepaalt. Dan zou de Nederlandse wetgeving hierover uitsluitel moeten geven.

## § 6.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf wordt een antwoord geformuleerd op de laatste deelvraag:

*“Kunnen aanbevelingen worden gedaan om omzettingen en grensoverschrijdende omzettingen EU-proof, inpasbaar, effectief en uitvoerbaar te maken?”*

De belangrijkste aanbeveling die ik heb voor de wetgever: Schep duidelijkheid over de fiscale gevolgen van omzettingen. Uit dit onderzoek is gebleken dat de rechtsfiguur omzetting **het zwarte schaap** is in het fiscale recht. Slechts één enkel artikel heeft de wetgever aan de rechtsfiguur willen

wijden en wel voor drie (!) belastingmiddelen. In vergelijking met de fiscale regelingen die bestaan voor overige herstructureringsmogelijkheden blijkt dit zeer summier te zijn. Daarenboven zijn de gevolgen van dit artikel onduidelijk *en* onwenselijk. Ik stel daarom de volgende wijzigingen voor:

- Hoofregel zuiver nationale omzettingen: Richt art. 28a Wet VpB 1969 geheel anders in. Laat de verwijzingen naar de Wet IB 2001 en de Wet DB 1965 volledig los en regel de ficties, indien gewenst, in de betreffende wetten. Voor de Wet VpB 1969 zou als hoofregel moeten gelden dat het civiele recht wordt gevolgd, waardoor *geen* sprake is van een einde van de subjectieve belastingplicht, er vindt geen vermogensverschuiving plaats en alle subjectieve aanspraken, zoals verliesverrekeningspotentieel en de innovatiebox, gaan van de om te zetten rechtspersoon over naar de omgezette rechtspersoon. Hierdoor worden belemmeringen zoveel mogelijk weggenomen en vindt de omzetting belastingneutraal en rechtsvormneutraal plaats. Ten aanzien van vermogensbestanddelen die buiten het bereik van de heffing van vennootschapsbelasting terecht komen, biedt het totaalwinstbeginsel de uitkomst. Deze hoofregel zou dan gelden indien is voldaan aan bepaalde randvoorwaarden en wanneer dit niet het geval is, dan kan een verzoek worden ingediend door de belastingplichtige voor een geruisloze omzetting. Alsdan vindt indeplaatstreding plaats waarbij de inspecteur (standaard)voorwaarden ter waarborging van de belastingclaim kan stellen zoals thans opgenomen in het Omzettingsbesluit. Bij een gevaar voor claimverlies of (een vermoeden van) overwegend fiscale motieven kunnen voor de om te zetten rechtspersoon (dus niet voor de aandeelhouder/deelgerechtigde of dividendgerechtigde) de fiscale ficties van art. 28a Wet VpB 1969 worden ingeroepen. Een nadeel hiervan is de verlegging van de bewijslast naar de inspecteur, maar ik meen dat dit strookt met de handelwijze van de wetgever zoals bij de overige organisatiefaciliteiten. Indien de belastingplichtige dit wenst, kan zij de omzetting ruisend laten plaatsvinden. Hiervoor dient zij een verzoek in te dienen bij de inspecteur. Alsdan treden de ficties in werking met alle gevolgen van dien.
- Hoofregel grensoverschrijdende omzettingen: Ten behoeve van de gelijkheid met zuiver nationale omzettingen, de eenvormigheid van herstructureringsmogelijkheden, de (internationale) rechtsvormneutraliteit en het voorkomen van strijdigheid met het EU-recht, zou een grensoverschrijdende outbound omzetting moeten plaatsvinden *zonder* einde van de subjectieve belastingplicht. Geen einde van de subjectieve belastingplicht betekent dat er een behoud is van de subjectieve aanspraken *en* verplichtingen voor zover deze van toepassing kunnen zijn op een buitenlands belastingplichtige. De omgezette rechtspersoon wordt immers na omzetting aangemerkt als een buitenlands belastingplichtige. Dit is vergelijkbaar met een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap die zijn feitelijke leiding van Nederland naar

het buitenland verplaatst. Voor zover vermogensbestanddelen het heffingsbereik van de Wet VpB 1969 verlaten, bieden art. 15c & art. 15d Wet VpB 1969 een uitkomst tezamen met art. 25a IW. Nederland is immers gerechtigd zijn fiscale claims veilig te stellen die het heffingsbereik van de Wet VpB 1969 verlaten. Het bovenstaande is echter louter van toepassing wanneer de vestigingsplaatsfictie niet in stand blijft (zie volgende aanbeveling). Op verzoek van de belastingplichtige zou een einde moeten kunnen komen aan de subjectieve belastingplicht plaatsvinden.

- Vestigingsplaatsfictie: De instandhouding van de fictie in bredere zin, dus voor *alle* outbound grensoverschrijdende omzettingen, is potentieel strijdig met de vestigingsvrijheid van art. 49 VwEU. Het eerbiedigt namelijk niet het vennootschapsrecht van de staat waarnaar de rechtspersoon is omgezet. De wetgever dient daarom de vestigingsplaatsfictie in art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 expliciet uit te schakelen wanneer een rechtspersoon zich outbound grensoverschrijdend heeft omgezet. Zij dient tevens de fictie expliciet in te schakelen wanneer een rechtspersoon zich inbound grensoverschrijdend omzet. Dit dient ter voorkoming van mogelijke strijdigheid met het EU-recht met oog op belemmeringen van de vestigingsvrijheid. Tevens wordt een heffingslek/heffingsvacuüm voorkomen door een saillante samenloop tussen de vestigingsplaatsfictie, de objectvrijstelling en art. 15d Wet VpB 1969. Daarnaast dient het de internationale rechtsvormneutraliteit.

Alhoewel het in- en uitschakelen van de vestigingsplaatsfictie na een grensoverschrijdende omzetting afdoende is om problematiek te voorkomen, ben ik van mening dat de beste oplossing voor de Wet VpB 1969 een algehele afschaffing van de vestigingsplaatsfictie is. De fictie dient immers niet om het heffingsrecht van Nederland te waarborgen, maar om de aangifteplicht van een vennootschap te verzekeren zodat Nederland een vinger aan de pols kan houden. Mijns inziens, buiten de discussie of Nederland überhaupt die aangifteplicht dient te verlangen in haar belastingwetgeving, zou zij een ander middel moeten gebruiken om die aangifteverplichting te effectueren. Zeker gezien de daarmee gepaarde problematiek ten aanzien van grensoverschrijdende omzettingen.

- De SE: Naast het feit dat de instandhouding van de vestigingsplaatsfictie potentieel strijdig is met de vrijheid van vestiging, is zij hoogstwaarschijnlijk ook strijdig is met het doel van de Verordening SE en wellicht niet eens rechtsgeldig is. Indien de vestigingsplaatsfictie niet wordt afgeschaft, stel ik voor art. 2, lid 4 Wet VpB 1969 met betrekking tot de SE als volgt te veranderen:

*“Een Europese naamloze vennootschap die wordt beheerst door het Nederlands recht, wordt voor de toepassing van de eerste volzin geacht te zijn opgericht naar Nederlands recht.”*



Dit strookt tevens met de beoogde gelijkheid die moet worden gecreëerd tussen de SE en een naamloze vennootschap. Tevens wordt ook hier een heffingslek/heffingsvacuüm voorkomen door een saillante samenloop tussen de vestigingsplaatsfictie, de objectvrijstelling en art. 15d Wet VpB 1969.

- De FE: Zuiver nationale omzettingen binnen een fiscale eenheid zouden zonder verbreking van de fiscale eenheid moeten verlopen indien sprake is van een geruisloze of gefaciliteerde omzetting. De materiële ondernemingen binnen de fiscale eenheid veranderen immers niet. Een goedkeuring hiervoor in het BFE ten behoeve van de rechtszekerheid zou wenselijk zijn. Het niet verbreken van de fiscale eenheid zou uiteraard enkel van toepassing moeten zijn indien aan alle andere eisen van art. 15 en art. 15a Wet VpB 1969 is voldaan (bezitsvereiste, vormvereiste e.d.). Voor grensoverschrijdende omzettingen zou de fiscale eenheid ten aanzien van de VI die reeds is gevoegd of achterblijft niet moeten verbreken. Dit zou niet enkel moeten gelden wanneer de feitelijke leiding van of naar Nederland wordt verplaatst, maar voor alle grensoverschrijdende omzettingen.<sup>381</sup> Ook dit zou door de besluitgever ter goedkeuring moeten worden opgenomen in het BFE ten behoeve van de rechtszekerheid.
- Eindafrekening: Indien vermogensbestanddelen definitief Nederland verlaten, stel ik voor dat de systematiek gevolgd dient te worden van de Fusierichtlijn. Alsdan treden art. 15c & 15d Wet VpB 1969 en art. 25a IW in werking en wordt de fiscale claim gewaarborgd.
- Verliesverrekening: Wanneer een outbound grensoverschrijdende omzetting heeft plaatsgevonden en de subjectieve belastingplicht *niet* eindigt (zoals aanbevolen), zou het verliesverrekenpotentieel in stand moeten blijven, net zoals bij juridische fusies, zodat deze verrekend kan worden met de winsten die gegenereerd worden door de achtergebleven VI. Wanneer geen Nederlandse winsten worden gegenereerd, is het aan de lidstaat van ontvangst om te bepalen wat met die verliezen gedaan kan worden. Wanneer een inbound grensoverschrijdende omzetting heeft plaatsgevonden zou in beginsel geen verliesimport moeten plaatsvinden. De verliezen die in het buitenland zijn opgekomen dienen daar te lande te worden verrekend (indien die lidstaat een verrekeningsmethodiek kent). Wanneer de materiële onderneming in het buitenland niet wordt voortgezet, zou verliesimport moeten worden toegestaan. Uiteraard dient de wetgever antimisbruikmaatregelen in acht te nemen ter voorkoming van verliesimport.
- Procedureel: Om enige strijdigheid met het EU-recht te voorkomen en eenvormigheid van grensoverschrijdende *en* nationale herstructureringsmogelijkheden te waarborgen, moet de wetgever zorg dragen voor gelijke procedurele verplichtingen en restricties. Bijvoorbeeld voor

---

<sup>381</sup> Indien aan alle andere voorwaarden is voldaan.

de restricties aangaande omzettingen van rechtspersonen in staat van ontbinding/vereffening of die betrokken zijn bij een insolventieprocedure alsook de verplichting voor het opstellen van een voorstel van een omzetting. Dit is, zo blijkt uit ervaring met fusies en splitsingen, uitvoerbaar en draagt bij aan de harmonisering met het EU-recht en de eenvormigheid van herstructureringsmogelijkheden.

## Literatuurlijst

### Jurisprudentie

#### *Hof van Justitie*

- HvJ 14 februari 1995, nr. C-279/93 (Schumacker), Jur. 1995.
- HvJ 15 mei 1997, C-250/95, V-N 1997/4242.27.
- HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), BNB 1998/32.
- HvJ 27 september 1988, C-81/87 (Daily Mail), Jur. 1988.
- HvJ 9 maart 1999, C-212/97 (Centros), JOR 1999, 117.
- HvJ 14 september 1999, C-391/97 Gschwind), Jur. 1999.
- HvJ 5 november 2002, C-208/00 (Uberseering), Ondernemingsrecht 2002.
- HvJ 30 september 2003, C-167/01 (Inspire Art), Ondernemingsrecht 2003.
- HvJ 11 maart 2004, C-9/02, BNB 2004/258.
- HvJ 13 december 2005, C-411/03 (Sevic Systems), V-N 2006/7.27.
- HvJ 12 september 2006, C-196/04, BNB 20067/54.
- HvJ 12 december 2006, C-446/04, BNB 2007/130.
- HvJ 12 december 2006, C-374/04, BNB 2007/131.
- HvJ 13 december 2005, C-446/03, (Marks & Spencer II), BNB 2006/72.
- HvJ 8 november 2007, nr. C-379/05, V-N 2007/57.16.
- HvJ 16 oktober 2008, nr. C-527/06 (Renneberg), Jur. 2008.
- HvJ 16 december 2008, C-210/06 (Cartesio), V-N 2009/6.22.
- HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), BNB 2010/257.
- HvJ 29 november 2011, C-371/10 (National Grid Indus), BNB 2012/40.
- HvJ 12 juli 2012, C-378/10 (Vale), RO 2012/60.
- HvJ 31 januari 2013, zaak C-301/11, V-N 2013/9.9.
- HvJ 21 februari 2013, C-123/11 (A Oy), V-N 2013/13.16.

#### *Hoge Raad*

- HR 31 december 1958, nr. 13 747, BNB 1959/64.
- HR 24 oktober 1990, nr. 25 958, BNB 1991/2.
- HR 17 februari 1993, nr. 28 260, BNB 1994/163.
- HR 27 augustus 1997, nr. 32 333, BNB 1998/50.
- HR 26 augustus 1998, nr. 33 687, BNB 1998/350.
- HR 13 januari 2006, nr. 41 799, BNB 2007/87.

Overige jurisprudentie

- Rechtbank Amsterdam 28 maart 1998, nr. 98.0395H, JOR 1998/105.
- Hof Amsterdam 1 april 2009, nr. 07/00808, V-N 2008/11.2.1.
- Conclusie van A-G Van Kalmthout, nr. 35 195, BNB 2001/99c\*.
- Rechtbank Haarlem 13 oktober 2010, nr. 09/1232, V-N 2011/6.11.

Tijdschriftartikelen

- Bellingwout, J.W. & Van de Streek, J.L. van de (2003). Fiscale aspecten van de Societas Europaea (I). *MBB*, 337.
- Bevers, J.W.F. (2004). De Societas Europaea: vennootschapsrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten. *Forfaitair*, 11.
- Gooijer, W. (2003). De Europese NV en de Nederlandse vennootschapsbelasting. *Weekblad Fiscaal Recht*, 1273.
- Post, D.R. (2006). Verliescompensatie en totaalwinst: meer dan een mythe? *Weekblad Fiscaal Recht*, 433.
- Pötgens, F.P.G. & Bellingwout, J.W. (2012). Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing? *Weekblad Fiscaal Recht*, 654.
- Ravelli, A.W. & Rozendal, A. (2013). De 'Marks & Spencer-uitzondering' nog altijd springlevend, *Weekblad Fiscaal Recht*, 844.
- Roelofs, E.R. (2012). Eindelijk op weg naar een EU-Richtlijn betreffende zetelverplaatsing? *Ondernemingsrecht*, 32.
- Roelofs, E.R. (2014). Grensoverschrijdende omzettingen: de civielrechtelijke mogelijkheden, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 11.
- Roelofs, E.R. (2014). Ontwikkelingen op het terrein van grensoverschrijdende omzetting. *Juridische Berichten voor het Notariaat*, 9.
- Schilfgaarde, P. van & Winter, J.W. (2009). Vrijheid van vestiging en de jurisprudentie van het Europese Hof van justitie. *Van de BV en de NV*, 150.
- Schutte-Veenstra, J.N. (2003). Noot bij HvJ 30 september 2003, C-167/01 (Inspire Art). *Ondernemingsrecht*, 47.
- Schutte-Veenstra, J.N. (2009). De implicaties van het Cartesio-arrest voor het vestigingsrecht van vennootschappen. *Maandblad Belasting Beschouwingen*, 9.
- Simonis, P.H.M. (2007). Grensoverschrijdende juridische fusie, fiscale aspecten. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 126.
- Snijder-Kuipers, B. (2007). Rechtsvormwijziging in het ondernemingsrecht. *Weekblad Privaat- en Notarieel Recht*, 6710.

- Sprundel, D.E. van (2012). Wet uitstel van betaling exitheffingen: niet EU-proof. *Weekblad Fiscaal Recht*, 914.
- Stevens, L.G.M. (2015). VPB-plicht van overheidsondernemingen. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 138.1.
- Streek, J.L. van der (2009). Omzetting van rechtspersonen in fiscaal perspectief. *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, 37.
- Streek J.L. van der (2010). Fiscale aspecten van de omzetting van rechtspersonen op grond van Boek 2 BW, titel 7.13 BW en EU-recht. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 3.
- Tigelaar-Klootwijk, Y.M. (2014). De (on)rechtmatigheid van renteloos uitstel van betaling. *Weekblad Fiscaal Recht*, 972.
- Vries, R.D. de & Post, D.R. (2010). Naar een convergerend begrip "incidenteel fiscaal voordeel". *Weekblad Fiscaal Recht*, 960.

#### Boeken

- Bellingwout, J.W. (1996). *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*. Deventer: Kluwer.
- Boxel, H.J.M.M. van (2015). *De Europese vennootschap (SE) Algemene bepalingen ten aanzien van de SE (Fiscale geschriften 15)*. Den Haag: SDU Fiscaal.
- Heijden, E.J.J. van der & Grinten, W.C.L. van der (1992). *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*. Zwolle: Tjeenk Willink.
- Hijink, S. (2010). *Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese N.V.* Deventer: Kluwer.
- Houte, C.P.M. van (1994). *De stichting in het Nederlandse belastingrecht (Fiscale Monografieën, nr. 69)*. Deventer: Kluwer.
- Kroeze, M.J. (2015). *De rechtspersoon, omzetting van rechtspersonen (deel 2-I Asser-serie)*. Deventer: Tjeenk Willink.
- Lenaerts, K. & Nuffel, P. van (2007). *Europees Recht studentencursus 2007*. Antwerpen/Apeldoorn: Maklu-Uitgevers.
- Ljungman, S.(1947). *Om skattefordran och skatterestitution*. Uppsala: Almqvist & Wiksellboktrycheri .
- Maeijer, J.M.M. (1997). *Vertegenwoordiging en rechtspersoon: de rechtspersoon (deel 2-II Asser-serie)*. Deventer: Tjeenk Willink.
- Monchy, C.W. de & Timmerman, L. (1991). *De Nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW*. Zwolle: Tjeenk Willink.
- Snijder-Kuipers, B. (2010). *Omzetting als rechtsvormwijziging*. Deventer: Kluwer.

- Stevens, L.G.M. & Smit, de R.C. (2015). *Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfsjuristen*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Streek, J.L. van de (2003). *Fiscale gevolgen van omzetting van rechtspersonen*. Deventer: Kluwer.
- Streek, J.L. van de (2008). *Omzetting van rechtspersonen (Fiscale Monografieën, nr. 129)*, Deventer: Kluwer.
- Verburg, J. (1999). *Vennootschapsbelasting, Fiscale hand- en studieboeken*. Deventer: Kluwer.
- Zeben, C.J. van & Du Pon, J.W. (1997). *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe. Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 2, Rechtspersonen*. Deventer: Kluwer.

#### Parlementaire en Europese stukken

- Kamerstukken II, 1949-50, 1251, nr. 9.
- Kamerstukken II, 1953-54, 3463, nr. 2.
- Kamerstukken II, 1959-60, 6000, nr. 3.
- Kamerstukken II, 1959-60, 6000, nr. 9.
- Kamerstukken II, 1959-60, 6000, nr. 17.
- Kamerstukken I, 1960, 3769, 37ste vergadering.
- Kamerstukken II, 1968-69, 6000, nr. 22.
- Kamerstukken II, 1972-73, Verslag van de algemene beraadslaging 13 september 1973.
- Kamerstukken II, 1982-83, 17 725, nr. 3.
- Kamerstukken II, 1982-83, 17 725, nr. 4.
- Kamerstukken II, 1984-85, 17 725, nr. 6.
- Kamerstukken II, 1984-85, 17 725, nr. 7.
- Kamerstukken II, 1985-86, 19 527, nr. 3
- Kamerstukken II, 1985-86, 19 527, nr. 6.
- Kamerstukken II, 1985-86, 19 527, nr. 7.
- Kamerstukken II, 1987-88, 17 725, nr. 13.
- Kamerstukken II, 1995-96, 24 696, nr. 8.
- Kamerstukken II, 1997-98, 25 709, nr. A.
- Kamerstukken II, 1997-98, 25 709, nr. 3.
- Kamerstukken II, 1997-98, 25 709, nr. 7
- Kamerstukken II, 1997-98, 25 709, nr. 11.
- Kamerstukken II, 1999-2000, 27 209, nr. 7.

- Kamerstukken II, 2001-02, 28 034, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2002-03, 28 746, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2002-03, 29 035, nr. B.
- Kamerstukken II, 2002-03, 29 035, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2002-03, 29 309, nrs. 1-2.
- Kamerstukken II, 2003-04, 29 035, nr. 6.
- Kamerstukken II, 2006-07, 30 929, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2009-10, 32 426, nrs. 1-4.
- Kamerstukken II, 2010-11, 32 426, nr. 7.
- Kamerstukken II, 2011-12, 33 003, nr. 10.
- Kamerstukken II, 2011-12, 33 003, nr. 11.
- Kamerstukken II, 2011-12, 33 262, nr. 3.
- Kamerstukken II, 2012-13, 33 403, nr. 3.
  
- Stb. 1956, 327.
- Stb. 1957, 257.
- Stb. 1967, 161
- Stb. 1967, 162.
- Stb. 1971, 287.
- Stb. 1976, 229.
- Stb. 1983, 59.
- Stb. 1989, 491.
- Stb. 1994, 800.
- Stb. 1998, 350.
- Stb. 2000, 216.
- Stb. 2012, 299.
- Stb. 2015, 158.
  
- Verordening (EG) van de Raad van 8 oktober 2001, nr. 2157/2001/EC, PbEG L 294/1.
- Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 10 november 2001, PbEG 2001, L 294.
- Richtlijn 2005/19/EG van de Raad van 17 februari 2005, PbEG 2005, L 58/19.
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2006, nr. CPP2005/2571M, V-N 2006/15.16.
- Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009, PbEG 2009, L 310.

- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 4 april 2011, nr. BLKB2011/511M , Stcrt. 2011, 9808.
- Richtlijn 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015, PbEU 2015, L 21/1.
- Ministerie van Veiligheid en Justitie van 31 januari 2014, Voorontwerp 'grensoverschrijdende omzettingen kapitaalvennootschappen'.  
[https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende\\_omzetting](https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende_omzetting).
- Ministerie van Veiligheid en Justitie van 31 januari 2014, Memorie van Toelichting bij Voorontwerp 'grensoverschrijdende omzettingen kapitaalvennootschappen'.  
[https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende\\_omzetting](https://www.internetconsultatie.nl/grensoverschrijdende_omzetting).
- Ontwerpresolutie van het Europees Parlement van 9 januari 2012, Verslag met aanbevelingen aan de Commissie betreffende een Veertiende Richtlijn inzake het vennootschapsrecht betreffende de grensoverschrijdende overdracht van vennootschapszetels, (2011/2046(INI)).
- Besluit van Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/34M, Stcrt. 2015, 3137.

Losbladige werken

- Koster, H. (2012). *Cursus Belastingrecht, Archief 2012, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Koster, H. & Streek, J.L. van de (2012). *Cursus Belastingrecht, Archief 2012, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Streek, J.L. (2012). *Cursus Belastingrecht, Archief 2012, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Streek, J.L. (2014). *Cursus Belastingrecht, Archief 2014, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Streek, J.L. (2015). *Cursus Belastingrecht, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Strik, S.A.W.J. (2014). *Cursus Belastingrecht, Archief 2014, editie vennootschapsbelasting*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Weber, D.M. (2014). *Cursus Belastingrecht, Archief 2014, editie Europees Belastingrecht*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Weber, D.M. (2015). *Cursus Belastingrecht, editie Europees Belastingrecht*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Redactie van de Vakstudie, *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Vennootschapsbelasting*.



- Redactie van de Vakstudie, Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Internationaal Belastingrecht.

Overige papers en publicaties

- Boer, S.H. (2015). *Art. 15c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 Eindafrekening*. [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).
- Daniels, A.H.M. (2003). *NOB commentaar op wetsvoorstel Overige Fiscale Maatregelen 2004, Kamerstuknummer 29.035*. Amsterdam, De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.
- Gelder, G.C.F van. (2015). *Art. 28a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 Omzetting ex art. 2:18 BW*. [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).
- Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (2014). *Advies inzake het voorontwerp wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een regeling voor grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen*. Den Haag, Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht.
- Hammerstein, A. (2012). *Begeleidende brief van de Commissie vennootschapsrecht over grensoverschrijdende omzetting*. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2012/02/12/advies-commissie-vennootschapsrecht-over-grensoverschrijdende-omzetting>.
- Stibbe (2014). *Reactie van Stibbe op de Consultatie grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen*. <https://www.stibbe.com/en/news/2014/july/voorontwerp-grensoverschrijdende-omzetting-van-rechtspersonen>.
- Strik, S.A.W.J. (2014). *Consultatie Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting Kapitaalvennootschappen*. Amsterdam, De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.
- Veen, W.J.M. van & Zilinsky, M. & Bellingwout, J.W. (2014). *Reactie consultatie Voorontwerp grensoverschrijdende omzetting kapitaalvennootschappen*. Amsterdam, Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO).
- Waninge, P. (2015). *Art. 25a Invorderingswet 1990 Uitstel van betaling exitheffingen*. [www.NDFR.nl](http://www.NDFR.nl).

## Bijlagen

Bijlage<sup>382</sup> 1:

	<b>Type omzetting</b>
1.	Van vereniging naar stichting
2.	Van NV naar BV
3.	Van BV naar NV
4.	Van stichting naar BV
5.	Van coöperatie naar BV
6.	Van coöperatie naar vereniging
7.	Van vereniging naar kerkgenootschap
8.	Van vereniging naar coöperatie
9.	Van coöperatie naar stichting
10.	Van onderlinge waarborgmaatschappij naar vereniging
11.	Van stichting naar coöperatie
12.	Van stichting naar NV
13.	Van BV naar stichting
14.	Van onderlinge waarborgmaatschappij naar coöperatie
15.	Van vereniging naar BV
16.	Van BV naar coöperatie
17.	Van BV naar vereniging
18.	Van onderlinge waarborgmaatschappij naar BV
19.	Van stichting naar kerkgenootschap
20.	Van stichting naar onderlinge waarborgmaatschappij
21.	Van coöperatie naar stichting
22.	Van onderlinge waarborgmaatschappij naar NV
23.	Van onderlinge waarborgmaatschappij naar stichting
24.	Van vereniging naar onderlinge waarborgmaatschappij

---

<sup>382</sup> Ontleend aan: Streek, J.L. van de (2003). *Fiscale gevolgen van omzetting van rechtspersonen*. Deventer: Kluwer. p. 7.