

De antimisbruikbepaling bij fusies en splitsingen

Onder welke omstandigheden is een fusie of splitsing in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing?

Naam: **Özgür Sahin**

Studentnummer: 343027

Begeleider: Mark Nieuweboer

Rotterdam, juli 2013

Voorwoord

Ter afronding van mijn bacheloropleiding Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam heb ik deze scriptie geschreven over de antimisbruikbepaling bij fusies en splitsingen. Tijdens het volgen van het vak ‘Vennootschapsbelasting B’ heeft dit onderwerp mijn interesse opgewekt, omdat het uitstellen van belastingheffing de intentie van de fusiefaciliteit is, terwijl de faciliteit op grond van antimisbruikbepaling niet kan worden toegepast als een fusie in overwegende mate op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing gericht is. Hierdoor vond ik het zeer interessant om me in het kader van deze scriptie te verdiepen in dit onderwerp. Verder zijn fusies en splitsingen één van de veel voorkomende werkzaamheden in de fiscale adviespraktijken.

Het schrijven van deze scriptie was intensief, maar uiteindelijk ook heel leuk. Bovendien heb ik tijdens het schrijven onwijs veel geleerd over de fusiefaciliteiten. Tot slot wil ik graag mijn scriptiebegeleider Mark Nieuweboer bedanken voor alle goede adviezen en voorzien van de nodige kritische noten.

Inhoud

1	Inleiding.....	5
1.1	Aanleiding	5
1.2	Probleemstelling.....	6
1.3	Opzet	7
2	Fusies en Splitsingen	8
2.1	Inleiding.....	8
2.2	Fusies.....	8
2.2.1	Bedrijfsfusie	9
2.2.1.1	Indeplaatstreding	9
2.2.1.2	Waarom bedrijfsfusie?.....	10
2.2.1.3	De voorwaarden	11
2.2.2	De juridische fusie	12
2.2.2.1	Kenmerken	12
2.2.2.2	Waarom juridische fusie?.....	12
2.3	Splitsingen.....	13
2.3.1	Splitsingvormen en kenmerken	13
2.3.2	Waarom juridische splitsing?	14
2.4	Conclusie	14
3	De Fusierichtlijn.....	15
3.1	Inleiding.....	15
3.2	Plaats Fusierichtlijn	15
3.3	De antimisbruikbepaling in de richtlijn	16
3.3.1	Hoofddoel of een der hoofdoelen.....	17
3.3.2	Belastingfraude of –ontwijking	18
3.3.3	Zakelijke overwegingen	19
3.3.4	Doen veronderstellen.....	19
3.4	Arrest Leur-Bloem	20
3.5	Conclusie	21
4	De Antimisbruikbepaling	22
4.1	Inleiding	22
4.2	Structuur van de antimisbruikbepaling	22
4.3	In overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.....	24

4.3.1	Ontgaan en uitstellen	24
4.3.1.1	Wetshistorie	24
4.3.1.2	Jurisprudentie.....	25
4.3.1.3	Fiscale literatuur	26
4.3.2	Belastingheffing.....	26
4.3.2.1	Jurisprudentie.....	26
4.3.2.2	Fiscale Literatuur	28
4.3.3	In overwegende mate gericht op	29
4.3.3.1	Wetshistorie	29
4.3.3.2	Jurisprudentie.....	29
4.3.3.3	Fiscale literatuur	29
4.3.4	Zakelijke overwegingen	30
4.3.4.1	Wetshistorie	30
4.3.4.2	Jurisprudentie.....	31
4.3.4.3	Fiscale Literatuur	32
4.4	Conclusie	32
5	Conclusie	33
5.1	Samenvatting.....	33
5.2	Eindoordeel	35
6	Literatuurlijst	36
6.1	Literatuur	36
6.2	Jurisprudentie.....	37
6.3	Parlementaire geschiedenis	37

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

De markt is steeds meer aan het globaliseren en verschillende sectoren zijn hevig aan het veranderen. Hierdoor kan het voor ondernemingen noodzakelijk zijn om de structuur van hun concern aan te passen. De vernieuwde structuur kan bedrijven helpen bij het behalen van een hogere winst of voordeel situaties, zoals schaal- en synergievoordelen. Tevens is het ook een goed middel om risicoaansprakelijkheid te verminderen. Een voorbeeld hiervan is het opzetten van een holdingstructuur en vervolgens het vermogen van de onderneming naar de holdingmaatschappij verschuiven. Hierdoor wordt de onderneming beschermd tegen de schuldeisers. Daarnaast kan het opereren vanuit meerdere BV's tot voordelen als 'snellere transacties' of 'beter gespecialiseerde organisaties' leiden.

Een nieuwe vennootschappelijke structuur kan onder andere door middel van een fusie of een splitsing gerealiseerd worden. Fusies en splitsingen brengen fiscale gevolgen met zich mee. Normaliter moeten er bij een fusie of splitsing, door de betrokken vennootschappen over de stille reserves en goodwill afgerekend worden. Deze zijn kort gezegd gelijk aan het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de fiscale boekwaarde van de overgedragen vermogensbestanddelen. Een belangrijk punt hierbij is dat er ter zake van een fusie of splitsing geen tegenprestatie in contanten wordt geleverd. De overdragende of splitsende vennootschap ontvangt geen liquiditeiten om de belasting te kunnen betalen. Om te voorkomen dat dit een fusie of splitsing hindert, heeft de wetgever verschillende fiscale faciliteiten in de wet opgenomen.¹ Gebruikmakend van deze faciliteiten kan de belastingheffing naar een toekomstig moment worden uitgesteld. In deze scriptie wordt alleen de fiscaal gefaciliteerde bedrijfsfusie, aandelenfusie, juridische fusie en juridische splitsing onderzocht. Om van de voorzieningen die beschreven staan in artikel 14, 14a en 14b van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) gebruik te kunnen maken, moet aan bepaalde voorwaarden worden voldaan. Eén van de voorwaarden is de antimisbruikbepaling die in deze scriptie centraal staat.

De belastingplichtigen kunnen gebruikmakend van een fusiefaciliteit belastingheffing uitstellen. Echter kunnen zij soms te ver gaan en dat kan leiden tot het oneigenlijk gebruik van de faciliteiten. Het doel van de wetgever met het invoeren van de faciliteiten is het weghalen van de fiscale belemmeringen die bedrijfseconomisch gemotiveerde herstructureringen bemoeilijken. Daar past het niet in om een faciliteit te geven die leidt tot oneigenlijk gebruik of misbruik. Hoewel de fuserende rechtspersonen hierdoor negatief beïnvloed worden, heeft de fiscus deze belastingopbrengsten, zeker in de huidige crisis, hard nodig. De antimisbruikbepaling heeft daardoor ook gevolgen voor de maatschappij. Het geldt dat de overheid nodig heeft voor het financieren van collectieve goederen en diensten, moet immers ergens vandaan komen.

¹ Zie artikel 3.55 Wet IB 2001 voor de aandelenfusie, artikel 14 Wet VPB 1969 voor de bedrijfsfusie, artikel 14a Wet VPB 1969 voor de juridische splitsing en artikel 14b Wet VPB 1969 voor de juridische fusie.

Ook in de EU-recht komen de fusiefaciliteiten terug. Op 23 juli 1990 is de Fusierichtlijn vastgesteld.² De Fusierichtlijn heeft als doel de grensoverschrijdende fusies fiscaal te faciliteren, om zodoende internationale samenwerking te bevorderen. De fiscale belemmeringen voor grensoverschrijdende fusies worden hiermee weggenomen. Op deze manier worden de ondernemingen tegen onterechte afrekeningen beschermd. De EU-lidstaten mogen de richtlijn op eigen wijze overnemen in hun eigen wet. De werking daarvan moet echter wel aan de voorschriften van de richtlijn voldoen. Voor belastingplichtigen is het mogelijk om zowel op de nationale wet als op de Fusierichtlijn een beroep te doen.

1.2 Probleemstelling

In deze scriptie wordt de antimisbruikbepaling bij de fiscale fusie- en splitsingfaciliteiten nader bestudeerd. Uit artikel 14 Wet VPB 1969 is op te maken dat er sprake is van een misbruik, indien een fusie of een splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Hierbij speelt de vraag of er sprake is van zakelijke overwegingen een belangrijke rol. Een fusie of splitsing wordt namelijk, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, niet gefaciliteerd indien er geen zakelijke overwegingen aanwezig zijn. Bovendien geldt voor de juridische fusie en de bedrijfsfusiefaciliteiten een weerlegbaar bewijsvermoeden. Dit bewijsvermoeden houdt in dat de zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht als één van de fuserende partijen binnen drie jaren na de fusie, de aandelen verkregen bij de fusie aan een niet-verbonden lichaam³ vervreemdt.

Hoewel de wettelijke antimisbruikbepaling in eerste instantie helder lijkt, zijn er nog onduidelijkheden over het woordgebruik: wanneer is sprake van zakelijke overwegingen, vallen de aandeelhoudersmotieven ook onder zakelijke overwegingen? Het ontgaan of uitstellen van welke rijksbelastingen is relevant bij de beoordeling of een fusie of een splitsing voor de faciliteit in aanmerking komt? Wat is de grens van de ‘in overwegende mate’? Tot slot, hoe kan bij een uitstelfaciliteit het uitstellen van belastingheffing een blokkade voor toepassing van de faciliteit vormen?

Om een antwoord te kunnen geven op deze vragen luidt mijn probleemstelling als volgt:
Onder welke omstandigheden is een fusie of splitsing in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing?

² Richtlijn 90/434/EEG.

³ Zie voor de definitie van ‘verbonden lichaam’, artikel 10 lid 4 Wet VPB 1969.

1.3 Opzet

Om een nauwkeurig antwoord te kunnen geven op mijn probleemstelling, zal ik gebruik maken van onderstaande deelvragen:

1. Wat houdt de fusie en splitsing in en op welke manier wordt gebruik gemaakt van de fusiefaciliteiten?
2. In hoeverre beïnvloedt(de) de Fusierichtlijn de nationale antimisbruikbepaling?
3. Wat wordt met “in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing” bedoeld?

Om de antimisbruikbepaling te kunnen onderzoeken, wordt eerst in hoofdstuk twee een beschrijving gegeven van de termen ‘fusie’ en ‘splitsing’. Ook beschrijf ik kort in het tweede hoofdstuk welke voorwaarden aan het gebruik van de faciliteiten gesteld zijn.

Vervolgens, in het derde hoofdstuk, komt het effect van de Fusierichtlijn op de nationale wet aan de orde. Ik ga dan onderzoeken waarom de woorden in de wet afwijken van de richtlijn en wat de rangorde is tussen de richtlijn en de Nederlandse wet.

In het vierde hoofdstuk wordt uitgelegd wat de wetgever met de termen ‘in overwegende mate’, ‘ontgaan of uitstellen’, ‘belastingheffing’ en ‘zakelijke overwegingen’ bedoelt. Om dit te kunnen doen ga ik gebruik maken van de wet, wetshistorie, jurisprudentie en relevante fiscale literatuur.

Tot slot volgt in hoofdstuk 5 de conclusie met het antwoord op de probleemstelling.

2 Fusies en Splitsingen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de volgende vraag centraal: Wat houdt de fusie en splitsing in en op welke manier wordt gebruik gemaakt van de fusiefaciliteiten? In dit hoofdstuk wordt uitgelegd waarom de ondernemingen van de fusiefaciliteiten gebruik willen maken. De antimisbruikbepaling is niet de enige voorwaarde waaraan moet worden voldaan bij een geruisloze fusie. Er zijn immers ook andere voorwaarden. Deze voorwaarden worden in dit hoofdstuk kort toegelicht. Vervolgens komt een beschrijving van het proces van het toepassen van de faciliteiten aan de orde.

2.2 Fusies

Bouwman omschrijft de fusie als ‘het samengaan van twee of meer ondernemingen die daarna als economische eenheid onder gemeenschappelijke leiding functioneren’.⁴ Fusies hebben een economisch doel. Bij het tot stand brengen van een fusie spelen economische redenen een belangrijke rol. Voorbeelden hiervan zijn het behalen van schaalvoordelen of het creëren van een betere concurrentiepositie. Economisch gezien zijn fusies in twee groepen te verdelen, te weten verticale en horizontale fusies.⁵ Een horizontale fusie is een fusie tussen twee lichamen die op hetzelfde niveau van het productieproces zitten. Gebruikmakend van een horizontale fusie kunnen ondernemingen schaalvoordelen behalen. Een voorbeeld hiervan is de fusie tussen Air France en KLM.⁶ In het eerste jaar na de fusie steeg de winst van deze bedrijven met 58 miljoen euro. De schaalvoordelen waren de belangrijkste reden van deze stijging in de winst. Een verticale fusie, is een fusie tussen twee lichamen die op een ander niveau van het productieproces zitten. Het voordeel van deze fusie is bijvoorbeeld het bieden van snellere service.

Fiscaal wordt onderscheid gemaakt tussen de bedrijfsfusie en de juridische fusie.

⁴ Bouwman, J.N. en Jong, M.G. de, *Wegwijs in de vennootschapsbelasting*, SDU Uitgevers, Den Haag, 2011, blz. 468.

⁵ Bouwman, op cit., 2011, blz. 468.

⁶ Air France-KLM profiteert van fusie, Elsevier, november 2004.

2.2.1 Bedrijfsfusie

Er bestaat geen juridische definitie van de bedrijfsfusie; deze term komt niet voor in het Burgerlijk Wetboek. Artikel 14 Wet VPB 1969 definieert de bedrijfsfusie als de rechtshandeling waarbij belastingplichtige (een zelfstandig deel van) een onderneming tegen uitreiking van aandelen overdraagt. Bij het overdragen van een onderneming behoort de overdrachtswinst tot de fiscale winst van de overdrager. Omdat de tegenprestatie bij een bedrijfsfusie niet uit de contanten maar uit de aandelen bestaat, levert de fusie geen contanten op waarmee belasting kan worden afgerekend. De fiscale afrekening kan hierdoor de fusie belemmeren. Voor belastingplichtigen is de bedrijfsfusie een goed middel voor het verbeteren van de economische positie van hun onderneming. Het kunnen aangaan van een bedrijfsfusie is dus van groot belang voor de Nederlandse economie. Daarom heeft de wetgever in artikel 14 Wet VPB 1969 de bedrijfsfusiefaciliteit opgenomen. Met behulp van deze faciliteit kan de belastingheffing naar een later moment worden uitgesteld.

2.2.1.1 *Indeplaatstreding*

Belastingplichtigen kunnen, gebruikmakend van de fiscaal gefaciliteerde bedrijfsfusie hun onderneming (onder voorwaarden) geruisloos doorschuiven. Dat betekent echter niet dat er in de toekomst ook geen belastingheffing zal plaatsvinden. Indien gebruik wordt gemaakt van de bedrijfsfusiefaciliteit, treedt de overnemer met betrekking tot alle overgenomen vermogensbestanddelen in de plaats van de overdrager. Door de werking van deze ‘indeplaatstreding’ behoudt de fiscus haar fiscale claim.

De winst die rechtstreekse uitvloeisel van de bedrijfsfusie is, is op grond van artikel 14 Wet VPB 1969 vrijgesteld van de vennootschapsbelasting. Deze winst bestaat grotendeels uit de stille reserves die op de overgedragen vermogensbestanddelen rusten. Verder behoort ook de niet geactiveerde goodwill op de overgedragen vermogensbestanddelen tot de vrijgestelde winst van artikel 14 Wet VPB 1969. De derde categorie die ook een onderdeel van de vrijgestelde winst maakt kan als volgt worden beschreven. Indien door de bedrijfsfusie een bepaalde fiscale faciliteit of claim met betrekking tot de overgedragen vermogensbestanddelen vervalt, dan wordt het op grond van artikel 14 Wet VPB 1969 niet belast. De investeringsaftrek en 13b-claim⁷ zijn voorbeelden die tot deze categorie behoren.⁸

Voor de overnemende belastingplichtige heeft de indeplaatstreding verschillende fiscale gevolgen.⁹ Het belangrijkste gevolg is het voortzetten van de boekwaarden en de fiscale reserves door de overnemer. Om deze reden blijft de mogelijkheid bestaan om de winst die bij de bedrijfsfusie niet in aanmerking is genomen, ooit bij de overnemer te belasten. Andere gevolgen zijn het voortzetten van jaarwinstbepalingsstelsel en het overnemen van de posities van de overdrager betreffende willekeurige afschrijving, investeringsaftrek en fiscale claims.

⁷ Artikel 13b schrijft voor dat het eerder in aftrek gebrachte afwaarderingverlies op een vordering aan de deelneming, in geval van vervreemding of overbrenging van deze vordering ineens aan de winst van de crediteur wordt toegevoegd. Bij een bedrijfsfusie gaat deze verplichting ook over naar de overnemer. Dus wanneer de overnemer deze vordering (in de toekomst) vervreemdt, dient hij de door de overdrager in aftrek gebrachte afwaarderingverlies aan zijn winst toe te voegen.

⁸ Bouwman, op cit., 2011, blz.495.

⁹ Bouwman, op cit., 2011, blz. 496.

Bij het toepassen van de bedrijfsfusiefaciliteit wordt de overdrachtswinst van de vennootschapsbelasting vrijgesteld. De overdrachtswinst behoort tot de fiscale winst van de overdrager. Echter, het kan zijn dat de overnemer hierboven genoemde verplichtingen niet wilt aangaan. In zulke situaties is het voor de partijen mogelijk om de faciliteit niet toe te passen. Uit de tekst van artikel 14 Wet VPB 1969 blijkt dat de toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit een optioneel karakter heeft. Het indienen van een verzoek is echter niet nodig. De betrokken partijen hebben de mogelijkheid om de vermogensbestanddelen, zonder een verzoek door te schuiven. Dit geldt uiteraard alleen indien voldaan is aan alle voorwaarden gesteld in artikel 14 Wet VPB 1969. Deze voorwaarden komen kort in het vervolg van het hoofdstuk aan de orde.

2.2.1.2 Waarom bedrijfsfusie?

Door de vennootschappen gewenste structuur is ook op een andere manier dan bedrijfsfusie te realiseren. Bijvoorbeeld door middel van een aandelenfusie of een juridische fusie. De bedrijfsfusie biedt een aantal voordelen ten opzichte van de andere manieren. Het kan voorkomen dat een lichaam niet haar gehele onderneming, maar slechts een bepaald deel wilt overdragen. Toepassing van de bedrijfsfusie maakt dit mogelijk. De voorwaarde hierbij is dat het overgedragen deel van de onderneming afgezonderd kan worden.¹⁰ Wat er onder het begrip ‘afzondering’ wordt bedoeld, kan het beste aan de hand van een voorbeeld duidelijk worden gemaakt.

Voorbeeld:

BV A heeft een bar en een restaurant en wilt de bar aan BV B overdragen. De bar is hier duidelijk van het restaurant af te zonderen. Deze overdracht kan met een bedrijfsfusie geregeld worden. Omdat in deze situatie het restaurant niet overgedragen wordt, vindt de belastingheffing alleen over de stille reserves en goodwill van het bar gedeelte plaats.¹¹ Bovendien bestaat, op grond van artikel 14 Wet VPB 1969, de mogelijkheid om de bar geruisloos over te dragen. Indien BV A en BV B in plaats van de bedrijfsfusie voor de aandelenfusie hadden gekozen, was het voor hen niet mogelijk geweest om de bar afzonderlijk over te dragen. BV B kan in dit geval een deel van de aandelen van BV A verkrijgen, maar BV B verkrijgt dan een deel van de hele BV A (inclusief het restaurant). Met andere woorden, gebruikmakend van de aandelenfusie kan, in tegenstelling tot de bedrijfsfusie geen afzonderlijke vermogensbestanddelen van een ander lichaam verkregen worden.

Overigens kan bij het tot stand komen van een aandelenfusie ook andere problemen ontstaan. Een van de problemen is de onwil van de aandeelhouders. Om een aandelenfusie te kunnen aangaan, moeten immers ten minste de helft van de aandeelhouders met de overdracht van de

¹⁰ Strik, S.A.W.J. en de Vries, N.H. *Cursus belastingrecht: vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 2012, paragraaf 2.3.0.B.b9.

¹¹ Wel kunnen de gevolgen in bijzondere gevallen ook tot het restaurant uitstrekken. Bijvoorbeeld als er een herinvesteringsreserve is gevormd of indien de vennootschap een schuld heeft die bij een ander is afgewaardeerd.

aandelen overeenstemmen. Daarnaast vormt de blokkeringregeling ook een hindernis voor het tot stand komen van een aandelenfusie.¹² Bij een bedrijfsfusie is in tegenstelling tot de aandelenfusie de goedkeuring van het bestuur al voldoende om een fusie tot stand te brengen.¹³ Een ander voordeel van de bedrijfsfusie is dat het ook bij een niet in aandelen verdeeld lichaam toegepast kan worden.

De bedrijfsfusie heeft echter ten opzichte van andere methoden ook nadelen. Zo vindt de overgang van de activa en passiva onder bijzondere titel plaats. Dat betekent dat elke activa en passiva apart overgedragen moet worden. Dit zal de partijen veel tijd en moeite kosten. Anders dan bij bedrijfsfusie gaan de activa en passiva, bijvoorbeeld bij de juridische fusie onder algemene titel over. Dat betekent dat slechts één levering voldoende is om alle vermogensbestanddelen over te dragen.

Toepassing van de bedrijfsfusie heeft dus zowel positieve als negatieve kanten. Afhankelijk van de situatie kunnen de belastingplichtigen voor het toepassen van de bedrijfsfusie kiezen.

2.2.1.3 De voorwaarden

Om *zonder een verzoek* gebruik te maken van de bedrijfsfusiefaciliteit, moeten de partijen behalve de antimisbruikbepaling ook aan de andere voorwaarden voldoen. Deze voorwaarden zijn in lid 1 van artikel 14 Wet VPB 1969 opgenomen en kunnen als volgt worden opgesomd.

- de overgedragen activa en passiva moeten een onderneming of een zelfstandig deel van de onderneming vormen.
- zowel de overdrager als de overnemer moeten belastingplichtige lichamen zijn.
- de fusie moet tegen uitreiking van aandelen in de overnemer plaatsvinden.
- voor het bepalen van de winst moeten bij de overdrager en overnemer dezelfde fiscale bepalingen van toepassing zijn.
- de overnemer moet geen aanspraak maken op; voorwaartse verrekening van verliezen, 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 of toepassing van de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten.
- latere heffing dient verzekerd te zijn.

Indien belastingplichtige niet aan alle bovengenoemde voorwaarden voldoet, dan kan hij op grond van tweede lid van artikel 14 Wet VPB 1969 alsnog de bedrijfsfusiefaciliteit toepassen. In dit geval moeten de partijen echter een verzoek bij de inspecteur indienen. Om het gebruik van de faciliteit te verlenen kan de inspecteur nadere voorwaarden stellen. Op grond van het delegatiekader opgenomen in artikel 14 lid 7 Wet VPB 1969, mag de inspecteur dit slechts doen om zowel de belastingheffing als de invordering daarvan te verzekeren.

¹² Strik, op cit., 2012, paragraaf 2.3.0.B.b9.

¹³ Strik, op cit., 2012, paragraaf 2.3.0.B.b9.

2.2.2 De juridische fusie

De bedrijfsfusiefaciliteit is voor de lichamen een goed middel om zonder fiscale afrekening een vernieuwde structuur tot stand te brengen. Echter is het toepassen van de juridische fusie in bepaalde gevallen wenselijker. Bijvoorbeeld, als de partijen alle activa en passiva in één transactie willen leveren. De juridische fusie kan onder voorwaarden fiscaal gefaciliteerd plaatsvinden. Dit is op grond van de voorziening opgenomen in artikel 14b lid 2 Wet VPB 1969 mogelijk. Deze voorziening heeft veel overeenkomsten met de hiervoor besproken bedrijfsfusiefaciliteit. Zo geldt bijvoorbeeld de indeplaatstredingsfictie ook voor de juridische fusiefaciliteit. Er zijn echter ook verschillen. De kenmerken van de juridische fusiefaciliteit worden met behulp van deze verschillen nader bestudeerd.

2.2.2.1 Kenmerken

De termen ‘overdrager’ en ‘overnemer’ uit de bedrijfsfusiefaciliteit komen niet terug in de juridische fusiefaciliteit. De reden hiervoor is dat bij een juridische fusie minimaal één rechtspersoon verdwijnt. Het ene lichaam verkrijgt de onderneming van het ander lichaam. De belastingplichtige die de onderneming van de andere belastingplichtige overneemt wordt de ‘verkrijgende rechtspersoon’ genoemd. Omdat de andere belastingplichtige, die de vermogensbestanddelen overdraagt verdwijnt wordt deze de ‘verdwijnende rechtspersoon’ genoemd.

Hoewel de bedrijfsfusiefaciliteit in het eerste lid van artikel 14 Wet VPB 1969 is opgenomen, is de juridische fusiefaciliteit niet in het eerste lid van artikel 14b Wet VPB 1969 opgenomen. Het eerste lid van artikel 14b Wet VPB 1969 schrijft voor dat de overgang van goederen onder algemene titel plaatsvindt en de verdwijnende rechtspersoon ophoudt met het genieten van belastbare winst. Destijds was er discussie over de vraag of de civielrechtelijke overgang onder algemene titel een vervreemding was voor de vennootschapsbelasting. Om zeker te zijn dat de fiscale claims niet verloren gaan, heeft de wetgever het zekere voor het onzekere genomen. Dit is gedaan door het opnemen van een vervreemdingsfictie in het eerste lid. De fusiefaciliteit zelf is in het tweede lid van artikel 14b Wet VPB 1969 opgenomen. De voorwaarden die in dit lid voor toepassing van de juridische fusiefaciliteit worden gesteld verschillen niet van de voorwaarden van de bedrijfsfusiefaciliteit die beschreven staan in paragraaf 2.2.1.3.

2.2.2.2 Waarom juridische fusie?

Eerder in dit hoofdstuk is de bedrijfsfusie behandeld. Daarbij is duidelijk gemaakt dat de bedrijfsfusie gekozen kan worden om alleen een deel van de onderneming over te dragen. Bij de juridische fusie is dit niet mogelijk. Juridische fusie kan alleen toegepast worden als de partijen de gehele onderneming willen samenvoegen.

De juridische fusie heeft echter een groot voordeel ten opzichte van de bedrijfsfusie. Bij een juridische fusie vindt de overgang van de goederen onder algemene titel plaats. Hierdoor hoeft niet elke activa en passiva apart geleverd te worden.¹⁴ Ook de rechten en verplichtingen, bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst verplichtingen, gaan rechtstreeks over op de

¹⁴ Strik, op cit., 2012, paragraaf 2.3.0.B.b9.

verkrijgende rechtspersoon. Dat scheelt de partijen een hoop tijd, moeite, en (mogelijke) kosten.

Een ander voordeel van de juridische fusie is, dat een kleine eenheid van de aandeelhouders, nooit een beletsel kunnen vormen voor de totstandkoming van de fusie. Dit kan wel het geval zijn bij een aandelenfusie. Bij deze fusie bepaalt namelijk elke aandeelhouder afzonderlijk of zij met haar aandeel aan de fusie deelneemt. In geval dat 90% van de aandeelhouders hun aandelen ruilen, terwijl de overige 10% hieraan niet mee doet kan ten hoogste 90% van de onderneming overgedragen worden. Terwijl bij een juridische fusie aanvaarding van de fusie door algemene ledenvergadering van aandeelhouders voldoende is. Voor deze aanvaarding is goedkeuring van de meerderheid¹⁵ van de aandeelhouders benodigd. Omdat in dit geval meer dan de helft van de aandeelhouders, namelijk 90%, de juridische fusie accepteren, vormt de houding van de overige aandeelhouders geen belemmering voor de totstandkoming van de fusie.

2.3 Splitsingen

De bedrijfsfusiefaciliteit en de juridische fusiefaciliteit bieden voldoende ruimte om zonder belastingheffing een nieuwe structuur tot stand te brengen. Echter zijn er ook andere faciliteiten om belastingheffing uit te stellen. De juridische splitsing is een andere mogelijkheid.

2.3.1 Splitsingvormen en kenmerken

De juridische splitsing is net als de juridische fusie een civielrechtelijke term. Voor de definitie van de juridische splitsing kan het Burgerlijk Wetboek geraadpleegd worden. Civielrechtelijk heeft de juridische fusie twee vormen, te weten zuivere splitsing en afsplitsing.¹⁶ Deze twee hoofdvormen zijn ook in de Wet VPB 1969 opgenomen.

De zuivere splitsing¹⁷ komt in artikel 14a lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969 tot uitdrukking. De overdrager houdt hier, zoals bij de juridische fusie, op te bestaan. Dit is niet de enige overeenkomst tussen een juridische fusie en een juridische splitsing. Er zijn ook andere overeenkomsten, de vermogensbestanddelen gaan bijvoorbeeld bij de zuivere splitsing ook onder de algemene titel over.¹⁸

De afsplitsing is in artikel 14a lid 1 onderdeel b Wet VPB 1969 te vinden. Deze splitsingsvorm kan verschillende vormen hebben, zoals een ruzieafplitsing, driehoeksafplitsing of een moederdochter afsplitsing. Het grootste verschil tussen de zuivere splitsing en afsplitsing is, dat bij de afsplitsing de splitsende rechtspersoon niet ophoudt met bestaan.

¹⁵De vennootschappen kunnen in hun statuten een ander percentage dan 50% opnemen.

¹⁶Zuivere splitsing: artikel 334a lid 2 Burgerlijk Wetboek 2.

Afsplitsing: artikel 334a lid 3 Burgerlijk Wetboek 2.

¹⁷De rechtshandeling waarbij het vermogen van een rechtspersoon die ophoudt met bestaan, onder algemene titel overgaat naar twee of meer andere rechtspersonen.

¹⁸Zie paragraaf 2.2.1.3.

Ook bij de faciliteit betreffende juridische splitsing hanteert de wetgever een ander woordgebruik. Een voorbeeld hiervan is de term ‘splitsende rechtspersoon’. Deze term is geschikter dan de term ‘overdrager’, omdat bij de juridische splitsing altijd één rechtspersoon splitst. Verder zijn, de in paragraaf 2.2.1.3 genoemde voorwaarden die gesteld zijn aan het gebruik van de bedrijfsfusiefaciliteit op gelijke wijze van toepassing op het gebruik van de faciliteit betreffende de juridische splitsing.

2.3.2 Waarom juridische splitsing?

Zoals gezegd, heeft de juridische splitsing verschillende vormen. Deze vormen verschillen op bepaalde punten niet van elkaar. De overgang van het vermogen vindt namelijk altijd onder algemene titel plaats. De belastingplichtigen kunnen alle goederen die overgedragen moeten worden met één levering overdragen. Hierdoor kan op de kosten bespaard worden.

Bovendien kan bij een juridische splitsing ook slechts een gedeelte van de onderneming overgedragen worden. De voorwaarde hierbij is dat er sprake moet zijn van een afsplitsing. Omdat bij een zuivere splitsing de splitsende rechtspersoon ophoudt met bestaan, kan bij hem geen vermogensbestanddelen overblijven.

Het feit dat bij de juridische splitsing mogelijk is om een deel van de onderneming te leveren en dat dit onder de algemene titel kan gebeuren, maakt de juridische splitsing in bepaalde gevallen aantrekkelijker ten opzichte van de bedrijfsfusie en de juridische fusie. Bij de bedrijfsfusie worden de vermogensbestanddelen onder bijzondere titel geleverd en bij de juridische fusie is het overdragen van een bepaald deel van de onderneming niet mogelijk.

2.4 Conclusie

Fusies en splitsingen kunnen zowel ruisend als geruisloos plaatsvinden. Indien het ruisend plaatsvindt, dient de overdrager over de opgebouwde stille reserves af te rekenen. Bij een geruisloze fusie hoeft er ten tijde van de fusie niet afgerekend te worden. De reden hiervoor is dat de partij die de vermogensbestanddelen overdraagt en dus moet afrekenen, geen contanten maar slechts aandelen als tegenprestatie verkrijgt. Kortom, de belastingplichtige ontvangt geen contanten om belasting te kunnen betalen en dit kan de fusie belemmeren. Daardoor heeft de wetgever bepaald om in dit geval de overdrachtswinst niet in aanmerking te nemen. Aan het gebruik van de fusiefaciliteiten zijn voorwaarden gesteld. Deze voorwaarden zijn in dit hoofdstuk opgesomd.

3 De Fusierichtlijn

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk zijn fusies en splitsingen uitvoerig aan bod gekomen. In dit hoofdstuk staat de volgende vraag centraal: In hoeverre beïnvloedt(de) de Fusierichtlijn de nationale antimisbruikbepaling?

Om een goede analyse van de antimisbruikbepaling te kunnen maken, moet eerst de Fusierichtlijn bestudeerd worden. De nationale antimisbruikbepaling kan zonder de Fusierichtlijn niet verklaard worden.

3.2 Plaats Fusierichtlijn

De Fusierichtlijn is oorspronkelijk op 23 juli 1990¹⁹ ingevoerd. De Nederlandse wetgever heeft deze richtlijn met de wet van 10 september 1992, Stb. 491 in de Nederlandse belastingwetgeving geïmplementeerd. Later, op 19 oktober 2009 is de Fusierichtlijn ondergebracht in de Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van Europese Gemeenschappen.

Een van de doelen van de Europese Unie is het totstandbrengen van een interne Europese economische eenheid en markt. Regelingen die dit doel belemmeren moeten worden aangepast of opgeheven. Daartoe behoren ook fiscale regelingen, die veelal nationaal georiënteerd zijn. Als twee vennootschappen uit verschillende lidstaten besluiten om te fuseren is er sprake van een grensoverschrijdende fusie. Ook bij een grensoverschrijdende fusie kunnen de nationale fiscale bepalingen een belemmering voor de fusie vormen. De Fusierichtlijn is ingevoerd om deze belemmeringen weg te nemen. Op grond van de bepalingen van de Fusierichtlijn kan een kwalificerende intracommunautaire fusie zonder onmiddellijke belastingheffing plaatsvinden. Hoewel de Fusierichtlijn in beginsel op de grensoverschrijdende fusies ziet, zijn de bepalingen ook voor nationale fusies van belang.²⁰

Op grond van artikel 1 van de Fusierichtlijn is elke lidstaat verplicht om de in de richtlijn opgenomen bepalingen toe te passen. De lidstaten zijn echter niet verplicht om de richtlijn letterlijk in hun nationale wet op te nemen. Zolang het te bereiken resultaat behaald wordt, kunnen de lidstaten ook voor een andere methode of woordgebruik kiezen. Als de lidstaten gebruik willen maken van ander woordgebruik, dan dient dit richtlijnconform te gebeuren.

Belastingplichtigen kunnen voor de rechter rechtstreeks een beroep doen op de bepalingen van de richtlijn. Rechtstreekse werking houdt in dat de nationale rechter bij het nemen van beslissingen rekening moet houden met de bepalingen van de richtlijn²¹. Dat betekent dat de wetgever in sommige gevallen de richtlijn niet hoeft te implementeren en kan de richtlijn direct toepassen. Hierdoor worden de bepalingen uit de richtlijn gelijk toegepast en met de richtlijn strijdige nationale bepalingen blijven buiten de werking. Hoewel de belastingplichtigen zowel een beroep op de richtlijn als een beroep op de nationale wet

¹⁹ Richtlijn 90/434 EEG, PbEG L225.

²⁰ Leur-Bloem arrest, HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32.

²¹ Daarmee ook met de toelichting van de begrippen door het HvJ EG.

kunnen doen, mogen de lidstaten geen beroep op de richtlijn doen. De nationale wet is namelijk door de lidstaten zelf tot stand gebracht en daarmee hebben ze wat er in de wet opgenomen werd zelf kunnen bepalen.

Als een bepaling uit de nationale wet in strijd is met de Fusierichtlijn, dan dient de wetgever de wet aan te passen of de bepaling richtlijnconform toe te lichten. Met andere woorden, de richtlijn maakt geen rechtstreekse onderdeel van de nationale wetgeving. Het beschrijft slechts een resultaat dat via aanpassing²² van de nationale wetgeving moet worden bereikt.²³

Dat de lidstaten verplicht zijn om de bepalingen van de Fusierichtlijn toe te passen betekent niet dat ze de faciliteit ook altijd moeten verlenen. In artikel 15 van de Fusierichtlijn is bepaald dat de lidstaten de faciliteit kunnen weigeren, indien een hoofddoel of een der hoofddoelen van de fusie of splitsing belastingfraude of belastingontwijking is.²⁴ Wat de termen ‘hoofddoel’, ‘belastingfraude’ en ‘belastingontwijking’ inhouden, komt in het vervolg van dit hoofdstuk aan de orde.

3.3 De antimisbruikbepaling in de richtlijn

De antimisbruikbepaling voor fusies en splitsingen zijn in artikel 15 van de Fusierichtlijn opgenomen en luidt als volgt: (onderstreping Ö.S)

‘1. De Lid-Staten kunnen weigeren de bepalingen van de titels II, III en IV geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan teniet doen indien blijkt dat de fusie, splitsing, inbreng van activa of aandelenruil

a. als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft; het feit dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, kan doen veronderstellen dat die transactie als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft’.²⁵

De begrippen die hierboven zijn onderstreept, worden in het vervolg van deze paragraaf nader toegelicht.

De antimisbruikbepaling is een uiting van algemeen rechtsbeginsel dat misbruik van gemeenschapsrecht niet is toegestaan. In zijn artikel ‘De Fusierichtlijn – Belastingontwijking’²⁶ heeft Michielse een algemene definitie van het begrip ‘misbruik’ gegeven. Hierbij baseerde hij zich op de arresten Eurowings²⁷, ICI²⁸ en Cadbury-Schweppes²⁹. Hij concludeert uit die zaken dat een belastingplichtige voor het bereiken van

²² Oftewel richtlijnconform uitleggen.

²³ Bouwman, op cit., 2011, blz. 474.

²⁴ van der Vegt P.C, Zakelijkheid bij fusie en splitsing, WFR 2002/1809.

²⁵ Omdat lid 2 en lid 1-b van artikel 15 van de Fusierichtlijn voor deze scriptie niet relevant zijn, zijn deze onderdelen niet opgenomen.

²⁶ Michielse, G.M.M. De Fusierichtlijn – ‘Belastingontwijking’, NTFR 2010-30.

²⁷ HvJ EG, 26 oktober 1999, nr C-294/97.

²⁸ HvJ EG, 16 juli 1998, nr C-264/96.

²⁹ HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04.

een zakelijk doel vrij is om de fiscaal meest gunstige route te kiezen. Een misbruik is pas aan de orde indien er sprake is van een kunstmatige constructie. Volgens Michielse is sprake van een kunstmatige constructie indien een handeling zowel subjectieve als objectieve elementen van misbruik bevat. Het subjectief element is kortweg de wil bij de belastingplichtige om een belastingvoordeel te verkrijgen. De objectieve elementen zijn de elementen waarmee ‘in weerwil van de formele vervulling van de door de gemeenschapsregeling gestelde voorwaarden, het door de vrijheid van vestiging beoogde doel niet werd bereikt’.³⁰ Een kunstmatige constructie heeft geen verband met het te bereiken zakelijke doel en het is slechts gericht op het ontwijken van belastingheffing.

3.3.1 Hoofddoel of een der hoofddoelen

Indien de bedrijfsfusie faciliteit niet wordt toegepast moet de overdrager, op het moment van overdracht van de vermogensbestanddelen, over de stille reserves en goodwill van de overgedragen vermogensbestanddelen afrekenen. De fiscale afrekening kan met het toepassen van de bedrijfsfusiefaciliteit buiten aanmerking blijven. Gebruikmakend van de faciliteit verkregen belastingvoordeel³¹ moet echter geen hoofddoel of een der hoofddoelen van de fusie zijn. Wat de zinsnede ‘hoofddoel of een der hoofddoelen’ inhoudt, kan uit de jurisprudentie afgeleid worden. Uit de zaak Foggia³² blijkt dat het ‘hoofddoel of één der hoofddoelen’ van de fusie belastingfraude of –ontwijking is, indien de fiscale overwegingen het doorslaggevende motief voor de fusie vormen.

In BNB 2000/111³³ heeft de Hoge Raad een soortgelijk criterium gebruikt om te beoordelen of belastingfraude of –ontwijking het hoofddoel of één van de hoofddoelen van een aandelenfusie is. Het criterium houdt in of de partijen in afwezigheid van het niet-fiscale doel de aandelenfusie nog steeds hadden uitgevoerd. Hieruit kan worden geconcludeerd dat het fiscale motief het hoofddoel is, indien de aandelenfusie in afwezigheid van een niet-fiscale doel niet zou uitgevoerd worden.

In een ander arrest, FED 1998/269,³⁴ was een herstructurering plaatsgevonden met het doel om de beroepspraktijk tegen excessieve schadeclaims te beschermen. Dit zag het hof als een zakelijke overweging. Hierdoor oordeelde het Hof ’s-Gravenhage dat in casu geen sprake is van belastingfraude of –ontwijking. Fortuin vindt dit oordeel van het hof te kort door de bocht.³⁵ Uit dit oordeel van het hof is af te leiden dat de aanwezigheid van een zakelijk motief, de aanwezigheid van een belastingfraude of –ontwijking altijd uitsluit. Dit is geen juiste criterium om te beoordelen wat het hoofddoel of een der hoofddoelen van een fusie is. Aanwezigheid van een zakelijk motief is voor de beoordeling niet relevant. Er moet namelijk gekeken worden of het fiscale doel het doorslaggevende motief van de fusie is. Met andere

³⁰ Michielse, G.M.M. De Fusierichtlijn – ‘Belastingontwijking’, NTFRB 2010-30.

³¹ Niet in aanmerking nemen van de overdrachtswinst.

³² HvJ EG 10 november 2011, BNB 2012/5.

³³ HR 1 december 1999, BNB 2000/111.

³⁴ Hof ’s-Gravenhage 24 februari 1998, FED 1998/269.

³⁵ Fortuin P. Leur-Bloem-Beleid, WFR 1998/1689.

woorden, het verkrijgen van een belastingvoordeel mag wel één van de redenen van de fusie zijn, zolang het niet doorslaggevend is.

Van der Vegt benadrukt dat motievenwegingsproces³⁶ in de theorie wel aanspreekt, terwijl het in de praktijk een moeilijke en arbitraire keuze is.³⁷ Daarom pleit van der Vergt, voor het eigen rekening nemen van het wegingsproces door de rechter. Ter onderbouwing van zijn standpunt geeft hij de volgende argumenten:

‘Het overwegende, doorslaggevende, of hoofdmotief zal moeten worden afgeleid uit de door de procespartijen gestelde en aannemelijk gemaakte feiten en omstandigheden, omdat motieven per definitie subjectgebonden zijn en slechts uit het uiterlijk waarneembare kunnen worden gedestilleerd.’³⁸

Mijns inziens is de rechter de enige persoon die alle feiten zowel vanuit de belastingplichtige als vanuit de inspecteur kan horen. Daarom moet de vraag of er sprake is van ‘hoofddoel of één der hoofddoelen’ van belastingfraude of –ontwijking, van geval tot geval bepaald moeten worden.

3.3.2 Belastingfraude of –ontwijking

Van belastingfraude is sprake als de belastingplichtige een onjuist beeld van de werkelijkheid aan de fiscus doorgeeft en hiermee een onterecht belastingvoordeel geniet. Hierbij is van belang of de belastingplichtige op de hoogte is van de misleidende handelingen.

Van belastingontwijking is sprake, als de belastingheffing door de belastingplichtigen ontgaan wordt. Hierbij is van belang of de rechtshandelingen op het verkrijgen van een belastingvoordeel gericht zijn.

Voor de belastingontwijking geeft Smits de volgende formule: ‘Belastingontwijking= claimverlies + misbruik van EG-recht’.³⁹ Hij is dus van mening dat belastingontwijking slechts aan de orde is, indien belastingheffing met het misbruiken van het EG-recht wordt ontgaan.

In de Fusierichtlijn is een rechtsvermoeden opgenomen. Dit rechtsvermoeden houdt in dat een fusie, in afwezigheid van zakelijke overwegingen geacht plaats te vinden op grond van belastingfraude of –ontwijking.⁴⁰ Wat hier onder zakelijke overwegingen wordt bedoeld, zal hieronder nader toegelicht worden.

³⁶ Het bepalen van welke reden de doorslaggevende motief van de fusie is.

³⁷ van der Vegt P.C, Zakelijkheid bij fusie en splitsing, WFR 2002/1809.

³⁸ van der Vegt P.C, Zakelijkheid bij fusie en splitsing, WFR 2002/1809.

³⁹ Smits LLM L.B, Europeesrechtelijke fricties inzake art. 14a, zesde lid, Wet VPB 1969, WFR 2007/409.

⁴⁰ Fortuin P. Leur-Bloem-Beleid, WFR 1998/1689.

3.3.3 Zakelijke overwegingen

Zoals hierboven is benadrukt, mogen de lidstaten in hun wetgeving opnemen dat er sprake is van een vermoeden van belastingfraude of –ontwijking, indien een fusie niet op grond van zakelijke overwegingen plaatsvindt. In de Fusierichtlijn is ‘herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen’ als voorbeelden van zakelijke overwegingen gegeven. Hiermee beoogt de richtlijn echter geen limitatieve opsomming voor zakelijke overwegingen te geven. Dat wil zeggen dat deze voorbeelden niet exclusief zijn en dat er nog andere zakelijke overwegingen kunnen zijn.⁴¹ Hierdoor mogen de lidstaten ook geen algemene criteria voor het beoordelen van zakelijke overwegingen vaststellen.

Op zakelijke overwegingen wordt in hoofdstuk 4 uitgebreider ingegaan. Het is een sleutelbepaling in de antimisbruikbepalingen en de behandeling daarvan komt in de fiscale vakliteratuur en in de jurisprudentie in grote lijnen overeen met de behandeling van zakelijke overwegingen in de nationale antimisbruikbepaling.

3.3.4 Doen veronderstellen

Het feit dat er geen zakelijke overwegingen aanwezig zijn, betekent nog niet dat de lidstaat een faciliteit mag weigeren. Weliswaar kunnen de lidstaten op grond van de richtlijn, bij het ontbreken van zakelijke overwegingen, veronderstellen dat het hoofddoel of één der hoofddoelen van de fusie belastingfraude of –ontwijking is. Echter is dit alleen een veronderstelling, het misbruik is nog niet aannemelijk gemaakt. Een fusie kan dus op basis van algemene bepalingen niet rechtstreeks van de faciliteit uitgesloten worden.

Het ontbreken van zakelijke overwegingen zorgt wel voor een verandering in de bewijslastverdeling. Indien er zakelijke overwegingen ontbreken, is de belastingplichtige degene die aannemelijk moet maken dat het hoofddoel van de fusie geen belastingfraude of –ontwijking is. Vervolgens mag de inspecteur hierop tegenbewijs leveren. De rechter mag dan beslissen welk bewijs is geslaagd.

Overigens kan gezegd worden dat de gehele antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn geen ‘moet-bepaling’, maar een ‘mag-bepaling’ is.⁴² Ook als het hoofddoel of een der hoofddoelen van een fusie belastingfraude of -ontwijking is, kan de lidstaat kiezen om de faciliteit alsnog te verlenen. Echter, het spreekt voor zich dat geen enkele lidstaat, tenzij het om kleine bedragen gaat, een dergelijke beslissing zal nemen.

⁴¹ Brummer G.B.A. en Thijssen J.B. De ontgaanstoets in de fusie- en splitsingfaciliteiten, WFR 2003/401.

⁴² Dat heb ik uit de volgende zinsnede van artikel 15 van de Fusierichtlijn afgeleid, ‘De lidstaten **kunnen** weigeren...’.

3.4 Arrest Leur-Bloem⁴³

De Fusierichtlijn heeft voor het eerst op 17 juli 1997, in de zaak Leur-Bloem de nationale antimisbruikbepaling in belangrijke mate beïnvloed. De zaak Leur-Bloem kan als volgt worden beschreven.

Mevrouw Leur-Bloem was enig aandeelhouder van twee vennootschappen. Zij wenste voor de vennootschapsbelasting tussen beide vennootschappen een fiscale eenheid te vormen. Om een holdingconstructie tot stand te brengen wilde zij van een aandelenfusie gebruik maken. Hiervoor had zij bij de inspecteur een verzoek ingediend om de aandelenfusievrijstelling van toenmalig artikel 14 Wet IB 1964 toe te passen. Het verzoek is door de inspecteur afgewezen, omdat mevrouw Leur-Bloem niet aan de in de Nederlandse wetgeving opgenomen materieel fusie vereiste voldeed. De materieel fusie vereiste houdt in dat de verwervende vennootschap een onderneming moet drijven en de ondernemingen van de twee vennootschappen in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samengebracht moeten worden. Omdat in casu de nieuw op te richten houdstervenootschap geen materiële onderneming dreef, kon mevrouw Leur-Bloem aan deze eis niet voldoen.

De belastingplichtige is hiertegen bij het Gerechtshof Amsterdam in beroep gegaan. Het Gerechtshof Amsterdam heeft aan het HvJ EG om uitleg van de Fusierichtlijn gevraagd.

Het HvJ EG heeft hierop geantwoord dat de materieel fusie-eis niet gesteld mag worden. In de Fusierichtlijn is niet opgenomen dat de lidstaten een dergelijke materiële fusie-eis mogen stellen. Dus, de Nederlandse wetgeving was op dat punt duidelijk niet in overeenstemming met de Fusierichtlijn. Daardoor is na deze zaak de antimisbruikbepaling gewijzigd. De wetgever heeft de (onterecht geëiste) materiële onderneming vereiste uit de wet verwijderd.

Hoewel de zaak Leur-Bloem slechts op de aandelenfusie faciliteit betrekking heeft, is het ook voor de faciliteiten van artikel 14, 14a en 14b Wet VPB 1969 van belang. Aangezien de materiële fusie vereiste ook in deze faciliteiten te vinden is,⁴⁴ betekent dit dat de desbetreffende uitspraak van het HvJ EG ook voor de bedrijfsfusie, de juridische fusie en de juridische splitsing van overeenkomstige toepassing is.

Verder heeft Het HvJ EG bepaald dat volgens de Fusierichtlijn het niet verlenen van een fusie faciliteit alleen is toegestaan in concrete gevallen van misbruik. Het misbruik in de zin van de Fusierichtlijn is aan de orde, indien een aandelenruil belastingfraude of -ontwijking als hoofddoel of één der hoofddoelen heeft.⁴⁵ Bij de beoordeling of belastingfraude of -ontwijking het hoofddoel of één der hoofddoelen van de fusie is, speelt de vraag of er sprake is van zakelijke overwegingen een belangrijke rol. In de zaak Leur-Bloem is het HvJ EG ook ingegaan op de vraag wanneer sprake is van zakelijke overwegingen. Een aandelenruil die enkel een horizontale fiscale verliescompensatie tussen de betrokken vennootschappen ten doel heeft, berust volgens het HvJ EG niet op zakelijke overwegingen.⁴⁶ In casu wilde de belastingplichtige via aandelenruil een fiscale eenheid tot stand brengen. Het doel was de

⁴³ HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32.

⁴⁴ Strik, op cit., 2012, paragraaf 2.5.0.A.d.

⁴⁵ Fortuin P. Leur-Bloem-Beleid, WFR 1998/1689.

⁴⁶ HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32.

horizontale verrekening van de verliezen van de ene vennootschap met de winsten van de fiscale eenheid. In de zaak Leur-Bloem berustte de fusie daarom niet op zakelijke overwegingen. Wat de zakelijke overwegingen inhouden, wordt in hoofdstuk 4 uitgebreid behandeld.

In het vervolg van het arrest is te lezen dat het vaststellen van een voorschrift waarbij bepaalde categorieën van rechtshandelingen⁴⁷ automatisch van de faciliteit zijn uitgesloten, niet is toegestaan. Elk concreet geval dient nader onderzocht te worden en dit dient voor rechterlijke toetsing vatbaar te zijn.⁴⁸

De zaak Leur-Bloem had slechts betrekking op vennootschappen die in Nederland gevestigd zijn. Toch was HvJ EG bevoegd om over de prejudiciële vragen te beslissen. De reden hiervoor blijkt uit de volgende passages van het arrest:⁴⁹ (onderstreping Ö.S)

'In dit verband stelde de verwijzende rechter vast, dat de richtlijn volgens de overwegingen van haar considerans strekt tot opheffing van de bepalingen van fiscale aard die onder meer fusies en aandelenruil tussen vennootschappen uit verschillende Lid-Staten benadelen ten opzichte van dergelijke transacties met betrekking tot vennootschappen van een zelfde Lid-Staat, alsook dat in de bewoordingen van artikel 14 b, lid 2, sub a, enerzijds, en sub b, anderzijds, van de Nederlandse wet geen onderscheid wordt gemaakt tussen fusies waarbij uitsluitend in Nederland gevestigde vennootschappen betrokken zijn en fusies waarbij in verschillende Lid-Staten van de Gemeenschap gevestigde vennootschappen betrokken zijn.'

'Ten slotte merkte hij op, dat uit de doelstellingen van de richtlijn, de tekst van de betrokken bepaling van de Nederlandse wet, alsmede de wetsgeschiedenis, inzonderheid de Memorie van Toelichting, blijkt dat de Nederlandse wetgever aandelenfusies tussen uitsluitend in Nederland gevestigde vennootschappen enerzijds en tussen in verschillende Lid-Staten gevestigde vennootschappen anderzijds op dezelfde wijze heeft willen behandelen.'

De wetgever had het voornemen om de Fusierichtlijn te volgen en heeft bij de totstandbrenging van de nationale antimisbruikbepaling voor de gelijke behandeling van binnenlandse- en buitenlandse situaties gekozen.⁵⁰ Hierdoor kunnen de belastingplichtigen ook bij puur binnenlandse situaties een beroep op de Fusierichtlijn doen.

3.5 Conclusie

In de inleiding van dit hoofdstuk is een vraag gesteld, namelijk of de Fusierichtlijn de nationale wet beïnvloedt. Deze vraag kan bevestigend worden beantwoord. Bij de zaak Leur-Bloem heeft de richtlijn een groot effect gehad op de nationale wet. Tevens bleek in deze zaak dat nationale wet niet richtlijnconform was. Dit werd opgelost met materiële fusie-eis uit Nederlandse wetgeving te verwijderen. Ook kwam in dit hoofdstuk de antimisbruikbepaling van de richtlijn aan de orde. Om het te verduidelijken zijn de termen uit artikel 15 van de Fusierichtlijn toegelicht.

⁴⁷ Zoals geformuleerd in de materiële fusie-eis.

⁴⁸ Strik, op cit., 2012, paragraaf 2.5.0.A.d.

⁴⁹ HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32.

⁵⁰ Kamerstukken II, 1991-1992, 22338, nr. 3, blz. 9.

4 De Antimisbruikbepaling

4.1 Inleiding

Voor vennootschappen zijn er verschillende redenen om een fusie tot stand te brengen. Een van de redenen is bijvoorbeeld het verbeteren van de concurrentiepositie. Indien tegenprestatie uit de aandelen bestaat, kunnen de rechtspersonen gebruik maken van een fusiefaciliteit. Dat heeft tot gevolg dat er ten tijde van fusie geen belastingheffing plaatsvindt. Om van deze voorziening gebruik te maken, moet de belastingplichtige aan verschillende voorwaarden voldoen. Indien belastingplichtigen aan deze voorwaarden niet kunnen voldoen, kunnen zij via een alternatieve weg, bijvoorbeeld via artikel 14 lid 2 Wet VPB 1969, alsnog aanspraak doen op de voorzieningen. Echter, de inspecteur kan in dit geval nadere voorwaarden stellen.⁵¹ Als een fusie in overwegende mate op het ontgaan of uitstellen van de belastingheffing is gericht, mogen de vennootschappen ook niet via een alternatieve weg van de faciliteiten gebruik maken. Het gebruik van een faciliteit wordt immers alleen verleend als de fiscus haar fiscale claim na het verlenen van de faciliteit behoudt. In geval van ontgaan of ontwijken van belastingheffing raakt de fiscus haar (acute) fiscale claim kwijt. Daardoor is het voor de fiscus van groot belang of de partijen bij een fusie misbruik van de wetgeving maken.

In dit hoofdstuk wordt de antimisbruikbepaling bestudeerd. Na het toelichten van de structuur van de bepaling, wordt op de volgende vraag ingegaan: Wat wordt met “in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing” bedoeld?

4.2 Structuur van de antimisbruikbepaling

De wetgever heeft de antimisbruikbepaling in drie delen onder woorden gebracht. Daardoor is de bepaling hieronder ook onder drie punten verdeeld:⁵²

Punt 1- ‘In afwijking van het eerste en het tweede lid, wordt de winst wel in aanmerking genomen, indien de bedrijfsfusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Punt 2- De bedrijfsfusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien deze niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager en de overnemer.

Punt 3- Indien aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet

⁵¹ Deze werkwijze is in hoofdstuk 1 uitgebreid aan de orde gekomen.

⁵² Artikel 14 lid 4 Wet VPB 1969.

met de overdrager en de overnemer is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt'.⁵³

De antimisbruikbepaling bestaat uit een hoofdregel en uit twee bewijsvermoedens. Hierboven opgenomen punt 1 regelt de hoofdregel en de andere twee punten ordenen de bewijsvermoedens.

De hoofdregel houdt kortweg in dat belastingplichtigen de faciliteit niet kunnen toepassen, als de fusie in overwegende mate op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is gericht. Wanneer hiervan sprake is wordt aan de hand van bewijsvermoedens bepaald.

Bij het eerste bewijsvermoeden rust de bewijslast op de inspecteur. Hierbij dient de inspecteur aannemelijk te maken dat de fusie niet op grond van zakelijke overwegingen heeft plaatsgevonden. Vervolgens mag de belastingplichtige een tegenbewijs leveren. In dit tegenbewijs moet hij aannemelijk maken dat de fusie niet in overwegende mate op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is gericht. Indien er geen zakelijke overwegingen aanwezig zijn, betekent dit nog niet dat er belastingheffing wordt ontgaan of ontwijken. Het regelt alleen de bewijsverdeling. Bijvoorbeeld een belastingplichtige die kan bewijzen dat er via de fusie(ondanks de afwezigheid van zakelijke overwegingen) geen belastingvoordeel is verkregen, maakt het aannemelijk dat de fusie niet op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is gericht. Aangezien zonder enig belastinggenot nooit van een belastingontduiking of –ontwijking sprake kan zijn.

Bij het tweede bewijsvermoeden wordt de bewijslast omgedraaid. Als één van de partijen de verkregen aandelen binnen drie jaar na de fusie aan een niet-verbonden lichaam vervreemdt, dan wordt geacht dat aan de fusie geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.⁵⁴ In dit geval hoeft de inspecteur dus geen bewijs te leveren. De belastingplichtige moet dan direct met het tegenbewijs komen. Uit dit tegenbewijs moet blijken dat de fusie niet op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is gericht.⁵⁵ Indien de belastingplichtige hierin slaagt, dan wordt de faciliteit niet teruggenomen.

⁵³ De geciteerde tekst komt uit de bedrijfsfusie faciliteit. Echter voor juridische fusies en splitsingen zijn, behalve het derde deel, dezelfde wetgeving van toepassing. Derde punt heeft alleen betrekking op bedrijfsfusie en juridische splitsing en heeft geen gevolgen voor de juridische fusie.

⁵⁴ De faciliteit is hier al verleend. De vraag is of deze teruggedraaid moet worden.

⁵⁵ Dat is bijvoorbeeld mogelijk door het aannemelijk maken van de aanwezigheid van zakelijke overwegingen.

4.3 In overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing

De lidstaten mogen op grond van artikel 15 van de Fusierichtlijn in hun eigen wetgeving een misbruikvermoeden opnemen. De Nederlandse wetgever heeft voor alle fusiefaciliteiten van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. De wetgever heeft echter niet voor een letterlijke overname van bepalingen van de Fusierichtlijn gekozen.⁵⁶ In het derde hoofdstuk is de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn aan de orde gekomen. Bij het behandelen van antimisbruikbepaling van de richtlijn werd aan de zinsnede ‘hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of –ontwijking’ uitgebreid aandacht besteed. In tegenstelling tot wat in de richtlijn is opgenomen, wordt in de Nederlandse wetgeving een ander woordgebruik, namelijk ‘in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’ gehanteerd. Dit woordgebruik van de wetgever bleek in de praktijk niet altijd duidelijk te zijn. Daardoor is in de wetsgeschiedenis daaraan veel aandacht besteed. In de jurisprudentie heeft zowel de Hoge Raad als het HvJ EG in verschillende arresten een beslissing over de antimisbruikbepaling genomen. In deze arresten is aangegeven wat onder de termen ‘ontgaan en uitstellen’, ‘belastingheffing’, ‘in overwegende mate’ en ‘zakelijke overwegingen’ moet worden verstaan. Ook de fiscale auteurs hebben hun mening over de invulling van deze begrippen gegeven. In deze paragraaf worden deze termen, aan de hand van de wetshistorie, jurisprudentie en de fiscale vakliteratuur uitgelegd.

4.3.1 Ontgaan en uitstellen

4.3.1.1 Wetshistorie

De wetgever heeft bij het vormgeven van de antimisbruikbepaling niet voor een letterlijke overname uit de Fusierichtlijn gekozen. Een voorbeeld waaruit dit blijkt is bijvoorbeeld het begrip ‘belastingfraude’. Dit begrip komt in de nationale antimisbruikbepaling niet voor. Uit de wetsgeschiedenis⁵⁷ blijkt dat de wetgever het in de wet opnemen van de term ‘belastingfraude’ niet nodig achtte, omdat in het Nederlandse belastingsysteem reeds besloten ligt dat de faciliteit in geval van een belastingfraude niet verleend of achteraf teruggenomen wordt. Dat betekent dat de woorden ‘ontgaan’ en ‘uitstellen’ allebei op het begrip ‘belastingontwijking’ betrekking hebben. Het begrip ‘ontgaan’ legt de staatssecretaris als volgt uit: ‘het verloren gaan van de fiscale claim’. Verder gaat hij niet dieper in het begrip ontgaan. Dat is mijns inziens begrijpelijk, omdat zijn omschrijving van het begrip “ontgaan” behoorlijk duidelijk is. Het begrip ‘uitstellen’ houdt volgens de staatssecretaris het volgende in: ‘Een samenstel van rechtshandelingen erop gericht een min of meer acute fiscale verplichting uit te stellen.’

De hantering van het begrip ‘uitstellen’ is naar mijn mening onnauwkeurig, aangezien de intentie van een fusiefaciliteit altijd het uitstellen van belastingheffing is. Indien van een fusiefaciliteit gebruik wordt gemaakt, wordt de belastingheffing, als rechtstreekse uitvloeisel van de fusiefaciliteit, naar een toekomstig moment uitgesteld. De wetgever kan niet deze

⁵⁶ De lidstaten zijn niet verplicht om de richtlijn letterlijk over te nemen. Zolang het te bereiken resultaat behaald wordt, kunnen de lidstaten ook voor een andere methode of woordgebruik kiezen.

⁵⁷ Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr.3, blz. 115.

vorm van uitstel bedoeld hebben, want in dit geval kan men geen enkele fusie faciliteit toepassen.

Hierdoor heeft de staatssecretaris het begrip ‘uitstel’ nader toegelicht.⁵⁸ Hij beseft dat het verschuiven van belastingheffing een onderdeel van de fusiefaciliteit is. Indien belastingheffing als onderdeel van de faciliteit naar een later tijdstip wordt verschuiven, brengt dit geen misbruik situatie met zich mee. Uitstel van belastingheffing brengt echter wel een misbruik situatie met zich mee, indien de belastingplichtige met toepassing van de fusiefaciliteit in overwegende mate het behalen van een belastingvoordeel beoogt. De staatssecretaris is van mening dat de nationale wet, in de laatstgenoemde situatie niet in strijd is met de Fusierichtlijn. Hij voert hierbij aan, dat uit de overwegingen van de considerans bij de Fusierichtlijn blijkt dat het uitstellen van belastingheffing het doel van de faciliteit is. Echter, een uitstel hoeft niet gegeven te worden als uitstel zelf één van de hoofddoelen van de fusie is.

Een voorbeeld waarin sprake is van ‘ontgaan of uitstellen’ betreft een geval waarin een aanmerkelijk belanghouder voor de voorgenomen vervreemding van de aandelen, een aandelenruil aangaat. De fusie vindt in dit geval plaats om bij het verkoop gerealiseerde winst, door het toepassen van de deelnemingsvrijstelling onbelast te realiseren.⁵⁹ Een acute fiscale claim wordt omgezet in een uitgestelde claim.

4.3.1.2 Jurisprudentie

In BNB 2012/261 is de Hoge Raad ingegaan op het begrip ‘uitstellen’. De zaak ging over een juridische splitsing. De aandelen in de splitsende rechtspersoon werd door twee broers gehouden. De splitsende rechtspersoon had een onroerende zaak en liquide middelen in bezit. Broer 1 zou de enige aandeelhouder van de eerste verkrijgende rechtspersoon zijn en broer 2 zou alle aandelen van de tweede verkrijgende rechtspersoon krijgen. Tevens zou de onroerende zaak naar de eerste verkrijgende rechtspersoon overgaan, terwijl de tweede verkrijgende rechtspersoon enkel liquiditeiten zou ontvangen. Voorafgaand aan de splitsing heeft de splitsende rechtspersoon aan de inspecteur zekerheid gevraagd om ervan zeker te zijn dat de splitsing niet in overwegende mate op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is gericht.

Uit de hierboven geschetste casus en het geschil blijkt dat er via de juridische splitsing, de heffing van de inkomstenbelasting wordt uitgesteld. Verder kon de belastingplichtige de aanwezigheid van zakelijke overwegingen niet aannemelijk maken. Het enige doel van de juridische splitsing was het vormen van een alternatieve route voor de feitelijke uitkoop van één van de aandeelhouders (broer 2). De Hoge Raad oordeelde dat het uitstel van belastingheffing in dit geval in strijd is met doel en strekking van de Fusierichtlijn. De vraag van de belastingplichtige werd dus ontkennend beantwoord.

⁵⁸ Kamerstukken II, 1999-2000, 26727, nr. 7, blz. 149.

⁵⁹ Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr.3, blz. 115.

Uit dit arrest kan worden geconcludeerd, dat alleen ‘zodanig uitstellen van belastingheffing dat strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn ontstaat’⁶⁰ onder het toepassingsbereik van de antimisbruikbepaling valt. Van zodanig uitstellen van belastingheffing is geen sprake, indien uitstel slechts een onderdeel van de faciliteit is.

4.3.1.3 Fiscale literatuur

Op grond van BNB 2012/261 verdeelt Van der Burgt het belastinguitstel in twee categorieën: geoorloofd uitstel en oneigenlijk uitstel.⁶¹ Geoorloofd uitstel is een uitstel overeenkomstig doel en strekking van de Fusierichtlijn en oneigenlijk uitstel is een belastinguitstel in strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn. Wat onder doel en strekking van de Fusierichtlijn wordt verstaan, is in hoofdstuk 3 van deze scriptie aan de orde gekomen.

Immerseel geeft in zijn artikel ‘Belastingontwijking: uitstel of afstel?’⁶² aan dat hij niet begrijpt waarom de term belastingontwijking niet in de Nederlandse wetgeving toepasbaar zou zijn. Ook geeft hij kritiek op het oordeel van de staatsecretaris. De staatssecretaris is van mening dat er sprake is van een misbruik als een splitsing er op is gericht om belaste vervreemdingswinsten op vermogensbestanddelen om te zetten in onbelaste koerswinsten op aandelen. Wat betreft Immerseel is in dat geval geen sprake van misbruik, omdat de belastingclaim als uitvloeisel van het doorschuiven van boekwaarden, behouden blijft. Ook de taalkundige uitleg van het begrip ‘uitstellen’, geeft naar zijn mening geen goede afspiegeling van het Europeesrechtelijke term ‘belastingontwijking’. Hij meent dat belastingontwijking pas aan de orde is, als belastingheffing definitief wordt verijdeld. Een simpele verschuiving van de heffing in de tijd is dus niet genoeg om een ontwijking vast te stellen. Immerseel denkt dat ‘belastingontwijking’ het beste met de begrippen ‘vermijding’ en ‘voorkoming’ beschreven kan worden. In geval van een vermijding of een voorkoming is belastingheffing wel definitief verijdeld. Hoewel Immerseel met het woordgebruik van de wetgever oneens is, begrijpt hij het oordeel van de Hoge Raad in BNB 2012/261 wel. Bij uitstel van belastingheffing is misbruik slechts aan de orde, indien er sprake is van een belastingontwijking in Europeesrechtelijke zin. Om dit alles samen te vatten, gebruikt hij de volgende woorden: ‘uitstel is geen ontwijking, afstel wel’. Dat betekent mijns inziens dat er ook sprake is van belastingontwijking, indien de belastingplichtige gebruikmakend van een fusie of splitsing meer belasting uitstelt dan wat hij op grond van de Fusierichtlijn mag.

4.3.2 Belastingheffing

4.3.2.1 Jurisprudentie

De antimisbruikbepaling treedt pas in werking, indien er belastingheffing ontgaan of zodanig uitgesteld wordt. In de praktijk bleek niet duidelijk te zijn wat onder ‘belastingheffing’ moet worden verstaan. De vraag is natuurlijk welke rijksbelastingen daaronder vallen. Ook in de zaak Zwijnenburg stond deze vraag centraal.⁶³ De inspecteur was van mening dat een fusie ook in een geval waarin de overdrachtsbelasting wordt ontgaan, in overwegende mate op het

⁶⁰ Hoge Raad 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261.

⁶¹ van der Burgt G.C. en de Vries R.J. De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten, WFR 2012/1693.

⁶² van Immerseel S.F. Belastingontwijking: uitstel of afstel?, WFR 2002/1102.

⁶³ HvJ EG, 20 mei 2010, nr. C-352/08.

ontgaan of uitstellen van belastingheffing is gericht. De Hoge Raad heeft aan het HvJ EG prejudiciële vraag gesteld om te weten of de fusiefaciliteit kan worden geweigerd indien een fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van overdrachtsbelasting.

Voordat op de beslissing van het HvJ EG wordt ingegaan, wordt eerst naar het doel en strekking van de Fusierichtlijn gekeken. In artikel 4 lid 1 en in artikel 8 lid 1 van de Fusierichtlijn staat de volgende: (onderstreping Ö.S)

Fusies, splitsingen en gedeeltelijke splitsingen leiden niet tot enigerlei belastingheffing over de vermogenswinst die bepaald wordt door het verschil tussen de werkelijke waarde van de ingebrachte activa en passiva en hun fiscale waarde.

Indien bij een fusie, een splitsing of een aandelenruil bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende of de verwervende vennootschap worden toegekend aan een deelgerechtigde van de inbrengende of verworven vennootschap, in ruil voor bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van deze laatste vennootschap, mag dit op zich niet leiden tot enigerlei belastingheffing over het inkomen, de winst of de vermogenswinst van deze deelgerechtigde.

Uit de hierboven onderstreepte zinsneden kan ik concluderen dat de richtlijn ten doel heeft om bij een kwalificerende fusie belastingheffing te voorkomen. Echter, onder belastingheffing moet hier alleen de afrekening over de vermogenswinsten of het inkomen worden verstaan. Naar mijn mening is dat bij de overdrachtsbelasting niet het geval. De overdrachtsbelasting wordt, op grond van artikel 9 lid 1 Wet BRV 1970 berekend over de waarde van de onroerende zaak. Het inkomen of de winst van de belastingplichtige speelt daarbij dus geen rol.

Op 20 mei 2010 beantwoordde het HvJ EG de vraag van de Hoge Raad ontkennend. Het Hof concludeert dat een fusiefaciliteit niet mag worden geweigerd, als de fusie op het ontwijken van een andere belasting is gericht dan een belasting waarop de Fusierichtlijn betrekking heeft. De richtlijn heeft betrekking op belastingen op vennootschappen en belastingen verschuldigd door aandeelhouders van die vennootschappen. Dat wil zeggen dat een faciliteit alleen geweigerd kan worden als een fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting.⁶⁴ Omdat de overdrachtsbelasting niet onder de werking van de richtlijn valt, kon de faciliteit in de zaak Zwijnenburg niet geweigerd worden.

Het begrip ‘belastingheffing’ omvat dus zowel inkomstenbelasting als vennootschapsbelasting. Echter, na deze invulling van de term, ontstond een andere vraag. Kan een misbruik in de inkomstenbelasting een reden zijn om een faciliteit in de vennootschapsbelasting te weigeren? De Advocaat-Generaal (A-G) heeft in zijn conclusie voor BNB 2012/261 hieraan aandacht besteed. Hij is van mening dat een ontwijking in de

⁶⁴ Boulogne G.F, Raad legt reikwijdte reorganisatiefaciliteiten te eng uit, WFR 2012/1260.

inkomstenbelasting alleen een reden kan zijn om een faciliteit in de inkomstenbelasting te weigeren en niet om een faciliteit in de vennootschapsbelasting te weigeren.

De Hoge Raad⁶⁵ had hierover een andere mening en wees van het advies van Advocaat-Generaal af. Volgens de Hoge Raad omvat de term ‘belastingheffing’ in artikel 14 lid 4 Wet VPB 1969 alle belastingen waarop de Fusierichtlijn betrekking heeft. De Hoge Raad oordeelt dat alle belastingen waarop de richtlijn betrekking heeft voor de fusiefaciliteiten in aanmerking komen, dus ook alle belastingen waarop de richtlijn betrekking heeft moeten onder de werking van de antimisbruikbepaling vallen.

4.3.2.2 Fiscale Literatuur

Van der Burgt besteedt in zijn artikel ‘De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten’ aandacht aan de volgende twee vragen:

- 1- Kan ontwijking van de inkomstenbelasting een reden zijn om een faciliteit in de vennootschapsbelasting te weigeren?
- 2- Kan ontwijking bij de ene belastingplichtige een reden zijn om een faciliteit bij de andere te weigeren?

Bij het beoordelen van het eerste vraagstuk, geeft hij aan dat hij niet eens is met de behandeling van de term ‘belastingheffing’ door de Hoge Raad. De term ‘belastingheffing’ in de antiontgaansbepalingen betreffende de fusiefaciliteiten in de Wet VPB 1969, houdt naar zijn mening slechts de vennootschapsbelasting in, terwijl dezelfde term in de Wet IB 2001 slechts de inkomstenbelasting omvat. Ter onderbouwing van zijn mening geeft van der Burgt pragmatische redenen en redelijkheidoverwegingen. Hij acht dat de Hoge Raad, bij zijn oordeel de zinsnede ‘belastingfraude of belastingontwijking’ uit de Fusierichtlijn zwaar heeft meegewogen en daarom benadrukt hij *‘dat de Hoge Raad zijn beslissing in de onderhavige zaak had moeten opschorten en aan het Hof van Justitie EU had dienen te vragen de inhoud en reikwijdte van de Nederlandse terminologie “belastingheffing” tegen de achtergrond van de uitdrukking “belastingfraude of belastingontwijking” in de Fusierichtlijn nader af te bakenen’*.

Bij het beantwoorden van de tweede vraag kiest van der Burgt voor een volledig-onafhankelijk-van-elkaarbenadering. Deze benadering houdt in dat de fiscale positie van alle belanghebbenden onafhankelijk van elkaar moeten worden beoordeeld. Voor elke betrokkene moet dus afzonderlijk bepaald worden of een fusie in overwegende mate op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is gericht. Daardoor zal een oneigenlijk belastingmotief bij de ene participant niet leiden tot blokkering van de faciliteit bij de andere participant(en).

⁶⁵ HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261.

4.3.3 In overwegende mate gericht op

4.3.3.1 Wetshistorie

De aanwezigheid van ontgaan of uitstellen van de heffing van vennootschapsbelasting, betekent nog niet dat de belastingplichtige de fusiefaciliteit niet mag toepassen. De inspecteur moet immers nog aannemelijk maken dat de fusie *in overwegende mate op* het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is gericht. Hierbij spelen zakelijke overwegingen een belangrijke rol. Zelfs in de afwezigheid van zakelijke overwegingen, kan een fusie niet in overwegende mate op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing gericht zijn. In dit geval rust de bewijslast echter op de belastingplichtige.⁶⁶

De Tweede Kamer had de staatssecretaris om uitleg gevraagd over de inhoud van de uitdrukking ‘in overwegende mate’.⁶⁷ Wat betreft de staatssecretaris is van ‘in overwegende mate’ sprake, indien de fiscale overwegingen *beslissend* zijn voor de fusie. De fiscale motieven moeten dus minstens 50% van de totale motieven vormen.

4.3.3.2 Jurisprudentie

In hoofdstuk drie is BNB 2000/111 kort aan de orde gekomen. Hoewel deze zaak over een binnenlandse belastingplichtige ging, heeft de Hoge Raad toch aan een Europeesrechtelijke uitleg voorkeur gegeven. De Hoge Raad heeft zich uitgelaten over de vraag wanneer belastingfraude of –ontwijking het *hoofddoel of een van de hoofddoelen* van de fusie is. In dit arrest heeft de Hoge Raad het volgende criterium vastgesteld: zou de fusie ook uitgevoerd worden indien het niet-fiscale doel niet zou hebben bestaan. Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dan is het verkrijgen van een belastingvoordeel een der hoofddoelen van de fusie. Echter, het misbruik is hiermee nog niet definitief. De inspecteur moet nog aannemelijk maken dat de belastingplichtige heffing van een belasting waarop de Fusierichtlijn betrekking heeft, ontgaan of uitgesteld heeft.

4.3.3.3 Fiscale literatuur

Brummer en Thijssen maken een vergelijking tussen de begrippen ‘hoofddoel of een der hoofddoelen’ en ‘in overwegende mate’.⁶⁸ Ze zijn van mening dat de nationale wet op dit punt minder vergaande eisen stelt dan de richtlijn. Dat beargumenteren ze als volgt: (onderstreping Ö.S)

‘Een der hoofddoelen impliceert dat één belangrijk fiscaal motief, naast andere eveneens belangrijke motieven, al voldoende kan zijn om de faciliteit aan de herstructurering te onthouden. De Nederlandse belastingwet eist echter dat de splitsing of fusie in overwegende mate is gericht op ontgaan of uitstellen, hetgeen betekent dat de faciliteit slechts wordt onthouden indien het ontgaans- of uitstelmotief voor meer dan 50% aan de herstructureringsbeslissing ten grondslag ligt’.

⁶⁶ Zie paragraaf 4.2 voor de bewijsverdeling.

⁶⁷ Kamerstukken II, 1997-1998, 25709, nr. 5, blz. 5.

⁶⁸ Brummer G.B.A. en Thijssen J.B. De ontgaans- en splitsingfaciliteiten, WFR 2003/401.

Mijns inziens is de benadering van Brummer en Thijssen een goede manier om een vergelijking tussen de richtlijn en de nationale wet te maken. De nationale wet hanteert het begrip ‘beslissend’, terwijl de Fusierichtlijn de term ‘doorslaggevend’ als toetscriteria hanteert. Een voorbeeld zou het verschil verduidelijken. In het geval dat bij een fusie de fiscale motieven 49% van de totale motieven uitmaken, is er geen sprake van ‘in overwegende mate’, terwijl van ‘een der hoofddoelen’ wel sprake kan zijn. De fiscale motieven zijn bij het tot stand komen van de fusie niet ‘beslissend’ geweest, omdat het minder dan de helft van de totale motieven is. Echter, de fiscale motieven kunnen bij het tot stand komen van de fusie wel ‘doorslaggevend’ geweest zijn. Bij het beoordelen wanneer het wel of niet doorslaggevend is geweest speelt, zoals gezegd, de volgende vraag een belangrijke rol: zou de fusie ook uitgevoerd worden indien het niet-fiscale doel niet zou hebben bestaan. In dit geval (49% fiscale motieven) zal het antwoord hoogstwaarschijnlijk ontkennend luiden.

4.3.4 Zakelijke overwegingen

4.3.4.1 Wetshistorie

Uit paragraaf 4.2 is gebleken dat zakelijke overwegingen verdeling van de bewijslast regelen. Op grond van het eerste bewijsvermoeden wordt een fusie in afwezigheid van zakelijke overwegingen, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Het tweede bewijsvermoeden geeft aan dat zakelijke overwegingen, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, niet aanwezig worden geacht, indien de aandelen binnen drie jaar na de overdracht worden vervreemd. Omdat de term ‘zakelijke overwegingen’ voor de fusiefaciliteiten van essentieel belang is, is er tijdens de parlementaire behandeling daaraan veel aandacht geschonken.

Het begrip ‘zakelijke overwegingen’ is in de wetsgeschiedenis toegelicht als de ‘bedrijfseconomische motieven’ die tot de fusie hebben geleid.⁶⁹ In artikel 14 lid 4 Wet VPB 1969 staan twee voorbeelden van bedrijfseconomische motieven, te weten herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden. Ook in de Fusierichtlijn is herstructurering en rationalisering van de activiteiten als voorbeelden van zakelijke overwegingen genoemd. De term ‘activiteit’ is niet letterlijk in de Nederlandse wetgeving overgenomen, omdat de wetgever een onderscheid beoogt te maken tussen enerzijds de passieve vennootschappen en anderzijds de vennootschappen die activiteiten verrichten.⁷⁰ De passieve vennootschappen zijn duurzame organisaties van kapitaal en arbeid met de werkzaamheden die normaal vermogensbeheer niet te boven gaan.⁷¹ Actieve vennootschappen verrichten juist werkzaamheden die normaal vermogensbeheer te boven gaan. De staatssecretaris is van mening dat de nationale wet op dit punt niet in strijd is met de richtlijn.⁷² Hij stelt dat de term ‘activiteit’ in de richtlijn alleen betrekking heeft op de werkzaamheden die normaal vermogensbeheer te boven gaan. Hij onderbouwt het als volgt:

⁶⁹ Kamerstukken II, 1997-1998, 25709, nr. 3, blz. 7.

⁷⁰ Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr. 3, blz. 115.

⁷¹ Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr. 3, blz. 115.

⁷² Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr.7, blz. 150.

De richtlijn heeft immers volgens de overwegingen in de considerans ten doel de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie te versterken. Juist deze aspecten spelen bij de reorganisatie van beleggingen geen rol.

In de wetsgeschiedenis is bepaald dat aandeelhoudersmotieven geen onderdeel van zakelijke overwegingen uitmaken.⁷³ De aandeelhoudersmotieven hebben betrekking op de belangen van deelgerechtigden, terwijl zakelijke overwegingen op de belangen van de vennootschap betrekking moeten hebben. Echter zijn er situaties denkbaar, waarin een aandeelhoudersmotief wel een zakelijke overweging is.⁷⁴ Bijvoorbeeld als de belangen van aandeelhouder met de belangen van de vennootschap samenlopen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer verstoorde aandeelhoudersrelaties de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen. De staatssecretaris geeft aan dat deze situatie in de praktijk kritisch getoetst moet worden. Bijvoorbeeld na een fusie kan gecontroleerd worden of de financiële banden tussen de belanghebbenden blijven bestaan. Fiscale begeleiding kan in ieder geval niet plaatsvinden, indien sprake is van een situatie waarin een uitkoop van één of meer van de aandeelhouders plaatsvindt.

4.3.4.2 Jurisprudentie

In verschillende arresten heeft de rechtsprekende macht een oordeel gegeven over de vraag wanneer sprake is van zakelijke overwegingen.

In BNB 1998/32⁷⁵ heeft het HvJ EG bepaald dat slechts het behalen van een fiscaal voordeel niet als ‘zakelijke overweging’ gekwalificeerd kan worden. Indien aan een fusie geen enkel bedrijfseconomische motief, maar alleen fiscale motieven ten grondslag liggen kan deze fusie niet worden gefaciliteerd. Als zakelijke overwegingen in vergelijking met te behalen belastingvoordeel zeer gering aanwezig zijn, worden deze zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht.⁷⁶ Mijns inziens moet de rechter in deze situaties zakelijke overwegingen tegen fiscale overwegingen afwegen en vervolgens beslissen welke een beslissend rol heeft gespeeld. Een fusie is niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, indien zakelijke motieven beslissend zijn geweest voor de fusie.

De bedrijfseconomische motieven voor de tophoudster vallen ook onder de bedrijfseconomische motieven.⁷⁷ Dat wil zeggen dat de activiteiten die houdstervenootschappen verrichten ook tot zakelijke overwegingen behoren, tenzij het een aandeelhoudersmotief betreft.⁷⁸

⁷³ Kamerstukken II, 1997-1998, 25709, nr.3, blz. 7.

⁷⁴ Kamerstukken II, 1998-1999, 25709, nr. 5, blz. 6.

⁷⁵ HvJ EG 17 juli 1997, BNB 1998/32.

⁷⁶ HvJ EG 10 november 2011, BNB 2012/5.

⁷⁷ Kamerstukken II, 1998-1999, 25709, nr. 5, blz. 6.

⁷⁸ Of indien de fusie wordt aangegaan, zoals gebeurd in de zaak Leur-Bloem, om de verliezen (horizontaal) binnen de fiscale eenheid te kunnen compenseren.

Hoewel de staatsecretaris van mening is dat de wetgever met de term ‘actieve werkzaamheden’ een onderscheid beoogt te maken tussen actieve en passieve vennootschappen, ben ik van oordeel dat de rechter dit niet altijd zo heeft gelezen. Een voorbeeld hiervan is NTFR 2004/968,⁷⁹ waarin tussen twee beleggingsmaatschappijen een aandelenfusie wordt aangegaan. Het Hof oordeelde dat door het samenvoegen van beleggingsportefeuilles, een hoger resultaat kan worden behaald. Daardoor was volgens het Hof, in dit geval wel sprake van zakelijke overwegingen. Dus zelfs in de situaties waarin beide vennootschappen een passieve vennootschap zijn, kan een zakelijke overweging aanwezig zijn.

4.3.4.3 Fiscale Literatuur

Van der Vegt maakt in zijn artikel ‘Zakelijkheid bij fusie en splitsing’ bezwaar tegen het niet letterlijk overnemen van de term ‘activiteit’ in de Nederlandse wetgeving.⁸⁰ Hij is van mening dat de wetgever geen onderscheid moet maken tussen de actieve en de passieve vennootschappen. Het feit, dat bij een fusie een passieve vennootschap betrokken is, mag niet automatisch betekenen dat er geen zakelijke overwegingen zijn. Om het ontbreken van zakelijke overwegingen aannemelijk te maken, dient de inspecteur meer feiten te verzamelen dan enkel het bewijs van de aanwezigheid van een passieve vennootschap.

Mijns inziens is het maken van een onderscheid tussen actieve en passieve vennootschappen niet onontbeerlijk. Tijdens de parlementaire behandeling is gebleken dat het bedrijfsmatig beheren van het vermogen niet onder de beleggingsactiviteiten valt. Een vennootschap die bedrijfsmatig een vermogen beheert, wordt niet aangemerkt als een passieve vennootschap. De inspecteur dient dus in ieder geval te onderzoeken of er sprake is van een normale belegging of het bedrijfsmatig beheren van het vermogen. Naar mijn mening maakt het bepalen van of er sprake is van een actieve dan een passieve vennootschap de werkdruk van de inspecteur niet minder, in plaats daarvan kan men beter aan de hand van de transactie zelf een beoordeling doen.

4.4 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal: ‘Wat wordt met ‘in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’ bedoeld?’ Om deze vraag te kunnen beantwoorden is eerst de structuur van de antimisbruikbepaling behandeld. Daarna is deze vraag met het afzonderlijk beoordelen van de volgende begrippen beantwoord: ‘ontgaan of uitstellen’, ‘belastingheffing’, ‘in overwegende mate gericht op’ en ‘zakelijke overwegingen’. ‘Ontgaan’ is het verloren gaan van de fiscale claim. ‘Uitstellen’ is aan de orde als belastingheffing zodanig wordt uitgesteld dat dit in strijd is met doel en strekking van de Fusierichtlijn. Van ‘in overwegende mate gericht op’ is sprake als het ontgaan of uitstellen van ‘belastingheffing’ het beslissend motief voor de fusie is. Onder het begrip ‘belastingheffing’ wordt alleen vennootschap- en inkomstenbelastingen begrepen. Tot slot zijn er ‘zakelijke overwegingen’ aanwezig indien aan een fusie bedrijfseconomische motieven ten grondslag liggen.

⁷⁹ Hof Amsterdam, 31 maart 2004, NTFR 2004/968.

⁸⁰ van der Vegt P.C, Zakelijkheid bij fusie en splitsing, WFR 2002/1809.

5 Conclusie

In deze scriptie stond de volgende vraag centraal: *Onder welke omstandigheden is een fusie of splitsing in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing?* Deze vraag heb ik geprobeerd te beantwoorden met behulp van vier hoofdstukken, die elk een bepaald aspect van de probleemstelling behandelt. In dit vijfde en tevens laatste hoofdstuk worden de voorgaande hoofdstukken samengevat en gebruikmakend van de in de voorgaande hoofdstukken beantwoorde deelvragen een conclusie getrokken.

5.1 Samenvatting

In het begin van deze scriptie is een verkenning gedaan van de fiscale fusiefaciliteiten betreffende de bedrijfsfusie, de juridische fusie en de juridische splitsing. De werkwijze van deze fusiefaciliteiten is beschreven aan de hand van de indeplaatstredingfictie. De indeplaatstredingfictie houdt kort gezegd in dat bij het gebruik maken van een fusiefaciliteit de overnemer met betrekking tot alle overgenomen vermogensbestanddelen in plaats van de overdrager treedt. Door de werking van indeplaatstredingfictie behoudt de fiscus haar fiscale claim.

De tegenprestatie bij een fusie of splitsing bestaat niet uit de contanten, maar uit de aandelen. De rechtshandeling levert dus geen contanten op, wat nodig is om fiscaal te kunnen afrekenen. Daardoor is het mogelijk dat de fiscale afrekening een belemmering voor de fusie vormt. Om deze ongewenste situatie te voorkomen, zijn de fusiefaciliteiten in het leven geroepen. Gebruikmakend van een fusiefaciliteit kan de fiscale afrekening buiten aanmerking blijven. De voorwaarden waaraan moet worden voldaan om deze fusiefaciliteit te kunnen toepassen zijn eveneens in het tweede hoofdstuk behandeld.

Om oneigenlijk gebruik van een fusiefaciliteit te voorkomen heeft de Nederlandse wetgever gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de Fusierichtlijn biedt. In artikel 15 van de Fusierichtlijn is bepaald dat de lidstaten een faciliteit kunnen weigeren, indien een hoofddoel of een der hoofddoelen van de fusie of splitsing belastingfraude of belastingontwijking is. Zonder de Fusierichtlijn is de nationale antimisbruikbepaling niet te verklaren. Daardoor werd in het derde hoofdstuk hieraan uitgebreid aandacht besteed. De antimisbruikbepaling van de richtlijn is met behulp van het toelichten van de termen ‘één der hoofddoelen’, ‘belastingfraude’ en ‘belastingontwijking’ behandeld. ‘Eén der hoofddoelen’ is aan de orde als het verkrijgen van een belastingvoordeel het doorslaggevende motief van de fusie is. Van ‘belastingfraude’ is sprake indien belastingplichtige onjuiste beelden van de werkelijkheid aan de fiscale autoriteiten doorgeeft. De ‘belastingontwijking’ is aan de orde indien EG-recht misbruikt wordt om belastingheffing te ontgaan.

De zaak Leur-Bloem is eveneens in het derde hoofdstuk aan bod gekomen. Dit arrest heeft twee gevolgen voor de fusiefaciliteiten. Ten eerste is geconcludeerd dat de nationale wet in strijd was met de richtlijn, waardoor de nationale wet moest worden aangepast. Als gevolg hiervan is de materieel fusie vereiste uit de wet verwijderd. Ten tweede is gebleken dat de antimisbruikbepaling ook bij puur binnenlandse situaties richtlijnconform moet worden uitgelegd.

Als laatste is in het vierde hoofdstuk de antimisbruikbepaling behandeld. De structuur van de antimisbruikbepaling bestaat uit een hoofdregel en twee bewijsvermoedens. De hoofdregel houdt in dat de faciliteit niet mag worden toegepast, indien fusie in overwegende mate op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is gericht. Het eerste bewijsvermoeden regelt dat een fusie in overwegende mate op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing gericht wordt geacht, indien aan de fusie geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Vervolgens bepaalt het tweede bewijsvermoeden dat zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht, als één van de partijen de aandelen verkregen bij de fusie binnen drie jaar na de overdracht aan een niet-verbonden lichaam vervreemdt.

In de wetshistorie, fiscale literatuur en jurisprudentie is veel aandacht besteed aan de zinsneden ‘in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’ en ‘zakelijke overwegingen’. Hieronder volgt een beschrijving van de termen uit deze twee zinsneden.

Ontgaan: Het begrip ontgaan is in deze scriptie, gebruikmakend van de definitie die door de staatssecretaris aan dit begrip is gegeven toegelicht. Belastingheffing wordt ontgaan indien toepassing van de fusiefaciliteit tot het verloren gaan van de fiscale claim leidt.

Uitstellen: Onder het uitstellen, in de zin van artikel 14 lid 4 Wet VPB 1969 wordt verstaan ‘een samenstel van rechtshandelingen erop gericht een min of meer acute fiscale verplichting uit te stellen’. Uit de relevante jurisprudentie is gebleken dat uitstel van belastingheffing slechts aan de orde is, indien belastingheffing zodanig wordt uitgesteld dat dit strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn vertoont. Van der Burgt noemt dit ‘oneigenlijk uitstel’. Het zodanig uitstellen is niet aan de orde als het uitstel slechts een onderdeel van de fusiefaciliteit is. Dit wordt ook wel ‘geoorloofd uitstel’ genoemd.

Belastingheffing: In de zaak Zwijnenburg is aan het HvJ EG een prejudiciële vraag gesteld om te weten of de fusiefaciliteit kan worden geweigerd als een fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van overdrachtsbelasting. Het HvJ EG heeft deze vraag ontkennend beantwoord. De richtlijn heeft ten doel om bij een fusie belastingheffing te voorkomen over het inkomen, de winst of de vermogenswinst van de deelgerechtigde. Het Hof concludeert dat een fusiefaciliteit mag niet worden geweigerd, als de fusie op het ontwijken van een andere belasting dan een belasting waarop de Fusierichtlijn betrekking heeft gericht is. De Fusierichtlijn heeft slechts betrekking op de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting.

In overwegende mate gericht op: De staatssecretaris heeft aangegeven dat van ‘in overwegende mate gericht op’ sprake is als het ontgaan of uitstellen van ‘belastingheffing’ het beslissend motief van de fusie is. Dit was het geval in BNB 2000/111. Uit dit arrest kan worden geconcludeerd, dat het fiscale motief beslissend is wanneer de fusie ook uitgevoerd zou worden als het niet-fiscale doel niet zou hebben bestaan.

Zakelijke overwegingen: Zakelijke overwegingen zijn bedrijfseconomische motieven, zoals herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden. De term ‘actieve werkzaamheden’ is in de nationale wetgeving opgenomen, omdat de wetgever een

onderscheid beoogt te maken tussen enerzijds de passieve vennootschappen en anderzijds de vennootschappen die activiteiten verrichten. De actieve vennootschappen zijn duurzame organisaties van kapitaal en arbeid en waarvan de werkzaamheden normaal vermogensbeheer te boven gaan. Daarentegen verrichten de passieve vennootschappen werkzaamheden die normaal vermogensbeheer niet te boven gaan.

In de wetsgeschiedenis is bepaald dat aandeelhoudersmotieven geen onderdeel van zakelijke overwegingen uitmaken. Uitzondering hierop is echter wel mogelijk, bijvoorbeeld als aandeelhoudersbelangen met de belangen van de rechtspersoon samenlopen. Het slechts behalen van een fiscaal voordeel kwalificeert ook niet als een zakelijke overweging. Tot slot worden zakelijke overwegingen die in vergelijking met te behalen belastingvoordeel zeer gering van betekenis zijn, niet aanwezig geacht.

5.2 Eindoordeel

Er is bij een fusie of splitsing sprake van ‘in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’, indien aan een fusie of splitsing geen bedrijfseconomische motieven ten grondslag liggen en de fiscale motieven voor de fusie beslissend zijn geweest, waardoor een acute vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting claim van de fiscus verloren gaat of zodanig wordt uitgesteld.

6 Literatuurlijst

6.1 Literatuur

Boulogne G.F, Raad legt reikwijdte reorganisatiefaciliteiten te eng uit, WFR 2012/1260.

Bouwman, J.N. en Jong, M.G. de, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers, Den Haag, 2011.

Brummer G.B.A. en Thijssen J.B. De ontgaanstoets in de fusie- en splitsingfaciliteiten, WFR 2003/401.

van der Burgt G.C. en de Vries R.J. De antiontgangsbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten, WFR 2012/1693.

Essers, P.H.J. en Stevens, S.A. Vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2008.

Fortuin P. Leur-Bloem-Beleid, WFR 1998/1689.

van Immerseel S.F. Belastingontwijken: uitstel of afstel?, WFR 2002/1102.

Michielse, G.M.M. De Fusierichtlijn – ‘Belastingontwijking’, NTFRB 2010-30.

Smits LLM L.B, Europeesrechtelijke fricties inzake art. 14a, zesde lid, Wet VPB 1969, WFR 2007/409.

Strik, S.A.W.J. en de Vries, N.H. Cursus belastingrecht:vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2009.

van der Vegt P.C, Zakelijkheid bij fusie en splitsing, WFR 2002/1809.

Air France-KLM profiteert van fusie, Elsevier, november 2004.

6.2 Jurisprudentie

HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32.

HvJ EG, 16 juli 1998, nr C-264/96.

HvJ EG, 26 oktober 1999, nr C-294/97.

HvJ EG 12 september 2006, nr. C-196/04.

HvJ EG, 20 mei 2010, nr. C-352/08.

HvJ EG 10 november 2011, BNB 2012/5.

HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261.

HR 1 december 1999, nr. 34217, BNB 200/111.

Hof 's-Gravenhage 24 februari 1998, FED 1998/269.

Hof Amsterdam, 31 maart 2004, NTFR 2004/968.

6.3 Parlementaire geschiedenis

Kamerstukken II, 1991-1992, 22 338, nr. 3.

Kamerstukken II, 1997-1998, 25709, nr. 3.

Kamerstukken II, 1997-1998, 25 709, nr. 5.

Kamerstukken II, 1998-1999, 25709, nr. 5.

Kamerstukken II, 1998-1999, 26 727, nr. 2.

Kamerstukken II, 1998-1999, 26 727, nr.3.

Kamerstukken II, 1998-1999, 26727, nr.7.

Kamerstukken II, 1999-2000, 26 727, nr. 7.