

De antimisbruikbepaling omtrent fusies en splitsingen in de Nederlandse fiscale wetgeving.

Mark Rasenberg
Studentnummer: 373482
Rotterdam, juli 2015

Bachelor Fiscale economie,
Erasmus Universiteit Rotterdam
Erasmus School of Economics

Begeleidend docente: Dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst	0
1 Inleiding	1
1.1 Aanleiding tot het onderzoek.....	1
1.2 Probleemstelling en opzet.....	2
2 Europese regelgeving	3
2.1 Inleiding	3
2.2 Instrumenten van de Unie.....	3
2.3 De Fusierichtlijn.....	4
2.3.1 Inleiding	4
2.3.2 Rechtshandelingen	4
2.3.3 De antimisbruikbepaling.....	6
2.3.3.1 De essentie	6
2.3.3.2 Ontleding van de bepaling.....	7
2.3.3.3 Reikwijdte van de antimisbruikbepaling.....	9
2.4 Samenvatting en conclusie	9
3 Nederlandse wetgeving	11
3.1 Inleiding	11
3.2 Algemeen	11
3.3 Rechtshandelingen en faciliteiten.....	12
3.3.1 Inleiding.....	12
3.3.2 Aandelenfusie	12
3.3.3 Bedrijfsfusie.....	13
3.3.4 Juridische fusie en juridische splitsing	13
3.3.5 Faciliteiten	14
3.4 De antimisbruikbepaling.....	15
3.4.1 Inleiding.....	15
3.4.2 Wettelijke bepaling.....	15
3.4.3 Ontleding van de bepaling	16
3.4.3.1 In overwegende mate.....	16
3.4.3.2 Ontgaan of uitstellen van belastingheffing	17
3.4.3.3 Vervreemdingsverbod	20

3.5 Samenvatting en conclusie	21
4 Dispariteit en onduidelijkheid.....	23
4.1 Inleiding	23
4.2 Verschillen	23
4.2.1 Inleiding.....	23
4.2.2 Alternatieve bewoordingen	24
4.2.3 Vervreemdingsverbod	25
4.3 Jurisprudentie	26
4.4 Aanbevelingen	28
4.4.1 Inleiding.....	28
4.4.2 Uitstellen van belastingheffing	29
4.4.3 Vervreemdingsverbod.....	29
4.5 Samenvatting en conclusie	30
5 Conclusie	32
Literatuurlijst	34
Literatuur	34
Jurisprudentie	34
Overige stukken	35

Afkortingenlijst

EU	=	Europese Unie
EER	=	Europese Economische Ruimte
Wet Vpb	=	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Wet IB	=	Wet inkomstenbelasting 2001
A-G	=	Advocaat-Generaal
HvJ EU	=	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	=	Hoge Raad der Nederlanden

1 Inleiding

1.1 Aanleiding tot het onderzoek

Bij het drijven en beheren van een onderneming speelt meer dan alleen het verrichten van werkzaamheden. Veel beslissingen die gemaakt moeten worden in een onderneming hebben namelijk fiscale of juridische gevolgen. Een belangrijke beslissing die moet worden genomen is de keuze hoe een onderneming juridisch vorm wordt gegeven. De juridische structuur van de onderneming is namelijk op meerdere gebieden van groot belang en is daarmee ook een veel besproken onderwerp. Bepaalde structuren kunnen bijvoorbeeld zorgen voor een beperktere aansprakelijkheid binnen een concern of kunnen een toekomstige bedrijfsoverdracht vergemakkelijken. Om deze structuren te realiseren of om bepaalde samenwerkingsverbanden juridisch vorm te geven, wordt vaak gebruik gemaakt van fusies en/of splitsingen. Deze rechtshandelingen kennen ieder hun verschillende vormen.. Bij een fusie of splitsing is sprake van een overdracht van vermogen waarbij in beginsel moet worden afgerekend over eventuele stille reserves, goodwill en fiscale reserves. De belastingdruk die zou ontstaan bij de eerder genoemde rechtshandelingen zou er voor kunnen zorgen dat ondernemers of vennootschappen zullen afzien van fuseren of splitsen in situaties waar dit bedrijfseconomisch wel gewenst is. Om dit te vermijden heeft de wetgever een aantal fiscale faciliteiten opgenomen in de wet. Deze faciliteiten zorgen er voor dat, onder bepaalde voorwaarden, het resultaat dat behaald wordt met een fusie of splitsing buiten beschouwing blijft bij de heffing van inkomsten-, vennootschaps-, overdrachts- en/of dividendbelasting.

De voorwaarden voor het gebruiken van de eerdergenoemde faciliteiten zijn deels gericht op het nakomen van de Europese Fusierichtlijn 2009¹, welke voor het eerst in 1990 door de Raad van de Europese Gemeenschap is aangenomen en sindsdien aan een aantal wijzigingen is onderworpen. Kort gezegd stellen de voorwaarden van de Fusierichtlijn dat een fusie of splitsing niet wordt gefaciliteerd als deze gericht is op belastingfraude of belastingontwijking². Hoewel deze zogenoemde antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn wel door de wetgever in de Nederlandse wet is verwerkt, is er nog steeds onduidelijkheid rondom deze wetsbepaling. De wetgever heeft er namelijk voor gekozen om niet de letterlijke vertaling in de Nederlandse wet te plaatsen, maar om de woorden “ontgaan of uitstellen van belastingheffing”³ te gebruiken in plaats van de eerder genoemde term ‘belastingontwijking’. Dit nuanceverschil heeft tot een aantal rechtszaken geleid. Een belangrijk stuk jurisprudentie op dit gebied is te vinden in een arrest van de Hoge Raad uit

¹ Richtlijn 2009/133/EG.

² Zie voor de letterlijke tekst artikel 15, eerste lid, onderdeel a Fusierichtlijn 2009 en paragraaf 2.3.3.1.

³ Zie onder andere artikel 14, vierde lid Wet Vpb 1969 en artikel 3.55, vierde lid, onderdeel b Wet IB 2001.

2012. Hierin stond de interpretatie van de antimisbruikbepalingen uit de Wet op de Vennootschapsbelasting centraal⁴.

Naast het niet mogen ontgaan of uitstellen van belastingheffing is er in de faciliteit voor de bedrijfsfusie en splitsing ook een vervreemdingsverbod van drie jaar op de aandelen van beide partijen opgenomen in de Wet Vpb⁵. De Fusierichtlijn kent dit vervreemdingsverbod echter niet. Over deze bepaling is daarom af te vragen of deze wel in lijn is met de Fusierichtlijn⁶.

1.2 Probleemstelling en opzet

In deze scriptie zal de antimisbruikbepaling uit de faciliteiten omtrent fusies en splitsingen in de Wet Vpb 1969, alsmede die in de Wet IB 2001, worden geanalyseerd. De nadruk zal worden gelegd op de interpretatie van de Fusierichtlijn door de wetgever en waarom deze de tekst van de Fusierichtlijn niet letterlijk heeft overgenomen in de Nederlandse wet. Daarnaast zal worden onderzocht waarom het vervreemdingsverbod in de antimisbruikbepaling is opgenomen en of dit wel een richtlijnconforme bepaling betreft.

Deze vraagstukken hebben tot de volgende probleemstelling geleid:

'In hoeverre is de antimisbruikbepaling uit de Europese Fusierichtlijn met betrekking tot het faciliteren van fusies en splitsingen op een juiste manier door de wetgever overgenomen in de Nederlandse fiscale wetgeving?'

De probleemstelling zal worden beantwoord door middel van de volgende deelvragen en zullen individueel worden behandeld in het bijbehorende hoofdstuk.

1. Hoe is de antimisbruikbepaling vormgegeven in de Fusierichtlijn en welke toelichting is daarop gegeven (hoofdstuk 2)?
2. Hoe is de antimisbruikbepaling vormgegeven in de Nederlandse wet en welke toelichting is daarop gegeven (hoofdstuk 3)?
3. Welke verschillen zijn er waar te nemen tussen de Fusierichtlijn en de Nederlandse wet (hoofdstuk 4)?
4. Over welke verschillen heeft de rechterlijke macht zijn oordeel al gegeven en is daarmee de onduidelijkheid voldoende weggenomen (hoofdstuk 4)?
5. Ten aanzien van welke verschillen is er nu nog onduidelijkheid en hoe zou deze onduidelijkheid moeten worden weggenomen (hoofdstuk 4)?

⁴ HR 29 juli 2012, nr. 10/00807, *BNB 2012/261*.

⁵ Zie derde volzin van zowel artikel 14, vierde lid Wet Vpb 1969 als artikel 14a, zesde lid Wet Vpb 1969.

⁶ Van der Burgt, *De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2009. p. 203-204.

2 Europese regelgeving

2.1 Inleiding

Voordat de antimisbruikbepaling uit de Nederlandse wetgeving onderzocht kan worden, dient er inzicht verkregen te worden in de Europese regelgeving. De bepalingen in de Nederlandse wet zijn namelijk grotendeels gebaseerd op deze wetgeving. In dit hoofdstuk zullen allereerst de juridische middelen die de EU tot haar beschikking heeft nader worden toegelicht. Hierna zullen de rechtshandelingen die vermeld staan in de Fusierichtlijn worden behandeld en zal de antimisbruikbepaling zelf nader worden onderzocht door middel van een analyse van de wettekst en de huidige jurisprudentie omtrent deze bepaling. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en een conclusie, waarin de eerste deelvraag wordt beantwoord: ‘Hoe is de antimisbruikbepaling vormgegeven in de Fusierichtlijn en welke toelichting is daarop gegeven?’.

2.2 Instrumenten van de Unie

Eén van de doelstellingen binnen de EU is de (fiscaal) juridische harmonisatie tussen lidstaten met als doel een versoepeling van de handel en economische activiteiten binnen de EU. De hoofdmiddelen die hiervoor gebruikt worden zijn richtlijnen, verordeningen en beschikkingen. Een beschikking is slechts individueel van toepassing op de genoemden in die beschikking, hier wordt verder niet op ingegaan. Een verordening heeft een bredere werking en is dan ook direct en rechtstreeks van toepassing op alle burgers in de hele Unie zodra deze wordt goedgekeurd door de Europese Commissie en de Raad. De harmonisatie omtrent fiscale zaken wordt veelal gedaan door middel van richtlijnen, zodat lidstaten de daadwerkelijke regelgeving en faciliteiten zelf vorm kunnen geven in hun wetgeving. Een richtlijn heeft als doel verdere harmonisatie te bereiken door middel van bepaalde regels waar lidstaten zich aan moeten houden. Het verschil ten opzichte van de verordeningen is dat een richtlijn door de lidstaten zelf geïnterpreteerd mag worden. De nationale wetgever zal de richtlijn binnen een bepaalde tijd moeten verwerken in de nationale wet. De essentie van de richtlijn moet voldoende worden opgenomen in de wet, maar op welke wijze dit wordt ingevuld is aan de lidstaten zelf⁷. Hoewel met een verordening een grotere mate van harmonisatie bereikt kan worden, geeft een richtlijn meer vrijheid aan de lidstaten. Zo is er op fiscaal gebied onder meer de Moeder-dochterrichtlijn.⁸ Deze richtlijn beschrijft onder andere welke lidstaat belasting mag heffen over een grensoverschrijdende dividenduitkering binnen een concern in Europa. In deze scriptie staat de richtlijn omtrent grensoverschrijdende fusies en splitsingen, de Fusierichtlijn, centraal.

⁷ Zie artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

⁸ Richtlijn 2011/96/EU.

2.3 De Fusierichtlijn

2.3.1 Inleiding

Bepalingen in de nationale wetgeving van lidstaten kunnen een tegenstrijdige werking hebben op het doel van de EU. Met behulp van de richtlijnen en verordeningen probeert de EU dit te corrigeren, zodat dit zoveel mogelijk wordt vermeden. Vooral op fiscaal gebied is er bij grensoverschrijdende fusies of splitsingen snel sprake van een (fiscaal) obstakel, welke ervoor kan zorgen dat partijen afzien van een dergelijke fusie of splitsing. Aangezien een fusie of splitsing fiscaal gezien een vervreemding is waarbij afgerekend dient te worden, zal hier een belastingdruk ontstaan voor de fuserende of splitsende partijen. Deze belastingdruk zou de partijen kunnen weerhouden van de fusie of splitsing. Om dit te voorkomen, en om fusies en splitsingen binnen de Unie niet te belemmeren, is de eerste versie van de Fusierichtlijn in 1990⁹ ontstaan. Deze richtlijn legt de lidstaten op om een fiscale faciliteit in hun nationale wet op te nemen, zodat een grensoverschrijdende fusie of splitsing kan worden gefaciliteerd. In 2005 en 2006¹⁰ is de Fusierichtlijn gewijzigd door een aantal toevoegingen. Er werd een aantal rechtsvormen en rechtshandelingen toegevoegd die sindsdien ook onder deze richtlijn vallen, waaronder het verplaatsen van de statutaire zetel van een Europese naamloze vennootschap (SE). Tevens werd de zogenaamde afsplitsing opgenomen in de richtlijn als kwalificerende rechtshandeling. Deze initiële richtlijn uit 1990 en de toevoegingen in 2005 en 2006 zijn inmiddels opgenomen in één samenhangende richtlijn¹¹. Volgende verwijzingen naar de Fusierichtlijn in deze scriptie zullen, indien niet anders aangegeven, betrekking hebben op de laatstgenoemde, meest recente versie van de richtlijn.

2.3.2 Rechtshandelingen

Zoals hierboven is uitgelegd, is de Fusierichtlijn ontstaan om bepaalde rechtshandelingen fiscaal te faciliteren om deze binnen de EU geruisloos plaats te laten vinden, zodat belastingheffing geen obstakel vormt voor deze fusies of splitsingen. Een belangrijk punt is echter wel dat de Fusierichtlijn deze rechtshandelingen in beginsel alleen faciliteert wanneer er sprake is van een grensoverschrijdende werking¹². De Fusierichtlijn heeft dus in beginsel geen betrekking op een rechtshandeling tussen twee partijen die in dezelfde lidstaat wonen. Uit jurisprudentie blijkt echter dat dit in Nederland wel het geval is, maar hier wordt later in de scriptie op ingegaan. De reikwijdte van de richtlijn is opgenomen in artikel 1 van de Fusierichtlijn en vermeldt de verschillende rechtshandelingen waar de richtlijn betrekking op heeft. Om een beter inzicht te verkrijgen in de

⁹ Richtlijn 90/434/EEG.

¹⁰ Richtlijn 2005/19/EG en Richtlijn 2006/98/EG.

¹¹ Richtlijn 2009/133/EG.

¹² Artikel 1, onderdeel a Fusierichtlijn 2009.

werking van de Fusierichtlijn zullen deze rechtshandelingen individueel kort worden behandeld in deze paragraaf. Tevens is het van belang om deze bepalingen te kennen, omdat de faciliteiten uit de Nederlandse wet grotendeels gebaseerd zijn op dezelfde rechtshandelingen en kunnen eventuele verschillen na onderzoek worden geanalyseerd. In het volgende hoofdstuk zullen de Nederlandse faciliteiten voor deze rechtshandelingen nader worden onderzocht.

De kwalificerende rechtshandelingen worden genoemd in artikel 2 van de Fusierichtlijn. De eerstgenoemde rechtshandeling in de richtlijn is de fusie. In de Fusierichtlijn is sprake van een fusie wanneer alle activa en passiva van één of meer vennootschappen overgaan op een derde vennootschap. Kort gezegd is hier dus sprake van twee of meer partijen die samenvoegen tot één entiteit. Ook wordt een rechtshandeling waar de activa en passiva van een dochtervennootschap overgaan op de moedervennootschap als fusie gekenmerkt, een zogenaamde verticale fusie¹³.

Vennootschappen kunnen samenvoegen, maar uiteraard ook splitsen. De splitsing is eveneens een kwalificerende rechtshandeling. Het is een rechtshandeling waarbij alle activa en passiva van een vennootschap bij ontbinding overgaan op twee of meer vennootschappen¹⁴.

In tegenstelling tot de splitsing, is het bij de derde rechtshandeling niet noodzakelijk dat de splitsende vennootschap ontbonden wordt. Hier wordt in de Fusierichtlijn gesproken van een gedeeltelijke splitsing. Zoals in de inleiding is vermeld, is deze vorm van splitsing pas in 2005 toegevoegd aan de richtlijn en daarmee ook een gefaciliteerde rechtshandeling geworden. Bij een gedeeltelijke splitsing gaan de activa en passiva van één of meerdere organisatorisch onafhankelijke afdelingen over op een andere vennootschap¹⁵.

Tevens wordt de inbreng van activa gekwalificeerd als rechtshandeling waar de faciliteit van de richtlijn voor verstrekt kan worden. Bij de inbreng van activa worden ofwel alle activa en passiva van de gehele vennootschap, dan wel alle activa en passiva van een deel van een vennootschap dat op eigen kracht kan functioneren, overgebracht in een andere vennootschap tegen verkrijging van aandelen in de ontvangende vennootschap¹⁶. Om een beroep te doen op de faciliteit bij een inbreng van activa dienen alle vermogensbestanddelen te worden ingebracht van dat zelfstandige deel of die gehele vennootschap en mogen dus geen vermogensbestanddelen achterblijven¹⁷.

De laatstgenoemde rechtshandeling in de richtlijn betreft de aandelenruil. Van een aandelenruil is sprake wanneer een deelneming wordt verkregen in een vennootschap, waardoor een meerderheid

¹³ Artikel 2, onderdeel a Fusierichtlijn 2009.

¹⁴ Artikel 2, onderdeel b Fusierichtlijn 2009.

¹⁵ Artikel 2, onderdeel c en j Fusierichtlijn 2009.

¹⁶ Artikel 2, onderdeel d Fusierichtlijn 2009.

¹⁷ HvJ EU 15 januari 2002, C-43/00 (Andersen) r.o. 34.

van stemmen wordt verkregen in die vennootschap, tegen uitgifte van eigen aandelen¹⁸. Zoals de naam al doet vermoeden, vindt er dus een ruil plaats van aandelen. Deze rechtshandeling wordt vaak gebruikt om een holdingconstructie op te zetten en kan met behulp van de faciliteit dus zonder belastingheffing geschieden.

Om in aanmerking te komen voor de faciliteit stelt de Fusierichtlijn dat een eventuele bijbetaling in geld bij één van deze rechtshandelingen, met uitzondering van de inbreng van activa en de verticale fusie, nooit meer mag bedragen dan 10% van de nominale waarde. Een opmerkelijk arrest waar dit maximum centraal stond, was het Kofoed-arrest¹⁹. In dit arrest werd een dividenduitkering gedaan na het voltooien van een aandelenruil. Deze dividenduitkering werd door de Deense Belastingdienst aangemerkt als een onderdeel van de rechtshandeling en daarbij gekwalificeerd als bijbetaling. Hierdoor werd het maximum overschreden en werd de faciliteit geweigerd. Na verduidelijking door het Hof van Justitie blijkt dat een bijbetaling een deel van de tegenprestatie moet vormen die in aanvulling op de rechtshandeling bindend is overeengekomen²⁰. Een dividenduitkering na een fusie of splitsing kan dus niet als bijbetaling worden gekwalificeerd.

2.3.3 De antimisbruikbepaling

De achterliggende gedachte van de Fusierichtlijn is het voorkomen van directe belastingheffing, zodat de belastingdruk geen belemmering zal vormen voor een economisch gewenste grensoverschrijdende fusie of splitsing. Van deze ruime faciliteit kan echter ook misbruik worden gemaakt. De Fusierichtlijn bevat dan ook een antimisbruikbepaling, waarin het de lidstaten mogelijk wordt gemaakt om de faciliteit uit deze richtlijn niet te verstrekken wanneer er misbruik wordt beoogd. Het beschrijft hierin ook in grote lijnen welke rechtshandelingen door de lidstaten kunnen worden gekenmerkt als misbruik.

2.3.3.1 De essentie

De antimisbruikbepaling is opgenomen in artikel 15, eerste lid, van de Fusierichtlijn en luidt als volgt:

“De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de artikelen 4 tot en met 14 geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan geheel of gedeeltelijk teniet te doen, indien blijkt dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen:

a) als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft; wanneer de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen, geldt

¹⁸ Artikel 2, onderdeel e Fusierichtlijn 2009.

¹⁹ HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05 (Kofoed).

²⁰ Zie arrest Kofoed, r.o. 28.

het vermoeden dat die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft;

*b) tot gevolg heeft dat een al dan niet aan de rechtshandeling deelnemende vennootschap niet meer voldoet aan de voorwaarden die vereist zijn voor de werknemersvertegenwoordiging in de vennootschapsorganen volgens de regeling die vóór de betrokken rechtshandeling van toepassing was.*²¹

Uit onderdeel a is af te leiden dat een lidstaat gemachtigd is om de Fusierichtlijn teniet te doen, en dus geen faciliteit te verlenen, voor zover de rechtshandeling als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft. De vraag die nu gesteld dient te worden is wanneer er sprake is van een rechtshandeling, waarvan het hoofddoel of een der hoofddoelen gericht is op belastingfraude of belastingontwijking.

In deze scriptie wordt niet ingegaan op onderdeel b van art. 15 Fusierichtlijn, aangezien dit niet van belang is in het kader van de geformuleerde probleemstelling.

2.3.3.2 Ontleding van de bepaling

Uit onderdeel a is tevens af te leiden dat een rechtshandeling in beginsel op grond van zakelijke overwegingen tot stand dient te komen. Dit wordt benadrukt in het arrest Leur-Bloem²² van het Hof van Justitie. Uit dit arrest blijkt namelijk onder andere dat wanneer een rechtshandeling niet op grond van zakelijke overwegingen heeft plaatsgevonden, dit een vermoeden van belastingfraude of –ontwijking oplevert. Zodra dit vermoeden tot stand is gekomen, heeft de belastingplichtige nog wel de mogelijkheid om het tegendeel aan te tonen om alsnog gebruik te kunnen maken van de faciliteit. Om te bepalen wanneer een rechtshandeling niet op grond van zakelijke overwegingen heeft plaatsgevonden is het essentieel om te onderzoeken wat er volgens de Fusierichtlijn verstaan dient te worden onder de begrippen ‘hoofddoel of een der hoofddoelen’ en ‘belastingfraude of belastingontwijking’.

Zoals omschreven mag een fusie of splitsing volgens de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn niet gericht zijn op belastingfraude of –ontwijking. Het criterium dat wordt genoemd is dat het hoofddoel, of zelfs een der hoofddoelen, niet gericht mag zijn op één van deze twee. Het begrip hoofddoel impliceert dat dit doel het grootste motief is voor een dergelijke fusie of splitsing. Wanneer er echter meerdere motieven zijn, is het lastig om te bepalen welke het hoofddoel is. Zo kan een fusie of splitsing bijvoorbeeld zorgen voor commerciële of economische voordelen in een

²¹ Artikel 15, eerste lid Fusierichtlijn 2009 (onderstreping M.C. Rasenberg).

²² HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), *BNB* 1998/32.

bedrijf, maar kan daarbij tegelijkertijd ook een belastingvoordeel²³ worden gerealiseerd. Bepaalde belastingvoordelen kunnen daarbij worden aangemerkt als belastingfraude of –ontwijking. De vraag zal dan zijn of dit belastingvoordeel ook daadwerkelijk een ‘hoofddoel’ is geweest en in hoeverre dit een motief was voor de fusie zelf. Als dit het geval is, zal de fusie namelijk kwalificeren als belastingfraude of belastingontwijking in de zin van de antimisbruikbepaling en kan de faciliteit geweigerd worden door een lidstaat. In hoeverre het behalen van een eventueel belastingvoordeel als een hoofddoel of één van de hoofddoelen van een fusie of splitsing kan worden aangemerkt, zal per casus moeten worden beoordeeld. Recente jurisprudentie omtrent deze bepaling heeft inmiddels voor meer duidelijkheid gezorgd en enigszins grenzen gesteld.

Een belangrijke zaak waar het hoofddoel van een fusie werd betwist, is te vinden in het Foggia-arrest²⁴ van het Europese Hof van Justitie. In dit arrest was er sprake van een fusie tussen een holding en drie andere holdings die allen tot hetzelfde concern behoorden. De drie holdings hadden echter fiscale verliezen en de eerste partij wilde deze verliezen verrekenen met haar belastbare winst na de genoemde fusie. De nationale rechter stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, waaronder de vraag wanneer een rechtshandeling, bedoeld in de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn, gezien kan worden als een rechtshandeling met een hoofddoel dat gericht is op belastingfraude of –ontwijking. Uit het antwoord van het Hof van Justitie is af te leiden dat het hoofddoel van een fusie (of splitsing) in ieder geval gekwalificeerd kan worden als belastingfraude of -ontwijking wanneer het enige motief van de fusie het verkrijgen van een belastingvoordeel is²⁵. Tevens is uit dit arrest af te leiden dat wanneer een fiscaal voordeel een doorslaggevende factor is in het aangaan van een fusie of splitsing, deze rechtshandeling ook een vermoeden doet opleveren dat deze niet op grond van zakelijke overwegingen heeft plaatsgevonden²⁶.

Van belastingfraude of –ontwijking kan dus gesproken worden wanneer het motief van de rechtshandeling enkel een belastingvoordeel is of wanneer een belastingvoordeel een bijkomstig motief is en dit een doorslaggevende factor in het aangaan van de rechtshandeling blijkt te zijn. Dit is echter niet volledig, aangezien de vraag gesteld zou kunnen worden voor welke belastingen dit geldt. Deze kwestie kwam ter sprake in een arrest van de Hoge Raad betreffende een bedrijfsfusie binnen het concern van modehuis Zwijnenburg²⁷. Dit vraagstuk diende uiteindelijk door het Hof van Justitie verduidelijkt te worden, zoals zal blijken uit de volgende subparagraaf.

²³ Over een dergelijk belastingvoordeel wordt bijvoorbeeld gesproken in het Foggia-arrest wanneer verliezen na een fusie kunnen worden verrekend. Dit arrest wordt in de volgende alinea behandeld.

²⁴ HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (Foggia), *BNB 2012/5*.

²⁵ Zie arrest Foggia, *BNB 2012/5*, r.o. 36.

²⁶ Zie arrest Foggia, *BNB 2012/5*, r.o. 35.

²⁷ HR 11 juli 2008, nr. 43144, *BNB 2008/245*.

2.3.3.3 Reikwijdte van de antimisbruikbepaling

Uit het Foggia-arrest bleek eerder dat als enkel een belastingvoordeel het motief is voor een fusie of splitsing, een dergelijke rechtshandeling niet als zakelijk wordt geacht en dus in beginsel geen faciliteit verleend hoeft te worden. Hierbij moet echter wel worden vermeld dat met een dergelijk belastingvoordeel alleen de belasting wordt bedoeld waar de Fusierichtlijn op gericht is: de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Het verkrijgen van een belastingvoordeel van een ander soort belasting kan er niet voor zorgen dat geen aanwezigheid van zakelijke overwegingen wordt geacht. Dit is af te leiden uit het Zwijnenburg-arrest op 16 juli 2009 van het Europese Hof van Justitie²⁸. In deze casus was er sprake van een bedrijfsfusie binnen modezaak Zwijnenburg waarbij activa van Mode BV ingebracht werden in Beheer BV. Tot deze activa behoorde een bedrijfspand van de modezaak. Deze bedrijfsfusie had als enige doel om bij het verstrekken van koopopties op Beheer BV de anders verschuldigde overdrachtsbelasting te ontlopen. Hier was nu niet langer sprake van een onroerend zaaklichaam in de zin van artikel 4 Wet op belasting van rechtsverkeer en was dus in beginsel geen overdrachtsbelasting verschuldigd. De Hoge Raad stelde als prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie of deze vorm van belastingontwijking ook onder de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn valt²⁹. Het Hof van Justitie oordeelde dat dit niet het geval is en dat de term ‘belastingontwijking’ enkel duidt op de belasting waar de faciliteit van de richtlijn op inwerkt³⁰.

2.4 Samenvatting en conclusie

Harmonisatie is een belangrijke doelstelling van de EU. Op het gebied van de belastingen van lidstaten wordt dit grotendeels bereikt met behulp van richtlijnen. Voor grensoverschrijdende fusies en splitsingen binnen de EU is door middel van de Fusierichtlijn een faciliteit ontstaan die deze rechtshandelingen zonder belastingheffing kan laten plaatsvinden. De belastingheffing die anders ontstaat, kan er namelijk voor zorgen dat partijen een dergelijke rechtshandeling niet aan zouden gaan. Naast fusies en (gedeeltelijke) splitsingen zijn ook de aandelenruil en de inbreng van activa gekwalificeerde rechtshandelingen voor de Fusierichtlijn. De antimisbruikbepaling in deze richtlijn is zo vorm gegeven dat om gebruik te kunnen maken van deze faciliteit er sprake dient te zijn van een rechtshandeling die als hoofddoel of een der hoofddoelen geen belastingfraude of belastingontwijking heeft. Uit het arrest Leur-bloem blijkt dat belastingfraude of –ontwijking bij een dergelijke rechtshandeling wordt vermoed wanneer een fusie of splitsing niet op grond van zakelijke overwegingen heeft plaatsgevonden.

Het Foggia-arrest heeft een aantal zaken omtrent de antimisbruikbepaling weten te verduidelijken. Een fusie of splitsing hoeft niet gefaciliteerd te worden door een lidstaat wanneer deze enkel op

²⁸ HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), *BNB 2010/257*.

²⁹ HR 11 juli 2008, nr. 43144, *BNB 2008/245*, r.o. 13ii.

³⁰ Zie arrest Zwijnenburg, *BNB 2010/257*, r.o. 56.

grond van een beoogd belastingvoordeel heeft plaatsgevonden of wanneer dit belastingvoordeel de doorslaggevende factor was voor het aangaan van deze fusie of splitsing, tenzij de belastingplichtige het tegendeel kan bewijzen.

Tevens blijkt uit het Zwijnenburg-arrest dat de faciliteit niet geweigerd kan worden door een lidstaat wanneer er sprake is van het ontwijken van een andere soort belasting dan waar de Fusierichtlijn voor bedoeld is; enkel de belastingfraude of belastingontwijking van de nationale inkomsten- en vennootschapsbelasting van de lidstaten valt onder de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn. Om de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn en die uit de Nederlandse wetgeving in hoofdstuk 4 met elkaar te kunnen vergelijken, wordt in het volgende hoofdstuk de Nederlandse wetgeving, en daarmee de Nederlandse antimisbruikbepaling, behandeld. Deze bepaling wordt op eenzelfde wijze ontleed als in dit hoofdstuk is gedaan. Tot slot wordt een soortgelijke conclusie gegeven over de interpretatie en werking van de Nederlandse bepaling.

3 Nederlandse wetgeving

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk werd vermeld dat wetgevers van de lidstaten een richtlijn moeten verwerken in de nationale wetgeving. Hoe deze faciliteiten vormgegeven worden is echter aan de lidstaten zelf om te bepalen en kan dus een enigszins verschillende uitwerking hebben. Hoe deze eventuele verschillende uitwerking tot uiting komt in de jurisprudentie, wordt in het volgende hoofdstuk onderzocht. In dit hoofdstuk worden de fusie- en splitsingsfaciliteiten behandeld uit de Nederlandse wetgeving. Allereerst zal in dit hoofdstuk algemene informatie worden gegeven over fusies en splitsingen, waarna de verschillende rechtshandelingen en de bijbehorende faciliteiten worden uitgewerkt en toegelicht. Daarna zal de antimisbruikbepaling van de faciliteiten uit de Wet inkomstenbelasting 2001 en Wet op de vennootschapsbelasting 1969 worden onderzocht en zullen eventuele verschillen tussen deze bepalingen worden uitgewerkt. In de conclusie zal, naast een beknopte samenvatting van het hoofdstuk, antwoord gegeven worden op de tweede deelvraag: ‘Hoe is de antimisbruikbepaling vormgegeven in de Nederlandse wet en welke toelichting is daarop gegeven?’.

3.2 Algemeen

Fusies en splitsingen zijn economisch van essentieel belang. Veel bedrijven krijgen hiermee te maken in de loop van hun bestaan. De motieven voor een fusie of splitsing kunnen erg van elkaar verschillen. Een veelvoorkomend motief voor een dergelijke fusie of splitsing is het vormen of hervormen van een concern. Concernvorming kan grote voordelen met zich meebrengen. Bartman, Dorresteyn en De Groot schrijven dat schaalvoordelen en synergetische effecten vaak het doel zijn van een fusie, dan wel risicoverspreiding voor een splitsing³¹. Volgens hen moet daarbij gedacht worden aan bijvoorbeeld betere arbeidsverdeling, het profiteren van (geoptimaliseerde) technische bevindingen door het gehele concern of het delen in de kosten voor gemeenschappelijke marketing-, verkoop- en distributiediensten. Tevens staan partijen samen sterker bij een eventuele onderhandeling over een krediet bij de bank. Een fusie of splitsing is, ondanks de grote economische voordelen, echter vaak een ingewikkeld traject. Het bepalen welke soort fusie of splitsing men zal laten plaatsvinden is hierbij een belangrijke kwestie. Verschillende manieren van fuseren of splitsen brengen namelijk verschillende voor- en nadelen met zich mee, zowel op fiscaal, juridisch als op economisch gebied. De Nederlandse wetgeving bevat een aantal faciliteiten om deze fusies en splitsingen fiscaal vriendelijker plaats te laten vinden. Om gebruik te maken van deze faciliteiten dient er echter aan een aantal voorwaarden voldaan te worden. De verschillende opties voor het

³¹ Bartman, Dorresteyn & De Groot, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009. p. 9-11.

aangaan van een fusie of splitsing en de bijbehorende faciliteiten zullen in de volgende paragraaf worden uitgewerkt en toegelicht.

3.3 Rechtshandelingen en faciliteiten

3.3.1 Inleiding

De Nederlandse wet kent een aantal fiscale faciliteiten voor verschillende rechtshandelingen omtrent fusies en splitsingen. Er zijn namelijk meerdere vormen van fusies en splitsingen. Tevens is het van belang om onderscheid te maken tussen de aandeelhouders en de rechtspersonen zelf om te bepalen welke faciliteit van toepassing zou kunnen zijn. De faciliteiten voor een natuurlijk persoon als aandeelhouder zijn te vinden in de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB). Mocht een rechtspersoon aandeelhouder zijn dan blijft een eventuele vermogenswinst veelal onbelast door middel van de deelnemingsvrijstelling³². De faciliteiten voor de winst behaald door rechtspersonen zelf bij een fusie of splitsing zijn echter vermeld in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb). Hieronder zal allereerst aandacht worden besteed aan de aandelenfusie uit de Wet IB, gevolgd door de bedrijfsfusie uit de Wet Vpb. Na deze uitwerking zullen de juridische fusie en juridische splitsing worden behandeld. De faciliteiten voor deze twee rechtshandelingen zijn te vinden in zowel de Wet IB als de Wet Vpb. Het betreft in beide wetten echter faciliteiten voor dezelfde rechtshandelingen, zodat deze tezamen kunnen worden uitgewerkt. Tevens zal de essentie van de faciliteiten kort worden toegelicht.

3.3.2 Aandelenfusie

De rechtshandeling die enkel genoemd wordt in de Wet IB is de aandelenfusie³³. Het beschrijft in het tweede lid van deze bepaling wanneer een dergelijke aandelenfusie aanwezig wordt geacht. Er wordt gesproken van een aandelenfusie wanneer “een vennootschap tegen uitreiking van eigen aandelen of winstbewijzen een zodanig bezit aan aandelen in een andere vennootschap verwerft, waardoor zij meer dan de helft van de stemrechten in de laatstgenoemde vennootschap kan uitoefenen”³⁴. Onderdeel b van dit lid laat weten dat een in Nederland gevestigde vennootschap ook een aandelenfusie in de zin van dit artikel kan aangaan met een vennootschap uit een andere lidstaat. Tevens is uit onderdeel c van dit lid af te leiden dat wanneer een in Nederland gevestigde vennootschap een aandelenfusie aangaat met een vennootschap, welke buiten de EU of EER³⁵ gevestigd is, alle of nagenoeg alle stemrechten in die andere vennootschap verkregen dienen te

³² Artikel 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

³³ Artikel 3.55 Wet inkomstenbelasting 2001.

³⁴ Artikel 3.55, tweede lid, onderdeel a Wet inkomstenbelasting 2001.

³⁵ Tot de EER behoren de landen IJsland, Noorwegen en Liechtenstein zoals beschreven in artikel 11 Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001.

worden. Dit komt neer op 90% of meer van de stemrechten. Het verkrijgen van stemrechten tegen uitreiking van eigen aandelen staat dus centraal bij de aandelenfusie. Deze rechtshandeling wordt vaak gebruikt bij het vormen van een zogenaamde holdingstructuur, zodat deze gefaciliteerd kan plaatsvinden en dus afgezien kan worden van onmiddellijke belastingheffing³⁶. De aandelenfusie die beschreven wordt in dit artikel is de Nederlandse variant van de genoemde aandelenruil uit de Fusierichtlijn³⁷.

3.3.3 *Bedrijfsfusie*

De volgende rechtshandeling die behandeld wordt, betreft de bedrijfsfusie en is te vinden in de Wet Vpb³⁸. De bedrijfsfusie is een ander soort fusie dan de aandelenfusie. Bij een bedrijfsfusie is er namelijk geen sprake van het verkrijgen van aandelen tegen uitgifte van eigen aandelen, maar betreft het een activa-passiva transactie³⁹. Dit houdt in dat alle activa en passiva van een vennootschap of van een zelfstandig deel van deze vennootschap (overdrager) overgaan op een andere vennootschap (overnemer), waarbij de overdrager aandelen verkrijgt in de overnemer en zo medeaandeelhouder wordt van die vennootschap. Tevens kan een bedrijfsfusie enkel door rechtspersonen worden aangegaan en niet door natuurlijke personen, aangezien het inbrengen van een onderneming door een natuurlijk persoon in een vennootschap wordt gezien als een omzetting van een eenmanszaak in een vennootschap⁴⁰. Het inbrengen van een onderneming staat bij een bedrijfsfusie dus centraal. In beginsel dient afgerekend te worden over reserves en goodwill bij een overdracht van een onderneming. Met de bedrijfsfusiefaciliteit kan dit dus onder voorwaarden gebeuren zonder directe belastingheffing en zonder dat de overdrager ophoudt te bestaan zoals bij een juridische fusie.

3.3.4 *Juridische fusie en juridische splitsing*

Naast de aandelenfusie en de bedrijfsfusie bestaat er ook een meer volledige vorm van het woord fusie. Deze wordt beschreven in zowel de Wet IB als de Wet Vpb, de zogenaamde juridische fusie⁴¹. De definitie van een juridische fusie wordt gegeven in artikel 2:309 van het Burgerlijk Wetboek. Uit dit artikel is af te leiden dat sprake is van een dergelijke fusie wanneer een rechtspersoon onder algemene titel het vermogen van een of meer andere rechtspersonen verkrijgt. De ontvangende rechtspersoon kan ook een nieuwe rechtspersoon zijn die door de fuserende partijen samen is

³⁶ Hoogwout, *Bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2008, p. 258.

³⁷ Zie paragraaf 2.3.2.

³⁸ Artikel 14 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

³⁹ Van Schilfgaard, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 389.

⁴⁰ Zie voor de doorschuiffaciliteit omtrent dit onderwerp artikel 3.65 Wet inkomstenbelasting 2001.

⁴¹ Artikel 3.57 Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 14b Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

opgericht⁴². In tegenstelling tot de aandelenfusie en de bedrijfsfusie is er bij een juridische fusie dus sprake van het verdwijnen van tenminste één vennootschap. Het motief van een dergelijke fusie is vaak dat men samen sterker staat in de markt. Een juridische fusie kan in twee vormen worden ingedeeld: de verticale fusie en de horizontale fusie. Bij een verticale fusie voegen twee vennootschappen van verschillende niveaus in de productielijn samen, terwijl bij een horizontale fusie twee vennootschappen die in dezelfde markt opereren worden samengevoegd. Het doel van een verticale fusie is veelal het verkrijgen van een strategische positie in een bepaalde bedrijfskolom. Met een horizontale fusie kan concurrentie binnen een markt worden uitgeschakeld⁴³.

Evenals de juridische fusie is de faciliteit voor de juridische splitsing ook in zowel de Wet IB als de Wet Vpb te vinden⁴⁴. De definitie van deze rechtshandeling is opgenomen in artikel 2:334a van het Burgerlijk Wetboek. Uit dit artikel is af te leiden dat er een verschil bestaat tussen een zuivere splitsing en een zogenaamde afsplitsing. Bij een zuivere splitsing is namelijk sprake van het verkrijgen van het vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel door twee of meer rechtspersonen, waarbij de eerste rechtspersoon ophoudt te bestaan. Er is sprake van een afsplitsing wanneer de splitsende rechtspersoon niet ophoudt te bestaan, maar (een deel van) het vermogen wel onder algemene titel wordt verkregen door een andere rechtspersoon of een door de splitsende partij opgerichte rechtspersoon⁴⁵. Motieven voor een (af)splitsing binnen een concern zijn vaak het effectiever leiding kunnen geven aan een bepaalde afdeling van een onderneming of preciezer te werk kunnen gaan met een product of dienst.

3.3.5 *Faciliteiten*

De genoemde artikelen van de behandelde rechtshandelingen bevatten ieder een faciliteit om deze rechtshandelingen onder voorwaarden zonder directe belastingheffing te kunnen laten plaatsvinden. De faciliteiten zijn zo vorm gegeven dat bij het bepalen van de winst in een kalenderjaar het voordeel uit de vervreemding van aandelen of winstbewijzen in het kader van een aandelenfusie, juridische fusie of juridische splitsing en het voordeel uit het overdragen van een onderneming of een deel daarvan via een bedrijfsfusie niet in aanmerking wordt genomen. In de faciliteiten wordt ook vermeld dat het bedrag van een eventuele bijbetaling echter wel in aanmerking zal worden genomen bij het bepalen van de winst. De faciliteiten uit de Wet IB hebben betrekking op de aandeelhouders van de fuserende of splitsende partij bij de benoemde rechtshandelingen. Tevens kan bij een fusie

⁴² Artikel 309 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

⁴³ Bartman, Dorresteyn & De Groot, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009. p. 10

⁴⁴ Artikel 3.56 Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 14a Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

⁴⁵ Artikel 334a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

of splitsing waar de natuurlijke persoon als aandeelhouder een aanmerkelijk belang (box 2) bezit de doorschuiffaciliteit van artikel 4.41 Wet IB worden toegepast. De faciliteiten uit de Wet Vpb hebben daarentegen betrekking op de winst die zou worden bepaald bij een fusie of splitsing op vennootschappelijk niveau. Aan deze faciliteiten zijn extra voorwaarden verbonden: de overnemende of ontvangende partij dient fiscaal in de plaats te treden van de overdragende of splitsende partij⁴⁶.

3.4 De antimisbruikbepaling

3.4.1 Inleiding

Zoals uit het vorige hoofdstuk is gebleken, dienen de lidstaten van de EU de faciliteit van de Fusierichtlijn op te nemen in hun wetgeving. De antimisbruikbepaling van artikel 15 van die richtlijn zal dus ook richtlijnconform in de nationale wetgeving moeten zijn verwerkt. De faciliteiten die beschreven zijn in de vorige paragraaf staan al langer in de Nederlandse wet dan dat de Fusierichtlijn bestaat en zijn dus gedeeltelijk aangepast om te voldoen aan deze eis. De wetgever heeft echter niet gekozen voor een letterlijke overname van de antimisbruikbepaling, hetgeen leidt tot enige verschillen met de bepaling van de Fusierichtlijn⁴⁷. Om een beter beeld te krijgen bij de Nederlandse antimisbruikbepaling zal deze bepaling in deze paragraaf worden geciteerd, ontleed en onderzocht met behulp van de bijbehorende jurisprudentie.

3.4.2 Wettelijke bepaling

De antimisbruikbepaling is verwerkt in elk van de in paragraaf 3.3 behandelde faciliteiten. Hoewel de bepalingen niet allen op dezelfde wijze vormgegeven zijn, zal enkel de antimisbruikbepaling uit de bedrijfsfusiefaciliteit worden geciteerd. Deze is naar mijn mening de meest volledige, waarbij eventuele afwijkingen met betrekking tot de andere faciliteiten makkelijk aangewezen kunnen worden. Deze bepaling is te vinden in artikel 14, lid 4 Wet Vpb en luidt als volgt:

“(…) wordt de winst wel in aanmerking genomen, indien de bedrijfsfusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. 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. Indien aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de

⁴⁶ De overnemende of ontvangende partij dient fiscaal in de plaats te treden van de overdragende of splitsende partij, zodat de boekwaarde kan worden aangehouden en de claim op eventuele reserves en goodwill blijft bestaan. Zie onder andere artikel 14, eerste lid Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voor de voorwaarden die hieraan verbonden zijn. Wanneer niet aan deze voorwaarden wordt voldaan, is de faciliteit wellicht nog mogelijk op basis van het tweede lid van dit artikel.

⁴⁷ Deze verschillen zullen in hoofdstuk 4 worden uitgewerkt en besproken.

*overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager en de overnemer is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.*⁴⁸

Uit de bepaling blijkt dat de faciliteit in beginsel enkel van toepassing is wanneer de betreffende rechtshandeling niet in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing en wanneer de aandelen niet binnen de termijn van drie jaar worden vervreemd. De belastingplichtige heeft te alle tijde de mogelijkheid om het tegendeel aannemelijk te maken om zo toch gebruik te kunnen maken van de faciliteit. Zoals eerder al vermeld werd, is de antimisbruikbepaling niet op dezelfde manier vormgegeven bij alle faciliteiten. Zo dient opgemerkt te worden dat het vervreemdingsverbod van drie jaar enkel geldt voor de bedrijfsfusie- en de (af)splitsingsfaciliteit uit de Wet Vpb en niet voor de faciliteiten uit de Wet IB en de juridische fusie uit de Wet Vpb. Een ander verschil met de bepaling van de bedrijfsfusie is dat bij de antimisbruikbepaling van de aandelenfusie een extra eis is gesteld dat een eventuele bijbetaling niet hoger mag zijn dan 10% van de nominale waarde van de uitgereikte aandelen⁴⁹. Deze maximale bijbetalingseis is voor de juridische fusie en splitsing opgenomen in de desbetreffende artikelen in het Burgerlijk Wetboek⁵⁰.

3.4.3 Ontleding van de bepaling

Uit de geciteerde antimisbruikbepaling is af te leiden dat een aantal eigenschappen van de desbetreffende rechtshandeling van belang is om te bepalen of de faciliteit toegepast kan worden. In beginsel dient de rechtshandeling namelijk niet in overwegende mate gericht te zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Evenals de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn, wordt geacht dat een rechtshandeling op misbruik is gericht wanneer de fusie of splitsing niet op grond van zakelijke overwegingen tot stand is gekomen. Om een beter inzicht te verkrijgen in de antimisbruikbepaling zullen de onderstreepte gedeelten individueel worden uitgewerkt en toegelicht met behulp van de huidige jurisprudentie.

3.4.3.1 In overwegende mate

Bij de eis dat een fusie of splitsing niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing moet afgevraagd worden wanneer een dergelijke rechtshandeling daadwerkelijk in overwegende mate op één van deze twee gericht is. De vraag hoe dit begrip uit de

⁴⁸ Artikel 14, lid 4 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (onderstreping M.C. Rasenberg).

⁴⁹ Artikel 3.55, vierde lid, onderdeel a Wet inkomstenbelasting 2001.

⁵⁰ Artikel 325, tweede lid van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek voor de juridische fusie en artikel 334x, tweede lid van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek voor de juridische splitsing.

bepaling geïnterpreteerd moet worden, werd tevens in 1997 door de Tweede Kamer gevraagd aan de toenmalige staatssecretaris. Het antwoord hierop was dat hier sprake van is wanneer niet de zakelijke overwegingen, maar het ontgaan of uitstellen van belastingheffing beslissend is voor de fusie of splitsing. De staatssecretaris meldt hierbij echter wel dat dit van geval tot geval en aan de hand van de feiten en omstandigheden moet worden beoordeeld⁵¹. Uit dit antwoord kan worden afgeleid dat de fusie of splitsing in beginsel niet voor meer dan 50% gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Bij minder dan 50% zou volgens sommige auteurs namelijk geen sprake zijn van een beslissende overweging⁵². Naar mijn mening kan het ontgaan of uitstellen van belastingheffing echter wel beslissend zijn, terwijl dit niet meer dan 50% van de motieven betreft. Hier zal verder op in worden gegaan in paragraaf 4.2.2.

3.4.3.2 *Ontgaan of uitstellen van belastingheffing*

Zoals in de inleiding van deze scriptie is vermeld, heeft de wetgever ervoor gekozen om de woorden ‘ontgaan of uitstellen van belastingheffing’ te gebruiken in de Nederlandse wet. In de bepaling is te lezen dat indien bij een fusie of splitsing geen sprake is van zakelijke overwegingen een rechtshandeling, tenzij het tegendeel aannemelijk gemaakt wordt, geacht wordt in overwegende mate te zijn gericht op het ‘ontgaan of uitstellen van belastingheffing’. Om beter te kunnen beoordelen wanneer sprake er is van zakelijke overwegingen, is het essentieel om de twee eerder genoemde begrippen te beheersen. Tevens zou uit deze bewoording kunnen worden afgeleid dat het ontgaan of uitstellen van elke soort belastingheffing zou vallen onder deze bepaling⁵³. Echter hiervoor geldt dat het Zwijnenburg-arrest hier duidelijkheid over heeft geschept⁵⁴.

Vooraf het begrip uitstellen van belastingheffing brengt veel onduidelijkheid met zich mee. In de literatuur is dit begrip dan ook vaak aan de orde gekomen. Het argument dat gegeven wordt is dat het uitstellen van belastingheffing juist de essentie is van de faciliteiten omtrent fusies en splitsingen⁵⁵. Bij het faciliteren van een fusie of splitsing door het aanhouden van de boekwaarde blijft de fiscale claim op eventuele reserves en goodwill namelijk behouden en kan directe belastingheffing zo worden vermeden (uitgesteld). Deze bewoording werd tevens in de parlementaire geschiedenis al aangekaart, maar is tot op heden nog niet aangepast⁵⁶. In een ander

⁵¹ Kamerstukken II 1997/1998, 25 709, nr. 5, p. 5-6.

⁵² Zie o.a. Van der Burgt, *De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2009, p. 171 en Vermeylen & Vande Velde, *European Cross-Border Mergers and Reorganisations*, Oxford: OUP 2012, paragraaf 3.282.

⁵³ A-G Wattel, Conclusie bij HR 11 juli 2008, nr. 43144, *BNB 2008/245*, punt 7.21.

⁵⁴ Zie paragraaf 2.3.3.3.

⁵⁵ Zie o.a. Smits, *Europeesrechtelijke fricties inzake art. 14a, zesde lid, Wet vpb. 1969*, WFR 2007/409.

⁵⁶ Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, p. 149-150.

stuk werd eerder namelijk vermeld dat wanneer (een deel van) de fiscale claim verloren gaat door het min of meer uitstellen van een acute fiscale verplichting, dit als ‘uitstellen van belastingheffing’ in de zin van de antimisbruikbepaling wordt aangemerkt⁵⁷. Dit zou zich bijvoorbeeld voor kunnen doen wanneer een aanmerkelijk belanghouder voorafgaand aan een voorgenomen belaste vervreemding een aandelenruil aan zou gaan, waarna de vennootschap in kwestie wordt vervreemd door een lichaam en dit onder de deelnemingsvrijstelling onbelast zou blijven.

Van der Geld geeft in zijn noot bij BNB 2000/111 zijn mening over het uitstellen van belastingheffing: “Indien men onder belastinguitstel het later betalen van nominaal hetzelfde belastingbedrag verstaat, lijkt me dat onder belastingontwijking niet alleen afstel maar ook uitstel van belastingheffing behoort te vallen omdat beide vormen van belastingbesparing in materiële zin niet wezenlijk verschillen. Indien men de belastingheffing maar lang genoeg uitstelt, is dat economisch gezien net zo goed als het niet-betalen van belasting.”⁵⁸ Het uitstellen van belastingheffing zou volgens Van der Geld dus niet anders behandeld moeten worden dan het ontwijken van belastingheffing. Het argument dat hij hierbij geeft is dat het uitstellen van belastingheffing namelijk een economisch voordeel kan opleveren. Het uitstellen van belastingheffing brengt volgens Van der Geld echter niet altijd een voordeel met zich mee, maar kan zelfs tot een nadeel leiden. Hij geeft hierbij het volgende voorbeeld: “(..) laten zich ook situaties denken waarin niet alleen het tijdstip van belastingheffing naar achter verschuift, maar waarin tevens de grondslag waarover geheven wordt hoger wordt en dus het nominale belastingbedrag stijgt. Er wordt dan niet alleen later belasting betaald, maar nominaal ook meer. (..) Men moet dan mijns inziens echter ook in de beschouwing betrekken dat indien de aandeelhouder het dividend niet door de vennootschap doet uitkeren, dit dividend in de BV blijft renderen, hetgeen 35% Vpb-heffing kost, en dat daarnaast over het nettorendement later bij uitkering als dividend of vervreemding van de aandelen nog eens 25% aanmerkelijkbelangheffing betaald moet worden. In zo'n geval is minder evident dat dit ‘uitstel met hogere nominale claim’ ook onder belastingontwijking kan worden begrepen. (..) Daarbij vormt de mate waarin de netto contante waarde van de uitgesteld te betalen belasting de eventueel acuut verschuldigde belasting overtreft een maatstaf voor de omvang van het belastinguitstel.”⁵⁹ De visie van Van der Geld op het uitstellen van belastingheffing is dus dat bij dergelijk uitstellen van belastingheffing moet worden gekeken naar de uiteindelijke netto contante waarde van de claim ten opzichte van de claim op het moment van fusie of splitsing. Bij een lagere netto contante waarde zou dan alsnog sprake zijn van het ontgaan van belastingheffing.

⁵⁷ Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 115.

⁵⁸ Van der Geld, noot bij HR 1 december 1999, nr. 34217, *BNB 2000/111*, punt 3.

⁵⁹ Van der Geld, noot bij HR 1 december 1999, nr. 34217, *BNB 2000/111*, punt 3.

Hoewel in de inleiding is vermeld dat de jurisprudentie omtrent de begrippen uit de antimisbruikbepaling pas in het volgende hoofdstuk worden behandeld, zal in de volgende alinea's het arrest van 29 juli 2012 van de Hoge Raad⁶⁰ worden behandeld waar de term 'ontgaan of uitstellen van belastingheffing' centraal staat. Dit arrest wordt toegelicht met andere jurisprudentie⁶¹. Genoemd arrest richt zich namelijk niet expliciet op de verschillen ten opzichte van de Fusierichtlijn, maar is wel essentieel in het verkrijgen van een beter inzicht in deze termen. In deze zaak betrof het een BV (X BV) waar twee broers de enige aandeelhouders waren en ieder de helft van de aandelen bezat. De broers hadden het voornemen om X BV te splitsen en ieder enig aandeelhouder te worden van de twee verkrijgende vennootschappen (F BV en G BV). F BV zou het onroerend goed verkrijgen dat in bezit was van X BV en G BV zou enkel liquiditeiten verkrijgen ter waarde van de aandelen van een van de broers in X BV. De broers wilden hier de splitsingsfaciliteit op toepassen, waarop de inspecteur dit afkeurde. De Hoge Raad oordeelde in deze casus dat hier sprake is geweest van het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Het argument hiervoor was dat het hier in feite ging om een uitkoop van de ene broer. Bij een dergelijke uitkoop zou namelijk op basis van artikel 4.12 onderdeel b Wet IB direct inkomstenbelasting verschuldigd zijn. Met deze constructie zou dit worden vermeden en de claim worden uitgesteld. Volgens de Hoge Raad was hier dan ook sprake van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing in de zin van de antimisbruikbepaling en werd de faciliteit niet verleend⁶².

Het blijkt dus dat er twee typen 'uitstellen van belastingheffing' gekenmerkt worden in de jurisprudentie. In de literatuur wordt hier dan ook gesproken van geoorloofd uitstellen en ongeoorloofd uitstellen⁶³. Wattel verwijst in de conclusie bij BNB 2008/245 onder andere naar N.H. de Vries en R.J. de Vries⁶⁴ en vermeldt daarbij dat bij de term 'uitstel van belastingheffing' een onderscheid gemaakt moet worden. Zo zou enerzijds het uitstellen van belastingheffing in overeenkomst met doel en strekking van de Fusierichtlijn geoorloofd zijn en anderzijds het uitstellen van belastingheffing in strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn niet geoorloofd zijn. Het uitstellen van belastingheffing is in strijd met doel en strekking van de richtlijn wanneer dit uitstel kan worden gezien als belastingfraude of belastingontwijking in de zin van de Fusierichtlijn⁶⁵. Deze

⁶⁰ HR 29 juli 2012, nr. 10/00807, *BNB 2012/261*.

⁶¹ Albert, aantekening bij HR 1 december 1999, nr. 34217, *FED 2000/65* en A-G Wattel, conclusie bij HR 11 juli 2008, nr. 43144, *BNB 2008/245* punt 10.4.

⁶² HR 29 juli 2012, nr. 10/00807, *BNB 2012/261*, r.o. 3.4.2.

⁶³ Albert, aantekening bij HR 1 december 1999, nr. 34217, *FED 2000/65* en A-G Wattel, conclusie bij HR 11 juli 2008, nr. 43144, *BNB 2008/245* punt 10.4.

⁶⁴ De Vries & De Vries, *Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2006, par. 2.5.1.

⁶⁵ HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, *BNB 2012/261*, r.o. 3.3.4.

interpretatie van de term ‘uitstel van belastingheffing’ zal in het volgende hoofdstuk verder worden behandeld.

3.4.3.3 Vervreemdingsverbod

Naast de eis dat een rechtshandeling volgens de antimisbruikbepaling niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is er bij de bedrijfsfusie en splitsing (Wet Vpb) een extra eis gesteld. Deze eis verbiedt in beginsel het vervreemden van aandelen in zowel de overdragende/splitsende rechtspersoon als de overnemende/verkrijgende rechtspersoon aan een niet-verbonden lichaam binnen drie jaar na de overdracht/splitsing. Wanneer dit wel gebeurt zullen zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht en de faciliteit worden teruggetrokken. De belastingplichtige heeft hierbij wel de mogelijkheid om het tegendeel aannemelijk te maken. Tevens biedt de wet belastingplichtigen de mogelijkheid om door middel van een verzoek vooraf zekerheid te krijgen omtrent de vraag of door een voorgenomen vervreemding van aandelen de rechtshandeling wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing⁶⁶.

De achterliggende gedachte van deze volzin bestaat uit het feit dat belastingheffing zou kunnen worden ontgaan of uitgesteld door middel van een samenstel van rechtshandelingen. Een voorbeeld van dit samenstel van rechtshandelingen wordt gegeven door Van der Burgt⁶⁷: wanneer een vennootschap een vervreemding van een onderneming voor ogen heeft, kan deze eerst door middel van een bedrijfsfusie of (af)splitsing in een dochtervennootschap worden geplaatst en vervolgens kunnen de aandelen in dit lichaam worden verkocht. Het resultaat van de verkoop zou vervolgens via de deelnemingsvrijstelling⁶⁸ onbelast blijven. Op de vraag waarom de aandelen in de overdrager tevens niet mogen worden vervreemd wordt de uitleg gegeven dat hetzelfde effect, zoals hierboven is beschreven, kan worden bereikt door middel van een ander samenstel van rechtshandelingen⁶⁹. Dit betreft bijvoorbeeld een constructie waarbij de vermogensbestanddelen die een concern wil behouden worden ingebracht in een dochtervennootschap door middel van een bedrijfsfusie of (af)splitsing en vervolgens de aandelen van deze dochtervennootschap elders binnen het concern worden verhangen. Ten slotte kan de verkoopklaar gemaakte vennootschap worden vervreemd, waarbij het resultaat zal worden vrijgesteld door middel van de deelnemingsvrijstelling.

⁶⁶ Artikel 14, negende lid Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voor de bedrijfsfusie en artikel 14a, negende lid Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voor de juridische splitsing.

⁶⁷ Van der Burgt, *De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2009. p. 196.

⁶⁸ Artikel 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

⁶⁹ Kamerstukken II 1998/1999, 26 728, nr. 3, p. 53-54.

Uit de literatuur en rechtspraak is niet af te lijden waarom in deze bepaling een termijn van drie jaar gehanteerd wordt. Peeters verwijst⁷⁰ wel naar twee stukken literatuur waar gesproken wordt over een verband tussen deze termijn en artikel 11, derde lid AWR⁷¹. Hij merkt echter terecht op dat deze termijn van het vaststellen van de aanslag pas ingaat na het einde van het boekjaar, terwijl de termijn van het vervreemdingsverbod direct ingaat op het moment van de overdracht of splitsing. Hetzelfde vervreemdingsverbod van drie jaar wordt gehanteerd wanneer een onderneming binnen een fiscale eenheid wordt overgedragen⁷². Het is tevens opmerkelijk dat enkel een vervreemding aan een (niet-verbonden) lichaam onder dit vervreemdingsverbod valt, een eventuele vervreemding aan een natuurlijk persoon zou niet in strijd zijn met deze bepaling.

3.5 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk stond de Nederlandse wetgeving omtrent fusies en splitsingen centraal. Na het uitgebreid toelichten van de kwalificerende rechtshandelingen en de bijbehorende faciliteiten werd inhoudelijk ingegaan op de antimisbruikbepaling. Gebleken is dat in de Wet IB de faciliteiten voor de aandeelhouders van de fuserende of splitsende partijen vermeld staan, terwijl de Wet Vpb de faciliteiten voor de anders genoten winst op vennootschappelijk niveau bevat. Deze faciliteiten zijn gebaseerd op de Europese Fusierichtlijn en bevatten daarmee ook een soortgelijke antimisbruikbepaling. Om misbruik te voorkomen schrijft de wet voor dat een fusie of splitsing niet gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De antimisbruikbepaling is zo vorm gegeven dat zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht wanneer een rechtshandeling in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Uit de toelichting op deze bepaling in de parlementaire geschiedenis bleek dat sprake is van ontgaan van belastingheffing wanneer een (deel van de) fiscale claim verloren gaat door een fusie of splitsing. De achterliggende betekenis van het begrip ‘uitstellen van belastingheffing’ bleek echter ingewikkelder te zijn. Omtrent deze bewoordingen is veel onduidelijkheid ontstaan, omdat het uitstellen van belastingheffing de essentie van de faciliteit is. Uit de conclusie van A-G Wattel in BNB 2008/245 bleek onder andere dat het uitstel van belastingheffing in de jurisprudentie en literatuur in twee soorten verdeeld wordt: het geoorloofd uitstellen en ongeoorloofd uitstellen van belastingheffing. Wanneer het uitstel van belastingheffing in strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn is, oftewel gericht op belastingfraude of belastingontwijking, zou sprake zijn van ongeoorloofd uitstel en zal de faciliteit in beginsel niet worden verleend. Deze visie blijkt nog gehanteerd te worden, zoals bleek uit BNB 2012/261, waar het uitstel van belastingheffing door

⁷⁰ Peeters, *Implementatie van de anti-misbruikbepaling uit de Fusierichtlijn in Nederland*, EFS 2007, p. 10.

⁷¹ In dit artikel wordt de termijn gegeven voor het vaststellen van een aanslag. Dit lid meldt dat dit mogelijk is tot drie jaar na het ontstaan van de belastingschuld.

⁷² Artikel 15ai, derde lid, onderdeel b Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

middel van een uitkoop-constructie niet geoorloofd werd. Tevens is gebleken dat in de faciliteit voor de bedrijfsfusie en splitsing (Wet Vpb) een vervreemdingsverbod van drie jaar is opgenomen. Dit vervreemdingsverbod weerhoudt belastingplichtigen ervan om met een samenstel van rechtshandelingen belastingheffing te ontgaan.

Wanneer zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht worden, ofwel doordat de inspecteur de rechtshandeling verdenkt in overwegende mate gericht te zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing dan wel doordat het eventuele vervreemdingsverbod is geschonden, heeft de belastingplichtige ten alle tijden de mogelijkheid om het tegendeel aannemelijk te maken.

4 Dispariteit en onduidelijkheid

4.1 Inleiding

Uit de vorige twee hoofdstukken is af te leiden dat de antimisbruikbepaling omtrent fusies en splitsingen in de Nederlandse wetgeving gebaseerd is op artikel 15 van de Fusierichtlijn. De essentie van deze antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn is opgenomen in de Nederlandse faciliteiten, zodat misbruik kan worden voorkomen. Zoals tevens blijkt uit de vorige twee hoofdstukken, heeft de wetgever niet gekozen voor een letterlijke overname van de tekst uit de Fusierichtlijn. Dit brengt enkele verschillen tussen de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn en die van de Nederlandse faciliteiten met zich mee. Deze verschillen hebben in het verleden tot menige onduidelijkheden gezorgd. In het kader van de derde deelvraag zullen deze verschillen in dit hoofdstuk worden onderzocht en uitgewerkt: ‘Welke verschillen zijn er waar te nemen tussen de Fusierichtlijn en de Nederlandse wet?’. Een aantal van deze verschillen is inmiddels ter sprake gekomen in de jurisprudentie. In dit hoofdstuk zal deze jurisprudentie worden behandeld om zo de vierde deelvraag te kunnen beantwoorden: ‘Over welke verschillen heeft de rechterlijke macht zijn oordeel al gegeven en is daarmee de onduidelijkheid voldoende weggenomen?’. Nadat bepaald is welke onduidelijkheden in de jurisprudentie uit de wereld zijn geholpen wordt in dit hoofdstuk onderzocht of er nu nog onduidelijkheid heerst omtrent deze bepaling en, wanneer dit het geval is, hoe deze huidige problematiek verholpen zou kunnen worden. Tot slot zal er in de conclusie naast een korte samenvatting en de beantwoording van de derde en vierde deelvraag antwoord gegeven worden op de vijfde en laatste deelvraag: ‘Ten aanzien van welke verschillen is er nu nog onduidelijkheid en hoe zou deze onduidelijkheid moeten worden weggenomen?’.

4.2 Verschillen

4.2.1 Inleiding

Omdat de wetgever van een lidstaat een richtlijn niet letterlijk over hoeft te nemen kan het zijn dat er nuance verschillen ontstaan in de desbetreffende bepaling. Dit geldt eveneens voor de antimisbruikbepaling in de Nederlandse fusie- en splitsingsfaciliteiten. Deze bepaling wijkt namelijk op een aantal gebieden af van de voorgeschreven bepaling uit artikel 15 van de Fusierichtlijn. Het meest opvallende verschil is de bewoording in de Nederlandse wetgeving. De wetgever heeft namelijk gekozen om de begrippen ‘hoofddoel of een der hoofddoelen’ en ‘gericht op belastingfraude of belastingontwijking’ in de wet te vermelden als respectievelijk ‘in overwegende mate’ en ‘gericht op ontgaan of ontwijking van belastingheffing’. Naast dit verschil in bewoording is tevens op te merken dat het vervreemdingsverbod, welke behandeld is in paragraaf 3.4.3.3, alleen terug te vinden is in de Nederlandse wet en niet in de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn. In deze paragraaf zullen de alternatieve bewoording en het vervreemdingsverbod individueel worden uitgewerkt en besproken.

4.2.2 Alternatieve bewoordingen

Het eerste verschil tussen de Nederlandse bepaling en die van de Fusierichtlijn is het feit dat de desbetreffende rechtshandeling niet ‘in overwegende mate’ gericht mag zijn op misbruik. In de Fusierichtlijn wordt, zoals bleek uit paragraaf 2.3.3, gesproken van een rechtshandeling, waarvan het ‘hoofddoel of een der hoofddoelen’ niet gericht mag zijn op misbruik. Eerder bleek dat volgens de bewoording van de Fusierichtlijn sprake is van een hoofddoel of een der hoofddoelen, wanneer dit doel een doorslaggevende factor is bij het aangaan van de fusie of splitsing. Daarnaast bleek dat de Nederlandse bewoording ‘in overwegende mate’ veelal geïnterpreteerd wordt als ‘meer dan 50%’. Tekstueel lijkt de interpretatie van de Nederlandse wet soepeler dan de letterlijke tekst van de Fusierichtlijn. Wanneer meerdere hoofddoelen aanwezig zijn, zal naar mijn mening namelijk eerder sprake zijn van een rechtshandeling, waarvan ‘een der hoofddoelen’ gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing dan wanneer een rechtshandeling ‘meer dan 50%’ gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Een rechtshandeling kan immers theoretisch als hoofddoel het ontgaan of uitstellen van belastingheffing hebben, terwijl dit niet ‘meer dan 50%’ van de motieven voor de fusie of splitsing betreft. De reden voor dit verschil in bewoording is niet terug te vinden in de parlementaire geschiedenis, jurisprudentie of literatuur. Wellicht dat de wetgever deze bewoording heeft gebruikt om aan te sluiten bij de bewoording van artikel 10a Wet Vpb. In dit artikel wordt namelijk ook gesproken over rechtshandelingen die ‘in overwegende mate’ zakelijke overwegingen ten grondslag dienen te hebben.

Het grootste en belangrijkste verschil tussen de twee bepalingen is te vinden in de vertaling van de wetgever van de term ‘gericht op belastingfraude of belastingontwijking’ van de Fusierichtlijn naar de term ‘gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’ in de Nederlandse wet. Dit nuance verschil brengt veel onduidelijkheid met zich mee. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het letterlijke woord belastingfraude niet is opgenomen in de Nederlandse wetgeving, omdat het Nederlands belastingstelsel al de mogelijkheid biedt om een fiscale faciliteit achteraf terug te nemen wanneer belastingfraude wordt geconstateerd⁷³. Het meest opmerkelijke is echter de vertaling van de term ‘belastingontwijking’. Deze term wordt in de bewoording van de Nederlandse wet in twee delen gesplitst: het ontgaan en het uitstellen van belastingheffing. Hoe ‘ontgaan van belastingheffing’ moet worden geïnterpreteerd is eerder behandeld⁷⁴: het verloren gaan van (een deel van) de fiscale claim na een fusie of splitsing. De grootste onduidelijkheid ontstaat echter bij de term ‘uitstellen van belastingheffing’. Uitstellen van belastingheffing is namelijk de essentie van het toepassen van fiscale doorschuiffaciliteiten.

⁷³ Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 115.

⁷⁴ Zie paragraaf 3.4.3.2.

Een ander verschil tussen de twee bepalingen is te vinden in de bewoording van ‘herstructurering of rationalisering van *activiteiten*’ in de Nederlandse wet als ‘herstructurering of rationalisering van *actieve werkzaamheden*’. De reden hiervan is te vinden in het feit dat in de Nederlandse wetgeving een onderscheid wordt gemaakt tussen actieve en passieve werkzaamheden; ondernemingsactiviteiten en beleggingsactiviteiten. Dit zou niet in strijd zijn met de richtlijn, omdat de richtlijn (onder andere) gericht is op het creëren van de mogelijkheid tot het vergroten van de productiviteit en het versterken van de concurrentiepositie door middel van fusies of splitsingen. Deze aspecten zouden geen rol spelen bij een reorganisatie van beleggingen⁷⁵. Of dit daadwerkelijk het geval is zal worden behandeld in de volgende paragraaf.

4.2.3 *Vervreemdingsverbod*

Naast het verschil in bewoording tussen de bepaling van de Fusierichtlijn en de bepaling in de Nederlandse wet valt op te merken dat het vervreemdingsverbod enkel te vinden is in de Nederlandse antimisbruikbepaling. Het lijkt erop dat het vervreemdingsverbod een verlengde is van het begrip ‘uitstellen van belastingheffing’. Dit verbod zou immers een grens stellen aan de termijn waarin een samenstelling van rechtshandelingen⁷⁶ zou zorgen voor (ongeoorloofd) uitstellen van belastingheffing in de zin van de Nederlandse antimisbruikbepaling. Aangezien de richtlijn dit verbod niet kent, kan worden afgevraagd of dit in strijd is met de richtlijn. Wanneer de faciliteit zonder meer zou worden teruggenomen bij een overtreding van het verbod, zou dit inderdaad in strijd zijn met de Fusierichtlijn⁷⁷. De zakelijkheid van de rechtshandeling dient namelijk in elke casus apart beoordeeld te worden. Dit is af te leiden uit meerdere arresten van het Hof van Justitie, waaruit blijkt dat nationale autoriteiten bij het bepalen van het doel van een fusie of splitsing zich er niet toe mogen beperken om vooraf vastgestelde criteria toe te passen: zij moeten elk concreet geval in haar geheel onderzoeken en beoordelen⁷⁸. Het vervreemdingsverbod uit de Nederlandse wet kent echter een mogelijkheid om tegenbewijs te leveren, zodat dit verbod niet in strijd zou zijn met de Fusierichtlijn. Het vervreemdingsverbod wordt op die manier immers niet slechts op vooraf vastgestelde criteria beoordeeld, maar door middel van het leveren van tegenbewijs door de belastingplichtige per casus behandeld. Ik deel echter de mening van Van der Burgt over dit onderwerp dat deze mogelijkheid er niet voor zorgt dat het vervreemdingsverbod richtlijnconform is. Dit zal verder worden besproken in paragraaf 4.4.3.

⁷⁵ Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, p. 150.

⁷⁶ Zie paragraaf 3.4.3.3.

⁷⁷ Van der Burgt, *De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2009. p. 203-204.

⁷⁸ Zie HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), *BNB* 1998/32, r.o. 41 en HvJ EU 11 december 2008, C-285/07 (A.T.), r.o. 31.

4.3 Jurisprudentie

Het is niet verrassend dat de verschillen die besproken zijn in de vorige paragraaf voor menige onduidelijkheden hebben gezorgd. De tekstuele interpretatie van de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn is namelijk op het eerste gezicht namelijk niet gelijk aan die van de Nederlandse antimisbruikbepaling. De vraag wat de wetgever precies verstaat onder de genoemde begrippen uit de antimisbruikbepaling en hoe deze geïnterpreteerd dienen te worden is tot op heden een veel besproken onderwerp. Inmiddels is er door middel van de huidige jurisprudentie meer duidelijkheid geschept omtrent deze verschillen. In deze paragraaf zal een aantal arresten worden uitgewerkt en de rol die deze spelen omtrent dit onderwerp worden toegelicht. Eventuele onduidelijkheden die (nog) niet zijn verholpen door de rechterlijke macht zullen in de volgende paragraaf worden behandeld.

Voordat ingegaan kan worden op de jurisprudentie omtrent de verschillen tussen de bepaling van de Fusierichtlijn en die van de Nederlandse faciliteiten dient te worden beschreven waarom deze bepalingen in principe geen verschillende werking dienen te hebben. Aangezien de richtlijn enkel is bedoeld om een faciliteit te verlenen aan grensoverschrijdende fusies of splitsingen is het namelijk de vraag of deze richtlijn (en daarbij de antimisbruikbepaling) wel betrekking zou hebben op een binnenlandse fusie of splitsing. Het antwoord op deze vraag is te vinden in het eerdergenoemde arrest *Leur-Bloem*⁷⁹. In dit arrest betrof het de natuurlijk persoon *Leur-Bloem*, welke enig aandeelhoudster was van twee Nederlandse vennootschappen. Met behulp van een aandelenfusie wilde mevrouw *Leur-Bloem* een holdingconstructie realiseren, waarna ze een fiscale eenheid zou vormen tussen de holding en de twee vennootschappen om de fiscale verliezen binnen fiscale eenheid te compenseren. De vraag of de faciliteit van de Fusierichtlijn van toepassing was op deze situatie en of dit daarbij wel een rechtshandeling betrof die op grond van zakelijke overwegingen tot stond is gekomen, stond centraal in deze casus. Het Hof van Justitie oordeelde dat de richtlijn inderdaad van toepassing is op zuiver interne (binnenlandse) situaties⁸⁰, omdat de wetgever bij het aanpassen van de faciliteit naar de Fusierichtlijn ervoor heeft gekozen om geen onderscheid te maken tussen binnenlandse en grensoverschrijdende fusies of splitsingen⁸¹. Belanghebbenden kunnen dus bij een binnenlandse fusie of splitsing ook een beroep doen op de Fusierichtlijn.

Nu bekend is dat de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn bij zowel binnenlandse als grensoverschrijdende fusies of splitsingen van toepassing is, zal worden onderzocht hoe de huidige jurisprudentie het verschil in bewoording in de Nederlandse antimisbruikbepaling probeert te

⁷⁹ HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), *BNB 1998/32*.

⁸⁰ Zie arrest *Leur-Bloem*, *BNB 1998/32*, r.o. 34.

⁸¹ Kamerstukken II 1991/1992, 22 338, nr. 3, p. 9.

verklaren. In een arrest van de Hoge Raad uit 1999 stond dit onderwerp centraal⁸². Vooraf moet wel gezegd worden dat in deze casus de Wet IB 1964 van toepassing was, waar de antimisbruikbepaling nog enkel sprak van ‘belastingfraude of –ontgaan’ en niet van ‘uitstellen van belastingheffing’. In dit arrest wordt echter wel het uitstellen van belastingheffing behandeld. De casus wordt hierbij getoetst aan de bewoording van de Wet IB 2001 en de tekst van de Fusierichtlijn. Het betrof in dit arrest een advocaat die werkzaamheden verrichtte voor A BV. De advocaat was enig aandeelhouder van A BV. De BV was zelf lid van een maatschap van advocaten, notarissen en belastingadviseurs. Met het oog op het beperken van de aansprakelijkheid wilde de advocaat door middel van een aandelenfusie een extra holdingvennootschap plaatsen tussen hem en A BV. Aangezien de aandelen in A BV een aanmerkelijk belang vertegenwoordigden, diende er in beginsel afgerekend te worden. De advocaat deed hierom een beroep op de aandelenfusiefaciliteit. De vraag was echter of deze rechtshandeling wel op grond van zakelijke overwegingen tot stand zou zijn gekomen. Op zich is het beperken van aansprakelijkheid een zakelijke overweging. In deze casus was echter tevens sprake van een belastingvoordeel in de vorm van uitstel van belastingheffing. Uit het oordeel van de Hoge Raad is af te leiden dat wanneer een niet-fiscaal doel het enige hoofddoel is en als gevolg van deze rechtshandeling belastingheffing wordt uitgesteld dit geen reden is om de faciliteit niet te verlenen. Wanneer een fiscaal voordeel namelijk geen hoofddoel is, zou dit immers niet in strijd kunnen zijn met de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn. Hierbij moet worden onderzocht of de rechtshandeling ook zou worden uitgevoerd wanneer het niet-fiscale doel niet aanwezig zou zijn⁸³. Hoewel deze uitspraak meer dan een tiental jaar eerder was dan het Foggia-arrest is uit dat laatste arrest eenzelfde opvatting af te leiden. Uit dat arrest bleek namelijk ook dat wanneer een fiscaal voordeel een doorslaggevende factor is in het tot stand komen van een fusie of splitsing, de rechtshandeling in strijd is met de Fusierichtlijn⁸⁴.

Uit het vorige hoofdstuk is gebleken dat het uitstellen van belastingheffing in de jurisprudentie en literatuur in twee categorieën wordt ingedeeld: geoorloofd en ongeoorloofd uitstellen. Dit is onder andere af te leiden uit de uitspraak van de Hoge Raad in BNB 2012/261⁸⁵ en uit de conclusie van A-G Wattel bij het arrest van modehuis Zwijnenburg⁸⁶. Wattel meldt hier dat hij van mening is dat het uitstellen van belastingheffing enkel ongeoorloofd zou zijn als dit gekenmerkt kan worden als ‘antifiscaal uitstellen in strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn’. Dit zou onder andere het geval zijn bij een vooropgezet samenstel van rechtshandelingen om een directe afrekening van een

⁸² HR 1 december 1999, nr. 34217, *BNB 2000/111*.

⁸³ HR 1 december 1999, nr. 34217, *BNB 2000/111*, r.o. 3.3.

⁸⁴ Zie paragraaf 2.3.3.2.

⁸⁵ HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, *BNB 2012/261*, r.o. 3.3.4.

⁸⁶ Zie Conclusie van A-G Wattel bij HR 11 februari 2011, nr. 43144bis, *BNB 2011/154*, punt 5.17.

fiscale claim te voorkomen. Tevens wordt in een uitspraak van het Hof Amsterdam vermeld dat ontgaan of uitstellen van belastingheffing zo moet worden geïnterpreteerd dat dit in strijd is met antimisbruikbepaling wanneer dit als belastingfraude of –ontwijking in de zin van de Fusierichtlijn kan worden aangemerkt ⁸⁷. Deze uitspraak benadrukt dus dat hoewel ‘uitstellen van belastingheffing’ geen letterlijke vertaling is van de term ‘belastingontwijking’ uit de Fusierichtlijn, deze twee termen inhoudelijk wel dezelfde betekenis hebben. Het uitstellen van belastingheffing zou dus een geldig argument zijn om de faciliteit te weigeren wanneer dit als belastingontwijking kan worden gekenmerkt.

In de Nederlandse antimisbruikbepaling wordt gesproken van ‘herstructurering en rationalisering van *actieve werkzaamheden*’ in plaats van de meer algemenere term ‘herstructurering en rationalisering van *activiteiten*’, welke vermeld wordt in de Fusierichtlijn. In de vorige paragraaf werd aangegeven dat in de parlementaire geschiedenis vermeld is dat dit verschil te wijten is aan het feit dat de Nederlandse wet een onderscheid maakt tussen beleggingsactiviteiten en ondernemingsactiviteiten. De Fusierichtlijn kent dit onderscheid echter niet en zou dus terecht kunnen worden afgevraagd of dit wel richtlijnconform in de Nederlandse wet is opgenomen. Wanneer een beleggingsinstelling met enkel beleggingsactiviteiten wil fuseren om een grotere portefeuille te realiseren om zo een beter resultaat te kunnen behalen, zou hierbij in beginsel volgens de Nederlandse bepaling geen zakelijke overwegingen aanwezig worden geacht. Dit is wat een inspecteur stelde in een casus waar belanghebbende een aandelenfusie tot stand wilde brengen tussen twee BV’s die beide in een fiscale eenheid zaten en tevens beide enkel effecten en liquide middelen bezaten. Hof Amsterdam oordeelde ⁸⁸ echter in 2004 dat deze aandelenfusie toch gefaciliteerd kon worden, zolang deze niet is gericht op belastingfraude of –ontwijking. Het argument dat hierbij gegeven werd is dat de Fusierichtlijn geen onderscheid maakt tussen ondernemingen, zoals de Nederlandse wet dat wel doet ⁸⁹. Het aangaan van een fusie of splitsing met als doel het herstructureren van een beleggingsinstelling die geen onderneming drijft is dus tevens een rechtshandeling die op grond van zakelijke overwegingen tot stand kan komen en waarop de faciliteit van toepassing kan zijn.

4.4 Aanbevelingen

4.4.1 Inleiding

Ondanks het feit dat de jurisprudentie over de jaren een stuk meer duidelijkheid heeft geschept in de interpretatie van de antimisbruikbepaling omtrent fusies en splitsingen is de bepaling naar mijn

⁸⁷ Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, *FED 2002/545*, r.o. 5.3.2.

⁸⁸ Gerechtshof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/6079, V-N 2004/57.9.

⁸⁹ Zie Conclusie A-G Wattel bij *BNB 2008/245*, punt 10.3.

mening nog niet volledig toegelicht en niet goed genoeg verwoord. In deze paragraaf zullen de termen van de Nederlandse antimisbruikbepaling worden besproken die naar mijn mening nog aandacht van de wetgever vereisen.

4.4.2 Uitstellen van belastingheffing

Het begrip ‘uitstellen van belastingheffing’ is in het onderzoek meerdere keren naar voren gekomen. Inmiddels is duidelijk dat deze bewoording geen letterlijke vertaling is van de tekst uit de Fusierichtlijn. Uit de jurisprudentie en literatuur is tevens gebleken dat er veel onduidelijkheid omtrent deze bewoording is ontstaan. De huidige opvatting, waarbij onderscheid gemaakt wordt tussen geoorloofd en ongeoorloofd uitstellen van belastingheffing, is naar mijn mening te omslachtig en deze onduidelijkheid zou met een andere bewoording van de antimisbruikbepaling relatief gemakkelijk verholpen kunnen worden. Het is namelijk al bekend dat wanneer een samenstel van rechtshandelingen een fiscale claim dermate uitstelt dit als belastingontwijking in de zin van de Fusierichtlijn kan worden aangemerkt. Tevens is het daarbij bekend dat uitstellen van belastingheffing ongeoorloofd is wanneer dit in strijd is met doel en strekking van die richtlijn. Bij de interpretatie van de Nederlandse bepaling wordt dus volledig gekeken naar de bepaling van de Fusierichtlijn. Ik zie dan ook geen reden waarom de wetgever niet de letterlijke tekst (‘belastingontwijking’) van de Fusierichtlijn zou kunnen overnemen in de Nederlandse bepaling om deze onduidelijkheid te verhelpen en extra nadruk te leggen op het feit dat deze bepaling in overeenstemming is met de Fusierichtlijn. Zoals eerder is opgemerkt, zou de term belastingfraude dan alsnog niet in de bepaling hoeven worden te genoemd, aangezien in het Nederlandse systeem fraude op zich al een reden is om een faciliteit achteraf terug te trekken.

4.4.3 Vervreemdingsverbod

Het vervreemdingsverbod is naar mijn mening tevens een punt dat aandacht vereist. Aangezien dit verbod niet in de Fusierichtlijn voorkomt speelt de vraag of dit niet in strijd is met die richtlijn. Zoals eerder in dit hoofdstuk aangewezen, bestaat er wel de mogelijkheid voor belastingplichtigen om tegenbewijs te leveren. De wetgever is ervan overtuigd dat dit zorgt voor een richtlijnconforme bepaling, omdat op deze manier niet via algemene criteria wordt beoordeeld⁹⁰. Wanneer een vervreemding plaatsvindt binnen de driejaarstermijn dient de belastingplichtige echter zelf de zakelijkheid van de rechtshandeling aannemelijk te maken om de faciliteit nog verleend te krijgen, terwijl een vervreemding binnen deze termijn in beginsel niet onzakelijk hoeft te zijn. Deze verplaatsing van bewijslast is naar mijn mening in strijd met de Fusierichtlijn. Als enkel naar de antimisbruikbepaling uit de richtlijn wordt gekeken, zou bij een vervreemding binnen drie jaar immers alleen een vermoeden van onzakelijkheid ontstaan wanneer het hoofddoel of een der

⁹⁰ Zie paragraaf 4.2.3, verwijzend naar het arrest Leur-Bloem en het arrest A.T. van het Hof van Justitie.

hoofdoelen van deze rechtshandeling daarbij alsnog gericht blijkt te zijn op belastingfraude of belastingontwijking. Uit de jurisprudentie bleek dat enkel bij een voorgenomen vervreemding de fusie of splitsing aangemerkt kan worden als een (samenstel van) rechtshandeling(en) die gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Fortuin merkt terecht op dat het aannemelijk maken van het bestaan van een dergelijk voornemen tot vervreemding door de inspecteur in veel situaties bijna onmogelijk is⁹¹. Met deze kennis lijkt het vervreemdingsverbod dus enkel een bepaling te zijn om de inspecteur tegemoet te komen, ondanks dat deze tevens in strijd lijkt te zijn met de Fusierichtlijn. Het vervreemdingsverbod dient naar mijn mening dan ook weggelaten te worden in de antimisbruikbepaling en eventueel te worden vervangen door een richtlijnconforme bepaling die de inspecteur tegemoet kan komen. Een soortgelijke bepaling lijkt echter al snel in strijd te zijn met de Fusierichtlijn, omdat de richtlijn geen vervreemdingsverbod kent. Van der Burgt stelt dat een uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling zou kunnen worden ingevoerd voor zover binnen drie jaar na een bedrijfsfusie (of splitsing) aandelen worden vervreemd⁹². Hij merkt daar terecht bij op dat dit echter geen stand zal houden door de eerdere constatering dat een beoordeling van misbruik niet op basis van algemene criteria mag plaatsvinden, maar per geval in zijn geheel moet worden beoordeeld. Een dergelijke richtlijnconforme bepaling met dezelfde werking als het huidige vervreemdingsverbod lijkt daarmee nauwelijks mogelijk.

4.5 Samenvatting en conclusie

Door de alternatieve bewoording en het toevoegen van een vervreemdingsverbod in de Nederlandse antimisbruikbepaling is er een aantal verschillen ontstaan ten opzichte van artikel 15 van de Fusierichtlijn. Uit het arrest *Leur-Bloem* is echter gebleken dat belanghebbenden bij zowel binnenlandse als grensoverschrijdende fusies en splitsingen een beroep kunnen doen op de faciliteit van de Fusierichtlijn. De Nederlandse bepaling verschilt vooral met de bepaling van de Fusierichtlijn in de vertaling van ‘belastingfraude of belastingontwijking’ naar ‘ontgaan of uitstellen van belastingheffing’. Naar aanleiding van de onduidelijkheden omtrent het verschil tussen de beide antimisbruikbepalingen is de nodige uitleg gegeven in de jurisprudentie. Uit BNB 2000/111 bleek dat uitstel van belastingheffing in strijd is met de Nederlandse antimisbruikbepaling wanneer dit uitstel in strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn is. Ondanks de uitleg van de jurisprudentie lijkt het erop dat de term ‘uitstellen van belastingheffing’ en het vervreemdingsverbod van de Nederlandse antimisbruikbepaling in strijd kunnen zijn met de Fusierichtlijn. Om de onduidelijkheid omtrent deze termen te verhelpen, kunnen deze termen aangepast worden. De wetgever kan alsnog kiezen voor een letterlijke overname van de termen uit de Fusierichtlijn, of een

⁹¹ Fortuin, *Het objectieve regime van inkomsten uit aandelen: Er is werk aan de winkel voor de wetgever*, WFR 1996/6189, noot 30, p. 363.

⁹² Van der Burgt, *De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2009. p. 204.

meer begrijpelijke bewoording hanteren door het weglaten van de term ‘uitstel van belastingheffing’. Indien mogelijk zou het vervreemdingsverbod moeten worden vervangen door een andere maatregel om de inspecteur tegemoet te komen bij het vaststellen van de motieven van een vervreemding na een fusie of splitsing. Het vervangen van het vervreemdingsverbod voor een andere, richtlijnconforme, bepaling blijkt echter lastig, aangezien al snel sprake zal zijn van een beoordeling op basis van algemene criteria. Het enkel weglaten van het verbod lijkt daarmee de beste optie om de bepaling volledig richtlijnconform te maken, alhoewel dit voor de inspecteur zorgt voor een haast onmogelijke bewijslast.

5 Conclusie

Een fusie of splitsing is een overdracht waar in beginsel over een eventuele meerwaarde moet worden afgerekend.. Om economische activiteiten te bevorderen binnen de EU is de Fusierichtlijn aangenomen. Deze richtlijn biedt een faciliteit voor grensoverschrijdende fusies en splitsingen, zodat belastingheffing geen belemmering vormt bij de beslissing om een dergelijke rechtshandeling aan te gaan. De faciliteit kan echter ook misbruikt worden. Om dit tegen te gaan bevat de richtlijn een antimisbruikbepaling. Aangezien een richtlijn verwerkt moet worden in de nationale wetgeving van lidstaten, bevat de Nederlandse wet tevens dezelfde faciliteit voor verschillende soorten fusies en splitsingen. De Nederlandse wetgever heeft echter niet gekozen voor een letterlijke overname van de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn in de Nederlandse faciliteit. Hierdoor is sprake van een aantal nuanceverschillen tussen deze bepalingen. Dit heeft geleid tot de probleemstelling van deze scriptie:

'In hoeverre is de antimisbruikbepaling uit de Europese Fusierichtlijn met betrekking tot het faciliteren van fusies en splitsingen op een juiste manier door de wetgever overgenomen in de Nederlandse fiscale wetgeving?'

De antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn is als eerst behandeld, ontleed en toegelicht. In deze bepaling is te lezen dat een fusie of splitsing in beginsel niet als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking mag hebben. Wanneer een rechtshandeling niet op grond van zakelijke overwegingen plaatsvindt, geldt het vermoeden dat die rechtshandeling alsnog als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft. De belastingplichtige heeft bij dit vermoeden wel de mogelijkheid om het tegendeel aannemelijk te maken. Uit het Foggia-arrest blijkt dat er in ieder geval sprake is van een rechtshandeling met als hoofddoel belastingfraude of belastingontwijking wanneer aan deze rechtshandeling enkel fiscale motieven verbonden zijn en tevens wanneer een fiscaal motief de doorslaggevende factor is in het aangaan van die rechtshandeling. Op de vraag welke soort belasting niet mag worden ontweken door een fusie of splitsing op grond van de antimisbruikbepaling gaf het Zwijnenburg-arrest een antwoord. Uit dit arrest blijkt dat de bepaling enkel geldt voor het ontwijken van de belastingsoort waar de faciliteit van de richtlijn op inwerkt, in Nederland betreft dit de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

Na de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn is uitgebreid ingegaan op de bepaling uit de Nederlandse wetgeving. In deze bepaling is te lezen dat een fusie of splitsing in beginsel niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Ook hier geldt het vermoeden dat de rechtshandeling in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing wanneer deze rechtshandeling niet op grond van zakelijke overwegingen

plaatsvindt. De belastingplichtige heeft hier tevens de mogelijkheid om het tegendeel aannemelijk te maken. Het verschil tussen de twee antimisbruikbepalingen is te vinden in de bewoording en het toevoegen van een vervreemdingsverbod in de Nederlandse wetgeving voor de bedrijfsfusie en juridische splitsing (Wet Vpb). Ondanks deze verschillen blijkt uit het arrest Leur-Bloem dat de Fusierichtlijn van toepassing is op zowel binnen- als buitenlandse fusies en splitsingen. De antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn geldt dus ook direct voor nationale fusies en splitsingen.

Waar de bepaling van de Fusierichtlijn spreekt over ‘gericht op belastingfraude of belastingontwijking’ spreekt de Nederlandse bepaling over ‘gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’. Zoals uit de parlementaire geschiedenis bleek, wordt belastingfraude in de Nederlandse bepaling niet vermeld, omdat fraude op zich al een reden is om de faciliteit te weigeren. De termen ‘ontgaan en uitstellen van belastingheffing’ sluiten aan op de term ‘belastingontwijking’ van de Fusierichtlijn. Vooral omtrent het uitstellen van belastingheffing is veel onduidelijkheid ontstaan, aangezien het uitstellen van belastingheffing de essentie van de faciliteit lijkt te zijn. Uit BNB 2012/261 is af te leiden dat het uitstellen van belastingheffing van de Nederlandse antimisbruikbepaling kan worden geïnterpreteerd als het dermate uitstellen van belastingheffing, waardoor (een deel van) de fiscale claim verloren raakt en wanneer dit in strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn is. Hier wordt dus onderscheid gemaakt tussen geoorloofd en ongeoorloofd uitstellen van belastingheffing. Tevens is uit BNB 2000/111 af te leiden dat wanneer een niet-fiscaal hoofddoel het enige hoofddoel van de rechtshandeling is, een eventueel bijkomend belastingvoordeel geen reden kan zijn om de faciliteit te weigeren.

Naast het verschil in bewoording is in de Nederlandse antimisbruikbepaling een vervreemdingsverbod te vinden. Dit vervreemdingsverbod zorgt voor een bewijslast voor de belastingplichtige wanneer deze de aandelen vervreemdt binnen drie jaar na een bedrijfsfusie of splitsing. Deze verschuiving van bewaslijst van inspecteur naar belastingplichtige lijkt in strijd te zijn met de Fusierichtlijn, aangezien de richtlijn een dergelijk vervreemdingsverbod niet kent.

Uit het onderzoek van deze scriptie is tot slot te concluderen dat de wetgever door het niet letterlijk overnemen van de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn in de Nederlandse wetgeving voor veel onduidelijkheid heeft gezorgd. Veel van deze onduidelijkheden zijn inmiddels verholpen door middel van uitspraken in de jurisprudentie. De term ‘uitstel van belastingheffing’ en het vervreemdingsverbod in de bepaling zijn naar mijn mening echter niet richtlijnconform en passen daarmee niet in de huidige antimisbruikbepaling.

Literatuurlijst

Literatuur

- Van der Burgt, 'De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969', Deventer: Kluwer 2009.
- Bartman, Dorresteyn & De Groot, 'Van het concern', Deventer: Kluwer 2009.
- Hoogwout, 'Bedrijfsopvolging', Deventer: Kluwer 2008.
- Van Schilfgaarde, 'Van de BV en de NV', Deventer: Kluwer 2009.
- Vermeylen & Vande Velde, 'European Cross-Border Mergers and Reorganisations', Oxford: OUP 2012.
- Smits, 'Europeesrechtelijke fricties inzake art. 14a, zesde lid, Wet vpb. 1969', WFR 2007/409.
- De Vries & R.J. de Vries, 'Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting)', Deventer: Kluwer 2006.
- Peeters, 'Implementatie van de anti-misbruikbepaling uit de Fusierichtlijn in Nederland', EFS 2007.
- Fortuin, 'Het objectieve regime van inkomsten uit aandelen: Er is werk aan de winkel voor de wetgever', WFR 1996/6189.

Jurisprudentie

- HR 29 juli 2012, nr. 10/00807, *BNB 2012/261*.
- HvJ EU 15 januari 2002, C-43/00 (Andersen).
- HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05 (Kofoed).
- HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), *BNB 1998/32*.
- HvJ EU 10 november 2011, C-126/10 (Foggia), *BNB 2012/5*.
- HR 11 juli 2008, nr. 43144, *BNB 2008/245*.
- HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), *BNB 2010/257*.
- Conclusie A-G Wattel bij HR 11 juli 2008, nr. 43144, *BNB 2008/245*.
- Noot J.A.G. van der Geld bij HR 1 december 1999, nr. 34217, *BNB 2000/111*.
- Aantekening P.G.H. Albert bij HR 1 december 1999, nr. 34217, *FED 2000/65*.
- HvJ EU 11 december 2008, C-285/07 (A.T.).
- Conclusie A-G Wattel bij HR 11 februari 2011, nr. 43144bis, *BNB 2011/154*.
- HR 1 december 1999, nr. 34217, *BNB 2000/111*.
- Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, *FED 2002/545*.
- Gerechtshof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/6079, *V-N 2004/57.9*.

Overige stukken

Richtlijn 2009/133/EG (Fusierichtlijn)

Richtlijn 2011/96/EU (Moeder-dochterrichtlijn)

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

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

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

Kamerstukken II 1998/1999, 26 728, nr. 3.

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