

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie

De antimisbruikbepaling bij fusies en splitsingen
Zijn de antimisbruikbepalingen bij de fusies en splitsingen in de
nationale wet in strijd met de Fusierichtlijn?

Naam : Farida Alibux
Studentnummer : 406301
Begeleider : drs. M.T.E. (Mark) Robben
Rotterdam, juli 2018

Inhoudsopgave

1 Inleiding	3
1.1 <i>Algemeen</i>	3
1.2 <i>Probleemstelling en opzet</i>	5
1.3 <i>Opbouw</i>	5
2 Fusies en splitsingen	6
2.1 <i>Civielrechtelijke context van fusies en splitsingen</i>	6
2.1.1 <i>Fusies civielrechtelijk</i>	6
2.1.2 <i>Splitsingen civielrechtelijk</i>	8
2.2 <i>Fusies en splitsingen en vennootschapsbelastingheffing</i>	9
2.2.1 <i>Afrekenen als uitgangspunt bij fusies en splitsingen</i>	9
2.2.3 <i>Faciliteiten</i>	11
2.3 <i>Antimisbruikbepaling</i>	13
2.3.1 <i>Inleiding</i>	13
2.3.2 <i>Inhoud van de antimisbruikbepaling</i>	13
2.3.3 <i>Ontleding van de bepaling</i>	14
3 Fusierichtlijn	19
3.1 <i>Algemeen</i>	19
3.2 <i>Totstandkoming Fusierichtlijn</i>	19
3.3 <i>Antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn</i>	21
3.3.1 <i>Hoofddoel of een der hoofddoelen</i>	21
3.3.2 <i>Belastingfraude – of ontwijking</i>	23
3.3.3 <i>Zakelijke overwegingen</i>	25
4 Vergelijking nationale wet en Fusierichtlijn	28
4.1 <i>Algemeen</i>	28
4.2 <i>Het verschil tussen de antimisbruikbepalingen</i>	28
4.2.1 <i>Hoofddoel of een der hoofddoelen vs. in overwegende mate</i>	28
4.2.2 <i>Belastingfraude of belastingontwijking vs. ontgaan of uitstellen van belastingheffing</i>	29
4.3 <i>Activiteiten vs. actieve werkzaamheden</i>	33
4.4 <i>Vervreemdingsverbod</i>	34
4.5 <i>Eindconclusie</i>	35
Literatuurlijst	37
<i>Literatuur</i>	37
<i>Jurisprudentie</i>	38
<i>Besluiten</i>	38
<i>Conclusies AG</i>	38
<i>Parlementaire geschiedenis</i>	39
<i>Overige</i>	39

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Door de economische crisis, ontwikkelingen in de markt of juist ontwikkelingen in het eigen bedrijf komen reorganisaties steeds vaker voor. Bedrijven willen steeds vaker fuseren of splitsen. Normaal gesproken als er sprake is van een dergelijke reorganisatie dan leidt dit tot belastingheffing. Maar door vrijstellingen in het kader van fusies en splitsingen kunnen bedrijven fiscaal vriendelijk reorganiseren.¹ Een dergelijke reorganisatie kan alleen zonder heffing van vennootschapsbelasting als er voldaan wordt aan de door de wet gestelde voorwaarden. Een van de voorwaarden waaraan voldaan moet worden voordat gebruik gemaakt kan worden van de faciliteiten zodat de fusie of splitsing zonder belastingheffing plaats kan vinden is dat aan de fusie of splitsing zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De fusie of splitsing mag niet in overwegende mate mag zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Er is sprake van ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de fusie of splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Indien er geen zakelijke overwegingen ten grondslag van de fusie of splitsing liggen kan er geen gebruik worden gemaakt van de vrijstelling die de wetgever hiervoor biedt. Zakelijke motieven worden aanwezig geacht indien de fusie of splitsing plaats vindt met het oog op herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de bij de fusie of de splitsing betrokken vennootschappen.² Liggen er geen zakelijke overwegingen ten grondslag dan wordt ervanuit gegaan dat de fusie of splitsing als hoofddoel heeft het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De faciliteit is dan niet van toepassing en zal er belasting geheven worden over de overgedragen fiscale reserves, stille reserves en goodwill. De belastingplichtige heeft de echter nog een mogelijkheid om toch gebruik te kunnen maken van de faciliteit. Dit in de vorm van het kunnen leveren van tegenbewijs.

Het EU-recht vormt de basis voor de zakelijkheidstoets. Elke richtlijn is verbindend voor elke lidstaat ten aanzien van het te bereiken resultaat.³ De richtlijn heeft in beginsel geen rechtstreekse werking. In een lidstaat heeft een richtlijn pas rechtskracht nadat deze in een wet (in formele zin) is geïmplementeerd. Een richtlijn moet derhalve worden omgezet in nationaal recht maar de lidstaten hoeven daarbij de richtlijn niet woordelijk over te nemen, voldoende is dat het te bereiken 'resultaat' wordt behaald.⁴ Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU blijkt dat in bepaalde omstandigheden aan een richtlijn echter toch een zekere directe werking kan worden toegekend.⁵ De EU-Fusierichtlijn beoogt fiscale belemmeringen voor grensoverschrijdende fusies en reorganisaties op te heffen.⁶ Het is een regeling opgesteld door de Europese Unie inzake belastingharmonisatie. We krijgen met de Fusierichtlijn te maken als er

¹ Van der Vegt P.C, Zakelijkheid bij fusie en splitsing, WFR 2002/1809.

² Van der Burgt, G.C., Cursus belastingrecht archief 201, Vpb.2.6.0.C.c9

³ Artikel 288 VwEU.

⁴ Weber, D.M., Cursus belastingrecht, Europees Belastingrecht, Kluwer 2011

⁵ HvJ EG 19 januari 1982, zaak 8/81, (Becker), Jur. 1982, p. 70

⁶ Michielse, G.M.M., De Fusierichtlijn 'Belastingontwijking', NTFRB 2010/30.

sprake is van een fusie die over de grenzen heen plaatsvindt tussen vennootschappen in verschillende EU-lidstaten. De Fusierichtlijn schrijft voor dat onder bepaalde voorwaarden de winst die bij bepaalde vormen van reorganisaties en samenwerkingen tot uitdrukking komt, vooralsnog niet in aanmerking hoeft te worden genomen. Het uitgangspunt van de faciliteiten die de Fusierichtlijn aan de betrokkenen toekent, is belastinguitstel.⁷

De wetgever heeft wat in de Fusierichtlijn staat niet letterlijk overgenomen, dit is ook niet verplicht. De lidstaten mogen de Fusierichtlijn op eigen wijze overnemen in hun wet. De werking daarvan moet echter wel aan de voorschriften van de richtlijn voldoen. Doordat de wetgever wat in de Fusierichtlijn staat niet letterlijk heeft overgenomen kennen we enkele verschillen tussen de Nederlandse wetgeving en de Fusierichtlijn. Met name het verschil in woordgebruik, in de Fusierichtlijn wordt gesproken over belastingfraude en belastingontwijking. De wetgever heeft dit niet letterlijk overgenomen maar vertaald het in het in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Deze verschillen zorgen enigszins voor onduidelijkheid, het staat namelijk open voor interpretatieverschillen. Daarom zien we het vaak terug komen in de rechtspraak.⁸ Zo kwam ik tot de onderstaande probleemstelling. De Nederlandse wetgeving bevat zoals eerder aangehaald tekstuele verschillen ten opzichte van de Fusierichtlijn. Ik zal in deze scriptie onderzoeken als de zakelijkheidstoets in de vennootschapsbelastingvrijstelling voor fusies en splitsingen voldoende overeenkomt met de antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn. In deze scriptie zal ik de nadruk leggen op de zakelijkheidstoets waaraan voldaan moet worden om een fusie of een splitsing zonder heffing van vennootschapsbelasting te kunnen laten plaatsvinden. Ook zal de nadruk gelegd worden op de antimisbruikbepaling of te wel zakelijkheidstoets in de Fusierichtlijn. De zakelijkheidstoets is een van de voorwaarden waaraan voldaan moet worden om een fusie of splitsing gefaciliteerd plaats te kunnen laten vinden.

⁷ Pancham, *Cursus belastingrecht, Europees Belastingrecht*, Kluwer 2011

⁸ Leur-Bloem arrest, HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32.

1.2 Probleemstelling en opzet

In deze scriptie zal ik gaan kijken naar de vrijstellingen in het kader van fusies en splitsingen die zijn opgenomen in Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969). Ook zal ik kijken naar de Fusierichtlijn. Er zal in het bijzonder gekeken worden naar de zakelijkheidstoets in de nationale wetgeving en hoe die zich verhoudt tot hetgeen dat in een iets andere bewoording in de Fusierichtlijn staat.

Probleemstelling:

In hoeverre is de zakelijkheidstoets in vennootschapsbelastingvrijstelling voor fusies en splitsingen in overeenstemming met de antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn?

1.3 Opbouw

In hoofdstuk 2 zal ik gaan kijken naar de nationale wetgeving. En dan in het bijzonder naar de fusie en splitsing faciliteiten die te vinden zijn in de wet Vpb 1969. Er zal begonnen worden met de civielrechtelijke uitleg van fusies en splitsingen, vervolgens zal er gekeken worden naar fusies en splitsingen in de Wet vpb 1969.

Aangezien de nationale wetgeving naast de Fusierichtlijn gelegd moet worden om het tweede deel van de probleemstelling te kunnen beantwoorden zal in het derde hoofdstuk de Fusierichtlijn uiteengezet worden.

In het vierde hoofdstuk zal ik de nationale wetgeving naast de Fusierichtlijn leggen en de verschillen bespreken. Dit zal gedaan worden met het oog op de verschillen in terminologie tussen de antimisbruikbepalingen in de nationale wetgeving en in de Fusierichtlijn. Ik zal afsluiten met een conclusie waarbij ik antwoord geef op mijn probleemstelling.

2 Fusies en splitsingen

2.1 Civielrechtelijke context van fusies en splitsingen

2.1.1 Fusies civielrechtelijk

Het begrip ‘fusie’ is in wezen een economisch begrip. Ingeval er een fusie plaats vindt, vindt deze over het algemeen plaats op grond van economische overwegingen. Denk daarbij aan verbetering van de concurrentiepositie, veiligstelling van de continuïteit, uitschakeling van tussenschakels in de bedrijfskolom, schaalvergroting, behoefte tot diversificatie, noodzaak van gemeenschappelijke research, reclame, kostenbesparing door vergroting van bedrijfsomvang en/of verbetering van de financieringsmogelijkheden. Economisch gezien kunnen we fusies in 2 groepen verdelen, horizontale fusies en verticale fusies. Er is sprake van een horizontale fusie als als het twee of meerdere entiteiten betreft die zich in dezelfde bedrijfstak bevinden.⁹ In de nationale wet kennen we 3 soorten fusies namelijk, de juridische fusie, de aandelenfusie en de bedrijfsfusie.

Een juridische fusie is, blijkens artikel 309 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, “de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe rechtspersoon die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, hun vermogen onder algemene titel verkrijgt.” Civielrechtelijk is bij een juridische fusie derhalve sprake van een rechtshandeling waarbij de vermogensbestanddelen tussen de fuserende rechtspersonen onder algemene titel overgaan. Als tegenprestatie voor de in het kader van de juridische fusie verkregen vermogensbestanddelen zal in het algemeen de verkrijgende rechtspersoon aandelen toekennen aan de aandeelhouders van de rechtspersoon waarvan het vermogen onder algemene titel overgaat. Bij een juridische fusie verdwijnt deze laatste rechtspersoon (verdwijnde rechtspersoon).¹⁰ Dit is de perfecte tegenhanger van de zuivere splitsing of te wel de juridische splitsing. Ook kan de juridische fusie eventueel gevolgen hebben voor een fiscale eenheid. Indien een in fiscale eenheid voor vennootschapsbelasting gevoegd lichaam betrokken is bij een juridische fusie komt de vraag op welke consequenties daaraan zijn verbonden voor de fiscale eenheid. Bij een aandelenfusie die betrekking heeft op de aandelen in een moedermaatschappij zijn er geen consequenties. Maar betreft het aandelen in een gevoegde dochtermaatschappij, dan zou niet langer worden voldaan aan de bezitseis en wordt de fiscale eenheid met de dochtermaatschappij verbroken. Verbreking vindt immers plaats op grond van art. 15, lid 6 wet Vpb 1969 zodra niet meer aan de bezitseis wordt voldaan.¹¹

⁹ Strik, S.A.W.J., Cursus belastingrecht Vpb.2.3.0.B.a1.

¹⁰ Zie V-N 2001/8.3

¹¹ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.305.

Naast de juridische fusie kennen we ook nog de aandelenfusie. Bij een aandelenfusie neemt een lichaam de uitstaande aandelen van een ander lichaam over. Het overnemende lichaam kan een reeds bestaande BV of NV zijn. De fusiepartners kunnen echter ook een nieuwe NV of BV oprichten die de aandelen van de fuserende lichamen tegen contante betaling of door middel van uitreiking van eigen aandelen overneemt. De contractpartners bij de aandelenfusie zijn dus het overnemende lichaam en de aandeelhouders van het (de) overgenomen lichaam (lichamen).¹²

De overdracht van aandelen tegen uitreiking van nieuwe aandelen (aandelenruil) vormt een vervreemding voor de inbrengende aandeelhouder en leidt derhalve tot realisatie van stilleen fiscale reserves die in de overgedragen aandelen schuilgaan. Indien de overgedragen aandelen echter een deelneming in de zin van art. 13 wet Vpb 1969 vormen, is in principe geen sprake van belaste winst, omdat op het eventuele vervreemdingsvoordeel de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Vormen de aandelen daarentegen geen deelneming of vindt er ter zake van de deelneming de zogenoemde deelnemingsverrekening toepassing, dan kan de belastingheffing over de stille en fiscale reserves in aandelen een (bedrijfseconomisch) noodzakelijk geachte aandelenfusie in de weg staan. Maar vanwege de ruime toepassing van de deelnemingsvrijstelling, met name door het lage ‘tenminste 5%’-vereiste, zal veelal de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn.¹³

Tenslotte kennen we ook nog de bedrijfsfusie. Bij een bedrijfsfusie neemt het ene lichaam (een zelfstandig onderdeel van) de onderneming van het andere lichaam over of neemt een nieuw opgericht lichaam de ondernemingen of zelfstandige onderdelen daarvan van twee (of meer) fuserende lichamen over. Het lichaam waarvan de onderneming wordt overgenomen, is het “inbrengende lichaam” en het andere lichaam is het “overnemende lichaam”. In tegenstelling tot een aandelenfusie blijven de aandelen van wat we hier het “overnemende lichaam” noemen in handen van dezelfde aandeelhouders.¹⁴ In tegenstelling tot de aandelenfusiefaciliteit worden geen aandelen overgedragen, maar activa en passiva. In beide fusiegevallen bestaat de tegenprestatie van de verkrijgende vennootschap uit de uitreiking van eigen aandelen. Ook deze overdracht van activa en passiva leidt in beginsel tot realisatie van stille en fiscale reserves die op de activa en passiva betrekking hebben. Evenals ten aanzien van de aandelenfusie, geldt ook hier dat dergelijke bedrijfseconomisch wenselijk geachte herstructureringen door de fiscale afrekening worden verhinderd of bemoeilijkt. Daarom is er ook voor de bedrijfsfusie een faciliteit opgenomen in de wet die later besproken zal worden.¹⁵

Kenmerkend voor de bedrijfsfusiefaciliteit is dat de onderneming wordt overgedragen tegenuitreiking van aandelen. De waarde van de verkregen aandelen moet overeenkomen met de waarde van de overgedragen onderneming. Indien de tegenprestatie onzakelijk (te hoog of te laag) is, wordt, indien er meer dan een aandeelhouder is in de verkrijgende vennootschap, een

¹² Strik, S.A.W.J., *Cursus belastingrecht Vpb.2.3.0.B.b1.*

¹³ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.245.

¹⁴ Strik, S.A.W.J., *Cursus belastingrecht Vpb.2.3.0.B.b2.*

¹⁵ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.251.

van de betrokken aandeelhouders bevoordeeld. Uiteraard is ook het tegengestelde mogelijk. Is de tegenprestatie niet zakelijk, dan wordt de bedrijfsfusiefaciliteit niet toegepast.¹⁶

2.1.2 Splitsingen civielrechtelijk

De fusiefaciliteiten, bijvoorbeeld de juridische fusie of de bedrijfsfusie, bieden voldoende mogelijkheid om zonder belastingheffing een nieuwe structuur aan te brengen. Maar er zijn ook nog andere manieren om zonder belastingheffing de structuur te wijzigen. Denk hierbij een de splitsing faciliteiten. Die zullen nu civielrechtelijk kort belicht worden.

De 'zuivere splitsing' en de 'afsplitsing' vallen beide onder het verzamelbegrip 'splitsingen' van art. 2:334a lid 1 BW, ook wel juridische splitsing genoemd. De zuivere splitsing is, blijkens art. 2:334a lid 2 BW, de rechtshandeling waarbij het vermogen van een rechtspersoon die bij de splitsing ophoudt te bestaan, onder algemene titel wordt verkregen door twee of meer andere rechtspersonen. De afsplitsing is, blijkens art. 2:334a lid 3 BW, de rechtshandeling waarbij het vermogen of een deel daarvan van een rechtspersoon die bij de splitsing ophoudt te bestaan, onder algemene titel wordt verkregen door een of meer andere rechtspersonen waarvan ten minste een rechtspersoon aandelen toekent aan de aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon of waarvan ten minste een rechtspersoon bij de splitsing door de splitsende rechtspersoon wordt opgericht. Het verschil tussen de zuivere splitsing en de afsplitsing is dat bij de zuivere splitsing de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan, terwijl bij de afsplitsing de splitsende vennootschap blijft bestaan. De afsplitsing lijkt in uitwerking erg op de bedrijfsfusie, althans als bij de afsplitsing aandelen in een dochtermaatschappij van de afsplitsende vennootschap ontstaat. De voorwaarden die aan de afsplitsing worden gesteld zijn identiek aan de voorwaarden die worden gesteld voor de bedrijfsfusie. De zuivere splitsing daarentegen is een zuivere pendant van de juridische fusie, omdat bij de laatstgenoemde figuur een rechtspersoon verdwijnt, terwijl bij de splitsing rechtspersonen ontstaan alsof er sprake is van een celdeling.¹⁷

In tegenstelling tot de bedrijfsfusie die hiervoor is toegelicht is de splitsing een rechtsfiguur die expliciet in het BW is geregeld. Dit is ook nodig, omdat bij de splitsing de vermogensbestanddelen van de splitsende rechtspersoon onder algemene titel overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. Dit wil zeggen dat niet alleen de rechten, maar ook de verplichtingen die aan de vermogensbestanddelen zij verbonden, van rechtswege overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. Een belangrijk voordeel van deze rechtsovergang onder algemene titel is dat deze civielrechtelijk eenvoudig is, omdat afzonderlijke levering van de diverse vermogensbestanddelen die in het kader van de splitsing overgaan, niet nodig is. Zonder overgang van rechtswege (onder algemene titel) zouden afzonderlijke leveringen nodig zijn voor elk vermogensbestandsdeel (denk aan een pand of een aandeel in een BV waar voor beide een afzonderlijke notariële akte nodig is) dat overgaat op de verkrijgende rechtspersoon. Bij de hiervoor besproken bedrijfsfusie zijn als die afzonderlijke formaliteiten wel nodig. Bij

¹⁶ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.253.

¹⁷ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.266.

een afsplitsing is een notariële akte afdoende. Een ander belangrijke verschil met de bedrijfsfusie is dat er, in elk geval bij de zuivere splitsingsvariant, een rechtspersoon (van rechtswege) verdwijnt zonder dat deze in formele zin wordt ontbonden en diens vermogen wordt vereffend zoals dat bij een reguliere ontbinding het geval is. Dit kan alleen door de regeling voor de afsplitsing op deze manier in het BW op te nemen. Dit is ook noodzakelijk voor het bereiken dat de aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon van rechtswege aandeelhouder in de verkrijgende rechtspersoon worden.¹⁸

2.2 Fusies en splitsingen en vennootschapsbelastingheffing

Centrale gedachte achter alle fiscale fusie- en splitsingsfaciliteiten in de wet VPB is dat de fiscale wetgever bedrijfseconomisch wenselijk geachte fusies en splitsingen fiscaal niet wenst te bemoeilijken. Zou de fusie of splitsing namelijk leiden tot afrekening van de fiscale claim, bijvoorbeeld over de stille reserves, goodwill en fiscale reserves (in de tot de onderneming behorende) vermogensbestanddelen dan zou dit de fusie of splitsing zodanig kunnen bemoeilijken dat die geen doorgang vindt. Die vindt dan geen doorgang en belemmert daarmee een bedrijfseconomische wenselijke transactie.¹⁹

Nu zal er nader in worden gegaan op de fusie- en splitsingsfaciliteiten zoals we die in de Wet Vpb 1969 kennen. Dit betreffen de aandelenfusie, de juridische fusie (art. 14b Wet Vpb 1969), de bedrijfsfusie (art. 14 Wet Vpb 1969) en de splitsingsfaciliteiten.

2.2.1 Afrekenen als uitgangspunt bij fusies en splitsingen

De gevolgen van een juridische fusie voor de verkrijgende rechtspersoon en de verdwijnende rechtspersoon staan in art. 14b van de Wet Vpb 1969. De kernbepaling staat in art. 14b, lid 1 Wet Vpb 1969. Daarin wordt bepaald dat, indien vermogen van een rechtspersoon (verdwijnende rechtspersoon) onder algemene titel in het kader van de fusie overgaat, de verdwijnende rechtspersoon geacht wordt zijn vermogensbestanddelen ten tijde van de fusie te hebben overgedragen aan de rechtspersoon waarop deze vermogensbestanddelen onder algemene titel overgaan (verkrijgende rechtspersoon). En ook geacht wordt ten tijde van de fusie te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten. Art. 14b, lid 2-5 Wet Vpb 1969 bevat een belangrijke uitzondering op deze hoofdregel. Art. 14b, lid 1 wet Vpb 1969 bevat 2 ficties: de vervreemdingsfictie en de fictie dat de verdwijnende rechtspersoon is opgehouden in Nederland belaste winst te genieten, de zogenoemde eindafrekeningsfictie. Op grond van deze twee ficties dient de verdwijnende rechtspersoon al haar stille en fiscale reserves op het onmiddellijk aan het fusietijdstip voorafgaande moment tot haar fiscale winst te rekenen. Het gaat daarbij om stille reserves die in de vermogensbestanddelen verscholen liggen alsmede goodwill, maar ook een

¹⁸ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.266-267.

¹⁹ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.243.

eventueel herinvesteringsreserve en andere fiscale reserves. Vanwege deze fiscale gevolgen spreekt men ook wel van een ruisende fusie.²⁰

De aandelenfusie is terug te vinden in artikel 13i van Wet Vpb 1969. Bij een aandelenfusie worden aandelen overgedragen aan een andere vennootschap waartegenover die andere vennootschap als tegenprestatie eigen aandelen uitreikt aan de inbrenger van de aandelen. Degene die deze nieuwe aandelen neemt, voldoet aan de stortingsplicht door de overdracht van de aandelen die hij reeds bezit. Eigenlijk is er sprake van een aandelenruil. De overdracht van de aandelen tegen uitreiking van nieuwe aandelen vormt een vervreemding voor de inbrengende aandeelhouder en leidt tot de realisatie van de stille en fiscale reserves die in de overgedragen aandelen schuilgaan.²¹ De aandelenfusie zal alleen eventuele fiscale gevolgen hebben voor de aandeelhouder die de aandelen inbrengt in ruil voor aandelen in de overnemende vennootschap. Voor de aandeelhouder in de overnemende vennootschap heeft de aandelenfusie in beginsel geen gevolgen. Voor de vennootschap waarin de geruilde aandelen worden gehouden heeft de aandelenfusie slechts enkele gevolgen.²² Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het verbreken van een fiscale eenheid als gevolg van de aandelenfusie of de gevolgen die het kan hebben voor de heffing van vennootschapsbelasting.

Tenslotte hebben we de bedrijfsfusie. De bedrijfsfusie wordt in art. 14, lid 1 Wet Vpb 1969 gedefinieerd als de overdracht van vennootschapsbelastingplichtig lichaam (de overdrager) van zijn gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel van zijn onderneming aan een ander lichaam dat reeds vennootschapsbelastingplichtig is of door de overdracht vennootschapsbelastingplichtig wordt (de overnemer) tegen uitreiking van aandelen in de onderneming. Het is in wezen een overdracht van activa en passiva van de ene partij aan de andere partij. Artikel 14 regelt de fiscale aspecten van de fusievorm die nu behandeld wordt. De overdracht van activa en passiva leidt in beginsel tot realisatie van de stille, fiscale reserves en eventuele goodwill die op de activa en passiva betrekking hebben.²³

Nu gaan we over op het bespreken van de splitsingen met als uitgangspunt afrekening. In paragraaf 2.1.2 is het onderscheid tussen een zuivere splitsing en een afsplitsing besproken. Bij de zuivere splitsing verdwijnt de splitsende rechtspersoon en bij de afsplitsing blijft de splitsende bestaan. Dit onderscheid is ook van belang voor de fiscale behandeling van de splitsing. Ter zake van de afsplitsing bepaalt art. 14a, lid 1, onderdeel b wet Vpb 1969 alleen dat de splitsende rechtspersoon geacht wordt de vermogensbestanddelen die in het kader van de splitsing overgaan, ten tijde van de splitsing te hebben overgedragen aan de rechtspersoon waarop deze vermogensbestanddelen onder algemene titel overgaan. Bij de zuivere splitsing is er sprake van twee ficties : de eindafrekeningsfictie en de vervreemdingsfictie. Op grond van de vervreemdingsfictie dient de splitsende rechtspersoon in principe af te rekenen over de stille reserves, fiscale reserves en de goodwill die besloten liggen in de vermogensbestanddelen die in

²⁰ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.291-292.

²¹ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.245.

²² Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.245-247.

²³ Van der Burgt, G.C., Cursus belastingrecht Vpb.2.5.0.A.a.

het kader van de splitsing overgaan op de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen. De eindafrekeningsfictie zorgt ervoor dat alle andere voordelen die nog niet op enige manier in de fiscale winst betrokken zijn, alsnog in de fiscale winst worden opgenomen. In art. 14a, lid 1 wet Vpb 1969 wordt dus als hoofdregel neergelegd dat de splitsende vennootschap moet afrekenen over alle vermogensbestanddelen die overgaan naar de verkrijgende vennootschappen en in geval van een zuivere splitsing daarnaast ook een algemene afrekening. Omdat er een fiscale afrekening plaats vindt spreekt men ook wel van een ruisende splitsing.²⁴

2.2.3 Faciliteiten

In principe leiden de hiervoor besproken fusie- en splitsingsmogelijkheden (al dan niet bij fictie) tot belastingheffing bij een of meer van de deelnemende partijen. Dit voor zover de werkelijke waarde van de overgedragen vermogensbestanddelen hoger is dan de boekwaarde daarvan. Vervolgens wordt door de wetgever de mogelijkheid geboden deze fiscale claims door te schuiven dan wel uit te stellen.²⁵ De genoemde artikelen van de hiervoor behandelde rechtshandelingen bevatten dus elk een faciliteit om de genoemde rechtshandeling te kunnen laten plaats vinden zonder directe heffing van belastingen. De faciliteiten zijn op een zodanige manier 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. Ik zal nu kort de faciliteiten die de wet kent om de winst buiten aanmerking te laten behandelen.

De faciliteit voor de juridische fusie is te vinden in art. 14, lid 1 wet Vpb 1969. Uit art. 14, lid 1 wet Vpb 1969 volgt dat de hoofdregel is afrekening van de belastingclaim bij de verdwijnende vennootschap. Art. 14b, lid 2-5 wet Vpb 1969 bevat echter belangrijke uitzonderingen op deze hoofdregel. Ingevolge art. 14b, lid 2 wet Vpb 1969 behoeft de winst die als gevolg van de twee ficties van art. 14b, lid 1 wet Vpb 1969 wordt behaald, niet in aanmerking te worden genomen, mits voldaan is aan de voorwaarden genoemd in art. 14b, lid 2 wet Vpb 1969. Indien de winst buiten aanmerking blijft treedt de verkrijgende rechtspersoon met betrekking tot al hetgeen in het kader van de fusie verkregen in de plaats van de verdwijnende vennootschap. Uit art. 14b, lid 2 wet Vpb 1969 volgt dat de faciliteit niet automatisch van toepassing is. Wil men de geruisloze fusiefaciliteit toepassen, dan moet men uitdrukkelijk kiezen voor toepassing van de faciliteit.²⁶

De faciliteit voor de aandelenfusie is niet te vinden in de wet Vpb 1969, maar in de wet IB 2001 en wel in art. 3.55 wet IB 2001. In deze bepaling wordt in de winstsfeer de belastingheffing over voordelen behaald met het vervreemden van aandelen in het kader van een aandelenfusie onder gestelde voorwaarden doorgeschoven. De aandelenfusiefaciliteit verschilt op een belangrijk punt van de bedrijfsfusiefaciliteit. Wordt de aandelenfusiefaciliteit toegepast dan blijft de

²⁴ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.270-271.

²⁵ Veldhuizen, M.W.W., 'Zakelijke overwegingen in de fusie- en splitsingfaciliteiten', Forfaitair 2005/155-03, paragraaf 2.2.

²⁶ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.292.

belastingclaim rusten bij dezelfde belastingplichtige (de overdrager). De overdrager moet de in ruil ontvangen aandelen waarderen tegen fiscale boekwaarde van de overgedragen aandelen. In tegenstelling tot de bedrijfsfusiefaciliteit maakt de aandelenfusie faciliteit geen inbreuk op de totale winst van het overdragende lichaam maar op diens jaarwinst.²⁷

De bedrijfsfusiefaciliteit is te vinden in art. 14 wet Vpb 1969. Deze faciliteit zorgt ervoor dat de overdrager zijn fiscale claim, belichaamd in het overgedragen ondernemingsvermogen, in zekere zin kan doorschuiven op de overnemer, er hoeft door de overdragen niet te worden afgerekend.²⁸ De bedrijfsfusiefaciliteit vindt toepassing onder de voorwaarde dat de overnemende vennootschap de overgenomen onderneming tegen de fiscale boekwaarde die voor de overdrager gold, op de balans activeert. De stille en fiscale reserves gaan derhalve over op de overnemende vennootschap en daardoor gaat de fiscale claim op die stille en fiscale reserves ook over op de overnemende vennootschap. Hier neemt de overnemende partij ook de toekomstige belastingschuld over. Er dient daarom ook rekening te worden gehouden met belastinglatenties.²⁹

In beginsel geschiedt de splitsing ruisend. Maar art. 14a, lid 2-6 wet Vpb 1969 maken hierop een belangrijke uitzondering. Art. 14a, lid 2 wet Vpb 1969 bepaalt dat de (af)splitsing op verzoek van de belastingplichtige fiscaal geruisloos, dat wil zeggen zonder afrekening, kan plaatsvinden. Ook hier wordt de keuze aan de belastingplichtige overgelaten, als die wel of geen gebruik wil maken van de doorschuiffaciliteit. De faciliteit is dus niet automatisch van toepassing. Onder voorwaarden ziet de fiscus derhalve af van belastingheffing bij de splitsende vennootschap. Dat wordt afgezien van belastingheffing bij de splitsende vennootschap wil echter niet zeggen dat de fiscus haar (latente) claim op de stille en fiscale reserves van de splitsende vennootschap laat varen. De fiscus behoudt haar claim door de zogenoemde doorschuifregeling. De stille en fiscale reserves (en daarmee de latente belastingclaim daarop) worden doorgeschoven naar de verkrijgende vennootschap door de verkrijgende vennootschap te verplichten de verkregen vermogensbestanddelen voor dezelfde fiscale (boek)waarde op haar balans op te nemen als waarvoor ze bij de verdwijnende rechtspersoon op de balans stonden. Hetzelfde geldt ook voor de fiscale reserves.³⁰

²⁷ Van der Burgt, G.C., *Cursus belastingrecht Vpb.2.5.0.A.a.*

²⁸ Van der Burgt, G.C., *Cursus belastingrecht Vpb.2.5.0.A.a.*

²⁹ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.253-254.

³⁰ Van den Dool, R.P., e.a. 2016, p.271.

2.3 Antimisbruikbepaling

2.3.1 Inleiding

Art. 15, lid 1, onderdeel a van de Fusierichtlijn biedt de lidstaten de mogelijkheid om de voordelen van de Fusierichtlijn niet of slechts gedeeltelijk te verlenen dan wel het voordeel ervan geheel of gedeeltelijk teniet te doen. Dit antimisbruikvoorschrift kan door de lidstaten worden toegepast indien blijkt dat de in beginsel onder de Fusierichtlijn vallende rechtshandeling als hoofddoel of een van de 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 het vermoeden dat de rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude heeft.³¹

In het kader van de wijzigingen in de belastingwetgeving per 1 januari 2001 is onder meer het Nederlandse fiscale recht betreffende juridische splitsingen en fusie, aandelenfusies en bedrijfsfusies herzien. De wijzigingen dit in dit verband zijn doorgevoerd hangen samen met de Europeesrechtelijke achtergrond van het Nederlandse belastingrecht aangaande de genoemde reorganisatievormen : de Fusierichtlijn en het arrest Leur-Bloem. Volgens de wetgever zijn de fiscale faciliteiten voor de juridische splitsingen en fusies, bedrijfsfusies en de aandelenfusies met de doorgevoerde wijzigingen in overeenstemming gebracht met de Fusierichtlijn en het voor de toepassing daarvan gewezen arrest Leur-Bloem.³²

2.3.2 Inhoud van de antimisbruikbepaling

De faciliteiten in de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 voor aandelenfusies, bedrijfsfusies, (juridische) splitsingen en juridische fusies worden vergezeld door woordelijk (vrijwel) gelijklopende antiontgaansbepalingen. Er geldt voor al deze faciliteiten een hoofdtoets : is de fusie of splitsing in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing? Is dat het geval, dan blijft de fiscale facilitatie altijd achterwege en worden de overgedragen meerwaarden in de heffing betrokken. Deze hoofdtoets worden geflankeerd door een bewijsvermoeden : de fusie of splitsing wordt geacht in overwegende mate gericht te zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien deze niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, tenzij het tegendeel door de betrokken belastingplichtigen aannemelijk wordt gemaakt. Deze nationale regelingen zijn ontleedt aan de antiontgaansbepaling uit de Europese Fusierichtlijn.³³ Er bestaan echter wel verschillen tussen de hetgeen in de nationale wet staat en wat in de Fusierichtlijn staat. Deze verschillen zullen behandeld worden in hoofdstuk 4.

³¹ Pancham, S.R., Cursus belastingrecht EBR.7.2.7.H.

³² Van der Vegt, WFR 2001/1165

³³ Van der burgt, G.C., de Vries, R.J., WFR 2012/1693

2.3.3 Ontleding van de bepaling

2.3.3.1 In overwegende mate

Het begrip “in overwegende mate” is bekend uit art. 10a Wet Vpb 1969 en kwam ook voor in de zogenoemde zakelijkheidstoets (‘in overwegende mate zakelijke overwegingen’) uit art. 14a, lid 5 Wet Vpb 1969 en art. 14b, lid 5 Wet Vpb 1969 zoals die gegolden hebben tot 1 januari 2001.³⁴ Blijkens de memorie van toelichting is met de gebruikte bewoording van de ontgaanstoets beoogd aan te sluiten bij art. 11 van de Fusierichtlijn. Het is de vraag of de wetgever hierin is geslaagd. De tekst van de nationale wet lijkt minder vergaande eisen te stellen dan de richtlijn door de woorden “hoofddoel of een der hoofddoelen” te vertalen met “in overwegende mate gericht op”. “Een der hoofddoelen” impliceert dat een belangrijke fiscaal motief, naast andere eveneens belangrijke motieven, al voldoende kan zijn om de faciliteit aan de herstructurering te onthouden. De Nederlandse belastingwet eist echter dat de splitsing of fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen, hetgeen betekent dat de faciliteit slechts wordt onthouden indien het ontgaans- of uitstelmotief voor meer dan 50% aan de herstructureringsbeslissing ten grondslag ligt. Er kunnen verschillende motieven ten grondslag van de fusie of splitsing liggen, denk daarbij aan bijvoorbeeld bedrijfseconomische, fiscale en aandeelhoudersmotieven. Indien het gewicht van de motieven voor meer dan 50% gericht is op het ontgaan of uitstellen de belastingheffing, zal de fusie of splitsing niet kunnen worden gefaciliteerd.³⁵ Er wordt hier gerefereerd naar het gewicht van de motieven. Ik ga er hier vanuit dat alle motieven even zwaar wegen. Ook in de literatuur blijft er onduidelijkheid wat betreft het criterium van 50% en het toekennen van gewichten aan de verschillende motieven.

2.3.3.2 Ontgaan of uitstellen van belastingheffing en zakelijke overwegingen

De anti-ontgaanstoets houdt in dat de fusie- of splitsingsfaciliteit niet van toepassing indien de fusie of splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, de winst zal dan wel in aanmerking genomen worden. De fusie of splitsing wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de fusie of de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Deze anti-ontgaanstoets is de Nederlandse vertaling van artikel 15, eerste lid, onderdeel a van de Fusierichtlijn. De Fusierichtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid de fusie- of splitsingsfaciliteit niet toe te passen indien het hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking is.³⁶

³⁴ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 3.55 Wet IB 2001, aant. 6.

³⁵ Brummer, G.B.A. en Thijssen, J.B., WFR 2003/401.

³⁶ Elink Schuuman, J.H. en Rozendal, A., WFR 2012/464.

Ontgaan of uitstellen van belastingheffing

In de Nederlandse belastingwet worden de woorden “belastingfraude of –ontwijking” uit de fusierichtlijn vertaald in “ontgaan of uitstellen”. In geval van belastingfraude wordt nimmer begeleiding geboden. Dit vloeit reeds voort uit de Nederlandse belastingwetgeving. Het woord “belastingontwijking” zou dus gelijk moeten zijn aan “ontgaan of uitstellen”. Het is de vraag of “uitstellen” niet een ruimere strekking heeft dan het begrip ontwijking. Brummer en Thijssen menen dat uitstel ook een vorm van ontwijking kan zijn, aangezien uitstellen van belasting onder omstandigheden eenzelfde effect heeft als het ontgaan van belasting.³⁷

Uit de wetsgeschiedenis is geen duidelijk beeld te krijgen op welk uitstel of ontgaan van belasting precies wordt bedoeld. Blijkens de memorie van toelichting houdt de ontgaanstoets in dat naast de gevallen waarin een fusie of een splitsing ertoe leidt dat (een deel van) de fiscale claim verloren gaat (ontgaan), ook sprake kan zijn van belastingontwijking indien een handelen of een samenstel van rechtshandelingen erop is gericht een min or meer acute verplichting uit te stellen (uitstellen).³⁸ Het begrip “ontgaan” is helder, namelijk het verliezen van een fiscale claim. Wat onder “uitstellen” verstaan moet worden is minder eenvoudig. Tijdens de parlementaire behandeling werd door verschillende fracties de regering de vraag voorgelegd of uitstellen van belasting wel als belastingontwijking kan worden gezien zoals bedoeld in de Fusierichtlijn.³⁹ De staatssecretaris heeft geantwoord dat het verschuiven van de heffing naar een later tijdstip onderdeel vormt van de faciliteit, maar dat dit in het algemeen niet betekent dat er sprake is van misbruik. Er is volgens hem in het licht van de voorgestelde regelingen slechts sprake van misbruik, indien herstructureringen plaatsvinden die in overwegende mate ten doel hebben om door toepassing van de faciliteit belastingvoordeel te verkrijgen.⁴⁰ Bij het uitstellen van belastingheffing is het niet zozeer een belastingvoordeel dat behaald wordt, maar bij het uitstellen van belastingheffing is het eerder een rentevoordeel voor de belastingplichtige.

Zakelijke overwegingen

Zoals eerder aangegeven kan een fusie- of splitsingsvrijstelling alleen worden verleend als de fusie of splitsing niet in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Dit wordt geacht het geval te zijn als de fusie niet plaats vindt op grond van zakelijke overwegingen. Voorbeelden van zakelijke overwegingen in de fusie en splitsingsfaciliteiten staan in de wetsartikelen zelf: “zakelijke overwegingen, zoals herstructurering en rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager en de overnemer”. De formulering van de bepaling laat zien dat het hier een voorbeeld betreft, ook andere zakelijke overwegingen zijn denkbaar. In de wetsgeschiedenis is in het kader van de juridische splitsingsvrijstelling als voorbeeld genoemd een ernstig verstoorde relatie tussen de aandeelhouders van een vennootschap, zodanig dat daardoor de continuïteit van de

³⁷ Brummer, G.B.A. en Thijssen, J.B., WFR 2003/401.

³⁸ Kamerstukken I 1999/2000, 26 727 en 26 728, nr. 202a, blz 31.

³⁹ Kamerstukken I 1999/2000, 26 727, nr. 7, blz. 149.

⁴⁰ Brummer, G.B.A. en Thijssen, J.B., WFR 2003/401.

onderneming in gevaar komt.⁴¹ Welk gewicht zakelijke overwegingen dienen te hebben, is in de literatuur nauwelijks aan de orde gekomen.⁴²

Zakelijke overwegingen geven dus recht op toepassing van de faciliteit. Het begrip zakelijke overwegingen wordt beperkt opgevat en omvat uitsluitend bedrijfseconomische motieven, op het niveau van de betrokken ondernemingen. Als de zakelijke overwegingen ontbreken, geldt het vermoeden van misbruik, dat door de belastingplichtige kan worden ontkracht. Alle overwegingen, anders dan de bovengenoemde illegitieme fiscale overwegingen, kunnen daarbij dienen als tegenbewijs.⁴³

Aandeelhoudersmotieven pur sang worden niet als zakelijke overwegingen aangemerkt, zo volgt uit de wetsgeschiedenis. Daar worden als voorbeelden van niet-kwalificerende aandeelhoudersmotieven genoemd: de splitsing van de activiteiten van een vennootschap in beleggings- en ondernemingsactiviteiten met het oog op beperking van het aansprakelijke vermogen en bedrijfseconomische motieven die uitsluitend op het niveau van de top holding aanwezig zijn.⁴⁴ Fiscale motieven worden evenmin als zakelijke overwegingen aangemerkt. Dit geldt voor alle fiscale overwegingen. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen Nederlandse en buitenlandse fiscale motieven.⁴⁵

Zakelijke motieven worden ook niet aanwezig geacht indien aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager en de overnemer is verbonden, dit tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.⁴⁶ Wanneer een fusie plaatsvindt waarbij een toekomstige verkoop van de aandelen al vaststaat hoeft dit niet altijd te betekenen dat de antimisbruikbepaling automatisch toepassing vindt. Er bestaat immers een mogelijkheid voor de belastingplichtige om tegenbewijs te leveren. Ook al staat de toekomstige verkoop vast op het moment van de fusie, kan de belastingplichtige alsnog aannemelijk maken dat de fusie niet in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Het arrest In HR 2 juni 2006, nr. 41 942, BNB 2006/282 geeft hierin meer duidelijkheid. Het ging om een vennootschap die een deel van haar activiteiten afsplitste naar een nieuwe vennootschap D BV, met het oogmerk de aandelen in D BV te verkopen aan een derde. Deze verkoop stond al op voorhand vast. De reden voor deze transactie was dat het concern waartoe de belastingplichtige behoorde, werd overgenomen en dat de Europese Commissie (in het kader van mededingingsrecht) had geëist dat de desbetreffende activiteiten aan een derde zouden worden verkocht. Zonder een dergelijke verkoop zou door de Europese Commissie geen toestemming zijn gegeven voor de overname. Het geschil betrof de vraag of de belastingplichtige erin was geslaagd om het in art. 14a, lid 5 Wet Vpb 1969 (tekst 2000) bedoelde tegenbewijs te leveren

⁴¹ Boomsluiters, E., WFR 2018/60, paragraaf 3.2.

⁴² Brummer, G.B.A. en Thijssen, J.B., WFR 2003/401.

⁴³ Boomsluiters, E., WFR 2018/60, paragraaf 3.2.

⁴⁴ Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, onder 4.

⁴⁵ Boomsluiters, E., WFR 2018/60, paragraaf 3.2.

⁴⁶ Artikel 14, lid 4 wet Vpb 1969.

door aannemelijk te maken dat aan de splitsing in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag lagen. Dit ondanks het feit dat op voorhand reeds vaststond dat de bij de afsplitsing verkregen aandelen kort na de afsplitsing zouden worden vervreemd. De HR overwoog onder meer het volgende⁴⁷:

*'Met betrekking tot het onderhavige geval heeft het Hof — in cassatie onbestreden — geoordeeld dat belanghebbende aannemelijk heeft gemaakt dat op grond van commerciële motieven ervoor is gekozen niet alle vermogensbestanddelen afzonderlijk over te dragen (...), maar deze eerst af te zonderen in een aparte vennootschap gevolgd door de verkoop van de aandelen in die vennootschap. Voorts heeft het Hof — in cassatie eveneens onbestreden — geoordeeld dat de gekozen weg om de vermogensbestanddelen af te stoten een goede en wellicht de enig mogelijke weg was. Daarvan uitgaande heeft het Hof geoordeeld dat belanghebbende is geslaagd in het leveren van het tegenbewijs, met als gevolg dat de faciliteit kan worden toegepast. (...) Aan de Staatssecretaris kan worden toegegeven dat in de onderwerpelijke situatie als gevolg van de (onmiddellijke) verkoop van de aandelen in de verkrijgende vennootschap contanten vrijkomen waaruit de verschuldigde belasting kan worden voldaan. Hierin acht de Hoge Raad evenwel onvoldoende grond aanwezig om te oordelen dat in een geval als het onderhavige de faciliteit niet kan worden toegepast. De wetgever heeft in artikel 14a, lid 5, van de Wet de mogelijkheid tegenbewijs te leveren tegen het op vervreemding van de aandelen gebaseerde wettelijke vermoeden niet beperkt naar gelang van het tijdstip van de vervreemding. De geboden mogelijkheid van tegenbewijs ziet voorts op een omstandigheid — het aan de splitsing in overwegende mate ten grondslag liggen van zakelijke overwegingen — die niet uitsluit dat ten tijde van de splitsing al een voornemen tot vervreemding van de aandelen bestaat.'*⁴⁸

De Hoge Raad zei dat ondanks er sprake was van zekerheid over een toekomstige verkoop op het moment van de rechtshandeling was volgens de Hoge Raad tegenbewijs mogelijk voor het concern. Hiermee bleef alleen de vraag of de door belastingplichtige genoemde motieven zakelijk worden geacht om zoals tegenbewijs te dienen onbeantwoord. Gerechtshof 's-Gravenhage besliste dat die inderdaad het geval was. Volgens het hof lagen aan de splitsing in overwegende zakelijke overwegingen ten grondslag.

2.3.3.3 Vervreemdingsverbod

Naast het feit dat de rechtshandeling niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is er bij de bedrijfsfusie in art. 14, lid 4 Wet Vpb 1969 een extra eis gesteld. Ook een andere herstructureringsfaciliteit kent een soort gelijke antimisbruikbepaling. Bij de juridische afsplitsing is het vervreemdingsverbod te vinden in art. 14a, lid 6 Wet Vpb 1969. Bij de juridische fusie en de aandelenfusie kennen we echter geen vervreemdingsverbod. Uitsluitend voor de bedrijfsfusie en de juridische splitsing wordt de anti-ontgaansbepaling aangevuld met een bewijsvermoeden (art. 14 lid 4, derde volzin, respectievelijk art. 14a, lid 6 Wet Vpb 1969). Zakelijke overwegingen worden behoudens

⁴⁷ Hoogeveen, M.J., Cursus belastingrecht IB.3.2.26.G.b5.

⁴⁸ Zie BNB 2006/282

tegenbewijs niet aanwezig geacht als binnen 3 jaar na de bedrijfsfusie of splitsing de aandelen in de overdrager of de overnemer respectievelijk de gesplitste vennootschap dan wel de verkrijgende vennootschap geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager en de overnemer respectievelijk splitser en de verkrijger verbonden is. Het bewijsvermoeden treedt derhalve in werking ingeval de desbetreffende aandelen worden vervreemd aan een lichaam dat en niet verbonden is met de overdrager en de splitser en niet verbonden is met de overnemer of verkrijger. Met andere woorden, worden de aandelen binnen de driejaarstermijn vervreemd aan een vennootschap die ten tijde van de vervreemding slechts verbonden is met een van de desbetreffende lichamen, dan treedt het bewijsvermoeden niet in. Wat ook opvallend is dat de vervreemding van de aandelen aan een natuurlijke persoon het bewijsvermoeden in werking doet treden, terwijl voor de toepassing van art. 10a, lid 5 Wet Vpb 1969 ook verbonden natuurlijke personen in aanmerking dienen worden genomen.⁴⁹ Hier verwijs ik naar artikel 10a van de wet Vpb 1969 omdat het misbruikvermoeden aan de hand van dit artikel vorm is gegeven.

⁴⁹ Van Scheindel, M.P., de Vries, R.J., 'Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing, WFR 1999/1673.

3 Fusierichtlijn

3.1 Algemeen

In het vorige hoofdstuk kwamen de fusiefaciliteiten en de splitsingsfaciliteiten in de nationale wet uitvoerig aan bod. De bepalingen in de Nederlandse wet zijn grotendeels gebaseerd op de Europese regelgeving. De vormgeving van de Wet Vpb 1969 is al geruime tijd niet alleen een Nederlandse aangelegenheid. Beide worden sterk beïnvloed vanuit Europa, de Europese Unie (EU). Deze invloed neemt twee vormen aan. Enerzijds zijn door Europa harmoniserende voorschriften ontwikkeld (positieve integratie), anderzijds zijn lidstaten gehouden zich conform Europese regelgeving. Dit dwingt de lidstaten eigen – discriminerende en belemmerende – regels in overeenstemming te brengen met het Europese recht (negatieve integratie). Zo kwamen de antimisbruikbepalingen zoals we die nu in de nationale wetgeving terecht. De antimisbruikbepalingen werden in het vorig hoofdstuk behandeld.⁵⁰ In dit hoofdstuk zal de Fusierichtlijn nader toegelicht worden. Er zal kort worden ingegaan op de totstandkoming van de Fusierichtlijn. Daarna wordt de nadruk gelegd op de antimisbruikbepalingen in de Fusierichtlijn. De verschillende bestanddelen van de antimisbruikbepaling zullen daarbij ook toegelicht worden.

3.2 Totstandkoming Fusierichtlijn

Hoewel de rol van de harmonisatie op het gebied van de directe belastingen – waartoe ook de vennootschapsbelasting behoort – beperkt is, zijn op grond van art. 115 VWEU een drietal richtlijnen vastgesteld die van belang zijn voor onder meer de Wet Vpb 1969. Het betreft de Moeder-dochterrichtlijn, de Fusierichtlijn en de Interest- en royaltyrichtlijn. Typerend voor een richtlijn is dat zij de lidstaten verplicht hun nationale wet- en regelgeving op zodanige wijze aan te passen dat zij een resultaat realiseren dat de richtlijn wil bereiken. Anders dan een verordening heeft een richtlijn (in principe) geen directe werking. De regels van de richtlijn zijn niet onmiddellijk op belastingplichtigen van toepassing.⁵¹ De richtlijnen moeten door de lidstaten worden geïmplementeerd. Dit houdt in dat de lidstaten door wijzigingen en aanvullingen van hun nationaal recht het door de richtlijn voorgeschreven resultaat proberen te bereiken.⁵²

Uit de preambule van de Fusierichtlijn blijkt dat het hoofddoel van de richtlijn is:

‘dat deze transacties [i.e. fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil; WWM, MRL] niet moeten worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften der lid staten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies; dat er bijgevolg voor deze transacties concurrentie-neutrale belastingvoorschriften tot stand moeten komen om de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken.’

⁵⁰ Van den Brande-Boomsluiters, ‘art 14 wet Vpb 1969 getoetst aan de fusierichtlijn’, WFR 1998/1557.

⁵¹ Bouwman, J.N., Boer, M.J., wegwijs in de Vennootschapsbelasting, 2013.

⁵² Van Raad, C., Rouwers, R.W.G., Simonis, P.H.M., WFR 1997/1239, paragraaf 6.2.

Voor de totstandkoming en een goede werking van de interne markt is het dus noodzakelijk dat ondernemingen zonder belemmeringen grensoverschrijdende activiteiten kunnen ontplooiën. Dit werd getracht bereikt te worden door harmonisatie binnen de EU. Een groot struikelblok voor de totstandkoming van een goed werkende interne markt kan gevormd worden door de belastingheffing die bij grensoverschrijdend ondernemen kan optreden. Dit speelt zeker ook een rol bij grensoverschrijdende reorganisaties, samenwerkingen en herstructureringen. Dit is een nog grotere hindernis als wordt bedacht dat in zuivere nationale situaties veelal belastingfaciliteiten voor reorganisaties en samenwerkingen bestaan. Deze werden in het vorige hoofdstuk kort toegelicht. Hierbij werd de nadruk vooral gelegd op de context en de inhoud van de zakelijkheidstoets. Het besef dat belastingheffing bij de genoemde grensoverschrijding de totstandkoming van de interne markt zou kunnen belemmeren, was binnen de Gemeenschap al vroeg aanwezig. Al vroeg beseften men dus dat belastingheffing een belemmering zou vormen voor het realiseren van een goede werking binnen de interne markt. Dit werd geïllustreerd in het eerste richtlijnvoorstel dat betrekking had op fiscale faciliteiten voor bepaalde vormen van intracommunautair ondernemen reeds in 1969 het licht zag (verder : EG-Fusierichtlijn 1969). Deze EG-Fusierichtlijn 1969 had betrekking op grensoverschrijdende fusies, splitsingen en inbreng van activa waarbij vennootschappen van verschillende lidstaten betrokken waren. Uiteindelijk is de EG-Fusierichtlijn niet aangenomen.⁵³

Het duurde tot 1990 voordat de Commissie met een nieuw richtlijn voorstel kwam. Deze Fusierichtlijn is wel aangenomen (verder ook: EG-Fusierichtlijn). Hoewel door de komst van de Fusierichtlijn diverse belemmeringen verdwenen, kwam in de praktijk niettemin al snel een aantal tekortkomingen aan het licht. Vandaar dat reeds in 1993 een voorstel tot wijziging van de EG-Fusierichtlijn werd gepubliceerd door de Commissie. In dit voorstel werd slechts de subjectieve reikwijdte van de EG-Fusierichtlijn uitgebreid. Niet alle tekortkomingen van de EG-Fusierichtlijn waren hiermee weggenomen. Het voorstel voor de wijziging van de richtlijn is uiteindelijk niet aangenomen. In 2003 deed de Commissie wederom een poging. Zij kwam met een nieuw voorstel tot wijziging van de EG-Fusierichtlijn 1990. Hierin werden enkele tekortkomingen van de EG-Fusierichtlijn aangepakt. Maar ook het wijzigingsvoorstel uit 2003 redde het in de toen voorgestelde vorm niet. In 2005 kwam de Commissie met een aangepast wijzigingsvoorstel waarover wel consensus werd bereikt. Op 17 februari 2005 heeft de Raad dit voorstel aangenomen (hierna ook wel aangeduid als wijzigingsrichtlijn 2005). De Raad heeft op 19 oktober 2009 de EG-Fusierichtlijn opnieuw uitgebracht. De nieuwe Richtlijn (2009/133/EG) is op 15 december 2009 in werking getreden. De nieuwe Richtlijn heeft als reden de herhaaldelijke wijziging van de oorspronkelijke Richtlijn 90/434/EEG, onder andere bij toetreding van nieuwe lidstaten tot de EU. De eerste overweging van de considerans geeft als reden van de nieuwe richtlijn 'duidelijkheid en een rationale ordening van de tekst'. De nieuwe richtlijn beoogt dus duidelijkheid en toegankelijkheid.⁵⁴

⁵³ Pancham, S.R., Cursus belastingrecht EBR.7.2.0.B.

⁵⁴ Pancham, S.R., Cursus belastingrecht EBR.7.2.0.B.

3.3 Antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn

In beginsel zijn lidstaten verplicht om de bepalingen van de richtlijn toe te passen op elke fusie, splitsing, gedeeltelijke splitsing en inbreng van activa en aandelenruil waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn.⁵⁵ Er zijn echter twee belangrijke uitzonderingen op deze hoofdregel. Art. 15, lid 1, onderdeel a van de Fusierichtlijn biedt de lidstaten de mogelijkheid om de voordelen van de EG-Fusierichtlijn niet of slechts gedeeltelijk te verlenen dan wel het voordeel ervan geheel of gedeeltelijk teniet te doen. Dit antimisbruikvoorschrift kan door de lidstaten worden toegepast indien blijkt dat de in beginsel onder de Fusierichtlijn vallende rechtshandeling 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 het vermoeden dat de rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude heeft.⁵⁶

Art. 15, lid 1, onderdeel a van de richtlijn bepaalt dus dat lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de richtlijn toe te passen indien blijkt dat de fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil :

‘als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft; wanneer een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen, geldt het vermoeden dat die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft’.

Dit artikel weerspiegelt het algemene beginsel van het gemeenschapsrecht dat rechtsmisbruik verboden is. Belastingplichtigen kunnen in geval van misbruik of fraude geen beroep doen op het gemeenschapsrecht. De toepassing van de gemeenschapsregels kan niet zo ver gaan dat misbruiken worden gedekt, dat wil zeggen transacties die niet zijn verricht in het kader van normale handelstransacties, maar uitsluitend met het doel om de door het gemeenschapsrecht toegekende voordelen op onrechtmatige wijze te verkrijgen.⁵⁷

3.3.1 Hoofddoel of een der hoofddoelen

De fusierichtlijn biedt de lidstaten de faciliteit in bepaalde gevallen van misbruik of ontwijking te onthouden. Art. 15, eerste lid, onderdeel a van de Fusierichtlijn bepaalt met ingang van 15 december 2009 : ‘De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van artikelen 4 tot en met 14 geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan geheel of gedeeltelijk teniet doen indien blijkt dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen:

⁵⁵ Art. 1, sub a van de Fusierichtlijn

⁵⁶ Pancham, S.R., Cursus belastingrecht EBR.7.2.8.

⁵⁷ Monteiro, W.W., Lugten, M.R., Forfaitair 2011/219-04, paragraaf 1.2.

- a. Als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft; wanneer de rechtshandeling niet plaats vindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, geldt het vermoeden dat die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft.⁵⁸

In het arrest van 10 november 2011, zaak C-126/10, BNB 2012/5 inzake Foggia speelde het volgende. Foggia SGPS SA, een vennootschap naar Portugees recht die actief is als holding, heeft in 2003 drie andere in Portugal gevestigde holdings overgenomen die tot dezelfde groep behoorden. Foggia heeft de staatssecretaris voor belastingzaken verzocht de niet-verrekenende verliezen van de overgenomen holdings uit voorgaande jaren, in de toekomst te mogen verrekenen met haar winst. Van een van de holdings, Riguadiana, is dit geweigerd. Het werd bij die holding geweigerd omdat Foggia bij de fusie met deze vennootschap geen enkel economisch belang had. De daling van de administratieve kosten als gevolg van de fusie kon volgens de staatssecretaris niet als economisch belang worden beschouwd. De Portugese rechter stelde hierover prejudiciële vragen.⁵⁹ De Portugese rechter vraagt of een fusie tussen twee vennootschappen van dezelfde groep kan worden geacht te hebben plaatsgevonden op grond van 'zakelijke overwegingen' wanneer zij een positief effect heeft op de structurele kosten van deze groep, hoewel de overgenomen vennootschap geen enkele activiteit uitoefent, geen financiële participaties aanhoudt en slechts grote verliezen, waarvan de herkomst onduidelijk is, aan de overnemende vennootschap overdraagt.⁶⁰

Aan de omschrijving van art. 15 van de Fusierichtlijn wordt –zuiver grammaticaal beschouwd– ook aan voldaan indien naast belastingontwijking sprake is van een zwaarwegende nevendoeel. Bij de zaak Foggia ging het HvJ ook kort in op het gewicht dat een doelstelling moet hebben om niet te kwalificeren als hoofddoel. Uit het arrest Foggia SGPS kan worden afgeleid dat indien een fusie of splitsing verschillende doelstellingen ten grondslag liggen, waaronder eventueel ook fiscale overwegingen, dan kan deze fusie of splitsing niettemin op grond van zakelijke overwegingen plaatsvinden, mits de fiscale overwegingen niet doorslaggevend zijn.⁶¹

Daarnaast geeft het HvJ in dit arrest ook aan dat een fusie die er slechts toe strekt een belastingvoordeel te verkrijgen, dus niet op grond van zakelijke overwegingen plaats vindt, toch kan doen veronderstellen dat deze transactie als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude – of ontwijking heeft.⁶²

⁵⁸ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 3.57 wet IB 2001, aant. 6.2.2.

⁵⁹ HvJ EG 10 november 2011, BNB 2012/5.

⁶⁰ Pancham, S.R., Cursus belastingrecht EBR.7.2.8.

⁶¹ Van der Brugt, G.C., Cursus belastingrecht, VPB.2.5.1.B.k1.

⁶² HvJ EG 10 november 2011, zaak C-126/10, r.o. 36, BNB 2012/5. (Foggia)

3.3.2 Belastingfraude – of ontwijking

Art. 15, lid 1 van de Fusierichtlijn wordt gesproken over belastingfraude of belastingontwijking als hoofddoel of een der hoofddoelen. Na uitgelegd te hebben wat verstaan moet worden onder hoofddoel of een der hoofddoelen, zal nu wordt uitgelegd wat bedoeld wordt met belastingfraude of belastingontwijking.

Wat belastingfraude inhoudt is onder andere door de OESO omschreven. De OESO beschrijft belastingfraude als: *'An act, attempted act or failure to act by any person that is intended to violate a legal duty concerning the accurate reporting, determination or collection of tax.'* Vertaalt in het Nederlands wil dit zeggen een handeling, poging tot handelen of nalaten door een persoon die bedoeld is om een wettelijke plicht te schenden met betrekking tot de nauwkeurige rapportage, vaststelling of inning van belasting. Dit richtlijn verstaat onder belastingfraude: *'deliberate unlawful behaviour which is generally punishable by law'*. Dit betekent vertaalt in het Nederlands, opzettelijk onwettig gedrag dat in het algemeen strafbaar is volgens de wet. Bij belastingfraude is het essentieel dat er sprake is van relatieve simulatie.⁶³ Er is sprake van relatieve simulatie indien partijen weliswaar een wijziging in hun onderlinge verhouding doorvoeren, maar die wijziging een andere is dan tegenover derden wordt voorgesteld.⁶⁴

Als de gepleegde belastingfraude aan het licht komt is er vaak geen discussie dat het daadwerkelijke om fraude gaat. Een stuk onduidelijker en ingewikkelder zijn de situaties waarin moet worden beoordeeld of er sprake is van belastingontwijking. Van den Brande-Boomsluiters omschrijft in *"de bedrijfsfaciliteit in de vennootschapsbelasting"* uit 2003 belastingontwijking in de zin van art. 15 van de richtlijn als het opzetten van constructies teneinde door middel van oneigenlijk gebruik van de wet belastingbesparing te bewerkstelligen. De Europese Commissie hanteert een vergelijkbare definitie.⁶⁵ Met oneigenlijk gebruik bedoel ik hier dat het wel volgens de regels van de wet gaat maar het toch in strijd is de bedoeling van de bepaling. De rechtshandeling volgt dus de bewoording van de tekst maar is desondanks in strijd met doel en strekking van de wet.

In de zaak Zwijnenburg ging om de vraag of de term belastingontwijking in de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn slechts ziet op het ontwijken van inkomsten en/of vennootschapsbelasting, dan wel op het ontwijken van een andere belastingen. Het essentiële karakter van de Fusierichtlijn is dat zij niet beoogd een allesomvattende belastingregeling bij fusies en splitsingen te creëren. Zij probeert slechts bepaalde belastingnadelen die bij grensoverschrijdende fusies optreden te voorkomen.⁶⁶ Uit het oordeel van het hof in deze zaak Zwijnenburg⁶⁷ kunnen twee andere belangrijke lessen betreffende de inhoud en de reikwijdte van de antimisbruikbepaling worden getrokken. Ten eerste dient hetgeen in art. 15, lid 1,

⁶³ Monteiro, W.W., Lugten, M.R., Forfaitair 2001/219-04, paragraaf 1.2.

⁶⁴ HR 24 februari 1971, nr. 16 460, BNB 1971/74.

⁶⁵ Monteiro, W.W., Lugten, M.R., Forfaitair 2001/219-04, paragraaf 1.2.

⁶⁶ Zie V-N 2010/48.45

⁶⁷ HvJ EU 20 mei 2010, zaak C-352/08, BNB 2010/257. (Zwijnenbrug)

onderdeel a van de richtlijn staat eng te worden uitgelegd, aangezien het een uitzonderingsbepaling betreft. Tevens blijkt uit Zwijnenburg ook dat de voordelen van de richtlijn niet kunnen worden onthouden aan belastingplichtigen die met een transactie de heffing van een belasting willen voorkomen die niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt. In casus werd de heffing van overdrachtsbelasting voorkomen, maar aangezien de richtlijn vooral ziet op de belastingheffing over meerwaarde, was er geen sprake van misbruik van art. 15, lid 1, onderdeel a van de richtlijn.⁶⁸

In het arrest HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-321/05 (kofoed), V-N 2007/34.1 (concl. Kokott) kwam eveneens de uitleg van de antimisbruikbepaling van art. 15 Fusierichtlijn aan de orde. Het Hof van Justitie EG merkt op dat art. 15 van de Fusierichtlijn uitdrukking geeft aan het in het Unierecht besloten liggende algemene beginsel dat rechtsmisbruik is verboden. Hieruit volgt dat i geval van fraude of misbruik geen beroep gedaan kan worden op het Unierecht. Immers, de toepassing van gemeenschapsregels kan niet zover gaan dat misbruik wordt gedekt. Onder misbruik vallen de transacties die niet zijn verricht in het kader van normale handelstransacties, maar uitsluitend met het doel om de door het Unierecht toegekende voordelen op onrechtmatige wijze te verkrijgen, aldus het Hof van Justitie EG. Volgens Pancham zou door deze algemene overweging van het Hof van Justitie EG de antimisbruikbepaling, art. 15 van de Fusierichtlijn, gemist kunnen worden. Dit zegt hij omdat transacties die in beginsel onder de Fusierichtlijn vallen rechtstreeks kunnen worden getoetst aan het in het Unierecht besloten liggende algemene beginsel van rechtsmisbruikverbod.⁶⁹

In HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-321/05 (kofoed), V-N 2007/34.1 (concl. Kokott) kwam ook de belangrijke vraag aan de orde of de antimisbruikbepaling wel kan worden getoetst indien een specifieke implementatiebepaling ter zake in het nationale recht ontbreekt. Het Hof van Justitie EG geeft aan dat er een implementatieplicht voor elke lidstaat is, inhoudende dat maatregelen getroffen dienen te worden die nodig zijn om de volle werking van een richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren. Richtlijnen kunnen op zichzelf gaan verplichtingen opleggen aan particulieren.⁷⁰

Aan de andere kant moet niet uit het oog verloren worden dat de anti-misbruikregeling van art. 15 de EU-lidstaten niet verplicht doch toestaat toepassing van de fusiefaciliteiten te weigeren in geval van belastingfraude- of ontwijking. Voor zover lidstaten niet of slechts gedeeltelijk van deze bevoegdheid gebruik maken of hebben gemaakt, is er op EU-niveau in beginsel geen sprake van gelijke toepassing van de antimisbruikregeling van de Fusierichtlijn.⁷¹

⁶⁸ Zie HvJ EU 20 mei 2010, zaak C-352/08, BNB 2010/257. (Zwijnenbrug)

⁶⁹ Pancham, S.R., *Cursus belastingrecht* EBR.7.2.8.

⁷⁰ Pancham, S.R., *Cursus belastingrecht* EBR.7.2.8.

⁷¹ Van Raad, C., Rouwers, R.W.G., Simonis, P.H.M., WFR 1997/1239, paragraaf 6.4.

3.3.3 Zakelijke overwegingen

Aan het slot van art. 15, onderdeel a, Fusierichtlijn is een rechtsvermoeden neergelegd. Met dit rechtsvermoeden worden lidstaten bewijstechnisch tegemoet gekomen. Indien de inbreng van activa (bedrijfsfusie) niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, de voorbeelden die hiervan worden genoemd zijn onder andere herstructurering of rationalisering van activiteiten van de bij de inbreng betrokken vennootschappen, geldt als vermoeden dat de inbreng van activa als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft. Gezien de bewoording dienen belastingplichtigen de mogelijkheid te hebben het rechtsvermoeden te weerleggen. Dit kan door aannemelijk te maken dat hoewel de inbreng van activa niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen er toch geen sprake is van een inbreng die als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft.⁷²

In de rechtspraak van het HvJ EG is het begrip ‘zakelijke overwegingen’ al meerdere keren aan bod gekomen. Zo ook in de zaak Foggia die eerder in dit hoofdstuk werd behandeld. Hoewel het hier om een zuiver interne situatie ging achtte het Hof van Justitie EU de zaak ontvankelijk. Nationale en grensoverschrijdende fusies vallen onder dezelfde bepalingen en de in Richtlijn 90/434 (fusierichtlijn) opgenomen voorwaarde dat sprake moet zijn van zakelijke overwegingen zijn ook van toepassing in een interne situatie. Het HvJ EU bevestigde dat het begrip zakelijke overwegingen ruimer is dan het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel (arrest Leur-Bloem). Ieder concreet geval moet apart worden onderzocht en daarom is het niet voldoende om algemene criteria toe te passen. Van zakelijke overwegingen bij een fusie is echter ook niet sprake als er alleen administratieve en beheerskosten worden bespaard. Dit omdat dat bij iedere fusie het geval is. De verwijzende rechter moet, gelet op alle omstandigheden in het geding, nagaan of alle bestanddelen van het vermoeden van belastingfraude of –ontwijking, in de zin van de fusierichtlijn, zijn vervuld.⁷³

3.3.3.1 Arrest Leur-Bloem

Aangezien de richtlijn enkel bedoeld is om een faciliteit te verlenen aan grensoverschrijdende fusies en splitsingen komt de vraag op of de richtlijn (en daarmee ook de antimisbruikbepaling) wel betrekking zou hebben op een binnenlandse fusie of splitsing. Dit arrest bevestigde het feit dat de Fusierichtlijn ook betrekking kan hebben op een binnenlandse fusie of splitsing. Ook bracht het arrest Leur-Bloem duidelijkheid in wat verstaan moet worden onder zakelijke overwegingen. Het arrest Leur-Bloem zal nu daarom uit een worden gezet.

Op 17 juli 1997 wees het Hof van justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) in de zaak C-28/95 (A. Leur-Bloem v. Inspecteur der belastingdienst / ondernemingen Amsterdam 2). In dit arrest beantwoorde HvJ EG de prejudiciële vragen die Hof Amsterdam op 26 januari 1995 aan HvJ EG had voorgelegd. De vragen die werden voorgelegd betroffen de implementatie door Nederland van de EG-Fusierichtlijn van 1990. Met name hadden deze vragen betrekking op

⁷² Van der Brugt, De bedrijfsfusie in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, 2009/2.3.8.

⁷³ Boulogne G.F, WFR 2011/2634.

de verenigbaarheid van de zogenoemde materiële fusie-eis die Nederland bij aandelenruil stelt, met de richtlijn. Voorafgaand aan de prejudiciële vragen legde Hof Amsterdamse, een prealabele kwestie aan HvJ EG voor, namelijk of het hof bevoegd is vragen te beantwoorden over de regeling die hoewel deze volledige bedoelt aan de sluiten bij de Europese fiscale regels inzake fusies, slechts van toepassing is op zuiver nationale situaties. Op zowel de prealabele vraag als de hoofdvragen heeft HvJ EG uitspraken gedaan die het belang van de zaak waarover Hof Amsterdam moet oordelen, verre te boven gaat.⁷⁴ Mede hierom zal de zaak in deze paragraaf helemaal uitgewerkt worden.

Leur-Bloem was enig aandeelhouder en directeur van twee vennootschappen (BV's). Zij wenste de aandelen in een derde besloten vennootschap, een holding, te kopen, waarbij de betaling zou geschieden door een ruil met de aandelen in de beide eerstgenoemde vennootschappen. Na deze transactie zou Leur-Bloem niet meer rechtstreeks, doch nog slechts indirect enig aandeelhouder zijn van de twee andere vennootschappen. Leur-Bloem maakte dus gebruik van een holding structuur om een aandelenfusie tot stand te brengen. Hiervoor diende Leur-Bloem een verzoek in bij de inspecteur om de aandelenfusievrijstelling van art. 14b, lid 1 toe te kunnen passen. Dit zou ervoor zorgen dat de winst uit aanmerkelijk belang die in het kader van de aandelenfusie behaald zou worden buiten de belastingheffing zou blijven. Dit verzoek werd door de inspecteur afgewezen, omdat mevrouw Leur-Bloem aan het materieel fusie vereiste voldeed dat is opgenomen in de Nationale wetgeving.⁷⁵

De belastingplichtige was het niets eens met de uitspraak. Ze stelde tegen die uitspraak beroep in bij het Gerechtshof te Amsterdam. Volgens haar moest de transactie namelijk als een fusie worden aangemerkt. Het Gerechtshof Amsterdam vroeg het HvJ EG om uitleg van de Fusierichtlijn. Het HvJ EG heeft hierop geantwoord dat de materieel fusie eis niet mag worden gesteld. In de Fusierichtlijn is namelijk niet opgenomen dat de lidstaten een dergelijke fusie-eis mogen stellen. Op dit punt was de Nationale wetgeving van Nederland niet in overeenstemming met de Fusierichtlijn. Daarom heeft deze zaak geleid tot een wijziging in de antimisbruikbepaling. De materiële fusie eis werd door de wetgever uit de wet verwijderd.⁷⁶

De materiële fusie eis kon volgens het Hof alleen maar gerechtvaardigd worden door het belastingfraude of –ontwijkingsvoorbehoud van art. 15, eerste lid, onderdeel a, Fusierichtlijn. Als algemene misbruikbepaling achtte het Hof de materiële fusie eis ongeoorloofd. In elk afzonderlijk geval dienen de verrichte rechtshandelingen in hun geheel te worden onderzocht op misbruik (zijnde belastingontwijking of belastingfraude in de zin van de Fusierichtlijn). Het ontbreken van voldoende zakelijke redenen voor een fusie is niet hetzelfde als het aangaan van de fusie met als ten minste een van de hoofdredenen belastingfraude of ontwijking. Indien er geen of onvoldoende zakelijke redenen zijn voor de fusie, kan volgens art. 15, eerste lid, onderdeel a,

⁷⁴ Van Raad, C., Rouwers, R.W.G., Simonis, P.H.M., WFR 1997/1239.

⁷⁵ HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32.

⁷⁶ Van Raad, C., Rouwers, R.W.G., Simonis, P.H.M., WFR 1997/1239, paragraaf 4 en 5

Fusierichtlijn een aanwijzing zijn dat belastingontwijking of –fraude ten minste een van de hoofdredenen is voor de rechtshandeling.⁷⁷

In dit arrest kwam ook de vraag op wat precies verstaan moet worden onder zakelijke motieven. Daar gaf het HvJ ook duidelijkheid in. Leur-Bloem had in onderhavige procedure aangevoerd dat de holdingstructuur tot stand was gebracht onder andere om tot horizontale (binnensjaarse) verliescompensatie te kunnen komen binnen een tot stand te brengen fiscale eenheid (art. 15 Wet Vpb 1969). Het HvJ vindt deze mogelijkheid tot horizontale verliescompensatie geen zakelijke reden zoals bedoeld in art. 15, eerste lid, onderdeel a van de Fusierichtlijn. Volgens het HvJ kwalificeert geen enkele louter fiscale reden als zakelijke reden. Het is ook logisch dat fiscale motieven die leiden tot het afschudden of frustreren van al bestaande fiscale claims niet kunnen kwalificeren als zakelijke motieven.⁷⁸

Hoewel het bij het arrest Leur-Bloem om de aandelenfaciliteit draait, is de uitspraak ook van belang voor art. 14, 14a en 14b Wet Vpb 1969. Aangezien ook in die artikelen de materiële fusie eis te vinden is, betekent het dat de desbetreffende uitspraak van het HvJ EG ook voor de bedrijfsfusie, juridische fusie en de juridische splitsing van toepassing is.⁷⁹

⁷⁷ Noot J.A.G. van der Geld bij HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32.

⁷⁸ Noot J.A.G. van der Geld bij HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32.

⁷⁹ Strik, op cit., 2012, paragraaf 2.5.0.A.d.

4 Vergelijking nationale wet en Fusierichtlijn

4.1 Algemeen

In hoofdstuk 2 werden de faciliteiten in de nationale wet voor fusie en splitsingen uitgebreid behandeld. In hoofdstuk 3 werd de Fusierichtlijn uitgelegd. Uit jurisprudentie blijkt dat er tussen de nationale wet en de Fusierichtlijn enkele dispariteiten bestaan. Dit komt deels door de andere bewoording die de wetgever in de Nationale wet gebruikt. Dit heeft tot veel discussie geleid. In dit hoofdstuk zal daarom de nationale wet naast de Fusierichtlijn worden gelegd. We zullen daarbij niet de volledige Fusierichtlijn naast de nationale wet leggen, maar de nadruk zal hierbij gelegd worden op de antimisbruikbepaling. De verschillen tussen de twee zullen in dit hoofdstuk aan bod komen.

4.2 Het verschil tussen de antimisbruikbepalingen

Als we de tekst van de nationale wet en de tekst van de Fusierichtlijn analyseren dan zijn er al snel een aantal verschillen die opvallen. Zo heeft de Fusierichtlijn het over 'hoofddoel of een der hoofddoelen' en in de nationale wet wordt gesproken over 'in overwegende mate'. Zo zijn er nog 2 belangrijke verschillen tussen de Fusierichtlijn en de nationale wet namelijk, 'belastingfraude of belastingontwijking' en 'ontgaan of uitstellen van belastingheffing' en ten slotte 'activiteiten' en 'actieve werkzaamheden'. Deze verschillen zullen in deze paragraaf behandeld worden.

4.2.1 Hoofddoel of een der hoofddoelen vs. in overwegende mate

De Fusierichtlijn heeft het over 'hoofddoel of een der hoofddoelen'. Dit is door de Nederlandse belastingwetgeving vertaald in de reeds bekende zinsnede 'in overwegende mate gericht op'. In diverse stadia van de parlementaire behandeling is het aspect van de vertaling van de richtlijntekst in de wettelijke regeling teruggekeerd met steeds weer dezelfde opmerkingen.⁸⁰

Blijkens de memorie van toelichting is met de gebruikelijke bewoording van de ontgaanstoets beoogd aan te sluiten bij art. 15 van de Fusierichtlijn. De vraag blijft of de wetgever hierin is geslaagd. De tekst lijkt minder vergaande eisen te stellen dan de richtlijn door de woorden "hoofddoel of een der hoofddoelen" te vertalen in "in overwegende mate gericht op". "Een der hoofddoelen" impliceert dat een belangrijk fiscaal motief, naast andere eveneens belangrijke motieven, al voldoende kan zijn om de faciliteit aan de herstructurering te onthouden. De Nederlandse belastingwet eist echter dat de splitsing of fusie in overwegende mate gericht is op ontgaan of uitstellen, wat betekent dat de faciliteit slechts wordt onthouden indien het ontgaans- of uitstel motief voor meer dan 50% aan de herstructureringsbeslissing ten grondslag ligt. Een grammaticale interpretatie leidt ertoe dat een overwegende wegens zakelijke overwegingen ingegeven fusie die tevens als hoofddoel het ontgaan van belasting heeft, toch dient te worden gefaciliteerd. Dit lijkt niet in overeenstemming te zijn met wat de wetgever beoogd te bereiken.

⁸⁰ Hoogeveen, M.J., Cursus belastingrecht IB. 3.2.26.G.b1.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de wet blijkt dat is getracht de woorden hoofddoel of een der hoofddoelen te vertalen en niet te wijzigen.⁸¹

In het arrest van HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111 ging de Hoge Raad⁸² in op de vraag wanneer er sprake is van misbruik van de fusie- en splitsingsfaciliteiten. De vraag was in dit arrest als belastingfraude of belastingontwijking een van de hoofddoelen van de voorgenomen aandelenruil vormde. Het arrest BNB 2000/111 betrof een aandelenruil. Het betrof een advocaat die via een aandelenruil een holdingstructuur wenste te bereiken om de werkmaatschappij feitelijk te vrijwaren van beroepsaansprakelijkheid (in de vorm van hoge schadeclaims). Hoewel deze zaak over een zuiver nationale aangelegenheid ging gaf de Hoge raad toch aan een Europees rechtelijke uitleg voorkeur. Hier gaf de Hoge raad ondanks het ging om een binnenlands belastingplichtige niet de uitleg over de vraag wanneer belastingfraude of belastingontwijking het ‘hoofddoel of een der hoofddoelen’ van een fusie is. Er werd vast gesteld dat er in deze zaak geen sprake was van belastingfraude. De faciliteit kan dan alleen worden geweigerd indien sprake is van belastingontwijking. Deze term wordt in de Fusierichtlijn echter niet nader uitgewerkt. Er werd overwogen als het beslissend is of de aandelenruil ook zou worden uitgevoerd als er geen sprake was van een niet-fiscaal doel. Met andere woorden, als de fusie toch zou worden uitgevoerd ondanks de afwezigheid van elk niet-fiscaal, dan zijn hiervoor kennelijk de fiscale motieven doorslaggevend. Zou de fusie ook uitgevoerd worden als er geen sprake was van een niet-fiscaal doel dan is het verkrijgen van een belastingvoordeel het hoofddoel of een der hoofddoelen van de fusie. Het misbruik is hiermee nog niet definitief. De inspecteur moet nog aannemelijk maken dat de belastingplichtige heffing van een belasting waarop de Fusierichtlijn betrekking heeft, ontgaan of uitgesteld heeft.⁸³

Of het fusievereiste in overeenstemming is met art. 15 EU-fusierichtlijn zal toekomstige jurisprudentie moeten uitwijzen. Tot die tijd zal er onduidelijkheid blijven bestaan of het huidige fusievereiste de toets van de EU-fusierichtlijn kan doorstaan.⁸⁴

4.2.2. Belastingfraude of belastingontwijking vs. ontgaan of uitstellen van belastingheffing

In art. 14, lid 6 Wet Vpb 1969 worden de woorden “ontgaan of uitstellen van belastingheffing” gebruikt. In art. 15, lid 1 van de Fusierichtlijn wordt een andere bewoording gebruikt namelijk “belastingfraude of belastingontwijking”. De nationale wetgever heeft ervoor gekozen een andere terminologie te gebruiken, zoals eerder aangehaald is dit toegestaan. De wetgever motiveerde zijn keuze voor de afwijkende terminologie door er op te wijzen dat in geval van belastingfraude de verleende doorschuiffaciliteit (achteraf) teruggenomen wordt, zodat hiervoor

⁸¹ Brummer, G.B.A. en Thijssen, J.B., De ontgaanstoets in de fusie- en splitsingfaciliteiten, WFR 2003/401.

⁸² HR 1 december 1999, nr. 34.217, BNB 2000/111.

⁸³ HR 1 december 1999, nr. 34.217, BNB 2000/111.

⁸⁴ Hoogeveen, M.J., Cursus belastingrecht IB. 3.2.26.G.b1.

geen aparte regeling hoeft te worden getroffen. Wat betreft de uitdrukking “belastingontwijking” is de wetgever van oordeel dat deze niet zonder meer toepasbaar is in de Nederlandse wetgeving en dat de vertaling “ontgaan of uitstellen van belastingheffing” aan de belastingplichtigen duidelijkheid verschaft.⁸⁵ Belasting kan in de visie van de wetgever niet alleen ontweken worden door het afschudden van een fiscale claim (ontgaan) maar ook door de heffing van belasting uit te stellen naar een later tijdstip (uitstellen). Hij spreekt in dat verband over een handeling of een samenstel van rechtshandelingen dat er op gericht is “een min of meer acute fiscale verplichting uit te stellen”⁸⁶ en over herstructureringen die in overwegende mate ten doel hebben door toepassing van de doorschuiffaciliteit belastingvoordelen te verkrijgen.⁸⁷

Dat de Nederlandse wetgever het ontgaan van belastingheffing, dat wil zeggen gevallen waarin belastingclaims verloren gaan, fiscaal niet wenst te faciliteren is verklaarbaar en zonder meer in overstemming met art. 15 van de EU-Fusierichtlijn. De keuzen om ook het in overwegende mate gericht zijn op het uitstellen van belastingheffing onder de term ‘belastingontwijking’ in de EU-Fusierichtlijn te rangschikken, heeft wel de nodige vragen opgeroepen.⁸⁸

De wetgever haalde in de Kamer⁸⁹ de volgende situatie aan:

“Indien belastinguitstel niet onder het begrip belastingontwijking zou vallen, dan zou het voor de belastingplichtige immers mogelijk zijn om een belaste verkoop van vermogensbestanddelen door middel van een fusie of splitsing in combinatie met de deelnemingsvrijstelling om te zetten in een onbelaste koerswinst op aandelen.”

Als de fusie of de splitsing en de vervreemding van de aandelen rechtstreeks met elkaar samenhangen, is het duidelijk dat acute belastingheffing wordt uitgesteld.⁹⁰

Het standpunt van de wetgever dat “het ontgaan van belastingheffing” als een vorm van belastingontwijking in de zin van de Fusierichtlijn is aan te merken, wordt algemeen onderschreven. Anders ligt dit ten aanzien van “uitstellen van belastingheffing”. De meningen in de literatuur zijn daarover verdeeld. Sommige auteurs betogen dat belastinguitstel het wezenskenmerk van de richtlijnfaciliteit is en daarom geen oneigenlijk gebruik als bedoeld in art. 15 van de Fusierichtlijn kan vormen.⁹¹ De nadruk ligt hierbij op de vorm van belastingbesparing.

⁸⁵ Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 115, V-N BP21/1.7, p. 273 en Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 17, p. 69-70.

⁸⁶ Kamerstukken II, t.a.p., p. 115, V-N BP21/1.7, p. 273.

⁸⁷ Van der Burgt, G.C., Cursus belastingrecht Vpb.2.6.0.C.c9.II.

⁸⁸ Van der Burgt, G.C., Cursus belastingrecht Vpb.2.6.0.C.c9.II.

⁸⁹ Zie *Kamerstukken I* 1999/2000, 26 727 en 26 728, nr. 202c, nr. 3.1.3, p. 26, V-N BP21/10.3, p. 3188.

⁹⁰ Van der Burgt, G.C., Cursus belastingrecht Vpb.2.6.0.C.c9.II.

⁹¹ M.P. van Scheijndel en R.J. de Vries, Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing, WFR 1999/1673. Zie ook Hof Den Haag in HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111 (concl. Van den Berge, noot J.A.G. van der Geld), r.o. 6.4 en B.F.A. Huijgevoort, De aandelenfusiefaciliteit in het wetsvoorstel inkomstenbelasting 2001, WFR 1999/1690.

Het niet verlenen van van de fusie- of splitsingsfaciliteit wordt gerechtvaardigd geacht, indien de fiscale facilitering tot gevolg heeft dat (een deel van) de fiscale claim verloren gaat, maar niet ingeval de belastingheffing slechts wordt uitgesteld.⁹²

Andere schrijvers zijn juist van mening dat het uitstellen van belastingheffing onder omstandigheden wel kan stroken met de formulering “belastingontwijking” zoals opgenomen in art. 15, lid 1, onderdeel a van de Fusierichtlijn en zijn daarnaast ook van mening dat de Nederlandse antimisbruikbepaling op dit punt te ruim is geformuleerd.⁹³ In deze laatste opvatting wordt de nadruk gelegd op de omstandigheid dat belastinguitstel, evenals belastingafstel, een vorm van belastingbesparing is. Belastinguitstel kan zich in verschillende vormen voordoen. Het beoogde uitstel van belastingheffing kan er bijvoorbeeld in bestaan dat de actuele realisatie van een afrekening over de belastingclaim op de (stille en fiscale) reserves en (niet geactiveerde) goodwill wordt ontlopen door een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming op de voet van art. 14 Wet Vpb 1969 geruisloos in te brengen in een dochter-BV waarna de aandelen in de dochter-BV onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling worden vervreemd aan een derde. Overigens is in een dergelijke casus vanuit het perspectief van de overdrager (belastingsubject) sprake van “ontgaan” van belastingheffing in plaats van “uitstellen” van belastingheffing.⁹⁴

Inmiddels is door de Hoge Raad duidelijkheid verschaft over de vraag of de nationale terminologie “uitstellen van belastingheffing” kan worden geschaard onder de fusierichtlijntekst “belastingontwijking”. Nu zal ik ingaan op een enkele arresten waarin het aspect “uitstellen van belastingheffing” een belangrijke rol speelde.⁹⁵ Het eerste arrest betreft de zaak HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111 (concl. Van den Berge, noot J.A.G. van der Geld) betreffende een aandelenruil die ook al in de vorige paragraaf kort aan bod kwam (ter sprake van de bewoording hoofddoel of een der hoofddoelen). A-G Van den Berge zei in onderdeel 6.6 van zijn conclusie het volgende:

‘Met de Staatssecretaris ben ik van mening, dat de enige reden voor het tussenschuiven van een houdstervennootschap het voorkomen van een directe belastingheffing over de geplande uitkering van winstreserves van A BV is. Aldus dient het tussenschuiven van de houdstervennootschap — hetgeen door toepassing van de fusiefaciliteit onbelast zou kunnen geschieden — geen ander doel dan het behalen van een fiscaal voordeel.’

De Hoge Raad kon zich in deze zaak verenigen met het oordeel van het hof dat de aandelenruil plaatsvond met het oog op de beperking van de beroepsaansprakelijkheid en dat belastingfraude of belastingontwijking niet het hoofddoel of een der hoofddoelen was. Er was dus sprake van een

⁹² Van der Burgt, G.C., Cursus belastingrecht Vpb.2.5.1.B.k2.

⁹³ J.A.G. van der Geld in zijn noot bij BNB 2000/111c*, P.G.H. Albert, aantekening bij BNB 2000/111c* in FED 2000/65, P.C. van der Vegt, Zakelijkheid bij fusie en splitsing, WFR 2002/1809, G.B.A. Brummer en J.B. Thijssen, De ontgaanstoets in de fusie- en splitsingsfaciliteiten, WFR 2003/401 en E. van den Brande-Boomsluiters, De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, FMnr. 110, Kluwer Deventer, tweede druk 2004, p. 229.

⁹⁴ Van der Burgt, G.C., Cursus belastingrecht Vpb.2.5.1.B.k2.

⁹⁵ Van der Burgt, G.C., Cursus belastingrecht Vpb.2.6.0.C.c9.II.

solide zakelijk motief. In dit arrest heeft de Hoge Raad geen principiële oordeel gegeven over de vraag of uitstel van belastingheffing (onder omstandigheden) kan worden gerangschikt onder de term “belastingontwijking” uit de Fusierichtlijn.⁹⁶

De twee zaak die betrekking heeft op hetgeen in deze paragraaf wordt besproken is HR 10 oktober 2008, nr. 43409, BNB 2009/28 (concl. Wattel, noot J.A.G. van der Geld). Ook in deze zaak stond de vraag centraal of de aandelenfusie van destijds art. 14b Wet IB 1964 kon worden toegepast. Een aantal dagen na de obligatoire overeenkomst tot aandelenfusie tussen een natuurlijke persoon en een Holding – en nog voor de goederenrechtelijke afwikkeling van deze aandelenfusie – werden de in deze Holding ingebrachte aandelen doorverkocht aan een derde. De casus speelde zich af in het jaar 1999 en dus niet onder de vigeur van de sinds 2001 geldende nationale antimisbruikbepaling. De Hoge Raad toetst of er sprake is van een hoofddoel tot belastingontwijking en maakt daarmee duidelijk dat casusposities waarin de facto de vraag centraal staat of sprake is van “uitstellen van belastingheffing” (rechtstreeks) kunnen worden getoetst aan de (antimisbruikbepaling) uit de Fusierichtlijn.⁹⁷ De HR besliste dat voor de beoordeling als er sprake is van misbruik bepalend is de intentie van de belastingplichtige op het tijdstip van de obligatoire overeenkomst met de holding. Als op dat tijdstip de doorverkoop van de aandelen door de holding aan een specifieke derde vaststaat, lijkt in het arrest besloten te liggen dat in beginsel sprake is van misbruik. Het verkoopklaarmaken op zichzelf is geen misbruik. De vraag komt dan op wat de betekenis hiervan is voor art. 14ab lid 6, derde volzin wet Vpb 1969. Dit betreft het bewijsvermoeden in de vorm van een ‘verkapt’ vervreemdingsverbod. De HR heeft zich tot dusver nog niet uitgelaten over de vraag of dit bewijsvermoeden gerechtvaardigd is.⁹⁸

Als laatst wordt HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261 (concl. Wattel, noot R.J. de Vries) toegelicht. In dit arrest heeft ons hoogste rechtscollege namelijk de vraag beantwoord of de nationale terminologie “uitstellen van belastingheffing” kan worden begrepen onder de term belastingontwijking uit de Fusierichtlijn. Volgens de Hoge Raad brengt een richtlijnconforme uitleg van art. 14a Wet Vpb 1969 met zich mee dat het ontwijken van belastingheffing slechts dan onder de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn valt, indien de (voorgenomen) juridische splitsing een volstrekt overheersend antifiscaal motief heeft en toepassing van de geboden fiscale faciliteiten zou leiden tot strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn. Dat motief kan volgens de Hoge Raad eveneens zijn gelegen in het uitstellen van belastingheffing. Volgens de Hoge Raad is in de casus uit het arrest, waarin een juridische splitsing de facto een uitkoop van aandeelhouders was, sprake van een zodanig uitstellen van belastingheffing dat strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn ontstaat.⁹⁹

Op basis van de behandelde jurisprudentie moet naar mening van Van der Burgt geconcludeerd worden dat het uitstellen van belastingheffing is te rangschikken onder de term

⁹⁶ Van der Burgt, G.C., *Cursus belastingrecht Vpb.2.6.0.C.c9.II.*

⁹⁷ Van der Burgt, G.C., *Cursus belastingrecht Vpb.2.6.0.C.c9.II.*

⁹⁸ Van der Burgt, G.C., *Cursus belastingrecht Vpb.2.6.0.C.c9.XI.*

⁹⁹ Van der Burgt, G.C., *Cursus belastingrecht Vpb.2.6.0.C.c9.II.*

“belastingontwijking” uit de Fusierichtlijn, mits sprake is van een zodanig uitstellen van belastingheffing dat strijd met doel en strekking met de Fusierichtlijn ontstaat.¹⁰⁰

4.3 Activiteiten vs. actieve werkzaamheden

Het eerste bewijsvermoeden bevat 2 belangrijke elementen. De eerste is het begrip “zakelijke overwegingen”. Dit begrip wordt zowel in de nationale wet als in de Fusierichtlijn gebruikt. Er bestaat daarnaast wel een verschil in formulering tussen de Fusierichtlijn en de nationale wet. De Fusierichtlijn spreekt over “activiteiten”. Dit is in de nationale wet niet zo terug te vinden. De nationale wetgever heeft ervoor gekozen dit begrip te vertalen in “actieve werkzaamheden”. In deze paragraaf zal het verschil in terminologie, waarbij in de nationale wet wordt gesproken over actieve werkzaamheden en in de Fusierichtlijn over activiteiten toegelicht worden.

In de nationale wet staat als voorbeeld van een zakelijke overweging onder andere genoemd “herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden”. In de Fusierichtlijn wordt er echter gesproken over activiteiten. De terminologie is niet letterlijk overgenomen omdat deze niet zonder meer toepasbaar is voor de heffing van de vennootschapsbelasting.¹⁰¹ In de vennootschapsbelasting wordt er onderscheid gemaakt tussen ondernemingsactiviteiten en beleggingsactiviteiten. Daarom wordt de terminologie van actieve en passieve werkzaamheden gehanteerd.¹⁰² Bij het maken van dit onderscheid is van belang dat de beoordeling of sprake is van actieve werkzaamheden dient plaats te vinden vanuit het perspectief van de betrokken vennootschap en voorts dat het begrip ‘actieve werkzaamheden’ meer omvat dan de uitdrukking ‘materiële onderneming’. De nationale wetgever koos voor de term actieve werkzaamheden om op die manier een onderscheid te kunnen maken tussen vennootschappen bij wie de werkzaamheden niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer (passieve vennootschappen) en vennootschappen die materieel een onderneming drijven. In geval de vennootschap als passief kan worden aangemerkt (bijvoorbeeld omdat hij zich alleen bezighoudt met het beleggen van vermogen), zal worden aangenomen dat de fusie niet gericht is op het herstructureren of rationaliseren van de actieve werkzaamheden. De faciliteit is in een dergelijke situatie dan ook niet van toepassing, tenzij belastingplichtige aannemelijk maakt dat de fusie niet gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.¹⁰³ De Fusierichtlijn verstaat onder de term “activiteiten”, de activiteiten van de onderneming. Als activiteiten in die zin kunnen worden verstaan alle activiteiten van alle voorkomende type ondernemingen zolang er sprake is van een organisatorisch verband, waardoor kan worden gesproken van een onderneming.

De vraag of door de introductie van het actieve werkzaamheden criterium in feite het oude materiële fusievereiste is gehandhaafd, wordt door de staatssecretaris ontkennend beantwoord, omdat de belastingplichtige niet langer aannemelijk hoeft te maken dat twee of meer

¹⁰⁰ Van der Burgt, G.C., Cursus belastingrecht Vpb.2.6.0.C.c9.II.

¹⁰¹ V-N 2008/34.13.

¹⁰² V-N 2007/14.21.

¹⁰³ Kamerstukken II 1998/1999, 26 728, nr. 3, p. 53-54.

ondernemingen in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid worden samengebracht. Dit neemt echter niet weg dat de bedrijfsfusiefaciliteit – behoudens de route van tegenbewijs – op grond van het nationale recht niet beschikbaar is als beleggingsvennootschappen bijvoorbeeld bij een bedrijfsfusie zijn betrokken. Deze benadering wordt door de staatssecretaris gerechtvaardigd met een beroep op de considerans van de Fusierichtlijn.¹⁰⁴

Een aantal auteurs zoals bijvoorbeeld Feskens en Engelen¹⁰⁵ zijn het oneens met de Nederlandse vertaling van het woord “activiteiten” uit de Fusierichtlijn. Zij achtten de vertaling van “activiteiten” uit de Fusierichtlijn naar “actieve werkzaamheden” in de nationale wet volkomen onacceptabel. Het ziet er hierdoor naar uit dat het arrest Leur-Bloem terzijde is geschoven.¹⁰⁶

4.4 Vervreemdingsverbod

De nationale wet kent naast het eerste bewijsvermoeden dat ook te vinden is in de Fusierichtlijn ook nog een tweede bewijsvermoeden. Het tweede bewijsvermoeden betreft het zogenaamde vervreemdingsverbod : “Indien aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager en de overnemer is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt”. Van belang is op te merken dat dit vervreemdingsverbod niet terug te vinden is in de Fusierichtlijn. Dit tweede bewijsvermoeden is door de nationale wetgever toegevoegd aan de antimisbruikbepalingen van de bedrijfsfusie en de juridische splitsing. In art. 15, onderdeel a van de Fusierichtlijn is immers slechts een bewijsvermoeden neergelegd. Dit houdt in dat voor het nationale vervreemdingsverbod geen vergelijkingsmaatstaf uit de Fusierichtlijn voorhanden is.¹⁰⁷

Uit het arrest Leur-Bloem kan immers worden afgeleid dat de faciliteiten uit de Fusierichtlijn slechts kunnen worden geweigerd indien belastingfraude of belastingontwijking het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de rechtshandeling is. Bij het onderzoek of de rechtshandeling een dergelijk doel heeft, kunnen de bevoegde nationale autoriteiten zich er niet toe beperken vooraf algemene criteria toe te passen. In elk concreet geval dient de rechtshandeling in haar geheel onderzocht te worden.¹⁰⁸

Indien de nationale bepaling tot gevolg zou hebben dat de fusie of splitsing zonder meer zou worden teruggenomen, indien sprake is van een vervreemding in de zin van de derde volzin van de antimisbruikbepaling (vervreemdingsverbod), dan zou een dergelijke bepaling, op basis van de hierboven aangehaalde jurisprudentie van het HvJ, zonder twijfel in strijd zijn met de

¹⁰⁴ Van der Burgt, G.C., De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

¹⁰⁵ M.J. Feskens en F.A. Engelen, WFR 1999/6362, blz. 1514-1517.

¹⁰⁶ Van den Hurk, H.T.P.M., IBB 1999, p. 1-7.

¹⁰⁷ Van der Burgt, G.C., De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

¹⁰⁸ Van der Burgt, G.C., De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Fusierichtlijn. De wetgever zou dan immers niet in elk concreet geval beoordelen, maar juist aansluiten bij algemene criteria zoals vervreemding van aandelen, vervreemding aan een niet met de overdrager en overnemer verbonden lichaam en vervreemden binnen drie jaar na de overdracht.¹⁰⁹

De wettekst biedt echter de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs. Naar mening van van der Burgt is dit niet voldoende om de regeling in overeenstemming te brengen met de Fusierichtlijn. Een vervreemding in de zin van het vervreemdingsverbod leidt immers toe dat de wetgever, door algemene criteria toe te passen, een verschuiving van de bewijslast teweegbrengt. Immers, de belanghebbende dient bij een dergelijke vervreemding aannemelijk te maken dat ondanks die latere vervreemding binnen drie jaar, niet in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Deze verschuiving van bewijslast is volgens van der Burgt in strijd met de Fusierichtlijn. In de eerste plaats kent de Fusierichtlijn geen vervreemdingsverbod. En in de tweede plaats komt de Fusierichtlijn de lidstaten ten aanzien van de bewijslastverdeling enkel tegemoet, indien geen sprake is van zakelijke overwegingen. Een vervreemding zoals de wetgever heeft omschreven in de derde volzin van de antimisbruikbepaling (het vervreemdingsverbod), is echter niet per definitie onzakelijk. Toch leidt een dergelijke vervreemding per definitie tot een verschuiving van de bewijslastverdeling.¹¹⁰

4.5 Eindconclusie

Als er puur gekeken wordt naar de formulering van de nationale antimisbruikbepalingen en die van de antimisbruikbepaling uit de Fusierichtlijn dan zijn er belangrijke verschillen tussen beide. Het lijkt echter dat de nationale rechters dit hebben willen ontgaan door de bepalingen richtlijnconform uit te leggen, dit is ook de taak van rechters. Het arrest van 29 juni 2012 heeft enkele discussie punten de fiscale wereld uit geholpen, dit arrest is in deze paragraaf ook kort besproken. Dat de begrippen die worden gebruikt in de Fusierichtlijn nog niet letterlijk zijn overgenomen door de nationale wetgever staat als een paal boven water. Doordat de begrippen "in overwegende mate", "ontgaan en uitstellen", "zakelijke overwegingen" en "actieve werkzaamheden" tot nu toe richtlijnconform worden uitgelegd door onze rechtsprekende macht en deels ook door de nationale wetgever bestaat er tot vandaag geen verschil waardoor de nationale bepalingen in strijd zouden kunnen komen met de Fusierichtlijn. De grens tussen het gebruik en misbruik van de fusie- en splitsingsfaciliteiten ligt aan de hand van de nationale wet en de Fusierichtlijn dan ook op dezelfde plaats. Ook met de beide bewijsvermoedens gaat de nationale wetgever niet verder dan de Fusierichtlijn. Door de heldere en naar mijn mening ook efficiënte bewijslastverdeling die volgt uit de beide bewijsvermoedens kan dit niet in strijd worden geacht met het evenredigheidsbeginsel. Daarnaast draagt de bewijslastverdeling bij aan een beter procesverloop waardoor zowel de inspecteur als de rechter de rechtshandeling in het geheel toetst.

¹⁰⁹ Van der Burgt, G.C., De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

¹¹⁰ Van der Burgt, G.C., De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Na de verschillen tussen de nationale wet en de Fusierichtlijn behandeld te hebben, sluit ik af met de conclusie dat de antimisbruikbepalingen die we in de nationale wet kennen bij de bedrijfsfusie, aandelenfusie, juridische fusie en de splitsingen in de Vennootschapsbelasting en de Inkomstenbelasting niet in strijd zijn met de Fusierichtlijn. Dit concludeer ik ondanks het duidelijke verschil in formulering tussen de nationale wet en de Fusierichtlijn en het extra bewijsvermoeden wat wel in de nationale wet, maar niet in de Fusierichtlijn te vinden is.

Literatuurlijst

Literatuur

Boomsluiter, E., Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt, WFR 2018/60

Boulogne, G.F, Verduideling begrip 'zakelijke overwegingen' in fusierichtlijn bij interrechtelijke fusie in Portugal, WFR 2011/2634

Bouwman, J.N. en Boer, M.J. de, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, SDU Uitgevers, Den Haag, 2013.

Brandsma, R.P.C.W.M., et al., Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht), Deventer: Kluwer 2015

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

Elink Schuurman, J.H. en Rozendal, A., De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?, WFR 2012/464

Feskens, M.J. en Engelen, F.A., Internationale aspecten van de Belastingherziening 2001, WFR 1999/6362

Hoogeveen, M.J., Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), Deventer: Kluwer 2015

Michielse, G.M.M., De Fusierichtlijn - 'Belastingontwijking, NTFR Beschouwingen 2010/30

Monteiro, W.W., Lugten, M.R., De antimisbruikbepaling in de aandelenfusiefaciliteit: enkele recente ontwikkelingen, Forfaitair 2011/219-04

Strik, S.A.W.J. en Vries, N.H. de, e.a., Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), Deventer: Kluwer 2009

Van de Streek, J.L., et al., Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting), Deventer: Kluwer 2015

Van den Brand – Boomsluiter, E., Art. 14 Wet Vpb. 1969 getoetst aan de fusierichtlijn, WFR 1998/1557

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

Van der Burgt, De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1986, kluwer 2009.

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

Van der vegt, P.C., Doorschuiving bij juridische splitsing en fusie vanuit Europees perspectief, WFR 2001/1165

Van Raad, C., Rouwers, R.W.G. en Simonis, P.H.M., De ver reikende gevolgen van het arrest van HvJ EG in de zaak Leur-Bloem, WFR 1997/1239

Van Scheindel, M.P. en de Vries, R.J., Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing, WFR 1999/1673

Veldhuizen, M.W.W., Zakelijke overwegingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten, Forfitair 155/03

Jurisprudentie

HvJ EG 19 januari 1982, 8/81, ECLI:EU:C:1982:7, r.o. 19 (Becker)

HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95 (Leur-Bloem), BNB 1998/32

HvJ EG 10 november 2011, BNB 2012/5

HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08, BNB 2010/257

HR 2 juni 2006, nr. 41 942, BNB 2006/282

HR 24 februari 1971, nr. 16 460, BNB 1971/74

HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111

HR 11 juli 2008, nr. 43 144, BNB 2008/245c* (concl. A-G Wattèl; m.nt. Van der Geld); NTFR Beschouwingen 2008-46; V-N 2008/34.13

Besluiten

Besluit staatssecretaris van Financiën 19 december 2000, nr. CPP2000/3131, V-N 2001/8.3

Conclusies AG

A-G Wattèl, conclusie van 22 december 2006, nr. 43 144, NTFR 2007-292; V-N 2007/14.21

Parlementaire geschiedenis

Kamerstukken II 1997/1998, 25 709, nr. 3

Kamerstukken II 1998/1999 26 727, nr. 3

Kamerstukken II 1999/2000, 26727, nr. 7

Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 17

Kamerstukken I 1999/2000, 26 727 en 26 728, nr. 202a

Overige

Vakstudie vennootschapsbelasting, art. 3.55, Wet IB 2001, aant. 6

Vakstudie vennootschapsbelasting, art. 3.57, Wet IB 2001