



ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Verhouding antimisbruikbepaling Fiscale Eenheid met artikel 15 Fusierichtlijn

Naam: Robbert Meeuwisse

Studentnummer: 481449

Begeleider: Dhr. M.T.E. Robben

Tweede beoordelaar: Mr. R.B.N. van Ovost

Datum: 1 maart 2021

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoud

1. Inleiding	3
1.1 Probleemstelling en opzet	4
2. Artikel 15ai	6
2.1 Waarom is artikel 15ai Wet VPB nodig?	6
2.2 De voorwaarden voor de sanctie	7
2.3 Herinvesteringsreserve	9
2.4 Uitzonderingen	11
2.5 Tegemoetkoming	13
3. Fusierichtlijn	14
3.1 Doelstelling richtlijn	14
3.2 Reikwijdte van de richtlijn	14
3.3 Rechtshandelingen Fusierichtlijn	16
3.4 Antimisbruikbepaling Fusierichtlijn	16
3.4.1 Facultatieve weigering	17
3.4.2 Hoofddoel of een der hoofddoelen	18
3.4.3 Belastingfraude of belastingontwijking	18
3.4.4 Zakelijke overwegingen	20
4. Faciliteiten Nederlandse wetgeving	22
4.1 Splitsingen	22
4.2 Fusies	23
4.3 Antimisbruikbepaling	24
4.3.1 In overwegende mate	24
4.3.2 Ontgaan of uitstellen van belastingheffing	25
4.3.3 Zakelijke overwegingen	26
4.3.4 Tweede bewijsvermoeden: Vervreemdingsverbod	27
5. Artikel 15ai Wet VPB 1969 en de Fusierichtlijn	29
5.1 Driejaarstermijn	29
5.2 Zelfstandig onderdeel van een onderneming	30
5.3 Overdracht tegen eigen aandelen	30
5.4 Toepassing driejaarstermijn	31
5.5 Tegenbewijsregeling en zakelijke motieven	32
5.6 Fiscale non-existentie	33

6. Conclusie en Discussie.....	35
6.1 Samenvatting en Conclusie	35
6.2 Discussie	36
7. Bronnenlijst	37
7.1 Rechtsbronnen.....	37
7.2 Europese Rechtsbronnen	37
7.3 Jurisprudentie	37
7.4 Parlementaire stukken	38
7.5 Overige literatuur	39

1. Inleiding

De belasting die lichamen moeten betalen over hun winst is in Nederland geregeld in de Wet op de Venootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969). In deze wet wordt onder andere bepaald welke lichamen belasting moeten afdragen en welke winstbestanddelen mogelijk zijn vrijgesteld. Daarnaast kent het ook een bijzondere bepaling: de fiscale eenheid. Hierbij wordt de venootschapsbelasting die is verschuldigd door een moedermaatschappij en een (of meerdere) dochtermaatschappij(en) geheven bij de moedermaatschappij alsof er één belastingplichtige is.¹ Doordat op deze manier belasting wordt geheven kunnen onder andere vermogensbestanddelen tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappijen worden overgedragen zonder dat er belasting wordt geheven. Als geen fiscale eenheid is gevormd dan moet bij een overdracht van een vermogensbestanddelen worden afgerekend over de waarde in het economische verkeer (hierna: WEV). De fiscale eenheid kan op deze manier dus worden gebruikt om een interne reorganisatie zonder venootschapsbelastingheffing te bewerkstelligen.

Dit voordeel kan echter worden teruggedraaid als een van de betrokken maatschappijen uit de fiscale eenheid wordt ontvoegd. Dit wordt geregeld in artikel 15ai Wet VPB 1969. Dit artikel treedt in werking als is voldaan aan twee voorwaarden: op het moment van de overdracht van het vermogensbestanddeel moet de WEV hoger zijn geweest dan de boekwaarde en een van de twee maatschappijen die betrokken was bij de overdracht moet worden ontvoegd uit de fiscale eenheid. Als aan deze twee voorwaarden is voldaan dan wordt vlak vóór het moment van ontvoeging het overgedragen vermogensbestanddeel gewaardeerd op WEV.²

Op deze antimisbruikbepaling geeft de wet drie uitzonderingen:

1. De overdracht van het vermogensbestanddeel was onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening van beide venootschappen die betrokken waren bij de overdracht van het vermogensbestanddeel;³
2. Bij de overdracht van het vermogensbestanddeel heeft de verkrijgende venootschap aandelen uitgegeven aan de overdragende venootschap én zijn minstens drie jaren verstreken na de overdracht;⁴
3. Na de overdracht van het vermogensbestanddeel zijn ten minste zes kalenderjaren verstreken.⁵

Naast de fiscale eenheid geven ook de fusie- en splitsingsfaciliteiten de mogelijkheid om een interne reorganisatie te bewerkstelligen zonder belastingheffing. Het gaat hier om de bedrijfsfusie, de juridische (zuivere) splitsing en de juridische fusie. De kern van deze faciliteiten is dat de verkrijgende rechtspersoon voor wat hij verkrijgt fiscaal gezien in de plaats treedt van de overdragende venootschap. De vermogensbestanddelen worden dus bij de verkrijger gewaardeerd op de boekwaarde waarvoor deze bij de overdrager op de balans

¹ Artikel 15, lid 1 Wet VPB

² Artikel 15ai, lid 1 Wet VPB

³ Artikel 15ai, lid 3, onderdeel a Wet VPB

⁴ Artikel 15ai, lid 3, onderdeel b Wet VPB

⁵ Artikel 15ai, lid 3, onderdeel c Wet VPB

stonden.⁶ Naast deze drie faciliteiten, bestaat in de wetgeving ook nog de mogelijkheid tot een aandelenfusie. Hierbij worden letterlijk aandelen geruild. Dit is geen interne reorganisatie en dus zal deze faciliteit niet worden besproken. De regeling zal wel een paar keer voorbijkomen omdat de rechtspraak die is gedaan met betrekking tot deze bepaling vaak ook van toepassing is op de eerdergenoemde reorganisatiefaciliteiten.

De bepalingen met betrekking tot de fusie- en splitsingsfaciliteiten zijn allemaal afgeleid uit de Fusierichtlijn.⁷ Deze Richtlijn is uitgegeven door de Europese Unie en geeft aan hoe de lidstaten van de EU fusies en splitsingen moeten faciliteren waardoor geen belasting wordt geheven.

Aan de hand van deze Fusierichtlijn heeft de Nederlandse wetgever ook voor de fusies en splitsingen antimisbruikbepalingen opgenomen. De kern van de Europese antimisbruikbepaling is dat de faciliteit mag worden geweigerd als deze gericht is het op het ontwijken van belasting of het plegen van belastingfraude.⁸ Uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij de herziening regime fiscale eenheid valt af te leiden dat een van de hoofddoelen van artikel 15ai Wet VPB 1969 ook het tegen gaan van belastingontwijking is.⁹

De fiscale eenheid kan dus, net als fusies en splitsingen, worden gebruikt voor een interne reorganisatie zonder dat daarbij (onder voorwaarde) belasting wordt geheven. Daarnaast blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de voorloper van artikel 15ai, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 al deels in overeenstemming was gebracht met de bedrijfsfusie¹⁰ en dat bij de codificering van de bepaling de overeenkomsten nog groter zijn geworden.¹¹ Hoe dit precies in elkaar zit zal ik later bespreken, maar het is op het eerste gezicht raar dat twee bepalingen die veel overeenkomsten vertonen niet allebei aan hetzelfde zijn gebonden. Zo is de bedrijfsfusiebepaling gebonden aan de Fusierichtlijn en is artikel 15ai Wet VPB 1969 dit niet, terwijl deze deels is gebaseerd op de bedrijfsfusiebepaling.

1.1 Probleemstelling en opzet

Dit brengt mij dan ook bij de probleemstelling van dit onderzoek:

Is de antimisbruikbepaling van artikel 15ai Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 in strijd met de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn?

Deze zal ik proberen te beantwoorden aan de hand van vier stappen. Ten eerste zal ik artikel 15ai Wet VPB 1969 uitgebreid beschrijven en de onduidelijkheden daarvan verder toelichten. Daarna zal ik mij richten op de Fusierichtlijn. Hierbij zal ik de faciliteiten die genoemd worden in de Fusierichtlijn kort toelichten en zal ik daarna de antimisbruikbepaling uitgebreid behandelen. Daarna zal ik de Nederlandse faciliteiten bespreken en daarbij ga ik vooral in op de antimisbruikbepaling en de verschillende elementen daarvan. Hierbij worden de verschillen en overeenkomsten tussen de bepalingen van de Fusierichtlijn en de Nederlandse

⁶ Artikel 14, lid 1 Wet VPB; Artikel 14a, lid 2 Wet VPB; artikel 14b, lid 2 Wet VPB

⁷ Richtlijn 2009/133/EG

⁸ Artikel 15, lid 1 Fusierichtlijn

⁹ Kamerstukken II, vergaderjaar 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 28 en 29

¹⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën 28 april 1983, 282-13 657 en

¹¹ Kamerstukken II, 1999-2000, 26 854, nr. 3, blz. 48

bepalingen zeker besproken, maar wordt niet getoetst of de Nederlandse bepalingen in strijd zijn met de bepalingen in de Fusierichtlijn. Ten slotte ga ik in op de manier waarop artikel 15a Wet VPB 1969 zich verhoudt tot de antimisbruikbepaling in de Fusierichtlijn.

2. Artikel 15ai

Voordat gekeken kan worden of artikel 15ai Wet VPB 1969 in strijd is met de Fusierichtlijn, moet eerst worden gekeken hoe dit artikel precies werkt en waarom deze bepaling bestaat. Artikel 15ai Wet VPB 1969 bestaat pas vanaf 2003. Tot en met 2002 was het fiscale eenheidsregime op een andere manier geregeld dan nu. Tot en met 2002 gaf artikel 15, lid 1 Wet VPB 1969 belastingplichtigen de mogelijkheid om een verzoek in te dienen tot de voeging van een fiscale eenheid.¹² Samen met lid 3 van dit artikel werd aan de Minister van Financiën de mogelijkheid gegeven om nadere voorwaarden te stellen die gericht waren op het verzekeren van de heffing en het invorderen van de belasting.¹³ Een van deze voorwaarden was de zestiende standaardvoorwaarde, deze had betrekking op een herwaardering bij ontvoeging van de fiscale eenheid. Vanaf 2003 is deze bepaling deels gecodificeerd in artikel 15ai Wet VPB 1969.

2.1 Waarom is artikel 15ai Wet VPB nodig?

Bij de invoering van artikel 15ai Wet VPB 1969 heeft de staatssecretaris aangegeven wat zijn doelstelling was bij deze bepaling. Via deze bepaling moet worden voorkomen dat de fiscale eenheid wordt aangegaan voor een korte periode. In deze korte periode zou dan onbelast een vermogensbestanddeel worden overgedragen waarna de fiscale eenheid direct weer wordt ontvoegd. Hierdoor zouden de maatschappijen dus een belaste overdracht om kunnen zetten in een onbelaste overdracht.¹⁴

Mocht deze bepaling niet aanwezig zijn dan is de misbruik mogelijk met behulp van de deelnemingsvrijstelling.¹⁵ Ik zal dit schetsen aan de hand van een simpel voorbeeld. Bedrijf A heeft een vermogensbestanddeel met een boekwaarde van €1.000 en een WEV van €1.500. Bedrijf B wil dit vermogensbestanddeel overnemen. In een normale situatie zou Bedrijf A een winst moeten boeken van €500 (€1.500-€1.000) en komt het vermogensbestanddeel op de balans van Bedrijf B tegen een waarde van €1.500. Bedrijf A kan ook eerst alle aandelen kopen van Bedrijf B waardoor een fiscale eenheid kan worden gevormd op grond van artikel 15, lid 1 Wet VPB 1969. Daarna kan het vermogensbestanddeel worden overgedragen van Bedrijf A naar Bedrijf B, dit is binnen fiscale eenheid waardoor dit gebeurt tegen de boekwaarde. Na de overdracht vervreemd Bedrijf A de aandelen in Bedrijf B waardoor de fiscale eenheid wordt ontvoegd. Belangrijk om te begrijpen is dat in de WEV van de aandelen van bedrijf B zit ook de WEV van het overgedragen vermogensbestanddeel. De WEV van de aandelen van Bedrijf B is dus op het moment van verkoop hoger dan op het moment van aankoop. Vóórdat Bedrijf A de aandelen vervreemdt, wordt de fiscale eenheid ontvoegd,¹⁶ hierdoor is op de verkoop van de aandelen de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Dit betekent dat de meerwaarde van de aandelen (het verschil tussen de aankoopprijs en de verkoopprijs) onbelast zal blijven waardoor de belaste overdrachtswinst met betrekking tot het vermogensbestanddeel is omgezet in een onbelaste vervreemdingswinst van de aandelen. Doordat artikel 15ai VPB

¹² Art. 15, lid 1 Wet VPB 1969 tekst 2002

¹³ Art. 15, lid 3 Wet VPB 1969 tekst 2002

¹⁴ Kamerstukken II, vergaderjaar 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 28 en 29

¹⁵ Artikel 13 Wet VPB 1969

¹⁶ Artikel 14, lid 1 BFE 2003

1969 bestaat moet het eerder overgedragen vermogensbestanddeel voor het moment van de ontvoeging worden gewaardeerd op WEV waardoor de fiscale eenheid winst moet nemen, deze winst valt dan niet binnen de deelnemingsvrijstelling waardoor deze gewoon wordt belast bij de fiscale eenheid.

2.2 De voorwaarden voor de sanctie

In de eerste volzin van artikel 15ai, lid 1 Wet VPB 1969 worden drie belangrijke eisen genoemd voor het inwerking treden van dit artikel:

1. Binnen de fiscale eenheid is sprake geweest van een overdracht van een vermogensbestanddeel;
2. Het vermogensbestanddeel had op het moment van overdracht een WEV die hoger was dan de boekwaarde;
3. De fiscale eenheid wordt met betrekking tot de overnemende of de overdragende maatschappij ontvoegd.

De term overdracht is niet nader gespecificeerd binnen het fiscale eenheidsregime. Ook in de Wet VPB 1969 is geen algemene definitie te vinden. Om te spreken van een overdracht moet worden gekeken naar de situatie zonder fiscale eenheid. Er moet worden gekeken aan wie de waardeveranderingen van het vermogensbestanddeel toekomen. Het overgaan van het economische eigendom is dus voldoende, aangezien op dat moment een verandering is van aan wie de waardeverandering van het vermogensbestanddeel toekomt. Met dezelfde ratio is een overgang van alleen het juridische eigendom onvoldoende om te spreken van een overdracht.

De tweede voorwaarde maakt duidelijk dat sprake moet zijn van een vermogensbestanddeel met een positieve stille reserve. In de voormalige zestiende standaardvoorwaarde werd gesproken over een 'ten goede komen van stille reserves aan de moedermaatschappij'.¹⁷ Dit 'ten goede komen' is een vaag begrip en is daardoor onderwerp geweest van jurisprudentie.¹⁸ Het is een gunstige ontwikkeling dat een onduidelijk begrip is vervangen door een begrip minder discussie over is.¹⁹ Maar dit is niet de enige reden voor de wetgever om dit begrip te vervangen. Doordat het begrip is vervangen is de constructiegevoeligheid van de regeling afgenomen. Het ten goede komen kon onder andere worden ontweken door te werken met twee vorderingen; een die ziet op de boekwaarde van het vermogensbestanddeel en een die ziet op de stille reserves die rusten op dit vermogensbestanddeel.²⁰ Ook kon dit worden ontweken door de dochtermaatschappij een emissie van aandelen te laten doen waardoor de moedermaatschappij niet meer aan het bezitscriterium voldeed, hierdoor werd de fiscale eenheid verbroken, maar was geen sprake van een 'ten goede komen'.²¹

¹⁷ Besluit Staatssecretaris van Financiën 30 september 1991, DB91/2309

¹⁸ Zie bijvoorbeeld HR 13 januari 2006, nr. 42 101

¹⁹ Bavinck, *WFR 2000/67*

²⁰ Zie bijvoorbeeld HR 18 december 1991, nr. 26 153

²¹ De Vries, *TFO 2000/6*

De vervanging van het begrip heeft ook een negatieve kant voor de belastingplichtigen.²² Bij een emissie van aandelen door de dochtermaatschappij is het goed mogelijk dat niet meer wordt voldaan aan het bezitscriterium. Hierdoor is de fiscale eenheid ten aanzien van die dochtermaatschappij verbroken. Dit zorgt dus dat de sanctie in werking treedt zonder dat de stille reserves 'ten goede zijn gekomen' aan de moedermaatschappij. De sanctie is dus sneller van toepassing dan onder het oude regime. Dit zorgt dat de belastingplichtigen meer moeten nadenken over de eventuele gevolgen van bepaalde handelingen.

De derde eis richt zich op het ontvoegingstijdstip. De wet geeft hiervoor een definitie in artikel 15aa, lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969: 'het tijdstip waarop een fiscale eenheid ten aanzien van een belastingplichtige anders dan door ontbinding en vereffening van een dochtermaatschappij wordt beëindigd.'²³ De wet geeft verschillende situaties waarin dat het geval is: als niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 15 Wet VPB, als de moedermaatschappij niet meer als moedermaatschappij wordt aangemerkt of als de betrokken maatschappijen een gezamenlijk verzoek doen tot ontvoeging.²⁴ De zinsnede 'anders dan door ontbinding en vereffening' betekent dat de sanctie niet van toepassing is op het moment dat de dochtermaatschappij wordt geliquideerd. Dit is iets wat de staatssecretaris heeft bevestigd in Memorie van Antwoord herziening regime fiscale eenheid.²⁵ Volgens Heithuis past dit ook in de ratio van artikel 15ai Wet VPB 1969. Volgens hem is bij liquidatie geen sprake van samenloop met de deelnemingsvrijstelling, waardoor de stille reserve in het overgedragen vermogensbestanddeel niet belastingvrij wordt gerealiseerd via de verkoop van aandelen.²⁶

Als aan deze vereisten wordt voldaan dan wordt in beginsel het overgedragen vermogensbestanddeel op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip geherwaardeerd naar de WEV. Hiermee heeft de staatssecretaris geluisterd naar de kritiek die gegeven werd op de voormalige zestiende standaardvoorwaarde.²⁷ De sanctie hield toen in dat voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip alle activa en passiva werden gesteld op WEV.²⁸ Dit betekent dus dat door deze aanpassing de overkill uit de sanctie voor een deel is verdwenen. Echter, de mogelijkheid bestaat nog steeds dat binnen fiscale eenheid een vermogensbestanddeel wordt overgedragen zonder dat het behalen van belastingvoordeel een doel is. Hierdoor zou bij latere ontvoeging alsnog de sanctie kunnen optreden. In de rest van artikel 15ai Wet VPB 1969 worden verschillende handreikingen en uitzonderingen geboden waardoor deze sanctie zoveel mogelijk wordt geminimaliseerd als deze optreedt in een situatie waar geen misbruik wordt beoogd. Hierdoor richt de bepaling zich meer en meer alleen op de gevallen waar echt sprake is van misbruik.

²² Bavinck, *WFR 2000/67*

²³ Art. 15aa, lid 1, onderdeel c Wet VPB 1969

²⁴ Art. 15, lid 10 Wet VPB 1969

²⁵ Kamerstukken I, Vergaderjaar 2000-2001, 26 854, nr. 45d, blz. 5.

²⁶ Heithuis, *TFO 2001/287*

²⁷ Bavinck, *WFO 2000/67*

²⁸ Kok, *WFR 2001/1535*

2.3 Herinvesteringsreserve

De herinvesteringsreserve zoals bedoeld in art. 3.54 wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: IB 2001) wordt meerdere keren genoemd in artikel 15ai Wet VPB 1969. Kort gezegd kan een herinvesteringsreserve worden gevormd als een bedrijfsmiddel is vervreemd en de opbrengst daarvan de boekwaarde van dat bedrijfsmiddel overtreft.²⁹ Deze kan worden aangewend bij de aanschaf van een vergelijkbaar bedrijfsmiddel. Dit zorgt dat de boekwaarde van het nieuwe bedrijfsmiddel lager is dan de aanschafprijs.

In de tweede volzin van artikel 15ai Wet VPB 1969 wordt aangesloten bij de situatie dat het overgedragen vermogensbestanddeel inmiddels weer is verkocht door de overnemende maatschappij. Mocht de overnemende maatschappij met betrekking tot deze vervreemding een herinvesteringsreserve hebben gevormd, dan is hij bij ontvoeging verplicht om deze tot zijn winst te rekenen.³⁰ In deze situatie is het vermogensbestanddeel weliswaar al buiten de fiscale eenheid gekomen waardoor de sanctie niet meer nodig is; door verkoop van het bedrijfsmiddel is de stille reserve tot uitdrukking gekomen in de vervreemdingswinst, maar bij de vorming van een herinvesteringsreserve is deze stille reserve nog steeds niet belast geweest. Om toch toe te komen aan de heffing over deze stille reserve moet de herinvesteringsreserve dus worden toegevoegd aan de winst. Mocht de reserve al zijn aangewend om een nieuw bedrijfsmiddel aan te kopen dan moet bij ontvoeging het nieuw aangekocht bedrijfsmiddel worden geherwaardeerd naar de WEV.³¹ De ratio hierachter is hetzelfde als hiervoor besproken. Het kan dus voorkomen dat deze gevormde herinvesteringsreserve ook voor een deel bestaat uit stille reserve die pas gevormd is na de overdracht. De belasting hierover kan wellicht worden voorkomen door middel van lid 2.³²

Artikel 15ai, lid 4 Wet VPB 1969 bespreekt de aanwending van de herinvestering binnen de fiscale eenheid. In deze situatie vormt Bedrijf A een samen met Bedrijf B een fiscale eenheid. Bedrijf A verkoopt een bedrijfsmiddel met een verkoopprijs die hoger ligt dan de boekwaarde van dit bedrijfsmiddel. Deze stille reserve zou eigenlijk worden belast, maar Bedrijf A kan hiervoor een herinvesteringsreserve vormen. Binnen de fiscale eenheid besluit Bedrijf B om een nieuwe machine te kopen en hierbij de door Bedrijf A gevormde herinvesteringsreserve aan te wenden. Zonder extra maatregelen zorgt dit dat bij vervreemding van de aandelen in Bedrijf B, de stille reserve die rustte op de vervreemde machine binnen de deelnemingsvrijstelling zal vallen.

Echter, de wetgever had dit ook door en heeft dus wel een maatregel getroffen om dit tegen te gaan. Mocht bovenstaande situatie zich voordoen dan zal een fictie in werking treden: de nieuwe machine zal fictief worden gekocht door Bedrijf A en deze zal daarbij de herinvesteringsreserve aanwenden, daarna wordt geacht dat de nieuwe machine binnen de fiscale eenheid geruisloos wordt overgedragen aan Bedrijf B. Dit zorgt dat de transactie alsnog binnen de werking van art. 15ai, lid 1 Wet VPB 1969 zal komen bij een mogelijke ontvoeging.³³

²⁹ Art. 3.54, lid 1 IB 2001

³⁰ Art. 15ai, lid 2, tweede volzin Wet VPB 1969

³¹ Art. 15ai, lid 2, derde volzin Wet VPB 1969

³² Zie paragraaf 2.5

³³ Art. 15ai, lid 4 Wet VPB 1969

In het geval van ontvoeging zal deze machine moeten worden geherwaardeerd naar WEV waardoor de stille reserve alsnog wordt belast. Via lid 5 kan overigens worden voorkomen dat deze situatie zicht voordoet. Hierin wordt bepaald dat de maatschappijen in een fiscale eenheid kunnen kiezen dat de herinvesteringsreserve alleen mag worden aangewend door de maatschappij die deze ook daadwerkelijk heeft gevormd.³⁴

In de Nota naar aanleiding van het Verslag herziening regime fiscale eenheid geeft de staatssecretaris duidelijk aan dat bij de sanctie van artikel 15ai Wet VPB 1969 sprake is van een verplichte herwaardering en niet van het belasten van een overdracht.³⁵ Hierdoor is het volgens hem niet mogelijk om een herinvesteringsreserve te vormen voor de winst die moet worden genomen door de sanctie. Echter, niet iedereen is het met de staatssecretaris eens. Zo schrijft de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs dat de belastingplichtige de mogelijkheid moet hebben om een herinvesteringsreserve te kunnen vormen indien dat ook mogelijk was geweest bij een zelfstandige belastingplicht.³⁶ Daarnaast is volgens Kok de achtergrond van de regeling dat een overdracht alsnog in de belastingheffing wordt betrokken. Hierdoor zou dus wel een herinvesteringsreserve zoals bedoeld in artikel 3.54 wet IB 2001 kunnen worden gevormd.³⁷

Op 30 maart 2018 heeft de Hoge Raad hierover arrest gewezen.³⁸ In dit arrest vormen twee maatschappijen een fiscale eenheid. Binnen de fiscale eenheid wordt een bedrijfsmiddel overgedragen en na drie jaar wordt de fiscale eenheid verbroken. Niet in het geding is hier dat artikel 15ai Wet VPB 1969 van toepassing is, maar of de herwaarderingswinst kan worden toegevoegd aan een herinvesteringsreserve zoals bedoeld in artikel 3.54 wet IB 2001.

Volgens de AG valt op het moment van ontvoeging niks te reserveren. Doordat de tekst van artikel 15ai, lid 1 Wet VPB 1969 duidelijk aangeeft dat eerst moet worden herwaardeerd voordat wordt ontvoegd, is de boekwaarde van het bedrijfsmiddel al gelijk aan de WEV van het bedrijfsmiddel. Hierdoor is op het moment van vervreemding (de ontvoeging) de boekwaarde gelijk aan de (fictieve) verkoopprijs, waardoor dus geen winst in aanmerking wordt genomen en ook geen herinvesteringsreserve kan worden gevormd. Hierdoor kán artikel 3.54 wet IB 2001 niet van toepassing zijn op de situatie van belanghebbende en is het beroep in cassatie dus verworpen.³⁹ De Hoge Raad geeft een iets andere motivering en sluit aan bij de wens van de wetgever dat geen herinvesteringsreserve kan worden gevormd na de toepassing van artikel 15ai Wet VPB 1969.⁴⁰ De uitspraak van de Hoge Raad sluit ook aan bij de logica. De redactie van Vakstudienieuws verwoordt dit treffend: 'Het zou toch immers uiterst merkwaardig zijn als de wetgever ter zake van een (binnen de fiscale eenheid) overgedragen bedrijfsmiddel gevormde HIR voorschrijft dat die bij ontvoeging moet vrijvallen, waarna die vrijvalwinst vervolgens weer aan een HIR zou kunnen worden gedoteerd! Waarom

³⁴ Art. 15ai, lid 5 Wet VPB 1969

³⁵ Kamerstukken II, Vergaderjaar 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 40

³⁶ NOB-commentaar 23 maart 2000

³⁷ Kok, *WFR 2001/1535*

³⁸ HR 30 maart 2018, nr 17/00726

³⁹ Conclusie AG Wattel bij HR 30 maart 2018, nr. 17/00726, r.o. 8.7

⁴⁰ HR 30 maart 2018, nr. 17/00726, r.o. 2.3.2

schrijft de wetgever dan (primair) vrijval van de HIR voor?’⁴¹ De wetgever zou zich zelf dan volledig tegenspreken.

2.4 Uitzonderingen

In artikel 15ai, lid 3 Wet VPB 1969 zijn verschillende uitzonderingen genoemd wanneer de sanctie niet van toepassing is. In onderdeel a is aangegeven dat de sanctie niet van toepassing is als de transactie heeft plaatsgevonden ‘in het kader van een bij de aard en omvang van de overdrager en de overnemer passende normale bedrijfsuitoefening’.⁴² In de zestiende standaardvoorwaarde werd nog gesproken over een transactie die had plaatsgevonden ‘in het kader van een bij de aard en omvang de dochtermaatschappij passende normale bedrijfsuitoefening’.⁴³ In de huidige wetgeving lijkt het dus dat de wetgever een verzwaaring van de eis heeft aangebracht doordat nu sprake moet zijn van een passende normale bedrijfsuitoefening voor de overnemer en de overdrager. In de Nota naar aanleiding van het Verslag herziening regime fiscale eenheid geeft de staatssecretaris aan dat ‘Dit is gebaseerd op de gedachte dat juist overdrachten die plaatsvinden in de productieketen van een concern, en die de bedrijfsvoering van de overdrager en de overnemer betreffen, onder deze omschrijving zouden moeten vallen’.⁴⁴ Materieel is de uitwerking volgens de staatssecretaris hetzelfde als in de zestiende standaardvoorwaarde en is de toevoeging slechts gedaan ter verduidelijking.

De staatssecretaris heeft de invulling van het begrip ‘passende en normale bedrijfsuitoefening’ behandeld in het vraag- en antwoordbesluit van 11 februari 2003.⁴⁵ In een van deze vragen is de situatie dat binnen de fiscale eenheid alle onroerende zaken van de dochtermaatschappijen aan één onroerende zaak maatschappij zijn overgedragen. Twee jaar na de overdrachten worden de aandelen in de dochtermaatschappijen verkocht. De vraag die gesteld was, is of de overdrachten transacties zijn die plaatsvinden in het kader van een bij de aard en omvang van de dochtermaatschappij passende normale bedrijfsuitoefening. De staatssecretaris geeft aan dat geen sprake is van een al bestaande situatie. Dat alle onroerende zaken zijn overgedragen aan één maatschappij, is een situatie die is gecreëerd ná de vorming van de fiscale eenheid. Hierdoor is dit een nieuw gecreëerde situatie terwijl artikel 15ai Wet VPB 1969⁴⁶ kijkt naar situaties die al bestonden vóór het ontstaan van de fiscale eenheid. Hierdoor is de sanctie dus wel van toepassing.

De visie van de staatssecretaris komt groot en deels overeen met die van Kok, volgens hem moet de bepaling als volgt worden ingevuld: zowel de transacties die plaatsvinden in een productieketen, als andere transacties die in de onderneming van de overdrager en de overnemer frequent voorkomen en eigen zijn aan de ondernemingsactiviteit.⁴⁷ Volgens Kok

⁴¹ Redactie Vakstudienieuws, *V-N 2018/18.17*

⁴² Artikel 15ai, lid 3, onderdeel a Wet VPB 1969

⁴³ Besluit Staatssecretaris van Financiën 30 september 1991, DB91/2309

⁴⁴ Kamerstukken II, vergaderjaar 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 38-39

⁴⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën 11 februari 2003, CPP2002/3783M

⁴⁶ De staatssecretaris heeft het over de zestiende standaardvoorwaarde, maar voor de uitwerking van het begrip is dit om het even.

⁴⁷ Kok, *WFR 2001/1535*

vallen hier geen incidentele overdrachten onder en sluit hij zich op dit gebied aan bij de staatssecretaris. Echter, volgens De Roos en De Vries kunnen incidentele overdrachten wel degelijk onder de normale bedrijfsuitoefening vallen. Voorwaarde hiervoor is dat deze noodzakelijkerwijs moeten voortvloeien uit marktonwikkelingen.⁴⁸ Deze kunnen bijvoorbeeld zorgen dat een reorganisatie noodzakelijk is. Hier brengt de staatssecretaris tegenin dat als sprake is van een reorganisatie, dat dan wordt afgeweken van de huidige situatie. Hierdoor is deze transactie volgens de staatssecretaris geen onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening.

Maar aan de hand van het eerder genoemd fragment uit het vraag- en antwoordbesluit geeft de staatssecretaris wel een mogelijkheid waarin wel sprake is van een toegestane (incidentele) transactie. Hiervoor moet vóór de voeging in fiscale eenheid al sprake zijn van een maatschappij die alle onroerende zaken van het concern in bezit heeft. Als alle verkregen onroerende zaken binnen de fiscale eenheid direct worden overgedragen aan deze maatschappij, is sprake van een bestaande situatie en dus van een bij de aard en omvang van de dochtermaatschappij passende normale bedrijfsuitoefening.

Met enige voorzichtigheid is hieruit een algemene lijn af te leiden. Als binnen concern wordt besloten om alle soortgelijke goederen/bedrijfsmiddelen onder te brengen bij één vennootschap, dan kunnen de transacties die hiermee verband houden worden aangemerkt als transacties die hebben plaatsgevonden in het kader van de passende en normale bedrijfsuitoefening van beide vennootschappen.

In artikel 15ai, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 wordt een sanctietermijn gegeven als sprake is van een interne reorganisatie. Hiermee wordt de fiscale eenheid zoveel mogelijk in overeenstemming gebracht met de bedrijfsfusie faciliteit.⁴⁹ De toenmalige negende voorwaarde van de bedrijfsfusie hield in dat de aandelen na de fusie niet binnen drie jaar mochten worden vervreemd.⁵⁰ Deze drie jaarstermijn is veel gunstiger dan de zes jaarstermijn die hierna zal worden besproken. Om deze termijnen gelijk te trekken heeft de staatssecretaris goedgekeurd, en later is dit in de wet vastgelegd, dat als (een deel van) een zelfstandige onderneming is overgedragen, dat de sanctietermijn in de fiscale eenheid verkort is tot drie jaar. Voorwaarde hierbij is dat de overdracht is gedaan tegen de uitreiking van uitsluitend eigen aandelen van de overnemer.⁵¹ Hierbij is van belang dat minstens twee aandelen worden uitgegeven, de rest mag bestaan uit agio.⁵²

Als laatste wordt in onderdeel c wordt de algemene uitzondering gegeven: Na de overdracht van het vermogensbestanddeel moet zes jaar zijn verstreken tussen het moment van overdracht en het moment van ontvoeging.⁵³ Belangrijk hierbij is dat het zowel bij de drie jaarstermijn als bij deze zes jaarstermijn gaat om kalenderjaren en niet om boekjaren. Deze periode is gekozen omdat bij de keuze van boekjaren de effectieve termijn kan worden

⁴⁸ De Roos en De Vries, *WFR 2001/987*

⁴⁹ Artikel 14 Wet VPB 1969

⁵⁰ Deze termijn is in de huidige wetgeving neergelegd in artikel 14, lid 4 Wet VPB 1969

⁵¹ Artikel 15ai, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969

⁵² SDU, Schema fiscale faciliteiten bij herstructurering voor IB en VPB

⁵³ Artikel 15ai, lid 3, onderdeel c Wet VPB 1969

verkocht tot respectievelijk 2 jaar en één dag of 5 jaar en één dag.⁵⁴ Er moeten nu daadwerkelijk drie of zes periodes van 365 dagen zijn verstreken voordat de sanctie niet meer van toepassing is.⁵⁵

2.5 Tegemoetkoming

In artikel 15ai, lid 2 Wet VPB 1969 wordt de belastingplichtige enigszins tegemoetgekomen. Dit is vooral van belang in situaties dat de stille reserve op het moment van overdracht lager was dan het moment van ontvoeging. In beginsel moet dan het vermogensbestanddeel worden gewaardeerd op deze hogere WEV ten tijde van ontvoeging, maar dit is niet helemaal redelijk.⁵⁶ Als deze transactie en daaropvolgende waardeestijging hadden plaatsgevonden in een situatie zonder fiscale eenheid dan had de verkrijgende partij niet hoeven afrekenen over deze waardeestijging.

De hoofdregel van artikel 15ai, lid 1 Wet VPB 1969 bevat in dit geval dus een overkill. Dit kan door de belastingplichtige worden voorkomen door gebruik te maken van het tweede lid. In dit geval wordt bij ontvoeging niet geherwaardeerd tegen de WEV op het ontvoegingstijdstip. De nieuwe waarde van het vermogensbestanddeel bestaat uit twee onderdelen: de WEV op het moment van overdracht minus de totale afschrijving op basis van artikel 15ah, lid 2, onderdeel a Wet VPB 1969.⁵⁷ De belastingplichtige kan deze regel niet zomaar toepassen, maar zal aannemelijk moeten maken dat de WEV van het vermogensbestanddeel op het moment van overdracht inderdaad lager was dan op het moment van de ontvoeging. Dit kan het bijvoorbeeld doen aan de hand van taxatierapporten. Het is aan te raden voor de belastingplichtigen om op het moment van overdracht deze taxatierapporten op te maken, het is immers lastig om op het moment van ontvoeging deze lagere waarde aannemelijk te maken.

⁵⁴ Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, p. 30.

⁵⁵ Kamerstukken I 2002/03, 26 854, nr. 45a, p. 2.

⁵⁶ Kok, *WFR 2001/1535*

⁵⁷ Artikel 15ai, lid 2 Wet VPB 1969

3. Fusierichtlijn

In het vorige hoofdstuk is de antimisbruikbepaling van de fiscale eenheid uitgebreid aan bod gekomen. Om deze antimisbruikbepaling te kunnen toetsen aan de Fusierichtlijn, moet worden gekeken hoe de richtlijn in elkaar zit. De richtlijn is een voorbeeld van positieve integratie: het geeft de lidstaten richtlijnen die moeten zorgen voor een harmonisatie van de Europese regelgeving. Het idee van een richtlijn is niet dat de bepalingen letterlijk worden overgenomen door de EU-lidstaten in hun fiscale regelgeving, maar dat zij deze naar eigen invulling implementeren. De voorwaarde hierbij is wel dat het resultaat van de regelgeving uiteindelijk overeenstemt met de richtlijn. Ik zal hierna kort aangeven wat de doelstelling van de richtlijn is, wanneer deze van toepassing is en op welke rechtshandelingen. Daarna zal ik ingaan op de antimisbruikbepaling van artikel 15 Fusierichtlijn.

3.1 Doelstelling richtlijn

De doelstelling van de Fusierichtlijn is dat een fusie, (gedeeltelijke) splitsing, inbreng van activa en aandelenruil die betrekking heeft op vennootschappen uit verschillende lidstaten, niet mag worden belemmerd door bijzondere beperkingen die voortvloeien uit de fiscale voorschriften van de lidstaten. Daarnaast moet voor deze transacties worden voorzien in concurrentie neutrale belastingvoorschriften 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 versterken.⁵⁸

Voordat de richtlijn was uitgegeven hadden de EU-landen allemaal hun eigen regels met betrekking tot de fiscale regels omtrent de genoemde rechtshandelingen. Met de richtlijn tracht de Commissie een gemeenschappelijke interne markt te creëren waar, onder voorwaarden, de grensoverschrijdende fusies, (gedeeltelijke) splitsingen en inbreng van activa niet leiden tot belastingheffing over de vermogenswinst die behaald wordt met zo'n rechtshandeling.⁵⁹ Kijkend naar de Nederlandse wetgeving betekent dit dus dat bij zo'n transactie geen sprake mag zijn van vennootschapsbelasting en/of inkomstenbelasting.

3.2 Reikwijdte van de richtlijn

De richtlijn is in eerste instantie alleen van toepassing op transacties tussen tenminste twee vennootschappen die zijn gevestigd in EU-lidstaten.⁶⁰ Om aan te worden gemerkt als zo'n vennootschap, moet worden voldaan aan de voorwaarden van artikel 3 Fusierichtlijn. Zo moet de vennootschap een rechtsvorm hebben zoals genoemd in bijlage I, deel A Fusierichtlijn.⁶¹ Dit zijn onder andere de Naamloze Vennootschap en de Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.⁶² Voor andere landen zijn het rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met deze

⁵⁸ Aanhef Fusierichtlijn, overweging 2, PbEU 2009, L 310

⁵⁹ Artikel 4, lid 1 Richtlijn 2009/133/EG

⁶⁰ Artikel 1, onderdeel a Fusierichtlijn

⁶¹ Artikel 3, onderdeel a Fusierichtlijn.

⁶² Naast deze twee vennootschappen, vallen de volgende lichamen ook onder de Fusierichtlijn: de open commanditaire vennootschap, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, fonds voor gemene rekening, vereniging op coöperatieve grondslag, vereniging welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of kredietinstelling optreedt en de vennootschappen die zijn opgericht naar Nederlands recht en die onder de Nederlandse vennootschapsbelasting vallen.

vennootschappen. Deze vennootschap moet daarnaast onderworpen zijn aan een van de winstbelastingen die is genoemd in bijlage I, deel B.⁶³ Hierbij is belangrijk dat de onderworpenheid geen keuze is en dat geen sprake mag zijn van een subjectieve vrijstelling. Kijkend naar de Nederlandse situatie kan een vrijgestelde beleggingsinstelling als bedoeld in artikel 6a Wet VPB 1969 dus geen beroep doen op de Fusierichtlijn.

Daarnaast moet de vennootschap fiscaal gezien gevestigd zijn in een EU-lidstaat. Vanuit Nederlands perspectief betekent dit dat aan de hand van de omstandigheden moet worden bepaald dat een vennootschap in Nederland is gevestigd.⁶⁴ Voor de invulling van deze 'open norm' zijn de feitelijke omstandigheden bepalend.⁶⁵ Voor een vennootschap houdt dit in dat moet worden gekeken naar de plaats van dagelijkse leiding.⁶⁶ De Wet VPB 1969 geeft in artikel 2, lid 4 nog een fictie die de AWR gedeeltelijk buitenspel zet. Hierin wordt bepaald dat als een lichaam is opgericht naar Nederlands rechts, dat deze wordt geacht te zijn gevestigd in Nederland.⁶⁷ Als sprake is van een mogelijke vestigingsplaats in een land buiten de EU, dan is de Fusierichtlijn alleen van toepassing als de vennootschap volgens een verdrag inzake dubbele belastingheffing geacht wordt in het EU-land te zijn gevestigd.⁶⁸ Veel belastingverdragen zijn tegenwoordig gebaseerd op het OESO Modelverdrag. In artikel 4, lid 1 OESO-MV is de hoofdregel neergelegd dat een lichaam is gevestigd is in het land waar het binnenlands belastingplichtig is. Door de bepaling van artikel 2, lid 4 Wet VPB 1969 kan het de situatie voorkomen dat een vennootschap tegelijkertijd binnen de EU (in Nederland) en buiten de EU is gevestigd. Hiervoor is een *tie-breaker* opgenomen die bepaalt dat de twee staten dan in onderling overleg moeten bepalen waar de vennootschap is gevestigd, hierbij is vaak de plaats van feitelijke leiding doorslaggevend.⁶⁹ Het belastingverdrag kan dus uiteindelijk bepalen dat een vennootschap zich niet kan beroepen op de Fusierichtlijn.

De Fusierichtlijn heeft dus in principe alleen invloed op grensoverschrijdende transacties, maar in het arrest *Leur-Bloem* heeft het Hof van Justitie (hierna: HvJ) dat het ook in binnenlandse gevallen bevoegd is om het gemeenschapsrecht uit te leggen, onder voorwaarde dat het gemeenschapsrecht is geïntegreerd in het nationale recht.⁷⁰ In de Nederlandse wetgeving is dit het geval, hierdoor geldt de richtlijn ook voor de binnenlandse transacties.⁷¹

⁶³ Artikel 3, onderdeel c Fusierichtlijn

⁶⁴ Artikel 4, lid 1 AWR

⁶⁵ Aantekening 2.1.1, Algemene wet inzake rijksbelastingen, Vakstudie 01

⁶⁶ Aantekening 2.3, Algemene wet inzake rijksbelastingen, Vakstudie 01

⁶⁷ Artikel 2, lid 4 Wet VPB 1969

⁶⁸ Artikel 2, onderdeel b Fusierichtlijn

⁶⁹ Artikel 4, lid 3 OESO-MV

⁷⁰ Hof van Justitie EG, 17 juli 1997, nr. C-28/95, paragraaf 34

⁷¹ Heithuis 2019/7.1, blz. 259 en blz. 260

3.3 Rechtshandelingen Fusierichtlijn

De fusierichtlijn is van toepassing op fusies, splitsingen en gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruilen.⁷² De aandelenruil komt overeen met de Nederlandse aandelenfusie en zal daarom, zoals eerder aangegeven, niet inhoudelijk worden besproken.

Van een splitsing is sprake als een vennootschap die alle activa en passiva overdraagt aan twee of meer (nieuwe) vennootschappen.⁷³ De overdragende vennootschap wordt in dit geval ontbonden, maar er is géén sprake van een liquidatie. Bij de gedeeltelijke splitsing wordt de vennootschap die de activa en passiva overdraagt niet ontbonden. In dit geval worden ook niet alle activa en passiva overgedragen, maar worden één of meerdere takken van bedrijvigheid overgedragen aan een of meerdere (nieuwe) vennootschappen.⁷⁴ In beide gevallen is een bepaalde tegenprestatie vereist. Deze bestaat minimaal uit de overdracht van bewijzen van deelgerechtigdheid, maar is een bijbetaling van maximaal 10% toegestaan. De tegenhanger van de splitsing is de fusie, hierbij gaan activa en passiva van één of meer vennootschappen over op een andere vennootschap tegen de uitreiking van aandelen. De vennootschap die de activa en passiva verkrijgt kan zowel een nieuw op te richten vennootschap zijn als een al bestaande vennootschap. Ook hierbij wordt de vennootschap die de vermogensbestanddelen overdraagt ontbonden, maar is wederom geen sprake van liquidatie.⁷⁵

Van een inbreng van activa is sprake wanneer een vennootschap haar hele onderneming of één of meer takken van bedrijvigheid inbrengt in een andere vennootschap tegen de verkrijging van aandelen.⁷⁶ Deze transactie is bijna hetzelfde als die van de gedeeltelijke splitsing. Het enige verschil tussen deze twee transacties is dat bij de gedeeltelijke splitsing minstens één tak van bedrijvigheid bij de splitsende vennootschap moet achterblijven, terwijl bij de inbreng van activa het ook mogelijk is om de gehele onderneming in te brengen. Later zal blijken dat de Nederlandse wetgever ook een verschil tussen deze twee bepalingen heeft aangebracht, maar dat dit verschil niet hetzelfde is als het hier genoemde verschil.

3.4 Antimisbruikbepaling Fusierichtlijn

In artikel 15 van de Fusierichtlijn wordt een bepaling gegeven waarmee lidstaten de genoemde faciliteiten kunnen weigeren. De lidstaten mogen de faciliteit weigeren indien blijkt dat de 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 die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft”.⁷⁷ Deze bepaling is in overeenstemming met de rechtsregel dat Europees recht misbruik niet in

⁷² Artikel 1, onderdeel a Fusierichtlijn

⁷³ Artikel 2, onderdeel b Fusierichtlijn

⁷⁴ Artikel 2, onderdeel c Fusierichtlijn

⁷⁵ Artikel 2, onderdeel a Fusierichtlijn

⁷⁶ Artikel 2, onderdeel d Fusierichtlijn

⁷⁷ Artikel 15, lid 1, onderdeel a Fusierichtlijn

de hand mag werken.⁷⁸ De definitie voor rechtsmisbruik is onder andere naar voren gekomen in het arrest Cadbury Schweppes.⁷⁹ Hier bepaalt het HvJ EG dat sprake is van rechtsmisbruik als een kunstmatige constructie is opgesteld die geen verband houdt met de economische realiteit en bedoeld is om belasting te ontwijken.⁸⁰ Redelijk onverwachts lijkt het dat het HvJ EU hier vrij recent een belangrijke nuancering in heeft aangebracht.⁸¹ In deze zaak oordeelt het dat als de transactie heeft plaatsgevonden tegen marktconforme voorwaarden dat hier geen sprake is van rechtsmisbruik. In deze situatie is volgens het HvJ EU dan geen sprake van een volkomen kunstmatige of fictieve constructie.

3.4.1 Facultatieve weigering

In het arrest *Société Euro Park Service* heeft het HvJ EU, in overeenstemming met de conclusie van de Advocaat Generaal, geoordeeld dat er een algemeen beginsel bestaat dat het misbruik van recht verbiedt⁸², dit kan impliceren dat de lidstaten juist verplicht zijn om misbruik van recht te voorkomen. De Fusierichtlijn geeft aan dat de weigering van de faciliteit niet verplicht is. De vraag is dan of de tekst van de Fusierichtlijn wel correct is of kan de verplichting van het voorkomen van rechtsmisbruik ook op een andere manier worden geregeld?

Ook in de literatuur is dit onderwerp naar voren komen. Aan de ene kant staan de voorstanders van de facultatieve weigering.⁸³ Deze stellen dat de lidstaten zelf de bestrijding van misbruik van recht moeten regelen. Doordat de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting (en de vergelijkbare belastingen in andere EU landen) niet zijn geharmoniseerd, behouden de lidstaten hun eigen fiscale soevereiniteit. Hierdoor bevat de Fusierichtlijn slechts gemeenschappelijke minimumregels.⁸⁴ Dit rechtvaardigt de keuzemogelijkheid tot het bestrijden van rechtsmisbruik.

Daarnaast zijn er ook critici die aangeven dat lidstaten wel verplicht zijn om rechtsmisbruik te bestrijden.⁸⁵ Volgens bijvoorbeeld Petrosovich moet dit uit het arrest *Kofoed*⁸⁶ worden afgeleid.⁸⁷ In dit arrest oordeelt het HvJ EU dat de lidstaten de verplichting hebben om alle maatregelen te treffen die nodig zijn om een volledige werking van de Fusierichtlijn te garanderen zodat deze het beoogde doel behaalt.⁸⁸ Het Hof oordeelt volgens *Boulogne*, en ik sluit mij hier bij aan, dat de lidstaten niet verplicht zijn om de antimisbruikbepaling van artikel 15 Fusierichtlijn te implementeren. Als zij al in hun nationale wetgeving een regel kennen die rechtsmisbruik verbiedt, dan is dit voldoende om gebruik te maken van de

⁷⁸ HvJ EG, 05 juli 2007, nr. C-321/05

⁷⁹ HvJ EU, 12 september 2006, C-196/04

⁸⁰ HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, paragraaf 55

⁸¹ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19

⁸² HvJ EU, 08 maart 2017, nr. C-14/16, r.o. 69 in combinatie met Conclusie A-G Wattel bij HvJ EU, 8 maart 2017, nr. C-14/16, r.o. 72

⁸³ Englisch, 2011; zie ook *Boulogne*, 2016 en Weber, 2013

⁸⁴ *Boulogne*, 2016, p. 251

⁸⁵ Sørensen, 2006; zie ook: Petrosovich, 210

⁸⁶ HvJ EU, 5 juli 2007, C-321/95

⁸⁷ Petrosovich, 2010, p. 563

⁸⁸ HvJ EU, 5 juli 2007, C-321/95, r.o. 41

antimisbruikbepaling van artikel 15 Fusierichtlijn.⁸⁹ Een voorbeeld van een zo'n regel in de nationale wetgeving is het begrip *fraus legis* zoals dat in de Nederlandse jurisprudentie bekend is. Wat Nederland doet aan rechtsmisbruik is dus al voldoende, hierdoor was het niet verplicht om de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn te implementeren in haar eigen wetgeving. Later zal ik bespreken dat de Nederlandse wetgever deze bepaling wel heeft geïmplementeerd, maar hier een eigen invulling aan heeft gegeven.

3.4.2 Hoofddoel of een der hoofddoelen

Deze bewoording impliceert dat belastingfraude of -ontwijking niet het enige doel van de rechtshandeling hoeft te zijn. Onder andere in het arrest Foggia⁹⁰ is aan bod gekomen hoe dit begrip nader moet worden ingevuld. In dit arrest was het de casus dat een Portugese vennootschap (Foggia) drie in Portugal gelegen holdingvennootschappen heeft overgenomen door middel van een fusie. Deze holdingvennootschappen hadden allemaal een verlies uit voorgaande jaren, de verkrijgende vennootschap wil dit verlies graag verrekenen met toekomstige winsten. De Portugese belastingspecteur weigerde dit toe te staan omdat bij de fusie met deze vennootschap geen economisch belang was gemoeid. Foggia beargumenteerde dat door deze fusie de administratieve kosten van de gehele groepsstructuur zijn gedaald. De Portugese rechter twijfelt of dit argument voldoende is en stelt hierover dan ook een prejudiciële vraag.⁹¹

Het HvJ EU geeft in de beantwoording van deze vraag een invulling van hoe het begrip 'hoofddoel of een der hoofddoelen' moet worden ingevuld. Eerst geeft het een invulling van het begrip 'hoofddoel'. Volgens het Hof is belastingontwijking of -fraude het hoofddoel van een rechtshandeling, in dit geval een fusie, als het enige motief van deze rechtshandeling is om een belastingvoordeel te verkrijgen.⁹² Ook geeft het een invulling van het begrip wanneer sprake is van meerdere doelen. Als hierbij geen fiscale motieven ten grondslag liggen aan de rechtshandeling, dan geldt de 'simpele definitie' die hierboven genoemd staat. Mocht een of meer van de motieven wel een fiscale grondslag hebben dan zal de rechtshandeling niet plaats hebben gevonden op grond van zakelijke overwegingen⁹³ als de fiscale motieven de doorslag hebben gegeven voor de rechtshandeling.⁹⁴

3.4.3 Belastingfraude of belastingontwijking

Een ander begrip dat wordt genoemd in de antimisbruikbepaling is het begrip belastingfraude of -ontwijking. Deze twee begrippen worden vaak samen genoemd, maar hebben beide een andere definitie.

Volgens de OESO is belastingfraude: 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.⁹⁵ In het Nederlands vertaald houdt dit in dat iemand een handeling heeft

⁸⁹ HvJ EU, 5 juli 2007, C-321/95, r.o. 40 tot en met 47

⁹⁰ HvJ EU, 10 november 2011, nr. C-126/10

⁹¹ HvJ EU, 10 november 2011, nr. C-126/10, r.o. 15

⁹² HvJ EU, 10 november 2011, C-126/10, r.o. 36

⁹³ Dit begrip wordt later nog besproken

⁹⁴ HvJ EU, 10 november 2011, C-126/10, r.o. 35

⁹⁵ OESO, 2006, blz. 18

verricht met de bedoeling een wettelijke verplichting te schenden met betrekking tot het nauwkeurig aangeven, vaststellen of innen van belasting. Om te spreken van belastingfraude moet sprake zijn van relatieve simulatie.⁹⁶ Dit is de situatie waarin twee (of meer) partijen bijvoorbeeld een contract afsluiten of een transactie doen, maar wordt deze naar buiten toe op een andere manier gepresenteerd.⁹⁷ Mocht eenmaal sprake zijn van een relatieve simulatie, dan is het vaak snel duidelijk dat sprake is geweest van fraude. Hier kan dan zelfs een gevangenisstraf op staan.

Het begrip belastingontwijking is iets ingewikkelder. Hierbij heeft de belastingplichtige als doel om op een legale manier zo min mogelijk belasting te betalen.⁹⁸ Nu is het zo dat de Fusierichtlijn een manier geeft om belasting uit te stellen. Dit uitstellen van belasting valt ook onder de definitie van belastingontwijking.⁹⁹ Is het dan zo dat de Fusierichtlijn niet van toepassing is, omdat door het gebruik hiervan belasting wordt ontweken? Nee, dit is niet het geval. Het is immers het doel van de Fusierichtlijn om in bepaalde gevallen een faciliteit te creëren waardoor de eerder genoemde rechtshandelingen niet leiden tot belastingheffing. Echter, in de preambule van de Fusierichtlijn wordt ook aangegeven dat de belastingclaim niet verloren mag gaan.¹⁰⁰ Dit betekent dus dat de belastingclaim niet 'verdwijnt', maar dat op een later moment alsnog belasting wordt geheven. Dit wordt bewerkstelligt doordat de verkrijgende vennootschap de belastingclaim over eventuele stille reserves, goodwill en fiscale reserves van de overdragende vennootschap overneemt.¹⁰¹, bij een latere vrijval van deze reserves worden deze dan belast bij de ontvangende vennootschap. Bij de belastingontwijking moet eerder worden gedacht aan de situatie waarin een constructie wordt opgezet om te zorgen dat toekomstige heffing van belasting wordt voorkomen.

Aan de hand van het eerder aangehaalde arrest van het HvJ EU van 21 januari 2021¹⁰² lijkt het dat de aanwezigheid van arm's length prijzen ervoor zorgt dat de belastingontwijking niet aan de orde is.¹⁰³ Mocht het HvJ EU in de komende arresten verder gaan op deze koers, dan zal het in de toekomst moeilijker zijn om aan te tonen dat sprake is van belastingontwijking. Dit zorgt dan dat een extra eis aanwezig is, namelijk het bestaan van onzakelijke verrekenprijzen.

Doordat de Fusierichtlijn (in Nederlandse betrekkingen) alleen leidt tot het niet heffen van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, richt het begrip belastingfraude of -ontwijking zich ook alleen op die belastingen. Dit kwam naar voren het in het arrest Zwijnenburg waar belanghebbende door middel van een bedrijfsfusie de heffing van overdrachtsbelasting probeert te voorkomen.¹⁰⁴ Het HvJ EU oordeelt in dit arrest dat de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn eng moet worden uitgelegd waardoor de faciliteit

⁹⁶ Monteiro en Lugten, *Forfaitair 2001/219-04*, paragraaf 1.2

⁹⁷ C. Bruijsten, 2016, paragraaf 5.2.4

⁹⁸ Van den Boon en Hendricks, Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal

⁹⁹ HR 12 juni 2012, nr. 10/00807, r.o. 3.3.4

¹⁰⁰ Aanhef Fusierichtlijn, overweging 7, PbEU 2009, L 310

¹⁰¹ Artikel 5 Fusierichtlijn

¹⁰² HvJ EU 21 januari 2021

¹⁰³ Wisman, Tax Live 2021

¹⁰⁴ HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-352/08

alleen mag worden geweigerd als sprake is van belastingfraude of -ontwijking van de belastingen waarop de richtlijn ziet.¹⁰⁵

3.4.4 Zakelijke overwegingen

Het laatste begrip dat wordt genoemd heeft betrekking op de term ‘zakelijke overwegingen’. Wanneer de transactie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, dan geldt het rechtsvermoeden dat het hoofddoel van de transactie belastingontwijking of -fraude was.¹⁰⁶ Het is op dat moment dan aan de belastingplichtige om te bewijzen dat dit niet het geval is en dat zakelijke overwegingen wel aan de orde waren. Voorbeelden van zakelijke overwegingen zijn herstructurering en rationalisering. Dit is een samenstel van handelingen die uiteindelijk ervoor moeten zorgen dat een bedrijf winstgevender wordt en haar kosten verlaagd. Volgens is Boulogne bij elke transactie die wordt genoemd in de Fusierichtlijn sprake van een rationalisering of herstructurering van de activiteiten.¹⁰⁷ Mocht dit echt zo zijn, dan wordt de antimisbruikbepaling buitenspel gezet en zou de bewijslast nooit worden verschoven naar de belastingplichtige. Boulogne geeft dan ook meteen aan dat dit niet de bedoeling kan zijn en dat voor de uitwerking van dit begrip moet worden gekeken naar de jurisprudentie.

Het begrip zakelijke overwegingen is aan de orde gekomen in het eerder aangehaalde arrest Leur-Bloem.¹⁰⁸ In deze zaak wilde Leur-Bloem twee vennootschappen waar zij aandeelhouder van was een fiscale eenheid laten aangaan. Doormiddel van de aandelenfusie zou een constructie tot stand worden gebracht met een houdstermaatschappij en een werkmaatschappij. Met deze fusie zouden verliezen van de ene vennootschap worden verrekend met de winsten van de andere vennootschap. De Nederlandse inspecteur had dit verzoek afgewezen, Leur-Bloem voldeed niet aan het vereiste van de materiele fusie.¹⁰⁹ Het Hof Amsterdam heeft hierop een prejudiciële vraag gesteld over de wenselijke van dit vereiste.¹¹⁰ Bij de beantwoording van deze vraag heeft het HvJ EU geoordeeld een weigering van de faciliteiten van de Fusierichtlijn gerechtvaardigd is als sprake is van misbruik. Volgens het Hof was in deze situatie sprake van misbruik; het hoofddoel was de horizontale verliescompensatie en dit is niet gebaseerd op zakelijke overwegingen. Volgens het Hof is geen sprake van ‘zakelijke overwegingen’ als er alleen een zuivel fiscaal voordeel aan de rechtshandeling ten grondslag ligt.¹¹¹ Dit is ook niet meer dan logisch. Als een fiscaal voordeel al zou vallen onder de term ‘zakelijke overwegingen’, dan is de antimisbruikbepaling overbodig aangezien de toepassing van de Fusierichtlijn leidt tot een fiscaal voordeel.

Ook in het eerder genoemde arrest Foggia wordt het begrip ‘zakelijke overwegingen’ behandeld. Volgens het Hof is in deze situatie geen sprake van zakelijke overwegingen, de kostenbesparing was slechts marginaal in vergelijking met het belastingvoordeel dat behaald zou worden. Daarnaast zijn kostenvoordelen zoals schaal- en synergievoordelen volgens het

¹⁰⁵ HvJ EU, 20 mei 2010, nr. C-352/08, paragraaf 45, 46, 47 en 56

¹⁰⁶ Artikel 15, lid 1, onderdeel a Fusierichtlijn

¹⁰⁷ Boulogne, 2016, p. 254-255

¹⁰⁸ HvJ EG, 17 juli 1997, nr. C-28/9

¹⁰⁹ Deze voorwaarde was opgenomen in het toenmalige artikel 14 Wet VPB 1964

¹¹⁰ Het antwoord op deze vraag is in zoverre niet relevant aangezien dit niet direct invloed heeft op het begrip ‘zakelijke overwegingen’.

¹¹¹ HvJ EH, 17 juli 1997, nr. C-28/9, r.o. 47

Hof niet altijd aan te merken als een zakelijke overweging. Deze zijn immers inherent aan een fusie of splitsing.¹¹² In de Nederlandse wetgeving is de zakelijkheid toets iets anders ingevuld. Hierdoor is het vermoeden dat geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen sneller aan de orde. Dit zal in hoofdstuk 4 verder aan de orde komen.

¹¹² HvJ EU 10 november 2011, C-126/10

4. Faciliteiten Nederlandse wetgeving

Zoals aangegeven zijn de bepalingen van de Fusierichtlijn groot en deels geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Zo komen de bepalingen van de bedrijfsfusie, de splitsingen en de juridische fusie terug in respectievelijk artikel 14, 14a en 14b Wet VPB 1969. De bepaling van de aandelenfusie komt via artikel 8 Wet VPB 1969 terug in artikel 3.55 wet Inkomstenbelasting 2001, zoals eerder aangegeven zal deze niet inhoudelijk worden besproken.

4.1 Splitsingen

In de Nederlandse wetgeving zijn de splitsing en gedeeltelijke splitsing opgenomen in het Burgerlijk Wetboek als zuivere splitsing en afsplitsing. Bij een zuivere splitsing gaat al het vermogen van één rechtspersoon onder algemene titel over op twee of meer rechtspersonen, met als gevolg dat de splitsende rechtspersoon wordt ontbonden.¹¹³ Bij een afsplitsing blijft de splitsende rechtspersoon juist bestaan en gaat slechts een deel van het vermogen onder algemene titel over op een of meerdere rechtspersonen.¹¹⁴

In beide gevallen gaat het vermogen dus over onder algemene titel op de verkrijgende rechtspersoon. Deze zorgt de overgang onder algemene titel nog voor een probleem: voor de fiscale gevolgen kan niet zomaar worden aangesloten bij de bij de fiscale belastbare feiten. In het geval van een overgang onder algemene titel moet de verkrijgende partij niet worden gezien als een derde die de vermogensbestanddelen koopt, maar zet de verkrijgende partij de rechtspositie van de overdragende partij voort¹¹⁵, waardoor ook de boekwaarde van de vermogensbestanddelen moet worden overgenomen. Hierdoor zou in beginsel dus geen heffing over de stille reserves plaatsvinden. Om dit op te lossen heeft de wetgever in de bepaling een vervreemdingfictie opgenomen. De redenatie hierachter is dat ‘hierdoor de fiscale gevolgen voor zowel de aandeelhouders als de bij de splitsing betrokken rechtspersonen onafhankelijk van elkaar worden vastgesteld en eventuele claims onafhankelijk van elkaar worden doorgeschoven’.¹¹⁶ Deze vervreemdingsfictie is zowel voor de zuivere splitsing en de afsplitsing neergelegd in artikel 14a, lid 1 Wet VPB 1969. De faciliteit voor de splitsing en afsplitsing is gegeven in artikel 14a, lid 2 Wet VPB 1969. In deze faciliteit heeft de wetgever besloten om de overgang onder algemene titel te volgen door de introductie van het begrip ‘in de plaats treden’.¹¹⁷ Hierdoor is het mogelijk dat aan de hand van artikel 14a, lid 2 Wet VPB 1969, onder voorwaarden, een juridische splitsing of afsplitsing belastingvrij kan plaats vinden. De specifieke voorwaarden zoals besproken in de bepaling zal ik hier niet verder toelichten, aangezien deze niet relevant zijn voor dit onderzoek. Later zal ik mij nog wel richten op de antimisbruikbepaling die is neergelegd in artikel 14a, lid 6 Wet VPB 1969.

¹¹³ Artikel 2:334a, lid 2 BW

¹¹⁴ Artikel 2:334a, lid 3 BW

¹¹⁵ B.A. Schuiling, 2016, paragraaf 4.4.3

¹¹⁶ Kamerstukken II 1997-1998, 25 709, nr. 3, p. 2-3

¹¹⁷ Kamerstukken II 1997-1998, 25709, nr. 3, p. 3-4

4.2 Fusies

De juridische fusie heeft dezelfde systematiek als de juridische splitsing en afsplitsing. In het Burgerlijk Wetboek is de definitie van de juridische fusie neergelegd. Hierin wordt bepaald dat bij een juridische fusie het vermogen van twee of meer rechtspersonen onder algemene titel overgaat op een andere rechtspersoon. Deze verkrijgende rechtspersoon kan zowel een bestaande rechtspersoon als een nieuwe op te richten rechtspersoon zijn.¹¹⁸ Ook hier is dus de kwestie aan de orde van de overgang onder algemene titel. De wetgever heeft gekozen om de juridische fusie en splitsingen hetzelfde te behandelen; in de bepaling van de juridische fusie is dus ook een vervreemdingsfictie opgenomen¹¹⁹ en is het, onder voorwaarden, mogelijk om gebruik te maken van de fusie faciliteit waardoor geen belasting wordt geheven doordat de verkrijgende rechtspersoon fiscaal in de plaats treedt van de overdragende rechtsperso(n)en.¹²⁰ Later zal ik ook hier de antimisbruikbepaling nog aan bod komen.¹²¹

Bij de bedrijfsfusie is sprake van een onderneming die zijn gehele onderneming, of een zelfstandig deel daarvan, overdraagt aan een andere (nog op te richten) onderneming, hierbij is het vereist dat de overdragende vennootschap aandelen verkrijgt in de overnemende vennootschap.¹²² Pas als dit het geval is dan wordt, onder voorwaarden, de winst die behaald wordt met deze transactie niet in aanmerking genomen; de overnemende vennootschap treedt fiscaal gezien in de plaats van de overdragende vennootschap. In deze situatie is geen sprake van een overdracht onder algemene titel, maar van een overdracht onder bijzondere titel, hierdoor worden alle vermogensbestanddelen al apart overgedragen waardoor geen vervreemdingsfictie noodzakelijk is. Mocht een belastingplichtige niet (een onderdeel van) zijn gehele onderneming willen overdragen, dan kan het altijd nog kiezen voor de juridische afsplitsing. Hierbij is het mogelijk om slechts één, of een paar losse, vermogensbestanddelen over te dragen. Dit is een ander verschil dan het verschil tussen de gedeeltelijke splitsing en de inbreng van activa zoals in de Fusierichtlijn. In mijn ogen komt de wetgever de belastingplichtige hier tegemoet, nu heeft de belastingplichtige de keuze tussen de overdracht van een los vermogensbestanddeel of de overdracht van een of meerdere zelfstandige onderdelen van een onderneming. Hierdoor heeft de belastingplichtige dus meer manieren om vermogensbestanddelen over te dragen. Wel is de vraag of bij de overdracht van een los vermogensbestanddeel aan de zakelijkheidstoets wordt voldaan, afhankelijk van de grote, waarde en aard van het vermogensbestanddeel zal de belastingplichtige een sterke onderbouwing moeten hebben.

De termen in de Fusierichtlijn en de Wet VPB 1969 komen niet letterlijk overeen. Zo spreekt de Fusierichtlijn over de term 'tak van bedrijvigheid' terwijl de Wet VPB 1969 het heeft over 'zelfstandig onderdeel van een onderneming'. De Hoge Raad heeft besloten dat het Nederlandse begrip op dezelfde manier moet worden uitgelegd als het begrip gehanteerd in

¹¹⁸ Artikel 2:309 BW

¹¹⁹ Artikel 14b, lid 1 Wet VPB 1969

¹²⁰ Artikel 14b, lid 2 Wet VPB 1969

¹²¹ Artikel 14b, lid 5 Wet VPB 1969

¹²² Artikel 14, lid 1, eerste volzin Wet VPB 1969

de Fusierichtlijn.¹²³ De staatssecretaris heeft daarna in het bedrijfsfusie besluit aansluiting gezocht bij deze invulling.¹²⁴

4.3 Antimisbruikbepaling

De antimisbruikbepalingen in de Nederlandse wetgeving voor de aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische (af)splitsing en juridische fusie zijn neergelegd in respectievelijk artikel 3.55, lid 4, onderdeel b Wet IB 2001; artikel 14, lid 4 Wet VPB 1969; artikel 14a, lid 6 Wet VPB 1969 en artikel 14b, lid 5 Wet VPB 1969. Deze bepalingen komen groot en deels overeen. Ik bespreek hier dan ook de overeenkomstige elementen en geef afwijkingen aan waar nodig.

Volgens de Nederlandse antimisbruikbepaling is de faciliteit ‘niet van toepassing indien de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De fusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de fusie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de verdwijnende en de verkrijgende rechtspersoon’.¹²⁵

4.3.1 In overwegende mate

In de Nederlandse bepalingen heeft de wetgever afgeweken van het begrip ‘hoofddoel of een der hoofddoelen’. Volgens de staatssecretaris wordt met ‘in overwegende mate’ bedoeld dat de niet-zakelijke overwegingen beslissend zijn geweest voor de fusie of splitsing.¹²⁶ De staatssecretaris erkent hierbij dat geen algemene criteria kunnen worden gegeven en dat dus per geval moet worden bekeken of de niet-zakelijke overwegingen beslissend zijn geweest.

Volgens Brummer en Thijssen stelt de Nederlandse bepaling hierdoor minder strenge eisen dan de bepaling in de Fusierichtlijn.¹²⁷ Zij stellen dat de Europese term aangeeft dat de faciliteit al geweigerd kan worden als slechts één van de doelen fiscaal onderlegd is, terwijl in nationale verhoudingen de faciliteit pas geweigerd kan worden als het ontgaans- of uitstelmotief¹²⁸ beslissend aan de faciliteit ten grondslag ligt.¹²⁹ Hierdoor is het onder de Nederlandse bepaling makkelijker om een fusie of splitsing te laten faciliteren terwijl een van de hoofdoelen hiervan belastingontwijking of uitstel is.

Echter, AG Wattel heeft geoordeeld dat het begrip ‘in overwegende mate’ op dezelfde manier, en dus conform de richtlijn, moet worden uitgelegd als het begrip ‘hoofddoelen of een der hoofddoelen’.¹³⁰ Daarnaast is de term ‘hoofddoel of een der hoofddoelen’ uitgelegd door het HvJ EU in de zaak Foggia.¹³¹ Hierin bepaalde het Hof dat het toegestaan is dat een van de

¹²³ Hoge Raad, 30 november 2012, nr. 11/00167

¹²⁴ Besluit Staatssecretaris 20 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520

¹²⁵ Artikel 14, lid 4; artikel 14a, lid 6 en artikel 14b, lid 5, Wet Vpb 1969. De verschillen met betrekking tot de termijn van drie jaar wordt later besproken.

¹²⁶ Kamerstukken II 1997-1998, 25 709, nr. 5, p. 5-6

¹²⁷ Brummer en Thijssen, *WFR 2003/401*

¹²⁸ Deze begrippen worden later nog besproken.

¹²⁹ Brummer en Thijssen, *WFR 2003/401*, blz. 3

¹³⁰ Nadere conclusie van 7 september 2010 van AG Wattel bij de zaak van het HvJ EU C352/08, BNB 2010/257 (Zwijnenburg), rechtsoverweging 5.19

¹³¹ HvJ EU, 10 november 2011, nr. C-126/10

redenen van de fusie of splitsing een fiscale grondslag is, maar dat deze niet doorslaggevend mag zijn. Dit sluit dus aan bij de Nederlandse begrip 'in overwegende mate', hierbij wordt de fusie of splitsing ook niet gefaciliteerd als de fiscale motieven doorslaggevend zijn.

4.3.2 Ontgaan of uitstellen van belastingheffing

In de bepaling in de Fusierichtlijn wordt gesproken over belastingfraude en -ontwijking. In het Nederlandse belastingstelsel ligt echter reeds besloten dat bij belastingfraude de faciliteit (achteraf) wordt teruggenomen. Een aparte regeling daarvoor is dus niet nodig.¹³² De term belastingontwijking wordt dus vertaald als ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Zoals eerder genoemd valt onder de belastingontwijking dus ook het uitstellen van belastingheffing, terwijl dit niet letterlijk wordt genoemd in de Europese bepaling. In 2012 heeft de Hoge Raad een onderscheid gemaakt tussen twee vormen van belastinguitstel: het geoorloofde uitstel, dat dus in overeenstemming is met het doel van de richtlijn, en het ongeoorloofde uitstel, dat dus niet in overeenstemming is met het doel van de richtlijn.¹³³

Daarnaast kon de term belastingontwijking niet worden overgenomen in de Nederlandse bepaling. Indien wel voor deze term zou zijn gekozen dan had moeten worden aangegeven hoe die term moest worden uitgelegd. In de memorie van toelichting zou dan zijn vermeld dat deze term niet alleen zien op het ontgaan van belastingheffing, maar ook op het uitstellen van belastingheffing. Als dit laatste niet het geval zou zijn, dan zou een belastingplichtige een belaste verkoop van vermogensbestanddelen, met behulp van een fusie of splitsing en de deelnemingsvrijstelling, kunnen omzetten in een onbelaste koerswinst. Dit zou niet passen in de doestelling van de Fusierichtlijn.¹³⁴ Onder het ontgaan of uitstellen van belastingheffing valt dus het uitstellen van een min of meer acute fiscale verplichting.¹³⁵

In de literatuur is meerdere keren besproken of uitstel van belastingheffing kan worden aangemerkt als een vorm van belastingontwijking. Zo stellen Albert¹³⁶ en Van der Geld¹³⁷ dat dit zeer goed mogelijk is. Volgens Albert valt de uitstel onder ontwijking, een lange periode van uitstel kan uiteindelijk leiden tot afstel. Van der Geld voegt hier aan toe dat, in economisch opzicht, een uitstel van belasting kan leiden tot extra rendement. Dit kan dan weer zorgen tot hoger rendement en dus extra belastingheffing. In deze situatie is het dus niet duidelijk of de uitstel daadwerkelijk ontwijking is.¹³⁸

Volgens van Immerseel is Nederlandse implementatie onjuist.¹³⁹ Volgens hem moet de ontwijking worden gelijkgesteld aan vermijding en voorkoming, waardoor het dus een definitief moet zijn. Tijdelijke uitstel is volgens hem dan ook geen belastingontwijking.

¹³² Kamerstukken II 1997-1998, 26 727, nr. 3, blz. 115

¹³³ HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, rechtsoverweging 3.3.4

¹³⁴ Kamerstukken I 2007-2008, 30 929, nr. C, p. 13

¹³⁵ Kamerstukken II 1997-1998, 26 727, nr. 3, blz. 115

¹³⁶ Albert, *FED 2000/65*.

¹³⁷ Van der Geld, *BNB 2000/111*

¹³⁸ Als er minder belasting wordt geheven, leidt dit tot hogere winsten. Dit zorgt dat extra middelen beschikbaar zijn voor investeringen. Deze investeringen leiden in de meeste gevallen tot hogere winsten, wat zorgt voor hogere belastingen.

¹³⁹ Immerseel, *2002/1102*

Daarnaast beargumenteert Smit¹⁴⁰ dat met belastinguitstel geen claim verloren gaat waardoor geen sprake is van belastingontwijking. De bepaling mag alleen zien op misbruik van de faciliteit en uitstel is volgens hem geen misbruik.

4.3.3 Zakelijke overwegingen

De Nederlandse wetgever heeft de term 'zakelijke overwegingen' letterlijk overgenomen uit de Fusierichtlijn. Volgens de staatssecretaris is sprake van zakelijke overwegingen indien de fusie of splitsing plaatsvindt op grond van bedrijfseconomische motieven.¹⁴¹ Doordat het begrip zelf letterlijk is overgenomen uit de Fusierichtlijn, zijn ook de voorbeelden van de herstructurering en de rationalisering overgenomen.

In de Nederlandse jurisprudentie is de term zakelijke overwegingen meerdere keren onderwerp van discussie geweest. Zo ook in de uitspraak van het Hof Amsterdam van 31 maart 2004.¹⁴² In deze zaak was belanghebbende aandeelhouder in twee verschillende vennootschappen en wilde hij een aandelenfusie (aandelenruil) toepassen. Beide vennootschappen hebben als hoofdactiviteit het beheren van hun bezettingen welke bestaan uit effecten en liquide middelen.¹⁴³ Door middel van de aandelenfusie wil de belanghebbende de beleggingsportefeuilles van de verschillende vennootschappen samenvoegen om zo tot een beter beleggingsresultaat te behalen en kosten te besparen.¹⁴⁴ Het geschil in deze zaak is of de inspecteur terecht heeft geweigerd dat sprake is van een aandelenfusie zoals in artikel 3.55, lid 2 wet IB 2001.¹⁴⁵ De inspecteur geeft hierbij als argument dat de betrokken vennootschappen geen onderneming in materiële zin drijven waardoor de rechtshandeling niet zakelijk kan zijn. Volgens het Hof heeft het HvJ EU uitdrukkelijk beslist dat de verwevende vennootschap niet zelf een onderneming hoeft te drijven. Het toepassingsbereik van de faciliteit moet dus zo ruim mogelijk worden opgevat waardoor het Hof niet in ziet waarom de inspecteur wel eist dat de vennootschap een materiële onderneming moet drijven.¹⁴⁶ Het Hof oordeelde uiteindelijk dat sprake is van zakelijke overwegingen als de aandelenfusie zorgt voor een meer solide opbouw van de beleggingsportefeuille en een kostenbesparing.¹⁴⁷

Ook in de uitspraak van de Hoge Raad op 2 juni 2006 wordt het begrip zakelijke overwegingen besproken.¹⁴⁸ In deze situatie heeft de moet belanghebbende een deel van haar onderneming afsplitsen van de Europese Commissie om zo toestemming te krijgen voor een internationale overname. De inspecteur heeft geoordeeld dat deze splitsing niet is gedreven door zakelijke overwegingen en heeft de toepassing van de faciliteit van artikel 14a dus geweigerd.¹⁴⁹ Volgens de inspecteur was voor de splitsing al duidelijk dat de aandelen in de afgesplitste

¹⁴⁰ Smits, *WFR 2007/409*

¹⁴¹ Kamerstukken II, 1997-1998, 25 709, nr. 3, p. 7-8

¹⁴² Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/6079

¹⁴³ Idem, r.o. 2.1

¹⁴⁴ Idem, r.o. 5.1.1

¹⁴⁵ Idem, r.o. 5.1

¹⁴⁶ Idem, r.o. 5.3

¹⁴⁷ Idem, r.o. 5.5

¹⁴⁸ HR 2 juni 2006, nr. 41 942

¹⁴⁹ Idem, r.o. 1

vennootschap direct na de afsplitsing zouden worden verkocht.¹⁵⁰ In zijn noot geeft Van der Geld aan in een normale situatie de faciliteit inderdaad niet zou worden toegepast. Echter, in deze situatie wordt de belanghebbende gered door de Europese Commissie. Deze eiste dat een deel van de activiteiten werd afgesplitst en de beste manier om dit te doen was door middel van de juridische afsplitsing. Hiermee is het oordeel van de Hoge Raad, dat aan de splitsing fiscale motieven ten grondslag liggen, niet meer dan logisch.¹⁵¹

Eerder in deze scriptie werden al voorbeelden gegeven van wanneer wel of niet sprake is van zakelijke motieven en hier zijn ook niet alle voorbeelden besproken. Het is duidelijk dat het begrip zakelijke overwegingen ruim moet worden opgevat en dat in elke situatie concreet moet worden bekeken of sprake is van zakelijke overwegingen.

4.3.4 Tweede bewijsvermoeden: Vervreemdingsverbod

In zowel de Nederlandse bepaling als de bepaling in de Fusierichtlijn is een rechtsvermoeden opgenomen: als de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen dan geldt het vermoeden dat de rechtshandeling in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.¹⁵² In de Nederlandse wetgeving is nog een tweede bewijsvermoeden neergelegd: Als binnen drie jaar aandelen in een van de betrokken vennootschappen (gedeeltelijk) worden vervreemd dan wordt geacht dat zakelijke overwegingen niet aanwezig zijn.¹⁵³ Hierbij wordt de bewijslast dus verschoven naar de belastingplichtige, de zakelijke overwegingen worden immers niet aanwezig geacht.

In het eerder aangehaalde arrest *Leur-Bloem* oordeelt het HvJ EU dat de nationale rechters per geval moeten bekijken of sprake is van belastingfraude of belastingontwijking.¹⁵⁴ Hier mogen dus geen algemene regels voor worden opgesteld. Het vervreemdingsverbod dat is opgesteld is ook niet aan te merken als een algemene regel. Het zorgt ervoor dat het bewijsvermoeden ontstaat dat de zakelijke overwegingen niet aanwezig zijn geacht. De belastingplichtige heeft de mogelijkheid om te bewijzen dat de eerdere fusie of splitsing daadwerkelijk was gebaseerd op zakelijke overwegingen. Zie hiervoor bijvoorbeeld de uitspraak van de Hoge Raad van 10 oktober 2008.¹⁵⁵ Hierin werd een beroep gedaan op de aandelenfaciliteit, maar werden binnen drie jaar de aandelen weer verkocht. De belanghebbende heeft in deze zaak succesvol beargumenteerd dat de zakelijke overwegingen ten tijde van de aandelenfusie wel aanwezig waren en de faciliteit dus terecht was toegepast.

Opvallend hierbij is dat deze termijn alleen geldt voor de bedrijfsfusie en de juridische splitsing zoals beschreven in de vennootschapsbelasting. Deze termijn geldt niet voor de aandelenfusie en de juridische fusie. Daarnaast is nog de vraag hoe het begrip 'jaar' moet worden uitgelegd. Heithuis beweert dat het hier gaat om een termijn van drie boekjaren.¹⁵⁶ Heithuis beroept

¹⁵⁰ Idem, r.o. 3.1

¹⁵¹ Van der Geld, *BNB 2006/282*

¹⁵² Deze zin is een samenvoeging van artikel 15 Fusierichtlijn en de antimisbruikbepalingen in de nationale wetgeving.

¹⁵³ Artikel 14, lid 4 Wet VPB 1969; artikel 14a, lid 6 Wet VPB 1969

¹⁵⁴ HvJ EU 17 juli 1997, nr. C-28/95, r.o. 41

¹⁵⁵ HR 10 oktober 2008, nr. 43 409

¹⁵⁶ Heithuis, *WFR 2015/1348*

zich hier op artikel 7, lid 4 Wet VPB 1969. Echter, in de parlementaire behandeling geeft de staatssecretaris expliciet aan dat het gaat om kalenderjaren en wel drie periodes van 12 maanden.¹⁵⁷ Welke periode nu moet worden aangehouden zal in het volgende hoofdstuk worden besproken.

¹⁵⁷ Kamerstukken II, 1997-1998, 25 709, nr. 5, blz. 8.

5. Artikel 15ai Wet VPB 1969 en de Fusierichtlijn

Zoals eerder besproken dienden de standaardvoorwaarden van de fiscale eenheid tot het verzekeren van de heffing. Door de codificatie van de standaardvoorwaarden op 1 januari 2003, kan worden geconcludeerd dat artikel 15ai Wet VPB 1969 dus ook gericht is op het verzekeren van de heffing. Een nevendoel van de fusie- en splitsingsfaciliteiten is dat de heffing verzekerd blijft. Zoals eerder aangegeven is dit in de Fusierichtlijn geregeld in artikel 15. Beide regelingen hebbend dus als doel dat de uiteindelijke heffing wordt verzekerd door middel van een antimisbruikbepaling. In de vorige hoofdstukken zijn deze twee bepalingen uitgebreid aan bod gekomen. In dit hoofdstuk zal ik deze twee regelingen naast elkaar leggen en uitleggen waar deze twee mogelijk botsen of juist overeen komen. Daarnaast zal ook geregeld de visie van de staatssecretaris aan bod komen.

5.1 Driejaarstermijn

Artikel 15ai Wet VPB 1969 kent zijn oorsprong in de zestiende standaardvoorwaarde zoals die gold tot 1 januari 2003. Deze voorwaarde was onderdeel van een geheel aan voorwaarden dat onderdeel was van het toenmalige fiscale eenheidsregime. Deze voorwaarden hadden als doel dat de heffing en de invordering van belasting zou worden verzekerd.¹⁵⁸

De voorwaarden zijn in de vorige eeuw meerdere keren door de staatssecretaris aangepast. In het besluit van 28 april 1983¹⁵⁹ wordt voor het eerst gesproken over de zestiende standaardvoorwaarden in combinatie met een interne reorganisatie. Hierin wordt beschreven dat de Nederlandse wetgeving een bepaling kent die inhoudt dat in de drie jaar na een bedrijfsfusie de aandelen die zijn overgedragen niet mogen worden vervreemd.¹⁶⁰ Mocht de belastingplichtige een interne reorganisatie willen doorvoeren, dan zou het voordeliger zijn om te kiezen voor de bedrijfsfusie en de fiscale eenheid links te laten liggen. Voor de fiscale eenheid gold op dat moment nog een termijn van zes jaar.¹⁶¹ De staatssecretaris heeft daarom in dat besluit goedgekeurd 'dat het bepaalde in de 16^e standaardvoorwaarde voor de toepassing van artikel 15 geen toepassing vindt indien de in die voorwaarde bedoelde transactie binnen de fiscale eenheid geen andere is geweest dan de overdracht van een of meer zelfstandige onderdelen van een onderneming aan de dochtermaatschappij, mits het ten goede komen binnen de in die voorwaarde vermelde termijn uitsluitend heeft plaatsgevonden door de vervreemding van de aandelen in die dochtermaatschappij en mits deze vervreemding niet heeft plaatsgevonden binnen een periode van drie jaar sedert de (laatste) overdracht'.¹⁶²

De driejaarstermijn mag dus worden gehanteerd als binnen de fiscale eenheid een of meerdere onderdelen van een zelfstandige onderneming zijn overgedragen. Nu is het dus nog de vraag welk begrip 'jaar' moet worden toegepast bij het vervreemdingsverbod van de fusie- en splitsingsfaciliteiten. Mocht het begrip boekjaar van toepassing zijn, dan schiet de wetgever

¹⁵⁸ Artikel 15, lid 3 Wet VPB 1969 (tekst 2002)

¹⁵⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën 28 april 1983, 282-13 657

¹⁶⁰ 9^e standaardvoorwaarde artikel 14 (tekst 1983). Tegenwoordig is dit vervreemdingsverbod neergelegd in artikel 14, lid 4 Wet VPB 1969

¹⁶¹ Besluit Staatssecretaris van Financiën 28 april 1983, 282-13 657, paragraaf 8.1

¹⁶² Besluit Staatssecretaris van Financiën 28 april 1983, 282-13 657, paragraaf 8.1

zich in de voet. Ten eerste kan de termijn van drie jaren dan worden teruggebracht naar 2 jaar en één dag. Als op de laatste dag van het boekjaar een transactie wordt gedaan, dan is de volgende dag al één boekjaar voorbij en zijn er nog maar twee boekjaren te gaan. Dit zou dus ook betekenen dat de wetgever de termijnen van het vervreemdingsverbod van de bedrijfsfusie bepaling en die van artikel 15ai, lid 2, onderdeel b Wet VPB 1969 niet in overeenstemming heeft gebracht waardoor de bedrijfsfusie nog steeds aantrekkelijker is. Het doel van de staatssecretaris was juist om deze twee (de fiscale eenheid en de bedrijfsfusie) dezelfde termijn te geven waardoor dit geen problemen zou opleveren, hier zou de staatssecretaris dan in zijn gegaald. Het lijkt mij dus onwaarschijnlijk dat de term boekjaar moet worden toegepast bij het vervreemdingsverbod van de fusies en splitsingen en dat de term 'jaar' juist moet worden uitgelegd als kalenderjaar.

5.2 Zelfstandig onderdeel van een onderneming

Het begrip zelfstandig onderdeel van een onderneming wordt ook genoemd in de faciliteit van de bedrijfsfusie.¹⁶³ Deze term moet volgens de staatssecretaris hetzelfde worden uitgelegd als de term 'tak van bedrijvigheid', zoals gedefinieerd in de Fusierichtlijn.

De tak van bedrijvigheid is in de Fusierichtlijn gedefinieerd als 'het totaal van activa en passiva van een afdeling van een vennootschap die uit organisatorisch oogpunt een onafhankelijke exploitatie vormen, dat wil zeggen een geheel dat op eigen kracht kan functioneren'.¹⁶⁴ Het begrip is al meerdere keren onderdeel geweest van de jurisprudentie.¹⁶⁵ Zo ook in het arrest Randers Sport, hier werd een voor de overdracht een onderneming een lening aangegaan. Bij de overdracht gingen de verplichtingen wel over, maar bleven de opbrengsten van de lening achter in de overdragende vennootschap.¹⁶⁶ Het HvJ EG heeft in deze zaak bepaald dat geen sprake was van een inbreng van activa in de zin van de Fusierichtlijn. Het Hof oordeelt namelijk "om onder de richtlijn te vallen, een inbreng van activa betrekking moet hebben op het totaal van de aan een tak van bedrijvigheid verbonden activa en passiva. Volgens artikel 2, sub i, van de richtlijn¹⁶⁷ kan enkel een geheel dat op eigen kracht kan functioneren, een dergelijke tak van bedrijvigheid vormen".¹⁶⁸ Hierdoor is het niet mogelijk om te spreken van een tak van bedrijvigheid als de opbrengst van de lening achterblijft bij de overdrager, terwijl de verplichtingen wel worden overgedragen. In dit geval wordt niet het totaal van de aan een tak van bedrijvigheid verbonden activa en passiva overgedragen.

5.3 Overdracht tegen eigen aandelen

In artikel 15ai, lid 3, onderdeel b Wet VPB 1969 wordt uitdrukkelijk gesproken over de uitgaven van eigen aandelen. Om in aanmerking te komen voor de driejaarstermijn is het dus vereist dat de verkrijgende vennootschap eigen aandelen uitgeeft aan de overdragende vennootschap. In de Memorie van Toelichting herziening regime fiscale eenheid geeft de

¹⁶³ Artikel 14, lid 1 Wet VPB 1969.

¹⁶⁴ Artikel 2, onderdeel j Fusierichtlijn

¹⁶⁵ Zie bijvoorbeeld HR 30 november 2012, nr. 11/00167

¹⁶⁶ HvJ EG, 15 januari 2002, nr. C-43/00

¹⁶⁷ Dit is het huidige artikel 2, onderdeel j waarin de definitie van tak van bedrijvigheid wordt gegeven

¹⁶⁸ HvJ EG, 15 januari 2002, nr. C-43/00, r.o. 24

staatssecretaris aan dat deze verscherpte eis is ingesteld om nog meer aan te sluiten bij de faciliteit van de bedrijfsfusie.¹⁶⁹

Dit vereiste is goed uitvoerbaar in het geval dat een overdracht plaatsvindt van een moedermaatschappij naar een dochtermaatschappij. In dit geval verkrijgt de dochtermaatschappij de vermogensbestanddelen en moet het hiervoor aandelen uitgeven aan de moedermaatschappij. Binnen een fiscale eenheid verandert dan niks. Het wordt ingewikkeld als de overdracht de andere kant op is of als deze tussen twee zustermaatschappij plaatsvindt. De Vries hoopte in 2000 dat in deze twee situaties de staatssecretaris zou bepalen dat de overdracht ook kan plaatsvinden zonder de overdracht van aandelen.¹⁷⁰ De staatssecretaris heeft deze vraag ook gekregen tijdens de parlementaire behandeling en geeft in mijn ogen een teleurstellend antwoord. Hij geeft aan dat in de bepaling zo dicht mogelijk wordt aangesloten bij de tekst van artikel 14 Wet VPB 1969, hierdoor is dus in alle mogelijke gevallen de uitreiking van aandelen verplicht.¹⁷¹

Volgens Kok zou de eis dat aandelen moeten worden uitgegeven kunnen leiden tot moeilijkheden in de praktijk.¹⁷² Maar deze situatie wordt wel gewoon gedekt door artikel 15ai, lid 3 Wet VPB 1969. Om mogelijke onoverzichtelijkheid te voorkomen is het mogelijk dat na de transactie, waarin een van de zustermaatschappijen dus aandelen verkrijgt van de andere zustermaatschappij, dat de zustermaatschappij deze verkregen aandelen binnen de fiscale eenheid weer overdraagt aan de moedermaatschappij.

Dat de verkorte sanctietermijn alleen is toegestaan als de overdracht plaatsvindt tegen de uitreiking van aandelen valt dus goed te rijmen met de bedrijfsfusiefaciliteit. Maar bij de bedrijfsfusiefaciliteit is ook een creditering toegestaan van maximaal 1% en niet meer dan €4.500.¹⁷³ In de Nota naar aanleiding van het Verslag herziening regime fiscale eenheid geeft de staatssecretaris aan dat de tegenprestatie binnen de fiscale eenheid niet kan bestaan uit een creditering.¹⁷⁴ Hierdoor lijkt het dus dat de staatssecretaris niet consistent is met het in overeenstemming brengen van de twee bepalingen.

5.4 Toepassing driejaarstermijn

Het is duidelijk dat de driejaarstermijn van toepassing is op de situatie waarin een bedrijfsfusie plaatsvindt binnen de fiscale eenheid. Echter, de staatssecretaris keurt ook goed dat de verkorte sanctietermijn mag worden gebruikt bij een juridische afsplitsing.¹⁷⁵ Hij geeft hier nog bij aan dat bij een zuivere splitsing of juridische fusie de bedrijfsfusieregeling niet zomaar kan worden doorgetrokken. Op het moment van de zuivere splitsing of juridische fusie is het zo dat tenminste een van de maatschappijen binnen de fiscale eenheid zal worden ontbonden, dit

¹⁶⁹ Kamerstukken II, 1999-2000, 26 854, nr. 3, blz. 48

¹⁷⁰ De Vries, *TFO 2000/6*

¹⁷¹ Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 39

¹⁷² Kok, *WFR 2001/1535*

¹⁷³ Besluit Staatssecretaris van Financiën 19 december 2000, nr. CPP 2000/3041M, onderdeel 3.6

¹⁷⁴ Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 39

¹⁷⁵ Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 40

zorgt dat niet meer zal worden voldaan aan het bezitsvereiste waardoor sprake is van ontvoeging.

In het besluit van 14 december 2010 geeft de staatssecretaris aan dat ook een situatie bestaat waarin de verkorte sanctietermijn kan worden toegepast als sprake is van een juridische fusie. Volgens de staatssecretaris kan zich bij de juridische fusie de situatie voordoen dat op grond van het civiele recht bij die fusie geen aandelen hoeven worden uitgereikt. In dit geval keurt de staatssecretaris goed dat de driejaarstermijn wordt toegepast, mits aan alle andere voorwaarden van deze termijn wordt voldaan.¹⁷⁶

5.5 Tegenbewijsregeling en zakelijke motieven

De inconsistentie komt nog meer naar voren omdat in artikel 15ai Wet VPB 1969 geen tegenbewijsregeling is opgenomen. Hierbij kom ik in eerste instantie weer terug op de driejaarstermijn in combinatie met het Leur-Bloem arrest. In dit arrest heeft het HvJ EU expliciet overwogen dat per geval moet worden bepaald of de faciliteit mag worden toegepast en dus geen algemene criteria mogen worden opgesteld.¹⁷⁷ In artikel 15ai Wet VPB 1969 is wel een algemeen criterium opgesteld: als de aandelen binnen drie jaar worden vervreemd dan wordt alsnog belast. Dit staat dus dwars op de uitspraak van het HvJ EU.¹⁷⁸

De wetgever had deze strijdigheid kunnen voorkomen door een tegenbewijsregeling op te nemen in artikel 15ai Wet VPB 1969. Hierdoor zou de driejaarstermijn dezelfde functie krijgen als in fusiefaciliteiten, waardoor de belanghebbende zou kunnen bewijzen dat de transactie gericht was op zakelijke motieven. Deze tegenbewijs regeling is niet te vinden in de bepaling. Heithuis geeft nog aan dat deze tegenbewijsmogelijkheid misschien te vinden is in artikel 15ai, lid 3, onderdeel a Wet VPB 1969.¹⁷⁹ Hij legt dit niet verder uit, maar zijn redenering is zo raar nog niet. Deze bepaling kan worden gezien als een 'vertaling' van het begrip zakelijke overwegingen. Er zou dan gesteld kunnen worden dat een overdracht die is verricht in het kader van een bij de aard en omvang passende normale bedrijfsuitoefening, altijd zakelijk is. Mocht de staatssecretaris dit voor ogen hebben, dan geeft hij daarbij ook aan dat de incidentele overdracht nooit zakelijk kan zijn.¹⁸⁰ Dit is iets wat mij onwaarschijnlijk lijkt, een zakelijke transactie kan in mijn ogen wel incidenteel zijn, ongeacht of deze onderdeel is van de normale bedrijfsuitoefening. De transactie kan bijvoorbeeld voortvloeien uit marktontwikkelingen of crisis (zoals de coronacrisis), maar niet passen in de normale bedrijfsuitoefening van een onderneming.

De staatssecretaris heeft in het Verslag herziening regime fiscale eenheid de vraag gekregen om verder toe te lichten waarom hij geen algemene tegenbewijs regeling heeft ingesteld zodat de belastingplichtige kan bewijzen dat zakelijke motieven ten grondslag liggen aan de transacties.¹⁸¹ De staatssecretaris geeft aan dat de twee regelingen (de bedrijfsfusie en de

¹⁷⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën, 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M, blz. 9

¹⁷⁷ HvJ EU 17 juli 1997, nr. C-28/95, r.o. 41

¹⁷⁸ Voor deze constatering neem ik aan dat de fiscale eenheid langs de Fusierichtlijn kan worden gelegd, later zal dit worden betwist.

¹⁷⁹ Heithuis, *TFO 2001/287*

¹⁸⁰ Zie paragraaf 2.4

¹⁸¹ Kamerstukken II, 1999-2000, 26 854, nr. 5, blz. 28

fiscale eenheid) allebei een andere achtergrond hebben. Hierdoor is het niet van belang om binnen de fiscale eenheid een transactie gebaseerd is op zakelijke motieven of op fiscale motieven. Volgens hem 'is het belangrijkste doel van het voorgestelde artikel 15ai om overdrachten van vermogensbestanddelen binnen fiscale eenheid alsnog in de heffing te betrekken indien de fiscale eenheid slechts korte tijd in stand is gebleven. Hierbij komt de vraag of sprake is van fiscale motieven niet aan de orde.'¹⁸² Daarnaast geeft hij ook nog aan dat binnen de fiscale eenheid de interne transacties buiten beschouwing blijven waardoor de overwegingen die ten grondslag liggen aan een transactie niet relevant zijn.¹⁸³

5.6 Fiscale non-existentie

In deze laatste zin maakt de staatssecretaris een koppeling met het begrip fiscale non-existentie. De essentie van de fiscale eenheid is dat belasting wordt geheven alsof er één belastingplichtige is.¹⁸⁴ Het effect hiervan is dat interne transacties tussen de verschillende maatschappijen fiscaal gezien niet relevant zijn; bij de belastingheffing wordt alles, heel simpel gezegd, toch op een grote hoop gegooid.

Het begrip is besproken in de uitspraak van de Hoge Raad van 8 oktober 2010.¹⁸⁵ In deze zaak was het zo dat binnen de fiscale eenheid een overdracht van een onderneming plaatsvond, tegen de uitreiking van aandelen. Binnen een periode van drie jaar had de moedermaatschappij een deel van de aandelen in de dochtermaatschappij vervreemd. Dit impliceert in eerste instantie dat de zestiende standaardvoorwaarde van kracht werd en dat dus een herwaardering naar WEV moest plaatsvinden van de overgedragen vermogensbestanddelen.¹⁸⁶ Echter, de belanghebbende beweerde dat de zestiende standaardvoorwaarde niet van toepassing mag zijn omdat hij gebruik heeft gemaakt van artikel 14 Wet VPB 1969 en de transactie dus volgens de bedrijfsfusie onbelast heeft plaatsgevonden. Daarnaast kan hij bewijzen dat hij niet voornemens was om binnen drie jaar de aandelen weer te vervreemden waardoor zakelijke motieven ten grondslag lagen aan de transactie.

In zijn verweerschrift geeft de staatssecretaris aan dat de belanghebbende een denkfout maakt. Op het moment van aangaan van de fiscale eenheid kan de belanghebbende geen gebruik meer maken van artikel 14 Wet VPB 1969. Het fiscale eenheidsregime zorgt voor fiscale non-existentie van onderlinge transacties. De staatssecretaris krijgt bijval van AG Wattel waarna de Hoge Raad als volgt oordeelt: 'In het onderhavige geval worden de gevolgen van de bedrijfsfusie en de latere aandelenverkoop beheerst door het bepaalde bij en krachtens artikel 15 van de Wet, het fiscale eenheidsregime. Op de onderhavige bedrijfsfusie is dientengevolge het bepaalde in artikel 14 van de Wet niet van toepassing zodat de begrippen en bepalingen die artikel 14 van de Wet gemeen heeft met de Fusierichtlijn,

¹⁸² Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 38

¹⁸³ Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 30

¹⁸⁴ Artikel 15, lid 1 Wet VPB 1969

¹⁸⁵ HR 8 oktober 2010, nr. 08/04644

¹⁸⁶ Deze situatie gaat nog over de zestiende standaardvoorwaarde, maar voor de uitleg van de fiscale non-existentie heeft dit geen effect.

evenmin relevant zijn.¹⁸⁷ Hierdoor stelt de Hoge Raad in navolging van de staatssecretaris dat artikel 15ai Wet VPB niet langs de meetlat van de Fusierichtlijn kan worden gelegd, het zijn twee verschillende regelingen.

¹⁸⁷ HR 8 oktober 2010, nr. 08/04644, r.o. 3.3.3

6. Conclusie en Discussie

6.1 Samenvatting en Conclusie

De hoofdvraag die centraal stond in deze scriptie luidt als volgt:

Is de antimisbruikbepaling van artikel 15ai wet op de Vennootschapsbelasting 1969 in strijd met de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden heb ik eerst gekeken naar de werking van artikel 15ai Wet VPB 1969. Hieruit kwam naar voren dat dit artikel is ingevoerd om misbruik van de fiscale eenheid tegen te gaan door de belaste overdracht van een vermogensbestanddeel om te zetten in een onbelaste vervreemding van aandelen met behulp van de deelnemingsvrijstelling. Deze sanctie is niet van toepassing als drie kalenderjaren zijn verstreken na de overdracht van een zelfstandig onderdeel van een onderneming waarbij de tegenprestatie de uitgave van eigen aandelen betrof.

Een andere manier om vermogensbestanddelen over te dragen zonder (onmiddellijke) belastingheffing is door middel van de fusie- en splitsingsfaciliteiten die zijn afgeleid uit de Fusierichtlijn. De Fusierichtlijn kent ook een eigen antimisbruikbepaling die is geïntegreerd in de Nederlandse wetgeving. Deze bepaalt dat als geen zakelijke motieven ten grondslag liggen aan de fusie of splitsing, dat deze rechtshandeling is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing en dat deze faciliteit moet worden teruggenomen. Daarnaast is in de Nederlandse bepaling nog een vervreemdingsverbod toegevoegd. Als de aandelen in een van de twee betrokken vennootschappen binnen drie jaar worden vervreemd, dan treedt het rechtsvermoeden in werking dat de transactie niet plaats heeft gevonden op grond van zakelijke overwegingen.

Er is discussie of dit vervreemdingsverbod in strijd is met de Fusierichtlijn of niet. Het feit is wel dat deze driejaarstermijn ook is neergelegd in artikel 15ai Wet VPB 1969. De wetgever heeft dit gedaan om de fiscale eenheid en de bedrijfsfusie allebei even aantrekkelijk te maken voor een interne reorganisatie. Echter, in artikel 15ai Wet VPB 1969 is geen zakelijkheids criterium neergelegd en is volgt dus onmiddellijk herwaardering als de fiscale eenheid binnen drie jaar na de overdracht wordt ontvoegd.

Op wat voor gronden de transactie binnen de fiscale eenheid plaatsvindt is volgens de staatssecretaris namelijk niet relevant. Hij geeft aan dat de regelingen omtrent de fusie- en splitsingsfaciliteiten een andere achtergrond hebben dan de regeling omtrent de fiscale eenheid. Op het moment dat een belanghebbende kiest voor het regime voor de fiscale eenheid, dan zet hij de regelingen omtrent de fusies en splitsingen buitenspel. Dit komt door het begrip fiscale non-existentie. Dit betekent dat de interne transacties binnen de fiscale eenheid niet te zien zijn voor de buitenwereld. Het is dus niet van belang op welke gronden de transactie is gedaan. De staatssecretaris wordt gesteund door de AG en de Hoge Raad in de zaak van 8 oktober 2010.

De hoofdvraag moet dus ontkennend worden beantwoord. De antimisbruikbepaling van de fiscale eenheid is niet in strijd met de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn. De bepalingen komen op een aantal punten overeen, maar op sommige punten is artikel 15ai

Wet VPB 1969 niet verenigbaar met de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn. Desondanks is artikel 15ai Wet VPB 1969 niet in strijd met de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn. Hiervoor moet een stap terug worden gedaan om te zien dat artikel 15ai Wet VPB 1969 onder het fiscale eenheidsregime valt. Hier is de fiscale non-existentie leidend waardoor het niet uitmaakt hoe artikel 15ai Wet VPB 1969 is vormgegeven ten opzichte van de Fusierichtlijn.

6.2 Discussie

Het is duidelijk dat artikel 15ai Wet VPB 1969 niet in strijd is met de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn. Echter, dit betekent niet dat ik denk dat er nog eens goed moet worden gekeken naar artikel 15ai Wet VPB 1969. In paragraaf 5.4 liet ik het al doorschemeren, maar ik denk dat moet worden gekeken of het wenselijk is dat de zakelijkheid een rol gaat spelen bij de transacties binnen de fiscale eenheid. Op dit moment is dat niet het geval. De ratio achter de fiscale eenheid is immers dat de transacties binnen de fiscale eenheid fiscaal onzichtbaar zijn waardoor het niet relevant is wat de gronden van deze transacties zijn.

Dit brengt mij terug bij het arrest dat het HvJ EU op 21 januari 2021 heeft gewezen.¹⁸⁸ Het kernpunt hieruit is dat als sprake is van marktconforme voorwaarden dat geen sprake is van misbruik van recht. Mocht deze definitie van misbruik van recht door het HvJ EU worden doorgezet, dan zou het zo kunnen zijn dat ook aan de antimisbruikbepaling fiscale eenheid een zakelijkheidstoets moet worden toegevoegd. Dit zou dan tot gevolg hebben dat als een transactie binnen de fiscale eenheid gebaseerd is op zakelijke gronden en gebeurt volgens marktconforme voorwaarden, bij ontvoeging geen sprake mag zijn van herwaardering.

Mocht het HvJ EU deze definitie van rechtsmisbruik doortrekken en de wetgever acht het noodzakelijk dat artikel 15ai, lid 3 Wet VPB 1969 moet worden aangepast dan moet onder andere worden onderzocht hoe deze bepaling moet worden aangepast en of de fiscale non-existentie niet in het geding komt.

Al met al is artikel 15ai Wet VPB 1969 niet langs de meetlat van de Fusierichtlijn te leggen en is daardoor ook geen sprake van enige strijdigheid. Het is echter mogelijk dat artikel 15ai Wet VPB 1969 in de toekomst wel in strijd zal zijn met het algemene begrip van rechtsmisbruik en dat is iets wat zeker de moeite waard is voor verder onderzoek.

¹⁸⁸ HvJ EU 21 januari 2021, C-484

7. Bronnenlijst

7.1 Rechtsbronnen

Artikel 2:309 Burgerlijk Wetboek

Artikel 2:334a Burgerlijk Wetboek

Artikel 4 Algemene wet inzake Rijksbelastingen

Artikel 3.54 Wet Inkomstenbelasting 2001

Artikel 3.55 Wet Inkomstenbelasting 2001

Artikel 2 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 13 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 14 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 14a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 14b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 15 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (tekst 2002)

Artikel 15 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 15aa Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 15ai Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Artikel 8 Besluit Fiscale Eenheid 2003

Artikel 14 Besluit Fiscale Eenheid 2003

7.2 Europese Rechtsbronnen

Richtlijn 2009/133/EG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat

Artikel 4 OESO Model Verdrag

7.3 Jurisprudentie

Hof van Justitie EU 21 januari 2021, nr. C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Arrest Lexel*)

Hof van Justitie EU 8 maart 2017, nr. C-14/16, ECLI:EU:C:2017:177 (*Euro Park*)

Hof van Justitie EU 10 november 2011, nr. C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*)

Hof van Justitie EU 20 mei 2010, nr. C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282 (*Zwijnenburg*)

Hof van Justitie EU 5 juli 2007, nr. C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 (*Kofoed*)

Hof van Justitie EU 12 september 2006, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*Cadbury Schweppes*)

Hof van Justitie EU 15 januari 2002, nr. C-43/00, ECLI:EU:C:2002:15 (*Randers Sport A/S*)

Hof van Justitie EU 17 juli 1997, nr. C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*)

Hoge Raad 30 maart 2018, nr. 17/00726, ECLI:NL:HR:2018:459

Hoge Raad 30 november 2012, nr. 11/00167, ECLI:NL:HR:2012:BV7390

Hoge Raad 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629

Hoge Raad 8 oktober 2010, nr. 08/04644, ECLI:NL:PHR:2010:BL0124

Hoge Raad 2 juni 2006, nr. 41 942, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201

Hoge Raad 13 januari 2006, nr. 42 101, ECLI:NL:HR:2006:AU9526

Hoge Raad 25 maart 1998, nr. 32 945, ECLI:NL:PHR:1998:AA2520

Hoge Raad 18 december 1991, nr. 26 153, ECLI:NL:HR:1991:ZC4825

Hof Arnhem-Leeuwarden 10 januari 2017, nr. 16/00120, ECLI:NL:GHARL:2017:130

Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/6079, ECLI:NL:GHAMS:2004:AV3543

Conclusie AG Wattel bij Hof van Justitie EU 8 maart 2017, nr. C-14/16, ECLI:EU:C:2016:806

7.4 Parlementaire stukken

Besluit Staatssecretaris van Financiën 20 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520M

Memorie van Antwoord, Kamerstukken I, vergaderjaar 2007-2008, 30 929, nr. C

Besluit Staatssecretaris van Financiën 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M

Besluit Staatssecretaris van Financiën 11 februari 2003, CPP2002/3783M

Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken I, vergaderjaar 2002-2003, 26 854, nr. 45a

Memorie van Antwoord, Kamerstukken I, vergaderjaar 2000-2001, 26 854, nr. 45d

Besluit Staatssecretaris van Financiën 19 december 2000, nr. CPP 2000/3041M

Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken II, vergaderjaar 2000-2001, 26 854, nr. 6

Verslag, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999-2000, 26 854, nr. 5

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, vergaderjaar 1999-2000, 26 854, nr. 3

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, vergaderjaar 1997-1998, 26 727, nr. 3

Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken II, vergaderjaar 1997-1998, 25 709, nr. 5

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, vergaderjaar 1997-1998, 25 709, nr. 3

Besluit Staatssecretaris van Financiën 30 september 1991, DB91/2309

Besluit Staatssecretaris van Financiën 28 april 1983, 282-13 657

7.5 Overige literatuur

Albert, FED 2000/65

P.H.G. Albert, 'Belastingontwijking vormt niet het hoofdmotief voor de aandelen-ruil; Hoge Raad stelt - in afwijking van advies van A-G - géén prejudiciële vragen', *FED 2000/65*, afl. 2794

Bavinck, WFR 2000/67

C.B. Bavinck, 'Enkele regelingen bij voeging en ontvoeging', *WFR 2000/67*, afl. 6370

Boulogne, 2016

G.F. Boulogne, *Shortcomings in the EU Merger Directive*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2016

Bruijsten, 2016

C. Bruijsten, *Waarschijnlijkheid van fiscale rechtsgevolgen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Brummer en Thijssen, WFR 2003/401

G.B.A. Brummer en J.B. Thijssen, 'De ontgaanstoets in de fusie- en splitsingsfaciliteiten', *WFR 2003/401*, afl. 6520

De Roos en De Vries, WFR 2001/987

I. de Roos en R.J. de Vries, 'Het wetsvoorstel "Herziening fiscale-eenheidsregime" herzien: een nieuwe start', *WFR 2001/987*, afl. 6443

De Vries, TFO 2000/6

R.J. de Vries, 'Het voorgestelde fiscale eenheids-regime: voor- en achteruitgang', *TFO 2000/6*, afl. 47

Englisch, 2011

J. Englisch, *National Measures To Counter Tax Avoidance Under The Merger Directive*, Oxford Centre For Business Taxation 2011

Heithuis, TFO 2001/287

E.J.W. Heithuis, 'Herziening regime fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *TFO 2001/287*, afl. 58

Heithuis, 2009

E.J.W. Heithuis, *Compendium Vennootschapsbelasting. Inclusief dividendbelasting en tax accounting.*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Heithuis, WFR 2015/1348

E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!', *WFR 2015/1348*, afl. 7120

Hoogwout, 2008

T. Hoogwout, *Bedrijfsopvolging*, Deventer: Wolters Kluwer 2008

Immerseel, WFR 2002/1102

S.F. Immerseel, 'Belastingontwijking: uitstel of afstel?', *WFR 2002/1102*, afl. 6491

Kok, WFR 2001/1534

Q.W.J.C.H. Kok, 'De Zestiende standaardvoorwaarde herzien', *WFR 2001/1534*, afl. 6455

Monteiro en Lugten, *Forfaitair 2011/219-04*

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

NOB, 2003

Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, 'NOB-commentaar op Wetsvoorstel Herziening regime fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', 23 maart 2000

OESO, 2006

OESO, 'Assessment by the Global Forum on Taxation, 2006

Petrosovitch, *European Taxation 2010*

K. Petrosovich, 'European Union – Abuse under the Merger Directive', *European Taxation 2010*, afl. 12

Schuilig, 2016

B.A. Schuilig, *Levering en verpanding*, Oss: Wolters Kluwers 2016

SDU, 2020

SDU, 'Schema fiscale faciliteiten bij herstructurering voor IB en VPB', januari 2020

Smits, *WFR 2007/409*

L.B. Smits, 'Europeesrechtelijke fricties inzake art. 14a, zesde lid, Wet VPB 1969', *WFR 2007/409*, afl. 6715

Sørensen, *Common Market Law Review 2006*

K.E. Sørensen, 'Abuse of right in community law: a principle of substance or merely rhetoric', *Common Market Law Review 2006*, Afl. 2

Van der Burgt, 2009

G.C. Van der Burgt, *De bedrijfsfusie in de wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2009

Van der Geld, *BNB 2000/111*

J.A.G. Van der Geld, 'Vormt belastingfraude of -ontwijking een van de hoofddoelen van de voorgenomen aandelenruil?', *BNB 2000/111*, afl. 7

Van der Geld, *BNB 2006/282*

J.A.G. Van der Geld, 'Afsplitsingsfaciliteit. In overwegende mate zakelijke overwegingen', *BNB 2006/282*, afl. 19

Weber, *European Taxation 2013*

D.M. Weber, 'Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1', *European Taxation 2013*, afl. 6

Wisman, *Tax Live 2021*

Ciska Wisman, 'Bedoeld of onbedoeld: verrassende wending EU-uitleg 'belastingontwijking'', *Tax Live 2021*