

# De toepassing *ratione personae* van de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969

mr. G.F. Boulogne<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In veel van zijn publicaties gaat Jaap Bellingwout in op onderwerpen die zich bevinden op het snijvlak van drie rechtsgebieden: het belastingrecht, het Europese recht en het (internationale) privaatrecht. Zo analyseerde hij, onder meer, fiscale aspecten van de SE-verordening,<sup>2</sup> implementatieraadsels van de Moeder-dochterrichtlijn<sup>3</sup> en (on-)mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting na het arrest *Cartesio*.<sup>4</sup> De basis van zijn belangstelling voor deze onderwerpen legde hij waarschijnlijk tijdens zijn promotieonderzoek naar de zetelverplaatsing van rechtspersonen.<sup>5</sup>

Het onderwerp van deze bijdrage, de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969, laat zich eveneens onder genoemde drie-eenheid scharen. Deze bepalingen vormen de nationaalrechtelijke implementatie van de EU-fusierichtlijn<sup>6</sup> en zij dienen de volledige werking van die richtlijn te garanderen. In deze bijdrage doe ik aanbevelingen ter verruiming van de personele reikwijdte van deze faciliteiten bij grensoverschrijdende reorganisaties binnen de Europese Unie. Het belang voor de Nederlandse economie van dergelijke reorganisaties lijkt lastig te overschatten: vele van 'onze' beursparels zijn immers ontstaan uit fusies tussen Nederlandse en buitenlandse ondernemingen, denk bijvoorbeeld aan Reed Elsevier of Akzo Nobel.<sup>7</sup> Een verruimde reikwijdte van de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 leidt tot een versterking van de concurrentiekracht van het Nederlandse fiscale stelsel. Het is hierbij niet alleen *wenselijk* dat de wetgever gehoor geeft aan

---

1 Frederik Boulogne is verbonden aan PwC (EU Direct Tax Group) en aan de Vrije Universiteit Amsterdam. De auteur verricht promotieonderzoek naar de tekortkomingen in de EU-fusierichtlijn.

2 J.W. Bellingwout & J.L. van de Streek, 'Fiscale aspecten van de Societas Europaea (i)', *MBB* 2003/11, p. 337-350 en J.W. Bellingwout & J.L. van de Streek, 'Fiscale aspecten van de Societas Europaea (ii)', *MBB* 2004/2, p. 61-79.

3 J.W. Bellingwout, 'Implementatieraadsels: de nieuwe Moeder-dochterrichtlijn', in: H.M.N. Schonis & G.T.K. Meussen (red.), *Gedreven, eigenzinnig, creatief en honkvast* (Schonis-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 39-54.

4 HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06, *Cartesio*. Zie J.W. Bellingwout, 'Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail', *WFR* 2009/6800, p. 217-227 en J.W. Bellingwout & M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later ...', *WFR* 2012/6935, p. 1728-1739.

5 J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen, privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten* (diss. Nijmegen), Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 54, Deventer: Kluwer 1996.

6 Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009.

7 Elsevier NV en het Britse Reed International PLC: [www.reed-elsevier.com/aboutus/OurHistory/Pages/Home.aspx](http://www.reed-elsevier.com/aboutus/OurHistory/Pages/Home.aspx) en Akzo NV en het Zweedse Nobel Industries: [www.akzonobel.com/eka/aboutus/history/](http://www.akzonobel.com/eka/aboutus/history/).

mijn aanbevelingen, sommige aanpassingen lijken mij zelfs *noodzakelijk* om strijdigheden met het internationale en het Europese recht weg te nemen.

## 2. Speelveld

Wanneer ik me beperk tot het *fiscale* speelveld bij grensoverschrijdende reorganisaties, wordt duidelijk dat hierin diverse lagen kunnen worden onderscheiden. Relevante nationale wetsbepalingen zijn onder meer art. 3.55 – 3.57 en art. 4.41 – 4.42 Wet IB 2001 en art. 14 – 14b Wet VPB 1969. Deze bepalingen dienen richtlijnconform te worden uitgelegd.<sup>8</sup> Daarnaast is er de EU-fusierichtlijn, waarvan de reikwijdte, krachtens art. 1 onderdeel a, beperkt is tot fusies etc. “waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn”. Echter, omdat de Nederlandse wetgever reorganisaties die onder de richtlijn vallen en reorganisaties die daar niet onder vallen “op nauwkeurig identieke wijze (...) heeft geregeld”,<sup>9</sup> dienen de desbetreffende bepalingen in de Wet IB 2001 en de Wet VPB 1969 ook bij zuiver interne reorganisatie richtlijnconform te worden uitgelegd.

Bij reorganisaties buiten de reikwijdte van de EU-fusierichtlijn, is Nederland in beginsel soeverein bevoegd in de vormgeving van zijn belastingheffing. Deze bevoegdheid dient volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU echter in overeenstemming met het Unierecht te worden uitgeoefend.<sup>10</sup> In de zaak *SEVIC AG* expliciteerde het HvJ EG dat grensoverschrijdende fusies “bijzondere wijzen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging vormen”.<sup>11</sup> Deze overweging geldt naar mijn mening evenzeer met betrekking tot de andere in de EU-fusierichtlijn genoemde reorganisatievormen, zoals splitsingen en bedrijfsfusies. Ook de vrijheid van kapitaalverkeer kan aan de orde zijn bij grensoverschrijdende reorganisaties.<sup>12</sup>

De door Nederland gesloten belastingverdragen kunnen van invloed zijn op de vraag of nationaalrechtelijke bepalingen in overeenstemming zijn met de EU-fusierichtlijn of de vrije verkeersbepalingen. Een treffend voorbeeld is de belastingheffing van een buitenlandse aandeelhouder bij de vervreemding van diens ‘aanmerkelijke belang’ in een in Nederland gevestigde vennootschap.<sup>13</sup> Een dergelijke heffing zal op grond van het vermogenswinstartikel (art. 13 lid 5) in veel van de door Nederland gesloten OESO-conforme belastingverdragen niet toegestaan zijn. In die gevallen zal de Nederlandse heffing op grond van het nationale recht geen strijdigheid (kunnen) opleveren met de EU-fusierichtlijn of de vrijeverkeersbepalingen.

<sup>8</sup> Ik abstraheer van de (mogelijke) doorwerking van de EU-fusierichtlijn in het nationale recht door middel van (i) directe werking of (ii) een *Francovich*-overheidsaansprakelijkheidprocedure. Zie in dit verband J.M. Prinszen, *Doorwerking van Europees recht: de verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid* (diss. Amsterdam UvA), Serie Europese monografieën deel 73, Deventer: Kluwer 2004.

<sup>9</sup> HR 4 februari 1998, nr. 30 074, *BNB* 1998/176.

<sup>10</sup> Zie bijv. HvJ EG 18 juni 2009, nr. C-303/07 (*Aberdeen Property*), r.o. 24.

<sup>11</sup> HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03, (*SEVIC AG*), r.o. 19.

<sup>12</sup> Bijvoorbeeld bij een aandeelhouder die een minderheidsbelang ruilt, als gevolg waarvan de verwervende vennootschap een meerderheidsbelang verkrijgt in de verworven vennootschap.

<sup>13</sup> Op grond van art. 3 jo. art. 17 lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969.

Tot slot bepalen ook de non-discriminatiebepalingen in de door Nederland gesloten bilaterale en multilaterale verdragen (zoals bijv. het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: 'IVBPR')) de reikwijdte van de reorganisatiefaciliteiten.

### 3. De personele reikwijdte van de EU-fusierichtlijn

#### 3.1. Inleiding

Voordat een oordeel gevormd kan worden over de reorganisatiefaciliteiten in nationale wet, dient eerst de personele reikwijdte is van de EU-fusierichtlijn te worden vastgesteld. Dit blijkt, zacht gezegd, nog niet zo'n eenvoudige exercitie. Zoals hierboven is opgemerkt, bepaalt art. 1 onderdeel a, dat de EU-fusierichtlijn van toepassing is op fusies etc. "waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn". Art. 3 van de EU-fusierichtlijn bepaalt dat onder de term 'vennootschap van een lidstaat' wordt verstaan een vennootschap:

- a) die een van de in bijlage I, deel A, genoemde rechtsvormen heeft;
- b) die volgens de fiscale wetgeving van een lidstaat wordt geacht fiscaal in die lidstaat te zijn gevestigd en die volgens een met een derde land gesloten verdrag inzake dubbele belastingheffing niet wordt geacht fiscaal buiten de Gemeenschap te zijn gevestigd, en
- c) die, zonder mogelijkheid van keuze en zonder ervan te zijn vrijgesteld, is onderworpen aan een van de in bijlage I, deel B, genoemde belastingen of aan enige andere belasting die in de plaats zou komen van een van die belastingen."

#### 3.2. De term 'vennootschap'

##### 3.2.1. Inleiding

De EU-fusierichtlijn definieert de term 'vennootschap' niet. De vraag of een bepaald lichaam kwalificeert als een 'vennootschap' in de zin van de EU-fusierichtlijn is relevant wanneer het een lichaam betreft uit een lidstaat waarvan niet alle kwalificerende rechtsvormen expliciet genoemd zijn in bijlage I, deel A, bij de EU-fusierichtlijn, maar waarbij (tevens) gebruik gemaakt is van restclausules zoals "[d]e vennootschappen naar het recht van het Verenigd Koninkrijk". Bij lichamen met een expliciet genoemde rechtsvorm, staat de kwalificatie van dat lichaam als 'vennootschap' in de zin van de EU-fusierichtlijn buiten kijf.

##### 3.2.2. Letterlijke interpretatie

Uit de zaak *CILFIT* blijkt dat een letterlijke interpretatie van de term 'vennootschap' dwingt tot een vergelijking van de verschillende (authentieke) taalversies.<sup>14</sup> Het is goed denkbaar dat die taalkundige uitleg gekleurd zal zijn door verschillen

---

<sup>14</sup> HvJ EG 6 oktober 1982, nr. 283/81 (*CILFIT*), r.o. 18-20.

tussen de rechtstelsels in de lidstaten. In het Verenigd Koninkrijk, dat een ‘*common law*’ rechtstelsel kent, bestaat een onderscheid tussen ‘*companies*’ en ‘*partnerships*’.<sup>15</sup> ‘*Companies*’ hebben rechtspersoonlijkheid, terwijl ‘*partnerships*’ rechtspersoonlijkheid ontberen. Op basis van dit onderscheid zal het Verenigd Koninkrijk wellicht aannemen dat een Britse ‘*partnership*’ geen toegang heeft tot de EU-fusierichtlijn. De ruime bewoording van de Britse paragraaf (ab) bij de bijlage bij de EU-fusierichtlijn staat aan die conclusie niet in de weg. In bijvoorbeeld Nederland en België, die beiden een ‘*civil law*’ rechtstelsel kennen, is het ‘*common law*’ onderscheid tussen ‘*companies*’ en ‘*partnerships*’ vervangen door een onderscheid tussen personenvennootschappen (‘*sociétés de personnes*’) en kapitaalvennootschappen (‘*sociétés de capitaux*’).<sup>16</sup> Er zijn voorbeelden van kapitaalvennootschappen (bijv. de Belgische ‘*société en nom collectif/vennootschap onder firma*’) die de eigenschappen hebben van een ‘vennootschap’ onder civiel recht, maar die vanwege hun persoonlijke karakter meer gelijkenis vertonen met een ‘*partnership*’ onder ‘*common law*’. Echter, omdat deze rechtsvormen expliciet genoemd zijn in de bijlage bij de EU-fusierichtlijn, zal een ‘*common law*’ lidstaat, zoals het Verenigd Koninkrijk, een dergelijke kapitaalvennootschap dienen te erkennen als een ‘vennootschap van een lidstaat’ in de zin van de EU-fusierichtlijn. Het gebruik van de paraplueterm ‘vennootschap’ is daarom soms niet alleen verwarrend vanwege de verschillen tussen de rechtstelsels in de lidstaten, het gebruik van deze term is soms zelfs (civielrechtelijk) onjuist binnen één rechtstelsel. Zo is de coöperatie genoemd als een van de ‘vennootschappen naar Nederlands recht’ in de Nederlandse paragraaf (s) van de bijlage. Een coöperatie is echter geen ‘vennootschap’ in het Nederlandse burgerlijke recht.<sup>17</sup>

### 3.2.3. Systematische interpretatie

Bij een systematische interpretatie dient de term ‘vennootschap’ te worden geplaatst in het geheel van regels waarvan hij onderdeel uitmaakt.<sup>18</sup> Binnen de EU-fusierichtlijn lijkt deze term een vrij generieke betekenis te hebben. Hoewel deze term ook voorkomt in andere richtlijnen op het gebied van de directe belastingen, kan daaruit evenmin zijn betekenis worden afgeleid. Zinvoller lijkt het om te kijken naar de betekenis van de gelijkkluidende term in art. 54 VWEU, dat de personele reikwijdte

15 Zie bijv. J. Heenen, ‘Chapter 1: Partnerships and other personal associations for profit’, in: A. Conard en D. Vagts (red.), *The International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume XIII: Business and Private Organizations, Leiden, Boston: Mohr, Siebeck, Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 8 en J. Maitland-Walker, ‘United Kingdom’, in: J. Maitland-Walker (red.), *Guide to European Company Laws*, Londen: Sweet & Maxwell 2008, p. 951. Zie ook G.K. Fibbe, ‘The different translations of the term ‘company’ in the Merger Directive and the Parent Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues?’, *EC Tax Review* 2006/2, p. 95-102, die verwijst naar J.F. Avery Jones e.a., ‘Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax’, *Bulletin Tax Treaty Monitor*, juli 2002, p. 288-320.

16 Zie G.K. Fibbe, ‘The different translations of the term ‘company’ in the Merger Directive and the Parent Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues?’, *EC Tax Review*, 2006/2, p. 97 en J.F. Avery Jones e.a., ‘Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax’, *Bulletin Tax Treaty Monitor*, juli 2002, p. 291.

17 Zie het onderscheid tussen ‘vennootschappen’ en ‘coöperaties’ in art. 2:3 BW en de aparte titels waaronder ‘vennootschappen’ (titels 4 en 5) en ‘coöperaties’ (titel 3) worden beheerst in het BW.

18 Zie bijv. HvJ EG 27 oktober 1977, nr. 30/77 (*Régina v. Pierre Bouchereau*), r.o. 14.

van de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) nader invult. Art. 54, tweede volzin, VWEU bepaalt dat:

“[o]nder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.”

Er zijn twee goede argumenten om houvast te zoeken bij deze definitie. Ten eerste is de EU-fusierichtlijn vastgesteld door de Raad op grond van (het huidige) art. 115 VWEU als een maatregel “die rechtstreeks van invloed (...) [is] op de instelling of de werking van de interne markt”. De vrijheid van vestiging is onderdeel van het vrije verkeer van personen en zij is een *conditio sine qua non* voor het functioneren van de interne markt. Ten tweede heeft het HvJ EU in de zaak *SEVIC AG* geëxpliciteerd dat grensoverschrijdende fusies “bijzondere wijzen van de uitoefening van de vrijheid van vestiging vormen”.

#### 3.2.4. Teleologische interpretatie

De doelstelling van de EU-fusierichtlijn is tweeledig: enerzijds het wegnemen van fiscale obstakels bij grensoverschrijdende fusies,<sup>19</sup> anderzijds het beschermen van de financiële belangen van de lidstaten.<sup>20</sup> Deze doelstelling biedt geen aanwijzingen dat de reikwijdte van de EU-fusierichtlijn beperkt zou moeten blijven tot ‘vennootschappen’ in civielrechtelijke zin. Integendeel, uit twee wijzigingsvoorstellen van de EU-fusierichtlijn door de Europese Commissie<sup>21</sup> en uit de Company Taxation Study uit 2001<sup>22</sup> blijkt steun te vinden voor de opvatting dat toegang tot de EU-fusierichtlijn zou moeten openstaan voor alle vennootschappen die inwoner zijn van een lidstaat en die in een lidstaat onderworpen zijn aan een winstbelasting.

Overigens, vanuit de gedachte dat het Nederlandse heffingsrecht verzekerd dient te blijven, kan ik de uitsluiting van bijv. een stichting of een vereniging bij een *zuiver interne* fusie nog begrijpen. Zo wordt immers voorkomen dat bij een fusie van een ‘passieve’ BV (zij houdt slechts beleggingen) in een stichting, de beleggingen van de BV uit de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting verdwijnen omdat de

19 In de zaak-*Leur Bloem* leidde het HvJ EU uit de considerans van de EU-fusierichtlijn de doelstelling af dat: “fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil waarbij vennootschappen uit verschillende Lid-Staten zijn betrokken, niet moeten worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften van de Lid-Staten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies”. HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95 (*Leur-Bloem*), r.o. 45.

20 Zie bijv. de Conclusie van Advocaat-Generaal Jacobs van 17 september 1996, nr. C-130/95 (*Leur-Bloem*), punt 58.

21 Zie punt 2 van het Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten COM(1993) 293 definitief, *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* 93/C 225/05, 20 augustus 1993 en punt 8 van het Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten, COM(2003) 613 definitief – CNS 2003/0239, *Commissie van de Europese Gemeenschappen*, 17 oktober 2003.

22 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité – Naar een interne markt zonder belastingbelemmeringen – Een strategie voor het verschaffen van een geconsolideerde heffingsgrondslag aan ondernemingen voor de vennootschapsbelasting op hun activiteiten in de gehele EU, COM(2001) 582 definitief, 23 oktober 2001, p. 235.

stichting slechts vennootschapsbelastingplichtig is voor zover zij een onderneming drijft. Dit lek is echter ondervangen in art. 14b Wet VPB 1969: bij een *ruisende* fusie dient de BV af te rekenen over de stille reserves op haar beleggingen, terwijl bij een *geruisloze* fusie latere heffing verzekerd dient te zijn (*quod non*). Dit punt is bij *grensoverschrijdende* fusies echter niet aan de orde: slechts de belastingplicht van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap is van belang voor de vraag of het heffingsrecht van de lidstaat van de inbrengende vennootschap verzekerd is.

### 3.3. De drie cumulatieve vereisten van art. 3 van de EU-fusierichtlijn

De drie vereisten in art. 3 van de EU-fusierichtlijn – het ‘rechtsvormvereiste’, het ‘vestigingsvereiste’, en het ‘onderworpenheidsvereiste’ – hoeven niet noodzakelijk in dezelfde lidstaat te worden vervuld.<sup>23</sup> In de literatuur is een casus beschreven waarin een *dual resident* vennootschap haar onderneming drijft met behulp van een vaste inrichting in een derde lidstaat. De drie vereisten van art. 3 zouden dan in drie afzonderlijke lidstaten zijn voldaan.<sup>24</sup>

Om vervolgens te kunnen vaststellen dat bij de grensoverschrijdende reorganisatie “vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn”, moet worden bepaald aan welke lidstaat een vennootschap ‘toebehoort’. In de literatuur is wel betoogd dat, indien de drie vereisten van art. 3, van de EU-fusierichtlijn in meer lidstaten worden vervuld, de betreffende vennootschap een vennootschap van elk van deze lidstaten is. In dat geval zou automatisch voldaan zijn aan de voorwaarde in art. 1, onderdeel a, van de EU-fusierichtlijn.<sup>25</sup> Deze redenering stuit naar mijn mening echter af op het gebruik van het enkelvoudige “lidstaat van de vennootschap”,<sup>26</sup> hetgeen suggereert dat een vennootschap slechts een ‘vennootschap van één lidstaat’ kan zijn. Het is daarom de vraag welke van de drie vereisten in art. 3 van de EU-fusierichtlijn doorslaggevend is voor de nationaliteit van een vennootschap. Indien het ‘rechtsvormvereiste’ bepalend zou zijn, dan zou dat betekenen dat een fusie van een in Nederland gevestigde Britse Limited in een in Nederland gevestigde BV kwalificeert als een fusie waarbij vennootschappen van twee lidstaten betrokken zijn.<sup>27</sup> Het Verenigd Koninkrijk zou in dat geval – op grond van de EU-fusierichtlijn – niet verplicht zijn om de overname van boekwaarden etc. door de ontvangende vennootschap toe te staan,<sup>28</sup> aangezien de bezittingen van de Britse Limited geen Britse vaste inrichting vormen. Nederland zou evenmin verplicht zijn om de doorschuivingsfaciliteiten te bieden: deze verplichting rust immers slechts

23 Zie bijv. E. van den Brande-Boomsluiters, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 44 en B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV 2008, p. 535.

24 Zie bijv. E. van den Brande-Boomsluiters, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 44.

25 Zie bijv. R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham, & D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, par. 7.2.3.C.d. (elektronische editie).

26 Zie bijv. art. 4 lid 5, art. 5 en art. 10, tweede volzin, van de EU-fusierichtlijn.

27 Zie bijv. O. Thömmes, ‘Merger Directive’, *EC Corporate Tax Law* (Amsterdam: IBFD, losbladig), Chapter 1, paragrafen 31-32 en M.V. Lambooy, ‘De moeder-dochterrichtlijn en de Nederlandse wetgeving’, *FED* 1991, p. 467-486.

28 Op grond van art. 4 lid 1 jo. lid 5, art. 5 en art. 6 van de EU-fusierichtlijn.

op de lidstaat van de inbrengende vennootschap (het Verenigd Koninkrijk). Op systematische gronden dient de toekenning van beslissende betekenis aan het rechtsvormvereiste daarom te worden afgewezen. Dit standpunt wordt ondersteund door het feit dat indien de ontvangende vennootschap eveneens een Britse Limited zou zijn, maar feitelijk gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, de EU-fusierichtlijn niet van toepassing zou zijn omdat slechts vennootschappen van één lidstaat bij de fusie betrokken zouden zijn. Dit, terwijl de fusie wel degelijk een grensoverschrijdende element bevat (de Britse ontvangende vennootschap verkrijgt een Nederlandse vaste inrichting).<sup>29</sup>

Van den Broek acht het vestigingsvereiste doorslaggevend en kent daarbij gewicht toe aan de belangrijke rol van het begrip ‘inwoner’ in het internationale belastingrecht.<sup>30</sup> Naar mijn mening prevaleert echter het onderworpenheidsvereiste, dat mijns inziens volledige onderworpenheid impliceert.<sup>31</sup>

De ‘betrokkenheid’ van vennootschappen van twee of meer lidstaten dient op het niveau van de fusierende etc. vennootschappen te worden vastgesteld. De overdracht van een Zweedse vaste inrichting door één Duitse vennootschap aan een andere Duitse vennootschap valt daarom niet onder de reikwijdte van art. 1 onderdeel a van de EU-fusierichtlijn. Evenmin ziet ‘betrokkenheid’ op aandeelhouders uit andere lidstaten.<sup>32</sup> Van den Broek heeft de vraag opgeworpen of bij bepaalde reorganisaties de voordelen van de EU-fusierichtlijn slechts partieel dienen te worden verstrekt, met name indien een deel van de reorganisatie als een zuiver interne reorganisatie dient te worden aangemerkt.<sup>33</sup> Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de fusie van een Franse en een Belgische vennootschap in een andere Belgische vennootschap. Het HvJ EU leunde in zijn rechtspraak, bijv. de zaken *Leur-Bloem* en *Kofoed*, echter op een letterlijke uitleg ter bepaling van de onder de werking van de EU-fusierichtlijn vallende transacties.<sup>34</sup> In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat betrokkenheid van een niet-kwalificerende vennootschap (bijv. een vennootschap naar het recht van een derde land of een vennootschap naar het recht van een lidstaat met een niet-kwalificerende rechtsvorm) niet de voordelen van de EU-fusierichtlijn ontnemt

---

29 Zie bijv. de Conclusie van Advocaat-Generaal Jacobs van 17 september 1996, nr. C-130/95 (*Leur-Bloem*), punten 53 en 58, die spreekt van “de totstandkoming van grensoverschrijdende vennootschapsstructuren” en “grensoverschrijdend samengaan van ondernemingen”. Ik deel daarom het standpunt van De Hosson dat de EU-fusierichtlijn op een dergelijke fusie van toepassing is: F.C. de Hosson, ‘De aandelenruilfaciliteit in Fusierichtlijn en wetsvoorstel 22 338’, *WFR* 1991/5985, p. 1661-1683.

30 J.J. van den Broek, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Obstacles* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 175.

31 Voor de volledigheid merk ik op dat de vestigingsplaatsfictie in art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 is uitgesloten voor de reorganisatiefaciliteiten in de Wet VPB 1969.

32 Zie bijv. B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International BV 2008, p. 536 en O. Thömmes, ‘Merger Directive’ EC Corporate Tax Law (Amsterdam: IBFD, losbladig), Hoofdstuk 1, p. 23. Dit volgt naar mijn mening ook uit het duidelijke onderscheid in de EU-fusierichtlijn tussen ‘vennootschappen’ en ‘aandeelhouders’; art. 1(a) van de EU-fusierichtlijn verwijst slechts naar ‘vennootschappen’.

33 Zie J.J. van den Broek, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Obstacles* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 175-176.

34 Zie HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95 (*Leur-Bloem*), r.o. 36 en HvJ EG 5 juli 2007, nr. C-321/05 (*Hans Markus Kofoed tegen Skatteministeriet*), r.o. 30.

aan een overigens kwalificerende fusie.<sup>35</sup> Van den Broek betoogt echter dat in zo'n geval de voordelen van de EU-fusierichtlijn geheel dienen te worden geweigerd.<sup>36</sup>

#### 3.4. *Rechtsvormvereiste*

Om te voldoen aan het rechtsvormvereiste, dient een vennootschap één van de in bijlage I, deel A, genoemde rechtsvormen te hebben. Kwalificerende rechtsvormen zijn in de bijlage soms expliciet genoemd ('naamloze vennootschap') en worden in andere gevallen gedekt door een restclausule ('andere naar Portugees recht opgerichte rechtspersonen'). Hoewel het uitdrukkelijk noemen van kwalificerende rechtsvormen zijn *charmes* heeft vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, rijst niettemin de vraag of een nieuw geïntroduceerde rechtsvorm of een rechtsvorm die voorheen niet onderworpen was aan vennootschapsbelasting, ook aan het rechtsvormvereiste voldoet.<sup>37</sup> Deze vraag speelde in de zaak *Gaz de France* ten aanzien van een Franse 'SAS',<sup>38</sup> een 'nieuwe' rechtsvorm die niet onder de Franse paragraaf in de bijlage bij de Moeder-dochterrichtlijn kon worden geschaard, omdat daarin slechts de reeds bestaande Franse rechtsvormen (specifiek) genoemd waren.<sup>39</sup> Het HvJ EU leidde uit zowel de formulering als uit de systematiek van de Moeder-dochterrichtlijn af, dat het bij name noemen van de onder de richtlijn vallende rechtsvormen "impliceert dat de opsomming van de betrokken benamingen limitatief is".<sup>40</sup> De uitkomst in *Gaz de France* was daarom dat de 'SAS' niet kwalificeerde als een 'vennootschap van een lidstaat'.

Het beknellende rechtsvormvereiste sluit bepaalde categorieën vennootschappen uit van de voordelen van de EU-fusierichtlijn: (i) EU-vennootschappen zonder kwalificerende rechtsvorm en (ii) derde-land-vennootschappen. Het rechtsvormvereiste verdraagt zich daarom slechts met de doelstelling van de EU-fusierichtlijn, zeker wanneer men beseft dat enkel beoogd is 'partnerships' van de voordelen van de EU-fusierichtlijn uit te sluiten.<sup>41</sup> De gekozen wetgevingstechniek is daarbij overigens ongeschikt: ook non-'partnerships' worden immers uitgesloten van de voordelen

35 Zie bijv. B.J.M. Terra & P.J. Wattel, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV 2008, p. 536.

36 J.J. van den Broek, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Obstacles* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 178. Zie ook N. Herzig, N. Dautzenberg & R. Heyeres, 'System und Schwächen der Fusionsrichtlinie', *Der Betrieb* 1991/12, p. 17.

37 Punt 2 van de toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, COM(1993) 293 definitief, noemt het voorbeeld van de belastinghervormingen in Griekenland in 1992, als gevolg waarvan maatschappen die voorheen onderworpen waren aan inkomstenbelasting op het niveau van de vennoten, gedeeltelijk onderworpen werden aan vennootschapbelasting.

38 'Société par actions simplifiée'.

39 HvJ EG 1 oktober 2009, nr. C-274/08 (*Gaz de France*). Voor een (kritische) beschouwing van deze zaak, zie G.F. Boulogne & W.W. Geursen, 'Gaz de France: Dividends to Companies Not Listed in the Parent-Subsidiary Directive Are Not Exempt', *European Taxation* 2010/4, p. 129-140.

40 HvJ EG 1 oktober 2009, nr. C-274/08 (*Gaz de France*), r.o. 32.

41 Punt 19 van de toelichting bij het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 90/434/EEG van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, COM(1993)293 definitief.

van de EU-fusierichtlijn,<sup>42</sup> terwijl daarnaast sommige ‘*partnerships*’, zoals de open commanditaire vennootschap, juist expliciet genoemd zijn in de bijlage.

Vanwege het arbitraire onderscheid dat het rechtsvormvereiste maakt bij de toegang tot de voordelen van de EU-fusierichtlijn, is strijdigheid met hoger recht niet uit te sluiten. In *Gaz de France*, bij de vraag of het rechtsvormvereiste in de Moederdochterrichtlijn in strijd was met de vrije verkeersbepalingen, wees het HvJ EG erop dat het de “communautaire instellingen vrij[staat] om de harmonisatie op een bepaald gebied slechts geleidelijk te laten verlopen of nationale wetgevingen etappegewijs onderling aan te passen.”<sup>43</sup> Volgens het HvJ EU rechtvaardigde de discretionaire bevoegdheid van de (nu) Uniewetgever dus de door het rechtsvormvereiste veroorzaakte discriminatie.<sup>44</sup> Naast de vrije verkeersbepalingen is er nog het ongeschreven gelijkheidsbeginsel, één van de grondbeginselen van het Unierecht, dat bepaalt dat gelijke situaties gelijk behandeld dienen te worden, tenzij differentiatie objectief gerechtvaardigd kan worden.<sup>45</sup> Volgens vaste rechtspraak verbiedt het gelijkheidsbeginsel discriminatie op grond van nationaliteit.<sup>46</sup> In tegenstelling tot de vrijheid van vestiging, strekt de reikwijdte van het ongeschreven gelijkheidsbeginsel zich ook uit tot derde-land-situaties.<sup>47</sup> Omdat een objectieve rechtvaardiging voor de door het rechtsvormvereiste veroorzaakte ongelijke behandeling lijkt te ontbreken – uit de rechtspraak van het HvJ EU volgt dat het verschil in behandeling gebaseerd moet zijn op een “objectief en redelijk criterium” –<sup>48</sup> lijkt het ongeschreven gelijkheidsbeginsel te worden geschonden.<sup>49</sup>

Daarnaast is er nog art. 26 IVBPR, dat bepaalt dat:

“[a]ll persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground (...).”

De rechten en verplichtingen die voortvloeien uit het IVBPR beïnvloeden de reikwijdte van het EU recht omdat (i) alle 27 lidstaten toegetreden zijn tot dit verdrag en (ii) diverse lidstaten tot het IVBPR zijn toegetreden voordat zij toetraden tot de EU (hun verplichtingen onder dit verdrag dienen daarom te worden gerespecteerd).<sup>50</sup> In

42 Zie bijv. de Conclusie van Advocaat-Generaal Mazák van 25 juni 2008, nr. C-247/08 (*Gaz de France*), punten 31-35.

43 HvJ EG 1 oktober 2009, nr. C-274/08 (*Gaz de France*), r.o. 52.

44 Zie bijv. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law* (diss. Oxford), Oxford: Oxford University Press 2009, p. 87.

45 Zie bijv. HvJ EG 19 oktober 1977, nrs. 117/76 en 16/77 (*Ruckdeschel*), r.o. 7.

46 Zie bijv. HvJ EG 18 mei 1994, nr. C-309/89 (*Cordoniu*), r.o. 26.

47 Zie bijv. T. Tridimas, *The General Principles of EU Law* (diss. Oxford), Oxford: Oxford University Press 2009, p. 94. Voor een tegengesteld geluid, zie H.G. Schermers & D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, p. 90.

48 Zie bijv. HvJ EG 16 december 2008, nr. C-127/07 (*Arcelor*), r.o. 47.

49 Zie ook G.W. Kofler, ‘The Relationship between the Fundamental Freedoms and Directives in the Area of Direct Taxation’, VI *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale* 2 2009, p. 493 en B.H. ter Kuile, ‘Taxation, Discrimination and the Internal Market’, *European Taxation*, December 1992, p. 402.

50 Op grond van art. 351 VWEU. Zie J. Vanhamme, *Volkenrechtelijke beginselen in het Europees recht* (diss. Leuven), Groningen: Europa Law Publishing 2001, p. 28.

diverse arresten heeft het HvJ EU benadrukt dat het Europese recht in overeenstemming dient te zijn met het internationale recht.<sup>51</sup> Daarbij heeft het ook de rol van het IVPBR erkend.<sup>52</sup> Het ruim geformuleerde non-discriminatieverbod in art. 26 IVPBR lijkt daarom de door het rechtsvormvereiste veroorzaakte ongelijke behandeling te verbieden.

Tot slot art. 24 lid 1 van het OESO-modelverdrag, dat bepaalt dat:

“[n]ationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States.”

Op grond van een verdragsbepaling die overeenkomt met art. 24, eerste lid, van het OESO-modelverdrag kan een onderdaan van de ene verdragsluitende staat zich beroepen op een gelijke behandeling als een onderdaan van de andere verdragsluitende (lid-)staat. Hoewel een verdragsbepaling slechts de verdragsluitende (lid-)staten bindt, acht ik het onwenselijk dat een richtlijn die van toepassing is op alle lidstaten, discrimineert op basis van nationaliteit en daarmee een inbreuk maakt op een modelverdragsbepaling waarop veel verdragsbepalingen zijn gebaseerd.<sup>53</sup>

### 3.5. Vestigingsvereiste

Een logische doelstelling van het vestigingsvereiste lijkt het bewaken van voldoende nexus tussen de reorganiserende vennootschappen en de Europese Unie. Waar het in de Nederlandse taalversie van de EU-fusierichtlijn gaat over het “in die lidstaat (...) zijn gevestigd”, draait het in de Engelse taalversie om het zijn van “resident in that Member State”, een verwijzing naar het in het internationale belastingrecht meer gangbare begrip ‘inwoner’. Gelet op de letterlijke bewoording, lijkt *dual residence* buiten de EU slechts een probleem indien een vennootschap op grond van een tie-breakerbepaling in het belastingverdrag met een derde land geacht wordt inwoner te zijn van dat derde land. Indien er geen belastingverdrag is met het derde land, is er – ondanks *dual residence* – nog steeds aan het vestigingsvereiste voldaan.

### 3.6. Onderworpenheidsvereiste

De in bijlage I, deel B bij de EU-fusierichtlijn genoemde belastingen zijn enkel vennootschapsbelastingen. Hier tekent zich duidelijk het onderscheid af tussen vennoot-

---

51 Zie bijv. HvJ EG 24 november 1992, nr. C-286/90 (*Poulsen*), r.o. 9.

52 Zie bijv. HvJ EG 10 november 1993, nr. C-60/92 (*Otto*), r.o. 11.

53 De relevantie van het OESO-modelverdrag is overigens ook door het HvJ EG erkend. Zo overwoog het HvJ EG in de zaak *Gilly* dat het: “niet onredelijk [is], dat de lidstaten zich laten leiden door de internationale praktijk en het door de OESO opgestelde modelverdrag”. Zie HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-336/98 (*Gilly*), r.o. 31.

schappen en aandeelhouders: slechts (de reorganiserende) vennootschappen dienen te voldoen aan bepaalde eisen. De fiscale begeleiding van hun aandeelhouders volgt dan automatisch, ook als deze aandeelhouders aan inkomstenbelasting onderworpen zijn.<sup>54</sup> De vraag of enkel subjectieve onderworpenheid, of dat tevens objectieve onderworpenheid vereist is, heeft de nodige pennen in beweging gebracht,<sup>55</sup> maar is tot op heden onbeantwoord gebleven. Evenmin is nog onopgehelderd wanneer sprake is van een keuzemogelijkheid voor onderworpenheid aan vennootschapsbelasting of wanneer sprake is van een vrijstelling daarvan.<sup>56</sup>

Op het eerste gezicht lijkt het onderworpenheidsvereiste alleszins logisch: in de regel worden slechts onderworpen vennootschappen geconfronteerd met de fiscale belemmeringen die de EU-fusierichtlijn beoogt weg te nemen. Op deze hoofdregel bestaan echter belangrijke uitzonderingen: een fusie tussen twee vrijgestelde vennootschappen kan wel degelijk leiden tot een belaste vervreemdingswinst op aandeelhoudersniveau. Vanwege de koppeling tussen art. 1 sub a en art. 3 van de EU-fusierichtlijn, hebben de aandeelhouders echter geen recht op begeleiding op grond van art. 8 van de EU-fusierichtlijn. Ook een fusie tussen een onderworpen inbrengende vennootschap en een vrijgestelde ontvangende vennootschap leidt doorgaans tot belastingheffing op het niveau van de inbrengende vennootschap, terwijl geen recht bestaat op doorschuiving op grond van art. 4 lid 1 van de EU-fusierichtlijn. Ter behoud van heffingsrecht lijkt het onderworpenheidsvereiste echter overbodig: de doorschuivingsfaciliteiten hoeven immers slechts geboden worden indien en voor zover de activa en passiva van de inbrengende vennootschap tot een vaste inrichting van de ontvangende vennootschap gaan behoren (art. 4 lid 1) of de aandelen in ontvangende vennootschap in de plaats treden van de aandelen in de inbrengende vennootschap (art. 8 lid 1). Systematisch beschouwd luidt daarom de conclusie dat het rechtsvormvereiste een onnodige drempel lijkt op te werpen bij de toegang tot de doorschuiffaciliteiten.

#### 4. De reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en Wet VPB 1969

##### 4.1. Inleiding

Nadat in de derde paragraaf de personele reikwijdte van de EU-fusierichtlijn is besproken, wordt in deze paragraaf ingegaan op enkele facetten van de reorganisatiefaciliteiten in de nationale wet. Hierbij worden strijdigheden met het Europese en het internationale (belasting-)recht gesignaleerd en worden aanbevelingen gedaan om deze weg te nemen.

---

54 Zie bijv. de Conclusie van Advocaat-Generaal Kokott van 5 juli 2007, nr. C-321/05 (*Zwijenburg*), punt 20.

55 Zie bijv. J.J. van den Broek, *Cross-Border Mergers within the EU. Proposals to Remove the Remaining Obstacles* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 159.

56 O. Thömmes, 'Merger Directive', *EC Corporate Tax Law* (Amsterdam: IBFD, losbladig), Chapter 3, p. 68.

#### 4.2. De term ‘vennootschap’

De staatssecretaris van Financiën is van mening dat het niet voor de hand ligt om het begrip ‘vennootschap’ in de bijlage bij de EU-fusierichtlijn te interpreteren binnen de context van (het huidige) art. 54 VWEU. Hij stelt dat dient te worden uitgegaan van “een op zichzelf staand begrip van vennootschap in de Fusierichtlijn”. Opmerkelijk genoeg verwijst de staatssecretaris vervolgens naar het Nederlandse recht wanneer hij concludeert dat een stichting of een vereniging niet onder het begrip ‘vennootschap’ valt. “Indien het de bedoeling geweest was stichtingen en verenigingen onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn te laten vallen, zou in de bijlage bij de Fusierichtlijn niet de term vennootschap gebruikt zijn, maar rechtspersoon of lichaam”, aldus de staatssecretaris.<sup>57</sup>

Veronderstellenderwijs ga ik ervan uit dat deze lezing door de staatssecretaris ook geldt ten aanzien van de term ‘vennootschap’ in art. 3.55 Wet IB 2001. Dit lijkt mij echter een te enge uitleg, ik verwijs naar § 3.2. In de overige bepalingen (art. 3.56 – 3.57 Wet IB 2001 en art. 14 – 14b Wet VPB 1969) wordt gesproken van een ‘rechtspersoon’. Om (i) verwarring te voorkomen over de uitleg van de nationaalrechtelijke term ‘vennootschap’ en (ii) om te voorkomen dat het ontbreken van rechtspersoonlijkheid bijv. een open commanditaire vennootschap uitsluit van de reorganisatiefaciliteiten,<sup>58</sup> stel ik voor dat beide termen vervangen worden door de neutrale term ‘lichaam’.

#### 4.3. Het rechtsvormvereiste

Art. 3.55, lid 5, Wet IB 2001 is een schakelbepaling in de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en Wet VPB 1969 bij grensoverschrijdende reorganisaties. Deze bepaling komt (grotendeels) woordelijk overeen met art. 3 van de EU-fusierichtlijn, maar zij bevat daarnaast enkele uitbreidingen en vernauwingen. In vergelijking met het rechtsvormvereiste in de EU-fusierichtlijn bevat art. 3.55, lid 5 sub 1 Wet IB 2001 de (wenselijke) uitbreiding dat ook een vennootschap die “een rechtsvorm heeft die vergelijkbaar is met een van de rechtsvormen die voor Nederland zijn opgenomen in deze bijlage [bijlage I, deel A, bij de EU-fusierichtlijn; GFB]” kwalificeert. Deze uitbreiding is in 2009 opgenomen in de wet, met als toelichting dat “[u]it het arrest (...) [*Aberdeen Property*; GFB] kan worden afgeleid dat het niet relevant is of het buitenlandse lichaam een rechtsvorm heeft die in Nederland niet bekend is of die niet is opgenomen in de bijlage bij de moeder-dochterrichtlijn”.<sup>59</sup> Hoewel oorspronkelijk beperkt tot de inhoudingsvrijstelling in de Wet op de dividendbelasting 1965, is deze uitbreiding uiteindelijk ook van toepassing verklaard op de reorganisatiefaciliteiten.<sup>60</sup>

De vraag komt op wanneer een rechtsvorm vergelijkbaar is met een van de Nederlandse kwalificerende rechtsvormen. Uit de zaak *Aberdeen Property* volgt mijns

<sup>57</sup> *Kamerstukken I* 2007-2008, 30 929, C, p. 14-15.

<sup>58</sup> Hoewel deze vennootschapsbelastingplichtig is op grond van art. 2 lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>59</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 129, 3, p. 70-71.

<sup>60</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 129, 12, p. 5.

inziens dat de hierbij aan te leggen vergelijkingsmaatstaf niet te streng mag zijn.<sup>61</sup> In zijn conclusie in de zaak *Halliburton* heeft Advocaat-Generaal Lenz al eerder uiteengezet dat het draait om vergelijkbaarheid “gelet op het doel en het systeem van de regeling”, waarbij niet te snel de onvergelijkbaarheid van de buitenlandse rechtsvorm mag worden aangenomen.<sup>62</sup> Gehoopt mag daarom worden dat voor de vraag of een buitenlandse rechtsvorm vergelijkbaar is met een NV of BV, geen aansluiting wordt gezocht bij de strenge vereisten van art. 3 Besluit fiscale eenheid 2003. Uit de praktijk is mij een voorbeeld bekend op basis waarvan de inspecteur een in Nederland gevestigde Delaware LLC de toegang tot een fiscale eenheid ontzegde op grond van art. 3 lid 1 sub b van dat Besluit: de Delaware LLC zou niet aan deze eis voldoen omdat zij in de Verenigde Staten zou hebben kunnen opteren voor belastingplicht (“check-the-box”). In het kader van de vergelijkbaarheid van de *rechtsvorm* LLC met de rechtsvorm BV lijkt dit echter een volstrekt irrelevant gegeven.<sup>63</sup>

#### 4.4. *Onderworpenheidsvereiste*

Ten opzichte van het onderworpenheidsvereiste in de EU-fusierichtlijn, is in de nationale wet de eis toegevoegd dat onderworpenheid inhoudt dat een vennootschap “in de staat van vestiging is onderworpen aan de aldaar geheven belasting”. Zoals aangegeven in § 3.6, lijkt de eis van onderworpenheid in de lidstaat van vestiging, althans op het niveau van de ontvangende c.q. verwervende vennootschap, weinig zinvol in het licht van de tweeledige doelstelling van de EU-fusierichtlijn. Een voorbeeld: een fusie van een in Nederland gevestigde BV in een in Luxemburg gevestigde SA (*‘société anonyme’*) die voldoet aan het Luxemburgse SICAV-regime (*‘société d’investissement à capital variable’*) wordt op grond van de huidige wettekst niet gefaciliteerd; de SICAV is immers in Luxemburg vrijgesteld van belastingheffing. Deze fusie zou mijns inziens echter gefaciliteerd moeten worden indien de Luxemburgse SA in Nederland buitenlands belastingplichtig wordt op grond van art. 3 Wet VPB 1969.

Daarnaast is onduidelijk wanneer sprake is van een ‘keuzemogelijkheid voor onderworpenheid’ of een ‘vrijstelling van onderworpenheid’. Zo heeft de staatssecretaris van Financiën betoogd dat een fiscale beleggingstelling (hierna: ‘FBI’) in de zin van art. 28 Wet VPB 1969 niet voldoet aan het onderworpenheidsvereiste omdat zij een ‘keuzemogelijkheid’ zou hebben om wel of niet aan het FBI-regime te voldoen.<sup>64</sup> Omdat toepassing van het FBI-regime verplicht is indien aan de eisen van art. 28 Wet VPB 1969 wordt voldaan, lijkt hier echter geen sprake te zijn van een keuze.<sup>65</sup>

61 HvJ EG 18 juni 2009, C-303/07 (*Aberdeen Property*), r.o. 50.

62 Conclusie van Advocaat-Generaal Lenz van 10 februari 1994, nr. C-1/93 (*Halliburton*), punt 31.

63 Voor de volledigheid merk ik op dat vergelijking van buitenlandse rechtsvormen met Nederlandse rechtsvormen slechts aan de orde is bij vennootschappen die niet in Nederland gevestigd zijn.

64 *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 334, 3, p. 3.

65 Zie ook R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham & D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, onderdeel 7.2.3.E. (elektronische editie).

Al met al lijkt er dus voldoende reden om het onderworpenheidsvereiste in art. 3.55, vijfde lid, onderdeel 3, Wet IB 2001 geheel te schrappen.

#### 4.5. *Uitreiking van aandelen*

Art. 3.55, tweede lid, Wet IB 2001 kent als onderdeel van de definitie van het begrip ‘aandelenfusie’ de eis van “uitreiking van eigen aandelen of winstbewijzen”. Art. 14, eerste lid, Wet VPB 1969 vereist een “uitreiking van aandelen in de overnemer”. Aangezien deze bepalingen de nationaalrechtelijke implementatie van de EU-fusierichtlijn vormen, kan bij de uitleg daarvan ten rade worden gegaan bij de definities in art. 2, onderdelen a – c, van de EU-fusierichtlijn, waarin “uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal” vereist is. De eis van ‘uitreiking van aandelen’ beperkt niet alleen de *materiële* reikwijdte van de reorganisatiefaciliteiten (de overdracht van een tak van bedrijvigheid door een in Nederland gevestigde BV aan haar volle dochtervennootschap, een in Duitsland gevestigde GmbH, *zonder* uitreiking van aandelen, kwalificeert niet) maar ook hun *personele* reikwijdte. Een treffende illustratie hiervan is een zaak waarin de Hoge Raad op 24 februari 2012 arrest heeft gewezen.<sup>66</sup> Deze zaak betreft een lid van een coöperatie dat zijn aandelenbelang in een BV heeft overgedragen aan deze coöperatie, tegen bijschrijving van de waarde van het aandelenbelang op zijn ledenrekening. Volgens belanghebbende verzette het civiele recht zich tegen een uitreiking van een tweede lidmaatschapsrecht aan een reeds bestaand lid. De Hoge Raad overweegt allereerst in algemene zin dat de EU-fusierichtlijn Nederland niet dwingt om civielrechtelijk mogelijk te maken, wat fiscaalrechtelijk gefaciliteerd wordt. Vervolgens stelt de Hoge Raad op basis van een EU-fusierichtlijnconforme interpretatie van art. 3.55 lid 2 onderdeel a Wet IB 2001 vast, dat ook een ‘coöperatie’ kan worden beschouwd als een ‘vennootschap’ in de zin van die bepaling. Op basis van een letterlijke lezing van de definitie van aandelenruil in art. 2 letter 2 van de EU-fusierichtlijn, concludeert de Hoge Raad vervolgens dat het “niet voor twijfel vatbaar is” dat de richtlijngever het oog heeft gehad op lichamen met een in aandelen of soortgelijke deelgerechtigdheden verdeeld kapitaal. De Hoge Raad vervolgt dat “[d]e wettelijke bepalingen die gelden voor een coöperatie naar Nederlands recht, (...) niet [inhouden] dat deze rechtspersonen uit hoofde van zijn wettelijke structuur een in aandelen of soortgelijke deelgerechtigdheden verdeeld kapitaal heeft.” Aan de eis van uitreiking van bewijzen van deelgerechtigdheid zal volgens de Hoge Raad daarom niet voldaan zijn bij een coöperatie, tenzij “bij gebreke van een daartoe strekkende andersluidend eigen statutaire regeling” daarin voorzien is.<sup>67</sup> De Hoge Raad komt tot de slotsom dat de Rechtbank Haarlem terecht geen aandelenfusie in de zin van art. 3.55 Wet IB 2001 aanwezig heeft geacht. Hoewel leidend tot dezelfde uitkomst, wijkt de door Hoge Raad gekozen redenering af van die van Advocaat-Generaal Wattel.<sup>68</sup> A-G Wattel

<sup>66</sup> HR 4 februari 1998, nr. 30 074.

<sup>67</sup> Van een coöperatie met een dergelijk ‘quasi-aandelenkapitaal’ was sprake in Hof Arnhem 14 september 2010, AWB 09/00383.

<sup>68</sup> Conclusie A-G Wattel van 24 juni 2011 bij nr. 10/04792. Zie tevens mijn annotatie bij Rechtbank Haarlem 23 september 2010, nr. 08/07439, *FED* 2010/117 (deze uitspraak leidde, via ‘sprongcassatie’, tot het beschreven arrest).

had geconcludeerd dat een lidmaatschapsrecht in een coöperatie wél kwalificeert als een ‘aandeel’ in de zin van art. 3.55 lid 2 onderdeel a Wet IB 2001, maar dat fiscale begeleiding afstuit op het ontbreken van een ‘uitreiking’. Het verschil in benadering lijkt triviaal, maar leidt wel degelijk tot een verschillend resultaat indien een belastingplichtige bij ‘oprichting’ van een coöperatie een meerderheidsbelang overdraagt aan de coöperatie, tegen ‘uitreiking’ van een lidmaatschapsrecht. In de visie van de Hoge Raad zal in dat geval geen sprake zijn van een kwalificerende aandelenfusie (een lidmaatschapsrecht is geen ‘aandeel’/’bewijs van deelgerechtigdheid’), terwijl daarvan wel sprake zou zijn (geweest) als de visie van A-G Wattel was gevolgd (een lidmaatschapsrecht is wél een ‘aandeel’ en er is sprake van een ‘uitreiking’). Hoewel ik niet bekend ben met de rechtsstelsels in de andere lidstaten, lijkt het mij niet ondenkbaar dat de juridische onmogelijkheid van uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid ook speelt buiten de Nederlandse landgrenzen. Om de Nederlandse fiscale begeleiding van grensoverschrijdende reorganisaties ruim baan te geven, stel ik daarom voor om expliciet in de wet op te nemen dat uitreiking van aandelen achterwege kan blijven, indien de aandeelhouders van de inbrengende c.q. verworven vennootschap reeds aandelen bezitten in de ontvangende c.q. verwervende vennootschap en latere heffing verzekerd is.

## 5. Aanbevelingen

- Vervang de termen ‘vennootschap’ en ‘rechtspersoon’ in art. 3.55 – 3.57 Wet IB 2001 en art. 14 – 14b Wet VPB 1969 door de term ‘lichaam’;
- Schrap het ‘rechtsvormvereiste’ in art. 3.55, vijfde lid, onderdeel 1, Wet IB 2001;
- Schrap het ‘onderworpenheidsvereiste’ in art. 3.55, vijfde lid, onderdeel 3, Wet IB 2001;
- Voeg aan de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB 2001 en Wet VPB 1969 de zinsnede toe dat uitreiking van eigen aandelen of winstbewijzen achterwege kan blijven, indien de aandeelhouders van de inbrengende c.q. verworven vennootschap reeds aandelen bezitten in de ontvangende c.q. verwervende vennootschap en latere heffing verzekerd is.