

19. De Hoge Raad zet een boom op over de eis ‘tak van bedrijvigheid’¹

Een van de voorwaarden voor toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit van art. 14 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) is de overdracht van een ‘onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan’. Deze term vormt de Nederlandse implementatie van ‘tak van bedrijvigheid’, dat in art. 2(j) van de EU-Fusierichtlijn is gedefinieerd als “het totaal van de 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”.² In zijn arrest van 30 november 2012³ heeft de Hoge Raad de ‘zelfstandig deel van een onderneming’-eis uitgelegd. De Hoge Raad leunde bij zijn oordeel sterk op het arrest van het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) in de zaak *Andersen og Jensen*,⁴ waarin de reikwijdte van het begrip ‘tak van bedrijvigheid’ aan de orde kwam.

In de paragrafen 1 en 2 van deze bijdrage gaan wij in op de arresten van de Hoge Raad en het HvJ EU. In het licht van het doel van de EU-Fusierichtlijn – het wegnemen van fiscale belemmeringen bij grensoverschrijdende herstructureringen terwijl de financiële belangen van de betrokken lidstaten worden gewaarborgd – is de ‘tak van bedrijvigheid’-eis niet vanzelfsprekend. Voor een juiste invulling van het begrip ‘tak van bedrijvigheid’ is daarom conceptuele duidelijkheid noodzakelijk. Daarbij rijst de vraag of dit vereiste überhaupt een plaats verdient in de EU-Fusierichtlijn. Dit alles komt aan de orde in paragraaf 3.

Paragraaf 4 bevat enkele slotopmerkingen.

1. HR 30 november 2012, BNB 2013/32

Belanghebbende in deze zaak (A BV) dreef een vastgoedmakelaardij die actief was in twee Nederlandse steden. A BV droeg haar activiteiten in een van deze steden, inclusief haar kantoorpand, tegen uitreiking van aandelen over aan de door haar nieuw opgerichte B BV. Onmiddellijk na deze overdracht volgde een al voorgenomen doorinbreng van de gehele onderneming – met uitzondering van het kantoorgebouw – in de nieuw opgerichte kleindochtermaatschappij C BV. Ter zake van de inbreng in B BV deed A BV een beroep op de bedrijfsfusiefaciliteit van art. 14 Wet VPB 1969.

De inspecteur stelde dat er als gevolg van de onmiddellijke doorinbreng van de activiteiten door B BV in C BV geen “zelfstandig onderdeel van een onderneming” werd ingebracht. De inspecteur werd door de rechtbank en het hof in het gelijk gesteld en de Hoge Raad bevestigde dit oordeel. De Hoge Raad verwees naar rechtsoverweging 35 van het arrest *Andersen og Jensen* en leidde hieruit af dat vereist is dat de aan B BV overgedragen activa *bij die vennootschap* vanuit organisatorisch oogpunt als een onafhankelijke onderneming konden functioneren. De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat de aan C BV overgedragen activiteiten buiten beschouwing dienen te worden gelaten bij het kwalificeren van de eerste overdracht, aangezien was besloten tot overdracht aan C BV voordat de overdracht aan B BV plaatsvond. Omdat het in B BV achtergebleven kantoorpand zelf geen

- 1 Deze bijdrage is een bewerking van ons Engelstalige artikel “Merger Directive: the term ‘branch of activity’ needs conceptual clarity”, *European Taxation*, IBFD, May 2013. Wij willen onze student-assistente Frederike Koopman bedanken voor haar waardevolle bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.
- 2 Zie over het begrip ‘tak van bedrijvigheid’, onder andere, H. Langheim, *Die Einbringung von Unternehmensteilen nach der Fusionsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutsche Umwandlungssteuergesetz – Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Teilbetriebsbegriff*, Würzburger Rechtswissenschaftliche Schriften Band 76, Würzburg: ERGON Verlag GmbH 2008; R. Jerabek, *Die grenzüberschreitende Betriebsübertragung und Betriebsverlagerung im Steuerrecht*, WU Vienna University of Economics and Business 2012; N. Vinther en E. Werlauff, “Community Law and the Independent Business as Interpreted by the ECJ in *Andersen & Jensen ApS*”, *European Taxation*, IBFD, oktober 2002, p. 441-445; D. Aigner, “EuGH zur Einbringung von Unternehmensteilen und zur Zuordnung von Wirtschaftsgütern”, *SWI* 2002, p. 380 *et seq.* en J. Petkevica, “The Concept of a ‘Branch of Activity’ in the EC Merger Directive and Issues regarding Its Implementation in Portugal”, *European Taxation*, IBFD, juli 2008, p. 370-376.
- 3 HR 30 november 2012, nr. 11/00167, *BNB* 2013/32 m.nt. De Vries, *NTFR* 2012/2794 met aantekening Gooijer.
- 4 HvJ EU 15 januari 2012, C-43/00 (*Andersen og Jensen ApS v Skatteministeriet*), *ECR* I-00379.

zelfstandige onderneming vormde, verwierp de Hoge Raad uiteindelijk de aanspraak op toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit.

Voor de praktijk is deze uitkomst teleurstellend, omdat een bedrijfseconomisch gewenste herstructurering fiscaal de pas wordt afgesneden. Daarbij komt dat de eindstructuur op diverse andere manieren fiscaal-neutraal had kunnen worden bereikt, bijvoorbeeld met gebruikmaking van het fiscale-eenheidsregime. Het is dan onbevredigend dat toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit afstuit op het enkele feit dat al voorafgaand aan de overdracht van de onderneming besloten was tot een doorinbreng in C BV. Hierbij rijst de vraag, of de bedrijfsfusiefaciliteit wél had kunnen worden toegepast, indien nog niet van tevoren was besloten tot een doorinbreng van de ontvangen activa en passiva onmiddellijk na de eerste inbreng. Ons lijkt in zo'n situatie niets aan de toepassing van de faciliteit in de weg te staan. Dat maakt de door de Hoge Raad gehanteerde benadering extra wrang voor belanghebbende.⁵

Zoals eerder opgemerkt, hangt de Hoge Raad zijn oordeel op aan het arrest van het HvJ EU in de zaak *Andersen og Jensen*, waarin het begrip 'tak van bedrijvigheid' in de EU-Fusierichtlijn werd uitgelegd. Uit de hiernavolgende bespreking van dit arrest blijkt, dat er nog zoveel vragen resteren over de reikwijdte van dat arrest en het begrip 'tak van bedrijvigheid' in het algemeen, dat aanleiding bestond voor de Hoge Raad tot het stellen van prejudiciële vragen.⁶

2. De zaak *Andersen og Jensen*

2.1. Feiten

In de zaak *Andersen og Jensen* legde het HvJ de termen 'inbreng van activa' en 'tak van bedrijvigheid' uit. De aandeelhouders van Randers Sport A/S, een naar Deens recht opgerichte naamloze vennootschap, waren van plan de onderneming van Randers Sport A/S over te dragen aan de volgende generatie. Met dit doel voor ogen werd een nieuwe vennootschap, Randers Sport Nyt A/S, opgericht. Met uitzondering van een minderheidsbelang in een derde vennootschap werden alle activa en passiva van Randers Sport A/S overgedragen aan Randers Sport Nyt A/S. Om de nettowaarde van de aan Randers Sport Nyt A/S overgedragen activa en passiva te verminderen, sloot Randers Sport A/S een aanzienlijke lening af. De ontvangen gelden bleven

achter bij Randers Sport A/S, terwijl de verplichting jegens de bank werd overgedragen aan Randers Sport Nyt A/S. Hierdoor werden twee aandeelhouders van Randers Sport A/S in staat gesteld om met een lage marktkapitalisatie, tegen een kleine vergoeding, aanzienlijke aandelenpakketten te verwerven in Randers Sport Nyt A/S. Om te kunnen voorzien in de middelen die nodig waren voor haar eigen bedrijfsactiviteiten, verkreeg Randers Sport Nyt A/S werkkapitaal van een bank die hiervoor als zekerheid een pandrecht op de aandelen van Randers Sport A/S in Randers Sport Nyt A/S vestigde. Randers Sport A/S zou een klein aantal aandelen in een derde vennootschap behouden die op dat moment al failliet was verklaard.

2.2. 'Tak van bedrijvigheid'

Bij de uitleg van de termen 'inbreng van activa' en 'tak van bedrijvigheid' hield het HvJ EU sterk vast aan de tekst van [de huidige] art. 2(d) en 2(j) van de EU-Fusierichtlijn. Het HvJ EU oordeelde dat "een inbreng van activa betrekking moet hebben op het totaal van de aan een tak van bedrijvigheid verbonden activa en passiva".⁷ Met betrekking tot de vereiste onafhankelijkheid van de exploitatie (art. 2(j) vereist dat sprake is van "een geheel dat op eigen kracht kan functioneren") oordeelde het HvJ EU:⁸

"[B]ijgevolg moet het onafhankelijk functioneren van de exploitatie in de eerste plaats vanuit functioneel oogpunt worden beoordeeld – de overgedragen activa moeten als een onafhankelijke onderneming kunnen functioneren, zonder dat hiervoor een bijkomende investering of inbreng nodig is – en pas in de tweede plaats vanuit financieel oogpunt."

Volgens het HvJ EU functioneert de exploitatie vanuit een financieel oogpunt niet onafhankelijk wanneer het inkomen van de ontvangende vennootschap ontoereikend is om aan haar financiële verplichtingen te voldoen. Aangezien bij een permanent verlieslatende activiteit de vereiste financiële onafhankelijkheid ontbreekt, kan een dergelijke activiteit niet als een 'tak van bedrijvigheid' kwalificeren.⁹

⁷ *Andersen og Jensen ApS v Skatteministeriet*, t.a.p., r.o. 24.

⁸ *Andersen og Jensen ApS v Skatteministeriet*, t.a.p., r.o. 35.

⁹ Zie ook E. van den Brande-Boomsluiters, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer 2004, p. 37 en H. Langheim, *Die Einbringung von Unternehmensteilen nach der Fusionsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutsche Umwandlungssteuergesetz – Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Teilbetriebsbegriff*, Würzburger Rechtswissenschaftliche Schriften Band 76, Würzburg: ERGON Verlag GmbH 2008, p. 142. Anders: P.H. Schonewille, "Questions on the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive", *INTERTAX* 1992/1, p. 18.

⁵ Het oordeel door de Hoge Raad komt overigens overeen met de benadering die de Staatssecretaris van Financiën hanteert bij de toepassing van art. 14 lid 2 Wet VPB 1969. Zie het besluit van 29 september 2008, nr. CPP2008/1008M, *BNB* 2009/10.

⁶ Zie ook De Vries in zijn noot onder *BNB* 2013/32, onderdeel 12.

2.3. *Evaluerende opmerkingen*

De motivering van het HvJ EU in *Andersen og Jensen* valt lastig te rijmen met de letterlijke tekst, systematiek en doelstelling van de EU-Fusierichtlijn. Ook lijkt het arrest in tegenspraak met eerdere rechtspraak van het HvJ EU.

2.3.1. *De letterlijke tekst van art. 2(j) van de EU-Fusierichtlijn*

Het oordeel dat “een inbreng van activa betrekking moet hebben op het totaal van de aan een tak van bedrijvigheid verbonden activa en passiva” vloeit niet voort uit de tekst van art. 2(j) van de EU-Fusierichtlijn. Art. 2(j) vereist namelijk niet dat *alle* activa en passiva die kunnen worden toegerekend aan een bepaalde tak van bedrijvigheid daadwerkelijk worden overgedragen: art. 2(j) bepaalt slechts dat de activa en passiva *die feitelijk worden overgedragen* gezamenlijk een tak van bedrijvigheid vormen. Dat daarbij sommige activa en passiva achterblijven, lijkt niet van belang. Deze opvatting wordt bevestigd door beslissingen van de Franse *Conseil d'État* en het *Cour de Cassation* ten aanzien van het Franse concept van ‘volledige tak van bedrijvigheid’ in art. 238 van de *Code général des impôts*. In een arrest van 27 juli 2005 oordeelde de *Conseil d'État*¹⁰ dat een overdracht van *essentiële* onderdelen volstaat om als een ‘tak van bedrijvigheid’ te kwalificeren.¹¹ In dezelfde zin overwoog het *Cour de Cassation* in een arrest van 15 mei 2012 dat het feit dat bepaalde vorderingen geen deel uitmaakten van de overgedragen activa, niet verhindert dat de overgedragen activa kwalificeren als een ‘volledige tak van bedrijvigheid’.¹² Tot slot maakte de *Conseil d'État* in een circulaire van 13 juli 2012 bekend dat de overdracht van gekwalificeerd personeel in beginsel essentieel is voor de kwalificatie ‘volledige tak van bedrijvigheid’, maar dat lagere rechters mogen afwijken van deze hoofdregel.¹³ Zij kunnen in specifieke gevallen oordelen dat sprake is van een ‘volledige tak van bedrijvigheid’, ondanks het feit dat niet al het gekwalificeerde personeel deel uitmaakt van de overdracht.

In *Andersen og Jensen* stelt het HvJ EU vast dat aan de vereisten van art. 2(j) *niet* wordt voldaan wanneer de opbrengst van een lening en de verplichtingen die voortvloeien uit deze lening worden gescheiden.¹⁴ Het

HvJ EU laat echter na om uiteen te zetten in welke gevallen activa en passiva daadwerkelijk ‘verbonden’ zijn. In bepaalde gevallen zal het weliswaar relatief eenvoudig zijn om vast te stellen welke activa en passiva ‘verbonden’ zijn (bijvoorbeeld bij pensioen-voorzieningen van werknemers die van baan wisselen),¹⁵ maar dit wordt lastiger wanneer financiële opbrengsten en verplichtingen worden gescheiden.¹⁶ Het is namelijk goed mogelijk dat de opbrengst van een lening niet permanent gebonden blijft aan de verplichting om die schuld terug te betalen. Een voorbeeld is wanneer de overnemende vennootschap in staat is te voldoen aan de renteverplichtingen ter zake van een schuld, terwijl de hoofdsom bij de inbrengende vennootschap achterblijft. Er kan dan sprake zijn van een ‘tak van bedrijvigheid’ ondanks de overdracht van de verplichting die samenhangt met de lening.¹⁷

2.3.2. *Systematiek en doelstelling van de EU-Fusierichtlijn*

De verwijzing naar de financiële positie van de *ontvangende* vennootschap is niet logisch in het licht van de systematiek van de EU-Fusierichtlijn. Op grond van art. 4 jo. art. 9 van de EU-Fusierichtlijn, is het de *inbrengende* vennootschap die een vrijstelling ontvangt. Het is voor deze *inbrengende* vennootschap echter lang niet altijd mogelijk om te beoordelen of de overgedragen activa en passiva op het niveau van de *ontvangende* vennootschap op een financieel onafhankelijke wijze opereren. Op grond van een engere lezing van het arrest kan worden tegengeworpen dat het HvJ EU alleen verwees naar de *ontvangende* vennootschap in kwestie (in casu *Randers Sport Nyt A/S*). Die vennootschap werd nieuw opgericht en de financiële (on)afhankelijkheid van die vennootschap kon dus worden gelijkgesteld met de financiële (on)afhankelijkheid van de overgedragen activa en passiva. Zou het HvJ EU hebben bedoeld dat de financiële (on)afhankelijkheid van de tak van activiteit moet worden beoordeeld op het niveau van de *ontvangende* vennootschap, ook als deze vennootschap al operationeel is, dan zou dat vanuit het perspectief van de inbrengende vennootschap leiden tot arbitraire uitkomsten. Het recht op doorschuiving bij een bedrijfsfusie zou dan variëren afhankelijk van de financiële positie van de ontvangende vennootschap.

10 Conseil d'État, 8e en 3e ss-sect, 27 juli 2005, 259052, gepubliceerd op www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence.

11 In de betreffende zaak achtte de *Conseil d'État* een trademark een essentieel onderdeel.

12 Cour de cassation chambre commercial 15 mei 2012, 11-17.972, gepubliceerd op <http://legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudic.do>.

13 Conseil d'État, 8e en 3e ss-sect, 13 juli 2012, 358931, gepubliceerd op www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence.

14 *Andersen og Jensen ApS v Skatteministeriet*, t.a.p., r.o. 25.

15 Zie D. Aigner, “EuGH zur Einbringung von Unternehmensteilen und zur Zuordnung von Wirtschaftsgütern”, *SWI 2002*, p. 384.

16 Zie N. Vinther en E. Werlauff, “Community Law and the Independent Business as Interpreted by the ECJ in *Andersen & Jensen ApS*”, *European Taxation*, IBFD, oktober 2002, p. 444.

17 Zie D. Aigner, “EuGH zur Einbringung von Unternehmensteilen und zur Zuordnung von Wirtschaftsgütern”, *SWI 2002*, p. 382.

Het oordeel van het HvJ EU in de zaak *Leur-Bloem* ondersteunt ons standpunt dat de positie van de ontvangende vennootschap niet relevant zou mogen zijn.¹⁸ In deze zaak achtte het HvJ EU de Nederlandse wetgeving in strijd met de EU-Fusierichtlijn, omdat de toepassing van de aandelenfusiefaciliteit afhankelijk werd gesteld van voorwaarden die niet voorkomen in [het huidige] art. 2(e) van de EU-Fusierichtlijn. Door Nederland werden ten onrechte voorwaarden gesteld aan de aard van de activiteiten van de overnemende vennootschap. Aangezien art. 2(c) noch art. 2(d) van de EU-Fusierichtlijn voorwaarden stelt met betrekking tot de activiteiten van de overnemende vennootschap, bevreemdt het dat eventuele financiële moeilijkheden van deze vennootschap de kwalificatie als ‘tak van bedrijvigheid’ in gevaar zouden kunnen brengen. Dezelfde redenering gaat op voor de voornemens van het management van de ontvangende vennootschap met betrekking tot het verdere gebruik en de exploitatie van de ontvangen activa en passiva. Of het management nu het voornemen heeft om de activiteiten voort te zetten of om direct na de overname te verkopen (zoals het geval was in het arrest van de Hoge Raad), is niet relevant voor de kwalificatie van de overgedragen activa en passiva als een ‘tak van bedrijvigheid’. Uiteraard kan een dergelijk voornemen worden opgevat als een indicatie van belastingfraude of belastingontwijking, maar dat dient te worden bestreden door middel van art. 15(1)(a) van de EU-Fusierichtlijn.

2.3.3. Eerdere jurisprudentie van het HvJ EU

Het HvJ EU achtte het van belang dat de betrokken ondernemingen hetzelfde resultaat hadden kunnen bereiken door middel van een anders vormgegeven transactie die geen overdracht van activa zou hebben gevormd. Daarmee hanteert het HvJ EU bij de interpretatie van art. 2 van de EU-Fusierichtlijn een subjectief element, wat in strijd lijkt met zijn eigen vaste rechtspraak, zoals de zaak *Leur-Bloem*, waarin het stelde:¹⁹

“dat uit ... het algemene stelsel van de richtlijn voortvloeit, dat de bij de richtlijn ingevoerde gemeenschappelijke fiscale regeling, die verschillende fiscale voordelen behelst, zonder onderscheid van toepassing is op elke fusie, splitsing, inbreng van activa en aandelenruil, ongeacht om welke redenen deze plaatsvindt en of deze van financiële, economische of zuiver fiscale aard is”.

18 HvJ 17 juli 1997, C-310/95 (A. *Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam*), ECR I-04161.

19 HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (A. *Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst / Ondernemingen Amsterdam*), ECR I-04161 (r.o. 36).

3. Conceptuele onduidelijkheid ten aanzien van de ‘tak van bedrijvigheid’-eis

3.1. Wat is de achtergrond van de ‘tak van bedrijvigheid’-eis?

Bij gebrek aan enige toelichting in de preambule van de EU-Fusierichtlijn kan slechts worden gespeculeerd over de achterliggende gedachte van de ‘tak van bedrijvigheid’-eis. Zo zou de ‘tak van bedrijvigheid’-eis kunnen zijn ingevoerd om onderscheid te maken tussen een duurzame herstructurering en een verkapte verkoop van activa.²⁰ Daarmee lijkt de eis een logische afspiegeling van de doelstelling van de EU-Fusierichtlijn “om de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de interne markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken”. Deze uitleg is echter niet geheel overtuigend. Ten eerste kan de overdracht van bepaalde activa en passiva, zelfs als zij niet kunnen functioneren op eigen kracht, nog steeds de productiviteit of het concurrentievermogen van de betrokken partijen verbeteren. Ten tweede houdt het vereiste dat de ontvangende vennootschap bewijzen van deelgerechtigdheid uitgeeft aan de (aandeelhouders van de) inbrengende vennootschap een verkapte verkoop van activa al buiten de werkingssfeer van de EU-Fusierichtlijn.²¹ Dit suggereert dat de ‘tak van bedrijvigheid’-eis een ander doel dient. Ten derde is de ‘tak van bedrijvigheid’-eis ongeschikt om een als afsplitsing vermomde verkoop van activa te bestrijden, aangezien dit vereiste wordt opgelegd op *ondernemingsniveau*. Bij een afsplitsing zouden echter de *aandeelhouders* van de inbrengende vennootschap profiteren van een dergelijke ‘vermomming’ en niet de *inbrengende vennootschap* zelf.

3.2. Waarom geldt de ‘tak van bedrijvigheid’-eis niet voor alle transacties?

Gezien de systematiek van de EU-Fusierichtlijn is onduidelijk waarom de ‘tak van bedrijvigheid’-eis niet geldt voor *alle transacties* die vallen onder art. 2 van de EU-Fusierichtlijn. Als de route van een splitsing, die deze voorwaarde niet kent, kan worden bewandeld als

20 Zie het ‘Proposal for a Directive on the common system of taxation applicable to mergers, divisions and contributions of assets occurring between companies of different Member States’ van 15 januari 1969, COM (69) 5 def, p. 11: “[e]n matière d’apport d’actif, il est proposé que le régime commun s’applique aussi aux apports partiels, mais dans la mesure où ils portent sur une ou plusieurs branches d’activité. Aller au delà risquerait d’inciter les sociétés à procéder sous forme d’apport à des cessions déguisées”.

21 Zie bijv. J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, onderdeel 2.5.1.B.c. en O. Thömmes, *Merger Directive. EC Corporate Tax Law, Vol. 1.*, IBFD, Amsterdam 1 juli 2004, Article 2, s. 2.2.3, p. 32.

alternatief voor een afsplitsing, dan wordt de legitimiteit van dit vereiste immers niet versterkt. Want wat rechtvaardigt dat alleen voor een afsplitsing een overdracht van een ‘tak van bedrijvigheid’ is vereist? Weliswaar wordt met een splitsing de inbrengende vennootschap ontbonden, terwijl dit bij een afsplitsing niet het geval is, maar als de vrees zou bestaan dat een belastbare vermogenswinst (op activa) zou worden omgezet in een potentieel vrijgestelde winst (op aandelen),²² dan is de ontbinding van *de inbrengende vennootschap* geen relevant criterium, aangezien het de *aandeelhouders* zijn die zouden profiteren van een dergelijke omzetting. Bij een overdracht van activa is deze vrees meer gerechtvaardigd, omdat het ook de inbrengende vennootschap is die de zekerheden ontvangt. Art. 2 van de EU-Fusierichtlijn is echter niet de juiste plaats om dergelijk ongewenst gedrag te bestrijden: indien de omzetting van potentieel belastbare stille reserves in een mogelijk vrijgestelde winst moet worden beschouwd als belastingfraude of -ontwijking, dient dit te worden bestreden door middel van art. 15(1)(a) van de EU-Fusierichtlijn. Ook zijn er minder ingrijpende middelen beschikbaar om het (veronderstelde) misbruik van de fusiefaciliteit te voorkomen. Eén mogelijkheid die overeenstemt met een suggestie door het Europese Parlement in een – nooit aangenomen – wijzigingsvoorstel voor de EU-Fusierichtlijn, is de opname van een minimale houdsterperiode ten aanzien van de ontvangen aandelen.^{23,24}

22 A. Massimiano, “An Analysis of the 2005 Amendments to the Merger Directive”, *INTERTAX* 2006/6-7, p. 334, betoogt dat het vereiste in art. 2(c) van de EU-Fusierichtlijn dat ten minste een tak van bedrijvigheid moet achterblijven bij de inbrengende vennootschap, is opgenomen “to prevent the use of this operation to sell individual valuable goods deferring or avoiding the taxation of the capital gain”.

23 Het voorgestelde art. 8(11a) luidde: “[I]n order to avoid possible abuses related to the rapid exchange of shares, Member States shall apply an anti-abuse provision aimed at establishing a minimum holding period of 1 year, with the possibility for each Member State to extend it to 2 years.” Zie Europees Parlement 26 februari 2004, A5-0121/2004 FINAL, Report on the proposal for a Council directive amending Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States (COM(2003) 613 – C5-0506/2003 – 2003/0239(CNS)), p. 6.

24 De Vries doet een vergelijkbare suggestie: “Ik ben van mening dat van de wetgever het volgende mag worden verwacht en verlangd: indien hij de fiscale facilitering van bepaalde rechtshandelingen afhankelijk wil stellen van toekomstige gebeurtenissen, zoals bijvoorbeeld het gedurende zekere tijd (min of meer) ongewijzigd continueren van een verkregen onderneming casu quo dat de eerste overdracht geen deel mag uitmaken van een (vooropgezet) samenstel van rechtshandelingen gericht op een – onmiddellijke – vervolgoverdracht aan een derde of liquidatie van de verkregen onderneming, dienen dergelijke gebeurtenissen op een voor iedereen kenbare wijze in de fiscale wetgeving te worden vastgelegd.” Zie zijn noot in *BNB* 2013/32, onderdeel 5.

3.3. Is de ‘vaste inrichting’-eis niet voldoende?

De verhouding tussen de ‘tak van bedrijvigheid’-eis en de ‘vaste inrichting’-eis in art. 4(2)(b) van de EU-Fusierichtlijn is evenmin duidelijk. Art. 4(2)(b) vereist voor de vrijstelling van belastingheffing op ondernemingsniveau dat de ingebrachte activa en passiva gaan behoren tot een vaste inrichting. De term ‘vaste inrichting’ is niet gedefinieerd in de EU-Fusierichtlijn. Aangezien het voorstel voor de EU-Fusierichtlijn uit 1969 een definitie van dit begrip bevatte dat een bijna letterlijke kopie vormde van de OESO-definitie²⁵ en omdat de definities van het begrip ‘vaste inrichting’ in de Moeder-dochterrichtlijn en de Interest-royalty-richtlijn²⁶ ook op OESO-leest zijn geschoeid,²⁷ is het waarschijnlijk dat het HvJ EU zich zal baseren op die definitie.²⁸ De OESO-definitie zorgt ervoor dat alleen duurzame herstructurerings in aanmerking komen, omdat die definitie onder andere een ‘locatietest’ en een ‘duurzaamheidstest’²⁹ bevat en verder vereist dat de activiteiten geen ‘hulpwerkzaamheden’ zijn.³⁰ De ‘tak van bedrijvigheid’-eis lijkt dus overbodig, aangezien de ‘vaste inrichting’-eis op succesvolle wijze herstructurerings uitsluit die geen duurzaam karakter hebben.

4. Slotopmerkingen

De uitkomst van het arrest van 30 november 2012 is onbevredigend, omdat een fiscale dam wordt opgeworpen tegen een fiscale herstructurering die op diverse andere manieren fiscaal neutraal had kunnen worden vormgegeven. Ook had de Hoge Raad prejudiciële vragen moeten stellen. Zoals betoogd in paragraaf 2.2 valt de uitleg van de term ‘tak van bedrijvigheid’ door het HvJ EU in de zaak *Andersen og Jensen* namelijk moeilijk te rijmen met de letterlijke tekst, systematiek en doelstelling van de EU-Fusierichtlijn en met zijn eerdere rechtspraak. Naar onze mening vereist de definitie in art. 2(j) slechts dat de overgedragen

25 Zie het voorstel voor de EU-Fusierichtlijn van 15 januari 1969, COM (69) 5 def. De definitie kwam overeen met de definitie van het begrip ‘vaste inrichting’ in art. 5 van de 1963 *OECD Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*.

26 In de zaak *Punch Graphix* zette het HvJ EU uiteen waarom de definitie van een begrip uit de EU-Fusierichtlijn kan worden gebruikt bij de uitleg van een begrip uit de Moeder-dochterrichtlijn. Zie HvJ EU 18 oktober 2012, C-371/11 (*Punch Graphix Prepress Belgium NV v Belgische Staat*), N.Y.R. (r.o. 35).

27 Zie D.M. Weber, “The proposed EC Interest and Royalty Directive”, *EC Tax Review*, 2006-2, p. 23.

28 Zie ook B.J.M. Terra en P.J. Wattel, *European Tax Law* (FED fiscale studieserie), derde druk, Kluwer Fiscale en Financiële Uitgevers, Deventer 2001, p. 261.

29 Zie het *General Report* over het onderwerp voor het congres van de *International Fiscal Association* in 2009, waarin wordt gesproken over een ‘locatietest’ en een ‘duurzaamheidstest’. J. Sasseville en A.A. Skaar, “General Report”, in: *Is there a permanent establishment?* (IFA Cahiers de Droit Fiscal International, No. 94a), IBFD Publications BV, Amsterdam 2009, p. 17-62.

30 Art. 5(4)(e) en (f) van het OESO-Modelverdrag.

activa en passiva gezamenlijk een tak van bedrijvigheid vormen. Het zou niet moeten uitmaken of bepaalde activa en passiva daarbij achterblijven. Evenmin zouden de financiële positie van de ontvangende vennootschap en de voornemens van het management van de ontvangende vennootschap van belang moeten zijn.

In paragraaf 3 lieten wij zien dat de in de EU-Fusierichtlijn genoemde ‘tak van bedrijvigheid’-eis ook conceptuele vragen oproept. Allereerst is de achtergrond van de ‘tak van bedrijvigheid’-eis onduidelijk. Ten tweede is vanuit systematisch oogpunt onduidelijk waarom de ‘tak van bedrijvigheid’-eis niet geldt voor alle transacties die vallen onder art. 2 van de EU-Fusierichtlijn. Ten derde lijkt de ‘tak van bedrijvigheid’-eis overbodig, gezien de ‘vaste inrichting’-eis in art. 4(2)(b) van de EU-Fusierichtlijn. Omdat de mogelijkheid om individuele activa en passiva over te dragen in ruil voor aandelen ondernemingen de flexibiliteit zou geven “zich aan te passen aan de eisen van de interne markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken”,³¹ pleiten wij voor een afschaffing van de ‘tak van bedrijvigheid’-eis.

Tot slot: de ‘tak van bedrijvigheid’-eis kan niet worden gebruikt om belastingfraude of -ontwijking te bestrij-

den. Dergelijk ongewenst gedrag moet niet worden bestreden via art. 2, maar door middel van art. 15(1) (a) van de EU-Fusierichtlijn. Mocht het gewenst zijn om beperkende voorwaarden te stellen aan het gebruik van de verschillende fusiefaciliteiten in verband met mogelijke toekomstige handelingen, dan dienen die voorwaarden in de EU-Fusierichtlijn te worden opgenomen, dan wel door de Nederlandse wetgever in de Wet VPB 1969 te worden geïntroduceerd. Duidelijkheid is gewenst.

Mr. G.F. Boulogne

Als onderzoeker verbonden aan de afdeling Fiscaal Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam en als belastingadviseur aan PricewaterhouseCoopers (EU Direct Tax Group). Het onderwerp van zijn promotieonderzoek is: ‘Shortcomings in the EU Merger Directive’. De auteur kan worden benaderd via g.f.boulogne@vu.nl.

Mr. J. Gooijer

Als docent/onderzoeker verbonden aan de afdeling Fiscaal Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. Het onderwerp van zijn promotieonderzoek is art. 4 van het OESO-Modelverdrag. De auteur kan worden benaderd via j.gooijer@vu.nl.

³¹ Zie het vierde onderdeel van de preambule bij de EU-Fusierichtlijn.