

eze deelge-

le gemeen-  
onderscheid  
ageacht om  
river fiscaleliteiten van  
de overwe-  
lang bij delstaten wei-  
tdoen, met  
astingfraude  
echtshande-  
of rationa-  
, kan doen  
esten-Leur-heeft, kun-  
graf vastge-  
eze in haaromstandig-  
eeltelijk toe  
punt 37, ennderingsbe-  
doelstellingle herstruc-  
n vennoot-  
zen, is deze  
organisaties  
leiding ge-in het feit  
belastingenreeft opge-  
gen die in  
illende lid-  
g van con-  
schrijdendekelijk be-  
iten en dus  
a, van ge-lie een bij-  
ar belastin-

) 15-10-2010

gen op vennootschappen en naar die welke door de deelgerechtigden daarvan verschuldigd zijn.

52. Er is daarentegen geen enkele aanwijzing in genoemde richtlijn op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat deze de faciliteiten heeft willen uitbreiden tot andere belastingen zoals die in de hoofdzaak, namelijk een belasting die wordt geheven in geval van verwerving van een onroerende zaak die in de betrokken lidstaat is gelegen.

53. Een dergelijk geval moet immers worden beschouwd als vallend onder de fiscale bevoegdheid van de lidstaten.

54. In die omstandigheden kan het voordeel van de bij richtlijn 90/434 ingevoerde faciliteiten niet op grond van artikel 11, lid 1, sub a, van deze laatste worden geweigerd ter compensatie van de niet-betaling van een belasting, zoals die in het hoofdgeding, waarvan de grondslag en het tarief noodzakelijkerwijs verschillen van die welke van toepassing zijn op bedrijfsfusies en andere daarop betrekking hebbende reorganisaties.

55. Indien een andere aanpak zou worden gekozen, zou niet alleen afbreuk worden gedaan aan de uniforme en coherente uitlegging van richtlijn 90/434, maar zou dit bovendien verder gaan dan nodig is om de financiële belangen van de betrokken lidstaat veilig te stellen, zoals bepaald in de vierde overweging van de considerans van deze richtlijn. Zoals de advocaat-generaal in punt 66 van haar conclusie heeft opgemerkt, is het financiële belang van de betrokken lidstaat, wanneer het hoofddoel van de voorgenomen fusie het ontwijken van overdrachtsbelasting is, beperkt tot de heffing van diezelfde overdrachtsbelasting en kan dit dan ook niet binnen de werkingsfeer van genoemde richtlijn vallen.

56. Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 aldus moet worden uitgelegd dat de daarbij ingevoerde faciliteiten niet kunnen worden geweigerd aan de belastingplichtige die door middel van een juridische constructie bestaande in een bedrijfsfusie, de heffing wilde voorkomen van een belasting zoals die in het hoofdgeding, namelijk overdrachtsbelasting, wanneer deze belasting niet binnen de werkingsfeer van deze richtlijn valt.

#### Kosten

57. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart voor recht:

'Artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, moet aldus worden uitgelegd dat de daarbij ingevoerde faciliteiten niet kunnen worden geweigerd aan de belastingplichtige die door middel van een juridische constructie bestaande in een bedrijfsfusie, de heffing wilde voorkomen van een belasting zoals die in het hoofdgeding, namelijk overdrachtsbelasting, wanneer deze belasting niet binnen de werkingsfeer van deze richtlijn valt.'

#### AANTEKENING

MR. G.F. BOULOGNE

1. Mag ontwijking van overdrachtsbelasting worden bestraft met weigering van de bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting? Het ontkennend antwoord van het HvJEU op deze vraag lijkt, gezien de systematiek van de EU-fusierichtlijn, alleszins logisch. Om met

de woorden van Weber te spreken: dit tentamen heeft het HvJEU gehaald.<sup>1</sup> Diverse auteurs hebben reeds hun licht laten schijnen op dit arrest.<sup>2</sup> In deze noot zal ik mij daarom beperken tot enkele onderbelichte onderwerpen.

2. De zaak-Zwijenburg past in een reeks arresten van het HvJEU waarin de anti-misbruikbepaling van art. 15, eerste lid, onderdeel a, EU-fusierichtlijn (voorheen: art. 11, eerste lid, onderdeel a) aan de orde was. Binnenkort wordt deze reeks verder uitgebreid met de zaak-Foggia. In deze zaak zal het HvJEU antwoord geven op de prejudiciële vraag hoe de in art. 15, eerste lid, onderdeel a, gebezigde uitdrukkingen 'zakelijke overwegingen' en 'herstructurering of rationalisering van de activiteiten' moeten worden uitgelegd.<sup>3</sup> Vóór het zover is, lijkt een beknopt overzicht van deze jurisprudentie mij illustratief. In de zaak-Leur-Bloem<sup>4</sup> verklaarde het HvJEU zich bevoegd tot uitlegging van de EU-fusierichtlijn in een zuiver interne, en daarmee niet onder de EU-fusierichtlijn vallende, situatie. Kernoverweging was dat de Nederlandse wetgever bij de omzetting van de EU-fusierichtlijn had besloten om interne situaties gelijk te behandelen aan door de EU-fusierichtlijn bestreken situaties.<sup>5</sup> In de zaak-Leur-Bloem ging het HvJEU eveneens in op de vraag hoe moet worden vastgesteld of de betreffende rechtshandeling belastingfraude of -ontwijking als (een der) hoofddoel(en) heeft. Een dergelijk onderzoek mag niet plaatsvinden op basis van algemene criteria; in elk concreet geval moet de rechtshandeling in zijn geheel worden getoetst. Verder moet het onderzoek vatbaar zijn voor rechterlijke toetsing. Tot slot mogen voorschriften van algemene strekking niet leiden tot uitsluiting van de voordelen van de richtlijn indien dit zou plaatsvinden zonder toetsing of daadwerkelijk sprake is van belastingfraude of -ontwijking.

3. In de zaak-Kofoed<sup>6</sup> behandelde het HvJEU de vraag of art. 15, eerste lid, onderdeel a, EU-fusierichtlijn kan worden toegepast indien een specifieke bepaling ter omzetting daarvan ontbreekt in het nationale recht. Op grond van art. 288, derde lid, VWEU is het bij de omzetting van een richtlijn aan de lidstaten om de vorm en de middelen te kiezen waarmee het door de richtlijn beoogde resultaat het best kan worden bereikt.<sup>7</sup> Het is niet noodzakelijk dat alle richtlijnbevestigingen formeel en uitdrukkelijk worden overgenomen in de nationale wet: een algemeen rechtskader<sup>8</sup> kan volstaan indien dit de betrokken particulieren voldoende rechtszekerheid biedt. Op de met overheidsgezag beklede instanties van een lidstaat rust vervolgens de verplichting dit rechtskader zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de doelstelling van de richtlijn.<sup>9</sup> Deze verplichting ontbreekt indien er geen nationale bepaling is die richtlijnconform kan worden uitgelegd, of indien richtlijnconforme uitleg leidt tot een *contra legem* uitleg van het nationale recht.<sup>10</sup> In dergelijke gevallen verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich ertegen dat de richtlijn uit zichzelf verplichtingen oplegt aan particulieren.<sup>11</sup> Uiteindelijk verwees het HvJEU de zaak terug naar de nationale rech-

1 Volgens D.M. Weber zou het HvJEU met zijn uitspraak in de zaak-X Holding BV 'zakken voor het tentamen', zie diens annotatie in *FED* 2010/95.  
 2 Zie o.a. de annotaties van F. Van Horzen (*NTFR* 2010-1562) en J.A.G. van der Geld (*BNB* 2010/257).  
 3 HvJEU, zaak C-126/10, FOGGIA – Sociedade Gestora de Participações Sociais.  
 4 HvJEG 17 juli 1997, zaak C-28/95, Leur-Bloem (*Jur.* 1997, blz. I-04161), *FED* 1997/768.  
 5 Zo is de EU-fusierichtlijn slechts van toepassing op fusies enz. waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten betrokken zijn. Art. 4, onderdeel a, EU-fusierichtlijn.  
 6 HvJEG 5 juli 2007, zaak C-321/05, Kofoed (*Jur.* 2007, blz. I-5795), *FED* 2007/71.  
 7 Voorheen: art. 249, derde alinea, EG. Zie, in die zin, HvJEG 16 juni 2005, zaak C-456/03, Commissie/Italië (*Jur.* 2005, blz. I-5335), r.o. 50.  
 8 Dit omvat ook het ongeschreven recht en de vaste nationale rechtspraak. Zie HvJEG 13 juli 2000, zaak C-456/98, Centrosteeel (*Jur.* 2000, blz. I-06007). Zie A. Prechal, *Directives in EC Law*, blz. 186, Oxford: Oxford University Press 2006, en J. Prinssen, *Doonverking van Europees Recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, Amsterdam: Amsterdam 2004, blz. 42.  
 9 HvJEG 10 april 1984, 14/83, Von Colson (*Jur.* 1984, blz. 01891), r.o. 15.  
 10 HvJEG 26 september 1996, zaak C-168/95, Arcaro (*Jur.* 1996, blz. I-4705), r.o. 42.  
 11 HvJEG 8 oktober 1987, 80/86, Kolpinghuis Nijmegen (*Jur.* 1987, blz. 03969), r.o. 9 en 13.

ter, met de opdracht te onderzoeken of het nationale recht een anti-misbruikbepaling kende die richtlijnconform kon worden uitgelegd.

4. In de zaak-A.T.<sup>12</sup> was de Duitse 'dubbele-boekwaarde-eis' aan de orde. Bij een aandelenruil door een Duitse en een Franse vennootschap mocht de Duitse vennootschap slechts de boekwaarde van de geruilde aandelen blijven hanteren indien de Franse vennootschap eveneens de verkregen aandelen op boekwaarde zou waarderen. Volgens de Duitse regering beoogde deze, inmiddels vervallen, eis te verhinderen dat de grensoverschrijdende overdracht van aandelen in zijn geheel niet werd belast.<sup>13</sup> Het HvJEU oordeelde dat de 'dubbele-boekwaarde-eis' in strijd is met de duidelijke tekst en doelstelling van art. 8, tweede lid, EU-fusierichtlijn. Die bepaling schrijft een doorschuiving van de boekwaarde van de ingebrachte aandelen voor. Een 'algemene' eis, die het verlenen van de voordelen van de EU-fusierichtlijn afhankelijk stelt van de fiscale waardering door de verwervende vennootschap, is niet verenigbaar met art. 15, eerste lid, onderdeel a, EU-fusierichtlijn, aldus het HvJEU.

5. Helaas is nog (steeds) niet duidelijk hoe de termen 'belastingfraude of -ontwijking' uit art. 15, eerste lid, onderdeel a, EU-fusierichtlijn moeten worden uitgelegd. In de Wet VPB 1969 wordt het afwijkende 'ontgaan of uitstellen van belastingheffing' gehanteerd. De Nederlandse implementatie heeft in de literatuur veel discussie opgeleverd. Sommige auteurs zijn van mening dat een letterlijke lezing van de term belastingontwijking duidt op een definitieve verijdeling van een belastingclaim, iets wezenlijks anders dan belastinguitstel.<sup>14</sup> Andere auteurs menen dat, onder omstandigheden, het uitstellen van belastingheffing gelijkgesteld kan worden met belastingontwijking.<sup>15</sup> Ook Hof Amsterdam 30 juni 2002, nr. 00/1358, *V-N* 2002/20.10 heeft via een richtlijnconforme interpretatie van de term 'uitstellen van belastingheffing' in art. 14a, zesde lid, Wet VPB 1969 (anti-misbruikbepaling bij splitsing) geoordeeld dat uitstellen van belastingheffing in bepaalde gevallen belastingontwijking kan opleveren. A-G Wattel had in de verwijzingsuitspraak, in navolging van A-G van den Berge in HR 1 december 1999, 34 217, *BNB* 2001/111, geconcludeerd tot het stellen van de prejudiciële vraag of uitstel van vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting reden kan zijn tot weigering van de voordelen van de EU-fusierichtlijn op de grond dat sprake is van belastingontwijking.<sup>16</sup> De Hoge Raad heeft deze vraag echter niet aan het HvJEU voorgelegd.

6. In de zaak-Kofoed overwoog het HvJEU onder verwijzing naar o.a. de zaken-Halifax<sup>17</sup> en Cadbury Schweppes<sup>18</sup> dat art. 15, eerste lid, onderdeel a, EU-fusierichtlijn het algemene beginsel weerspiegelt, dat rechtsmisbruik is verboden. In de overige zaken ontbreekt een verwijzing door het HvJEU naar deze rechtspraak. De vraag rijst of naast toetsing aan de anti-misbruikbepaling uit de EU-fusierichtlijn nog ruimte is voor toetsing aan het algemene misbruik van recht beginsel. In de zaken/Kofoed<sup>19</sup> en Zwijnenburg<sup>20</sup> concludeerde A-G Kokott dat art. 15, eerste lid, onderdeel a, EU-fusierichtlijn daartoe geen ruim-

12 HvJ EG 11 december 2008, zaak C-285/07. A.T. (*Jur.* 2008, blz. I-09329).

13 Naar onze mening treft dat argument geen doel. Als gevolg van de doorschuiving van de boekwaarde van de overgedragen aandelen naar het verworven belang in de Franse vennootschap liep de Duitse fiscus niets mis.

14 Zie S.F. van Immerseel, 'Belastingontwijking: uitstel of afstel?', *WFR* 2002/6491, blz. 1102-1106 en P.C. van der Vegt, 'Zakelijkheid bij fusie en splitsing', *WFR* 2002/6509, blz. 1809-1818.

15 Zie P.H.G. Albert, aantekening bij HR 1 december 1999, nr. 34 217, *FED* 2000/65 en J.A.G. van der Geld, noot bij HR 1 december 1999, nr. 34 217, *BNB* 2000/111.

16 Conclusie A-G Wattel in HR 11 juli 2008, 43 144, *BNB* 2008/245, *V-N* 2008/34.13.

17 HvJ EG 21 februari 2006, zaak C-255/02, Halifax (*Jur.* 2006, blz. I-01609), *BNB* 2006/170.

18 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes (*Jur.* 2006, blz. I-7995), *BNB* 2007/54.

19 Conclusie A-G Kokott van 8 februari 2007, zaak C-321/05, Kofoed (*Jur.* 2007, blz. I-05795), *FED* 2007/71.

20 Conclusie A-G Kokott van 16 juli 2009, zaak C-352/08, Zwijnenburg (*Jur.* 2010), *V-N* 2009/35.16.

te laat omdat het algemene misbruik van recht beginsel minder duidelijk is dan de anti-misbruikbepaling uit de EU-fusierichtlijn.<sup>21</sup>

7. Na de zaak-Zwijnenburg is duidelijk dat de faciliteiten van de EU-fusierichtlijn niet kunnen worden geweigerd wanneer een belastingplichtige door middel van een fusie enz. de heffing van een andere dan de genoemde belastingen ontwijkt. Voorbeelden van niet genoemde belastingen zijn de dividendbelasting en de omzetbelasting. De inkomstenbelasting, hoewel niet expliciet genoemd in de EU-fusierichtlijn, kan door deelgerechtigden van fusierende vennootschappen zijn verschuldigd. Men denke aan een juridische fusie tussen twee vennootschappen met aandeelhouders/natuurlijke personen. De fusie zal in eerste instantie worden beschouwd als een vervreemding van het belang in de verdwijnende vennootschap en leidt daarom tot belastingheffing op het niveau van de aandeelhouders. Op grond van art. 8, eerste lid, EU-fusierichtlijn is de lidstaat van de deelgerechtigde echter gehouden tot doorschuiving van de boekwaarde van de 'oude' aandelen naar de 'nieuw' uitgereikte aandelen. Omdat de faciliteiten van de EU-fusierichtlijn ook zien op de doorschuiving van boekwaarden in de inkomstenbelasting, zal ontwijking van inkomstenbelasting grond zijn tot weigering van de faciliteiten van de EU-fusierichtlijn. Het verdient opmerking dat het onduidelijk is of ontwijking van belastingheffing op aandeelhoudersniveau reden mag zijn voor weigering van de fusiefaciliteit op het niveau van de fusierende vennootschap en vice versa. In de Nederlandse context zou wellicht kunnen worden betoogd dat een door buitenlandse fiscale motieven gedreven fusie op zakelijke overwegingen berust. De Nederlandse rechtspraak over dit onderwerp is echter niet geheel eensluidend.<sup>22</sup>

8. Ter illustratie van de mogelijke gevolgen van zaak-Zwijnenburg, een korte bespreking van twee casus waarin ontwijking van een niet door de EU-fusierichtlijn bestreken belasting aan de orde is. Casus 1: A BV, feitelijk gevestigd in Nederland, en B GmbH, feitelijk gevestigd in Duitsland, hebben een gezamenlijke aandeelhouder, X Ltd., feitelijk gevestigd in niet-verdragsland Y. BV A heeft aanzienlijke winstreserves. BV A wil geruisloos fuseren in B GmbH op grond van art. 14b, tweede lid, Wet VPB 1969, latere heffing is verzekerd. Als gevolg van de fusie verliest Nederland het recht om dividendbelasting te heffen. Een fusie is geen belastbaar feit voor de Wet op de dividendbelasting 1965. Indien er verder geen zakelijke motieven ten grondslag liggen aan de fusie, zal deze als hoofddoel hebben de ontwijking van dividendbelasting. In 2004 was het voor Bellingwout en Van de Streek nog een 'openstaande vraag' of het verloren gaan van de dividendbelastingclaim consequenties kan hebben voor de begeleiding van de fusie in de sfeer van de vennootschapsbelasting.<sup>23</sup> Na de zaak-Zwijnenburg dunkt het mij dat het verloren gaan van de dividendbelastingclaim geen reden mag zijn voor weigering van de fusiefaciliteit. Immers, de dividendbelasting sluit niet aan bij de heffing over de aanwezige meerwaarden. Verder hebben dividendbelasting en de vennootschapsbelasting een andere grondslag en een ander tarief.<sup>24</sup> Het lijkt daarbij niet relevant dat de dividendbelasting onder omstandigheden een voorheffing vormt voor de vennootschapsbelasting.<sup>25</sup> Reparatie van het verlies van de dividendbelastingclaim door middel van weigering van de fusiefaciliteit is dus niet toegestaan maar moet eventueel met een beroep op *fraus legis* in de sfeer van de dividendbelasting worden bestreden.

21 F. van Horzen van mening dat wel degelijk zou moeten worden getoetst aan het algemene misbruik van recht beginsel. Zie diens noot bij de conclusie van A-G Kokott in de zaak-Zwijnenburg in *NTFR* 2009/1662.

22 Ik verwijs naar de door Marres aangehaalde rechtspraak in O.C.R. Marres, *Winstdrainage door rentefrek: artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting*, blz. 147, Deventer: Kluwer 2008.

23 J.W. Bellingwout en J.L. van de Streek, 'Fiscale aspecten van de Societas Europaea (II)', *MBB* 2004, nr. 2.

24 Zwijnenburg, r.o. 10.

25 Bijvoorbeeld indien het belang in BV A niet behoort tot het vermogen van X Ltd. X Ltd. is dan buitlands belastingplichtig op basis van art. 17, derde lid, onderdeel b, Wet VPB 1969.

9. Casus 2: Bank A NV verricht louter vrijgestelde prestaties voor de omzetbelasting (art. 11, eerste lid, onderdeel j, Wet OB 1968). A NV wil kantoormeubilair kopen. Met dat doel verstrekt A NV een renteloze lening aan B BV, een vennootschap die belaste prestaties verricht. B BV koopt het kantoormeubilair, brengt de daarop drukkende BTW in aftrek en verhuurt het kantoormeubilair aan A NV. Na het verstrijken van de herzieningstermijn voor roerende zaken van vier jaar (art. 13, derde lid, Uitv.besch. OB 1968), fuseren B BV en A NV. Het verschil tussen de door B BV in aftrek gebrachte BTW en de door A NV op de huurtermijnen betaalde omzetbelasting levert A NV een permanent BTW-voordeel op. Ook in deze casus zou het ontwijken van omzetbelasting geen grond mogen vormen voor weigering van de faciliteiten van de EU-fusierichtlijn.

10. Tot slot, enkele aandacht voor de 'omweg-discussie'.<sup>26</sup> De Hoge Raad overwoog in r.o. 4.3.1 tot en met 4.3.3 dat de bedrijfsfusie vanuit het perspectief van de fuseerende vennootschappen niet per se onzakelijk is wanneer de latere overdracht van de aandelen in Beheer BV aan X BV buiten beschouwing wordt gelaten. Weliswaar had de beoogde overdracht van het winkelpand ook op andere (lees: fiscaal minder gunstige) wijze kunnen plaatsvinden, bijvoorbeeld door verkoop aan X BV van het pand (overdrachtsbelasting) of door verkoop van de aandelen in Beheer BV (overdrachtsbelasting en vennootschapsbelasting), het stond belastingplichtigen vrij om te kiezen wie van hen de onderneming zou drijven in de in één onderneming samengebrachte panden. Volgens de Hoge Raad stond het echter buiten kijf dat *alle* omstandigheden, dus ook de overdracht van de aandelen in Beheer BV aan X BV, in aanmerking moesten worden genomen. Het bereiken van een zakelijk doel (de overdracht van het winkelpand aan de zoon en diens echtgenote) via een al te kunstmatige omweg kan volgens de Hoge Raad dus wel degelijk grond zijn voor weigering van de fusiefaciliteiten. Terecht merkt de Redactie Vakstudie Nieuws op dat het erop lijkt de in HR 17 december 2004, nr. 39080, BNB 2005/169 )*V-N* 2005/2.16' ten grave gedragen 'verschillende wegen'-leer, weliswaar buiten het kader van *fraus legis*, uit zijn as is herrezen. Volgens A-G Kokott kon het feit dat belastingplichtige uit de diverse mogelijkheden die hem ter beschikking stonden de optie koos die fiscaal het voordeligst uitviel op zichzelf geen grond vormen voor de veronderstelling van belastingontwijking.<sup>27</sup> Het gezegde 'de reis is belangrijker dan de bestemming', of zoals de Tröckener Kecks zongen: 'de jacht is mooier dan de vangst'<sup>28</sup> gaat volgens Kokott dus niet op. Het HvJEU ging helaas niet expliciet op deze discussie in.

<sup>26</sup> Zie de aantekening van de redactie in *V-N* 2008/34.13 bij HR 11 juli 2008, nr. 43144.

<sup>27</sup> Conclusie A-G Kokott van 16 juli 2009, zaak C-352/08, Zwijnenburg, *V-N* 2009/35.16, punt 47.

<sup>28</sup> Tröckener Kecks, 'De jacht is mooier dan de vangst', *De jacht*, Torso 1989.