

AANTEKENING

MR. G.F. BOULOGNE¹

Belanghebbende, een BV, is lid van coöperatie D en bezit tevens 24 van de 3000 aandelen in E BV. Begin 2007 wordt besloten om D en E via een aandelenruil te fuseren: belanghebbende draagt haar aandelen E over aan D, tegen bijschrijving op haar ledenrekening van de waarde van de overgedragen aandelen. Omdat aan de 5%-eis van art. 13, tweede lid, onderdeel a, Wet VPB 1969 niet is voldaan, is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op het overgedragen belang in E en wordt belanghebbende belast over de meerwaardes daarop. Belanghebbende verzoekt de inspecteur om te bevestigen dat sprake is van een aandelenfusie in de zin van art. 3.55, tweede lid, onderdeel a, Wet IB 2001. In dat geval kan belanghebbende de boekwaarde van de aandelen E doorschuiven naar haar lidmaatschapsrechten D. De inspecteur wijst dit verzoek af.

Op basis van een letterlijke uitleg oordeelt de rechtbank Haarlem dat de bijschrijving op een ledenrekening van een coöperatie niet gelijk te stellen is met een 'uitreiking van aandelen' (zoals vereist door art. 3.55 Wet IB 2001) danwel, bij directe werking van artikel 2, onderdeel e, EU-fusierichtlijn, een 'uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid'. Daartoe overweegt de rechtbank in r.o. 4.1.2. dat de op zichzelf duidelijke tekst van art. 2, onderdeel e, EU-fusierichtlijn geen ruimte biedt voor een extensieve uitleg van het begrip 'uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid' in die zin, dat daaronder ook de bijschrijving op een ledenrekening van een coöperatie wordt verstaan. Daarmee is het oordeel van de rechtbank in lijn met een uitspraak van Hof Amsterdam, waarin het hof oordeelde dat een agiostorting niet te beschouwen is als een 'uitreiking van aandelen'.²

Ik meen evenwel dat de rechtbank op basis van een teleologische interpretatie van art. 2, onderdeel e, EU-fusierichtlijn tot een ander oordeel had kunnen komen, namelijk dat wél sprake is van een kwalificerende aandelenruil in de zin van de EU-fusierichtlijn. Volgens de preambule kent de EU-fusierichtlijn een tweeledig doel: enerzijds het wegnemen van fiscale belemmeringen bij grensoverschrijdende fusies enz., anderzijds het veiligstellen van de mogelijkheid tot latere heffing door de lidstaten. De Nederlandse wetgever heeft voor zuiver interne fusies enz. aansluiting gezocht bij de EU-fusierichtlijn. Vanuit het doel van de EU-fusierichtlijn beschouwd is de inbreng van een aandelenbelang in een coöperatie waarin de inbrenger reeds lidmaatschapsrechten bezit gelijk aan de inbreng van een aandelenbelang in een coöperatie tegen uitgifte van lidmaatschapsrechten. In beide gevallen is sprake van een 'aandelenruil' en in beide gevallen is heffing bij latere vervreemding van de lidmaatschapsrechten verzekerd. Een ruime uitleg van de term 'uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid' zou dan ook niet tot een heffingslek hebben geleid.

Met betrekking tot de vraag welke uitleg prevaleert (de letterlijke of de teleologische), wijs ik erop dat het HvJ EU diverse arresten heeft gewezen waarin van een letterlijke interpretatie werd afgeweken wanneer deze uitleg strijdig bleek met het kennelijke doel van een bepaling.³ Uit andere rechtspraak blijkt echter dat het HvJ EU vasthoudt aan een letterlijke interpretatie wanneer een bepaling duidelijk en ondubbelzinnig is.⁴ Gezien dit kennelijke gebrek aan houvast bij Europeesrechtelijke interpretatievraagstukken en gezien het feit dat een bepaling aan de orde is die, binnen het huidige feitenpatroon, op verschillende wijzen kan worden

1 Mr. G.F. Boulogne is verbonden aan PwC en aan de Vrije Universiteit, Amsterdam. Hij verricht promotieonderzoek naar de tekortkomingen in de EU-fusierichtlijn.

2 Hof Amsterdam 26 januari 1995, AWB 93/01504.

3 Zie o.a. HvJ EG 28 februari 1980, 67/79, *Waldemar Fellinger*, r.o. 7-9.

4 Zie o.a. HvJ EG 23 maart 2000, zaak C-310/98 en zaak C-406/98, *Hauptzollamt Neubrandenburg*, r.o. 32).

uitgelegd, meen ik dat de rechtbank Haarlem prejudiciële vragen had kunnen voorleggen aan het HvJ EU over de uitleg van de term 'uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid'.

In r.o. 4.1.2. overweegt de rechtbank dat uitbreiding van een bestaand lidmaatschapsbelang in een coöperatie juridisch niet mogelijk is door middel van een uitgifte van lidmaatschapsrechten; dit kan slechts door middel van een bijschrijving op de ledenrekening. Uit een recente uitspraak van het Hof Arnhem leid ik echter af dat de uitreiking van lidmaatschapsbewijzen aan bestaande leden van een coöperatie wel degelijk mogelijk is (r.o. 2.2).⁵ Een mogelijke verklaring voor deze inconsistentie zou kunnen zijn dat in de praktijk twee soorten coöperaties worden gebruikt: coöperaties met een quasi-aandelenkapitaal (uitreiking van lidmaatschapsrechten is gewoon mogelijk) en coöperaties zonder quasi-aandelenkapitaal (uitreiking van lidmaatschapsrechten is niet mogelijk). In de bijlage bij de EU-fusierichtlijn wordt een dergelijk onderscheid echter niet gemaakt: daarin wordt de generieke term 'coöperatie' gehanteerd. Als gevolg van de uitspraak van de rechtbank zullen transacties waarbij een coöperatie zonder quasi-aandelenkapitaal betrokken is als ontvangende danwel verwervende vennootschap niet kwalificeren onder art. 2 EU-fusierichtlijn omdat niet aan de vereiste 'uitgifte van bewijzen van deelgerechtigdheid' kan worden voldaan. Het is de vraag of de rechtbank Haarlem deze consequentie heeft willen aanvaarden. Interessant in deze discussie is een besluit van 23 oktober 2003⁶, waarin de staatssecretaris met betrekking tot de toepassing van de verkorte driejaarstermijn van art. 15ai, derde lid, onderdeel b, Wet VPB (welke bepaling eveneens een 'uitreiking van aandelen' vereist) goedgekeurd heeft dat ook aan het uitreikingsvereiste is voldaan in situaties waarin op grond van het civiele recht geen aandelen hoeven te worden uitgereikt. Met deze goedkeuring erkent de staatssecretaris naar mijn mening de fiscale irrelevantie van het ontbreken van een uitreiking van aandelen (bijv. als gevolg van een civielrechtelijke beperking) in gevallen waarin geen verlies van heffingsrecht dreigt. Een soortgelijke goedkeuring voor wat betreft fusies enz. waarbij een coöperatie zonder quasi-aandelenkapitaal als ontvangende danwel verwervende vennootschap betrokken is, zou daarom door mij worden toegejuicht.

In het aanmerkelijkbelangregime (art. 4.5a Wet IB 2001 jo. art. 4.6, onderdeel a en d, Wet IB 2001) zijn – zij het onder voorwaarden – leden van een coöperatie gelijkgesteld met aandeelhouders van een BV. Deze gelijkstelling is ingegeven door de wens van de wetgever om – in de praktijk vastgesteld – oneigenlijk gebruik van de coöperatie door leden/niet-ondernemers ongedaan te maken. De uitspraak van de rechtbank leidt er echter toe dat de inbreng van een aandelenbelang in een coöperatie zonder quasi-aandelenkapitaal niet kan kwalificeren voor de aandelenfusiefaciliteit van de EU-fusierichtlijn, terwijl deze faciliteit wél openstaat voor de inbreng van een aandelenbelang in een BV (tegen uitreiking van aandelen). Gezien de beoogde gelijkstelling tussen een lid van een coöperatie en een aandeelhouder van een BV lijkt die uitkomst onevenwichtig. Tevens kan wellicht betoogd worden dat sprake is van een schending van het nationaalrechtelijke gelijkheidsbeginsel omdat gelijke gevallen, zonder objectieve rechtvaardiging, ongelijk behandeld worden.⁷

Tot slot werpt de onderhavige procedure de vraag op of überhaupt voldaan is aan het vereiste dat D door de inbreng een meerderheid van de stemmen krijgt in E, of indien zij reeds over een meerderheid zou beschikken, haar deelneming in E vergroot (art. 2, onderdeel e, EU-fusierichtlijn). Op deze vraag werd niet ingegaan door de rechtbank. Uit r.o. 2.2 blijkt dat E 75 aandeelhouders had, die elk via een aandelenruil hun belang in E overdroegen aan D. Veronderstellenderwijs neem ik aan dat geen van deze aandeelhouders de meerderheid van de stemmen in E bezat. Indien alle aandelenfusies inderdaad op dezelfde dag (28 december 2007) hebben

⁵ Hof Arnhem 14 september 2010, AWB 09/00383.

⁶ Besluit van 23 oktober 2003, nr. CPP2003/1917M, BNB 2004/18.

⁷ Het Europeesrechtelijke gelijkheidsbeginsel (HvJ EG 19 oktober 1977, 117/76 en 16/77, *Ruckdeschel*) is in casu niet van toepassing: er is sprake van een interne situatie.

plaatsgevonden, dan is het de vraag of iedere afzonderlijke aandelenfusie kwalificeerde onder art. 2, onderdeel e, EU-fusierichtlijn. Indien de inbrengen volgtijdig zouden hebben plaatsgevonden, dan zou de aandelenruilfaciliteit pas van toepassing zijn geweest op de inbrengen die waren gedaan nadat D een meerderheid van de stemmen in E had verkregen. Het is daarom de vraag of alle inbrengers de aandelenruilfaciliteit kunnen toepassen indien alle inbrengen gelijktijdig plaatsvinden. Ten aanzien van de min of meer identiek geformuleerde kapitaalsbelastingvrijstelling voor aandelenfusies van art. 37, tweede lid, onderdeel a, Wet BRV heeft de Hoge Raad meermaals beslist dat gekeken moet worden naar het gevolg van de samenhangende overdrachten.⁸ Ook ten aanzien van de aandelenfusiefaciliteit van art. 3.55 Wet IB 2001 bestaat beleid op basis waarvan transacties in samenhang kunnen worden gezien voor de vraag of (vanuit het perspectief van de verwervende vennootschap) aan de 50%-eis is voldaan.⁹ De vraag resteert echter of een dergelijke 'gunstige' lezing ook volgt uit het op het eerste oog wat 'strak' geformuleerde art. 2, onderdeel e, EU-fusierichtlijn.

118 Zestiende standaardvoorwaarde is niet in strijd is met de EU-fusierichtlijn: geen beroep mogelijk op tegenbewijsmogelijkheid van art. 15 EU-fusierichtlijn na verbreken fiscale eenheid binnen drie jaar

HR 8 oktober 2010, nr. 08/04644 (LJN: BL0124)

(conclusie van A-G Wattel)
(met aantekening van mr. G.F. Boulogne)
(Lourens, Bavinck, Leemreis, Van Loon, Fierstra)
Art. 25 EU-fusierichtlijn en 16e Standaardvoorwaarde

Het geschil betreft de navorderingsaanslag vennootschapsbelasting 1999.

OP HET BEROEP IN CASSATIE VAN BELANGHEBBENDE OVERWEEGT DE HOGE RAAD:

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

Belanghebbende is opgericht op 31 maart 1998. De houder van haar aandelen heeft met toepassing van artikel 18 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 met terugwerkende kracht tot 1 januari 1997 de door hem gedreven onderneming in belanghebbende ingebracht. De aandeelhouder van belanghebbende heeft op 31 maart 1998 opgericht de vennootschap B BV (hierna: B BV). De in belanghebbende ingebrachte onderneming is op 31 maart 1998 ingebracht in (doorgeschoven naar) B BV tegen uitreiking van aandelen.

Belanghebbende en B BV vormen sinds 31 maart 1998 een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Krachtens een door de Inspecteur gegeven beschikking zijn op deze fiscale eenheid van toepassing een aantal in het kader van artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (tekst tot 2003; hierna: de Wet) gestelde standaardvoorwaarden.

Op 4 december 2000 heeft belanghebbende 122 van de 351 aandelen in B BV verkocht en geleverd aan C BV

8 Zie o.a. HR 7 oktober 2005, nr. 43 299, *FED* 2005/100 en HR 28 februari 1996, nr. 30 913, *FED* 1996/642.

9 Zie het antwoord van de Staatssecretaris van Financiën op vraag H.3. in het besluit van 4 april 2001, nr. CPP2001/765M, *BNB* 2001/308.