Fiscaliteiten

Enige fiscale aspecten van de herstructurering van vennootschappen

Mr. Dr. G.J.M.E. de Bont

1 Inleiding

Deze bijdrage staat in het teken van recente ontwikkelingen met betrekking tot de fiscale aspecten van de herstructurering van vennootschappen. Op dit gebied zijn nieuwe ontwikkelingen te melden door het Leur-Bloem-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (hierna: HvJ EG). Dit arrest heeft tot gevolg dat belastingplichtigen minder snel worden geconfronteerd met fiscale obstakels indien zij hun aandelen wensen te ruilen tegen aandelen in een andere vennootschap.

In paragraaf 3 zal nader aandacht worden besteed aan de regels die de Staatssecretaris van Financiën heeft gesteld met betrekking tot de fiscale behandeling van rente die een aanmerkelijk-belanghouder is verschuldigd indien een schuld is aangegaan ter financiering van de overname van een vennootschap.

2 De zaak Leur-Bloem

2.1 Inleiding

Nederland is in het verleden reeds een aantal malen op de vingers getikt door het HvJ EG. In de zaak Wielockx overwoog het HvJ EG dat de bepalingen betreffende de fiscale oudedagsreserve de toets van het EG-recht niet konden doorstaan en in het Asscher-arrest werd beslist dat het hoge belastingtarief voor buitenlands belastingplichtigen in strijd was met de artikelen in het EG-Verdrag ter zake van het vrije verkeer van personen. Aan dit duo kan nu de zaak Leur-Bloem worden toegevoegd.

2.2 Materiële fusie-eis in de Wet op de inkomstenbelasting 1964

Op 17 juli 1997 heeft het HvJ EG arrest gewezen in de zaak Leur-Bloem naar aanleiding van prejudiciële vragen die door Hof Amsterdam zijn gesteld.

Mevrouw Leur-Bloem was in het bezit van de aandelen in een lege Holding-BV. Daarnaast was zij eigenaar van de aandelen in twee vennootschappen waarin ondernemingen op het gebied van uitzendwerkzaamheden worden uitgeoefend. Zij was voornemens een aandelenruil uit te voeren. De bedoeling was dat een situatie zou ontstaan waarin de Holding-BV de aandelen in de Werk-BV's bezit.

De aandelenruil is een belastbaar feit voor de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (hierna: Wet IB'64). hetgeen tot gevolg heeft dat de vermogenswinst die behaald wordt op de ruil van de aandelen in de Werk-BV's, wordt belast tegen het aanmerkelijk-belangtarief van 25% (tot 1997: 20%). Omdat deze heffing een belemmering kan vormen voor herstructureringen die op bedrijfs-economische gronden noodzakelijk of wenselijk zijn, wordt onder voorwaarden toegestaan dat de claim op de vermogenswinst wordt doorgeschoven op de aandelen in de overnemende vennootschap (in het onderhavige geval de aandelen in Holding-BV).

De belangrijkste voorwaarden die aan een dergelijke 'onbelaste' aandelenruil zijn verbonden, zijn de materiële fusie-eis en de eis van de

Mr. Dr. G.J.M.E. de Bont is postdoc van het Center van Company Law van het Schoordijk instituut van de Katholieke Universiteit Brabant.

financiële en economische verbondenheid. Op grond van de materiële fusie-eis dienen zowel de overnemende vennootschap als de vennootschap die wordt overgenomen in het bezit te zijn van een materiële onderneming. De eis van de financiële en economische verbondenheid heeft tot gevolg dat slechts van een aandelenfusie in de zin van de Wet IB '64 kan worden gesproken indien de aandelenruil tot gevolg heeft dat de (materiële) ondernemingen in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samen worden gebracht.

Tussen de inspecteur en Leur-Bloem was in geschil of mevrouw Leur-Bloem gerechtigd was tot een 'onbelaste' aandelenruil.

2.3 De Fusie-Richtlijn

De regeling in de Wet IB '64 met betrekking tot de internationale aandelenruil dient te voldoen aan de EG-Richtlijn van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Staten (90/434/EEG). In de belastingwetgeving in Nederland is geen onderscheid gemaakt tussen enerzijds een aandelenruil waarbij slechts Nederlandse vennootschappen zijn betrokken en anderzijds een aandelenruil waarbij vennootschappen uit verschillende lidstaten zijn betrokken. Ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat geen verschil is beoogd tussen een nationale en een internationale aandelenruil.

2.4 Het oordeel van het HvJ EG

Leur-Bloem nam de stelling in dat in de Nederlandse wetgeving voorwaarden worden gesteld aan een 'onbelaste' aandelenruil die niet overeenkomen met de vereisten die voortvloeien uit de Fusie-richtlijn.

In de procedure bij het HvJ EG bepleitte de Nederlandse staat dat het HvJ EG geen rechtsbevoegdheid had om over de nationale situatie van Leur-Bloem te oordelen. Het HvJ EG overwoog dat het bevoegd is indien 'de nationale wetgever bij de omzetting van de bepalingen van een richtlijn in nationaal recht heeft besloten, zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als situaties die door de richtlijn worden geregeld, en hij zijn nationale wetgeving dus heeft aangepast aan het gemeenschapsrecht.'

Doordat de Nederlandse wetgever in de Wet IB '64 geen onderscheid maakt tussen de nationale en de internationale aandelenruil en voorts tijdens de parlementaire behandeling heeft benadrukt dat deze vormen van aandelenruil op gelijke wijze moeten worden behandeld, achtte het HvJ EG zichzelf bevoegd om over de nationale situatie van Leur-Bloem te oordelen.

Nadat deze juridische hobbel was genomen, kon het HvJ EG nader ingaan op de vraag of de Wet IB '64 voldoet aan de bepalingen van de Fusie-Richtlijn. Het HvJ EG stelt vast dat de Nederlandse wetgever de opvatting was toegedaan dat hij op grond van artikel 11 van de Fusie-Richtlijn bevoegd was de materiële fusie-eis en de eis van de financiële en economische verbondenheid in de belastingwet op te nemen. In artikel 11 is vastgelegd dat de lidstaten belastingplichtigen de voordelen van de richtlijn kunnen weigeren indien de fusie of aandelenruil 'als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft; het feit dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, kan doen veronderstellen dat die transactie als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft.'

Het HvJ EG oordeelt dat artikel 11 van de richtlijn niet tot gevolg heeft dat de lidstaten de bevoegdheid toekomt algemene regels in hun fiscale wetgeving op te nemen die bepaalde categorieën van fusies en aandelenruilen per definitie van de voordelen van de richtlijn uitsluiten. Deze overweging plaatst een bom onder de materiële fusie-eis en de eis van de financiële en economische verbondenheid.

2.5 Consequenties voor de Nederlandse praktijk

Het feit dat de overnemende vennootschap geen materiële onderneming drijft, is naar het oordeel van het HvJ EG onvoldoende om te constateren dat sprake is van belastingontwijking. Voorts is het in de opvatting van het HvJ EG mogelijk dat zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan een juridische herstructurering van vennootschappen, die reeds in economisch en

financieel opzicht een eenheid vormen. Ook een niet duurzame aandelenfusie kan zakelijk zijn, ofschoon het HvJ EG hierbij aantekent dat een dergelijke in tijd beperkte herstructurering een aanwijzing vormt voor belastingontwijking.

Indien de fusie of aandelenruil slechts plaatsvindt om de winsten en verliezen van de ondernemingen te kunnen compenseren, zal van zakelijke overwegingen geen sprake zijn. Het begrip zakelijke overwegingen is ruimer dan het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel.

De interpretatie van het HvJ EG leidt ertoe dat ieder verzoek tot het doorschuiven van de fiscale claim op aandelen in het kader van een fusie of aandelenruil in haar geheel dient te worden onderzocht op zakelijke motieven. Indien dergelijke zakelijke motieven niet bestaan, bestaat een vermoeden van belastingontwijking. Het onderzoek naar de motieven van de fusie of aandelenruil moet vatbaar zijn voor rechterlijke toetsing.

3 Financieringsrente en aanmerkelijk-belangsituaties

3.1 Inleiding

Het op 1 januari 1997 in de Wet IB'64 opgenomen regime betreffende de winst uit aanmerkelijk belang heeft tevens betrekking op aftrekbare kosten bestaande uit renten van schulden die zijn aangegaan in verband met de financiering van aanmerkelijk-belangaandelen. In beginsel betekent dit dat deze financieringskosten voor een aanmerkelijk-belanghouder slechts aftrekbaar zijn tegen 25%. De voordelen die de aanmerkelijk-belanghouder ontvangt zijn echter belast tegen 51,25% (35% vennootschapsbelasting; 25% dividendbelasting/inkomstenbelasting over het restant).

Slechts indien sprake is van een daadwerkelijke bedrijfsovername en voorts aan een aantal nadere voorwaarden is voldaan (zie artikel 3c Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 1990), is de Staatssecretaris bereid te accepteren dat de financieringskosten als persoonlijke verplichting tegen het progressieve tarief in mindering wordt

gebracht op het inkomen van de aanmerkelijk-belanghouder.

3.2 'Coulantere' houding van Staatssecretaris

Indien de belastingplichtige niet rechtstreeks de aandelen in de vennootschap koopt die hij wenst over te nemen, maar besluit zijn houdster-vennootschap als kopende partij tussen te schuiven, wordt aan de nadere voorwaarden niet voldaan en zullen de financieringslasten slechts tegen 25% aftrekbaar zijn. Vanuit de Tweede Kamer is de vraag gesteld of het juist is dat het tussenschuiven van een houdster-vennootschap per definitie tot gevolg heeft dat aftrek tegen tabeltarief wordt geweigerd.

In zijn antwoord zegt de Staatssecretaris toe dat reële gevallen van bedrijfsovernames waarbij een houdstermaatschappij wordt tussengeschoven aan het departement kunnen worden voorgelegd, indien fiscale overwegingen niet doorslaggevend zijn geweest voor de gekozen structuur. Bij de beoordeling van de voorgelegde gevallen zal worden bekeken of niet alle winsten in de houdster-vennootschap worden opgepot terwijl tegelijkertijd de schuld die de aanmerkelijk-belanghouder heeft niet wordt afgelost. Het oppotten in de vennootschap heeft immers tot gevolg dat de aanmerkelijk-belanghouder geen baten verkrijgt uit zijn aandelen, terwijl het niet aflossen van de schuld garant staat voor een gelijkmatige (hoge) renteaftrek. De Staatssecretaris zal in dergelijke gevallen waarschijnlijk als eis stellen dat de winsten in de houdstermaatschappij als dividend worden uitgekeerd aan de aanmerkelijk-belanghouder.

Voorts is van een reële bedrijfsovername geen sprake indien alle aandelen in een vennootschap worden verworven. In dergelijke gevallen is de Staatssecretaris de opvatting toegedaan dat de schuld niet in privé, maar door de houdster-vennootschap moet worden aangegaan. Indien alle aandelen worden verworven, dient de houdster-vennootschap een fiscale eenheid aan te gaan met de overgenomen vennootschap, hetgeen tot gevolg heeft dat de financieringslasten van de houdster-vennootschap kunnen worden verrekend met de winsten van de overgenomen vennootschap.