

Fiscaliteiten

Mr. G.T.K. Meussen

BELASTINGEN

1 Hoge Raad verwerpt materiële fusie-eis

1.1 Inleiding

In de praktijk bestaat de behoefte bij ondernemingen om zich te hergroeperen teneinde zich aan te passen aan de eisen van een veranderende markt. Doel kan bijvoorbeeld zijn om een holdingstructuur tot stand te brengen op basis van een fusie door aandelenruil. Fiscale belemmeringen zijn evenwel fnuikend voor de totstandkoming van een dergelijke aandelenruil. Die kunnen eruit bestaan dat er belastingheffing bij de aandeelhouders terzake van de aandelenruil plaatsvindt. De zogenaamde Fusierichtlijn van de EG beoogt de belastingheffing bij de aandeelhouders naar de toekomst te verschuiven. In de Nederlandse inkomstenbelasting is dit geregeld door middel van een zogenaamde doorschuiffaciliteit. Aan deze faciliteit is als voorwaarde wel de zogenaamde materiële fusie-eis verbonden. Dit betekent dat de beide betrokken vennootschappen een materiële onderneming moeten uitoefenen en beide ondernemingen in financieel en economisch opzicht duurzaam samen dienen te gaan. Dit vereiste heeft tot doel oneigenlijk gebruik van de doorschuivingsmogelijkheid te voorkomen. In de literatuur is echter steeds getwijfeld of deze materiële fusie-eis niet in strijd is met de Fusierichtlijn van de EG.

In oktober 1997 werd in deze rubriek aandacht

besteed aan het Leur-Bloem-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (hierna: HvJ EG). Op 17 juli 1997 heeft het Hof arrest gewezen in deze zaak naar aanleiding van prejudiciële vragen die door Hof Amsterdam waren gesteld. Het feit dat in het kader van een aandelenfusie ex artikel 14b, Wet IB 1964 de overnemende vennootschap geen materiële onderneming drijft, is naar het oordeel van het HvJ EG onvoldoende om te constateren dat sprake is van belastingontwijking. Daarmee is de materiële fusie-eis expliciet door het HvJ EG verworpen.

Inmiddels heeft de Hoge Raad zich in een arrest van 4 februari 1998 (rolnr. 30074) over de relatie tussen de aandelenfusiefaciliteit en het EG-recht uitgesproken (overigens in een andere casus dan Leur-Bloem). In dit arrest komt ons hoogste rechtscollege, weliswaar op basis van aangepaste standpunten, tot hetzelfde oordeel als het HvJ EG.

1.2 Casus

Belanghebbende X heeft alle activiteiten van zijn oorspronkelijke eenmansonderneming ingebracht in twee besloten vennootschappen, waarvan hij enig aandeelhouder is. Hij wenst een holdingstructuur te creëren waarbij uiteindelijk de holding de aandelen houdt van de twee besloten vennootschappen die beide een materiële onderneming drijven. De activiteiten van de holding beperken zich tot het houden van de aandelen in beide werkmaatschappijen.

De inspecteur is van mening dat de voorgenomen transactie niet te kwalificeren is als een aandelenfusie in de zin van artikel 40 juncto artikel 14b, lid 2, Wet IB 1964 want beide ondernemingen opereren zelfstandig en zijn derhalve voor hun voortbestaan niet van elkaar afhankelijk.

Mr. G.T.K. Meussen is als universitair docent belastingrecht verbonden aan het Fiscaal Instituut Tilburg van de Katholieke Universiteit Brabant. Hij is tevens werkzaam bij Bureau Vaktechniek van Moret Ernst & Young Belastingadviseurs te Rotterdam.

Hof Arnhem vernietigt de beslissing van de inspecteur en overweegt dat het *gelijkheidsbeginsel* met zich meebrengt dat een aandelenfusie waarbij uitsluitend in Nederland gevestigde vennootschappen zijn betrokken, niet minder gunstig mag worden behandeld dan een waarbij de vennootschappen van twee of meer Lid-Staten zijn betrokken.

1.3 Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het beroep van de staatssecretaris in cassatie. Daarbij doet hij geen expliciet beroep op het gelijkheidsbeginsel en evenmin op de implementatiewetgeving van de fusierichtlijn. Hij beslist zelfs dat de EG-Fusierichtlijn in beginsel niet van toepassing is op zuiver nationale situaties.

De Nederlandse wetgever heeft echter bij de implementatie van de richtlijn zowel de nationale als de grensoverschrijdende aandelenfusie op nauwkeurige wijze in artikel 14b, tweede lid, onderdelen a en b, Wet IB 1964 geregeld, hetgeen erop neerkomt dat de regeling voor beide situaties identiek moet worden uitgelegd. Vervolgens verwijst de Hoge Raad naar de rechtsoverwegingen 36 en 40 in het Leur-Bloemarrest van het HvJ EG. In rechtsoverweging 36 had het HvJ EG geoordeeld dat de gemeenschappelijke fiscale regeling die voortvloeit uit de fusierichtlijn, 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. In rechtsoverweging 40 had het HvJ EG geoordeeld dat de in de richtlijn bedoelde fiscale voordelen voor een aandelenruil moeten worden toegekend, tenzij belastingfraude of belastingontwijking het hoofddoel of een der hoofddoelen van deze rechtshandeling is. Op basis daarvan verwerpt de Hoge Raad de materiële fusie-eis alsmede de generieke uitsluiting van de fusiefaciliteit bij een vermoeden dat de aandelenruil belastingfraude of -ontwijking tot doel heeft.

1.4 Gevolgen arrest

De wetgever zal de regeling inzake de aandelenfusie opnieuw en op een andere wijze vorm moeten geven. De passage 'ten einde de onderneming van die vennootschap en die van een andere in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samen te brengen' die thans in de regeling voorkomt, heeft als gevolg van strijdig-

heid met het EG-recht geen rechtskracht meer. Ook mag de nieuwe regeling niet bestaan uit standaardvoorwaarden (gebaseerd op delegatie aan de Minister) omdat in een dergelijke situatie volwaardige rechterlijke toetsing niet mogelijk is. Volgens de Staatssecretaris gaat het in dit geval slechts om regelend recht waarbij de rechter diens beleidsvrijheid tot op zekere hoogte dient te respecteren. Tevens kan toepassing van de faciliteit niet worden onthouden met een beroep op de antimisbruikbepaling in de fusierichtlijn.

Bovendien kan de vraag worden opgeworpen of de huidige regeling inzake de bedrijfsfusie (artikel 14, Wet Vpb. 1969) wel richtlijnconform is. Ook daar is sprake van een materiële fusie-eis en bovendien kan de toepassing van de faciliteit worden geweigerd als sprake is van een aandeelhoudersbelang. Een aanpassing van de wettelijke regeling lijkt onontkoombaar.

2 Dividendvrijstelling in strijd met EG-recht?

2.1 Inleiding

De invloed van het EG-recht (het EG-Verdrag en de richtlijnen) op de Nederlandse belastingwetgeving is niet meer weg te denken en vormt een factor waarmee terdege rekening gehouden dient te worden. In steeds meer situaties rijst de vraag of een individuele belastingbepaling wel 'EG-proof' is.

Een sprekend voorbeeld is de fiscale 'incentive' inzake de dividendvrijstelling die thans is geregeld in artikel 42c, Wet IB 1964. Het betreft grosso modo een vrijstelling van inkomstenbelasting voor particuliere aandeelhouders van f 1.000,- per persoon (voor gehuwden of geregistreerde partners f 2.000,-. De vrijstelling is evenwel beperkt tot dividenden van *Nederlandse* vennootschappen. Dividenden van buitenlandse vennootschappen die niet onderworpen zijn aan inhouding van dividendbelasting zijn van de vrijstelling uitgesloten.

De vraag is nu aan de orde of deze beperkte reikwijdte van de dividendvrijstelling een verboden discriminatie inhoudt die in strijd is met het EG-Verdrag.

Belanghebbende X woonde in 1991 in Nederland en werkte aldaar in dienstbetrekking bij een in Nederland gevestigde BV, waarvan de aandelen middellijk werden gehouden door een *in België gevestigde NV*. In het kader van een werknemers-spaarplan verwerft X aandelen in de NV, waarop in 1991 (omgerekend) f 2.337,- dividend wordt uitgekeerd. De inspecteur weigert de toepassing van de dividendvrijstelling tot een bedrag van f 2.000,- omdat deze slechts geldt voor de opbrengst van aandelen van in Nederland gevestigde vennootschappen.

2.3 *Prejudiciële vragen Hoge Raad*

De Hoge Raad heeft deze zaak belangrijk genoeg bevonden om in een tussenarrest van 11 februari 1998 (rolnr. 32278) hierover de volgende vragen te stellen aan het HvJ EG:

- 1 Is de Nederlandse regeling in strijd met de EG-Richtlijn van 24 juni 1988 betreffende het vrij verkeer van kapitaal (artikel 67 van het EG-Verdrag)?
- 2 Zo niet, dienen de artikelen 6 (antidiscriminatie) en/of 52 (het recht van vestiging) van het EG-Verdrag aldus te worden uitgelegd dat een beperkende bepaling als in vraag 1 bedoeld daarmee onverenigbaar is?
- 3 Maakt het voor de beantwoording van bovengenoemde vragen verschil of op toepassing van een zodanige vrijstellingsbepaling aanspraak wordt gemaakt door gewone aandeelhouders dan wel door een werknemer (van een dochtermaatschappij), die de betrokken aandelen houdt in het kader van een werknemers-spaarplan?

De kansen op een positieve afloop van de procedure lijken voor de Staatssecretaris niet erg gunstig. De dividendvrijstelling heeft in overwegende mate een niet-fiscale achtergrond en is in de eerste plaats bedoeld als maatregel ter verbetering van de eigen-vermogenspositie van het Nederlandse bedrijfsleven en ter stimulering van de belangstelling van particulieren voor Nederlandse aandelen. Pas in een laat stadium van de voorbereiding van het wetsvoorstel is daaraan toegevoegd dat de vrijstelling met name voor kleine beleggers functioneert als een maatregel die enigszins tegemoetkomt aan de dubbele heffing zoals deze in het Nederlandse klassieke stelsel plaatsvindt (eerst heffing van vennootschapsbelasting over de winst bij de vennootschap en vervolgens inkomstenbelasting bij de particuliere aandeelhouder tevens niet-aanmerkelijk-belanghouder).

Het is de vraag of deze redengeving in EG-verband voldoende is om de beperkte toepassing van de dividendvrijstelling te rechtvaardigen. Via een Nederlandse vennootschap kan immers ook in aandelen van vennootschappen gevestigd in andere Lid-Staten, worden belegd. Bovendien hebben alle grote financiële instellingen dergelijke beleggingsfondsen. Wat zien we nu? Het direct beleggen in buitenlandse aandelen levert thans geen dividendvrijstelling op, indirect via een Nederlandse vennootschap wel. Is dit niet duidelijk een geval van discriminatie?