

# Twée baanbrekende arresten rond antimisbruikbepaling bij reorganisaties



DR. J.L. VAN DE STREEK IS VERBONDEN AAN UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM EN BUREAU VAK-TECHNIEK ERNST & YOUNG BELASTINGADVISEURS

De antimisbruikbepaling bij fusies en splitsing is in beweging. Op 10 oktober 2008 heeft de Hoge Raad het decennialange beleid van de fiscus, namelijk dat een verkoopvoornemen van een bedrijfsonderdeel in de weg staat aan de doorschuiffaciliteiten, afgeschoten. Met dit arrest staat vast dat een bedrijfsonderdeel door middel van een aandelen- of bedrijfsfusie, dan wel door een (af)splitsing, fiscaal geruisloos 'verkoopklaar' kan worden gemaakt. De latere verkoopwinst kan vervolgens via de deelnemingsvrijstelling (vooralsnog) onbelast worden getoucheerd. Waar het kabinet zijn best doet om met fiscale stimuleringsmaatregelen de economische crisis te lijf te gaan, moet de conclusie luiden dat de meest effectieve maatregel van ons hoogste rechtscollege komt. Omdat het afstoten van bedrijfsonderdelen vanwege de behoefte aan cash aan de orde van de dag is, levert het arrest immers een fikse belastingbesparing op.

De reorganisatiefaciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting zorgen ervoor dat belastingheffing niet prohibitief uitpakt voor een aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en een (af)splitsing. Kort gezegd voorzien deze faciliteiten in de doorschuiving van allerlei fiscale claims, zodat er vooralsnog niet met de fiscus hoeft te worden afgerekend. De belangrijkste fiscale claim betreft doorgaans de IB- of Vpb-claim op stille reserves in aandelen of overige activa. De reorganisatiefaciliteiten worden echter geflankeerd door een antimisbruikbepaling, op grond waarvan een reorganisatie die is ingegeven door belastingontwijking, fiscaal niet wordt gefacilieerd. Helaas is de antimisbruikbepaling op allerlei punten onduidelijk. In de praktijk wordt dan ook vaak gebruik gemaakt van de mogelijkheid om zekerheid vooraf te krijgen. Via een voor bezwaar vatbare beschikking laat de inspecteur dan weten of naar zijn mening sprake is van belastingontwijking.

In deze bijdrage ga ik in op de twee in 2008 door de Hoge Raad gewezen arresten over de antimisbruikbepaling. De arresten zijn naar mijn mening baanbrekend en van groot belang voor de praktijk. Ik begin met het in mijn optiek belangrijkste arrest, te weten HR 10 oktober 2008, nr. 43.409, BNB 2009/2, betreffende een aandelenfusie in de inkomstenbelasting, gevolgd door verkoop van het inge-

brachte aandelenpakket. In die zaak gaat het om de vraag wanneer belastinguitstel – hier uitstel van aanmerkelijkbelangheffing – kwalificeert als belastingontwijking. De tweede zaak betreft HR 11 juli 2008, nr. 43.144, BNB 2008/245 en heeft betrekking op een bedrijfsfusie in de vennootschapsbelasting. In deze zaak is het laatste woord nog niet gezegd, omdat de Hoge Raad een prejudiciële vraag heeft gesteld aan het Europese Hof van Justitie. Maar eerst nog even een korte uiteenzetting over de antimisbruikbepaling.

### DE ANTIMISBRUIKBEPALING

Op grond van de antimisbruikbepaling wordt een aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische (af)splitsing en juridische fusie fiscaal niet begeleid als de desbetreffende reorganisatie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.<sup>1</sup> Daarbij geldt een (weerlegbaar) bewijsvermoeden: de reorganisatie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing als ze niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals de herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de hierbij betrokken rechtspersonen. Voorts geldt bij de bedrijfsfusie en splitsing een zogenaamd vervreemdingsverbod: zakelijke overwegingen worden niet aanwezig geacht als de uitgegeven aandelen binnen drie jaar na de bedrijfsfusie of splitsing worden vervreemd, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

### *Hoewel de fiscale fusierichtlijn ziet op Europese reorganisaties, behandelt de Nederlandse wetgever Europese en binnenlandse reorganisaties op gelijke wijze*

De antimisbruikbepaling heeft een Europeesrechtelijke achtergrond, te weten de fiscale fusierichtlijn.<sup>2</sup> Hoewel deze ziet op Europese reorganisaties, behandelt de Nederlandse wetgever Europese en binnenlandse reorganisaties op gelijke wijze. Dat betekent dat ook in een zuiver nationale context een beroep op de fusierichtlijn kan worden gedaan.<sup>3</sup> In de richtlijn is bepaald dat reorganisaties niet fiscaal hoeven te worden begeleid als het hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingontwijking is. Het standpunt van de Nederlandse fiscus is altijd geweest dat ook sprake is van belastingontwijking als een handelen of een samenstel van rechtshandelingen erop is gericht een min of meer acute fiscale verplichting uit te stellen. Het standaardvoorbeeld is het geval waarin een houder van een aanmerkelijk belang voorafgaand aan een voorgenomen belaste vervreemding, een aandelenruil aangaat teneinde de bij verkoop te realiseren bate door toepassing van de deelnemingsvrijstelling (vooralsnog) onbelast te realiseren.<sup>4</sup> Omwille van de duidelijkheid is dit standpunt met ingang van 1 januari 2001 expliciet in de Wet

IB 2001 en de Wet Vpb 1969 opgenomen. Daarom is in de wet zowel uitstel als het ontgaan van belastingheffing onder belastingontwijking begrepen.

Van belang voor het hierna te bespreken arrest van 10 oktober 2008 is dat de Nederlandse schatkist aldus nimmer reorganisaties heeft willen begeleiden die eigenlijk een verkoop zijn. Illustratief in dit verband is het tot 1 januari 2001 geldende vervreemdingsverbod bij de fiscale begeleiding van een bedrijfsfusie in de vennootschapsbelasting.<sup>5</sup> Op grond daarvan mochten de aandelen niet binnen drie jaren na de bedrijfsfusie worden vervreemd, tenzij de staatssecretaris ontheffing verleende van dit in beginsel ongeclausuleerde vervreemdingsverbod. Een belangrijke voorwaarde voor het verkrijgen van de ontheffing was dat het 'oogmerk tot vervreemding' ten tijde van de bedrijfsfusie nog niet aanwezig was. Weliswaar is met ingang van 1 januari 2001 dit ongeclausuleerde vervreemdingsverbod vervallen, maar vanaf die datum is in de wet opgenomen dat bedrijfsfusies die zijn gericht op belastinguitstel, fiscaal niet worden gefacilieerd. Het vervreemdingsverbod is daarbij omgetoerd tot een bewijsvermoeden. Het standpunt van de fiscus luidt kort gezegd dat de belastingplichtige pas slaagt in het tegenbewijs als hij aannemelijk maakt dat ten tijde van de bedrijfsfusie nog niet het voornemen bestond om de uitgezakte onderneming te verkopen.

### HR 10 OKTOBER 2008

In deze zaak hield natuurlijk persoon X 100% van de aandelen in BV D en 50% van de aandelen in BV A. Het resterende 50%-belang in BV A werd gehouden door BV D. Halverwege april 1999 kwam X met BV D een aandelenfusie overeen, waarbij hij het door hem in privé gehouden 50%-belang in BV A inbracht in BV D, tegen uitreiking van nieuwe aandelen BV D. De aandelenfusie vond goederenrechtelijk plaats op 25 mei 1999: X leverde de aandelen in BV A notarieel aan BV D, die nieuwe aandelen uitgaaf. Hierna bezat BV D 100% van de aandelen in BV A. Nog in hetzelfde jaar, te weten op 17 mei 1999, verkocht BV D het 100%-pakket in BV A aan een derde partij. De goederenrechtelijke afwikkeling van deze transactie vond plaats op 29 juli 1999.

Volgens de fiscus was de aandelenfusiefaciliteit in de inkomstenbelasting niet van toepassing, zodat X in 1999 moest afrekenen over de aanmerkelijkbelangclaim die rustte op het door hem in privé gehouden 50%-belang in BV A. De belang-

1 Zie voor de aandelenfusie art. 3.55, vierde lid, onderdeel a Wet IB 2001, voor de bedrijfsfusie art. 14, vierde lid, Wet Vpb 1969, voor de juridische splitsing art. 3.56, vierde lid, Wet IB 2001 en art. 14a, zesde lid, Wet Vpb 1969 en ten slotte voor de juridische fusie art. 3.57, vierde lid, Wet IB 2001 en art. 14b, vijfde lid, Wet Vpb 1969.

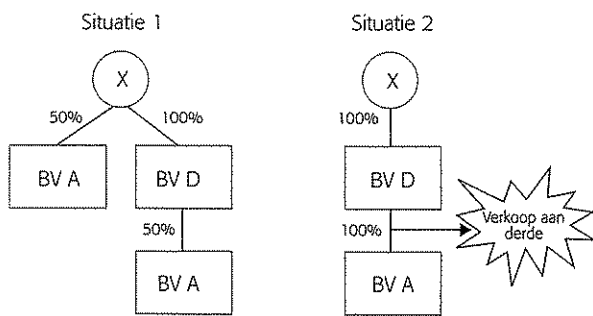
2 Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van de EG van 23 juli 1990, laatstelijk gewijzigd 17 februari 2005, Pb EU L 58.

3 Zie HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95 (Leur-Bloem), punt 34 en HvJ EG 15 januari 2002, zaak C-43/00 (Randers Sport), punt 18.

4 Besluit van 7 mei 1998, nr. DB98/720, V-N 1998/26.6.

5 Besluit van 1 juli 1993, nr. DB 93/2165M, BNB 1993/269, onderdeel 2.5.

rijkste reden voor weigering van de faciliteit was de antimisbruikbepaling van de fusierichtlijn. Hoewel deze bepaling in 1999 nog niet in de Nederlandse wet was geïmplementeerd, kon er toch rechtstreeks aan worden getoetst, en wel op grond van HR 4 februari 1998, nr. 30.074, BNB 1998/176. Daarmee paste de Hoge Raad in feite de zaak Kofoed toe, waarin het Europese Hof besliste dat de antimisbruikbepaling van de fusierichtlijn ook door een lidstaat tegen justitiabelen kan worden ingeroepen als deze weliswaar niet formeel en uitdrukkelijk is geïmplementeerd, maar spoort met een algemeen rechtsbeginsel in het nationale recht van die lidstaat, op grond waarvan rechtsmisbruik is verboden.<sup>6</sup> Volgens de fiscus was de aandelenfusie gericht op belastingontwijking. Daarbij ging hij ervan uit dat het doel van de aandelenfusie moest worden beoordeeld op het moment waarop die fusie goederenrechtelijk werd geëffectueerd, dus 25 mei 1999. Op dat moment stond immers de (door)verkoop van de aandelen in BV A door BV D aan de derde reeds vast. In figuur 1 is de gang van zaken in beeld gebracht.



Figuur 1. HR 10 oktober 2008

## Hof en Hoge Raad

Hof Amsterdam boog zich als eerste over de zaak. Of een aandelenfusie een belastingontwijkingdoel heeft, moet volgens het hof worden beoordeeld op het moment waarop de aandelenfusieovereenkomst wordt gesloten en niet op het moment waarop de goederenrechtelijke uitvoering van de aandelenfusie plaatsvindt. Het hof stelde vast dat X en BV D in 1999 de aandelenfusie overeenkwamen voordat X met de derde partij de (door)verkoop door BV D van de aandelen in BV A overeenkwam. Voorts achtte het hof niet aannemelijk dat X op het moment van het overeenkomen van de aandelenfusie reeds in overleg was met de derde partij over een mogelijke (door)verkoop. Aldus ging het hof ervan uit dat de latere (door)verkoop geen rol heeft gespeeld bij de beslissing die tot de aandelenfusie heeft geleid. Omdat een verband tussen de aandelenfusie en de (door)verkoop ontbrak, oordeelde het hof dat belastingontwijking niet het hoofddoel van de aandelenfusie is geweest. Het feit dat de

doorverkoop reeds vaststond op het moment waarop de aandelenfusie goederenrechtelijk tot stand kwam, achtte het hof niet van belang.

In cassatie klaagde de staatssecretaris van Financiën tevergeefs over dit oordeel. Volgens de Hoge Raad had het hof namelijk met juistheid geoordeeld dat voor de beoordeling of sprake was van een belastingontwijkingdoel, 'doorslaggevend is de bedoeling ten tijde van de totstandkoming van de obligatoire overeenkomst die aan de aandelenfusie ten grondslag ligt'. Omdat op dit beoordelingsmoment de doorverkoop nog niet was overeengekomen, was de aandelenfusiefaciliteit volgens de Hoge Raad gewoon van toepassing. De staatssecretaris gaf zich echter niet zomaar gewonnen. Ook op dit beoordelingsmoment moest volgens hem de conclusie zijn dat de aandelenfusie was ingegeven door een belastingontwijkingmotief. Uit maar liefst drie plaatsen in het dossier van deze zaak zou blijken dat X vóór de besluitvorming over de aandelenfusie – en ook los van de uiteindelijke concrete verkoop – voornemens was om de aandelen in BV A te verkopen aan een derde. Het hof zou aan de aanwezigheid van dit verkoopvoornemen ten onrechte zijn voorbijgegaan. Maar volgens de Hoge Raad wettigde een verkoopvoornemen 'op zichzelf beschouwd niet het vermoeden dat belastingontwijking het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de aandelenfusie was'.

*Een verkoopvoornemen wettigt nog niet het vermoeden dat belastingontwijking het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de aandelenfusie is*

Het is deze overweging die het arrest zo baanbrekend maakt. Want daarmee wijkt de Hoge Raad rigoureus af van het hiervoor beschreven, decennialange beleid van de Nederlandse fiscus. Anders dan dit beleid staat nu vast dat een 'bloot' verkoopvoornemen niet in de weg staat aan de toepassing van een reorganisatiefaciliteit. Met andere woorden, verkoopklaar maken van een bedrijfsonderdeel kan fiscaal geruisloos! Hoewel het arrest is gewezen voor de aandelenfusiefaciliteit, gaat het mijns inziens onverkort op voor andere reorganisatiefaciliteiten, zoals de bedrijfsfusie en de (af)splitsing. Zo is mij uit de praktijk bekend dat naar aanleiding van dit arrest de fiscus niet meer moeilijk doet over het faciliteren van een bedrijfsfusie, met als doel het verkoopklaar maken van het uitgezakte bedrijfsonderdeel. Hetzelfde zou mijns inziens het geval moeten zijn voor de afsplitsing van te koop aan te bieden of reeds te koop staand vastgoed.

## Openstaande vragen

Het arrest laat ook vragen open. Zo is naar mijn mening onduidelijk of in de tussenperiode, dus na het ontstaan van het verkoopvoornemen, maar vóór het tot stand komen van

<sup>6</sup> Zie HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-321/05 (Kofoed), punt 44-46. Overigens geldt dit niet voor het in de fusierichtlijn opgenomen bewijsvermoeden; dat paste de Hoge Raad dan ook niet toe in HR 10 oktober 2008.

de (door)verkoopovereenkomst, een reorganisatie nog fiscaal begeleid kan plaatsvinden. Naar het mij voorkomt is dat niet het geval zodra de zogenoemde precontractuele fase met de externe koper van de aandelen is begonnen. In dit verband kunnen 'bewijsvermoedens' een belangrijke praktische complicatie vormen voor een geslaagd beroep op dit arrest. Het arrest ziet op een jaar waarin de bewijsvermoedens nog niet in de Wet IB 2001 en Wet Vpb 1969 waren opgenomen. Met andere woorden, de bewijslast dat sprake is van belastingontwijking, rustte in deze zaak volledig op de fiscus.

Ik illustreer de problematiek onder huidig recht aan de hand van een eenvoudige bedrijfsopvolgingscasus in het MKB. Stel dat de BV van de vader de onderneming afsplitst naar een nieuwe werkmaatschappij. Binnen drie jaar neemt de zoon de aandelen in de werkmaatschappij over. Op grond van het vervreemdingsverbod van art. 14a, zesde lid, Wet Vpb 1969 wordt de afsplitsing geacht te zijn gericht op belastingontwijking, behoudens tegenbewijs. De vader slaagt in het tegenbewijs als hij aannemelijk maakt dat zijn BV ten tijde van het besluit tot splitsing hoogstens een bloot verkoopvoornemen had. Hij slaagt er dus niet in als de doorverkoop reeds vaststond, dan wel wanneer de onderhandelingen met de zoon reeds waren begonnen. Het voldoen aan deze bewijslast lijkt me een hele klus, waarbij de documentatie van de gang van zaken rond het verkoopproces van cruciaal belang is.

Het arrest werpt mijns inziens wel een licht op de vraag hoe de in de Nederlandse wet opgenomen antimisbruikbepaling zich verhoudt tot die van de fusierichtlijn. Hoewel zowel A-G Van den Berge<sup>7</sup> als A-G Wattel<sup>8</sup> in het verleden in andere zaken concludeerde tot het stellen van de prejudiciële vraag of belastinguitstel überhaupt belastingontwijking kan zijn, kwam de Hoge Raad daar, net als in HR 10 oktober 2008, niet aan toe. Maar gelet op HR 10 oktober 2008 vermoed ik dat de Hoge Raad van oordeel is dat belastinguitstel onder omstandigheden belastingontwijking kan zijn in de zin van de fusierichtlijn. Ik acht het dan ook niet uitgesloten dat de Hoge Raad, eenmaal geconfronteerd met een geval waarin het hoofddoel van een reorganisatie belastinguitstel is, niet bereid blijkt te zijn een prejudiciële vraag te stellen. Hoewel het verkoopklaar maken door middel van een reorganisatie is geoorloofd, is het immers opvallend dat de Hoge Raad deze 'belastinguitstelzaak' ten principale toetst aan de antimisbruikbepaling van de fusierichtlijn. Ik leid daaruit af dat de Hoge Raad kennelijk van oordeel is dat belastinguitstel in beginsel kan betekenen dat het hoofddoel van een reorganisatie belastingontwijking is.

### Stemrecht criterium

Ten slotte wijs ik nog op een ander aspect van het arrest. De tweede reden die de fiscus aanvoerde om de aandelenfusie-faciliteit te weigeren, betreft het zogenoemde stemrecht criterium. Op grond van dit criterium dient de overnemende

vennootschap, hier BV D, een zodanig bezit aan aandelen in de overgenomen vennootschap (BV A) te verwerven dat ze meer dan de helft van de stemrechten kan uitoefenen. Het feit dat er geen meerderheidsbelang wordt ingebracht, vormt daarbij overigens niet het probleem. Het gaat er namelijk om of BV D na de inbreng meer dan de helft van de stemrechten in BV A heeft. Dat laatste was volgens de fiscus echter niet het geval, zich daarbij beroepend op HR 14 mei 2004, nr. 39.664, BNB 2004/277. In dit arrest besliste de Hoge Raad dat niet is voldaan aan het stemrecht criterium als de aandelenfusie deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen dat verhindert dat de overnemende vennootschap in de omstandigheid komt te verkeren dat ze, al is het maar tijdelijk, meer dan de helft van de stemrechten kan uitoefenen. Genoemd arrest betrof een nogal extreem geval, omdat op voorhand vast stond dat de ingebrachte aandelen direct na de uitvoering van de aandelenfusie zouden worden doorgeleverd.

In de huidige zaak vonden hof en Hoge Raad echter dat wel aan het stemrecht criterium was voldaan. Van cruciaal belang lijkt dat BV D de aandelen niet direct aan de derde doorleverde; er zat meer dan twee maanden tussen. De Hoge Raad overwoog in dit verband dat zelfs aan het stemrecht criterium was voldaan als BV D – gelet op de afspraken met de koper – zich na de aandelenfusie beperkingen had opgelegd met betrekking tot de uitoefening van de stemrechten op de aandelen in BV A. Met andere woorden, ook als het stemrecht was 'weggecontracteerd', was nog steeds aan het stemrecht criterium voldaan.

### HR 11 JULI 2008

De vraag is of de antimisbruikbepaling door de fiscus kan worden ingeroepen als de reorganisatie is gericht op het ontwijken van andere belastingen dan die waarop de fiscale fusierichtlijn betrekking heeft. Met andere woorden, kunnen de doorschuiffaciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting in het kader van een reorganisatie aan een belastingplichtige worden onthouden als het hoofddoel het ontwijken van bijvoorbeeld overdrachts- of dividendbelasting is? Deze vraag heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 11 juli 2008 voorgelegd aan het Europese Hof. Het betreft de zaak Zwijnenburg en is bij het Hof aanhangig onder zaaknr. C-352/08. Het gaat hier om een bedrijfsfusie ex art. 14 Wet Vpb 1969, waarvan de Hoge Raad vindt dat het hoofddoel het ontgaan van overdrachtsbelasting is.

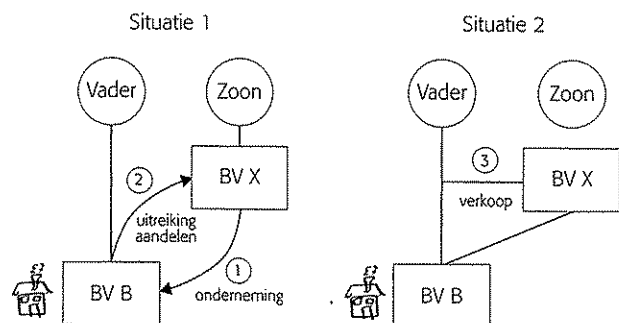
De zaak speelt zich af in de eindfase van een bedrijfsopvolging van vader op zoon en kan, sterk vereenvoudigd, als volgt worden weergegeven. De zoon houdt inmiddels de aandelen in BV X waarin een modezaak is ondergebracht. Deze zaak is gehuisvest in een winkelpand dat BV X huurt van BV B, waarvan de aandelen in handen zijn van de vader. Om de bedrijfsopvolging te voltooien, is het bedoeling dat het belang bij het winkelpand – net als het belang bij de modezaak – bij de zoon komt te berusten. Daartoe liggen twee mogelijkheden voor de hand. In de eerste plaats kan BV B het winkelpand overdragen aan BV X. Dit gaat

7 Conclusie voor HR 1 december 1999, nr. 34.217, BNB 2000/11.

8 Conclusie voor HR 11 juli 2008, nr. 43.444, BNB 2008/245.

gepaard met de heffing van 6% overdrachtsbelasting bij BV X en heffing van vennootschapsbelasting bij BV B over de stille reserve in het winkelpand. De tweede mogelijkheid houdt in dat de vader de aandelen in BV B verkoopt aan zijn zoon of BV X. Heffing van vennootschapsbelasting blijft dan uit, maar overdrachtsbelasting is nog wel verschuldigd, omdat BV B een zogenoemd onroerendezaaklichaam ex art. 4 WBR 1970 is.<sup>9</sup>

In plaats van deze twee scenario's wordt echter gekozen voor een uitzak van de modezaak in BV B tegen uitreiking van aandelen aan BV X.<sup>10</sup> Daarna, in elk geval één jaar later, is het bedoeling dat vader zijn aandelen in BV B verkoopt aan BV X. Aldus is de bedrijfsopvolging voltooid, en wel zonder heffing van vennootschaps- en overdrachtsbelasting. Die periode van één jaar houdt overigens verband met de referentietermijn van art. 4 WBR 1970. Na de bedrijfsfusie kwalificeert BV B niet langer als onroerendezaaklichaam, zij het dat die status nog één jaar naijlt. Figuur 2 laat de gang van zaken nog eens zien.



Figuur 2. HR 11 juli 2008

De fiscus weigert de bedrijfsfusiefaciliteit ex art. 14 Wet Vpb 1969 te verlenen, omdat de bedrijfsfusie in overwegende mate zou zijn gericht op uitstel van de heffing van vennootschapsbelasting over de stille reserve in het winkelpand en op het ontgaan van overdrachtsbelasting. Hof Den Haag stelt de fiscus in het gelijk. De Hoge Raad stelt vervolgens voorop dat het samenbrengen van het winkelpand en de modezaak bij de zoon een zakelijk – lees: niet-fiscaal – doel is. De bedrijfsfusie is volgens de Hoge Raad echter te beschouwen als een omweg om dit doel te bereiken. Want daardoor ontstaat – tijdelijk, maar minimaal één jaar – een situatie die haaks staat op het uiteindelijke doel. Door de bedrijfsfusie komt immers een deel van het belang bij de modezaak en het winkelpand bij de vader te liggen. Opmerkelijk is dat deze U-bocht volgens de Hoge Raad in overwegende mate is ingegeven door de wens de heffing van overdrachtsbelasting te ontgaan. En dus niet door de wens om boekwinst op het winkelpand te vermijden. Dit oordeel kan naar mijn mening als volgt worden verklaard.<sup>11</sup> In beide voor de hand liggende scenario's zou overdrachtsbelasting zijn verschuldigd, terwijl slechts in een van die scenario's zou moeten worden afgerekend over de stille reserve in het winkelpand. Dit betekent dat de doorslagge-

vende reden voor de bedrijfsfusievariant wel het ontgaan van overdrachtsbelasting moet zijn geweest.

Gegeven het aan de bedrijfsfusie ten grondslag liggende hoofddoel om overdrachtsbelasting te ontgaan, vraagt de Hoge Raad zich af of dit wel consequenties moet hebben voor het al dan niet faciliteren van een bedrijfsfusie in de vennootschapsbelasting. De overdrachtsbelasting behoort immers niet tot de belastingen waarop de fiscale fusierichtlijn ziet. Omdat het om uitleg van het gemeenschapsrecht gaat, stelt de Hoge Raad aan het Europese Hof de prejudiciële vraag of de antimisbruikbepaling van de fusierichtlijn ook van toepassing is als de reorganisatie is gericht op het ontwijken van andere belastingen dan die waarop de in de fusierichtlijn opgenomen faciliteiten betrekking hebben. Ik wacht het antwoord van het Hof met spanning af, waarbij ik hoop dat het ontkennend zal luiden. Want ik vind het willekeurig als een belastingplichtige die de overdrachtsbelasting omzeilt, vervolgens wordt 'gestraft' in de vennootschapsbelasting.<sup>12</sup> Het werkelijke probleem in deze zaak zit niet in de vennootschapsbelasting, maar in de overdrachtsbelasting. Het probleem moet mijns inziens dan ook in de overdrachtsbelasting worden opgelost, bijvoorbeeld met het wapen van *fraus legis*.

## CONCLUSIE

De antimisbruikbepaling bij reorganisaties in de inkomsten- en vennootschapsbelasting is nog nimmer zo in beweging geweest als in 2008. Twee arresten van de Hoge Raad zijn hiervoor verantwoordelijk. Het aandelenfusiearrest van 10 oktober 2008 springt het meest in het oog, omdat het de mogelijkheid opent om een bedrijfszonderdeel fiscaal geruisloos verkoopklaar te maken. Toch zijn de mogelijkheden niet onbegrensd. Want als het verkoopklaar maken meer omvat dan het in de etalage zetten van het bedrijfszonderdeel, lijkt de antimisbruikbepaling toch van toepassing. Zo staat vast dat een beroep op een reorganisatiefaciliteit geen zin meer heeft als het bedrijfszonderdeel reeds is doorverkocht. Hetzelfde geldt waarschijnlijk als het bedrijfszonderdeel 'bijna' is verkocht, dat wil zeggen dat de onderhandelingen met de kopende partij zijn begonnen.

9 Voorts moet de vader in dit scenario afrekenen in box 2 over een eventuele aanmerkelijkbelangclaim.

10 Er is overigens niet daadwerkelijk gekozen voor dit scenario, want deze zaak betreft een schadevergoedingsprocedure.

11 Ik baseer mij vooral op r.o. 4.6.1 van het arrest.

12 Zie ook A-G Wattel in onderdeel 7.21 van zijn conclusie bij dit arrest.