

## 29 De Hoge Raad maakt de weg vrij voor fiscaal geruisloos verkoopklaarmaken van bedrijfsonderdelen

Op 10 oktober 2008 heeft de Hoge Raad een baanbrekend arrest gewezen over de toepassing van de anti-misbruikbepaling in de inkomsten- en vennootschapsbelasting bij reorganisaties. In dit arrest maakte de Hoge Raad korte metten met het decennialange beleid van de Nederlandse schatkist dat een verkoopvoornemen van een bedrijfsonderdeel in de weg staat aan de doorschuiffaciliteiten. Daarmee staat vast dat door middel van een aandelen- of bedrijfsfusie dan wel een (af)splitsing, een bedrijfsonderdeel fiscaal geruisloos 'verkoopklaar' kan worden gemaakt. De latere verkoopwinst kan dan vervolgens via de deelnemingsvrijstelling (vooralsnog) onbelast worden getouchéerd. Het kabinet doet weliswaar zijn best om met fiscale stimuleringsmaatregelen de economische crisis te lijf te gaan, maar de meest effectieve hulp is afkomstig van ons hoogste rechtscollege. Nu het afstoten van bedrijfsonderdelen vanwege de 'hunt for cash' uitermate actueel is, zal een beroep op dit arrest naar verwachting een grote vlucht nemen.

### 1. Inleiding

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 de reorganisatiefaciliteiten 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 inkomsten- of vennootschapsbelastingclaim op stille reserves in aandelen of overige activa. De reorganisatiefaciliteiten worden echter geflankeerd door een anti-misbruikbepaling op grond waarvan een reorganisatie die is ingegeven door belastingontwijking fiscaal niet wordt gefaciliteerd. Helaas is de anti-misbruikbepaling 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 bespreek ik het in mijn optiek baanbrekende arrest HR 10 oktober 2008, nr. 43.409, BNB 2009/28. De zaak betreft een aandelenfusie in de inkomstenbelasting gevolgd door verkoop van het ingebrachte aandelenpakket, waarbij het gaat om de vraag wanneer belastinguitstel - in het onderhavige

geval uitstel van aanmerkelijkbelangheffing - kwalificeert als belastingontwijking. Voorafgaand aan de bespreking van dit voor de praktijk van groot belang zijnde arrest, zet ik in algemene termen kort de anti-misbruikbepaling uiteen. Overigens wijs ik erop dat de Hoge Raad in 2008 nog een ander baanbrekend arrest heeft gewezen over de anti-misbruikbepaling. Het betreft HR 11 juli 2008, nr. 43.144, BNB 2008/245 en heeft betrekking op een bedrijfsfusie in de vennootschapsbelasting die volgens de Hoge Raad als hoofddoel heeft het ontgaan van overdrachtsbelasting. Het laatste woord in deze zaak is nog niet gezegd omdat de Hoge Raad een prejudiciële vraag heeft gesteld aan het HvJ EG. Binnenkort zal ik ook aan deze zaak aandacht besteden in FBN.

### 2. De anti-misbruikbepaling in vogelvucht

Op grond van de anti-misbruikbepaling wordt een aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische (af)splitsing en juridische fusie fiscaal niet begeleid indien de desbetreffende reorganisatie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> 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.

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 indien de reorganisatie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals de herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de bij de reorganisatie betrokken rechtspersonen. Voorts geldt bij de bedrijfsfusie en splitsing een zogenoemd 'vervreemdingsverbod': zakelijke overwegingen worden niet aanwezig geacht indien de uitgegeven aandelen binnen drie jaar na de bedrijfsfusie of splitsing worden vervreemd, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

De anti-misbruikbepaling heeft een Europeesrechtelijke achtergrond, te weten de fiscale fusierichtlijn (Richtlijn 90/434/EEG). Hoewel de fiscale fusierichtlijn ziet op Europese reorganisaties, behandelt de Nederlandse wetgever Europese en binnenlandse reorganisaties op gelijke wijze. Dat betekent dat ook in een zuiver nationale context op de fusierichtlijn een beroep kan worden gedaan. In de richtlijn is bepaald dat reorganisaties niet fiscaal hoeven te worden begeleid indien het hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingontwijking is. Het standpunt van de Nederlandse fiscus is altijd geweest dat ook sprake is van belastingontwijking indien een handelen of een samenstel van rechtshandelingen erop is gericht een min of meer acute fiscale verplichting uit te stellen. Het 'standaardvoorbeeld' betreft het geval waarin een aanmerkelijkbelanghouder voorafgaand aan een voorgenomen belaste vervreemding van zijn aandelenpakket een aandelenruil aangaat teneinde de bij verkoop te realiseren bate (mede) door toepassing van de deelnemingsvrijstelling (vooralsnog) onbelast te realiseren. 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 naast het ontgaan van belasting óók belastinguitstel als belastingontwijking aangemerkt. Het genoemde standaardvoorbeeld kan cijfermatig als volgt worden verduidelijkt.

#### *Voorbeeld*

Directeur en enig aandeelhouder van BV D is voornemens om zijn 100%-belang in BV D te verkopen. De verkrijgingsprijs van het 100%-belang in BV D bedraagt 100, terwijl de waarde in het economische verkeer 500 bedraagt. Bij een rechtstreekse verkoop vanuit privé realiseert de directeur/aandeelhouder een vervreemdingsvoordeel van 400 (500 - 100), dat is belast tegen het aanmerkelijkbelangtarief van 25% (box II).

In plaats van verkoop vanuit privé richt de directeur/aandeelhouder BV H op en brengt het 100%-belang in BV D in tegen uitreiking van aandelen in BV H.

Weliswaar realiseert de directeur/aandeelhouder door deze inbreng ook een vervreemdingsvoordeel van 400, maar die blijft onbelast door een beroep op de aandelenfusiefaciliteit (art. 4.41 Wet IB 2001). De 'prijs' die de directeur/aandeelhouder moet betalen voor de faciliteit, is een doorschuiving van de verkrijgingsprijs: hij moet als verkrijgingsprijs van de uitgereikte aandelen BV H aanmerken zijn verkrijgingsprijs van de ingebrachte aandelen BV D, te weten 100. Bij een latere verkoop van de aandelen in BV H voor 500 rolt dan alsnog de meerwaarde van 400 eruit als belast vervreemdingsvoordeel. De directeur-aandeelhouder verkoopt echter voorlopig zijn belang in BV H niet, maar laat BV H het belang in BV D verkopen! Die aandelentransactie blijft sowieso onbelast bij BV H. Omdat BV H de verkregen aandelen in BV D heeft geactiveerd tegen 500, realiseert BV H pas een transactiewinst voorzover de verkoopprijs hoger ligt dan 500. Deze transactiewinst is vervolgens vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling.

Van belang voor het hierna te bespreken arrest is dat de fiscus en (later) de fiscale wetgever 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 (art. 14 Wet Vpb 1969). Op grond daarvan mochten de aandelen niet binnen drie jaren na de bedrijfsfusie worden vervreemd, tenzij de staatssecretaris van dit in beginsel ongeclausuleerde vervreemdingsverbod ontheffing verleende. 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 gefaciliteerd. Het vervreemdingsverbod is in dat verband omgetoverd tot een bewijsvermoeden (zie hiervoor). Het standpunt van de fiscus luidt kort gezegd dat de belastingplichtige pas slaagt in het tegenbewijs indien aannemelijk wordt gemaakt dat ten tijde van de bedrijfsfusie nog niet het voornemen bestond om de uitgezakte onderneming te verkopen.

### 3. HR 10 oktober 2008

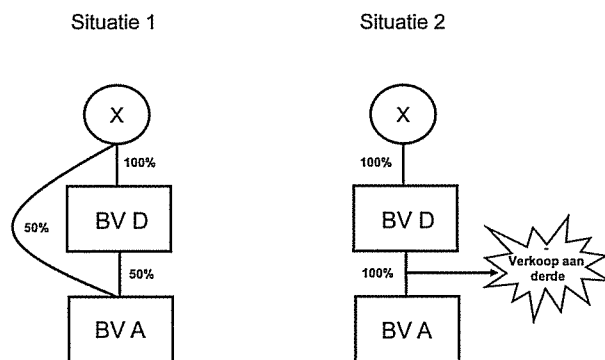
#### 3.1 *De casus*

De casus betreft natuurlijk persoon X die 100% van de aandelen in BV D houdt en 50% van de aandelen in BV A. Het resterende 50%-belang in BV A wordt gehouden door BV D. Halverwege april 1999 komt X met BV D een aandelenfusie overeen, waarbij X het door hem in privé gehouden 50%-belang in BV A

inbrengt in BV D tegen uitreiking van nieuwe aandelen BV D. De aandelenfusie vindt goederenrechtelijk plaats op 25 mei 1999: X levert dan de aandelen in BV A notarieel aan BV D en BV D geeft nieuwe aandelen uit. Hierna bezit BV D 100% van de aandelen in BV A. Nog in hetzelfde jaar, te weten op 17 mei 1999, verkoopt BV D het 100%-pakket in BV A aan een derde partij, te weten F. De goederenrechtelijke afwikkeling van deze transactie vindt plaats op 29 juli 1999.

Volgens de fiscus is de aandelenfusiefaciliteit in de inkomstenbelasting niet van toepassing, zodat X in 1999 moet afrekenen over de aanmerkelijkbelangclaim die rust op het door hem in privé gehouden 50%-belang in BV A. De belangrijkste reden voor de fiscus om de aandelenfusiefaciliteit te weigeren is de anti-misbruikbepaling van de fusierichtlijn. Hoewel deze anti-misbruikbepaling in 1999 nog niet in de Nederlandse wet was geïmplementeerd, kon op grond van HR 4 februari 1998, nr. 30.074, BNB 1998/176 niettemin rechtstreeks aan de anti-misbruikbepaling van de fusierichtlijn worden getoetst. Volgens de fiscus is de aandelenfusie gericht op belastingontwijking. Daarbij gaat de fiscus ervan uit dat het doel van de aandelenfusie moet worden beoordeeld op het moment dat die fusie goederenrechtelijk wordt geëffectueerd, in casu 25 mei 1999. Op dat moment stond immers de (door)verkoop van de aandelen in BV A door BV D aan F reeds vast, getuige de overeenkomst van 17 mei 1999. De gang van zaken kan als volgt worden afgebeeld.

Figuur 1: HR 10 oktober 2008



### 3.2 Hof en Hoge Raad

Hof Amsterdam buigt zich als eerste over de zaak. Of een aandelenfusie een belastingontwijkingsdoel heeft, moet volgens het hof worden beoordeeld op het moment dat de aandelenfusie-overeenkomst wordt gesloten en niet op het moment dat de goederenrechtelijke uitvoering van de aandelenfusie plaatsvindt. Het hof stelt vast dat X en BV D in 1999 de aandelenfusie overeenkwamen vóórdat X met de derde partij de (door)verkoop door BV D van de aandelen in BV A overeenkwam. Voorts acht 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 gaat het hof ervan uit dat de latere (door)verkoop géén rol heeft gespeeld bij de beslissing die tot de aandelenfusie heeft geleid. Omdat een verband tussen de aandelenfusie en de (door)verkoop ontbreekt, oordeelt het hof dat belastingontwijking niet het hoofddoel van de aandelenfusie is geweest. Het feit dat de doorverkoop reeds vaststond op het moment dat de aandelenfusie goederenrechtelijk tot stand kwam, acht het hof niet van belang.

In cassatie klaagt de Staatssecretaris van Financiën tevergeefs over dit oordeel. Volgens de Hoge Raad heeft het hof namelijk met juistheid geoordeeld dat voor de beoordeling of sprake is van een belastingontwijkingsdoel '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, is de aandelenfusiefaciliteit volgens de Hoge Raad gewoon van toepassing. De staatssecretaris geeft zich echter in cassatie niet zomaar gewonnen. Ook op dit beoordelingsmoment moet volgens hem de conclusie zijn dat de aandelenfusie is ingegeven door een belastingontwijkingsmotief. 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 aan F - voornemens was om de aandelen in BV A te verkopen aan derden. Het hof zou aan de aanwezigheid van dit verkoopvoornemen ten onrechte voorbij zijn gegaan. De Hoge Raad overweegt echter dat een verkoopvoornemen 'op zichzelf beschouwd niet het vermoeden wettigt dat belastingontwijking het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de aandelenfusie was'.

Het is deze overweging die het arrest zo baanbrekend maakt. Want daarmee wijkt de Hoge Raad rigoureuus af van decennialang beleid van het Ministerie van Financiën (zie onderdeel 2). 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: verkoopklaarmaken van een bedrijfsonderdeel kan fiscaal geruisloos! Hoewel het arrest is gewezen voor de aandelenfusiefaciliteit, gaat het arrest 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 verkoopklaarmaken 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.

### 3.3 Openstaande vragen

Het arrest laat mijns inziens ook vragen open. Zo is naar mijn mening onduidelijk of in de tussenperiode, te weten ná het ontstaan van het verkoopvoornemen maar vóór het totstandkomen van de (door)verkoopovereenkomst, een reorganisatie nog fiscaal begeleid kan plaatsvinden. Naar het mij voorkomt is dat niet het geval zodra de zogenoemde 'pré-contractuele fase' met de externe koper van de aandelen is begonnen. In dit verband kunnen mijns inziens de zogenoemde 'bewijsvermoedens' een belangrijke praktische complicatie vormen voor een geslaagd beroep op dit arrest. Het arrest ziet op een jaar dat 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 de casus van het arrest 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 vader de onderneming afsplitst naar een nieuwe werkmaatschappij. Binnen drie jaar neemt de zoon de aandelen in de werkmaatschappij over. Op grond van het zogenoemde '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 indien hij aannemelijk maakt dat zijn BV hoogstens een bloot verkoopvoornemen had ten tijde van het besluit tot splitsing. Het beroep op de tegenbewijsregeling faalt echter als de doorverkoop reeds vaststond dan wel als 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 rondom het verkoopproces van cruciaal belang is.

Het arrest werpt mijns inziens wél een licht op de vraag hoe de in de Nederlandse wet opgenomen anti-misbruikbepaling zich verhoudt tot die van de fusierichtlijn. Hoewel zowel A-G Van den Berge voor HR 1 december 1999, nr. 34.217, BNB 2000/11 als A-G Wattel voor HR 11 juli 2008, nr. 43.444, BNB 2008/245 concludeerden tot het stellen van de prejudiciële vraag of belastinguitstel überhaupt belastingontwijking kan zijn, kwam de Hoge Raad daaraan in deze zaken - evenals in de onderhavige zaak - niet toe. Gelet op HR 10 oktober 2008 vermoed ik echter 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 uigesloten dat de Hoge Raad - indien eenmaal geconfronteerd met een geval waarin het hoofddoel van een reorganisatie belastinguitstel is - niet bereid blijkt te zijn om een prejudiciële vraag te stellen. Hoewel het verkoopklaarmaken door middel van een reorganisatie dus is goorloofd, is het immers opvallend dat de Hoge Raad

deze 'belastinguitstel-zaak' ten principale toetst aan de anti-misbruikbepaling 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.

### 3.4 Stemrecht criterium

Ten slotte wijs ik nog op een ander aspect van het arrest. De tweede reden die de fiscus aanvoerde om de aandelenfusiefaciliteit 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 zij 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 ná de inbreng meer dan de helft van de stemrechten heeft in BV A. Dat laatste was volgens de fiscus echter niet het geval. Daarbij beroept de fiscus zich 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 indien de aandelenfusie deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen dat verhindert dat de overnemende vennootschap in de mogelijkheid komt te verkeren - al was het maar tijdelijk - meer dan de helft van de stemrechten uit te oefenen. Dit 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. Het hof en de Hoge Raad vinden echter dat in casu wél aan het stemrecht criterium is voldaan. Van cruciaal belang lijkt dat BV D niet direct de aandelen doorlevert aan de koper F (er zit een tijdspanne tussen van meer dan twee maanden). De Hoge Raad overweegt in dit verband dat zelfs aan het stemrecht criterium zou zijn voldaan indien BV D - gelet op de afspraken met de koper F - 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 is 'weggecontracteerd' is nog steeds het stemrecht criterium voldaan.

### 4. Afsluiting

De Hoge Raad heeft in een baanbrekend arrest de mogelijkheid geopend om een bedrijfsonderdeel fiscaal geruisloos verkoopklaar te maken. Toch zijn de mogelijkheden niet onbegrensd. Want als het verkoopklaarmaken meer omvat dan het in de etalage zetten van het bedrijfsonderdeel, lijkt de anti-misbruikbepaling toch van toepassing. Zo staat vast dat als het bedrijfsonderdeel reeds is doorverkocht, een beroep

op een reorganisatiefaciliteit geen zin meer heeft.  
Hetzelfde geldt waarschijnlijk als het bedrijfsonderdeel  
'bijna' is verkocht, dat wil zeggen dat de onderhande-  
lingen met de kopende partij zijn begonnen.

*Dr. J.L. van de Streek*  
*Universiteit van Amsterdam*  
*Bureau Vaktechniek Ernst & Young Belastingadvi-  
seurs.*