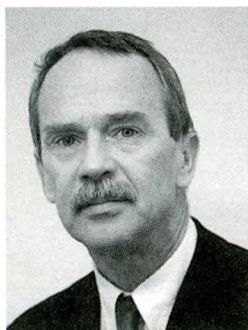


Terugkeer van de materiële fusie-eis?

Arie Rijkers



De fiscale wereld wacht. De wetsvoorstellen voor de herziening van de inkomstenbelasting vanaf het jaar 2001 zitten er aan te komen. Mogelijk zijn zij bij het verschijnen van deze column al aangeboden aan de Tweede Kamer.

Klapstuk zal ongetwijfeld de vermogensrendementsheffing zijn. Er zijn echter in de Nota 'Belastingen in de 21e eeuw' tal van andere veranderingen in het vooruitzicht gesteld: afschaffing van de vermogensbelasting, verdere vergroening van het belastingstelsel, matiging van het progressieve tarief en stroomlijning van oudedagsvoorzieningen, om maar eens een paar onderwerpen te noemen. En passant kunnen allerlei minder in het oog springende wijzigingen meedrijven op de golven van de grote veranderingen. Zo rijst de vraag of de gezonken materiële fusie-eis opnieuw op het strand zal worden geworpen.

De materiële fusie-eis vindt men bij de regeling van de geruisloze aandelenfusie (artikel 14b Wet IB 1964). Bij zo'n fusie storten aandeelhouders van de over te nemen vennootschap hun aandelen op door de overnemende vennootschap uitgereikte aandelen. Zijn zij aanmerkelijkbelanghouders dan leidt de fusie in beginsel tot afrekening over de aanmerkelijkbelangwinst. Door schuiving is echter mogelijk indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan. Zo moet de overne-

mer (nieuwe) aandelen uitreiken. De overnemer moet meer dan de helft van de stemrechten in de over te nemen vennootschap verwerven. Tot slot moeten (volgens de wettekst) overnemende en overgenomen vennootschap materiële ondernemingen drijven die duurzaam financieel en economisch in een eenheid worden samengebracht (materiële fusie-eis).

Het is merkwaardig gelopen met die laatste eis. In 1992 werd in Nederland de fusierichtlijn geïmplementeerd. Daarbij werd de materiële fusie-eis, die wij al sinds het Besluit IB '41 kenden, gehandhaafd. De staatssecretaris voerde in 1992 vage argumenten aan voor die handhaving. Gewezen werd op de mogelijkheid van internationale kasgeldconstructies. Wat dat er precies mee te maken had, werd overigens niet duidelijk gemaakt. Bovendien was het destijds zeer de vraag of het vereiste spoorde met de fusierichtlijn. Dat laatste was van belang voor aandelenfusies tussen in verschillende Lid-Staten van de Europese Unie gevestigde vennootschappen. Het antwoord kwam vanuit een onverwachte hoek. De materiële fusie-eis zou door het HvJ EG getorpedeerd worden naar aanleiding van een zuiver nationale aandelenfusie.

HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32, (Leur-Bloem), handelde over een enig aandeelhouder van twee BV's, die hij via aandelenruil onder een door hem gekochte holding-BV wilde brengen. De fusiefaciliteit werd geweigerd. Via een prejudiciële vraag kwam de kwestie bij het Hof van Justitie terecht. Het Hof constateerde dat de Nederlandse wetgever zuiver interne fusies op dezelfde wijze had geregeld als grensoverschrijdende fusies. Daarom achtte het Hof zich bevoegd de gebruikte begrippenapparatuur uit te leggen naar gemeenschapsrecht. Toen was het

Prof. Dr. A.C. Rijkers is hoogleraar Belastingrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.

snel gebeurd. De fusierichtlijn eist niet dat de verwervende vennootschap zelf een onderneming drijft. Evenmin is vereist dat de ondernemingen van twee vennootschappen duurzaam in één eenheid worden samengebracht. Daarmee was de materiële fusie-eis van de baan.

De staatssecretaris legt het hoofd in de schoot. In een resolutie (BNB 1998/226) zegt hij dat de tekst van artikel 14b Wet IB 1964 voortaan gelezen moet worden zonder materiële fusie-eis. Er komt een andere eis voor in de plaats. Aan de aandelenruil mag niet belastingfraude of -ontwijking (als hoofddoel of een der hoofddoelen) ten grondslag liggen. De bewindsman merkt echter fijntjes op dat hij daarmee niet inhoudelijk vooruit wil lopen op te entameren wetgeving.

Daarmee zijn we terug bij de plannen voor 2001. Het is een koud kunstje de materiële fusie-eis voor nationale fusies te reanimeren in een formulering die EU-proof is. De hamvraag is of dat een goed anticonstructiemiddel is.

Laten we een eenvoudig voorbeeld nemen. A is enig aandeelhouder van BV X. Hij geeft de voorkeur aan een holdingstructuur. Dat kan verband houden met de groei en diversiteit van de (te entameren) activiteiten. Het kan ook verband houden met planning van de toekomstige bedrijfsopvolging. Hoe dan ook, er hoeven bepaald geen antifiscale motieven aan ten grondslag te liggen. Momenteel kan hij dan een houdstervenootschap oprichten en via een aandelenruil BV X geruisloos onder die houdster hangen. Het moet in zo'n geval niet nodig zijn vooraf ontheffing te krijgen van een materiële fusie-eis nieuwe stijl. Daarmee zou een overbodige bewijslast op de belastingplichtige gelegd worden. Dat brengt ons tot de vraag welke constructie wordt gevreesd.

Bij de parlementaire behandeling van de nieuwe aanmerkelijkbelangregeling heeft de staatssecretaris één voorbeeld gegeven. Voorafgaand aan een voorgenomen (belaste) vervreemding van aandelen in een werkmaatschappij gaat

een aanmerkelijkbelanghouder een aandelenruil aan. Daarna kan de houdster-BV de aandelen in de werkmaatschappij met toepassing van de deelnemingsvrijstelling onbelast realiseren. Men moet zich nu drie dingen afvragen. Is dit een antifiscale handelwijze? Is er, indien men er een antifiscale handelwijze in ziet, niet een meer gerichte methode? Wat schiet de aandeelhouder ermee op?

Een voornemen tot verkoop is geen belastbaar feit. Na een geruisloze aandelenruil blijft de aanmerkelijkbelangclaim bovendien intact. Belastingplichtigen die in het verleden reeds onbelast een holdingstructuur hebben gecreëerd, kunnen hetzelfde zonder enig probleem doen. De aandeelhouder schiet er ook weinig mee op. De koopsom bevindt zich immers in de houdster-BV. Slechts via de sluis van de aanmerkelijkbelangheffing kan de koopsom in de portemonnee van de aandeelhouder vloeien. Er is niettemin een verschil. Bij directe verkoop van de werkmaatschappijaandelen valt de gehele aanmerkelijkbelangclaim ineens onder de hamer. Bij verkoop via een holding kan de aanmerkelijkbelangclaim geleidelijk, via dividenduitkeringen, worden afgerekend. Vindt men dit voldoende reden om de fusiefaciliteit te onthouden dan ligt een vervreemdingsverbod gedurende een aantal jaren meer voor de hand. Zo'n verbod treft men ook aan bij de geruisloze omzetting, bij de gefaciliteerde bedrijfsfusie en bij de fiscale eenheid.

Een materiële fusie-eis schiet haar doel voorbij wanneer sprake is van een niet op belastingontwijking gerichte opbouw van een holdingstructuur. Zij schiet tekort in gevallen waarin een wel op ontwijking gerichte aandelenfusie via een houdster met een onderneming kan worden geleid.

Daarom is te hopen dat de komende wetsvoorstellen gerichte anticonstructiemiddelen zullen bevatten. Dat is doeltreffender voor de fiscus. Het bezorgt bonafide belastingplichtigen bovendien geen overbodige bewijslastproblemen en -kosten.