

Aandelenfusie had overheersend anti-fiscaal motief; faciliteit niet van toepassing

Hof Arnhem-Leeuwarden, 26 januari 2021, 20/00557,
ECLI:NL:GHARL:2021:763

SAMENVATTING

X (belanghebbende) is 100% aandeelhouder van Beheer (bv). Deze vennootschap was 100% aandeelhouder van B (bv), C (bv) en D (bv). B en D zijn onroerendezaaklichamen in de zin van artikel 4 Wet BRV. X heeft in verband met een voorgenomen aandelenfusie op 9 oktober 2017 een verzoek gedaan aan de Inspecteur om vooraf zekerheid te verkrijgen dat sprake is van een aandelenfusie in de zin van artikel 3.55 Wet IB 2001. X heeft in dit verzoek aangegeven dat hij overweegt over te gaan tot de verkoop van het gehele concern. Het voorstel is als volgt: X richt een nieuwe topholding op, E (bv). De aandelen Beheer worden ingebracht in E tegen uitreiking van aandelen E. Vervolgens worden de aandelen in Beheer verkocht, inclusief alle deelnemingen. De Inspecteur heeft het verzoek afgewezen. In geschil is of dat terecht is. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de voorgenomen fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Hof Arnhem-Leeuwarden acht door de Inspecteur aannemelijk gemaakt dat aan de voorgenomen aandelenfusie geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Het is dan aan X om het tegendeel aannemelijk te maken (artikel 3.55, lid 4, Wet IB 2001). Hij slaagt hierin niet. De voorgenomen aandelenfusie is enkel gericht op het uitstellen van een acute heffing van inkomstenbelasting, en heeft daarmee een volstrekt overheersend anti-fiscaal motief. Toepassing van de faciliteit van artikel 3.55 Wet IB 2001 zou leiden tot een zodanig uitstellen van belasting dat strijd ontstaat met doel en strekking van de Fusierichtlijn. Het Hof verwerpt het standpunt van X dat het uitstellen van belasting niet onder de term belastingontwijking te rangschikken valt (vgl. HR 29 juni 2012, 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629).

NOOT

De voornaamste vraag in de onderhavige zaak is of het hier om een bedrijfseconomisch wenselijke fusie ging, of dat de fusie vooral fiscaal gedreven was.

Bewijsvermoeden

Van een aandelenfusie is geen sprake indien de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing ¹ (artikel 3.55, lid 4, onderdeel b, Wet IB 2001). De fusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de fusie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de bij de fusie betrokken vennootschappen. Het alleen nastreven van een zuiver fiscaal voordeel levert geen zakelijke overweging op. ² Fiscaal voordeel mag wel aanwezig zijn, maar slechts in marginale mate ten opzichte van de

1 Voor de toepassing van de aandelenfusiefaciliteit wordt onder de term 'belastingheffing' verstaan: de belastingen die vallen onder de werkingssfeer van de Fusierichtlijn.

2 HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), ECLI:EU:C:1997:369, r.o. 47; HvJ 10 november 2011, C-126/10 (Foggia), ECLI:EU:C:2011:718, r.o. 34 en 46 en Kamerstukken I 2007/08, 30 929, C, p. 13.

zakelijke overwegingen.³ Indien zakelijke motieven ontbreken of volstrekt marginaal aanwezig zijn, moet de belanghebbende aannemelijk maken dat van op een oneigenlijke wijze ontgaan of uitstellen van belastingheffing geen sprake is. Maar waar ligt de grens tussen eigenlijk en oneigenlijk belastinguitstel?

Uitstel of afstel?

In beroep oordeelde de Rechtbank dat de faciliteit niet van toepassing is. Opvallend is dat belanghebbende aangaf dat het voor hem niet 'opportuun' zou zijn om de aandelen in de holdingmaatschappij te verkopen, vanwege de te realiseren aanmerkelijkbelangclaim.⁴ Hij lijkt hiermee, op het eerste gezicht, zijn graf al gegraven te hebben, maar blijft doorgraven in hoger beroep. In hoger beroep bevestigt belanghebbende dat door als noodzakelijke reden voor het oprichten van de topholding, met als gevolg de voorgenomen aandelenfusie, het voorkomen van de heffing van inkomstenbelasting te noemen.⁵ Het lijkt de paradox van de aandelenfusiefaciliteit: in het leven geroepen om belastingheffing te voorkomen, maar uitstel mag niet het doel zijn van de toepassing van de faciliteit.

Deze paradox wordt bevestigd in het arrest van 29 juni 2012 waarin de Hoge Raad aangeeft dat 'uitstel van belastingheffing' een anti-fiscaal motief kan zijn waardoor toepassing van de faciliteit in strijd zou kunnen zijn met doel en strekking van de Fusierichtlijn.⁶ Door het gebruik van de begrippen 'kan' en 'zou kunnen zijn' is helaas niet helder wanneer uitstel daadwerkelijk strijdig is met doel en strekking van de Fusierichtlijn.

Mijns inziens had de Hoge Raad op dit punt prejudiciële vragen moeten stellen aan het Hof van Justitie. Ook het Hof pakt in deze zaak deze handschoenen niet op. Daarmee blijft het onduidelijk of, en zo ja vanaf welk moment, een voornemen tot verkoop een beletsel kan zijn voor de toepassing van de faciliteit. Gaat het al mis als de fusie is gedaan met het oog op een mogelijke toekomstige verkoop of moet er echt een concreet verkoopvoornemen zijn en hoe concreet moet dit voornemen dan zijn? De praktijk zou ermee gediend zijn als het Hof van Justitie op dit punt het verlossende woord zou spreken.

HR 10 oktober 2008 en HR 1 december 1999

Toch tasten we niet volledig in het duister of gedane uitspraken van belanghebbende in beroep en hoger beroep van invloed zijn geweest op het al dan niet toepassen van de aandelenfusiefaciliteit. Uit het arrest van de Hoge Raad van 10 oktober 2008 blijkt dat het aanwezig zijn van een verkoopvoornemen niet per definitie met zich meebrengt dat sprake is van belastingontwijking dan wel ongeoorloofd uitstel van heffing.⁷ Het verschil tussen dit arrest en de zaak van belanghebbende is duidelijk; belanghebbende had al het voornemen tot verkoop op het moment dat hij de Inspecteur verzocht om toepassing van de aandelenfaciliteit in tegenstelling tot het arrest van 10 oktober 2008 waarbij het voornemen tot verkoop nog niet bestond op het moment van de totstandkoming van de aandelenruil.

Hoewel met het aannemelijk maken van een concreet verkoopvoornemen de kous nog niet af is voor de Inspecteur, nu dit voornemen op zichzelf beschouwd niet het vermoeden wettigt dat er sprake is van belastingontwijking, lijkt belanghebbende zichzelf toch met gedane uitspraken in de voet te hebben geschoten. Hij gaf immers aan dat er geen andere reden dan een zuiver fiscale reden zat achter zijn gedane verzoek.

3 Zie r.o. 34 en 46 van het arrest Foggia.

4 Rechtbank Gelderland 2 april 2020, 18/5093 en 18/5641, ECLI:NL:RBGEL:2020:2384, NLF 2020/1326, met noot van Verbaarschot, r.o. 19.

5 Zie r.o. 4.6.

6 HR 29 juni 2012, 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629.

7 HR 10 oktober 2008, 43.409, ECLI:NL:HR:2008:AZ8531.

In het arrest van 1 december 1999 heeft de Hoge Raad beslist dat het creëren van een holdingstructuur, vanwege de beperking van de juridische aansprakelijkheid, door een aandelenruil fiscaal gefaciliteerd kan plaatsvinden. Ondanks dat hierdoor winsten middels de deelnemingsvrijstelling zonder heffing konden worden ondergebracht bij de holding in plaats van de minder fiscaal voordelige route van een belaste dividenduitkering aan de aandeelhouder.⁸ Kortom: uitstel van heffing. Maar de Hoge Raad is helder; indien de aandelenruil zonder het fiscale doel niet zou hebben plaatsgevonden loopt het spaak. A contrario is er sprake van geoorloofd betalingsuitstel indien de fusie ook zonder fiscaal motief zou plaatsvinden.

De lat betreffende de zakelijkheidstoets lijkt aldus niet hoog te liggen. Toch biedt genoemde uitspraak geen soelaas voor belanghebbende; hij beschikte immers al over een holding waarmee vermogen uit de risicosfeer gehouden kon worden. Belanghebbende kon verder ook geen enkel, althans niet overtuigend, ander dan fiscaal motief aanvoeren voor de fusie.

Komen wij weer terug bij het bewijsvermoeden; ondanks het feit dat belanghebbende enkel aannemelijk hoeft te maken dat de fusie niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van heffing, lijkt mij dit een erg lastige opgave zonder zakelijke overwegingen.

Schadevergoeding overdrachtsbelasting

Het was dan ook te verwachten dat het Hof de uitspraak van de Rechtbank zou bekrachtigen. Zelfs al zou het Hof het hoger beroep van belanghebbende gegrond hebben verklaard, dan betwijfel ik of het gedane verzoek om schadevergoeding zou zijn toegewezen. Belanghebbende heeft al in de bezwaarfase de keuze gemaakt om de aandelen van de drie werkmaatschappijen te verkopen in plaats van de verkoop van de aandelen in de holdingmaatschappij. Dat hiermee, door de wetsfictie van artikel 4, lid 1, onderdeel a, Wet BRV, overdrachtsbelasting verschuldigd is, is niet te wijten aan de beslissing van de Inspecteur, maar het gevolg van een juiste wetstoepassing.

En dat belanghebbende dan koos voor deze optie komt niet als een verrassing gezien de aanmerkelijkbelangclaim, waar nou net die aandelenruil zo handig voor zou zijn geweest...

mr. A.H.E. Bruin

Erasmus Universiteit Rotterdam

BRON

op het hoger beroep van te (hierna: belanghebbende) tegen de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 2 april 2020, nummer AWB 18/5093, ECLI:NL:RBGEL:2020:2384, in het geding tussen

belanghebbende

en

de van de (hierna: de Inspecteur)

1. Ontstaan en loop van het geding

Bij beschikking heeft de Inspecteur op het verzoek van belanghebbende omtrent de vraag of sprake is van een aandelenfusie beslist dat op de voorgenomen fusie artikel 3.55 van de Wet IB 2001 niet kan worden toegepast.

De Inspecteur heeft bij uitspraak op bezwaar het bezwaar ongegrond verklaard.

Belanghebbende is tegen die uitspraak in beroep gekomen bij de rechtbank Gelderland (hierna: de Rechtbank). De Rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaard en het verzoek om schadevergoeding afgewezen.

⁸ HR 1 december 1999, 34.217, ECLI:NL:HR:1999:AA3829.

Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van de Rechtbank hoger beroep ingesteld. De Inspecteur heeft verweer gevoerd.

Het onderzoek ter digitale zitting heeft plaatsgevonden op 15 december 2020. Van de zitting is een proces-verbaal opgemaakt, dat aan deze uitspraak is gehecht.

2. Vaststaande feiten

Belanghebbende houdt alle (certificaten van) aandelen in [A] B.V. (hierna: Beheer BV). Beheer BV was 100%-aandeelhouder van [B] B.V., [C] B.V. en [D] B.V. Laatstgenoemde vennootschap hield op haar beurt alle aandelen in een viertal deelnemingen. [B] B.V. en [C] B.V. zijn onroerendezaaklichamen in de zin van artikel 4 van de Wet op de belastingen van rechtsverkeer (hierna ook: de onroerendezaaklichamen).

In september 2017 heeft belanghebbende een gespecialiseerd bureau ingeschakeld om de verkoop van de aandelen [D] B.V., [B] B.V. en [C] B.V. te begeleiden.

Belanghebbende heeft in verband met een voorgenomen aandelenfusie bij brief van 9 oktober 2017 aan de Inspecteur een verzoek gedaan om vooraf zekerheid te verkrijgen dat sprake is van een aandelenfusie in de zin van artikel 3.55 van de Wet IB 2001. In dit verzoek is onder meer vermeld:

“De heer [X] overweegt over te gaan tot verkoop van het gehele concern, exclusief de topholding. De juridische structuur is zodanig opgezet dat alle werkmaatschappijen onder [D] BV hangen teneinde door de verkoop van de aandelen in deze vennootschap alle deelnemingen mee over te laten gaan. [A] BV zou dan als beleggingsvennootschap overblijven, inclusief de aandelen in [B] BV en [C] BV. Beide laatstgenoemde vennootschappen zijn in het kader van risicospreiding niet onder [D] BV geplaatst. Thans vinden er besprekingen plaats met een potentiële koper die tevens [B] BV, en mogelijk ook [C] BV, wenst over te nemen.

[B] BV, evenals [C] BV, waarin een benzinstation zit, hangen rechtstreeks onder [A] BV zodat bij een verkoop van het concern exclusief [A] BV de waarde van beide eerstgenoemde vennootschappen apart vastgesteld moet worden en de aandelen ook apart geleverd moeten worden. Dit heeft in beginsel ook gevolgen voor de heffing van overdrachtsbelasting. Wellicht dat met een beroep op de reorganisatievrijstelling van de Wet belastingen van rechtsverkeer de heffing van overdrachtsbelasting voorkomen kan worden maar om de structuur van het concern zoveel mogelijk in stand te laten, en de levering van de diverse besloten vennootschappen te vereenvoudigen, wordt gedacht aan het volgende:

Er wordt door de heer [X] een nieuwe topholding opgericht, hierna te noemen “ [E] BV”. De aandelen [E] BV worden volgestort door middel van een aandelenfusie in de zin van artikel 3.55, lid 2 Wet IB 2001. Alle aandelen in [A] BV worden ingebracht in [E] BV.

Vervolgens worden de aandelen in [A] BV, inclusief alle deelnemingen, verkocht aan een derde. De bezittingen van [A] BV bestaan niet grotendeel uit onroerende zaken zodat door deze verkoop geen overdrachtsbelasting verschuldigd zal zijn.”

Op 22 maart 2018 is door Beheer BV en [D] B.V. een intentieverklaring getekend met [F] N.V. en [G] B.V. Laatstgenoemde vennootschappen zijn in december 2017 in beeld gekomen als potentiële kopers.

De Inspecteur heeft het onder 2.3 genoemde verzoek bij beschikking van 5 april 2018 afgewezen.

Op 1 augustus 2018 zijn de aandelen [D] B.V., [B] B.V. en [C] B.V. door Beheer BV overgedragen aan [H] B.V. en zijn de aandelen in een tweetal deelnemingen door [D] B.V. overgedragen aan [I] B.V., voor een totale koopprijs van € 36.750.000. De koper ([H] B.V.) heeft in het verkoopproces bedongen dat de verschuldigde overdrachtsbelasting van € 636.000 in mindering komt op de koopsom van de aandelen van [B] B.V. en [C] B.V. De kopers zijn gelieerd aan de onder 2.4 genoemde partijen.

3. Geschil

In geschil is of sprake is van een aandelenfusie in de zin van artikel 3.55 van de Wet IB 2001. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de voorgenomen fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Belanghebbende beantwoordt deze vraag ontkennend, de Inspecteur bevestigend. In het geval het Hof tot het oordeel komt dat sprake is van een aandelenfusie in voormelde zin, komt de vraag aan de orde of belanghebbende recht heeft op een schadevergoeding en op een

vergoeding van de werkelijke proceskosten, welke vraag belanghebbende bevestigend beantwoordt en de Inspecteur ontkennend.

4. Beoordeling van het geschil

Een aandelenfusie als bedoeld in artikel 3.55 van de Wet IB 2001 wordt ingevolge het vierde lid, onderdeel b, van dat artikel niet aanwezig geacht indien de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De fusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de fusie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de bij de fusie betrokken rechtspersonen.

Het begrip aandelenfusie van artikel 3.55 van de Wet IB 2001 dient te worden uitgelegd conform de Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, PbEU L 310/34 (hierna: de Fusierichtlijn). Artikel 15, eerste lid, sub a, van de Fusierichtlijn bepaalt dat lidstaten geheel of gedeeltelijk kunnen weigeren toepassing te geven aan de faciliteiten voor – in het onderhavige geval – een aandelenruil, indien blijkt dat de aandelenruil als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft; wanneer de aandelenruil niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de aandelenruil betrokken vennootschappen, geldt het vermoeden dat de aandelenruil als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft.

De Inspecteur heeft zich allereerst op het standpunt gesteld dat de voorgenomen aandelenfusie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zodat de fusie geacht wordt in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Daartoe voert de Inspecteur aan dat geen van de door belanghebbende aangedragen argumenten zijn aan te merken als aan de aandelenfusie ten grondslag liggende zakelijke overwegingen. Belanghebbende heeft in zijn beroepschrift in eerste aanleg de volgende zakelijke overwegingen aangevoerd:

1. het voorkomen dat bij een toekomstige verkoop voor elke werkmaatschappij de waarde van die maatschappij afzonderlijk moet worden vastgesteld;
2. door de verkoop van Beheer BV met alle deelnemingen kan een hogere prijs worden bedongen dan bij de verkoop van de afzonderlijke deelnemingen;
3. verkoop en levering van aandelen in één vennootschap is eenvoudiger en veel goedkoper dan de levering van de aandelen in drie vennootschappen;
4. het voorkomen van heffing van overdrachtsbelasting bij een afzonderlijke verkoop en aandelenoverdracht van de onroerendezaaklichamen;
5. het voorkomen dat na verkoop van de aandelen in de onroerendezaaklichamen, als gevolg van de heffing van overdrachtsbelasting, de winst van de andere tot het concern behorende vennootschappen nadelig wordt beïnvloed omdat de overdrachtsbelasting wordt verdisconteerd in een hogere huur;
6. het voorkomen dat de winst van de onroerendezaaklichamen negatief wordt beïnvloed omdat de overdrachtsbelasting bij deze vennootschappen zal worden geactiveerd als verhoging van de boekwaarde van de onroerende zaken en de overdrachtsbelasting via afschrijving ten laste van het resultaat zal worden gebracht;
7. het voorkomen dat de waarde van de aandelen in de onroerendezaaklichamen negatief wordt beïnvloed omdat een koper overdrachtsbelasting moet betalen en dit zal verdisconteren in de koopprijs van de aandelen in die vennootschappen;
8. het voorkomen dat als gevolg van de onder e, f en g genoemde aspecten een potentiële koper deze lagere winst gebruikt als argument voor een mogelijk lagere koopprijs voor de aandelen in Beheer BV.

De Inspecteur is van mening dat deze argumenten slechts argumenten zijn voor de verkoop van het gehele concern op het niveau van de aandelen Beheer BV en dat dit reeds in de bestaande structuur mogelijk is. De aandelenfusie is daarvoor niet nodig. De Inspecteur bestrijdt de juistheid en zakelijkheid van de argumenten van belanghebbende ook overigens en benadrukt dat de gestelde voordelen bovendien zeer marginaal zijn ten opzichte van het fiscale voordeel dat met de aandelenfusie zou worden behaald, door de Inspecteur becijferd op € 9.187.500.

Het Hof stelt voorop dat op de Inspecteur de last rust aannemelijk te maken dat de aandelenfusie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Het Hof gaat voorbij aan de stelling van belanghebbende dat uit het woord "blijkt" in artikel 15, eerste lid, sub a, van de Fusierichtlijn volgt dat op de Inspecteur in dit verband een verzwaarde bewijslast, in de zin van overtuigend aantonen, rust. De stelling van belanghebbende berust op een onjuiste lezing van deze bepaling.

Het enkel nastreven van een zuiver fiscaal voordeel levert geen zakelijke overweging op in de zin van artikel 15, eerste lid, sub a, van de Fusierichtlijn (vgl. de arresten HvJ 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, BNB 1998/32, punt 47, en HvJ 10 november 2011, Foggia, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718, BNB 2012/5, punten 34 en 46). Een fusie kan niet geacht worden plaats te vinden op grond van zakelijke overwegingen, indien deze overwegingen volstrekt marginaal zijn ten opzichte van het bedrag van het verwachte fiscale voordeel (vgl. het arrest Foggia, punt 47).

Belanghebbende heeft ter zitting desgevraagd bevestigd dat hij ten tijde van het onderhavige verzoek het voornemen had de deelnemingen van Beheer BV te (laten) verkopen, dat de keuze om deze verkoop op het (hogere) niveau van de aandelen Beheer BV te laten plaatsvinden is ingegeven door de wens heffing van overdrachtsbelasting te voorkomen die bij een afzonderlijke overdracht van de aandelen in de onroerendezaaklichamen bij de verkrijger zou hebben plaatsgevonden en dat de voorgenomen aandelenfusie, met het oprichten van een nieuwe holding, enkel noodzakelijk was om de heffing van inkomstenbelasting ter zake van de verkoop van de aandelen in Beheer BV te voorkomen.

Naar het oordeel van het Hof heeft de Inspecteur, mede in het licht van wat onder 4.6 is overwogen, aannemelijk gemaakt dat aan de voorgenomen aandelenfusie geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Niet alleen brengt de omstandigheid dat artikel 15, eerste lid, sub a, van de Fusierichtlijn niet ziet op de overdrachtsbelasting nog niet mee dat het voorkomen van deze belasting een zakelijk motief is, en zijn de in verband met dit motief overigens aangedragen argumenten volstrekt marginaal ten opzichte van het – door de Inspecteur onweersproken genoemde – verwachte fiscale voordeel van € 9.187.500, maar de door belanghebbende aangevoerde overwegingen zijn ook niet dragend voor de aandelenfusie zelf. De voorgenomen verkoop van het gehele concern is voor belanghebbende immers te realiseren door de aandelen in Beheer BV te verkopen. De daaraan voorafgaande aandelenfusie, met het oprichten van een nieuwe holding, is in het onderhavige geval enkel nodig om de heffing van inkomstenbelasting in verband met het alsdan in aanmerking te nemen vervreemdingsvoordeel uit aanmerkelijk belang te voorkomen. Het enkel nastreven van dit fiscaal voordeel levert geen zakelijke overweging op in de zin van artikel 3.55, vierde lid, onderdeel b, van de Wet IB 2001 en artikel 15, eerste lid, sub a, van de Fusierichtlijn.

Nu de aandelenfusie, gelet op het voorgaande, geacht wordt in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, dient belanghebbende op grond van artikel 3.55, vierde lid, onderdeel b, van de Wet IB 2001 het tegendeel aannemelijk te maken.

Belanghebbende heeft zich op het standpunt gesteld dat de voorgenomen aandelenfusie niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de belastingheffing, omdat geen sprake is van een volstrekt overheersend anti-fiscaal motief gericht op het uitstellen van de heffing van inkomstenbelasting. Daartoe voert belanghebbende – samengevat – aan dat bij verkoop door Beheer BV van haar deelnemingen geen inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn, zodat het oogmerk van de aandelenfusie niet gericht kan zijn op het voorkomen van deze heffing, en dat uitstel van belastingheffing ook niet onder het begrip belastingontwijking valt. In verband met laatstgenoemde stelling verzoekt belanghebbende het Hof prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. De Inspecteur heeft de standpunten van belanghebbende gemotiveerd bestreden. De Inspecteur heeft daarbij aangevoerd dat belanghebbende, om de heffing van overdrachtsbelasting te voorkomen, een verkoop van de aandelen in Beheer BV voor ogen stond en dat deze verkoop zou leiden tot heffing van inkomstenbelasting ter zake van het daarbij behaalde vervreemdingsvoordeel. De doorslaggevende reden voor de aandelenfusie is om deze heffing van

inkomstenbelasting te voorkomen. De aandelenfusie voorkomt de heffing van overdrachtsbelasting bij verkoop van de aandelen in de onroerendezaaklichamen immers niet en daarnaast is de heffing van overdrachtsbelasting (€ 636.000) marginaal ten opzichte van de uitgestelde inkomstenbelasting (€ 9.187.500).

Naar het oordeel van het Hof maakt belanghebbende, tegenover de gemotiveerde weerspreking door de Inspecteur, niet aannemelijk dat de voorgenomen aandelenfusie niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Het Hof overweegt daartoe als volgt. Niet in geschil is dat belanghebbende ten tijde van het onderhavige verzoek het voornemen had de deelnemingen van Beheer BV te (laten) verkopen. Het Hof acht dit, mede gelet op de onder 2.2, 2.3, 2.4 en 2.6 vaststaande feiten, een concreet verkoopvoornemen. Tussen partijen is evenmin in geschil dat belanghebbende deze verkoop, om heffing van overdrachtsbelasting te voorkomen, op het (hogere) niveau van de aandelen Beheer BV wilde laten plaatsvinden en dat de verkoop van deze aandelen in dat geval bij belanghebbende zou leiden tot een acute heffing van inkomstenbelasting ter zake van het alsdan in aanmerking te nemen vervreemdingsvoordeel uit aanmerkelijk belang. De voorgenomen aandelenfusie is enkel noodzakelijk om de heffing van inkomstenbelasting ter zake van de verkoop van de aandelen in Beheer BV te voorkomen. Andere motieven voor de aandelenfusie heeft belanghebbende niet aannemelijk gemaakt. De voorgenomen aandelenfusie is, gelet op het voorgaande, enkel gericht op het uitstellen van een acute heffing van inkomstenbelasting, en heeft daarmee, naar het oordeel van het Hof, een volstrekt overheersend anti-fiscaal motief. Dat belanghebbende uiteindelijk, als gevolg van de afwijzing van het verzoek door de Inspecteur, niet ervoor heeft gekozen de weg via de aandelenfusie en de daaropvolgende verkoop op het hogere niveau te kiezen, en dat bij verkoop op dit lagere niveau geen inkomstenbelasting verschuldigd is, doet aan het voorgaande niet af. Toepassing van de faciliteit van artikel 3.55 van de Wet IB 2001 zou leiden tot een zodanig uitstellen van belasting dat strijd ontstaat met doel en strekking van de Fusierichtlijn. Het Hof verwerpt het standpunt van belanghebbende dat het uitstellen van belasting niet onder de term belastingontwijking te rangschikken valt (vgl. HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629).

Het Hof ziet gelet op het arrest HR 29 juni 2012 geen redenen tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. De namens belanghebbende ingebrachte argumenten maken dat niet anders.

Gelet op het voorgaande heeft de Inspecteur terecht geen aandelenfusie in de zin van artikel 3.55 van de Wet IB 2001 aanwezig geacht.

Slotsom

Op grond van het vorenstaande is het hoger beroep ongegrond.

5. Griffierecht en proceskosten

Het Hof ziet geen aanleiding voor vergoeding van het griffierecht of een veroordeling in de proceskosten.

6. Beslissing

Het Hof bevestigt de uitspraak van de Rechtbank.

Deze uitspraak is gedaan door mr. G.B.A. Brummer, voorzitter, mr. A. van Dongen en mr. T. Tanghe, in tegenwoordigheid van drs. S. Darwinkel als griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 26 januari 2021.