

Zaak C-352/08

Modehuis A. Zwijnenburg BV

tegen

Staatssecretaris van Financiën

(verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing)

„Harmonisatie van wetgevingen – Richtlijn 90/434/EEG – Gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten – Artikel 11, lid 1, sub a – Toepasselijkheid op overdrachtsbelasting”

Samenvatting van het arrest

1. *Prejudiciële vragen – Bevoegdheid van Hof – Uitlegging verzocht vanwege toepasselijkheid op interne situatie van bepaling van recht van Unie die door nationaal recht van toepassing is verklaard – Bevoegdheid tot geven van die uitlegging*

(Art. 267 VWEU)

2. *Harmonisatie van wetgevingen – Gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten – Richtlijn 90/434 – Transacties die fraude of belastingontwijking tot doel hebben*

(Richtlijn 90/434 van de Raad, art. 11, lid 1, sub a)

1. Wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeert aan de in het recht van de Unie gekozen oplossingen, teneinde inzonderheid discriminatie ten nadele van de eigen staatsburgers of eventuele distorsies van de mededinging te voorkomen, heeft de Unie er zeker belang bij, dat ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen of begrippen van het recht van de Unie op eenvormige wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moeten vinden.

(cf. punt 33)

2. Artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, moet aldus worden uitgelegd dat de daarbij ingevoerde faciliteiten niet kunnen worden geweigerd aan de belastingplichtige die, door middel van een juridische constructie bestaande in een fusie van ondernemingen, de heffing van overdrachtsbelasting wilde voorkomen, wanneer deze belasting niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt.

Slechts bij uitzondering en in bijzondere omstandigheden kunnen de lidstaten immers op grond van dat artikel weigeren de richtlijn geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan tenietdoen. Bijgevolg moet artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434, als uitzonderingsbepaling, strikt worden uitgelegd, rekening houdend met de bewoordingen en de doelstelling ervan en met de context waarin het moet worden geplaatst. Door op het punt van de zakelijke overwegingen te

wijzen op de herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, waarbij het vermoeden van belastingfraude of ?ontwijking niet kan rijzen, is deze bepaling duidelijk toegespitst op het domein van de fusies van vennootschappen en andere reorganisaties en is zij enkel van toepassing op de belastingen waartoe dergelijke transacties aanleiding geven.

Bovendien bevat richtlijn 90/434 geen volledige harmonisatie van de belastingen die in geval van een fusie of een vergelijkbare operatie tussen vennootschappen in verschillende lidstaten kunnen worden geheven. Met de invoering van concurrentieneutrale voorschriften beperkt deze richtlijn zich ertoe, bepaalde fiscale nadelen die met grensoverschrijdende herstructurerings van ondernemingen verbonden zijn, te verhelpen. Hieruit volgt dat enkel de belastingen waarop richtlijn 90/434 uitdrukkelijk betrekking heeft, in aanmerking komen voor de daarbij ingevoerde faciliteiten en dus binnen de werkingssfeer van de uitzondering bepaald in artikel 11, lid 1, sub a, van deze richtlijn kunnen vallen. Daar er geen enkele aanwijzing in genoemde richtlijn is op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat deze de faciliteiten heeft willen uitbreiden tot andere belastingen, zoals een belasting die wordt geheven in geval van verwerving van een onroerende zaak die in de betrokken lidstaat is gelegen, moeten deze belastingen worden geacht nog steeds onder de fiscale bevoegdheid van de lidstaten te vallen, en kan het voordeel van de bij richtlijn 90/434 ingevoerde faciliteiten niet op grond van artikel 11, lid 1, sub a, van deze laatste worden geweigerd ter compensatie van de niet-betaling van een belasting waarvan de grondslag en het tarief noodzakelijkerwijs verschillen van de belastingen welke van toepassing zijn op fusies van vennootschappen en andere daarop betrekking hebbende reorganisaties.

(cf. punten 45?47, 49?50, 52?54, 56 en dictum)

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

20 mei 2010 (\*)

„Harmonisatie van wetgevingen – Richtlijn 90/434/EEG – Gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten – Artikel 11, lid 1, sub a – Toepasselijkheid op overdrachtsbelasting”

In zaak C?352/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 11 juli 2008, ingekomen bij het Hof op 31 juli 2008, in de procedure

**Modehuis A. Zwijnenburg BV**

tegen

**Staatssecretaris van Financiën,**

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano, kamerpresident, waarnemend voor de president van de Eerste kamer, E. Levits, A. Borg Barthet, M. Ilešič en J. J. Kasel (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: R. Grass,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- Modehuis A. Zwijnenburg BV, vertegenwoordigd door A. Bremmer, advocaat,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels en M. Noort als gemachtigden,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues en J. C. Gracia als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. Bruni als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal en W. Roels als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 juli 2009,

het navolgende

## **Arrest**

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de uitlegging van artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 1).

2 Deze vraag is gesteld in het kader van een geding tussen Modehuis A. Zwijnenburg BV (hierna: „Zwijnenburg”) en de Staatssecretaris van Financiën over een verzoek om teruggaaf van overdrachtsbelasting, gestoeld op een wettelijke vrijstelling ter zake van bedrijfsfusies.

## **Toepasselijke bepalingen**

### *Regelgeving van de Unie*

3 Volgens de eerste overweging van haar considerans heeft richtlijn 90/434 tot doel te waarborgen dat herstructureringen van bedrijven in verschillende lidstaten, zoals fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil, niet worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften der lidstaten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies.

4 Uit de vierde overweging van de considerans van deze richtlijn volgt dat de gemeenschappelijke fiscale regeling moet voorkomen dat wegens fusies, splitsingen, inbreng van

activa of aandelenruil belasting wordt geheven, met dien verstande dat de financiële belangen van de staat van de inbrengende of verworven vennootschap moeten worden veiliggesteld.

5 Volgens de bewoordingen van artikel 4, lid 1, van deze richtlijn „[leiden f]usies of splitsingen [...] niet tot enigerlei belastingheffing over de meerwaarden die bepaald worden door het verschil tussen de werkelijke waarde van de overgedragen activa en passiva en hun fiscale waarde”.

6 Ingevolge artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/434 „[mag t]oekenning bij een fusie, een splitsing of een aandelenruil, van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende of de verwervende vennootschap aan een deelgerechtigde van de inbrengende of verworven vennootschap in ruil voor bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van deze laatste vennootschap, [...] op zich niet leiden tot enigerlei belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden van deze deelgerechtigde”.

7 Artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 is als volgt verwoord:

„1. De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de titels II, III en IV geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan teniet doen indien blijkt dat de fusie, splitsing, inbreng van activa of aandelenruil:

a) als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of ?ontwijking heeft; het feit dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, kan doen veronderstellen dat die transactie als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of ?ontwijking heeft”.

#### *Nationale wettelijke regeling*

8 Artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 luidt in de op het hoofdgeding toepasselijke versie:

„1. De belastingplichtige die zijn gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel van een onderneming overdraagt (overdrager) aan een ander lichaam dat reeds belastingplichtig is of door de overname belastingplichtig wordt (overnemer), tegen uitreiking van aandelen in de overnemer (bedrijfsfusie), behoeft de winst behaald met of bij de overdracht niet in aanmerking te nemen, [...]. Indien de winst niet in aanmerking wordt genomen, treedt de overnemer ten aanzien van alle vermogensbestanddelen die in het kader van de bedrijfsfusie zijn verkregen in de plaats van de overdrager.

[...]

4. In afwijking van het eerste en het tweede lid, wordt de winst wel in aanmerking genomen, indien de bedrijfsfusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De bedrijfsfusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien deze niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager en de overnemer. Indien aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager en de overnemer is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

[...]

8. De overdrager die zekerheid wenst omtrent de vraag of de bedrijfsfusie niet wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, kan voor de overdracht een verzoek indienen bij de inspecteur, die daarop bij voor bezwaar vatbare beschikking beslist.”

9 Krachtens artikel 2 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970, in de op het hoofdgeding toepasselijke versie, wordt onder overdrachtsbelasting verstaan „een belasting geheven ter zake van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen”.

10 Artikel 4 van deze wet preciseert:

„Als ‚zaken’ als bedoeld in artikel 2 worden mede aangemerkt (fictieve onroerende zaken):

a. aandelen in lichamen met een in aandelen verdeeld kapitaal, waarvan de bezittingen op het tijdstip van de verkrijging of op enig tijdstip in het daaraan voorafgaande jaar hoofdzakelijk bestaan of hebben bestaan uit in Nederland gelegen onroerende zaken, mits deze onroerende zaken, als geheel genomen, op dat tijdstip geheel of hoofdzakelijk dienstbaar zijn of waren aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken;

[...]”

11 Krachtens artikel 14 van deze wet „[bedraagt de belasting] 6 percent”.

12 Artikel 15, lid 1, sub h, van diezelfde wet luidt:

„1. Onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden is van de belasting vrijgesteld de verkrijging: [...]

h. bij fusie, splitsing en interne reorganisatie; [...]”

13 Artikel 5a van het Uitvoeringsbesluit wet op belastingen van rechtsverkeer bepaalt in de op het hoofdgeding toepasselijke versie het volgende:

„1. De in artikel 15, eerste lid, [sub] h, van de wet bedoelde vrijstelling wegens fusie is van toepassing indien een vennootschap uitsluitend de gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan van een andere vennootschap verkrijgt tegen toekenning van aandelen.

2. Onder toekenning van aandelen wordt begrepen het geval waarin naast de toekenning van aandelen tevens een bedrag in geld wordt betaald van ten hoogste 10 percent van de waarde van hetgeen op de aandelen is gestort.

[...]

7. Voor de toepassing van dit artikel wordt onder vennootschap verstaan de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, de open commanditaire vennootschap, alsmede andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. [...]”

### **Hoofdgeding en prejudiciële vraag**

14 Zwijnenburg exploiteerde een modezaak in twee panden gelegen aan de Tolstraat 17 en 19

te Meerbeek (Nederland). Zwijnenburg was eigenaar van het pand gelegen aan de Tolstraat 19 en huurde het pand gelegen aan de Tolstraat 17 van A. Zwijnenburg Beheer BV (hierna: „Beheer”), die daarvan de eigenaar was en als enige activiteit het beheer van onroerende zaken had.

15 De aandelen in Beheer werden gehouden door A. J. Zwijnenburg en zijn echtgenote (hierna: „ouders”).

16 De aandelen in Zwijnenburg werden via een holding gehouden door L. E. Zwijnenburg (hierna: de „zoon”) en zijn echtgenote.

17 Ter voltooiing van de overname van de handelszaak van zijn ouders door de zoon, die reeds in de maand december 1990 in gang was gezet, was erin voorzien dat Zwijnenburg zijn modezaak en het pand gelegen aan de Tolstraat 19 zou inbrengen in Beheer tegen uitreiking van aandelen. Overeenkomstig artikel 14, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 zou deze bedrijfsfusie van belasting moeten zijn vrijgesteld.

18 Zwijnenburg zou de resterende aandelen in Beheer, die in handen waren van zijn ouders en waarop een koopoptie was verleend, in een later stadium verwerven. Deze transactie zou overeenkomstig artikel 15, lid 1, sub h, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 juncto artikel 5a, lid 1, van het uitvoeringsbesluit bij die wet van de vrijstelling van overdrachtsbelasting moeten profiteren.

19 Zwijnenburg heeft zich bij brief van 13 januari 2004 tot de belastingdienst gewend om bevestiging te krijgen dat de voorgenomen bedrijfsfusie tussen Zwijnenburg en Beheer en de latere verkrijging van de aandelen in Beheer door Zwijnenburg zonder belastingheffing konden plaatsvinden, met name zonder overdrachtsbelasting te hoeven te betalen.

20 Bij beschikking van 19 januari 2004 heeft de inspecteur van de belastingdienst dit verzoek evenwel afgewezen omdat hij meende dat de bedrijfsfusie binnen de werkingssfeer van artikel 14, lid 4, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 viel, daar zij in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

21 De inspecteur heeft zijn beschikking, na daartegen gemaakt bezwaar, gehandhaafd. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft het door Zwijnenburg tegen die beslissing ingestelde beroep ongegrond verklaard.

22 Volgens deze rechter was de wens om de panden gelegen aan de Tolstraat 17 en 19 in één enkele onderneming samen te voegen, waarvan uiteindelijk de zoon de voordelen zou genieten, stellig op zakelijke overwegingen gestoeld. Hij oordeelde echter dat de voor de samenvoeging van de panden gekozen weg van de bedrijfsfusie niet door zakelijke overwegingen was ingegeven, aangezien Zwijnenburg haar onderneming in Beheer moest inbrengen en later de door deze laatste uitgegeven aandelen moest verwerven.

23 Het Gerechtshof te 's-Gravenhage oordeelde dat Zwijnenburg niet aannemelijk had gemaakt dat belastingfraude of -ontwijking niet het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de voorgenomen bedrijfsfusie was. De enige beweegreden om tot deze fusie over te gaan was om de overdrachtsbelasting te ontgaan die verschuldigd zou zijn bij een directe overdracht van het pand aan de Tolstraat 17 aan Zwijnenburg alsmede het uitstellen van de heffing van vennootschapsbelasting over het verschil tussen de boekwaarde van dit pand en de waarde in het economisch verkeer bij overdracht.

24 Het Gerechtshof te 's-Gravenhage concludeerde dat, zelfs als het einddoel van de transactie op zakelijke overwegingen berustte, de gekozen financiële constructie enkel was

opgezet om de fiscale voordelen te genieten die voor bedrijfsfusies waren voorbehouden.

25 Zwijnenburg heeft daarop beroep tot cassatie ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden.

26 De Hoge Raad stelde vast dat de ouders als gevolg van de betrokken transactie nog steeds een economisch belang in de onderneming zouden hebben, terwijl zij zich juist wilden terugtrekken ten gunste van de zoon en zijn echtgenote. Hij leidt hieruit af dat een hoofddoel van de voorgenomen bedrijfsfusie was om bepaalde fiscale gevolgen te ontgaan, namelijk de overdrachtsbelasting die Zwijnenburg verschuldigd zou zijn geweest indien het pand aan de Tolstraat 17 door haar zou zijn verworven of indien de aandelen Beheer aan haar zouden zijn overgedragen.

27 De Hoge Raad der Nederlanden merkt op dat artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 het bepaalde in artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 overneemt om dit ook op zuiver interne situaties toe te passen. Hij stelt evenwel vast dat overdrachtsbelasting niet behoort tot de belastingen waarvan de heffing op grond van deze richtlijn achterwege behoort te blijven.

28 In die omstandigheden heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn nr. 90/434/EEG [...] zo worden uitgelegd dat de faciliteiten van die richtlijn kunnen worden geweigerd aan de belastingplichtige ingeval een samenstel van rechtshandelingen erop is gericht de heffing te voorkomen van een andere belasting dan de belastingen waarop de in die richtlijn opgenomen faciliteiten betrekking hebben?”

### **Beantwoording van de prejudiciële vraag**

#### *Voorafgaande opmerkingen*

29 Op Zwijnenburg na concluderen alle partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, dat het Hof zich bevoegd moet verklaren om op de prejudiciële vraag te antwoorden.

30 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat het Hof krachtens artikel 234 EG bevoegd is bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over onder meer de uitlegging van het EG-Verdrag en de handelingen van de instellingen van de Unie.

31 Vaststaat dat het hoofdgeding betrekking heeft op een bepaling van nationaal recht die in een zuiver interne situatie van toepassing is.

32 De verwijzende rechter heeft er echter op gewezen dat de Nederlandse wetgever bij de omzetting van richtlijn 90/434 in nationaal recht, heeft besloten de bij deze richtlijn voorziene fiscale behandeling ook op zuiver interne situaties toe te passen, zodat nationale en grensoverschrijdende herstructureringen onderworpen zijn aan dezelfde fiscale regeling voor fusies.

33 Volgens de rechtspraak van het Hof heeft de Unie, wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeert aan de in het recht van de Unie gekozen oplossingen, teneinde inzonderheid discriminaties ten nadele van nationale onderdanen of eventuele distorsies van de mededinging te voorkomen, er stellig belang bij, dat ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen of begrippen van het recht van de Unie op eenvormige wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moeten vinden (zie arresten van 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Jurispr. blz. I-4161, punt 32, en 15 januari 2002, Andersen og Jensen, C-43/00,

Jurispr. blz. I?379, punt 18).

34 Daaraan moet worden toegevoegd dat het uitsluitend aan de nationale rechter staat, de precieze strekking van die verwijzing naar het recht van de Unie te beoordelen, en het Hof enkel bevoegd is om de bepalingen van dat recht te onderzoeken (arrest Leur-Bloem, reeds aangehaald, punt 33).

35 Hieruit volgt dat het Hof bevoegd is de bepalingen van richtlijn 90/434 uit te leggen, ook al zijn deze niet rechtstreeks van toepassing op de situatie in het hoofdgeding. Bijgevolg moet de vraag van de Hoge Raad der Nederlanden worden beantwoord.

#### *Prejudiciële vraag*

36 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 aldus moet worden uitgelegd dat de daarbij ingevoerde faciliteiten kunnen worden geweigerd aan de belastingplichtige die door middel van een juridische constructie bestaande in een bedrijfsfusie, de heffing wilde voorkomen van een belasting zoals die in het hoofdgeding, namelijk overdrachtsbelasting, terwijl deze belasting niet onder die richtlijn valt.

37 Uit het dossier volgt dat bij gebreke van een uitdrukkelijke nationale bepaling die de Nederlandse belastingautoriteiten de mogelijkheid biedt om het voordeel van de vrijstelling van overdrachtsbelasting te weigeren in geval van een bedrijfsfusie waarbij vaststaat dat zij door de belastingplichtige in overwegende mate wordt voorgenomen om de heffing van die belasting te ontwijken, deze autoriteiten artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 zodanig willen toepassen dat vennootschapsbelasting wordt geheven ter compensatie van de ontweken overdrachtsbelasting.

38 Het Hof heeft aangaande de doelstelling van deze richtlijn reeds gepreciseerd dat zij volgens de eerste overweging van haar considerans beoogt concurrentieneutrale belastingvoorschriften tot stand te brengen om de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken. In deze overweging heet het eveneens dat fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil waarbij vennootschappen uit verschillende lidstaten zijn betrokken, niet moeten worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften van de lidstaten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies (arrest Leur-Bloem, reeds aangehaald, punt 45).

39 Meer bepaald beoogt richtlijn 90/434 de fiscale obstakels voor grensoverschrijdende herstructureringen van ondernemingen weg te nemen, door te waarborgen dat eventuele waardevermeerderingen van aandelen niet worden belast voordat zij daadwerkelijk worden gerealiseerd (arresten van 5 juli 2007, Kofoed, C?321/05, Jurispr. blz. I?5795, punt 32, en 11 december 2008, A.T., C?285/07, Jurispr. blz. I?9329, punt 28).

40 Met dat doel bepaalt richtlijn 90/434, meer bepaald in artikel 4 ervan, dat fusies of splitsingen niet mogen leiden tot enigerlei belastingheffing over de meerwaarden die bepaald worden door het verschil tussen de werkelijke waarde van de overgedragen activa en passiva en hun fiscale waarde, en in artikel 8 ervan dat de toekenning bij een fusie, een splitsing of een aandelenruil, van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende of de verwervende vennootschap aan een deelgerechtigde van de inbrengende of verworven vennootschap in ruil voor bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van deze laatste vennootschap, op zich niet kan leiden tot enigerlei belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden van deze deelgerechtigde.



41 Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat de bij de richtlijn ingevoerde gemeenschappelijke fiscale regeling, die verschillende fiscale voordelen behelst, zonder onderscheid 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 zijn (reeds aangehaalde arresten Leur-Bloem, punt 36, en Kofoed, punt 30).

42 Hieruit volgt dat de bepaling van de transacties die onder de faciliteiten van richtlijn 90/434 kunnen vallen, niet afhangt van financiële, economische of fiscale overwegingen. De motieven voor de voorgenomen transactie zijn daarentegen van belang bij de tenuitvoerlegging van de in artikel 11, lid 1, van die richtlijn voorziene faciliteit.

43 Krachtens artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 kunnen de lidstaten weigeren de richtlijn geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan tenietdoen, met name indien blijkt dat de aandelenruil als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft. Deze bepaling preciseert bovendien dat het feit dat een rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, kan doen vermoeden dat die transactie een dergelijk doel heeft (reeds aangehaalde arresten Leur-Bloem, punten 38 en 39, en Kofoed, punt 37).

44 Bij het onderzoek of de voorgenomen transactie een dergelijk doel heeft, kunnen de bevoegde nationale autoriteiten zich er evenwel niet toe beperken vooraf vastgestelde algemene criteria toe te passen, doch moeten zij in elk concreet geval deze in haar geheel onderzoeken (arrest Leur-Bloem, reeds aangehaald, punt 41).

45 De lidstaten kunnen immers slechts bij uitzondering en in bijzondere omstandigheden op grond van artikel 11, lid 1, sub a, weigeren de richtlijn geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan tenietdoen (reeds aangehaalde arresten Kofoed, punt 37, en A.T., punt 31).

46 Bijgevolg moet artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434, als uitzonderingsbepaling, eng worden uitgelegd, rekening houdend met de bewoordingen en de doelstelling ervan en met de context waarin het moet worden geplaatst.

47 Door op het punt van de zakelijke overwegingen te verwijzen naar de herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, waarbij het vermoeden van belastingfraude of -ontwijking niet kan rijzen, is deze bepaling duidelijk toegespitst op het domein van de bedrijfsfusies en andere reorganisaties en is zij enkel van toepassing op de belastingen waartoe dergelijke transacties aanleiding geven.

48 Voor de voorgaande vaststelling kan voorts steun worden gevonden in het feit dat bij de huidige stand van het recht van de Unie, het domein van de directe belastingen niet als zodanig onder haar bevoegdheid valt.

49 Zoals de advocaat-generaal immers in punt 52 van haar conclusie heeft opgemerkt, leidt richtlijn 90/434 niet tot een volledige harmonisatie van de belastingen die in geval van een fusie of een vergelijkbare operatie tussen ondernemingen in verschillende lidstaten kunnen worden geheven. Deze richtlijn beperkt zich er met de invoering van concurrentieneutrale voorschriften toe bepaalde fiscale nadelen die met grensoverschrijdende herstructureringen van onderneming verbonden zijn, te verhelpen.

50 Hieruit volgt dat enkel de belastingen waarop richtlijn 90/434 uitdrukkelijk betrekking heeft, in aanmerking kunnen komen voor de daarbij ingevoerde faciliteiten en dus binnen de werkingssfeer van de uitzondering voorzien in artikel 11, lid 1, sub a, van genoemde richtlijn

kunnen vallen.

51 In het kader van de ingevoerde faciliteiten verwijst richtlijn 90/434, die een bijzondere plaats inruimt voor belastingheffing over de meerwaarden, in essentie naar belastingen op vennootschappen en naar die welke door de deelgerechtigden daarvan verschuldigd zijn.

52 Er is daarentegen geen enkele aanwijzing in genoemde richtlijn op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat deze de faciliteiten heeft willen uitbreiden tot andere belastingen zoals die in de hoofdzaak, namelijk een belasting die wordt geheven in geval van verwerving van een onroerende zaak die in de betrokken lidstaat is gelegen.

53 Een dergelijk geval moet immers worden beschouwd als vallend onder de fiscale bevoegdheid van de lidstaten.

54 In die omstandigheden kan het voordeel van de bij richtlijn 90/434 ingevoerde faciliteiten niet op grond van artikel 11, lid 1, sub a, van deze laatste worden geweigerd ter compensatie van de niet-betaling van een belasting, zoals die in het hoofdgeding, waarvan de grondslag en het tarief noodzakelijkerwijs verschillen van die welke van toepassing zijn op bedrijfsfusies en andere daarop betrekking hebbende reorganisaties.

55 Indien een andere aanpak zou worden gekozen, zou niet alleen afbreuk worden gedaan aan de uniforme en coherente uitlegging van richtlijn 90/434, maar zou dit bovendien verder gaan dan nodig is om de financiële belangen van de betrokken lidstaat veilig te stellen, zoals bepaald in de vierde overweging van de considerans van deze richtlijn. Zoals de advocaat-generaal in punt 66 van haar conclusie heeft opgemerkt, is het financiële belang van de betrokken lidstaat, wanneer het hoofddoel van de voorgenomen fusie het ontwijken van overdrachtsbelasting is, beperkt tot de heffing van diezelfde overdrachtsbelasting en kan dit dan ook niet binnen de werkingssfeer van genoemde richtlijn vallen.

56 Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 aldus moet worden uitgelegd dat de daarbij ingevoerde faciliteiten niet kunnen worden geweigerd aan de belastingplichtige die door middel van een juridische constructie bestaande in een bedrijfsfusie, de heffing wilde voorkomen van een belasting zoals die in het hoofdgeding, namelijk overdrachtsbelasting, wanneer deze belasting niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt.

## **Kosten**

57 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart voor recht:

**Artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, moet aldus worden uitgelegd dat de daarbij ingevoerde faciliteiten niet kunnen worden geweigerd aan de belastingplichtige die door middel van een juridische constructie bestaande in een bedrijfsfusie, de heffing wilde voorkomen van een belasting zoals die in het hoofdgeding, namelijk overdrachtsbelasting, wanneer deze belasting niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt.**

ondertekeningen

\* Procestaal: Nederlands.