

# ECLI:NL:GHAMS:2005:AT1596

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	11-02-2005
Datum publicatie	23-03-2005
Zaaknummer	03/03807
Formele relaties	Cassatie: ECLI:NL:HR:2006:AY3743
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Kapitaalsbelasting. Belanghebbende, een BV, verwerft 100% van de aandelen Holding BV, die via diverse tussenholdings een belang vertegenwoordigt in 24 werkmaatschappijen. Hier is sprake van een vrijgestelde bedrijfsfusie, ook al bestaat de enige activiteit van Holding BV uit het houden van 95% van de aandelen in een andere houdstermaatschappij. Aan toepassing van de vrijstelling staat niet in de weg dat reeds tevoren vaststond dat belanghebbende na het verkrijgen van de aandelen Holding BV 6,8% van die aandelen zou vervreemden aan een derde.
Wetsverwijzingen	Wet op belastingen van rechtsverkeer 37 Wet op belastingen van rechtsverkeer 37
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl V-N 2005/30.21 met annotatie van Redactie NTFR 2005/539

## Uitspraak

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

Vierde Meervoudige Belastingkamer

### UITSPRAAK

op het beroep van de besloten vennootschap X B.V. te Z, belanghebbende,

tegen

een uitspraak van de inspecteur van de Belastingdienst te P, de inspecteur.

#### 1. Loop van het geding

1.1. Van belanghebbende is op 1 oktober 2003 een beroepschrift ontvangen, ingediend door mr. A en mr. B (C Belastingadviseurs) te P als haar gemachtigden (hierna: de gemachtigden). Het beroepschrift is aangevuld bij brief met bijlagen van de gemachtigden van 11 november 2003. Het beroep is gericht tegen de uitspraak van de inspecteur, gedagtekend 22 augustus 2003, betreffende een aan belanghebbende opgelegde naheffingsaanslag in de kapitaalsbelasting. Die aanslag is gedagtekend 16 april 2003 en bedraagt 161.689. Op het bezwaar van belanghebbende tegen de naheffingsaanslag heeft de inspecteur bij de bestreden uitspraak die aanslag gehandhaafd.

1.2. Het beroep strekt tot vernietiging van de uitspraak van de inspecteur en van de naheffingsaanslag.

1.3. De inspecteur heeft een verweerschrift ingediend en concludeert tot ongegrond-verklaring van het beroep.

1.4. De gemachtigden hebben, na daartoe door het Hof in de gelegenheid te zijn gesteld, een conclusie van repliek ingediend. De inspecteur heeft een conclusie van dupliek ingezonden.

1.5. Ter zitting van 7 januari 2005 zijn verschenen de gemachtigden, alsmede namens de inspecteur mr. D, E en mevrouw F. Beide partijen hebben een pleitnota voorgedragen en overgelegd. De gemachtigden hebben aan het einde van de zitting een overzicht van facturen overgelegd, waarover de wederpartij zich nog niet heeft kunnen uitlaten.

## 2. Tussen partijen vaststaande feiten

2.1. Belanghebbende is opgericht op 26 februari 2002. Bij de oprichting plaatste zij 1.000 gewone aandelen en 24.778.282 preferente aandelen, alle met een nominale waarde van 1, welke werden uitgereikt aan G Buy Out Fund B.V. te Z. Deze B.V. heeft tot doel het investeren in industriële ondernemingen. De oprichting van belanghebbende vond plaats in het kader van de overname van de a-divisie van het concern H door middel van een zogenaamde management buy out.

2.2. Tegenover de voormelde uitreiking van aandelen heeft G Buy Out Fund B.V. alle aandelen I Holding B.V. te Utrecht (hierna: I Holding BV) in belanghebbende ingebracht. I Holding BV heeft geen werknemers in dienst en wordt door G Buy Out Fund B.V. bestuurd. De enige activiteit van I Holding BV bestaat uit het houden van 95% van de aandelen in J Investor Holding B.V.; de overige 5% van die aandelen is in het bezit van een stichting ten behoeve van het uitreiken van management- en personeelsparticipaties.

2.3. J Investor Holding B.V. houdt alle aandelen in de in Zweden gevestigde vennootschap J Operation Holding A.B., die op haar beurt alle aandelen in de Nederlandse houdstermaatschappij J International B.V. bezit. Deze laatste B.V. houdt de aandelen van 24 werkmaatschappijen, waarvan een deel buiten Nederland is gevestigd en die tezamen de voormalige a-divisie van H uitmaken.

2.4. Belanghebbende heeft geen werknemers in dienst en zij wordt door G Buy Out Fund B.V. bestuurd. Zij heeft na de verkrijging van de aandelen I Holding BV 6,8% van die aandelen verkocht aan een derde, zodat zij daarna nog 93,2% van die aandelen houdt. Belanghebbende verricht geen andere activiteiten dan het houden van aandelen I Holding BV.

2.5. Belanghebbende deed op 22 maart 2003 aangifte voor de kapitaalsbelasting van een verschuldigd bedrag van nihil ter zake van het bij haar oprichting uitreiken van aandelen tegen inbreng van aandelen I Holding BV. In het aangiftebiljet maakte zij aanspraak op vrijstelling van kapitaalsbelasting op grond van artikel 37, eerste lid, letter a, juncto artikel 37, tweede lid, letter b, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna: de Wet), onder de vermelding: "Inbreng gehele onderneming". De inspecteur heeft het beroep op deze vrijstelling afgewezen en de in geding zijnde naheffingsaanslag opgelegd. Die aanslag is berekend op 161.689, dat is 0,55% van de op 29.398.147 gestelde waarde van de ingebrachte aandelen I Holding BV.

## 3. Geschil

3.1. Tussen partijen is ten eerste in geschil of de inbreng door G Buy Out Fund B.V. van alle aandelen I Holding BV in belanghebbende tegen uitreiking van aandelen is vrijgesteld van kapitaalsbelasting op grond van artikel 37, eerste lid, letter a, juncto artikel 37, tweede lid, letter b van de Wet (de bedrijfsfusievrijstelling), hetgeen belanghebbende verdedigt en de inspecteur bestrijdt.

3.2. Indien het gelijk ten aanzien van het vorige geschilpunt aan de inspecteur is, is ten tweede in geschil of de voormelde inbreng kan delen in de vrijstelling van artikel 37, eerste lid, letter a, juncto artikel 37, tweede lid, letter c, van de Wet (de interne-reorganisatievrijstelling), hetgeen belanghebbende stelt en de inspecteur betwist. Wat betreft deze vrijstelling stelt de inspecteur zich tevens op het standpunt dat die vrijstelling toepassing mist, reeds omdat niet is voldaan aan het in artikel 10, aanhef en onder b, van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (hierna: het Besluit) gestelde vereiste.

3.3. Indien ook ten aanzien van het tweede geschilpunt het gelijk aan de inspecteur is, is ten derde nog in geschil of de bedrijfsfusievrijstelling moet worden toegepast op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, hetgeen belanghebbende aanvoert maar de inspecteur ontkent.

#### 4. Standpunten van partijen

4.1. Voor de standpunten van partijen en de motivering daarvan verwijst het Hof naar de gedingstukken.

4.2. De gemachtigden hebben daaraan ter zitting namens belanghebbende nog het volgende toegevoegd.

Na de overname van de a-divisie van H heeft belanghebbende zelf een aantal tussenhoudsters opgericht. Sommige daarvan waren gewenst in verband met de aanwezigheid van minderheidsdeelnemingen. De Zweedse tussenholding was gewenst omdat het concern vanuit Zweden wordt gefinancierd. Het stond bij voorbaat vast dat een derde zou deelnemen in I Holding BV. Eerst is 100% van de aandelen in die B.V. in belanghebbende ingebracht en pas later is 6,8% van die aandelen vervreemd.

Het stemrecht op 5% van de aandelen J Investor Holding B.V. berust bij het door belanghebbende gecontroleerde bestuur van een stichting. Door deze opzet wordt voorkomen dat de aandeelhoudersvergadering ontaardt in een Poolse landdag. In onderdeel 3, punt 3, van het verweerschrift wordt ten onrechte de indruk gewekt dat het management in handen zou zijn van een stichting. Zoals blijkt uit bijlage 15 bij het verweerschrift, derde alinea, gaat het om participaties ten behoeve van het management.

De voorheen in de praktijk gangbare soepele toepassing door de Belastingdienst van de bedrijfsfusievrijstelling is verscherpt nadat de eenheden Grote ondernemingen in 1999 bevoegd zijn geworden voor de kapitaalsbelasting. Ook het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 25 februari 2004 betekende een verstrakking van het voordien in de praktijk geldende beleid. Bij navraag bij collegas bleken zij te zijn verrast dat het beroep van belanghebbende op de vrijstelling was afgewezen. Ik handhaaf mijn voorwaardelijke bewijsaanbod op dit punt.

Het standpunt van de inspecteur dat ter zitting geen nadere specificatie van de proceskosten mag worden overgelegd is onjuist. In een bijlage bij de oproep voor de zitting wordt zelfs uitdrukkelijk gewezen op de mogelijkheid op de zitting te vragen om vergoeding van proceskosten. Het is ook niet efficiënt om reeds op voorhand een opgave van die kosten te maken. Het hierbij overgelegde overzicht betreft de facturen voor de aan belanghebbende in rekening gebrachte proceskosten.

4.3. Namens de inspecteur is ter zitting nog het volgende aan zijn stellingen toegevoegd.

Aan toepassing van de bedrijfsfusievrijstelling staat mede in de weg dat I Holding BV niet in het bezit is van 100% van de aandelen J Investor Holding B.V., maar slechts van 95% van die aandelen. Ik beroep mij in dit verband op het arrest van de Hoge Raad dat is gepubliceerd in BNB 1982/7. Voorts stel ik mij op het standpunt dat het steeds de bedoeling is geweest om 6,8% van de aandelen I Holding BV aan een derde te verkopen. Beoordeeld naar het eindresultaat is een belang van slechts 93,2% ingebracht.

Ik handhaaf mijn stelling dat niet is voldaan aan het bepaalde in artikel 10 van het Besluit, in weerwil van het recent door de Hoge Raad aangaande die bepaling gewezen arrest.

Een beroep op voorheen door de eenheden Registratie en successie van de Belasting-dienst gevoerd beleid kan niet slagen, aangezien die eenheden niet meer bestaan en bovendien aan hun bevoegdheid ten aanzien van de kapitaalsbelasting al langer dan 4 jaar geleden een einde is gekomen. Voorzover al

goedkeuringen zijn afgegeven als door belanghebbende omschreven, waren deze in strijd met het gepubliceerde beleid van het ministerie van Financiën op dit punt. Er kan geen sprake zijn geweest van verstrakking van het beleid, want de aanwezigheid van een materiële onderneming was altijd al vereist.

Ter zitting kan alleen nog vergoeding worden gevraagd van forfaitair bepaalde proceskosten, dus niet van de werkelijke kosten.

## 5. Beoordeling van het geschil

5.1. Op grond van artikel 37, eerste lid, aanhef en letter a, van de Wet is onder bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen voorwaarden het bijeenbrengen van kapitaal in geval van fusie, splitsing en interne reorganisatie vrijgesteld van kapitaalsbelasting. Deze vrijstelling is onder meer van toepassing in het in het tweede lid, letter b van dit artikel omschreven geval, dat een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal tegen toekenning van eigen aandelen uitsluitend het gehele vermogen, dan wel de gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan van een ander zodanig lichaam verwerft. Belanghebbende stelt zich op het standpunt dat de verwerving door haar van alle aandelen I Holding BV, tegen uitreiking van aandelen aan G Buy Out Fund B.V., als het verwerven van een zelfstandig onderdeel van de onderneming van deze laatste B.V. kan worden aangemerkt.

5.2. Dienaangaande stelt het Hof voorop dat een 100%-aandelenpakket in het algemeen is aan te merken als een zelfstandig onderdeel van een onderneming in de zin van de voormelde vrijstellingsbepaling, maar dat zich omstandigheden kunnen voordoen op grond waarvan daarover anders moet worden geoordeeld. Het betoog op dit punt van de inspecteur komt erop neer dat zich ten aanzien van de aandelen I Holding BV zodanige omstandigheden voordoen aangezien die aandelen, gelet op de doelstelling en activiteiten van I Holding BV, niet een materiële onderneming vertegenwoordigen. Het Hof verwerpt dit betoog. De aandelen I Holding BV vertegenwoordigen immers een belang in 24 werkmaatschappijen die tezamen de voormalige a-divisie van H uitmaken. Aannemelijk is dat dit belang één of meer materiële ondernemingen vertegenwoordigt. Hieraan doet niet af dat I Holding BV dit belang niet rechtstreeks houdt, maar door middel van een holdingstructuur. Het Hof acht het in dit verband dan ook niet doorslaggevend dat I Holding BV door G Buy Out Fund B.V. wordt bestuurd en geen werknemers in dienst heeft en dat haar enige activiteit bestaat uit het houden van aandelen J Investor Holding B.V.

5.3. De inspecteur beroept zich voorts op het arrest van de Hoge Raad van 18 november 1981, nr. 20 781, BNB 1982/7, waarin de Hoge Raad heeft beslist dat een 80%-aandelenpakket niet kan worden aangemerkt als een zelfstandig onderdeel van een onderneming. De inspecteur stelt in dit verband dat de aandelen I Holding BV slechts een evenredig gedeelte van het vermogen van de werkmaatschappijen vertegenwoordigen, aangezien I Holding BV slechts 95% van de aandelen J Investor Holding B.V. bezit. Deze stelling kan niet worden gevolgd. Belanghebbende heeft immers alle aandelen I Holding BV verworven, welke aandelen het gehele vermogen van die vennootschap vertegenwoordigen. Het onderhavige geval verschilt in zoverre van het geval waarover de Hoge Raad in het zojuist genoemde arrest heeft geoordeeld. Van een bedrijfsfusie is in het algemeen ook sprake indien het lichaam waarvan alle aandelen zijn ingebracht niet onmiddellijk of middellijk alle aandelen houdt van de lichamen waarin zij op haar beurt deelneemt. Niet gebleken is van omstandigheden op grond waarvan daar in dit geval anders over moet worden geoordeeld.

5.4. Belanghebbende heeft na de verkrijging van de aandelen I Holding BV 6,8% van die aandelen vervreemd aan een derde. Niet in geschil is dat al voor de verwerving door belanghebbende van de aandelen I Holding BV vaststond, dat zij een deel van die aandelen aan een derde zou afstaan. Niettemin behoeft dit er niet toe te leiden dat de bedrijfsfusievrijstelling buiten toepassing moet blijven of moet worden teruggenomen. In de Wet of het Besluit is immers niet een bepaling opgenomen, op grond waarvan de verkrijger van een zelfstandig onderdeel van een onderneming in het kader van een bedrijfsfusie, het verkregene niet (gedurende een zekere tijd) mag vervreemden. Weliswaar had de vrijstelling mogelijk niet kunnen worden toegepast indien G Buy Out Fund B.V. 6,8% van de aandelen I

Holding BV had vervreemd aan een derde en slechts 93,2% van die aandelen in belanghebbende had ingebracht, maar deze situatie heeft zich nu eenmaal niet voorgedaan.

5.5. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat met betrekking tot het eerste geschilpunt het gelijk aan belanghebbende is. De andere geschilpunten behoeven dus geen behandeling meer.

## 6. Proceskosten

6.1. Het Hof acht termen aanwezig voor een veroordeling van de inspecteur in de proceskosten van belanghebbende op de voet van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht. Gelet op artikel 1 van het Besluit proceskosten bestuursrecht komen hiervoor in aanmerking de door belanghebbende gemaakte kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand. Het Hof stelt deze kosten vast op 1.207,50, berekend als volgt: 2,5 punten voor proceshandelingen (beroepschrift, conclusie van repliek en verschijnen ter zitting), vermenigvuldigd met 322 per punt en met de factor 1,5 voor het gewicht van de zaak. Het Hof acht geen termen aanwezig om de inspecteur te veroordelen in de werkelijke proceskosten van belanghebbende.

6.2. De door belanghebbende in de bezwaarfase gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking, nu het verzoek daartoe niet is gedaan voordat de inspecteur op het bezwaarschrift had beslist (vergelijk artikel 8:75, eerste lid, juncto artikel 7:15, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht).

## 7. Beslissing

Het Hof:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt de uitspraak van de inspecteur;
- vernietigt de naheffingsaanslag;
- veroordeelt de inspecteur in de proceskosten tot een bedrag van 1.207,50 en wijst de Staat aan als de rechtspersoon die dit bedrag aan belanghebbende dient te voldoen; en
- gelast de Staat het door belanghebbende voldane griffierecht ad 232 aan belanghebbende te vergoeden.

De uitspraak is vastgesteld op 11 februari 2005 door mr. O.B. Onnes, voorzitter, mr. P.M.F. van Loon en mr. E. Jochem, leden, in tegenwoordigheid van mr. M.H.A. Brands als griffier. De beslissing is op dezelfde dag ter openbare zitting uitgesproken.

Het Hof heeft geen bezwaar tegen afgifte door de griffier van een afschrift van de uitspraak in geanonimiseerde vorm.

## Cassatie

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de verzenddatum beroep in cassatie worden ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden (belastingkamer), Postbus 20303, 2500 EH Den Haag. Daarbij moet het volgende in acht worden genomen:

- 1 - bij het beroepschrift wordt een afschrift van deze uitspraak overgelegd.

2 - het beroepschrift moet ondertekend zijn en ten minste het volgende vermelden:

- a. de naam en het adres van de indiener;
- b. een dagtekening;
- c. een omschrijving van de uitspraak waartegen het beroep in cassatie is gericht;
- d. de gronden van het beroep in cassatie.

Voor het instellen van beroep in cassatie is griffierecht verschuldigd. Na het instellen van beroep ontvangt de indiener een nota griffierecht van de griffier van de Hoge Raad.

In het beroepschrift kan de Hoge Raad verzocht worden om de wederpartij te veroordelen in de proceskosten.