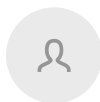


Onzakelijk is nog geen misbruik. Overwegingen voor fusies en splitsingen

MBB 2021/44



Boomsluiters, E.

Het begrip ‘zakelijke overwegingen’, zoals dat wordt gehanteerd bij de antimisbruikbepalingen van de fusie- en splitsingsfaciliteiten, kent een roerige geschiedenis. Over de invulling heeft lange tijd onduidelijkheid bestaan en de rol van het begrip is in de loop der tijd gewijzigd. In deze bijdrage wordt onderzocht welke overwegingen als zakelijk kwalificeren, wanneer misbruik aan de orde is en welke bandbreedte er tussen deze twee begrippen bestaat.

1. Inleiding

In het fiscaal taalgebruik wordt onzakelijk vaak als synoniem van misbruik gehanteerd. Binnen de antimisbruikbepalingen van de fusie- en splitsingsfaciliteiten hebben de begrippen ‘zakelijk’ en ‘onzakelijk’ echter een andere rol. De rol en betekenis van de zakelijke overwegingen en de verhouding tot het misbruikbegrip in de fusie- en splitsingsfaciliteiten staan in deze bijdrage centraal.

2. Zakelijke overwegingen in de antimisbruikbepalingen

2.1 De antimisbruikbepalingen

Op grond van de antimisbruikbepalingen in de [Wet Vpb 1969](#) en de [Wet IB 2001](#) ¹ wordt toepassing van de faciliteit afgewezen, indien de fusie of splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Voor de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting geldt eenzelfde uitgangspunt. ² De antimisbruikbepalingen in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting zijn geënt op art. 15 EU-fusierichtlijn, ³ welk artikel bepaalt dat de faciliteit kan worden geweigerd ‘indien de fusie of splitsing als hoofddoel of één der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft’.

2.2 Bewijslastverdeling

Het uitgangspunt bij de bestrijding van misbruik is het concrete, individuele geval, zo volgt uit de arresten Eqiom en Deister/Juhler, waarin het Hof van Justitie overwoog:

‘Bij het onderzoek of met een transactie fraude of misbruik wordt nagestreefd, kunnen de bevoegde nationale autoriteiten niet ermee volstaan vooraf vastgestelde algemene criteria toe te passen, maar zij moeten in elk concreet geval de betreffende transactie in haar geheel onderzoeken. De vaststelling van een belastingregel van algemene strekking die bepaalde categorieën van belastingplichtigen automatisch van het belastingvoordeel uitsluit, zonder dat de belastingdienst gehouden is zij het maar *een begin van*

bewijs of aanwijzingen van fraude en misbruik over te leggen, gaat verder dan ter voorkoming van fraude en misbruik noodzakelijk is.' ⁴

Dit citaat laat zien dat de bewijslast voor de aanwezigheid van misbruik in beginsel bij de Belastingdienst ligt. Daarnaast wordt gesproken van *een begin van bewijs en aanwijzingen* van fraude of misbruik. Hiermee wordt de mogelijkheid opengelaten om te werken met bewijsvermoedens. De Belastingdienst draagt dan niet langer de volledige bewijslast, maar kan volstaan met het aantonen van bepaalde aanwijzingen voor belastingfraude of -ontwijking. Het ontbreken van zakelijke overwegingen is zo'n aanwijzing. Op grond van art. 15 lid 1 onderdeel a EU-fusierichtlijn kan de bewijslast naar de belastingplichtige worden verschoven 'wanneer de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen'. De nationale wetgever heeft dit weerlegbare rechtsvermoeden in de antimisbruikbepalingen van de fusie- en splitsingsfaciliteiten overgenomen en daarbij het begrip activiteiten vertaald met actieve werkzaamheden.

De zakelijke overwegingen bepalen dus de bewijslastverdeling. De inspecteur hoeft slechts aannemelijk te maken dat zakelijke overwegingen ontbreken. Slaagt hij daarin, dan verschuift de bewijslast naar de belastingplichtige. Belastingplichtige draagt in dit geval de last om te bewijzen dat, *hoewel* zakelijke overwegingen ontbreken, *evenmin* sprake is van misbruik. Overwegingen die *noch zakelijk* zijn, *noch misbruik* vormen, vormen dus een tussencategorie van legitieme overwegingen, die – mits belanghebbende erin slaagt de aanwezigheid ervan aannemelijk te maken – recht geven op de faciliteit.

2.3 Drie categorieën overwegingen

Op grond van het voorgaande kunnen drie categorieën overwegingen worden onderscheiden:

1. Zakelijke overwegingen.
2. Overwegingen die niet zakelijk zijn, maar ook geen misbruik vormen (de 'tussencategorie').
3. Misbruik (belastingfraude of -ontwijking).

Deze driedeling zal aan de hand van het volgende schema nader worden uitgewerkt.

Zakelijk	Tussencategorie	Misbruik
----------	-----------------	----------

3. Ontwikkeling en onduidelijkheid

3.1 Geschiedenis

Ondanks het feit dat het rechtsvermoeden al zo'n twintig jaar oud is en intussen onderwerp is geweest van een groot aantal rechterlijke uitspraken, wordt de zakelijke overwegingen nog regelmatig een onjuiste rol in de schoenen geschoven. Daarbij wordt ten onrechte aangenomen dat de aanwezigheid van zakelijke overwegingen een *vereiste* is voor toepassing van de fusie- of splitsingsfaciliteit. De tussencategorie (overwegingen die niet zakelijk zijn, maar ook geen misbruik vormen), die eveneens toegang tot de faciliteit geeft, wordt dan over het hoofd gezien.

De controverse kan mogelijk worden verklaard aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van de [art. 14a](#) en [14b Wet Vpb 1969](#).

Op het moment dat de art. 14a en 14b Wet Vpb 1969 in het leven werden geroepen, in 1998, was het civielrechtelijk uitsluitend mogelijk om juridische fusies en splitsingen in nationaal verband tot stand te brengen. Voor grensoverschrijdende juridische fusies en splitsingen bood het civiele recht nog geen mogelijkheden. De fiscale begeleiding hoefde daarom niet te voldoen aan de eisen van de EU-fusierichtlijn. ⁵ Het toenmalige art. 11 EU-fusierichtlijn ⁶ bepaalde, evenals het huidige art. 15 EU-fusierichtlijn, dat voor weigering van de faciliteit slechts plaats was in geval van belastingfraude of -ontwijking en dat de lidstaten een *weerlegbaar rechtsvermoeden* mochten opnemen voor de afwezigheid van zakelijke overwegingen. In afwijking daarvan bepaalden art. 14a lid 5 Wet Vpb 1969 (oud) en art. 14b lid 5 Wet Vpb 1969 (oud) dat de aanwezigheid van zakelijke overwegingen een *vereiste* was om in aanmerking te komen voor de faciliteit. ⁷ Onder zakelijke overwegingen werden uitsluitend bedrijfseconomische motieven op het niveau van de bij de splitsing of fusie betrokken vennootschappen verstaan, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis. Aandeelhoudersmotieven kwalificeerden niet, evenmin als overwegingen van fiscale aard. Bedrijfseconomische motieven werden aanwezig geacht indien de rechtshandeling in het belang was van de economische positie van de betrokken rechtspersonen. De bewijslast voor de aanwezigheid van zakelijke motieven lag daarbij in de eerste plaats bij de belastingplichtige. Indien meerdere motieven een rol speelden, diende een weging plaats te vinden, waarbij slechts fiscale begeleiding werd verleend, indien de zakelijke motieven per saldo zwaarder bleken te wegen dan de niet-zakelijke motieven. ⁸

Op deze beperkte invulling kwam begrijpelijkerwijs veel kritiek. Daarmee werd immers mogelijk fiscale begeleiding onthouden aan fusies en splitsingen die gebaseerd waren op legitieme motieven.

In 2001 werd de tekst van de antimisbruikbepalingen in de art. 14a en 14b Wet Vpb 1969 in lijn met de EU-fusierichtlijn gebracht. Zakelijke overwegingen zijn sindsdien niet langer een voorwaarde voor toepassing van de faciliteit, maar spelen slechts een rol in het kader van de bewijslastverdeling.

Onder de huidige wettekst is een beperkte invulling van het begrip zakelijke overwegingen minder problematisch. Waar voorheen het buitensluiten van bepaalde legitieme motieven resulteerde in afwijzing van de faciliteit, betekent dit nu slechts dat de bewijslast verschuift en dat het aan de belastingplichtige is om aannemelijk te maken dat geen sprake is van belastingfraude en -ontwijking.

Desondanks verstomde de kritiek na 2001 niet. Dit hangt mogelijk samen met het feit dat zakelijkheid, ondanks de nieuwe rol die aan begrip was toegekend, in veel gevallen feitelijk nog steeds werd beschouwd als voorwaarde voor de faciliteit. In de volgende paragraaf wordt hierop verder ingegaan.

3.2 Onduidelijkheid over rol en betekenis

In het fiscale taalgebruik wordt *onzakelijk* vaak als synoniem van *misbruik* gebezigd. De betekenis van de tegenhanger *zakelijk* is dan *legitiem* (geen misbruik). Het is dan ook niet verwonderlijk dat er veel onduidelijkheid is ontstaan ten aanzien van het begrip zakelijke overwegingen in het bewijsvermoeden, dat een andere betekenis heeft.

De verschillende betekenissen van het begrip *zakelijk* kwamen al aan het licht tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel ter introductie van de art. 14a en 14b Wet Vpb 1969 in 1997/1998.

Illustratief is de volgende passage, waarin de staatssecretaris reageert op kritiek in de literatuur:

‘De stelling ... dat de eis ... (van) zakelijke overwegingen ook “zakelijk” geïndiceerde splitsingen ... dreigt te blokkeren, onderschrijf ik niet.’ ⁹

Hier heeft het begrip *zakelijk* binnen één zin twee verschillende betekenissen. In de eerste betekenis staat *zakelijk* gelijk aan *bedrijfseconomisch*, in de tweede aan *legitiem* (geen misbruik).

Beide wijzen van invulling slaan – voor wat betreft de betekenis onder de huidige wettekst – de plank mis. Bedrijfseconomisch is te beperkt, legitiem is te ruim.

In paragraaf 4 wordt de jurisprudentie van het Hof van Justitie besproken. Daaruit volgt dat zakelijke overwegingen meer omvatten dan alleen bedrijfseconomische motieven.

Dat de gelijkstelling van *zakelijk* met *legitiem* onder de huidige wettekst te ruim is, volgt uit de hiervoor besproken indeling. Legitieme overwegingen zijn de overwegingen in categorieën 1 (de zakelijke overwegingen) én 2 (de overwegingen die niet zakelijk zijn, maar evenmin misbruik vormen).

Desondanks is de onterechte gelijkschakeling van *zakelijk* met *legitiem* en van *onzakelijk* met *misbruik* tot op heden terug te vinden in de jurisprudentie.

Zo overweegt de Hoge Raad in *BNB 2019/175*:

‘... de vrijstelling van de verkrijging bij splitsing (kan) niet worden toegepast indien aan de splitsing niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.’ ¹⁰

R.o. 20 van de rechtbank in de aanloop naar dit arrest luidt:

‘Het vorenoverwogene brengt mee dat de vrijstelling in beginsel op elke splitsing van toepassing is *tenzij* sprake is van een splitsing op grond van onzakelijke overwegingen.’

Hoge Raad en rechtbank stellen hier *onzakelijk* gelijk met *misbruik*.

De gang van zaken in de aanloop naar *BNB 2021/35* ¹¹ laat zien tot welke onbedoelde gevolgen de bestaande onduidelijkheid kan leiden.

De zaak betrof een ruziesplitsing – vanwege een langdurige ruzie tussen de aandeelhouders van de splitser was een bestuursvacuüm ontstaan – waarbij een beroep werd gedaan op de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting. ¹² De rechtbank had geoordeeld dat de splitsing was gebaseerd op zakelijke overwegingen. Het hof hield zich daarentegen vast aan de in art. 14a lid 6 Wet Vpb 1969 weergegeven zinsnede: zakelijke overwegingen, *zoals de herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de betrokken vennootschappen*. Nu de ruziesplitsing niet aan laatstgenoemde omschrijving voldeed, achtte het hof de overwegingen niet zakelijk. Het hof hield de mogelijkheid open dat de overwegingen legitiem waren, maar verwachtte wel dat belanghebbende dit – nu de bewijslast naar haar was verschoven – zou stellen en aannemelijk zou maken. ¹³ Belanghebbende was echter

kennelijk niet bedacht op deze beweging van het hof en had uitsluitend betoogd dat de overwegingen *zakelijk* waren. ¹⁴ Daardoor verloor zij de zaak voor het hof. ¹⁵

In de procedure voor de Hoge Raad is belanghebbende in het gelijk gesteld. De Hoge Raad volgt daarbij niet de redenering van het hof – geen zakelijke overwegingen, maar eventueel evenmin misbruik – maar oordeelt – in lijn met de rechtbank – dat de overwegingen *zakelijk* zijn.

De beperkte opvatting van het hof lijkt een ‘slip of the pen’. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie ¹⁶ vormt de zinsnede ‘zoals de herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de betrokken vennootschappen’ slechts een voorbeeld en is het begrip zakelijke overwegingen veel ruimer dan dat. De rechtbank en de Hoge Raad oordeelden, anders dan het hof, wel in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Overigens betrof de beperkte opvatting van het hof uitsluitend de *betekenis* van het begrip zakelijke overwegingen. Het hof hanteerde wel een juiste interpretatie van de *rol* van het begrip. Het hield immers de mogelijkheid open dat de overwegingen in kwestie in de (legitieme) tussencategorie zouden vallen.

Wat dit voorbeeld vooral laat zien, is hoe ongelukkig de onduidelijkheid over de rol en de betekenis van het begrip zakelijke overwegingen in dit verband kan uitvallen. Het volgende citaat uit het beroepschrift in cassatie van belanghebbende is illustratief:

‘Oordeel (ii) is bovendien een contradictie in termen. Het Hof eist dat de belanghebbende “ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen” bewijs levert van zakelijke overwegingen.’ ¹⁷

De woorden van het hof waren echter anders. Het hof eiste van belanghebbende ‘te bewijzen dat ... er, *ondanks* het ontbreken van zakelijke overwegingen, geen sprake (was) van ... het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting’. ¹⁸ Belanghebbende vertaalde de eis van *legitimiteit* (geen misbruik) ten onrechte met de eis van de aanwezigheid van *zakelijke overwegingen*. Door *zakelijk* gelijk te stellen met *legitiem*, ging belanghebbende voorbij aan de tussencategorie en liet zij na daarop stelling te nemen, waardoor zij bij het hof het onderspit dolf.

Indien *onzakelijk* wordt gebezigd als synoniem voor *misbruik* en *zakelijk* gelijk wordt gesteld aan *geen misbruik* zijn er slechts twee smaken; de overwegingen zijn ofwel zakelijk ofwel ze vormen misbruik:

Zakelijk	Misbruik
-----------------	-----------------

Met deze invulling blijft er geen ruimte over tussen zakelijke overwegingen enerzijds en misbruik anderzijds. Daarmee wordt het bestaan van het bewijsvermoeden genegeerd. Deze interpretatie is echter in strijd met art. 15 EU-fusierichtlijn en met de nationale antimisbruikbepalingen, die bij het ontbreken van zakelijke overwegingen belanghebbende de mogelijkheid bieden om te bewijzen dat er geen sprake is van misbruik. Het kan dus niet anders dan dat er een tussencategorie overwegingen is die als zakelijk, noch als misbruik worden aangemerkt. In de volgende paragraaf wordt aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie op het gebied van de EU-fusierichtlijn onderzocht welke overwegingen hiervoor in aanmerking komen.

4. Jurisprudentie

4.1 Inleiding

Voor een fusie of splitsing kunnen verschillende overwegingen worden onderscheiden, zoals bedrijfseconomische motieven versus fiscale motieven, motieven op het niveau van de bij de transactie betrokken vennootschappen versus aandeelhoudersmotieven en de herstructurering van actieve werkzaamheden versus de herstructurering van beleggingen.

In deze paragraaf zal aan de hand van de jurisprudentie van het Hof van Justitie worden onderzocht welke plaats elk van deze overwegingen inneemt binnen de in het slot van paragraaf 2 gemaakte indeling in de drie categorieën:

1. Zakelijke overwegingen.
2. Overwegingen die niet zakelijk zijn, maar ook geen misbruik vormen.
3. Misbruik.

Als uitgangspunt wordt het volgende schema gebruikt, dat aan de hand van de tekst van art. 15 EU-fusierichtlijn al gedeeltelijk is ingevuld. Een verdere invulling zal plaatsvinden aan de hand van de hierna te bespreken jurisprudentie.

Zakelijk	Tussencategorie	Misbruik
Herstructurering van de activiteiten van de bij de fusie of splitsing betrokken vennootschappen		Belastingontwijking

4.2 Het misbruikbegrip

Volgens art. 15 EU-fusierichtlijn is sprake van misbruik 'indien de fusie of splitsing als hoofddoel of één der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft'. Voor een nadere invulling kan te rade worden gegaan bij het Europeesrechtelijke misbruikbegrip, zoals ontwikkeld door het Hof van Justitie in onder meer de arresten-Halifax, ¹⁹ Cussens, ²⁰ Italmoda, ²¹ Foggia ²² en de Deense zaken. ²³ Het Hof van Justitie heeft aangegeven dat de antimisbruikbepaling in de EU-fusierichtlijn een uitdrukking vormt van het Unierechtelijke antimisbruikbeginsel.

Om tot de conclusie te kunnen komen dat sprake is van misbruik, moet aan twee toetsen worden voldaan:

1. de subjectieve toets. De verkrijging van het belastingvoordeel dient het voornaamste doel of een van de voornaamste doelstellingen van de fusie of splitsing te zijn. In art. 15 EU-fusierichtlijn komt dit tot uitdrukking in de woorden 'hoofddoel of één der hoofddoelen';

2. de objectieve toets. De verkrijging van het beoogde belastingvoordeel dient in strijd te komen met doel en strekking van de regeling. De tegenhanger in art. 15 EU-fusierichtlijn zijn de woorden 'belastingfraude of -ontwijking'.

4.3 Zakelijke overwegingen en de tussencategorie

Een eerste duidelijkheid ten aanzien van het onderscheid tussen zakelijke overwegingen en overwegingen in de tussencategorie is gegeven in het arrest Leur-Bloem. ²⁴

Het Hof van Justitie overwoog dat de EU-fusierichtlijn 'zonder onderscheid van toepassing is op iedere fusie of splitsing, ongeacht om welke redenen deze plaatsvindt en of deze van financiële, economische of zuiver fiscale aard zijn'. ²⁵ Hiermee is gegeven dat geen enkele categorie overwegingen *an sich* misbruik behelst. Steeds moet worden gekeken naar de concrete omstandigheden van het geval. Ook voor zuiver fiscale overwegingen geldt dat deze in beginsel recht geven op de faciliteit.

Zuiver fiscale overwegingen doen echter wel de bewijslast verschuiven. Ten aanzien van het begrip zakelijke overwegingen uit het bewijsvermoeden oordeelde het Hof van Justitie dat 'een splitsing waarmee *enkel een zuiver fiscaal voordeel* wordt nagestreefd *geen zakelijke overweging* oplevert'. ²⁶ Het hangt vervolgens af van de concrete omstandigheden van het geval of de fiscale overwegingen als legitiem (niet zakelijk, maar ook geen misbruik) dan wel als misbruik worden aangemerkt. De bewijslast dat de fiscale overwegingen legitiem zijn, ligt bij de belastingplichtige. In de zaak Leur-Bloem slaagde de belastingplichtige (die horizontale verliescompensatie onder het fiscale eenheidsregime voor ogen had) in dit bewijs. ²⁷

Het Hof van Justitie kwam tot hetzelfde oordeel in het arrest Euro Park Service. ²⁸ Het hof overwoog 'dat de lidstaten ... slechts een vermoeden van belastingfraude of -ontwijking mogen hanteren wanneer de ... transactie er uitsluitend toe strekt een belastingvoordeel te behalen en *dus* niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen'. ²⁹ Hieruit kan worden afgeleid dat alle niet-fiscale overwegingen in dit verband als zakelijk worden aangemerkt. Naast bedrijfseconomische motieven op het niveau van de bij de fusie of splitsing betrokken vennootschappen vallen daarmee ook bijvoorbeeld aandeelhoudersmotieven in categorie 1. Fiscale overwegingen vallen, afhankelijk van de aard ervan – legitiem dan wel misbruik – in de categorieën 2 respectievelijk 3.

Het schema kan hiermee als volgt worden aangevuld:

Zakelijk	Tussencategorie	Misbruik
Herstructurering van de activiteiten van de bij de fusie of splitsing betrokken vennootschappen	Legitieme fiscale overwegingen	Belastingontwijking
Aandeelhoudersmotieven		

Een verdere nuancering kan worden aangebracht naar aanleiding van het arrest Foggia. ³⁰

De zaak Foggia betrof een fusie tussen een aantal houdstervenootschappen, waarbij onder meer een verliesvennootschap werd overgenomen die als enige bezitting een aantal beleggingen had. Met de fusie zou een uitbreiding van de verliescompensatiemogelijkheden worden bereikt voor een bedrag van ruim € 2 miljoen. Belastingplichtige betoogde dat de fusie zou leiden tot een besparing van de administratieve en beheerskosten van de groep.

Hier was geen sprake van een herstructurering of rationalisering van *actieve* werkzaamheden. Het Hof van Justitie oordeelde dat desondanks sprake kan zijn van een fusie op grond van zakelijke overwegingen. Ten aanzien van het argument van de kostenbesparing overwoog het Hof van Justitie:

‘Uit de bewoordingen van dit artikel 11, lid 1, sub a, en meer in het bijzonder uit de woorden “zoals herstructurering of rationalisering”, blijkt dat de aldus bedoelde transacties voorbeelden van zakelijke overwegingen zijn en dat zij in overeenstemming met laatstbedoeld begrip moeten worden uitgelegd. ... Bijgevolg verzet in beginsel niets zich ertegen dat een fusie, door middel waarvan een groep wordt geherstructureerd of gerationaliseerd zodat de administratieve en beheerskosten ervan kunnen worden verminderd, uit zakelijke overwegingen kan plaatsvinden.’ ³¹

De herstructurering van beleggingen met het oog op administratieve kostenbesparing kan daarmee in het schema worden geplaatst in categorie 1, de zakelijke overwegingen.

Zakelijk	Tussencategorie	Misbruik
Herstructurering van de activiteiten van de bij de fusie of splitsing betrokken vennootschappen, waaronder begrepen de herstructurering van beleggingen met het oog op vermindering van de administratieve lasten Aandeelhoudersmotieven	Legitieme fiscale overwegingen	Belastingontwijking

4.4 De weging

In de zaak Foggia speelden, naast de kostenbesparing, ook fiscale overwegingen een rol. Het Hof van Justitie voegde aan het oordeel dat administratieve kostenvermindering een zakelijke overweging kan vormen dan ook de woorden toe:

‘Dat is echter niet het geval bij een overname, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde, waaruit lijkt voort te vloeien dat de structurele kostenbesparing binnen de betrokken groep volstrekt marginaal is in vergelijking met het bedrag van het verwachte fiscale voordeel, namelijk meer dan 2 miljoen EUR.’ ³²

Indien meerdere (categorieën) overwegingen een rol spelen, moet dus een weging plaatsvinden. Als het behalen van een fiscaal voordeel meer gewicht in de schaal legt dan de andere overwegingen, kan niet worden gesteld dat de fusie *op grond van zakelijke overwegingen* heeft plaatsgevonden. De fusie heeft dan plaatsgevonden op grond van fiscale overwegingen en onderzocht moet worden of dit legitieme (categorie 2) of illegitieme (categorie 3) fiscale overwegingen betreft.

Voor dit laatste onderzoek kan het feit dat de betrokken vennootschappen niet actief zijn weer wel worden meegenomen. In de zaak Foggia gaf het hof aan de Portugese rechter de instructie mee om alle omstandigheden van het geval mee te laten wegen: het feit dat de betrokken vennootschappen tot dezelfde groep behoorden, het feit dat de overgenomen vennootschap ten tijde van de fusie geen activiteiten uitoefende en geen financiële participaties aanhield, het feit dat grote verliezen werden overgedragen en dat deze verliezen van onbestemde oorsprong waren.

Dit doet echter niet af aan de bovenvermelde indeling. Voor omkering van de bewijslast op grond van art. 15 EU-fusierichtlijn is uitsluitend plaats indien fiscale overwegingen de doorslag hebben gegeven. Vervolgens kunnen bij het oordeel of belastingplichtige is geslaagd in het tegenbewijs de andere elementen wel weer om de hoek komen kijken. Daarbij draait het met name om de vraag naar de kunstmatigheid van de opzet en de relatie met de economische realiteit. Zie verder hierna, in paragraaf 5.

4.5 Zwijnenburg

Op grond van de tot nu toe besproken jurisprudentie bestaat de tussencategorie overwegingen (categorie 2) uit legitieme fiscale overwegingen.

De zaak Zwijnenburg doet het landschap echter enigszins verschuiven. ³³ Belastingplichtige in deze zaak had het oog op een voordeel in de overdrachtsbelasting. Dit beoogde zij te bereiken door middel van een bedrijfsfusie, waarbij zij een beroep deed op de faciliteit in de vennootschapsbelasting. Het Hof van Justitie oordeelde dat het ontwijken van overdrachtsbelasting geen reden is om de fusie- of splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting te weigeren. De antimisbruikbepaling in de EU-fusierichtlijn kan uitsluitend worden ingeroepen als het motief betrekking heeft op de belastingen waarop de EU-fusierichtlijn ziet. Dat zijn de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. ³⁴

Dit betekent dat het schema *voor de faciliteiten in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting* als volgt moet worden aangepast:

Zakelijk	Tussencategorie	Misbruik
----------	-----------------	----------

Zakelijk	Tussencategorie	Misbruik
Herstructurering van de activiteiten van de bij de fusie of splitsing betrokken vennootschappen, waaronder begrepen de herstructurering van beleggingen met het oog op vermindering van de administratieve lasten	Legitieme fiscale overwegingen Ontwijken van andere belastingen dan de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting	Ontwijken van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting
Aandeelhoudersmotieven		

Hoewel de antimisbruikbepaling in de overdrachtsbelasting is gestileerd naar de antimisbruikbepalingen in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting en uit de jurisprudentie volgt dat deze daarom zo veel mogelijk gelijk moeten worden uitgelegd, is duidelijk dat bovenstaand schema niet op de overdrachtsbelasting kan worden toegepast. Voor de overdrachtsbelasting kan worden teruggegrepen op het aan het slot van paragraaf 4.3 gegeven algemene schema. [35](#)

4.6 Samenvatting

De jurisprudentie van het Hof van Justitie laat zien dat alle andere dan fiscale overwegingen als zakelijke overwegingen in de zin van het bewijsvermoeden van art. 15 EU-fusierichtlijn kwalificeren. Fiscale overwegingen zijn niet-zakelijk in de hier bedoelde zin en doen, indien zij de doorslaggevende reden voor de fusie of splitsing vormen, de bewijslast omkeren. Als belastingplichtige aannemelijk weet te maken dat de fiscale overwegingen legitiem zijn, bestaat alsnog recht op de fusie- of splitsingsfaciliteit. Illegitieme fiscale overwegingen resulteren in afwijzing van de faciliteit. Waar de EU-fusierichtlijn aan de orde is, geldt dit laatste alleen indien de overwegingen betrekking hebben op de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting.

5 Legitieme en illegitieme fiscale overwegingen

5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de vraag wanneer fiscale overwegingen als legitiem dan wel illegitiem kunnen worden gekwalificeerd. Voor een omschrijving van het begrip misbruik in de zin van art. 15 EU-fusierichtlijn kan worden teruggegrepen op het door het Hof van Justitie EU ontwikkelde Europeesrechtelijk misbruikbegrip, zoals besproken in paragraaf 4.2. Aan de hand van de subjectieve en objectieve toets kan een illegitiem fiscaal doel worden omschreven als het doorslaggevende oogmerk om een fiscaal voordeel te behalen dat met doel en strekking van de betreffende fiscale regeling in strijd is. [36](#) Een legitiem fiscaal motief is het streven om een fiscaal voordeel te behalen dat in lijn is met doel en strekking van de betreffende regeling.

Hierna worden enkele voorbeelden besproken, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de situatie waarin het behalen van het fiscale voordeel het enige doel van de fusie of splitsing is (paragraaf 5.2) en anderzijds de situatie waarin meerdere doelstellingen een rol spelen (paragraaf 5.3).

5.2 Enkele doelstelling

Wanneer de belastingplichtige als uitsluitend oogmerk voor de fusie of splitsing het behalen van een zuiver fiscaal voordeel heeft, dient te worden onderzocht of het beoogde fiscale doel legitiem dan wel illegitiem is.

Een voorbeeld van een legitiem fiscaal doel kan worden gevonden in de zaak Leur-Bloem. In de verwijzingsuitspraak in deze zaak overwoog het Hof Amsterdam:

‘Het Hof is van oordeel dat ... het onderbrengen van besloten vennootschappen in een fiscale eenheid weliswaar berust op het nastreven van zuiver fiscaal voordeel, maar dat zulks niet als een vorm van belastingontwijking kan worden gekwalificeerd, zelfs niet als het enige oogmerk de horizontale verliescompensatie als gevolg van een fiscale eenheid is.’ ³⁷

Een voorbeeld van mogelijk illegitieme fiscale overwegingen kan worden ontleend aan de in 2022 in te voeren regeling inzake de verliestemporeringsregeling. Voor deze regeling geldt per belastingplichtige een franchise van € 1 miljoen. ³⁸ Het is denkbaar dat belastingplichtigen splitsingen tot stand brengen met als doel om meerdere malen gebruik te maken van de franchise. Indien dit doel in strijd wordt geacht met doel en strekking van de verliestemporeringsregeling, ³⁹ zou de splitsingsfaciliteit van art. 14a Wet Vpb 1969 kunnen worden geweigerd met een beroep op de antimisbruikbepaling.

5.3 Meerdere doelen

Als er meerdere doelen, zakelijke en fiscale, een rol spelen bij de fusie of splitsing, kunnen twee situaties worden onderscheiden:

1. het zakelijke doel en het fiscale doel voor de fusie of splitsing staan volledig naast elkaar;
2. het zakelijke doel en het fiscale doel voor de fusie of splitsing hangen met elkaar samen.

Ad 1. De eerste situatie deed zich voor in de zaak Foggia met als zakelijk doel de administratieve kostenbesparing en als fiscaal doel de verliesoverdracht. ⁴⁰ Bij twee volledig naast elkaar staande doelstellingen draait het om de weging. Bepaald dient te worden welke van de doelstellingen de doorslag heeft gegeven voor de fusie of splitsing. Indien dit een zakelijk doel is, is de faciliteit zonder meer van toepassing. Is het fiscale motief het voornaamste of een van de voornaamste doelen geweest, dan treedt het bewijsvermoeden in werking, waarna de vraag aan de orde komt of het fiscale motief als legitiem dan wel als illegitiem kan worden gekwalificeerd.

Ad 2. Een voorbeeld van de tweede situatie is het opzetten van een holdingstructuur, via een aandelenruil, teneinde het vermogen van een werkmaatschappij met gebruikmaking van de deelnemingsvrijstelling te kunnen afzonderen in de holding. Hier dient de herstructurering om een zakelijk doel (de afscheiding van het vermogen) op fiscaal gunstige wijze (de deelnemingsvrijstelling) tot stand te brengen. Er is sprake van een legitiem gebruik van [art. 13 Wet Vpb 1969](#). Er is daarom geen sprake

van misbruik in de zin van [art. 3.55 lid 4 onderdeel b Wet IB 2001](#) en de aandelenruil kan gefaciliteerd verlopen.

Belastingplichtigen zijn in beginsel vrij om te kiezen voor de fiscaal voordeligste weg. ⁴¹ De gekozen weg moet uiteraard wel in overeenstemming zijn met doel en strekking van de desbetreffende regeling. ⁴² Zo is een voorgenomen verkoop van een onderneming aan een derde een zakelijk doel. Indien de verkoop echter – uitsluitend met het oog op het verkrijgen van het belastinguitstel – wordt gestructureerd via een afsplitsing naar een nieuwe dochter, gevolgd door een overdracht van de aandelen in die dochter aan de derde, is sprake van misbruik van de splitsingsfaciliteit. De antimisbruikbepaling van art. 14a lid 6 Wet Vpb 1969 is van toepassing.

6. Conclusie

Bij de inwerkingtreding van de fiscale faciliteiten voor de juridische fusie en splitsing, in 1998, vormde de aanwezigheid van zakelijke overwegingen een voorwaarde voor toepassing van de faciliteit. Vanaf 2001 is de rol van de zakelijke overwegingen een andere. De afwezigheid van zakelijke overwegingen resulteert niet langer in afwijzing van de faciliteit, maar in omkering van de bewijslast. Over de betekenis van het begrip zakelijke overwegingen en de rol van dit begrip in het bewijsvermoeden bestaat echter nog steeds onduidelijkheid. Deze onduidelijkheid komt mede voort uit het feit dat de begrippen onzakelijk en misbruik vaak als synoniem worden gehanteerd.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat uitsluitend fiscale overwegingen als niet-zakelijk worden beschouwd. Alle andere overwegingen zijn zakelijk, ongeacht de aard omvang van de activiteiten en ongeacht of het motieven betreft die zich op het niveau van de betrokken vennootschappen dan wel op aandeelhoudersniveau afspelen.

Indien fiscale overwegingen de doorslag hebben gegeven voor de fusie of splitsing, dient vervolgens te worden onderzocht of de fiscale overwegingen in lijn zijn met doel en strekking van de desbetreffende fiscale regeling (legitieme fiscale overwegingen), dan wel daarmee in strijd zijn (illegitieme fiscale overwegingen). Bij dit onderzoek kunnen aard en omvang van de activiteiten van de betrokken vennootschappen wel weer een rol spelen.

Legitieme fiscale overwegingen geven toegang tot de fusie- en splitsingsfaciliteiten.

Illegitieme fiscale overwegingen vormen misbruik en leiden tot afwijzing van de faciliteit, tenzij het de faciliteiten in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting betreft en de doelstelling voor de fusie of splitsing het ontwijken van een andere belasting, bijvoorbeeld de overdrachtsbelasting, is. In dat laatste geval kunnen de faciliteiten in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting niet worden geweigerd.

Voor de faciliteiten in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting resulteert dit in het volgende schema:

Zakelijk	Tussencategorie	Misbruik
----------	-----------------	----------

Zakelijk	Tussencategorie	Misbruik
Alle niet-fiscale overwegingen	Legitieme fiscale overwegingen Ontwijken van andere belastingen dan de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting	Ontwijken van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting

Voor de faciliteit in de overdrachtsbelasting ziet het schema er als volgt uit:

Zakelijk	Tussencategorie	Misbruik
Alle niet-fiscale overwegingen	Legitieme fiscale overwegingen	Belastingontwijking

Mr. dr. E. Boomsluiters

Verbonden aan de sectie belastingrecht van de Erasmus School of Law.

Voetnoten

- 1) Art. 14 lid 4, art. 14a lid 6 en art. 14b lid 5, Wet Vpb 1969 (betreffende resp. de bedrijfsfusie, de juridische splitsing en de juridische fusie). Art. 3.55 lid 4 onderdeel b, art. 3.56 lid 4, en art. 3.57 lid 4 Wet IB 2001 (betreffende resp. de aandelenfusie, de juridische splitsing en de juridische fusie).
- 2) Art. 15 lid 1 onderdeel h WBRV jo. art. 5c Uitv besl RV. Deze faciliteit wordt op dezelfde wijze ingevuld. Zie HR 13 september 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1297](#), BNB 2019/75 en besluit van 6 februari 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (splitsing van rechtspersonen), *Stb.* 1999, 68, p. 4-5.
- 3) 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* 2009, L 310, zoals laatstelijk gewijzigd op 13 mei 2013, *PbEU* 2013, L 141.
- 4) HvJ 7 september 2017, C-6/16 (*Egiom*), [ECLI:EU:C:2017:641](#), BNB 2018/55, punt 32 en HvJ 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (*Deister/Juhler*), [ECLI:EU:C:2017:1009](#), BNB 2018/56, punt 62 [cursivering; *EB*].

- 5) . *Kamerstukken II 1997/98, 25709, nr. 5 (NV), p. 4.*
- 6) . Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten.
- 7) . De tekst (1998) van deze bepalingen luidt: ‘Het tweede lid, respectievelijk het derde lid, eerste volzin, is niet van toepassing indien aan de splitsing (resp. fusie) niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.’
- 8) . *Kamerstukken II 1997/98, 25709, nr. 3 (MvT), p. 7 en Kamerstukken II 1997/98, 25709, nr. 5 (NV), p. 6-7.*
- 9) . *Kamerstukken II 1997/98, 25709, nr. 5 (NV), p. 6-7.* Het artikel waaraan de staatssecretaris refereert is: P.H.J. Essers & J.V.M. Zadelhoff, ‘Fiscale begeleiding van splitsing van vennootschappen,’ *TFO* 1998/21.
- 10) . HR 13 september 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1297](#), *BNB* 2019/75, r.o. 2.3.3. De Hoge Raad verwijst daarbij naar art. 15 lid 1 aanhef en onderdeel h, WBRV jo. art. 5c lid 1 Uitv Besl RV. De relevante passage in art. 5c lid 1 Uitv besl RV luidt echter: ‘De splitsing *wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht* in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen.’ [Cursivering; EB].
- 11) . HR 18 december 2020, [ECLI:NL:HR:2020:2078](#), *BNB* 2021/35.
- 12) . Art. 15 lid 1 onderdeel h WRV jo. art. 5c Uitv besl RV.
- 13) . ‘Belanghebbende (*heeft*) *niet ... gestelddat, en waarom, er, ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen, geen sprake is van ... het ontgaan of uitstellen van ... overdrachtsbelasting.*’ R.o. 4.8. Cursivering; EB].
- 14) . Belanghebbende had, de lijn van de rechtbank volgend, het standpunt ingenomen dat de overwegingen *zakelijk* waren. Om door het hof in het gelijk gesteld te worden, had zij (ook) moeten stellen dat, *mochten de overwegingen als niet-zakelijk worden geoordeeld, desondanks geen sprake was van een ontgaansmotief.* Kennelijk ontbrak deze laatste stellingname. Zie ook de procedure voor de rechtbank, r.o. 12.
- 15) . De conclusie getuigt van een nogal strikte procedurele opstelling van het hof. Zie ook *Redactie V-N* 2020/7.16. De redactie verwijst naar de omstandigheid dat voor de rechtbank wel feiten waren aangevoerd die wezen op een ander motief dan het ontgaan van overdrachtsbelasting.
- 16) . Zie hierna, in paragraaf 4.
- 17) . *BNB* 2021/35, beroepschrift in cassatie, punt 7.17.

- 18) . Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10951, *NTFR* 2020/339, onder 4.8. [Cursivering; EB].
- 19) . HvJ 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), ECLI:EU:C:2006:121, *NTFR* 2006/359, *BNB* 2006/170.
- 20) . HvJ 22 november 2017, C-251/16 (*Cussens*), ECLI:EU:C:2017:881, *BNB* 2018/46.
- 21) . HvJ 18 december 2014, C-131/13, C-163/13 en C-164/13 (*Italmoda*), ECLI:EU:C:2014:2455, *BNB* 2015/61.
- 22) . Zie ook HvJ 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), ECLI:EU:C:2011:718, *BNB* 2012/5.
- 23) . HvJ 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (*N Luxemburg, X Denmark, C Danmark en Z Denmark*), ECLI:EU:C:2019:134, *BNB* 2020/9 en HvJ 26 februari 2019, C-116/16, C-117/16 (*T Danmark en Y Denmark*), ECLI:EU:C:2019:135, *BNB* 2020/10. Zie ook HvJ 6 februari 2018, C-359/16 (*Altun e.a.*), ECLI:EU:C:2018:63, *BNB* 2018/85, HvJ 26 oktober 2017, C-39/16 (*Argenta Spaarbank*), ECLI:EU:C:2017:183, *V-N* 2017/54.13 en HvJ 7 september 2017, C-6/16 (*Eqiom*), ECLI:EU:C:2017:641, *BNB* 2018/55.
- 24) . HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (*Leur-Bloem*), ECLI:EU:C:1997:369, *BNB* 1998/32.
- 25) . Punt 36. Zie ook HvJ 5 juli 2007, C-321/05 (*Kofoed*), ECLI:EU:C:2007:408, *NTFR* 2007/1300, punt 30 en HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), ECLI:EU:C:2010:282, *NTFR* 2010/1562, *BNB* 2010/257, punt 41.
- 26) . Punt 47. [Cursivering; EB]. Zie ook HvJ 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), ECLI:EU:C:2011:718, *BNB* 2012/5, punt 34 en 46.
- 27) . Zie het verwijzingsarrest Hof Amsterdam 24 juli 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AV2611, *BNB* 1998/398.
- 28) . HvJ 8 maart 2017, C-014/16 (*Euro Park Service*), ECLI:EU:C:2017:177, *NTFR* 2017/805.
- 29) . [Cursivering; EB].
- 30) . HvJ 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), ECLI:EU:C:2011:718, *NTFR* 2011/2634, *BNB* 2012/5.
- 31) . Punt 45 en 47.
- 32) . Punt 47.
- 33) . HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), ECLI:EU:C:2010:282, *NTFR* 2010/1562.
- 34) . Voor wat betreft de dividendbelasting, zie F. van Horzen in zijn noot bij het arrest Zwijnenburg, *NTFR* 2010/1562. Van Horzen stelt dat de EU-fusierichtlijn geen betrekking heeft op de

- dividendbelasting en dat een fusie of splitsing met als hoofddoel het afschudden van een dividendbelastingclaim daarom niet bestreden kan worden met het weigeren van de fusie- of splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting. Idem G.F. Boulogne, 'Aantekening bij het arrest Zwijnenburg' in *FED* 2010/105, R.J. de Vries, noot bij HR 24 februari 2012, *BNB* 2012/261 en G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, 'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten, *WFR* 2012/1693. Anders: G.M.M. Michielse, 'De Fusierichtlijn — Belastingontwijking', *NFR-B* 2010/30.
- 35) . Voor de antimisbruikbepaling in de overdrachtsbelasting lijkt het – bij afwezigheid van een EU-richtlijn – niet voor de hand te liggen om een onderscheid te maken tussen belastingen waar de Wet BRV op ziet en andere belastingen, zoals de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.
- 36) . HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BK1057, *BNB* 2012/127, r.o. 3.3.1.
- 37) . Hof Amsterdam 24 juli 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AV2611, *BNB* 1998/398, r.o. 5.3.
- 38) . Belastingplan 2021. *Kamerstukken II* 2020/21, 35572, nr. 12 (NvW).
- 39) . Op de vraag van de NOB of belastingplichtigen zo goed mogelijk gebruik mogen maken van de franchise door bijvoorbeeld het opknippen, splitsen of het ontvoegen van vennootschappen, antwoordde de staatssecretaris: 'Een belastingplichtige kan zich mogelijk "opknippen" in verschillende vennootschappen om zo voor iedere vennootschap afzonderlijk gebruik te maken van de franchise. ... Indien in de praktijk op het voorgaande wordt ingespeeld, kunnen wettelijke maatregelen worden bezien.' *Kamerstukken I* 2020/21, 35572, F (MvA), p. 9-10.
- 40) . HvJ 10 november 2011, C-126/10 (*Foggia*), ECLI:EU:C:2011:718, *NFR* 2011/2634, *BNB* 2012/5.
- 41) . HvJ 21 februari 2006, C-255/02 (*Halifax*), ECLI:EU:C:2006:121, *NFR* 2006/359, *BNB* 2006/170, r.o. 73 en HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BK1057, *BNB* 2012/127, r.o. 3.3.1.
- 42) . Zie *BNB* 2012/127, r.o. 3.3.1: 'Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat het een belastingplichtige weliswaar vrij staat om de voor hem voordeligste weg te kiezen, maar dat die vrijheid niet zo ver gaat dat, met het oogmerk van belastingverijdeling, een kunstmatige en van elk reëel belang ontblote weg kan worden gekozen die ertoe leidt dat in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld.'