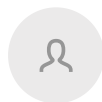


Afstoting, afsplitsing en overwegingen: een Bermudadriehoek

MBB 2021/17



Boomsluiters, E.

De antimisbruikbepaling van [art. 14a lid 6 Wet Vpb](#) 1969 waakt tegen oneigenlijke gebruikmaking van de splitsingsfaciliteit in het kader van de verkoop van een onderneming. In recente jurisprudentie is een lijn waar te nemen die wegvoert van doel en strekking van deze bepaling. Deze lijn vormt de rode draad in deze bijdrage.

1. Inleiding

Indien de verkoop of afstoting van een onderneming wordt gestructureerd via een afsplitsing, zal de reden voor deze opzet vaak gelegen zijn in het streven om de belastingheffing ter zake van de overdracht van de onderneming uit te stellen. Dit is echter niet altijd het geval. Soms liggen andere overwegingen ten grondslag aan de keuze voor een afsplitsing in het kader van een verkoop. In deze bijdrage zal ik de verhouding tussen deze drie elementen – de verkoop, de afsplitsing en de overwegingen – bespreken. De ontwikkelingen in de jurisprudentie op dit gebied laten zien dat deze elementen samen een gevaarlijke driehoek vormen, waarbinnen het zicht op de juiste route verloren kan gaan.

In paragraaf 2 zal ik een kort overzicht geven van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten. In paragraaf 3 bespreek ik de nationale jurisprudentie ten aanzien van de afsplitsing in het kader van een verkoop. In paragraaf 4 zal ik onderzoeken of in de jurisprudentie van het HvJ handvatten kunnen worden gevonden ten aanzien van deze problematiek. Ik sluit de bijdrage in paragraaf 5 af met een conclusie.

2. De antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten

De fusie- en splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting ¹ zijn in het leven geroepen om fiscale belemmeringen voor fusies en reorganisaties weg te nemen. Belastingheffing werkt bij fusies en splitsingen met name belemmerend, omdat de overdrager geen liquide middelen terugontvangt. In combinatie met het feit dat er doorgaans een grote belastingclaim wordt gerealiseerd, zou een verplichte directe afrekening de totstandkoming van economische wenselijk geachte herstructureringen in de weg kunnen staan. ²

Bezien vanuit deze achtergrond is het niet verbazingwekkend dat de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten specifiek gericht zijn tegen gebruikmaking van de faciliteit in kader van een

verkoop. Het standaardvoorbeeld van een misbruiksituatie is de verkoop van een ondernemingstak aan een derde, die – teneinde de belastingheffing ter zake van de verkoop uit te stellen – wordt gestructureerd via een gefaciliteerde afsplitsing van die ondernemingstak naar een nieuw opgerichte dochter, gevolgd door een onbelaste verkoop van de aandelen in die dochter aan de derde. ³

Via een drietrapsraket wordt bovenstaande situatie aangepakt door de antimisbruikbepaling van art. 14a lid 6 Wet Vpb 1969. Indien aandelen in de dochter binnen drie jaar na de afsplitsing worden verkocht aan een derde, wordt aangenomen dat zakelijke overwegingen voor de afsplitsing hebben ontbroken. ⁴ Het ontbreken van zakelijke overwegingen doet het vermoeden in werking treden dat misbruik aan de orde is. ⁵ In beide gevallen betreft het bewijsvermoedens. Noch een verkoop van de aandelen kort na de afsplitsing, ⁶ noch het anderszins ontbreken van zakelijke overwegingen, ⁷ hoeft als zodanig aan een gefaciliteerde afsplitsing in de weg te staan. Wel doen deze omstandigheden de bewijslast omdraaien. Het is dan aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat geen sprake is van misbruik, met andere woorden om te bewijzen dat de splitsing een ander (hoofd)doel had dan het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. ⁸

3. Misbruik bij een voorgenomen verkoop

3.1 Inleiding

Zoals uit paragraaf 2 volgt, draait het in het kader van de misbruikbestrijding bij een voorgenomen verkoop om de vraag naar de redenen om te kiezen voor de weg van de splitsing (belastinguitstel of anderszins). De overwegingen om te kiezen voor de splitsing staan met andere woorden centraal. In de jurisprudentie van de laatste jaren is echter een beweging zichtbaar om de nadruk te leggen op de overwegingen voor de verkoop. Hiermee worden zowel de tekst van de antimisbruikbepaling als doel en strekking ervan losgelaten. In de volgende paragrafen zal ik deze jurisprudentie bespreken.

3.2 Het uitgangspunt losgelaten

Aan de basis van deze ontwikkeling ligt het Bulkgas-arrest. ⁹

Belastingplichtige, een gasleverancier, had de voorgenomen afstoting van haar onderneming – welke was afgedwongen door de Europese Commissie – opgezet via een afsplitsing naar een nieuwe dochter, gevolgd door een verkoop van de aandelen in die dochter aan de koper. Anders dan in de standaardmisbruiksituatie was de opzet in dit geval niet fiscaal gedreven. De reden voor de opzet was dat bij een rechtstreekse verkoop van de onderneming zo'n 26.000 afnemers met contractovername hadden moeten instemmen. Dit kon worden voorkomen via een afsplitsing vanwege de daarmee gepaard gaande civielrechtelijke overgang onder algemene titel. Een bijkomend voordeel van deze gang van zaken was uiteraard dat de verkoop fiscaal gefaciliteerd kon verlopen.

De Hoge Raad oordeelt dat geen sprake is van misbruik en dat belastingplichtige gebruik kan maken van de faciliteit van [art. 14a Wet Vpb](#) 1969.

Hoewel hier geen sprake is van misbruik in de zin van art. 14a lid 6 Wet Vpb 1969, is toepassing van de faciliteit niet in overeenstemming met doel en strekking ervan. De faciliteit is in het leven geroepen om fiscale belemmeringen bij fusies en groepsherstructureringen weg te nemen, niet om de verkoop aan een

derde – waarbij liquiditeiten beschikbaar komen – te ondersteunen door middel van uitstel van belastingheffing. ¹⁰ De tekst van art. 14a Wet Vpb 1969 is echter duidelijk. ¹¹ Er vindt een afsplitsing plaats en het hoofddoel daarvan is in casu niet het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, dus de belastingplichtige heeft recht op de faciliteit. Voor afwijzing van de faciliteit vanwege de voorgenomen verkoop biedt de tekst, buiten concrete situaties van misbruik, geen ruimte. ¹²

De situatie van het Bulkgas-arrest legt een tekortkoming in de tekst van de fusie- en splitsingsfaciliteiten bloot, die aanleiding heeft gegeven tot verwarring.

In de Bulkgas-zaak was een en ander duidelijk. De benodigde instemming van de 26.000 afnemers maakte een rechtstreekse activa-passiva-transactie zo goed als onmogelijk. De overdracht via de afsplitsing was naar alle waarschijnlijkheid de enige werkbare weg om de verkoop tot stand te brengen. Met andere woorden, hier stond buiten twijfel dat het civielrechtelijke voordeel van de overgang onder algemene titel het hoofddoel voor de opzet vormde.

Hof en Hoge Raad in het Bulkgas-arrest hanteren echter overwegingen die tot een ruimere interpretatie aanleiding kunnen geven, en – zo blijkt uit latere jurisprudentie – ook hebben gegeven. Het hof noemt de keuze voor de afsplitsing door de gasleverancier ‘een goede en wellicht de enige mogelijke weg’ en de Hoge Raad concludeert naar aanleiding daarvan dat de afsplitser ook bij een voorgenomen verkoop recht kan hebben op de faciliteit, ‘mits de keuze voor de afsplitsing overwegend is ingegeven door zakelijke motieven.’

Hof noch Hoge Raad toetst rechtstreeks aan de hoofdregel van de antimisbruikbepalingen, de vraag *of het uitstellen van belastingheffing het overwegende doel van de splitsing vormt*. In plaats daarvan hanteert het hof de woorden ‘een goede weg’ en verwijst de Hoge Raad naar de ‘zakelijke overwegingen’ uit het bewijsvermoeden. Hierdoor is verwarring ontstaan. Het heeft ertoe geleid dat in latere jurisprudentie het aantonen van enkele zakelijke redenen voor de afsplitsing voldoende wordt geoordeeld voor toepassing van de faciliteit, ongeacht hoe deze redenen zich verhouden tot eventueel ook beoogde fiscale voordelen.

Een tweede kant aan deze zaak heeft zo mogelijk nog voor meer problemen gezorgd. Belastingplichtige in de Bulkgas-zaak voerde als argument aan dat *de afstoting van de onderneming* zakelijk was, omdat deze was afgedwongen door de Europese Commissie. Het hof neemt dit argument ten onrechte mee in zijn oordeel door te wijzen op ‘de omstandigheid dat een verkoop ... onvermijdbaar was.’ ¹³

De Hoge Raad gaat daar niet in mee en verwijst uitsluitend naar de overwegingen om te kiezen voor *de weg van de afsplitsing*: ‘dat op grond van commerciële motieven ervoor is gekozen om niet alle vermogensbestanddelen afzonderlijk over te dragen aan F BV (de koper), maar deze eerst af te zonderen in een aparte vennootschap gevolgd door de verkoop van de aandelen in die vennootschap.’

Desondanks lijkt de overweging van het hof ter zake van de noodzaak van de verkoop op de een of andere manier te zijn beklijfd. Dit heeft de ontwikkeling van de jurisprudentie, weg van doel en strekking van de fusie- en splitsingsbepalingen, een extra zetje in de rug gegeven.

3.3 De weg vervolgd

Het voorgaande wordt zichtbaar in *BNB 2019/175*, ¹⁴ een zaak betreffende de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting. ¹⁵ De wetgever heeft met de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting beoogd aan te sluiten bij de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting. ¹⁶ *BNB 2019/175* vormt daarmee een onderdeel van de hier besproken ontwikkelingslijn, hetgeen ook volgt uit het feit dat de Hoge Raad in zijn overwegingen verwijst naar het Bulkgas-arrest. ¹⁷

BNB 2019/175 betreft de verkoop van een tankstation-onderneming aan een derde, die werd gestructureerd via een afsplitsing naar een nieuwe dochter, gevolgd door de verkoop van de aandelen in die dochter aan de koper.

Belanghebbende had voor de rechtbank betoogd dat gekozen was voor een afsplitsing, omdat aan een rechtstreekse verkoop van de onderneming (niet-fiscale) nadelen verbonden waren. Bedoelde nadelen bestonden uit de heronderhandeling van contracten met exploitanten en grondeigenaren. Naar het oordeel van de rechtbank waren deze overwegingen echter van *zodanig ondergeschikte aard*, dat zij niet konden kwalificeren als het overwegende doel van de afsplitsing. Als gevolg hiervan was de vrijstelling niet van toepassing. De rechtbank oordeelde dat de situatie niet vergelijkbaar was met de bijzondere omstandigheden van het Bulkgas-arrest. Het argument van belastingplichtige dat zij commerciële redenen had voor de afstoting van de tankstation-onderneming (zij wilde zich richten op haar kernactiviteiten) werd door de rechtbank terzijde geschoven met de overweging: 'Hoewel het afstoten van activiteiten op zichzelf bezien ongetwijfeld zal zijn ingegeven door zakelijke overwegingen, maakt dat niet dat ook de keuze om dit in de vorm van een afsplitsing te doen door zakelijke overwegingen is ingegeven.' ¹⁸

Hof Den Haag maakt vervolgens echter een heel andere beweging. Het hof overweegt dat de afsplitsing heeft plaatsgevonden *in verband met commerciële ondernemingsbeslissingen*. Het hof doelt daarmee op de afslanking tot de kernactiviteiten. Op grond hiervan oordeelt het hof *dat de splitsing berust op zakelijke overwegingen* en dat daarmee recht op de vrijstelling van overdrachtsbelasting bestaat. De Hoge Raad concludeert dat het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Het hof, en in zijn kielzog de Hoge Raad, slaat hier de verkeerde weg in. Het hof gaat ten onrechte niet in op de kernvraag van de antimisbruikbepaling: ¹⁹ de vraag naar de hoofdreden om te kiezen voor de opzet via een afsplitsing. In plaats daarvan richt het hof zich op de reden voor de verkoop en stelt het dat de verkoop commercieel gedreven is. Nu zal de verkoop van een ondernemingstak aan een derde altijd een commerciële achtergrond kennen. Indien de redenering van het hof gevolgd wordt, maakt dit de antimisbruikbepaling in de praktijk betekenisloos, zo betoogt ook Wattel in zijn conclusie bij het arrest. ²⁰

Wat waarschijnlijk niet heeft geholpen in de hier besproken ontwikkeling, is de bijzondere omstandigheid waar belastingplichtige in het Bulkgas-arrest zich mee geconfronteerd zag, namelijk dat de afstoting van de activiteiten was afgedwongen door de Europese Commissie. Hoewel deze reden voor de afstoting in dit verband net zo irrelevant is als de gewenste afslanking in *BNB 2019/175*, heeft dit argument kennelijk wel een bepaalde indruk van urgentie achtergelaten, welke een eigen leven is gaan leiden in de daarna volgende jurisprudentie.

De rechtbank zat op het juiste spoor door de enige relevante vraag in deze zaak te beantwoorden, namelijk of de overwegende reden om te kiezen voor de afsplitsing voorkoming van heronderhandeling van contracten was of voorkoming van overdrachtsbelasting. Het is begrijpelijk dat de rechtbank de

heronderhandeling van enkele contracten hier als praktische problemen van ondergeschikte aard bestempelde, niet vergelijkbaar met de 26.000 contracten uit het Bulkgas-arrest. Duidelijk is wel dat de feitenrechter nog voor een lastige opgave kan komen te staan in de weging van de motieven voor een afsplitsing.

3.4 Nog een stap verder

Waar deze ontwikkeling toe kan leiden, wordt zichtbaar in een recente uitspraak van Rechtbank Gelderland, betreffende de toepassing van art. 14a Wet Vpb 1969. ²¹ De rechtbank neemt met deze uitspraak, die dateert van 2 november 2020, nog een stap verder weg van doel en strekking van de fusie- en splitsingsfaciliteiten.

Deze zaak betrof een uitvaartverzekeraar, die de voorgenomen verkoop van haar onderneming aan een derde had opgezet via een afsplitsing van de onderneming naar een nieuwe dochter, gevolgd door verkoop van de aandelen in die dochter aan de derde. De reden voor de verkoop van de onderneming was gelegen in de precaire financiële situatie van de verzekeraar.

De rechtbank overweegt dat bij ongewijzigde voortzetting de continuïteit van de onderneming ernstig in gevaar zou komen en *dat de splitsing van de onderneming en de daaropvolgende verkoop aan de derde hadden plaatsgevonden op grond van zakelijke overwegingen.*

De ontwikkeling, weg van doel en strekking van de faciliteiten, is nu zo ver gevorderd dat de rechtbank niet eens meer de moeite neemt om ook maar enige aandacht te schenken aan de vraag waarom voor een afsplitsing in plaats van voor een rechtstreekse verkoop van de onderneming is gekozen. De omstandigheid dat afstoting van de onderneming noodzakelijk was, lijkt belastingplichtige naar de mening van de rechtbank een vrijbrief te geven om deze gefaciliteerd via een afsplitsing te structureren.

Weliswaar had belastingplichtige in deze zaak, in lijn met de hiervoor besproken jurisprudentie, een praktische reden aangevoerd om te kiezen voor een afsplitsing. Hiermee werd voorkomen, zo stelde de belastingplichtige, dat over bijna 280 contracten opnieuw onderhandeld zou moeten worden. Dit had een interessante wegingskwestie kunnen worden – qua praktisch ongemak zat deze zaak tussen de Bulkgas-situatie en die van de tankstations uit *BNB 2019/75* in – maar daaraan komt de rechtbank in het geheel niet toe. De rechtbank gaat zelfs zo ver te stellen, onder verwijzing naar *BNB 2019/175*, dat de reden om te kiezen voor een afsplitsing in plaats van een activa-passivatransactie ‘*geen onderdeel uitmaakt van de aan te leggen toetsingsmaatstaf.*’ ²²

Hiermee lijkt het einde van de weg bereikt. In het Bulkgas-arrest voerde belastingplichtige een zwaarwegende niet-fiscale reden aan om te kiezen voor de afsplitsing in plaats van voor een rechtstreekse verkoop van de onderneming. Hof en Hoge Raad nemen deze reden mee in hun oordeel. In *BNB 2019/175* werden door belastingplichtige enige praktische, minder zwaarwegende, civielrechtelijke nadelen van een rechtstreekse verkoop genoemd, ten faveure van de afsplitsing. Hof en Hoge Raad benoemen deze nadelen niet expliciet, maar wijzen ze ook niet af. Rechtbank Gelderland veegt in haar uitspraak van 2 november 2020 echter deze weging, welke nota bene de kern vormt van art. 14a lid 6 Wet Vpb 1969, in het geheel van tafel door te oordelen dat die weging geen onderdeel zou uitmaken van de aan te leggen toetsing. ²³

3.5 Slot

De uitspraak van Rechtbank Gelderland van 2 november 2020 vormt het voorlopige slot in een ontwikkeling die afdwaalt van doel en strekking van de fusie- en splitsingsfaciliteiten. Het is aan het hof en de Hoge Raad om het tijt te keren en om helderheid te brengen in deze materie.

Bij de verkoop van een onderneming aan een derde, die wordt gestructureerd via een afsplitsing, is voor de beoordeling van art. 14a lid 6 Wet Vpb 1969 alleen de reden voor de afsplitsing relevant. De reden voor de verkoop of afstoting doet niet ter zake. Indien de voornaamste reden voor de afsplitsing is gelegen in het streven om de bij de afstoting of verkoop verschuldigde vennootschapsbelasting uit te stellen, is de faciliteit niet van toepassing. [24](#)

Enkele bijkomende niet-fiscale voordelen van de afsplitsing zijn in beginsel niet afdoende om de transactie gefaciliteerd te laten verlopen. In voorkomende gevallen is het aan de feitenrechter om de afweging te maken, hetgeen niet altijd makkelijk zal zijn. In paragraaf 4 wordt de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) besproken, waarin enkele handvatten worden gegeven voor deze afweging.

4. Het arrest Foggia

4.1 Inleiding

Met de conclusie dat het draait om de achterliggende reden voor de fusie of splitsing, is nog niet het antwoord gegeven op de vraag hoe de weging moet plaatsvinden, indien meerdere redenen (fiscale en niet-fiscale) een rol hebben gespeeld. Het arrest Foggia [25](#) van het HvJ, betreffende een juridische fusie, schijnt enig licht op de relevante afweging. In paragraaf 4.2 ga ik hierop in.

In het arrest Foggia verwijst het HvJ naar het algemene beginsel van Unierecht dat rechtsmisbruik verboden is. In paragraaf 4.3 bespreek ik de betekenis van dit beginsel voor de beoordeling van de in paragraaf 3 besproken jurisprudentie. Hierbij komen ook de Deense misbruikzaken en het recent gewezen arrest Lexel aan de orde. [26](#)

4.2 De weging van de voordelen

De zaak Foggia betrof een fusie tussen vier Portugese houdstervenootschappen, waarbij een van hen, Foggia SGPS, de drie andere overnam. Riguadiana SGPS, een van de overgenomen houdsters, was een verliesvennootschap met als enige bezitting een aantal beleggingen. De herkomst van de verliezen was onduidelijk. Het Portugese ministerie weigerde toestemming om het verlies van Riguadiana SGPS, ter grootte € 2 miljoen, op de winst van Foggia SGPS in mindering te brengen. Het ministerie overwoog daarbij dat Foggia SGPS bij de fusie met Riguadiana SGPS geen enkel economisch belang had, zodat de fusie tussen deze twee vennootschappen niet op grond van zakelijke overwegingen had plaatsgevonden. Het door Foggia SGPS aangevoerde argument dat met de fusie een besparing op de gezamenlijke administratieve en beheerskosten zou kunnen worden bereikt, deed daar niet aan af.

De Portugese rechter stelt prejudiciële vragen, waarop het HvJ met een aantal interessante overwegingen komt. Allereerst wijst het HvJ op het belang van de eenvormige uitleg van de Unierechtelijke bepalingen en concludeert het, onder verwijzing naar de vaste jurisprudentie, ingezet met het arrest Leur-

Bloem, ²⁷ dat het bevoegd is de prejudiciële vragen te beantwoorden, wanneer – zoals hier – het nationale recht zich voor zuiver interne situaties conformeert aan het Unierecht. Vervolgens overweegt het HvJ dat noch het feit dat de overgenomen vennootschap geen activiteiten uitoefent en geen eigen activa in de overnemende onderneming inbrengt, noch de aanwezigheid van compensabele verliezen in de overgenomen vennootschap, aan een gefaciliteerde fusie in de weg hoeft te staan. De combinatie van deze feiten, plus het gegeven dat de fiscale verliezen erg groot zijn en dat de herkomst ervan niet duidelijk is vastgesteld, kan daarentegen wel een aanwijzing voor belastingfraude of -ontwijking vormen.

Op de vraag van de Portugese rechter of de vermindering van de administratieve en beheerskosten van de groep als gevolg van de fusie een zakelijke overweging in de zin van art. 11 lid 1 onderdeel a EU-fusierichtlijn ²⁸ kan opleveren, antwoordt het HvJ 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. Dat is echter niet het geval, zo vervolgt het HvJ, bij een overname, zoals hier, 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. ²⁹

Laatstgenoemde overweging biedt het eerste handvat in de beoordeling van de motieven voor een fusie of splitsing. Daaraan voegt het HvJ een overweging toe die in dit verband wellicht nog interessanter is. Het HvJ merkt op dat de kostenbesparing als gevolg van de vermindering van de administratieve en beheerskosten bij het verdwijnen van de overgenomen onderneming *inherent is aan elke fusie door overname*, aangezien een dergelijke transactie per definitie voor een vereenvoudiging van de groepsstructuur zorgt. De antimisbruikbepaling uit de EU-fusierichtlijn *zou zijn doel verliezen*, indien stelselmatig zou worden erkend dat de uit de vermindering van de administratieve en beheerskosten voortvloeiende besparing van structurele kosten een zakelijke overweging vormt, *zonder rekening te houden met de andere doelstellingen* van de voorgenomen transactie en meer in het bijzonder met de *fiscale voordelen* ervan. ³⁰

Toegepast op de situaties van de hiervoor, in paragraaf 3, besproken arresten, laten de overwegingen van het HvJ in de zaak Foggia zien dat het uitsluitend benoemen van enkele praktische voordelen verbonden aan een afsplitsing niet voldoende is om de faciliteit deelachtig te worden. Aan de overgang onder algemene titel zijn immers altijd praktische voordelen verbonden in de vorm van het niet hoeven heronderhandelen van contracten en het voorkomen van de overdrachtsformaliteiten ten aanzien van de onroerende zaken. Dit zijn de civielrechtelijke aspecten die inherent zijn aan de juridische (af)splitsing. Vertaald naar de overwegingen van het HvJ: art. 14a lid 6 Wet Vpb 1969 zou zijn doel verliezen, indien stelselmatig zou worden erkend dat de civielrechtelijke voordelen verbonden aan de overgang onder algemene titel zakelijke overwegingen vormen, zonder rekening te houden met de andere doelstellingen van de transactie en met name met de fiscale voordelen ervan. De antimisbruikbepaling zou met andere woorden dan een dode letter worden.

4.3 Rechtsmisbruik verboden

In de zaak Foggia overweegt het HvJ, onder verwijzing naar de arresten Centros, ³¹ Halifax ³² en Kofoed ³³ : ‘de antimisbruikbepaling van de EU-fusierichtlijn (is) een weerspiegeling ... van het algemene beginsel van Unierecht dat rechtsmisbruik verboden is. De toepassing van regels van Unierecht kan niet zo ver gaan dat misbruiken worden gedekt, met andere woorden transacties die niet zijn verricht

in het kader van normale handelsverrichtingen, maar *uitsluitend met het doel om de door het Unierecht toegekende voordelen op onrechtmatige wijze te verkrijgen*.³⁴

Deze overweging maakt duidelijk dat gebruikmaking van een afsplitsing in het kader van de verkoop van een onderneming, met als uitsluitend doel om de belastingheffing ter zake van de overdracht uit te stellen, misbruik vormt. Daarmee wordt immers op onrechtmatige wijze gebruikgemaakt van de door de EU-fusierichtlijn geboden voordelen.³⁵

En hoewel de woorden ‘uitsluitend doel’ erop lijken te wijzen dat misbruik slechts aan de orde kan zijn, indien verkrijging van het belastingvoordeel het enige doel is, blijkt uit de overige overwegingen in het arrest dat de soep niet zo heet gegeten wordt. Zoals is besproken in paragraaf 4.2, kan ook indien niet-fiscale voordelen een rol hebben gespeeld bij de transactie sprake zijn van misbruik, zolang deze voordelen in relatie tot het belastingvoordeel als marginaal kunnen worden beschouwd.

Toegepast op de feiten uit *BNB 2019/175*: indien de hoofdreden om te kiezen voor de afsplitsing het uitstellen van belastingheffing is en de praktische voordelen van ondergeschikte aard zijn, moet de faciliteit worden afgewezen op grond van misbruik.

Het belang van de afweging van de motieven wordt bevestigd in de Deense zaken, waarin het HvJ in het kader van de EU-rente- en royaltyrichtlijn³⁶ overweegt dat het niet met de doelstellingen van die richtlijn zou stroken om constructies toe te staan die enkel tot doel hebben te profiteren van de fiscale voordelen die voortvloeien uit de toepassing van deze richtlijn. Dit geldt ook, zo vervolgt het HvJ, wanneer de constructies in kwestie niet uitsluitend dat doel nastreven, omdat het beginsel van verbod van misbruik in fiscale zaken van toepassing is wanneer de betrokken constructies *in wezen* gericht zijn op het verkrijgen van een belastingvoordeel.

Toch is het laatste woord hier – nog steeds – niet over gezegd. Het recent gewezen arrest *Lexel*³⁷ doet de vraag rijzen of het HvJ in het algemeen een beweging maakt in de richting van een meer beperkte benadering van het begrip misbruik.

De zaak betrof een Zweedse renteaftrekbeperking, vergelijkbaar met art. 10a Wet Vpb 1969. Ingevolge de regeling kon renteaftrek worden geweigerd, indien de schuld voornamelijk op grond van fiscale overwegingen was aangegaan. Onder voornamelijk werd in dit verband verstaan voor meer dan 75%.

Het HvJ ziet echter slechts ruimte voor weigering van de aftrek in geval van een *volstrekt* kunstmatige of fictieve constructie, waarbij het overweegt dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan geen volkomen kunstmatige of fictieve constructies vormen die alleen zijn opgezet om de belasting te ontwijken. Het streven om het fiscale voordeel van de renteaftrek te verkrijgen kan, zolang geen sprake is van volgestrekte kunstmatigheid, naar het oordeel van het HvJ geen rechtvaardiging vormen voor de inbreuk op de vrijheid van vestiging.

Indien deze strikte benadering van misbruik zou worden doorgetrokken naar de fusie- en splitsingsfaciliteiten, zijn we weer terug bij af. Dit lijkt echter moeilijk denkbaar. De antimisbruikbepalingen zouden daarmee betekenisloos worden. Daarnaast kan in het algemeen de vraag worden gesteld in hoeverre de conclusie uit het arrest *Lexel* als een handvat in het kader van

belastingontwijking kan dienen. De conclusie dat kunstmatige constructies niet zouden kunnen worden bestreden, zolang marktconforme (rente)afspraken worden gemaakt, is immers zeer vergaand. ³⁸

5. Conclusie

Het standaardvoorbeeld van misbruik is de verkoop van een ondernemingstak aan een derde, die wordt gestructureerd via een gefaciliteerde afsplitsing, gevolgd door een onbelaste overdracht van de bij de afsplitsing verkregen aandelen. Het Bulkgas-arrest laat echter zien dat deze opzet *niet per definitie* als misbruik in de zin van art. 14a lid 6 Wet Vpb 1969 wordt aangemerkt. De conclusie in deze zaak is in lijn met de tekst van de antimisbruikbepaling en in die zin dan ook niet verbazingwekkend. Het gaat immers om de achterliggende overwegingen om te kiezen voor de afsplitsing. Indien niet-fiscale overwegingen kunnen worden aangewezen, die zwaarder wegen dan het fiscale voordeel van toepassing van de faciliteit, is geen sprake van misbruik. In het Bulkgas-arrest deed zich zo'n bijzondere situatie voor. De uitkomst van dit arrest kan echter niet zomaar worden doorgetrokken naar andere situaties. Voorzichtigheid en een strikte interpretatie zijn geboden.

In latere uitspraken wordt de conclusie uit het Bulkgas-arrest daarentegen zeer ruim geïnterpreteerd. Zo ruim zelfs dat deze uit zijn verband wordt getrokken en de tekst van de antimisbruikbepalingen, evenals doel en strekking ervan, volledig wordt losgelaten. Hof en Hoge Raad in *BNB 2019/175* en Rechtbank Gelderland in *NLF 2021/0004* richten zich op de redenen voor de verkoop van de ondernemingstak in plaats van op de overwegingen voor de afsplitsing. Indien commerciële redenen voor de verkoop kunnen worden aangewezen, zijn daarmee volgens deze jurisprudentie de zakelijke overwegingen voor de splitsing gegeven. Aangezien aan de verkoop van een ondernemingstak aan een derde altijd commerciële redenen ten grondslag zullen liggen, leidt dit ertoe dat de bedoelde opzet *per definitie niet* als misbruik in de zin van art. 14a lid 6 Wet Vpb 1969 zal worden aangemerkt. Dat kan niet de bedoeling zijn, zo volgt ook de jurisprudentie van het HvJ.

Uit de overwegingen van het HvJ inzake het Unierechtelijke beginsel dat rechtsmisbruik verboden is, kan worden afgeleid dat het structureren van een verkoop via een afsplitsing, *met als hoofddoel gebruikmaking van de splitsingsfaciliteit*, als misbruik dient te worden aangemerkt (ongeacht de reden voor de verkoop van de ondernemingstak).

Indien meerdere redenen, zowel fiscale als niet-fiscale, een rol hebben gespeeld bij de keuze voor de splitsing, dient een weging te worden gemaakt. Het arrest Foggia en de Deense zaken wijzen erop dat in ieder geval sprake is van misbruik, indien de niet-fiscale overwegingen (volstrekt) marginaal zijn ten opzichte van het fiscale motief. Onduidelijk is nog waar precies de grens zal worden getrokken.

Mr. dr. E. Boomsluiters

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

Voetnoten

- 1). Art. 14 (bedrijfsfusie), 14a (juridische splitsing) en 14b (juridische fusie) Wet Vpb 1969 en [art. 8 Wet Vpb 1969](#) jo. art. 3.55 Wet IB 2001 (aandelenruil). In deze bijdrage staat [art. 14a Wet Vpb 1969](#)

centraal.

- 2) . *Kamerstukken I 1999/2000, 27209, A* (Advies Raad van State en Nader Rapport), p. 5.
- 3) . Idem via een gefaciliteerde bedrijfsfusie.
- 4) . Art. 14a lid 6 laatste volzin Wet Vpb 1969.
- 5) . Art. 14a lid 6 voorlaatste volzin Wet Vpb 1969.
- 6) . Zie het Bulkgas-arrest, dat hierna in par. 3.2 wordt besproken. HR 2 juni 2006, nr. 41942, [ECLI:NL:HR:2006:AU8201](#), *BNB* 2006/282, [NTFR 2006/790](#).
- 7) . Een voorbeeld van het ontbreken van zakelijke overwegingen, waarin wel recht bestaat op de faciliteit, is de ruziessplitsing, een splitsing gebaseerd op aandeelhoudersoverwegingen, die weliswaar niet 'zakelijk' zijn, maar geen misbruik behelzen.
- 8) . In de woorden van art. 14a lid 6 eerste volzin Wet Vpb 1969: 'indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing' en van art. 15 EU-fusierichtlijn: 'indien blijkt dat de splitsing als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft.'
- 9) . HR 2 juni 2006, nr. 41942, [ECLI:NL:HR:2006:AU8201](#), *BNB* 2006/282, [NTFR 2006/790](#).
- 10) . Zie ook r.o. 3.3.3 van de Hoge Raad en r.o. 6.9 van het hof.
- 11) . Hetzelfde geldt voor de tekst art. 15 EU-fusierichtlijn.
- 12) . Idem Conclusie A-G Wattel, 6.6 en 6.7 en noot J.A.G. van der Geld, punt 3.
- 13) . R.o. 6.8. De formulering van deze rechtsoverweging maakt het nog extra verwarrend. Er staat: 'de omstandigheid dat een verkoop van de aandelen D (de verkrijgende vennootschap bij de afsplitsing) onvermijdbaar was en niet het motief is geweest om tot afsplitsing over te gaan,' waar in feite wordt bedoeld: 'de omstandigheid dat een verkoop van de *bulkgasonderneming* onvermijdbaar was en dat *belastinguitstel* niet het motief is geweest om tot afsplitsing over te gaan.'
- 14) . HR 13 september 2019, [ECLI:NL:HR:2019:1297](#), *BNB* 2019/175.
- 15) . [Art. 15 lid 1 onderdeel h WBRV](#) jo. [art. 5c lid 1 Uitv besl RV](#).
- 16) . Besluit van 6 februari 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (splitsing van rechtspersonen). *Stb.* 1999, 68, p. 4-5.

- 17) . R.o. 2.3.4. Zie ook A-G Wattel die in zijn conclusie, onder 5.10, stelt dat art. 5c Uitv besl RV in lijn met de EU-fusierichtlijn dient te worden uitgelegd. Idem R.J. de Vries en J.C. van Straaten, noot bij *BNB* 2019/175.
- 18) . R.o. 16.
- 19) . [Art. 5c Uitv besl RV](#).
- 20) . Conclusie A-G Wattel, par. 1.5 onder b en par. 8.7 onder b.
- 21) . Rb. Gelderland 2 november 2020, [ECLI:NL:RBGEL:2020:5827](#), *NLF* 2021/0004.
- 22) . Cursivering van mij, EB.
- 23) . De rechtbank neemt daarnaast in haar overwegingen mee dat een verkoop van *de aandelen in de* belastingplichtige aan de derde onwenselijk werd geacht, vanwege de daarmee gepaard gaande overgang van aansprakelijkheden (en dat daarom was gekozen voor de overdracht van de onderneming). Ook dit argument doet echter niet ter zake. Zoals eerder is betoogd, is de reden voor de verkoop van de onderneming irrelevant, of deze nu afgedwongen is, vanuit afslankingsmotieven of continuïteitsgevaar geïnitieerd, dan wel – gezien vanuit de aansprakelijkheden – aantrekkelijker wordt geacht dan verkoop van de aandelen in de belastingplichtige.
- 24) . Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor art. 15 lid 1 onderdeel h WBRV jo. art. 5c lid 1 Uitv besl RV en de vrijstelling van overdrachtsbelasting.
- 25) . HvJ 10 november 2011, zaak C-126/10 (*Foggia*), ECLI:EU:C:2011:718, *BNB* 2012/5, [NTFR 2011/2634](#).
- 26) . HvJ 26 februari 2019, zaak C-116/16 en zaak C-117/16 (*T Danmark en Y Denmark Aps*), *NTFR* 2019/693 en HvJ 26 februari 2019, zaak C-115/16, zaak C-118/16, zaak C-119/16 en zaak C-299/16 (*N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I en Z Denmark ApS*), [NTFR 2019/990](#) resp. HvJ 20 januari 2021, zaak C-484/19 (*Lexel*), ECLI:EU:C:2021:34, *V-N* 2021/6.8.
- 27) . HvJ 17 juli 1997, zaak C-28/95 (*Leur-Bloem*), ECLI:EU:C:2997/369, *BNB* 1998/32, HvJ 15 januari 2002, zaak C-43/00 (*Andersen og Jensen*), ECLI:EU:C:2002:15, [NTFR 2002/236](#), en HvJ 20 mei 2010, zaak C-352/08 (*Modehuis A. Zwijnenburg*), ECLI:EU:C: 2010:282, [NTFR 2010/1562](#).
- 28) . Nu: art. 15 EU-fusierichtlijn.
- 29) . R.o. 47.
- 30) . R.o. 49.
- 31) . HvJ 9 maart 1999, zaak C-212/97 (*Centros*), ECLI:EU:C:1999:126, *Jur.* 1999, blz. I-1459.

- 32) . HvJ 21 februari 2006, zaak C-255/02 (*Halifax*), ECLI:EU:C:2006/121, *NTRF* 2006/359.
- 33) . HvJ 5 juli 2007, zaak C-321/05 (*Kofoed*), ECLI:EU:C:2007:408, [NTRF 2007/1300](#).
- 34) . R.o. 50.
- 35) . De EU-fusierichtlijn is – in het kader van [art. 14a Wet Vpb](#) 1969, welke bepaling geen onderscheid maakt tussen interne en grensoverschrijdende situaties – eveneens van toepassing op zuiver interne splitsingen. Zie de in paragraaf 4.2 genoemde vaste jurisprudentie van het HvJ. Voor [art. 15 lid 1 onderdeel h WBRV](#) jo. [art. 5c lid 1 Uitv besl RV](#), zie paragraaf 3.3, voetnoot 17.
- 36) . [Richtlijn 2003/49/EG](#) van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten.
- 37) . HvJ 20 januari 2021, zaak C-484/19 (*Lexel*), ECLI:EU:C:2021:34, *V-N* 2021/6.8.
- 38) . Zie ook C. Wisman, *Tax Visions* 11 februari 2021, en redactie V-N, noot onder het arrest *Lexel*, *V-N* 2021/6.8.