

EUR Research Information Portal

Was keuze voor juridische splitsing zakelijk of een antifiscale constructie?

Publication status and date:

Published: 15/06/2023

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document License/Available under:

Article 25fa Dutch Copyright Act

Citation for the published version (APA):

Boomsluiters, E. (2023). Was keuze voor juridische splitsing zakelijk of een antifiscale constructie?. Case note on: A.G., 12/05/23, ECLI:NL:PHR:2023:498 2023(1307).

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

NLF 2023/1307

Was keuze voor juridische splitsing zakelijk of een antifiscale constructie?

A-G 12 mei 2023, 22/04085, ECLI:NL:PHR:2023:498

Belastingtijdvak 2017

Wetsartikel(en) 14a Wet VpB 1969

NFLT-termen juridische splitsing

(vennootschapsbelasting), splitsing (Fusierichtlijn), splitsing

Formele relaties

Rechtbank Gelderland: ECLI:NL:RBGEL:2020:5827

Hof Arnhem-Leeuwarden: ECLI:NL:GHARL:2022:8228

TOON BRON

SAMENVATTING

X (nv; belanghebbende) is een uitvaartverzekeraar die deel uitmaakt van een concern en van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. DNB heeft X onder curatele gesteld in verband met de precaire kapitaalpositie en de financiële implicaties van een geschil dat de fiscale eenheid heeft met de fiscus. Het concern zag zich uiteindelijk genoopt om de onderneming van X te verkopen aan een derde. Die verkoop kreeg de vorm van juridische afsplitsing: de onderneming van X is met achterlating van belastingsschulden van de fiscale eenheid onder algemene titel overgegaan op een nieuw opgerichte verkrijgende vennootschap tegen uitreiking van één aandeel dat vervolgens aan de externe koper is verkocht.

In geschil is of de afsplitsing overwegend was gericht op ontgaan of uitstel van belastingheffing zoals bedoeld in artikel 14a, lid 6, Wet VpB 1969, waardoor moet worden afgerekend in de vennootschapsbelasting. X bestrijdt dat met onder meer een beroep op de Fusierichtlijn en de misbruikrechtspraak van het HvJ.

Rechtbank Gelderland achtte voldoende niet-fiscale

overwegingen aanwezig voor afsplitsing in plaats van een rechtstreekse verkoop van de deelneming in X of een activa/passivatransactie met de koper.

Hof Arnhem-Leeuwarden achtte daarentegen de gekozen route kunstmatig antifiscaal. Volgens het Hof ligt de bewijslast dat sprake is van zakelijke overwegingen en vervolgens dat geen sprake is van misbruik op de belanghebbende en kan zij die niet dragen.

In cassatie bestrijdt X zowel de bewijslastverdeling van het Hof als diens bewijsoordelen, met een beroep op richtlijnconforme interpretatie en misbruikrechtspraak van het HvJ.

Volgens A-G Wattel is het cassatieberoep van X gegrond. Hij stelt verwijzing voor om op basis van een EU-recht-conforme bewijslastverdeling te doen onderzoeken of het in casu gaat om een overwegend antifiscale constructie die kunstmatig op de richtlijnvoordelen is gericht en niet de economische werkelijkheid weerspiegelt.

NOOT

Doel en weg

We naderen de finale van dit fascinerende drieluik. De Rechtbank creëerde onzekerheid door te focussen op de overwegingen voor het einddoel (de verkoop) en de kernvraag naar de overwegingen voor de weg ernaartoe (de afsplitsing) links te laten liggen. Het Hof zorgde vervolgens voor duidelijkheid door erop te wijzen dat het hier twee afzonderlijke toetsen betreft, die elk ten faveure van de zakelijkheid¹ moeten worden doorstaan. Nu de klussen van doel en weg is ontward, kan de focus volledig worden gelegd op de bewijslastverdeling.

Bewijslastverdeling

In beginsel is het aan de Inspecteur om misbruik aannemelijk te maken. Artikel 14a, lid 6, Wet VpB 1969 maakt echter gebruik van twee bewijsvermoedens. De bewijslast draait om naar de belastingplichtige, indien de splitsing 'niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen' (1) en ingeval aandelen in de splitser of de verkrijger binnen drie jaar worden verkocht aan een derde (2). Het eerste bewijsvermoeden is terug te vinden in artikel 15

¹ In de zin van legitimiteit, met andere woorden: geen misbruik.

Fusierichtlijn, het tweede – het ‘vervreemdingsverbod’ – niet.

In deze zaak speelden de volgende motieven een rol:

1. het fiscale voordeel van het door de splitsingsfaciliteit geboden belastinguitstel voor een bedrag van € 9,5 à € 14 miljoen;²
2. het civielrechtelijke voordeel van het vermijden van de heronderhandeling van ongeveer 280 contracten; en
3. de praktische voordelen van het voorkomen van jarenlange verrekening met de koper van de fiscale effecten van afrekening en de daardoor ontstane afschrijving op goodwill.

Het Hof nam het vervreemdingsverbod als uitgangspunt voor de bewijslastverdeling en concludeerde dat belanghebbende niet aannemelijk had gemaakt dat de keuze voor de weg van de afsplitsing door zakelijke overwegingen was ingegeven. Daarom achtte het Hof de afsplitsing ‘een kunstmatig en enkel door fiscale overwegingen (...) ingegeven alternatief voor de activa-passivatransactie’.

A-G Wattel veegt de door het Hof aangelegde bewijslastverdeling resoluut van tafel. Het vervreemdingsverbod is in strijd met het EU-recht, zo betoogt de A-G, omdat het te algemeen is en daarmee niet als een door de belastingautoriteiten te leveren begin van bewijs kan dienen.³ De A-G verwijst daarbij naar het arrest Eqiom van het HvJ⁴ en naar de Bulkgas- en Tankstations-arresten van de Hoge Raad.⁵ Uit laatstgenoemde arresten volgt dat de verkoop van de aandelen na een afsplitsing, ook als dit van tevoren is gepland, nog geen misbruik impliceert.

Ook in concreto is de door het Hof aangelegde bewijslastverdeling in strijd met de Fusierichtlijn, aldus de A-G. Onder verwijzing naar de HvJ-arresten Eqiom⁶ en Euro Park Service⁷ en het Luxemburgse tussenhoudster-arrest van de Hoge Raad⁸ stelt de A-G dat het Hof het EU-recht heeft miskend, doordat het heeft nagelaten om de initiële bewijslast voor concrete aanwijzingen van misbruik voldoende op de Inspecteur te leggen. De A-G overweegt:

‘[Het Hof] lijkt immers enkel op basis van de verkoop van het aandeel de volledige bewijslast van afwezigheid van overwegend fiscale motieven op belanghebbende gelegd te hebben en daar bovendien nogal streng in geweest te zijn, gezien zijn eis dat belanghebbende met specifieke documenten bewijst dat (...) de voordelen van het vermijden van die complicaties⁹ niet “volstrekt marginaal” zouden zijn vergeleken bij het fiscale voordeel van uitstel van heffing.’

Aandeelhoudersmotieven

Een tweede kwestie die door de A-G wordt beoordeeld betreft de zakelijkheid van aandeelhoudersmotieven. De Inspecteur had gesteld dat de verkoop aan de derde was ingegeven door aandeelhoudersmotieven en dat deze motieven als niet-zakelijk moesten worden aangemerkt. Het Hof ging uiteindelijk niet in op de kwalificatie van de motieven voor de verkoop, maar uit zijn overwegingen kan wel worden opgemaakt dat het Hof aandeelhoudersmotieven als niet-zakelijk beschouwt. De A-G maakt hier, onder verwijzing naar de wetgeschiedenis, jurisprudentie¹⁰ en literatuur¹¹ korte metten mee. Hij concludeert

² Belanghebbende en de Inspecteur verschillen van mening over de omvang.

³ Zie ook G.C. van der Burgt, *Splitsing in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Een evaluatie van de Nederlandse winstbelastingregels voor splitsingen ten aanzien van lichamen*, Fiscale Monografieën 171, Wolters Kluwer, Deventer 2021, p. 305 e.v.; D.S. Smit, J.A.R. van Eijdsen en B.J. Kiegebeld, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Wolters Kluwer, Deventer 2019, p. 101 en E. Boomsluiters, ‘Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt,’ WFR 2018/60.

⁴ HvJ 7 september 2017, C-6/16 (Eqiom), ECLI:EU:C:2017:641, NLF 2017/2350, met noot van De Heer.

⁵ HR 2 juni 2006, 41.942, ECLI:NL:HR:2006:AU8201 (Bulkgas) en HR 13 september 2019, 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297 (Tankstations), NLF 2019/2150, met noot van Van Gijlswijk.

⁶ HvJ 7 september 2017, C-6/16 (Eqiom), ECLI:EU:C:2017:641, NLF 2017/2350, met noot van De Heer.

⁷ HvJ 8 maart 2017, C-14/16 (Euro Park Service), ECLI:EU:C:2017:177, NLF 2017/0617, met noot van Boulogne.

⁸ HR 10 januari 2020, 18/00219, ECLI:NL:HR:2020:21 (Luxemburgse tussenhoudster), NLF 2020/0221, met noot van Van Lindonk.

⁹ De civielrechtelijke en praktische bezwaren verbonden aan een activa-passivatransactie.

¹⁰ Het arrest Euro Park Service en het Ruziesplitsings-arrest van de Hoge Raad, HR 18 december 2020, 20/00199, ECLI:NL:HR:2020:2078, NLF 2021/0010, met noot van Van Gijlswijk.

¹¹ E. Boomsluiters, ‘Afstoting, afsplitsing en overwegingen: een Bermudadriehoek,’ MBB 2021/6-17.

dat ook aandeelhoudersmotieven zakelijk kunnen zijn, mits niet overwegend anti-fiscaal.

Tot slot

Een interessante conclusie, waarin het vervreemdingsverbod van tafel wordt geveegd, de zakelijkheid¹² van aandeelhoudersmotieven wordt bevestigd en zeer terecht veel aandacht is voor de bewijslastverdeling.

Wel vraag ik me af wat de reikwijdte is van het eerste bewijsvermoeden in het kader van het door de Inspecteur te leveren 'begin van bewijs'. Op grond van het bewijsvermoeden moet de Inspecteur aannemelijk maken dat zakelijke overwegingen ontbreken. Uitgaande van de zakelijkheid van aandeelhoudersoverwegingen, resteren uitsluitend fiscale overwegingen als niet-zakelijk.¹³ Het bewijs van de afwezigheid van zakelijke overwegingen staat daarmee gelijk aan het bewijs van de aanwezigheid van fiscale overwegingen. In feite komt daarmee de hele bewijslast voor de aanwezigheid van misbruik op de schouders van de Inspecteur te liggen.¹⁴ De vraag is dan welke meerwaarde het eerste bewijsvermoeden dan nog heeft.

Eva Boomsluit

Erasmus Universiteit

¹² Mits legitiem, met andere woorden: niet anti-fiscaal.

¹³ Zie ook E. Boomsluit, 'Onzakelijk is nog geen misbruik. Overwegingen voor fusies en splitsingen', MBB 2021/14-44.

¹⁴ Fiscale overwegingen vormen niet altijd misbruik – er moet ook nog worden voldaan aan de objectieve toets – maar in het onderhavige geval wel. Belastinguitstel als hoofdreden om gebruik te maken van de weg van de afsplitsing, komt immers in strijd met doel en strekking van de faciliteit.
