

WFR 2018/60

# Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt

MEVR. MR DR. E. BOOMSLUITER<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Een zaak valt of staat vaak met de verdeling van de bewijslast. Daarom is een zorgvuldige afweging op dit punt van het grootste belang. Meestal ligt deze afweging in handen van de rechter, die daarin een grote vrijheid heeft en rekening kan houden met de omstandigheden van ieder afzonderlijk geval. Waar de wet, zoals op verschillende plaatsen in de Wet VPB 1969, een specifieke verdeling van de bewijslast voorschrijft, wordt deze flexibiliteit ingeperkt. Dit vormt een extra reden voor de wetgever om bij het formuleren van deze bepalingen een grote zorgvuldigheid te betrachten. In dit artikel worden de tegenbewijsregelingen van art. 10a Wet VPB 1969 en van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten in de Wet VPB 1969 tegen het licht gehouden.<sup>2</sup> Daarbij worden ook de recente uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken Euro Park Service en Eqiom besproken.<sup>3</sup> Deze uitspraken laten zien binnen welke smalle marges de nationale wetgever onder het EU-recht dient te opereren waar het bewijsvermoedens betreft die aan belastingplichtigen kunnen worden tegengeworpen.

Hierna wordt eerst, in onderdeel 2, de bewijslastverdeling onder art. 10a Wet VPB 1969 op hoofdlijnen geschetst. Hetzelfde gebeurt in onderdeel 3 voor de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten. In onderdeel 4 komen de knelpunten in de regelingen aan de orde, waarbij onder meer aandacht wordt besteed aan de invulling van het begrip zakelijke overwegingen en aan

de vraag in hoeverre een partij verplicht is om tegenbewijs te leveren. De recente arresten van het Hof van Justitie EU in de zaken Euro Park Service en Eqiom komen aan de orde in onderdeel 5. Het artikel wordt in onderdeel 6 afgesloten met een conclusie en aanbevelingen.

## 2 Art. 10a Wet VPB 1969

### 2.1 Bewijsvermoeden en tegenbewijs

In art. 10a Wet VPB 1969 vormt het eerste lid een bewijsvermoeden. Indien de inspecteur stelt en bewijst dat sprake is van een schuld aan een verbonden lichaam die verband houdt met één van de in de onderdelen a tot en met c genoemde "besmette" rechtshandelingen, geldt het vermoeden dat sprake is van misbruik.

Het derde lid van art. 10a Wet VPB 1969 geeft de belastingplichtige de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren. Daarbij worden twee vormen van tegenbewijs genoemd: zakelijke overwegingen (onderdeel a) en compenserende heffing (onderdeel b).<sup>4</sup> Indien de belastingplichtige erin slaagt om zakelijke overwegingen voor de schuld en de rechtshandeling aannemelijk te maken, komt de rente alsnog in aftrek. Indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat sprake is van compenserende heffing, is de aftrekbaarheid van de rente echter nog niet direct gegeven. In dat geval wordt de bewijslast omgekeerd en ligt de bal bij de inspecteur, die op zijn beurt tegenbewijs kan leveren. Daarbij heeft de inspecteur twee mogelijkheden: het punt van de compenserende heffing en het punt van de zakelijke overwegingen. De belastingplichtige is in zijn aandeel

<sup>1</sup> Als universitair docent verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>2</sup> De Wet VPB 1969 kent meer tegenbewijsregelingen, bijvoorbeeld art. 13b lid 4, art. 13ba lid 9, art. 15j lid 2 en art. 20 lid 5 Wet VPB 1969.

<sup>3</sup> HvJ EU 8 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:177, V-N 2017/17.12 resp. HvJ EU 7 september 2017, ECLI:EU:C:2017:641, V-N 2017/44.19.

<sup>4</sup> Door de bewijslast betreffende de zakelijke overwegingen bij de belastingplichtige te leggen, wijkt art. 10a Wet VPB 1969 af van de winstdrainagejurisprudentie, waarin het in de eerste plaats aan de inspecteur was om het motief van belastingverijdeling aannemelijk te maken.

in het bewijs ten aanzien van de compenserende heffing geslaagd, indien hij aannemelijk weet te maken dat over de ontvangen rente een belasting wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is en dat geen sprake is van verrekening van verliezen of andersoortige aanspraken uit eerdere jaren. De inspecteur kan hiertegen ageren door aannemelijk te maken dat de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken in het jaar zelf of in de nabije toekomst. Op het punt van de zakelijkheid kan de inspecteur trachten aannemelijk te maken dat, ondanks de aanwezigheid van compenserende heffing, zakelijke overwegingen voor de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling ontbreken.

## 2.2 Zakelijke overwegingen

In de tegenbewijsregeling van art. 10a Wet VPB 1969 speelt het begrip “zakelijke overwegingen” een grote rol. Ingevolge lid 3 onderdeel a slaagt de belastingplichtige in het tegenbewijs indien hij de aanwezigheid van zakelijke overwegingen aannemelijk maakt.<sup>5</sup> Voor de inspecteur ligt hier een rol in het kader van lid 3 onderdeel b. Ingeval sprake is van compenserende heffing, wordt de renteaftrek desondanks beperkt indien de inspecteur aannemelijk maakt dat zakelijke overwegingen ontbreken.

Voor een invulling van het begrip “zakelijke overwegingen” kan te rade worden gegaan bij de wetsgeschiedenis van art. 10a Wet VPB 1969. Met deze bepaling, die de codificatie vormt van de winstdrainagejurisprudentie, gebaseerd op *fraus legis*, wordt beoogd om de renteaftrek te verhinderen bij transacties die zijn opgezet met het oog op belastingbesparing. In de woorden van de staatssecretaris: “Ingevolge de *fraus legis* jurisprudentie wordt in strijd met doel en strekking van de wet getreden wanneer aan de rechtshandeling in overwegende mate fiscale, belastingbesparende motieven ten grondslag liggen. Bij de tegenbewijsregeling van artikel 10a zal de belastingplichtige aannemelijk moeten maken dat aan de geldlening en de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke motieven ten grondslag liggen. (...) Net zoals bij de *fraus legis* jurisprudentie, is de regeling er niet op gericht om transacties welke niet zijn ingegeven door fiscale motieven in de weg te staan.”<sup>6</sup>

Hieruit kan worden afgeleid dat de staatssecretaris “zakelijke overwegingen” in de zin van art. 10a Wet VPB 1969 uitlegt als “andere dan fiscale overwegingen”. Dit betekent dat zowel bedrijfseconomische overwegingen, op het niveau van de vennootschap zelf, als aandeelhoudersoverwegingen kwalificeren. Deze invulling wordt bevestigd door de wetsgeschiedenis, waarin als voorbeelden van zakelijke overwegingen worden genoemd: het schuldig erkennen van dividend teneinde de aandelen van een vennootschap lichter te maken met het oog op een voorgenomen verkoop in het kader van bedrijfsopvolging, de jaarlijkse schuldigerkenning in rekening-courant van een dividend ter grootte van de winst van het voorgaande jaar en het aantrekken van een lening van een verbonden lichaam met het oog op een consistente dividendpolitiek.<sup>7</sup> Onduidelijk is nog in hoeverre sommige categorieën fiscale overwegingen als tegenbewijs kunnen dienen. Art. 10a Wet VPB 1969 is gericht tegen uitholling van de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag. Vanuit die optiek zouden buitenlandse fiscale overwegingen in aanmerking kunnen komen als tegenbewijs, evenals overwegingen in verband met andere Nederlandse heffingen dan de vennootschapsbelasting. A-G Wattel beschouwt buitenlandse fiscale overwegingen als zakelijke overwegingen in de zin van art. 10a Wet VPB 1969, zo volgt uit zijn conclusie van 30 november 2010.<sup>8</sup> De Vries sluit zich daar in zijn noot in *BNB* 2015/165 bij aan.<sup>9</sup> Marres kwalificeert overwegingen met betrekking tot andere Nederlandse heffingen dan de vennootschapsbelasting als zakelijk.<sup>10</sup> In de *Credit Suisse*-arresten overweegt de Hoge Raad dat de renteaftrekbeperking van het eerste lid van art. 10a Wet VPB 1969 beperkt moet worden uitgelegd.<sup>11</sup> Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de samenhang met de tegenbewijsregeling van lid 3 onderdeel a. Hierin kan een bevestiging worden gevonden voor bovenvermelde ruime uitleg van het begrip zakelijke overwegingen.<sup>12</sup>

7 *Kamerstukken I 1996/97, 24 696, nr. 6, p. 4, nr. 8, p. 8 en nr. 3, p. 18.*

8 *Concl. A-G Wattel 30 november 2010, nr. 10/00075, V-N 2011/3.19 (het ging in deze zaak om het voldoen aan de Duitse thin-capregels).*

9 *Punt 12. HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460, BNB 2015/165 (Mauritius). Zie ook: R.P.C.W.M. Brandsma & J.I. van Leeuwen, ‘De Italiaanse Telecomzaak’, WFR 2017/53, onderdeel 5 en H.J. Hofstra, noot bij HR 21 september 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8795, BNB 1983/316.*

10 *Marres, t.a.p., p. 119.*

11 *HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:640, V-N 2017/22.11, r.o. 2.4.5.2.*

12 *Ook in de overwegingen van de Hoge Raad in onder meer BNB 2013/137 (r.o. 4.4.2.2) en BNB 2016/197 (r.o. 2.8.2.2): “Voorts biedt art. 10a, lid 3, van de Wet belastingplichtigen de mogelijkheid te bewijzen dat niet sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie.” HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV1426, BNB 2013/137 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350, BNB 2016/197.*

5 *De zakelijke overwegingen moeten in overwegende mate aanwezig zijn. Kok en De Vries merken in dit verband op dat een zekere mate van onzakelijke motieven dus acceptabel is, mits de zakelijke of niet-fiscale overwegingen maar zwaarder wegen. Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, ‘Winstdrainageperikelen’, WFR 2014/116, onderdeel 8. Zie ook O.C.R. Marres, Winstdrainage door rentaftrek (FM nr. 113), Deventer: Kluwer, p. 105.e.v.*

6 *Kamerstukken I 1996/97, 24 696, nr. 52b, p. 4.*

Samenvattend kan voor de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds Nederlandse vennootschapsbelastingmotieven en anderzijds zakelijke overwegingen. Nederlandse vennootschapsbelastingmotieven kwalificeren in beginsel niet als tegenbewijs tegen het rechtsvermoeden van art. 10a lid 1 Wet VPB 1969 en doen de renteaftrekbeperking in werking treden. Zakelijke overwegingen ontcrachten het rechtsvermoeden van het eerste lid, waardoor renteaftrek alsnog is toegestaan. Het begrip zakelijke overwegingen wordt ruim ingevuld. Bedrijfs-economische en aandeelhoudersmotieven vallen daaronder. De positie van buitenlandse fiscale motieven is nog onduidelijk. Verdedigbaar is dat deze kwalificeren als tegenbewijs en daarmee als zakelijke motieven in de zin van art. 10a Wet VPB 1969. Hetzelfde geldt voor motieven in verband met andere Nederlandse heffingen dan de vennootschapsbelasting.

### 3 De fusie- en splitsingsfaciliteiten

#### 3.1 Bewijsvermoedens en tegenbewijs

Op grond van antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten wordt de faciliteit teruggedraaid, indien de fusie of splitsing "in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing." Voor de bedrijfsfusie is dit neergelegd in de eerste volzin van art. 14 lid 4 Wet VPB 1969. De overige fusie- en splitsingsfaciliteiten kennen vergelijkbare bepalingen.<sup>13</sup> In het hiernavolgende wordt de tekst van art. 14 Wet VPB 1969 als uitgangspunt genomen.

Art. 14 lid 4 Wet VPB 1969 kent twee weerlegbare bewijsvermoedens. De eerste is neergelegd in de tweede volzin van de bepaling: "De bedrijfsfusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien deze niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering en rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager en de overnemer." Het tweede rechtsvermoeden betreft het zogenoemde vreemdingsverbod: "Indien aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager en de overnemer is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt."

#### 3.2 Zakelijke overwegingen

Voorbeelden van zakelijke overwegingen in de fusie en splitsingsfaciliteiten staan in de wetsartikelen zelf: "zakelijke overwegingen, zoals herstructurering en rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager en de overnemer". De formulering van de bepaling laat zien dat het hier een voorbeeld betreft, ook andere zakelijke overwegingen zijn denkbaar. In de wetsgeschiedenis wordt als voorbeeld in het kader van een juridische splitsing genoemd een ernstig verstoorde relatie tussen de aandeelhouders van een vennootschap, zodanig dat daardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.<sup>14</sup>

Aandeelhoudersmotieven pur sang worden niet als zakelijke overwegingen aangemerkt, zo volgt uit de wetsgeschiedenis. Daar worden als voorbeelden van niet-kwalificerende aandeelhoudersmotieven genoemd: de splitsing van de activiteiten van een vennootschap in beleggings- en ondernemingsactiviteiten met het oog op beperking van het aansprakelijke vermogen en bedrijfseconomische motieven die uitsluitend op het niveau van de top- of tussenholding aanwezig zijn.<sup>15</sup> De fusie- en splitsingsfaciliteiten verschillen daarmee van art. 10a Wet VPB 1969, waar aandeelhoudersmotieven wel als zakelijk worden aangemerkt.

Fiscale motieven worden evenmin als zakelijke overwegingen aangemerkt. Dit geldt voor alle fiscale overwegingen. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen Nederlandse en buitenlandse fiscale motieven. Evenmin is relevant of het de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting of een andere heffing betreft.

Indien zakelijke overwegingen ontbreken, geldt het vermoeden dat sprake is van misbruik, "tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt". Van misbruik is sprake, indien de fusie of splitsing erop is gericht om ten onrechte een fiscaal voordeel te behalen, met andere woorden een fiscaal voordeel in strijd met doel en strekking van de wet. Alle andere overwegingen kunnen dienen als tegenbewijs. Gedacht kan worden aan aandeelhoudersmotieven, buitenlandse fiscale motieven, overwegingen in verband met andere heffingen dan die waar de fusiefaciliteiten op zien,<sup>16</sup> maar ook aan legitieme fiscale motieven in het kader van de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting. Een voorbeeld van legitieme vennootschapsbelastingmotieven kwam aan de orde in de zaak-Leur-Bloem, waarin een aandelenfusie plaatsvond met het oog op horizontale verliescompensatie via een fiscale eenheid.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Art. 14a lid 6 Wet VPB 1969 (juridische splitsing), art. 14b lid 5 Wet VPB 1969 (juridische fusie) en art. 8 Wet VPB 1969 jo art. 3.55 lid 4 onderdeel b Wet IB 2001 (aandelenfusie).

<sup>14</sup> NnavV, Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5, p. 5-9.

<sup>15</sup> MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, onder 4.

<sup>16</sup> Bijvoorbeeld de overdrachtsbelasting, vergelijk het arrest-Zwijenburg. HvJ EU 20 mei 2010, ECLI:EU:C:2010:282, BNB 2010/257.

<sup>17</sup> HvJ EG 17 juli 1997, ECLI:EU:C:1997/369, BNB 1998/32.

Voor de toepassing van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten kunnen daarom drie categorieën overwegingen worden onderscheiden: fiscale overwegingen in strijd met doel en strekking van de wet, zakelijke overwegingen en overige overwegingen. Fiscale overwegingen in strijd met doel en strekking van de wet kwalificeren als misbruik. Er bestaat geen recht op de faciliteit. Zakelijke overwegingen geven recht op toepassing van de faciliteit. Het begrip zakelijke overwegingen wordt beperkt opgevat en omvat uitsluitend bedrijfseconomische motieven, op het niveau van de betrokken ondernemingen. Indien zakelijke overwegingen ontbreken, geldt het vermoeden van misbruik, dat door de belastingplichtige kan worden ontkracht. Alle overwegingen, anders dan bovengenoemde illegitieme fiscale overwegingen, kunnen daarbij dienen als tegenbewijs. Gedacht kan worden aan aandeelhoudersmotieven, buitenlandse fiscale overwegingen, legitieme vennootschapsbelasting- en inkomstenbelastingoverwegingen en overwegingen in verband met andere Nederlandse heffingen.

## 4 Knelpunten

### 4.1 Verschillende invulling van het begrip zakelijke overwegingen

Het voorgaande laat zien dat het begrip zakelijke overwegingen binnen de genoemde regelingen op zeer uiteenlopende wijze wordt ingevuld.

.....

**“Het begrip zakelijke overwegingen wordt binnen de genoemde regelingen op zeer uiteenlopende wijze ingevuld”**

.....

In de opzet van art. 10a Wet VPB 1969 wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds Nederlandse vennootschapsbelastingoverwegingen en anderzijds zakelijke overwegingen. Indien sprake is van Nederlandse vennootschapsbelastingoverwegingen wordt de renteaftrek beperkt. Alle andere overwegingen worden als zakelijke motieven beschouwd en kwalificeren als (in beginsel door de belastingplichtige te leveren) tegenbewijs. Onder zakelijke motieven in de zin van art. 10a Wet VPB 1969 worden daarmee, naast bedrijfseconomische motieven, begrepen aandeelhoudersmotieven en – waarschijnlijk ook – buitenlandse fiscale motieven en overwegingen in verband met andere Nederlandse heffingen dan de vennootschapsbelasting.

De opzet van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten verschilt hiervan. Onder zakelijke overwegingen worden verstaan bedrijfseconomische motieven op het niveau van de betrokken ondernemingen. De bewijslast voor de afwezigheid van deze motieven ligt bij de inspecteur. Aandeelhoudersmotieven, buitenlandse fiscale motieven en overwegingen in verband met andere Nederlandse heffingen dan de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting worden niet beschouwd als zakelijke motieven, maar kunnen door de belastingplichtige wel worden aangevoerd als tegenbewijs. Ook legitieme Nederlandse vennootschapsbelasting- en inkomstenbelastingoverwegingen kunnen als tegenbewijs kwalificeren.

Hoewel het verschil in invulling van het begrip zakelijke overwegingen verklaarbaar is vanuit de verschillende opzet van de bepalingen, is het vanuit het oogpunt van duidelijkheid en eenduidigheid binnen de Wet VPB 1969 onwenselijk.

### 4.2 Tegenbewijs verplicht?

Een ander punt van aandacht betreft het belang bij het leveren van tegenbewijs. In de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de Rechtbank Gelderland op 9 september 2014<sup>18</sup> kwam de vraag aan de orde of de belastingplichtige er op ieder moment voor kan kiezen om af te zien van de tegenbewijsregeling indien dit voor haar gunstiger uitpakt.

Belanghebbende, A BV, neemt in deze procedure het standpunt in<sup>19</sup> dat de door haar behaalde valutawinst op een schuld aan C GmbH, een in Duitsland gevestigd verbonden lichaam, onbelast is, omdat de lening onder art. 10a lid 1 Wet VPB 1969 valt.<sup>20</sup> In de aangifte had belanghebbende echter het standpunt ingenomen dat art. 10a Wet VPB 1969 niet van toepassing was op de ter zake van die lening betaalde rente. Daarbij had zij een beroep gedaan op de tegenbewijsregeling met de stelling dat de rente bij C GmbH aan een compenserende heffing was onderworpen. De vraag was of belanghebbende in de procedure voor de rechtbank op dit standpunt mocht terugkomen.

De rechtbank begint met de vaststelling dat “in beginsel sprake is van een schuld die onder de reikwijdte van art. 10a, lid 1, Wet VPB 1969 valt, zij het niet dat door eiseres een beroep is gedaan op de tegenbewijsregeling

<sup>18</sup> Rb. Gelderland 9 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5692, V-N 2014/58.13.

<sup>19</sup> Gebaseerd op HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:BQ1248, BNB 2012/229.

<sup>20</sup> De lening houdt verband met de verwerving van aandelen in een verbonden lichaam.

van het derde lid van diezelfde bepaling.” Op dit standpunt kon A BV niet terugkomen, aldus de rechtbank: “De rechtbank is van oordeel dat eiseres aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van een compenserende belastingheffing in een andere staat. Die feitelijke onderworpenheid kan bij ongewijzigde omstandigheden niet (...) terzijde worden geschoven. Hiermede zou afbreuk worden gedaan aan de tekst van artikel 10a, lid 1 en 3 van de Wet VPB 1969 en doel en strekking van deze bepaling zoals die tot uitdrukking komen in de bijbehorende wetgeschiedenis. Hieruit kan namelijk worden afgeleid dat voor het al dan niet toekennen van een renteaftrek is beoogd aan te sluiten bij de fiscale realiteit, in casu de belastingheffing in Duitsland.” Opvallend is de nadruk die de rechtbank legt op feitelijkheid. Gesproken wordt van “feitelijke onderworpenheid” en “fiscale realiteit”. Dit roept de vraag op of belastingplichtige wel op haar standpunt had kunnen terugkomen indien zij in de aangifte minder feitelijke (lees: verifieerbare) omstandigheden had aangevoerd. Gedacht kan worden aan de situatie, waarin de belastingplichtige in de aangifte een beroep doet op de aanwezigheid van zakelijke overwegingen en deze in een later stadium ontkracht door andere overwegingen ten tonele te brengen.

Ook interessant is hoe geoordeeld zou zijn onder het huidige art. 10a Wet VPB 1969, waar – anders dan voorheen – de compenserende heffing slechts een rol speelt in het kader van de verdeling van de bewijslast. Immers, het huidige art. 10a Wet VPB 1969 wordt alsnog van toepassing verklaard indien de inspecteur, ondanks de aanwezigheid van compenserende heffing, aannemelijk maakt dat zakelijke overwegingen ontbreken. Had A BV onder de wettekst 2017 zelf haar stelling ten aanzien van de compenserende heffing kunnen weerleggen op grond van het argument van de afwezigheid van zakelijke overwegingen? Naar alle waarschijnlijkheid niet, als gevolg van de duidelijke bewoordingen van de bepaling: “behoudens in geval de inspecteur aannemelijk maakt (...)”<sup>21</sup> Een andere vraag is of de inspecteur een beroep op compenserende heffing had kunnen doen, indien de belastingplichtige dat had nagelaten. De tekst van art. 10a lid 3 Wet VPB 1969 lijkt daaraan in weg te staan. Het artikel spreekt in dat verband immers alleen van “de belastingplichtige die aannemelijk maakt”.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Zie ook *Koopman in verband met art. 13b lid 5 (oud) Wet VPB 1969*. “De rechter heeft niet de vrijheid het bewijsrisico te leggen bij een ander dan de in de bepaling genoemde partij.” R.J. Koopman, *Bewijslast in belastingzaken* (FM nr. 78), Deventer: Kluwer 1996, p. 123.

<sup>22</sup> Zie ook *Elsweier en Van Strien, die stellen dat een beroep op de tegenbewijsregeling is voorbehouden aan de belastingplichtige*. F.J. Elswier & J. van Strien, *Valutawinsten en renteaftrekbeperkingen; de gevolgen van HR 24 februari 2012*, WFR 2012/628.

Het voorgaande laat zien dat het belang bij het leveren van het tegenbewijs niet altijd ligt bij de partij die daartoe in de wet is aangewezen. Door middel van een andere formulering van de tegenbewijsbepalingen (“indien aannemelijk wordt gemaakt”) kan dit worden ondervangen.

## 5 Europeesrechtelijk kader

In de recente arresten *Euro Park Service*<sup>23</sup> en *Eqiom*<sup>24</sup> heeft het Hof van Justitie EU laten zien hoe smal de Europeesrechtelijke kaders zijn waarbinnen de nationale wetgever dient te opereren bij het formuleren van bewijsvermoedens.

De zaak-*Euro Park Service* betreft een bijzondere Franse fusieregeling. Toekenning van de fusiefaciliteit is daarbij in grensoverschrijdende situaties afhankelijk gesteld van voorafgaande goedkeuring. Om deze goedkeuring te verkrijgen moet de belastingplichtige aantonen dat zakelijke overwegingen aanwezig zijn voor de fusie en dat geen sprake is van belastingfraude of -ontwijking. Het Hof van Justitie toetst de Franse regeling aan de Fusierichtlijn en aan het primaire EU-recht (art. 49 VWEU). Het Hof oordeelt dat deze met beide in strijd is. Op grond van de antimisbruikbepaling van art. 11 (oud) – nu art. 15 – Fusierichtlijn mogen de lidstaten de voordelen van de richtlijn weigeren, indien blijkt dat de rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft. Aan het ontbreken van zakelijke overwegingen voor de rechtshandeling mag het rechtsvermoeden worden ontleend dat sprake is van belastingfraude- of ontwijking. Het Hof overweegt dat art. 11 Fusierichtlijn, als uitzondering op de hoofdregel dat recht bestaat op de faciliteit, beperkt moet worden uitgelegd.<sup>25</sup> Een algemeen wettelijk vermoeden van belastingfraude of -ontwijking mag niet worden gehanteerd. De lidstaten mogen slechts een vermoeden van belastingfraude of -ontwijking hanteren, “wanneer de voorgenomen transactie er uitsluitend toe strekt een belastingvoordeel te behalen en dus niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen”. Het Hof oordeelt dat de Franse regeling in strijd is met de Fusierichtlijn, omdat deze een algemeen vermoeden van belastingfraude of -ontwijking hanteert, “zonder dat de belastingdienst ook maar een begin van bewijs hoeft te

<sup>23</sup> HvJ EU 8 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:177, V-N 2017/17.12

<sup>24</sup> HvJ EU 7 september 2017, ECLI:EU:C:2017:641, V-N 2017/44.19.

<sup>25</sup> Het Hof verwijst naar de arresten *Leur-Bloem* (HvJ EG 17 juli 1997, ECLI:EU:C:1997/369, BNB 1998/32), *Modehuis Zwijnenburg*, (HvJ EU 20 mei 2010, ECLI:EU:C:2010:282, BNB 2010/257) en *Foggia-SGPS SA* (HvJ EU 10 november 2011, ECLI:EU:C:2011:718, BNB 2012/5).

leveren dat geen sprake is van zakelijke overwegingen of dat er aanwijzingen bestaan voor belastingfraude of belastingontwijking". Onder verwijzing naar de overwegingen in verband met de Fusierichtlijn stelt het Hof vervolgens dat een algemeen vermoeden van belastingfraude of -ontwijking een belemmering van de vrijheid van vestiging niet kan rechtvaardigen.

Tot eenzelfde oordeel komt het Hof van Justitie in de zaak-Eqiom. Daarbij draait het om een Franse regeling tot vrijstelling van bronbelasting op dividenden. Op grond van deze regeling wordt aan een niet-ingezeten ontvanger van Franse dividenden een rechtsvermoeden van misbruik tegengeworpen, indien deze wordt gecontroleerd door één of meer buiten de EU gevestigde rechtspersonen. Om alsnog voor de vrijstelling in aanmerking te komen, dient de ontvangende vennootschap aan te tonen dat de keten van deelnemingen niet als voornaamste doel of als één van haar voornaamste doelen heeft voordeel te halen uit de vrijstelling. Net als in de zaak-Euro Park Service toetst het Hof de Franse regeling zowel aan de antimisbruikbepaling van de richtlijn<sup>26</sup> als aan het primaire EU-recht en concludeert het tot strijdigheid met beide. Het Hof herhaalt de overweging uit het arrest-Euro Park Service ten aanzien van het gebruik van algemene bewijsvermoedens. Ook verwijst het Hof naar het arrest-Cadbury Schweppes.<sup>27</sup> Het Hof overweegt dat het in de antimisbruikbepalingen gaat om het bestrijden van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en die bedoeld zijn om ten onrechte een belastingvoordeel te verkrijgen. Met deze arresten heeft het Hof van Justitie de grenzen aan het gebruik van bewijsvermoedens nader gespecificeerd en verdere aanwijzingen gegeven voor de verdeling van de bewijslast, zowel onder de Fusie- en de Moeder-dochterrichtlijn als in het kader van de vrijheid van vestiging. Duidelijk is dat een algemeen bewijsvermoeden niet mag worden gehanteerd. Het bewijsvermoeden moet specifiek gericht zijn op het bestrijden van misbruik. Dit betekent dat de feiten en omstandigheden die het bewijsvermoeden in werking doen treden, een daadwerkelijk vermoeden van belastingfraude of -ontwijking moeten oproepen.

Het Hof van Justitie vat het begrip zakelijke overwegingen, zoals gehanteerd in de Fusierichtlijn, ruim op. Dit kan worden afgeleid uit de overweging van het Hof in het arrest-Euro Park Service "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".<sup>28</sup> Hiermee omschrijft het Hof zakelijke overwegingen als "andere dan fiscale overwegingen", hetgeen betekent dat onder zakelijke overwegingen naast bedrijfseconomische motieven ook aandeelhoudersmotieven worden verstaan. Uitsluitend indien de fusie of splitsing is ingegeven door fiscale motieven treedt het bewijsvermoeden in werking. De belastingplichtige kan dan tegenbewijs leveren door aannemelijk te maken dat sprake is van andere fiscale overwegingen dan belastingfraude of -ontwijking. Dit onderscheid tussen belastingfraude en -ontwijking enerzijds en andere fiscale overwegingen anderzijds kan ook worden teruggevonden in het arrest-Eqiom. Hierin verwijst het Hof bij de omschrijving van misbruik in het kader van de Moeder-dochterrichtlijn naar het doel om *ten onrechte* een belastingvoordeel te verkrijgen.<sup>29</sup>

Uit deze jurisprudentie volgt dat de wijze waarop het begrip zakelijke overwegingen nu voor de toepassing van de Nederlandse fusie- en splitsingsfaciliteiten wordt ingevuld, in strijd is met de Fusierichtlijn. Alle overwegingen, andere dan fiscale motieven, dienen als zakelijke overwegingen te worden aangemerkt. Ook aandeelhoudersmotieven vallen daaronder.

Daarnaast heeft de recente jurisprudentie meer duidelijkheid geschapen ten aanzien van het vervreemdingsverbod. Het Hof van Justitie heeft in het arrest-Euro Park Service expliciet aangegeven dat voor het hanteren van een bewijsvermoeden onder de Fusierichtlijn slechts plaats is op grond van het ontbreken van zakelijke overwegingen. Deze stelling, in combinatie met de overweging dat de antimisbruikbepaling beperkt moet worden uitgelegd, laat zien dat voor toepassing van een bewijsvermoeden op basis van een vervreemding van de aandelen geen plaats is. Het vervreemdingsverbod is derhalve niet in overeenstemming met de Fusierichtlijn.

De regeling van art. 10a Wet VPB 1969 is wel in overeenstemming met het Europese recht. In zijn arrest van 1 maart 2013, *BNB 2013/137* oordeelde Hoge Raad al dat de regeling van art. 10a lid 2 onderdeel a (oud) Wet VPB 1969<sup>30</sup> blijft binnen de door het Hof van Justitie in de arresten Cadbury Schweppes en Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation aangegeven grenzen. Een toetsing van art. 10a Wet VPB 1969 aan de overwegingen in de arresten Euro Park Service en Eqiom leidt tot

<sup>28</sup> *Cursivering van mij, EB. Een vergelijking kan worden gemaakt met het arrest Leur-Bloem, waarin het Hof van Justitie overwoog: "dat het begrip 'zakelijke overwegingen' ruimer is dan het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel". HvJ EG 17 juli 1997, ECLI:EU:C:1997/369, BNB 1998/32.*

<sup>29</sup> *Cursivering van mij, EB.*

<sup>30</sup> *Vergelijkbaar met het huidige art. 10a lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969.*

<sup>26</sup> *I.c. art. 1 lid 2 Moeder-dochterrichtlijn.*

<sup>27</sup> *HvJ EG 12 september 2006, ECLI:EU:C:2006:544, BNB 2007/54.*

eenzelfde conclusie. De feiten en omstandigheden die in art. 10a lid 1 Wet VPB 1969 worden genoemd, kunnen worden aangemerkt als een – door de Belastingdienst te leveren – begin van bewijs dat sprake is van misbruik. Het derde lid van het artikel biedt de belastingplichtige de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren.

## 6 Conclusie en aanbevelingen

Het voorgaande laat zien dat de bewijsvermoedens van art. 10a Wet VPB 1969 en van de fusie- en splitsingsfaciliteiten in de Wet VPB 1969 op sommige punten onevenwichtig zijn, tot ongewenste uitkomsten kunnen leiden en strijdig zijn met het Europese recht.

Het eerste knelpunt betreft het begrip “zakelijke overwegingen”. Dit begrip wordt onder de fusie- en splitsingsfaciliteiten veel beperkter opgevat dan onder art. 10a Wet VPB 1969. Een verschillende invulling van eenzelfde begrip binnen de Wet VPB 1969 is vanuit het oogpunt van interne consistentie ongewenst. Gelijkstelling van de interpretatie voor beide categorieën van bepalingen is geen oplossing, omdat de opzet van de bewijslastverdeling in de bepalingen en de rol die de zakelijke overwegingen daarbinnen spelen, daarvoor te veel afwijken. Dit punt kan worden ondervangen door in de afzonderlijke bepalingen verschillende begrippen te hante-

ren. Het begrip “zakelijke overwegingen” in art. 10a Wet VPB 1969 zou dan, in lijn met de interpretatie die onder dit artikel aan het begrip wordt gegeven, kunnen worden vervangen door “andere overwegingen dan het behalen van een vennootschapsbelastingvoordeel”. In navolging van de Fusierichtlijn is het raadzaam om het begrip “zakelijke overwegingen” in de fusie- en splitsingsfaciliteiten te handhaven. Om strijdigheid met het Europese recht te voorkomen, moet aan dit begrip dan wel een ruimere uitleg worden gegeven dan momenteel het geval is en daaronder ook aandeelhoudersmotieven worden begrepen.

Het vervreemdingsverbod in de fusie- en splitsingsfaciliteiten is in strijd met de Fusierichtlijn. Om overeenstemming te bereiken met het Europese recht moet het vervreemdingsverbod vervallen.

Ten slotte blijkt het bewijsvermoeden van art. 10a Wet VPB 1969, door de wijze waarop het is geformuleerd, onvoldoende flexibel te zijn om alle mogelijke toepassingen van het artikel te kunnen ondervangen. Het verdient de voorkeur om in het midden te laten welke partij het bewijs van een bepaald feit moet leveren. Een onpartijdige formulering, zoals “indien aannemelijk is geworden”, geeft de rechter de ruimte om de bewijslast te leggen bij de in de desbetreffende situatie meest aangewezen partij.

