

gevestigde holdings overgenomen die tot dezelfde groep behoorden. Foggia heeft de Secretario de Estado verzocht de niet verrekende verliezen van de overgenomen holdings uit voorgaande jaren, in de toekomst te mogen verrekenen met haar winst. Van een van de holdings, Riguadiana, is dit geweigerd omdat Foggia bij de fusie met deze vennootschap geen enkel economisch belang had. Riguadiana had geen participaties in handen, haalde uit haar activiteiten nauwelijks inkomsten en belegde slechts in effecten. Bovendien was niet duidelijk waar de fiscale verliezen vandaan kwamen. De daling van de administratieve kosten als gevolg van de fusie kon niet als een economisch belang worden beschouwd. Na hoger beroep tegen de afwijzende beslissing, stelt de Supremo Tribunal Administrativo prejudiciële vragen. Hoewel de zaak betrekking heeft op een bepaling van nationaal recht die in een zuiver interne situatie van toepassing is, acht het Hof van Justitie EU de zaak ontvankelijk. Nationale en grensoverschrijdende fusies vallen onder dezelfde bepalingen en de in Richtlijn 90/434 (fusierichtlijn) opgenomen voorwaarde dat sprake moet zijn van zakelijke overwegingen zijn ook van toepassing in een interne situatie. Het HvJ EU bevestigt dat het begrip zakelijke overwegingen ruimer is dan het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel (arrest Leur-Bloem). Ieder concreet geval moet apart worden onderzocht en daarom is het niet voldoende om algemene criteria toe te passen. De in deze casus genoemde factoren zijn op zich niet doorslaggevend om te concluderen dat er geen sprake is van zakelijke overwegingen. Van zakelijke overwegingen bij een fusie is echter ook niet sprake als er alleen administratieve en beheerskosten worden bespaard, want dat is bij iedere fusie het geval. De verwijzende rechter moet, gelet op alle omstandigheden in het geding, nagaan of alle bestanddelen van het vermoeden van belastingfraude of -ontwijking, in de zin van de fusierichtlijn, zijn vervuld.

COMMENTAAR BOULOGNE¹

1. In dit arrest legt het HvJ EU begrippen in de antimisbruikbepaling in (het huidige) art. 15, lid 1, sub a, Richtlijn 90/434 (fusierichtlijn) uit. De zaak betreft een volledig Portugese constellatie, waarin een houdstervenootschap, Foggia – SGPS, door middel van een juridische fusie drie andere holdings overnam.² Het Portugese 'Secretário de Estado' accepteerde ten aanzien van twee vennootschappen het verzoek van Foggia – SGPS om de nog niet verrekende verliezen van deze vennootschappen over te nemen. Deze toestemming wordt op grond van de Portugese wet slechts verleend indien de fusie plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Ten aanzien van de derde vennootschap, een in slaap gebrachte houdstervenootschap (zij oefende geen beheersactiviteiten meer uit en hield geen financiële participaties meer aan) met aanzienlijke verliezen, weigerde de 'Secretário de Estado' de overname van verliezen, omdat Foggia – SGPS bij die fusie geen enkel economisch belang zou hebben. Gezien het feit dat de Portugese wetgever voor zowel interne als grensoverschrijdende fusies aansluiting heeft gezocht bij de EU-fusierichtlijn en gelet op de gehanteerde terminologie, betreffen de prejudiciële vragen de uitlegging van de in art. 15, lid 1, sub a, gehanteerde uitdrukkingen 'zakelijke overwegingen'

en 'herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen'.

2. Het HvJ EU haalt voornamelijk de bestaande rechtspraak op dit terrein aan (de zaken Leur-Bloem, Kofoed en Zwijnenburg). Het overweegt dat ongeacht om welke redenen een fusie, splitsing etc. plaatsvindt, de EU-fusierichtlijn in beginsel van toepassing is. Het weigeren van de door de richtlijn geboden (doorschuif-)faciliteiten is slechts bij wege van uitzondering en in specifieke gevallen toegestaan, namelijk indien het hoofddoel of één der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking is. Het ontbreken van zakelijke overwegingen veronderstelt dat belastingfraude of belastingontwijking een dergelijk doel vormt. Het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel vormt logischerwijs geen zakelijke overweging. Bij het onderzoek naar het doel van de transactie, mogen de nationale autoriteiten zich niet beperken tot vooraf vastgestelde algemene criteria, maar dienen in elk concreet geval de transactie in haar geheel te onderzoeken. Het HvJ EU merkt op dat een fusie waarbij een passieve verdwijnende vennootschap geen eigen activiteiten inbrengt, toch zakelijk kan zijn vanuit het perspectief van de verkrijgende vennootschap. Ook de aanwezigheid van verliezen op het niveau van de verdwijnende vennootschap doet niet op zichzelf een vermoeden van onzakelijkheid ontstaan, aangezien art. 6 EU-fusierichtlijn uitdrukkelijk verwijst naar de mogelijkheid om verliezen over te nemen. Wat het HvJ EU in Foggia toevoegt aan de bestaande rechtspraak is de overweging dat een fusie niet op grond van zakelijke overwegingen geacht kan worden plaats te vinden, indien deze overwegingen slechts marginaal zijn ten opzichte van het (aanzienlijke) fiscale voordeel. Het HvJ EU overweegt verder dat een vermindering van administratieve en beheerskosten niet zonder meer kan worden beschouwd als een 'kwalificerende' zakelijke overweging: omdat herstructureringen per definitie tot een vermindering van dergelijke kosten leiden, zou anders de mogelijkheid om de fusiefaciliteiten te weigeren op grond van art. 15, lid 1, sub a, zinledig worden. Na dit kader te hebben geschetst, verwijst het HvJ EU uiteindelijk de zaak terug naar de verwijzende rechter, met de taak om na te gaan of in het onderhavige geval de bestanddelen van het vermoeden van belastingfraude of belastingontwijking zijn vervuld.

3. Een onbelicht punt in deze zaak is mijns inziens dat art. 6 EU-fusierichtlijn de lidstaat van de verdwijnende vennootschap slechts verplicht tot overname van verliezen, voor zover hij dit ook zou doen bij een zuiver interne fusie. Op grond van de Portugese regels wordt bij zowel interne als bij grensoverschrijdende fusies de overname van verliezen geweigerd indien er geen zakelijke overwegingen zijn. Vanwege de aansluiting bij het antimisbruikbegrip in art. 15 EU-fusierichtlijn, is het HvJ EU – op grond van de zaak Leur-Bloem – in casu bevoegd om ook bij deze interne fusie de begrippen 'zakelijke overwegingen' en 'herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen' uit te leggen. Deze uitleg betreft echter niet de vraag of verliesovername op grond van art. 15 mag worden geweigerd, maar de vraag of überhaupt wel sprake is van een verplichting tot het toestaan van verliesovername, aangezien die verplichting op

¹ Frederik Boulogne is verbonden aan PwC (EU Direct Tax Group) en aan de Vrije Universiteit Amsterdam. De auteur verricht

promotieonderzoek naar de tekortkomingen in de EU-fusierichtlijn.

² In r.o. 33 spreekt het HvJ EU overigens van een 'aandelenruil', maar dat lijkt een 'slip of the pen'.

in 'herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen'.

1. Het HvJ EU haalt voornamelijk de bestaande rechtspraak op dit terrein aan (de zaken Leur-Bloem, Kofoed en Zwijnenburg). Het overweegt dat ongeacht om welke redenen een fusie, splitsing etc. plaatsvindt, de EU-fusierichtlijn in beginsel van toepassing is. Het weigeren van de door de richtlijn geboden (doorschuif-)faciliteiten is slechts bij wege van uitsondering en in specifieke gevallen toegestaan, namelijk indien het hoofddoel of één der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking is. Het ontbreken van zakelijke overwegingen veronderstelt dat belastingfraude of belastingontwijking een dergelijk doel vormt. Het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel vormt logischerwijs geen zakelijke overweging. Bij het onderzoek naar het doel van de transactie, mogen de nationale autoriteiten zich niet beperken tot vooraf vastgestelde algemene criteria, maar dienen in elk concreet geval de transactie in haar geheel te onderzoeken. Het HvJ EU merkt op dat een fusie waarbij een passieve verdwijnende vennootschap geen eigen activiteiten inbrengt, doch zakelijk kan zijn vanuit het perspectief van de verkrijgende vennootschap. Ook de aanwezigheid van verliezen op het niveau van de verdwijnende vennootschap doet niet op zichzelf een vermoeden van onzakelijkheid ontstaan, aangezien art. 6 EU-fusierichtlijn uitdrukkelijk verwijst naar de mogelijkheid om verliezen over te nemen. Wat het HvJ EU in Foggia toevoegt aan de bestaande rechtspraak is de overweging dat een fusie niet op grond van zakelijke overwegingen geacht kan worden plaats te vinden, indien deze overwegingen slechts marginaal zijn ten opzichte van het (aanzienlijke) fiscale voordeel. Het HvJ EU overweegt verder dat een vermindering van administratieve en beheerskosten niet zonder meer kan worden beschouwd als een 'kwalificerende' zakelijke overweging: omdat herstructureringen per definitie tot een vermindering van dergelijke kosten leiden, zou anders de mogelijkheid om de fusiefaciliteiten te weigeren op grond van art. 15, lid 1, sub a, zinledig worden. Na dit kader te hebben geschetst, verwijst het HvJ EU uiteindelijk de zaak terug naar de verwijzende rechter, met de taak om na te gaan of in het onderhavige geval de bestanddelen van het vermoeden van belastingfraude of belastingontwijking zijn vervuld.

3. Een onbelicht punt in deze zaak is mijns inziens dat art. 6 EU-fusierichtlijn de lidstaat van de verdwijnende vennootschap slechts verplicht tot overname van verliezen, voor zover hij dit ook zou doen bij een zuiver interne fusie. Op grond van de Portugese regels wordt bij zowel interne als bij grensoverschrijdende fusies de overname van verliezen geweigerd indien er geen zakelijke overwegingen zijn. Vanwege de aansluiting bij het antimisbruikbegrip in art. 15 EU-fusierichtlijn, is het HvJ EU – op grond van de zaak Leur-Bloem – in casu bevoegd om ook bij deze interne fusie de begrippen 'zakelijke overwegingen' en 'herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen' uit te leggen. Deze uitleg betreft echter niet de vraag of verliesovername op grond van art. 15 mag worden geweigerd, maar de vraag of überhaupt wel sprake is van een verplichting tot het toestaan van verliesovername, aangezien die verplichting op

grond van art. 6 slechts bestaat indien verliesovername ook bij een zuiver interne fusie zou zijn toegestaan. Het HvJ EU lijkt in zijn overwegingen de verplichting tot overname van verliezen (verplicht, mits toegestaan bij een interne fusie, tenzij belastingfraude of belastingontwijking) echter gelijk te stellen aan de verplichting tot overname van boekwaarden of reserves (verplicht, tenzij belastingfraude of belastingontwijking). Indien een lidstaat bij interne noch bij grensoverschrijdende fusies verliesovername toestaat (zoals bijvoorbeeld in Duitsland het geval is), dan rijst dus de vraag of dit eigenlijk wel mag indien geen sprake is van belastingfraude of belastingontwijking. Ik meen overigens van wel, omdat anders de extra eis in art. 6 (verliesovername slechts verplicht indien toegestaan bij een interne fusie) betekenisloos zou zijn.

4. Het belang van Foggia voor de fusiefaciliteit in art. 14b Wet VPB 169 lijkt gering. Op grond van par. 3 Besluit juridische fusie vindt bij een (op grond van art. 14b, lid 3, Wet VPB 1969 gefaciliteerde) fusie winstsplitsing plaats: verliezen van de verdwijnende vennootschap kunnen slechts verrekend worden met winsten van de verkrijgende vennootschap die behaald zijn met de overgedragen activiteiten/vermogensbestanddelen. Misbruik van verliesverrekening bij een fusie lijkt dan lastig voorstelbaar.

5. Zoals hierboven genoemd, bepaalt art. 6 EU-fusierichtlijn dat de lidstaat van de verdwijnende vennootschap slechts verplicht is tot overname van verliezen, voor zover hij dit ook zou doen bij een zuiver interne fusie, tenzij sprake is van belastingfraude of belastingontwijking. In r.o. 50 herhaalt het HvJ EU dat: 'artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 een weerspiegeling is van het algemene beginsel van Unierecht dat rechtsmisbruik verboden is'. Een interessante vraag in dit verband lijkt mij of deze weerspiegeling ook een proportionaliteitstoets *stricto sensu* omvat. Het nadeel van een definitief onverrekenbaar verlies wordt in dit geval afgezet tegen de bevoegdheid van de lidstaten om belastingfraude of belastingontwijking te bestrijden. Wellicht zou de lidstaat van de verdwijnende vennootschap dan verplicht worden om verliesovername toe te staan van verliezen die betrekking hebben op activiteiten die zijn overgegaan naar de lidstaat van de verkrijgende vennootschap, maar in die lidstaat niet verrekend kunnen worden.

6. Na Foggia blijft een aantal puzzelstukjes op tafel liggen. Vormt oneigenlijk uitstel – uitstel in strijd met doel en strekking van de richtlijn – belastingfraude of belastingontwijking in de zin van de richtlijn? Vormen onzakelijke overwegingen op het niveau van een aandeelhouder reden om doorschuiving van boekwaarden op vennootschapsniveau te weigeren? Kan art. 15 EU-fusierichtlijn worden ingeroepen om te voorkomen dat nationale regelgeving wordt omzeild door eenvoudig (bijv. door het gebruik van een Britse Limited) een door de EU-fusierichtlijn bestreken situatie te creëren? Het is wachten op volgende procedures waarin het HvJ EU op deze materie ingaat. Tot slot wijs ik erop dat bij het HvJ EU de zaak C-123/11, A Oy aanhangig is, waarin de vraag is of Finland (lidstaat van de verkrijgende vennootschap) de overname van 'definitieve' verliezen van een Zweedse verdwijnende vennootschap moet toestaan. In Zweden is verliesverreke-

1. In r.o. 33 spreekt het HvJ EU overigens van een 'aandelenruil', maar dat lijkt een 'slip of the pen'.

1. Mr. J.J.A.M. Korving LL.M is verbonden aan het Wetenschappelijke Bureau van Deloitte Belastingadviseurs BV te Rotterdam/EU Tax Grondwetgeving/ belastingrecht v. Universiteit Nijmegen