

De synchronisatie van de zakelijkheidstoets in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting

Bachelorscriptie Esther Kingma

Studentnummer: 480587

Bachelor Fiscale Economie

Begeleider: Drs. M.T.E. Robben

Tweede beoordelaar: Mr. R.B.N. van Ovest

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 – Inleiding

- 1.1. Aanleiding en relevantie
- 1.2. Probleemstelling
 - 1.2.1. Deelvragen
 - 1.2.2. Afbakening van het onderzoek

Hoofdstuk 2 – De juridische fusie- en splitsingsfaciliteit in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

- 2.1. Inleiding
- 2.2. Rechtsfiguren juridische fusies en juridische splitsingen
- 2.3. Juridische fusies en splitsingen in de Wet Vbp 1969
- 2.4. De Europese Fusierichtlijn
- 2.5. De anti-ontgaansbepaling
 - 2.5.1. Algemeen
 - 2.5.2. Uitstellen of ontgaan van belastingheffing
 - 2.5.3. ‘Zakelijke overwegingen’
 - 2.5.4. Vervreemdingsverbod
- 2.6. Zekerheid vooraf

Hoofdstuk 3 – De juridische fusie- en splitsingsfaciliteit in de Wet op Belastingen van Rechtsverkeer 1971

- 3.1. Inleiding
- 3.2. Juridische fusies en splitsingen
- 3.3. Juridische fusies en splitsingen in de Wet BRV 1971
 - 3.3.1. Algemeen
 - 3.3.2. Vervreemdingsverbod
- 3.4. De anti-ontgaansbepaling
 - 3.4.1. Algemeen
 - 3.4.2. Anti-ontgaanstoets
 - 3.4.3. ‘Zakelijke overwegingen’
 - 3.4.4. Tegenbewijsmogelijkheid

Hoofdstuk 4 – Synchronisatie

- 4.1. Inleiding
- 4.2. Juridische fusiefaciliteit
- 4.3. Juridische splitsingsfaciliteit

Hoofdstuk 5 – Conclusie

- 5.1. Inleiding

5.2. Deelvraag I

5.3. Deelvraag II

5.4. Deelvraag III

5.5. Probleemstelling

Literatuurlijst

Hoofdstuk 1 – inleiding

1.1 Aanleiding en relevantie

Het komt in de praktijk geregeld voor dat bedrijven besluiten tot het splitsen of fuseren van een entiteit. De redenen daarvoor kunnen uiteenlopen, maar regelmatig liggen de beweegredenen achter een dergelijke rechtshandeling in de richting van een reorganisatie of andere zakelijke motieven. Het is niet de bedoeling van de wetgever bij het splitsen of fuseren van entiteiten de bedrijfsvoering te verstoren. Bij het splitsen of fuseren van entiteiten kan bijvoorbeeld stakingswinst worden gerealiseerd, welke niet direct leidt tot een verhoging van de liquide middelen. Denk hierbij aan bijvoorbeeld de stille reserves op een pand die zonder faciliteiten bij een juridische fusie of splitsing wel tot de winst worden gerekend, zonder dat het pand verkocht wordt. De materiele onderneming blijft vaak voortbestaan. Bedrijfseconomisch zou het belemmerend werken als de fiscus heft over de niet liquide gemaakte behaalde stakingswinsten. De wetgever heeft dit ook ingezien en daarom in de wetgeving van onder andere de overdrachtsbelasting en de vennootschapsbelasting faciliteiten opgenomen die de heffing uitstellen, mits de rechtspersonen uit zakelijke overwegingen hebben gehandeld.

De faciliteiten die de wetgever heeft opgenomen in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) en de Wet op de Belastingen van Rechtsverkeer 1971 (hierna: Wet BRV 1971) kunnen onder bepaalde voorwaarden worden toegepast. Het grote deel van de voorwaarden zijn door de wetgever opgenomen in de wetten op een manier die weinig overlaat voor eigen interpretatie. Wanneer belastingplichtigen echter aannemelijk moeten maken dat ‘zakelijke overwegingen’ aan de rechtshandeling ten grondslag liggen, wordt de wettekst ietwat subjectiever. Wat onder ‘zakelijke overwegingen’ wordt verstaan is niet altijd even duidelijk en de discussie hierover is regelmatig aanleiding voor meningsverschillen tussen fuserende of splitsende rechtspersonen en de belastingdienst. De jurisprudentie die is verschenen over geschillen met betrekking tot de toepassing van de juridische fusiefaciliteit en de splitsingsfaciliteit in de twee wetten is veelal casuïstisch van aard. Uit de jurisprudentie valt wel een en ander op te maken met betrekking tot de inhoud van het begrip ‘zakelijke overwegingen’, maar de jurisprudentie kan niet één op één overgenomen worden als zijnde van toepassing op een volledig andere casus. In de Wet Vpb 1969 is het echter wel mogelijk om vooraf om zekerheid betreffende de toepassing van de faciliteiten aan de inspecteur te vragen.

In 2006¹ heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin enkele duidelijke richtlijnen zijn aangegeven met betrekking tot de beoordeling van de toepassing van de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969. Ook hebben de arresten Leur-Bloem², gewezen door het Europese Hof van Justitie, en Foggia³, eveneens gewezen door het Europese Hof van Justitie, enkele handvatten gegeven voor de beoordeling van de zakelijke overwegingen. Deze arresten gelden alle voor de juridische fusie- en splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969, welke gebaseerd is op de Europese Fusierichtlijn.⁴ Voor de beoordeling van de toepassing van de faciliteiten in de Wet BRV 1971 kunnen belastingplichtigen zich ook wenden naar de beschikbare jurisprudentie, zoals het recent gewezen arrest van 18 december 2020.⁵ Lange tijd was het niet gegeven dat wanneer belastingplichtigen voor de Wet Vpb 1969 geacht werden uit zakelijke overwegingen te handelen en daarmee dus recht te hebben op de splitsingsfaciliteit⁶ of de juridische fusiefaciliteit⁷ van de Wet Vpb 1969, ze voor de beoordeling van de toepassing van de faciliteiten in de Wet BRV 1971 op eenzelfde beoordeling van de voorwaarden konden rekenen. In de nota van toelichting van het besluit van 6 februari 1999⁸ is door de staatssecretaris aangegeven dat wat betreft de beoordeling van de beweegredenen achter de toepassing van de splitsingsfaciliteit in de Wet BRV 1971 moet worden aangesloten bij de norm in de Wet Vpb 1969. De wettekst van de splitsingsfaciliteit in de Wet BRV 1971 is in 2006 ook aangepast naar de wettekst van de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1971. In de praktijk blijkt het echter niet zo simpel te zijn als hiervoor is geschetst. Zo heeft de Rechtbank Zeeland-West Brabant in haar uitspraak van 21 juli 2017⁹ nog geoordeeld dat belanghebbende geen beroep kon doen op het vertrouwensbeginsel met betrekking tot (vermeende) uitspraken van een inspecteur vennootschapsbelasting. De Rechtbank heeft geoordeeld dat een beschikking voor de splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969 niet met zich meebrengt dat er ook een vrijstelling in de Wet BRV 1971 geldt. Deze uitspraak lijkt er op te duiden dat er volgens de Rechtbank Zeeland-West Brabant geen sprake is van synchronisatie.

¹ Hoge Raad 2 juni 2006, nr. 41.942, BNB 2006/282.

² HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32.

³ HvJ EU 10 november 2011, nr. C-126/10.

⁴ Richtlijn van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (2009/133/EG).

⁵ Hoge Raad 18 december 2020, nr. 20/00199, V-N 2020/65.17.

⁶ Artikel 14a Wet Vpb 1969.

⁷ Artikel 14b Wet Vpb 1969.

⁸ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën, 6 februari 1999, *Stb.* 1999, 68.

⁹ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 21 juli 2017, nr. BRE 16/5006, *rechtspraak.nl*.

Met het arrest van 13 september 2019¹⁰ lijkt de Hoge Raad echter in de rechtspraak een weg in te slaan richting de synchronisatie van de antimisbruikbepalingen voor de splitsingsfaciliteiten. Hiermee lijkt de Hoge Raad te bevestigen dat de wetgever heeft bedoeld dat de zakelijkheidstoetsen in de Wet BRV 1971 en de Wet Vpb 1969 volgens dezelfde criteria moeten worden behandeld. De Hoge Raad verwijst namelijk voor de beoordeling van de toepassing van de splitsingsfaciliteit in de Wet BRV 1971 naar de criteria voor de beoordeling van de motivatie achter de rechtshandeling die zijn genoemd in het Bulkgasarrest¹¹, welke zaak zich afspeelde binnen de vennootschapsbelasting. Het arrest van 13 september 2019 ligt in lijn met de nota van toelichting van het besluit van 6 februari 1999 en lijkt nu ook voor de praktijk meer duidelijkheid te scheppen. Met de komst van het meest recente arrest van 18 december 2020¹², bevestigt de Hoge Raad deze eerder ingeslagen weg.

Over de gelijke toepassing van de juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting en overdrachtsbelasting bestaat nog onduidelijkheid, niet in het minste omdat de zakelijkheidstoetsen in de vennootschaps- en overdrachtsbelasting voor deze faciliteit niet hetzelfde zijn. In de vennootschapsbelasting geldt voor de toepassing van de juridische fusiefaciliteit dezelfde zakelijkheidstoets als bij de splitsingsfaciliteit. In de overdrachtsbelasting verschilt de zakelijkheidstoets van de juridische fusiefaciliteit echter van de zakelijkheidstoets van de splitsingsfaciliteit. In artikel 5bis Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer wordt in de wettekst niet gesproken over het criterium dat de beweegredenen achter de rechtshandeling ‘niet in overwegende mate zijn gericht op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing’, louter over ‘zakelijke overwegingen’. De Rechtbank Den Haag¹³ heeft in 2018 een uitspraak gedaan waarin werd gesteld dat er geen sprake was van vrijstelling in de overdrachtsbelasting, terwijl deze wel in de vennootschapsbelasting van toepassing was. Rechtbank Noord-Holland¹⁴ heeft een jaar later echter een uitspraak gedaan waarin eiseres wel recht had op de vrijstelling. Door een verschil in de zakelijkheidstoets van de juridische fusiefaciliteit en bovengenoemde uitspraken, is het voor belastingplichtigen soms niet duidelijk wanneer zij juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting mogen toepassen. Wanneer er geen sprake is van duidelijke bedrijfseconomische redenen als herstructurering, kunnen belastingplichtigen ook lastig tot geen houvast vinden in de beoordeling van de zakelijkheid bij de juridische

¹⁰ Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792, *BNB* 2019/175.

¹¹ Hoge Raad 2 juni 2006, nr. 41.942, *BNB* 2006/282.

¹² Hoge Raad 18 december 2020, nr. 20/00199, *V-N* 2020/65.17.

¹³ Rechtbank Den Haag 25 januari 2018, nr. SGR 17/2388, *rechtspraak.nl*.

¹⁴ Rechtbank Noord-Holland 19 maart 2019, nr. 17/3366, *V-N* 2019/36.2.3.

splitsingsfaciliteit in de Wet BRV 1971 of in jurisprudentie betreffende zaken in de Wet Vpb 1969.

1.2 Probleemstelling

Naar aanleiding van de uitspraken van de Hoge Raad in het arrest van 13 september 2019¹⁵ en het arrest van 18 december 2020¹⁶ zal in deze scriptie onderzocht worden in hoeverre de (hoofd)zakelijkheidstoetsen bij de juridische fusiefaciliteiten en de juridische splitsingsfaciliteiten gesynchroniseerd zijn. Hierbij zullen de juridische fusiefaciliteiten en de splitsingsfaciliteiten in het algemeen worden behandeld, waarna zal worden ingegaan op de (hoofd)zakelijkheidstoets. Bij de (hoofd)zakelijkheidstoets wordt gekeken naar beschikbare Nederlandse en Europese jurisprudentie over dit onderwerp, parlementaire behandelingen en Europese wetgeving.

De centrale vraagstelling luidt als volgt:

In hoeverre is de toepassing van de (hoofd)zakelijkheidstoets bij de juridische fusie- en splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969 en de Wet BRV 1971 gesynchroniseerd?

1.2.1 Deelvragen

Om de centrale vraagstelling gestructureerd een stapsgewijs te beantwoorden, zal in deze scriptie gebruik worden gemaakt van drie deelvragen. Niet elk hoofdstuk zal een deelvraag beantwoorden, enkele hoofdstukken zullen meerdere deelvragen beantwoorden. De deelvragen die worden behandeld in deze scriptie zijn de volgende:

- i. *Hoe wordt de zakelijkheid van de rechtshandeling (anti-ontgaansvereiste) ingevuld bij de toepassing van de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting?*
- ii. *Hoe wordt de zakelijkheid van de rechtshandeling ingevuld bij de toepassing van de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten in de overdrachtsbelasting?*
- iii. *Wat zijn de overeenkomsten en verschillen van de toepassing van de (hoofd)zakelijkheidstoets bij de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting?*

1.2.2 Afbakening van het onderzoek

Het onderzoek in deze scriptie naar de mogelijkheid van het synchroniseren van de toepassing van de beoordelingscriteria van de beweegredenen achter een juridische fusie of

¹⁵ Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792, BNB 2019/175.

¹⁶ Hoge Raad 18 december 2020, nr. 20/00199, V-N 2020/65.17.

splitsing zal zich beperken tot de Wet Vpb 1969 en de overdrachtsbelasting. Er wordt niet ingegaan op artikel 5d UB BRV. Er wordt in beperkte mate ingegaan op verenigingen en coöperaties; de focus zal liggen op rechtspersonen met een in aandelen verdeeld kapitaal.

Hoofdstuk 2 – De juridische fusie- en splitsingsfaciliteit in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

2.1. Inleiding

Juridische fusies en splitsingen komen niet alleen in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) voor. Ook buiten het belastingrecht kent men juridische fusies en splitsingen. In dit hoofdstuk zal eerst worden stilgestaan bij de rechtshandelingen die worden bedoeld met de term juridische fusie of juridische splitsing. Vervolgens zal worden gekeken naar de uitwerking van deze rechtshandelingen in het regime van de vennootschapsbelasting. Om de het onderwerp van deze scriptie te kunnen onderzoeken zal de (hoofd)zakelijkheidstoets van de Wet Vpb 1969 in de context van een gehele faciliteit geplaatst moeten worden. De (hoofd)zakelijkheidstoets is namelijk slechts een van de vereisten waar aan moet worden voldaan om toegang te krijgen tot de juridische fusiefaciliteit respectievelijk de juridische splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting. Ten slotte zal in dit hoofdstuk worden ingegaan op de verschillende aspecten van de (hoofd)zakelijkheidstoets, zoals de Europese Fusierichtlijn¹⁷, het vervreemdingsverbod en de jurisprudentie.

2.2. Rechtsfiguren juridische fusies en juridische splitsingen

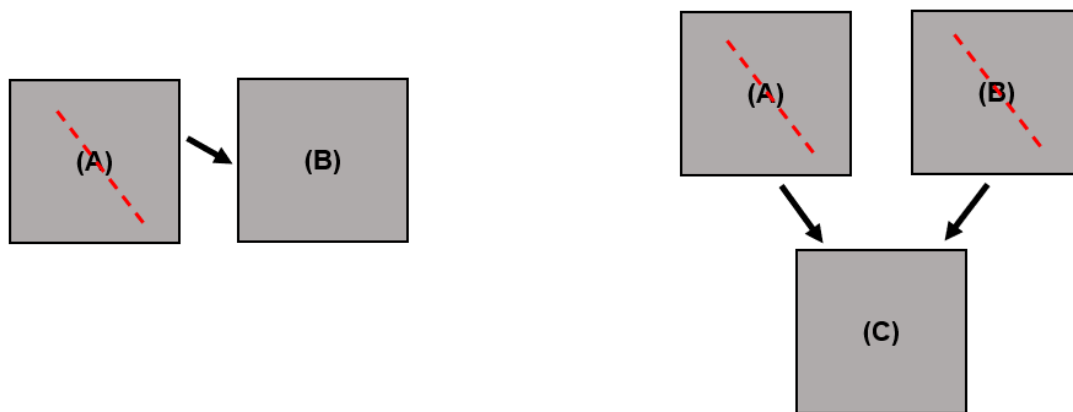
Zowel de rechtshandeling die wordt aangeduid als juridische fusie als de rechtshandeling die wordt aangeduid als juridische splitsing kent haar basis in het Burgerlijk Wetboek. In artikel 2:309 BW staat de beschrijving van de rechtshandeling die wordt aangeduid als ‘fusie’.

“Fusie is de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe rechtspersoon die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, hun vermogen onder algemene titel verkrijgt.”

Aan de juridische fusie heeft de wetgever een aantal voorwaarden gesteld omtrent de procedure van de fusie van rechtspersonen. Deze zijn te vinden in boek 2 titel 7 van het Burgerlijk Wetboek. Een fusie moet middels notariële akte uiteindelijk tot stand komen. De akte geldt vanaf de dag na het verleden van de akte.

¹⁷ Richtlijn van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (2009/133/EG).

In het Burgerlijk Wetboek worden vijf vormen van een juridische fusie onderscheiden. Hieronder worden de twee meest eenvoudige vormen weergegeven: de juridische fusie waarbij het vermogen van rechtspersoon A overgaat naar rechtspersoon B en de juridische fusie waarbij rechtspersoon A en rechtspersoon B samen een nieuwe rechtspersoon oprichten (C) en het vermogen onder algemene titel naar deze nieuwe rechtspersoon overgaat. Bij de vorm waarin rechtspersoon A overgaat naar rechtspersoon B, verdwijnt rechtspersoon A na de fusie. Bij de tweede vorm van juridische fusie houden rechtspersonen A en B na de fusie van rechtswege op te bestaan.¹⁸¹⁹



Naast deze twee verschijningsvormen bestaan er nog drie vormen van een juridische fusie. Dit zijn de zogenaamde 'driehoeksfusie' (artikel 2:334a BW), de zusterfusie (artikel 2:333 lid 2 BW) en de concernfusie (2:333 BW). De driehoeksfusie betreft een situatie waarbij rechtspersoon B fuseert met rechtspersoon C, welke een dochtermaatschappij is van rechtspersoon A. Na de fusie verkrijgt de aandeelhouder van rechtspersoon B aandelen in rechtspersoon A en houdt rechtspersoon B van rechtswege op te bestaan. Bij deze fusie zijn dus drie rechtspersonen betrokken. Ook bij de zusterfusie zijn drie rechtspersonen betrokken. Bij een zusterfusie is er sprake van een dochteronderneming die met de zusterrechtspersoon wordt gefuseerd. Hierbij blijft de enig aandeelhouder ongewijzigd en hoeven ook geen aandelen te worden uitgereikt. De zusterrechtspersoon die wordt aangemerkt als verdwijnende rechtspersoon houdt na de fusie van rechtswege op te bestaan. De concernfusie betreft eveneens een fusie binnen moeder-dochter relaties. Bij de rechtshandeling zijn echter maar twee vennootschappen betrokken. De concernfusie betreft

¹⁸ Heithuis, van der Doel, etc. Compendium Vennootschapsbelasting.

¹⁹ Artikel 2:311 BW.

een fusie waarbij de dochteronderneming als het ware wordt opgeslokt door de moederrechtspersoon, waarna de originele dochterrechtspersoon van rechtswege ophoudt te bestaan. Bij deze vorm van fusie hoeven ook geen aandelen te worden uitgereikt aan de verkrijgende rechtspersoon, aangezien de verkrijgende rechtspersoon al alle aandelen in de dochterrechtspersoon bezit. Civielrechtelijk zijn er dus aan de zusterfusie en de concernfusie minder voorwaarden verbonden. Bij de eerste drie genoemde vormen van een juridische fusie verbindt de wetgever de voorwaarde dat er sprake is van uitreiking van aandelen. Bij elke verschijningsvorm van de juridische fusie gaat al het vermogen onder algemene titel over²⁰. Een grensoverschrijdende juridische fusie is ook vastgelegd in het Burgerlijk Wetboek.

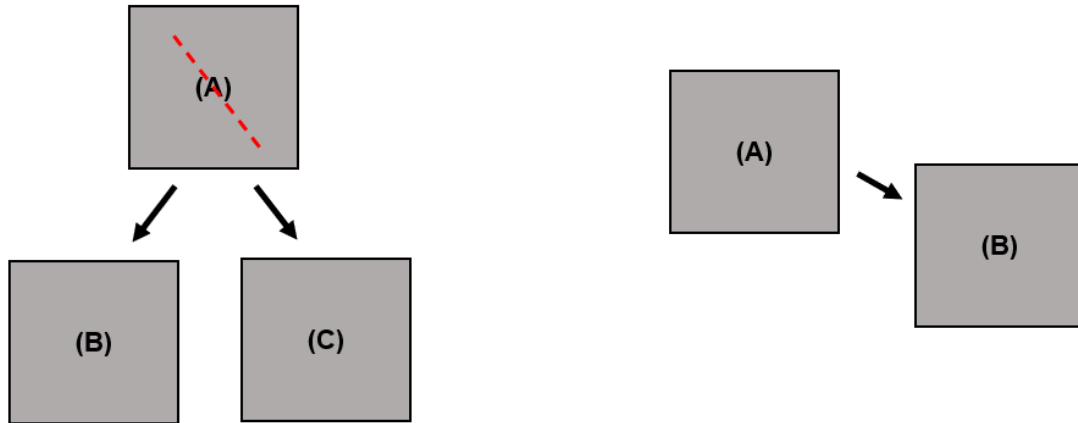
Zoals eerder genoemd kent ook de juridische splitsing haar oorsprong in het Burgerlijke Wetboek. Artikel 2:334a lid 1 BW introduceert twee hoofdvormen van de juridische splitsing: de zuivere splitsing en de afsplitsing. Artikel 2:334a lid 2 BW beschrijft de zuivere splitsing.

“Zuivere splitsing is de rechtshandeling waarbij het vermogen van een rechtspersoon die bij de splitsing ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door twee of meer andere rechtspersonen.”

In artikel 2:334a lid 3 BW wordt de afsplitsing behandeld.

“Afsplitsing is de rechtshandeling waarbij het vermogen of een deel daarvan van een rechtspersoon die bij de splitsing niet ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen door een of meer andere rechtspersonen waarvan ten minste één overeenkomstig het bepaalde in deze of de volgende afdeling lidmaatschapsrechten of aandelen in zijn kapitaal toekent aan de leden of aan aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon of waarvan ten minste één bij de splitsing door de splitsende rechtspersonen wordt opgericht.”

²⁰ Dit is niet altijd het geval, zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad, 24 oktober 2003, nr. 38.901, V-N 2003/56.16.



Het verschil tussen een zuivere splitsing en een afsplitsing betreft het verdwijnen van de splitsende rechtspersoon. Bij een zuivere splitsing verdwijnt de splitsende rechtspersoon. Al het vermogen van de splitsende rechtspersoon gaat over naar de verkrijgende rechtspersonen. Bij de afsplitsing blijft de splitsende rechtspersoon bestaan. Een deel van het vermogen gaat onder algemene titel over naar de verkrijgende rechtspersoon. Welk deel van het vermogen dit betreft wordt vastgelegd in de splitsingsovereenkomst. Evenals bij de juridische fusie wordt een splitsing pas van kracht na de formaliteiten beschreven in Boek 2 Titel 7 van het Burgerlijk Wetboek. De splitsing moet bij notariële akte worden vastgelegd en gaat in de dag nadat de akte is verleden.

Zoals eerder aangegeven gaat een deel van of al het vermogen bij een juridische fusie of splitsing over onder algemene titel. Onder algemene titel houdt in dat alle rechten, plichten, bezittingen en schulden van rechtswege over gaan²¹. Er hoeven hiervoor geen aanvullende rechtshandelingen plaats te vinden en er zitten geen aanvullende verplichtingen aan, wat bij een overgang onder bijzondere titel wel het geval is. Het grote verschil met een gewone vervreemding van vermogensbestanddelen is dat bijvoorbeeld contracten niet opnieuw gesloten hoeven te worden, tenzij de contracten zelf clausules bevatten die anders bepalen. Voor de Wet Vpb 1969 worden naast eerder genoemde zaken, bij een verkrijging onder algemene titel de verkrijgende of overnemende rechtspersoon ook de personen die eventuele navorderingsaanslagen zullen ontvangen. Ditzelfde geldt ook voor eventuele sancties die de fiscus op kan leggen.²²

2.3. Juridische fusies en splitsingen in de Wet Vpb 1969

Rechtspersonen die ingevolge artikel 2 Wet Vpb 1969 of ingevolge artikel 3 Wet Vpb 1969 onder het bereik van de vennootschapsbelasting vallen krijgen in het geval van een

²¹ Artikel 3:80 BW.

²² MvT. Kamerstukken II 1997/1998 25 709, nr. 3, p. 11-12

juridische fusie of splitsing te maken met artikel 14b Wet Vpb 1969 voor de juridische fusie en artikel 14a Wet Vpb 1969 voor de juridische splitsing. De begrippen die de Wet Vpb 1969 hanteert sluiten aan bij de begrippen in het Burgerlijk Wetboek, met in artikel 14a Wet Vpb 1969 een onderscheid in zuivere splitsing en afsplitsing.

In zowel het artikel betreffende de juridische fusie²³ als het artikel betreffende de juridische splitsing²⁴ wordt in lid 1 gesproken over een overdracht onder algemene titel. Het is belangrijk op de merken dat er voor de toepassing van artikel 14a Wet Vpb 1969 en artikel 14b Wet Vpb 1969 het geen vereiste is dat er sprake van een juridische fusie of juridische splitsing naar Nederlands recht.²⁵ Het is niet ondenkbaar dat twee buitenlandse vennootschappen die in Nederland buitenlands belastingplichtig zijn naar buitenlands recht fuseren. In dit geval is het de vraag of er aan artikel 14b Wet Vpb 1969 kan worden toegekomen. De fusie naar buitenlands recht moet inhoudelijk hetzelfde zijn als wat wordt verstaan onder een overgang onder algemene titel en een fusie als bedoeld in artikel 2:309 BW.²⁶ Slechts dan is artikel 14b Wet Vpb 1969 van toepassing. Wat betreft een fusie tussen twee rechtspersonen, welke zijn opgericht naar buitenlands recht, maar feitelijk in Nederland zijn gevestigd, geeft artikel 14b lid 8 Wet Vpb 1969 uitsluitel.

Artikel 14a Wet Vpb 1969 en artikel 14b Wet Vpb 1969 zijn op 24 juni 1998 opgenomen in de Wet Vpb 1969. Deze artikelen behandelen de vennootschappelijke gevolgen van een juridische fusie of splitsing. De voorwaardelijke faciliteiten die vanaf lid 2 in deze artikelen worden behandeld zijn gebaseerd op de Fusierichtlijn van de Europese Gemeenschap²⁷, welke als doel had concurrentieneutrale belastingvoorschriften in de wet te implementeren middels doorschuiving. Later in dit hoofdstuk zal verder worden ingegaan op de Europese aspecten verbonden aan artikel 14a Wet Vpb 1969 en artikel 14b Wet Vpb 1969.

De artikelen over de juridische fusie en de juridische splitsing in de Wet Vpb 1969 zijn zo opgebouwd dat artikel 14a lid 1 onderdeel a en b Wet Vpb 1969 en artikel 14b lid 1 Wet Vpb 1969 de hoofdregel beschrijven. In lid 1 wordt gesproken van een overgang onder algemene titel, zoals hierboven is besproken. Daarnaast stelt lid 1 twee ficties. Ten eerste wordt er gesteld dat *'de verdwijnende rechtspersoon geacht [wordt] zijn vermogensbestanddelen ten*

²³ Artikel 14b Wet Vpb 1969.

²⁴ Artikel 14a Wet Vpb 1969.

²⁵ Besluit van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/34M.

²⁶ Besluit van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/34M.

²⁷ Richtlijn van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (2009/133/EG).

tijde van de fusie (respectievelijk splitsing) te hebben overgedragen'. Dit is de zogenoemde vervreemdingsfictie. Deze fictie is nodig om de winst te bepalen die wordt behaald bij de fusie of splitsing van rechtspersonen. Zowel bij de juridische fusie, de zuivere splitsing als de afsplitsing speelt deze fictie. Om de winsten van verdwijnende rechtspersonen ook in de heffing te kunnen betrekken is, wanneer er sprake is van een juridische fusie of een zuivere splitsing, echter nog een tweede fictie nodig. De tweede fictie die artikel 14a lid 1 onderdeel a Wet Vpb 1969 en artikel 14b lid 1 Wet Vpb 1969 stellen, wordt de eindafrekeningsfictie genoemd. De rechtspersonen worden geacht ten tijde van de rechtshandeling op te houden uit de onderneming in Nederland belastbare winst te genieten. Dit betekent dat er fictief sprake is van een staking. Op grond van artikel 15d Wet Vpb 1969 worden de winsten behaald met de staking van de onderneming in het jaar van staking betrokken in de heffing van de vennootschapsbelasting. Bij de afsplitsing is een eindafrekeningsfictie niet noodzakelijk, daar de winsten behaald met de fictieve vervreemding van vermogensbestanddelen bij de overdragende en niet verdwijnende vennootschap als deel van de jaarwinst²⁸ wordt gerekend en daarmee onder de verdere reikwijdte van de Wet Vpb 1969 in de heffing wordt betrokken. Concluderend is de hoofdregel van artikel 14a lid 1 Wet Vpb 1969 en artikel 14 lid 1 Wet Vpb 1969 dat bij een juridische splitsing respectievelijk juridische fusie sprake is van een ruisende overdracht van vermogensbestanddelen; er zal moeten worden afgerekend. Bij afrekening worden niet alleen de nieuw gerealiseerde (fictieve) vervreemdingwinsten meegenomen. Ook alle fiscale reserves zullen vrijvallen en onder de ruisende overdracht vallen.

De vennootschapsbelasting grijpt aan bij de overdragende partij, deze zal moeten afrekenen over de fictieve stakingswinsten of – in het geval van afsplitsing – de verhoogde jaarwinsten. Bij afrekening voelen de overdragende partijen de consequenties van de hoofdregel dus in hun portemonnee, maar bij de juridische fusie en de zuivere splitsing voelen ook de aandeelhouders de gevolgen. Aandeelhouders van de verkrijgende vennootschappen – bij de juridische fusie de nieuwe vennootschap, bij de zuivere splitsing de nieuwe vennootschappen – ervaren relatief weinig consequenties. Er bestaan twee soorten aandeelhouders. Aandeelhouders-natuurlijk personen en aandeelhouders-rechtspersonen.

Voor aandeelhouders-natuurlijk personen spelen een aantal zaken. Ten eerste bestaat bij een juridische fusie de kans dat het aandelenbelang verwatert door de uitgifte van nieuwe aandelen. Ditzelfde geldt ook voor de splitsingen, al moet er dan sprake zijn van uitgifte van aandelen aan een andere dan de originele aandeelhouder van de verkrijgende

²⁸ Artikel 3.8 Wet Vpb 1969.

rechtspersoon. Het kan voorkomen dat een aandeelhouder-natuurlijk persoon dat door de verwatering de aandeelhouder-natuurlijk persoon niet langer een aanmerkelijk belang in de zin van artikel 4.6 Wet Ib 2001 heeft. Voor aandeelhouders van verdwijnende rechtspersonen hebben juridische fusies en splitsingen een veel grotere impact. Deze impact is zonder verder ingrijpen van de wetgever fiscaal niet wenselijk. Artikel 3.57 lid 1 Wet Ib 2001 (juridische fusie) en artikel 3.56 lid 1 Wet Ib 2001 (splitsing) stellen dat de aandelen in een verdwijnende vennootschap geacht worden te zijn vervreemd. Wanneer bij de (fictieve) vervreemding de marktwaarde van de aandelen boven de fiscale boekwaarde van de aandelen ligt, worden winsten behaald die onder de heffing komen te vallen. De (fictief) vervreemde aandelen hebben echter geen contanten opgebracht, omdat de aandelen zullen zijn ingewisseld voor aandelen in de verkrijgende rechtspersoon. Bedrijfseconomisch zou dit belemmerend werken. Daarom heeft de wetgever in artikel 3.57 lid 3 Wet Ib 2001 en artikel 3.56 lid 2 Wet Ib 2001 voorwaardelijke faciliteiten opgenomen waarmee aandeelhouders de claim mogen doorschuiven. De aandelen die zijn verkregen in de verkrijgende rechtspersoon dienen direct na de verkrijging op de waarde te worden gesteld van de aandelen van de verdwijnende rechtspersoon. Zoals aangekondigd stellen artikel 3.57 Wet Ib 2001 en artikel 3.56 Wet Ib 2001 aan de hierboven beschreven faciliteit wel een aantal voorwaarden. Ten eerste moet de verkrijgende vennootschap gevestigd zijn in een lidstaat van de Europese Unie (hierna: EU) of de Europese Economische Ruimte (hierna: EER)²⁹. De tweede voorwaarde in de wetsartikelen in de Wet Ib 2001 is sterk gekoppeld aan de juridische fusie- en splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969. Voor de juridische fusie stelt artikel 3.57 lid 4 Wet Ib 2001, gelijk aan artikel 14b lid 5 Wet Vpb 1969, dat de fusie niet in overwegende mate gericht mag zijn op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing en dat er zakelijke overwegingen ten grondslag moeten hebben gelegen aan de rechtshandeling. Artikel 3.56 lid 3 Wet Ib 2001, gelijk aan artikel 14a lid 6 Wet Vpb 1969, heeft een gelijke strekking. Later in dit hoofdstuk zal uitgebreid worden besproken wat wordt verstaan onder het 'uitstellen en ontgaan van belastingheffing' en 'zakelijke overwegingen'.

Aandeelhouders-rechtspersonen krijgen in overwegende mate te maken met dezelfde gebeurtenissen als aandeelhouders-natuurlijk personen. De kans bestaat dat door de verwatering van het aandelenbelang de deelnemingsvrijstelling niet langer van toepassing is, afgezien van de regelingen van artikel 13 lid 5 onderdeel a Wet Vpb 1969 en artikel 13 lid 16 Wet Vpb 1969. Wat betreft de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen, geldt ook bij aandeelhouders-rechtspersonen dat de impact van een juridische fusie of splitsing groter is. Via de schakelbepaling van artikel 8.1 Wet Vpb 1969 zijn de bepalingen van artikel

²⁹ Artikel 3.56 lid 2 Wet Ib 2001 (splitsing); artikel 3.57 lid 2 Wet Ib 2001.

3.57 lid 1 Wet Ib 2001 (juridische fusie) en artikel 3.56 lid 1 Wet Ib 2001 (splitsing) ook geldend voor aandeelhouders niet zijnde natuurlijke personen. Artikel 13k Wet Vpb 1969 (juridische fusie) en artikel 13j Wet Vpb 1969 (juridische splitsing) stellen verder dat er sprake is van 'indeplaatstreding'. Deze 'indeplaatstreding' heeft gevolgen voor eventuele compartimenteringsreserves, maar daar zal in deze scriptie niet verder op in worden gegaan.

De vennootschapsbelasting grijpt aan bij de overdragende partij, deze zal moeten afrekenen over de fictieve stakingswinsten of – in het geval van afsplitsing – de verhoogde jaarwinsten. Bedrijfseconomische kan dit erg belemmerend werken. Immers, er moet worden afgerekend over winsten die op stille reserves en goodwill zijn gerealiseerd, maar geen contante opbrengst mee hebben gebracht. De wetgever heeft dit ook ingezien en voor de juridische fusie in artikel 14b lid 2 Wet Vpb 1969 en voor juridische splitsing in artikel 14a lid 2 Wet Vpb 1969 een voorwaardelijke faciliteit opgenomen. De faciliteit vind uit zichzelf niet zomaar toepassing, belastingplichtigen moeten wel expliciet voor de faciliteit kiezen.³⁰ Wel is het zo dat wanneer aan alle voorwaarden wordt voldaan die in artikel 14b lid 2 Wet Vpb 1969 of artikel 14a lid 2 Wet Vpb 1969 worden genoemd, belastingplichtigen wettelijk recht hebben op de faciliteit. Dit kan alleen door een inspecteur worden tegengehouden wanneer er sprake is van het ontwijken of ontgaan van belastingheffing. Er zijn situaties waarbij het voor belastingplichtigen gunstiger is de faciliteit niet toe te passen. Mocht een verdwijnende rechtspersoon veel compensabele verliezen in de boeken hebben staan, dan is de toepassing van de faciliteit mogelijk helemaal niet wenselijk. De voorwaardelijke faciliteit van artikel 14b lid 2 Wet Vpb 1969 respectievelijk artikel 14a lid 2 Wet Vpb 1969 zorgt er kort gezegd voor dat de claim over alle stille en fiscale reserves en goodwill wordt doorgeschoven naar de verkrijgende partij. De claim die rust op de stille en fiscale reserves wordt doorgeschoven en zal niet verloren gaan. Bij de doorschuiving is sprake van volledige indeplaatstreding. Het gevolg van deze indeplaatstreding is dat de geruisloze overdracht van vermogensbestanddelen plaatsvindt met de fiscale (boek)waarden. Daarnaast heeft de indeplaatstreding ook gevolgen voor zaken als het opgeofferde bedrag bij deelnemingen, de termijn van de herinvesteringsreserve, het lopende termijn van de desinvesteringsbijtelling en een eventuele opwaarderings- op kostenegalisatiereserve. Wanneer een verdwijnende rechtspersoon een deelneming op de balans heeft staan, zal de verkrijgende rechtspersoon het opgeofferde bedrag voor de deelneming overnemen. Bij de herinvesteringsreserve zal het termijn blijven doorlopen.

³⁰ Heithuis, van der Dool, etc. Compendium Vennootschapsbelasting.

Naast de formele aspecten van de juridische fusie- en splitsingsfaciliteit stelt de wetgever een flink aantal materiële vereisten aan de toepassing van de juridische fusie- of juridische splitsingsfaciliteit. Artikel 14b lid 2 Wet Vpb 1969 en artikel 14a lid 2 Wet Vpb 1969 stellen de geven een opsomming van de vereisten waaraan moet worden voldaan om de juridische fusiefaciliteit of de juridische splitsingsfaciliteit toe te passen zonder nadere voorwaarden. De vereisten zullen hieronder één voor één kort worden besproken.

1. De wetgever eist dat de verdwijnende en de verkrijgende rechtspersonen dezelfde bepalingen met betrekking tot het bepalen van de winst hanteren. Ook wanneer de verdwijnende en verkrijgende rechtspersonen een andere functionele valuta hanteren zullen de rechtspersonen zijn aangewezen op de faciliteit onder nadere voorwaarden (artikel 14b lid 3 Wet Vpb 1969 en artikel 14a lid 4 Wet Vpb 1969, hierover later meer.)
2. De wetgever eist dat geen van de rechtspersonen aanspraak mag hebben op de voorwaartse verliesverrekening van artikel 20 wet VPB. Deze eis van de wetgever zorgt er mede voor dat latere heffing verzekerd is. Door voorwaartse verliesverrekening te verbieden wordt misbruik van de juridische fusie- of splitsingsfaciliteit tegengegaan. Door de vereiste is het niet langer mogelijk om bijvoorbeeld een geruisloze afsplitsing van een deel van de vennootschap met stille reserves op activa te realiseren naar een vennootschap met compensabele verliezen. Mocht dat wel hebben gekund, dan zou de realisatie van de stille reserves op de overgedragen vermogensbestanddelen kunnen worden afgezet tegen de verliezen die in de verkrijgende vennootschap al aanwezig waren. Bij de afsplitsing stelt de wetgever de vereiste dat de verkrijgende rechtspersoon niet over compensabele verliezen mag beschikken, bij de juridische fusie en de zuivere splitsing gaat het om zowel de verdwijnende als de verkrijgende rechtspersoon.
3. Geen van de partijen mag recht hebben op toepassing van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting. Bij de afsplitsing geldt dit alleen voor de verkrijgende rechtspersoon. Deze voorwaarde ligt in het verlengde van het voorwaarde dat er geen sprake van zijn van toepassing van voorwaartse verliesverrekening. Een regeling ter voorkoming van dubbele belasting zou immers ook in de toekomst de winst kunnen drukken bij de verkrijgende partij en is daarmee misbruikgevoelig.³¹

³¹ De wetgever heeft deze regeling ingesteld om te voorkomen dat er zogenoemde handel in lichamen komt die recht hebben op een regeling ter voorkoming van dubbele belasting. Een rechtspersoon die geen recht heeft op een regeling ter voorkoming van dubbele belasting zou anders omwille van het recht hebben op voorkoming van dubbele belasting kunnen willen fuseren of splitsen.

4. De wetgever stelt de voorwaarde dat er geen sprake mag zijn van partijen die aanspraak kunnen maken op de innovatiebox, omdat dit ook zou kunnen leiden tot misbruik.³² Een innovatiebox betekent feitelijk een korting op het vennootschapsbelastingtarief.
5. De verkrijgende partijen mogen geen aanspraak maken op de voortwenteling van renten als bedoeld in artikel 15b Wet Vpb 1969. Ook dit komt uiteindelijk neer op de voorkoming van misbruik van de faciliteit. Wanneer de verkrijgende partijen gebruik kunnen maken van de verruiming die wordt geboden door een overheveling van de voortwenteling van renten is het mogelijk dat meer in aftrek wordt gebracht dan zonder een juridische fusie of splitsing.
6. De verkrijgende en verdwijnende partijen bij de juridische fusie of splitsing geen aanspraak hebben op een objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.
7. Alle betrokken partijen mogen geen aanspraak hebben op verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten.
8. De verkrijgende en verdwijnende rechtspersonen mogen geen aanspraak hebben op deelnemingsverrekening, welke geldt voor niet-kwalificerende beleggingsinstellingen. Deze eis is mede in het leven geroepen om te voorkomen dat de mogelijkheden voor de deelnemingsverrekening worden vergroot.
9. Ten slotte heeft de wetgever uitdrukkelijk in de wettekst opgenomen dat latere heffing moet worden verzekerd. Dit houdt onder andere in dat bijvoorbeeld in het geval van een splitsing de fiscale reserves aan de verkrijgende rechtspersonen moeten worden toebedeeld.³³ Kortom, de fiscale claim op de stille en fiscale reserves en de goodwill mag niet verloren gaan. De eerste acht voorwaarden kunnen goed beschouwd worden gezien als antimisbruikbepalingen om het uitstellen en ontgaan van belastingheffing tegen te gaan, de laatste stelt specifiek dat heffing moet worden verzekerd. De heffing die hier wordt bedoeld is de heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting.³⁴

Op het moment dat niet wordt voldaan aan de vereisten die de wetgever heeft gesteld in artikel 14b lid 2 Wet Vpb 1969 en artikel 14a lid 2 Wet Vpb 1969, kunnen belastingplichtigen onder door de Staatssecretaris nader gestelde voorwaarden toch nog toegang krijgen tot de

³² Hier wordt eenzelfde gedachtegang gevolgd als bij de voorwaarde dat er geen recht mag zijn op een regeling ter voorkoming van dubbele belasting en bij de voorwaarde dat er geen sprake mag zijn van voorwaartse verliesverrekening. Het is niet de bedoeling van de wetgever dat er gefuseerd of gesplitst wordt omwille van de innovatiebox.

³³ MvT. Kamerstukken II 1997/1998 25 709, nr. 3, p. 11-12.

³⁴ Richtlijn van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (2009/133/EG).

juridische fusie- dan wel juridische splitsingsfaciliteit van de Wet Vpb 1969. Wanneer rechtspersonen voor de toepassing van een van de faciliteiten willen opteren dienen ze hiervoor gezamenlijke (de verdwijnende en de verkrijgende rechtspersoon) een verzoek toe in te dienen. De inspecteur beslist middels een voor bezwaar vatbare beschikking of de overdragende rechtspersoon (gedeeltelijk) de stakingswinst buiten aanmerking mag laten bij het bepalen van de belastbare winst. In het besluit juridische fusie³⁵ heeft de wetgever bij ministeriële regeling voorwaarden gesteld waaraan de belastingplichtige moet voldoen. Deze voorwaarden zijn de zogenaamde standaardvoorwaarden en dienen ter verzekering en invordering van de belasting (artikel 14b lid 4 wet VPB). Voor de zuivere splitsing en de afsplitsing zijn de door de Staatssecretaris standaardvoorwaarden opgesteld.^{36 37} In artikel 14b lid 4 Wet Vpb 1969 en artikel 14a lid 5 Wet Vpb 1969 heeft de wetgever bepaald dat de standaardvoorwaarden slechts ‘ter verzekering van heffing en invordering van de belasting’ mogen strekken, welke verschuldigd zou zijn als er geen juridische fusie- of splitsingsfaciliteit van toepassing is.

2.4. De Europese fusierichtlijn

De originele juridische fusiefaciliteit en de originele juridische splitsingsfaciliteit zijn in op 24 juni 1998 opgenomen in de Wet Vpb 1969. Deze faciliteiten waren indertijd gebaseerd op de Fusierichtlijn van de Europese Gemeenschap³⁸, welke als doel had concurrentieneutrale belastingvoorschriften in de wet te implementeren middels doorschuiving van de fiscale claim. Op 15 december 2009 is de nieuwe Europese fusierichtlijn³⁹ in werking getreden. De Nederlandse implementatie van de faciliteiten verschilt in een aantal opzichten van de Europese Fusierichtlijn. De verschillen en achtergrond van de Europese Fusierichtlijn zullen hieronder aan bod komen. Ten eerste zal zullen twee verschillen met betrekking tot de wettekst worden besproken om de spanningsvelden tussen de Nederlandse en Europese wettekst te illustreren. Waar de Nederlandse wettekst spreekt van ‘in overwegende mate gericht zijn op het uitstellen en ontgaan van belastingheffing’, spreekt de Europese fusierichtlijn in artikel 15 lid 1 van ‘als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking’. Hoewel de Nederlandse faciliteit voor de komst van de Europese

³⁵ Besluit van 27 januari 2015, nr. BLBK 2015/34M (juridische fusie).

³⁶ Besluit van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/38M (zuivere splitsing).

³⁷ Besluit van 27 januari 2015, nr. BLBK 2015/33M (afsplitsing).

³⁸ Richtlijn van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (90/434/EEG).

³⁹ Richtlijn van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (2009/133/EG).

fusierichtlijn al in bestond, heeft de Nederlandse wetgever er niet voor gekozen de wettekst aan te passen naar de tekst in de fusierichtlijn.

Een tijd lang is niet bevestigd of de Nederlandse wettekst voldeed als interpretatie van de Europese tekst van de richtlijn. In de arresten *Leur-Bloem*⁴⁰ en *Foggia*⁴¹ is door het Europese Hof van Justitie eerder uitleg gegeven over bepaalde delen van de richtlijn. In zowel het arrest *Leur-Bloem* als de zaak *Foggia* heeft het Hof van Justitie uitleg gegeven aan de reikwijdte van het toetsen van belastingfraude- en ontwijking. De Hoge Raad heeft in het arrest van 29 juni 2012⁴² bevestigd dat de Nederlandse formulering van de Europese Fusierichtlijn wat betreft het begrip ‘als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking’ juist is. Een tweede verschil is dat in de Europese fusierichtlijn wordt gesproken van het begrip ‘activiteiten’. Dit is niet hetzelfde als actieve werkzaamheden, omdat bijvoorbeeld het houden van beleggingen niet wordt gezien als het hebben van actieve werkzaamheden.⁴³ Activiteiten behorende bij het zijn van een houdstervennootschap worden wel door de wetgever gezien als het hebben van actieve werkzaamheden. Echter, de wetgever heeft nog geen duidelijk antwoord op verschaft op de vraag of beleggingen voor toepassing van de faciliteit dezelfde behandeling krijgen⁴⁴. In de praktijk⁴⁵ bestaat hier reeds discussie over.

Een ander aspect met een spanningsveld tussen de Nederlandse wettekst en de Europese Fusierichtlijn is de overgang onder algemene titel. Een overgang onder algemene titel is een term die voortkomt uit het Burgerlijk Wetboek. Wanneer een Nederlandse vennootschap echter fuseert met een buitenlandse vennootschap is lang niet altijd sprake van een overgang onder algemene titel. De Nederlandse wettekst spreekt echter wel van een overgang onder algemene titel. De vraag rijst of bijvoorbeeld een fusie met een buitenlandse vennootschap wel aanspraak op de faciliteit kan maken⁴⁶. Hoewel het Burgerlijk Wetboek in 2008 is aangepast en onder voorwaarden wel een grensoverschrijdende juridische fusie erkent, is de Wet Vpb 1969 niet aangepast.⁴⁷

⁴⁰ HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32.

⁴¹ HvJ EU 10 november 2011, nr. C-126/10.

⁴² Hoge Raad 19 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261.

⁴³ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 53.

⁴⁴ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 53.

⁴⁵ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 115; Hof Amsterdam, 31 maart 2004, nr. 02/06079, *rechtspraak.nl*.

⁴⁶ Bouwman, Boer. Wegwijs in de Vennootschapsbelasting.

⁴⁷ Artikel 333c boek 3 BW.

Opmerkelijk is verder de afwijking in de splitsingsfaciliteit in de Nederlandse wetgeving. In artikel 14a lid 6 Wet Vpb 1969 heeft de Nederlandse wetgever een vervreemdingsverbod van 3 jaar op de aandelen van de verkrijgende vennootschap opgenomen. Hierover zal later in dit hoofdstuk meer worden geschreven. Het vervreemdingverbod op de aandelen maakt de faciliteit voor splitsingen strenger in Nederland dan op grond van de Fusierichtlijn vereist is. De Europese Fusierichtlijn spreekt namelijk niet van een vervreemdingsverbod. Gezien het feit dat de Wet Vpb 1969 een tegenbewijsmogelijkheid biedt, is de Nederlandse wettekst niet in strijd met de Fusierichtlijn. Door de tegenbewijsmogelijkheid worden alle zaken toch per geval bekeken en behandeld.

2.5. De anti-ontgaansbepaling

2.5.1. Algemeen

De juridische fusie- en splitsingsfaciliteit zijn in het leven geroepen om de bedrijfsvoering niet te verstoren, maar zijn niet in alle situaties toegestaan. De wetgever ziet er op toe dat de faciliteiten niet worden misbruikt. Om misbruik tegen te gaan stelt de wetgever dat de fusie niet in overwegende mate zijn gericht mag zijn op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. De wetgever veronderstelt dat er sprake is van het uitstellen of ontgaan van belastingheffing wanneer geen zakelijke beweegredenen ten grondslag liggen aan de rechtshandeling, het zogenoemde eerste bewijsvermoeden. Bij de juridische splitsing heeft de wetgever een tweede toets opgenomen, het tweede bewijsvermoeden. Wanneer de aandelen binnen drie jaar na splitsing worden vervreemd aan een niet-verbonden lichaam, worden de zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht. Wanneer volgens de inspecteur niet wordt voldaan aan de bij de juridische fusiefaciliteit aan het eerste en bij de juridische splitsingsfaciliteit aan het eerste en tweede bewijsvermoeden, zal het tegendeel door de belastingplichtige(n) aannemelijk moeten worden gemaakt. In eerste instantie ligt de bewijslast bij de inspecteur, in tweede instantie, bij het tegenbewijs, ligt het bij de belastingplichtigen.

2.5.2. Uitstellen of ontgaan van belastingheffing

De hoofdregel bij de juridische fusie en de juridische splitsingsfaciliteit bestaat uit de regel dat de rechtshandeling niet gericht mag zijn op het 'ontgaan of uitstellen van belastingheffing'. Per casus moet worden bekeken wanneer er sprake is van het uitstellen of ontgaan van belastingheffing zoals hier bedoeld. Onderzocht moet worden of de rechtshandeling ook zou hebben plaatsgevonden zonder fiscaal motief. Hierbij moet alleen

worden gekeken naar de belastingen die onder het bereik van de Fusierichtlijn⁴⁸ vallen, zoals de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting. Dit heeft de Hof van Justitie EU bepaald in het Zwijnenburg-arrest.⁴⁹ Voor de beoordeling of in de vennootschapsbelasting recht bestaat op de fusie- of splitsingsfaciliteit maakt het niet uit of in bijvoorbeeld de overdrachtsbelasting belasting wordt uitgesteld of ontgaan. Wanneer niet hoofdzakelijk zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de rechtshandeling wordt de rechtshandeling verondersteld in overwegende mate te zijn gericht op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. In een uitspraak van Hof Amsterdam⁵⁰ is het Hof tot het oordeel gekomen dat ook recht op de faciliteit bestaat wanneer alleen aan de hoofdtoets (niet in overwegende mate gericht op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing) is voldaan. Het eerste bewijsvermoeden (zakelijke overwegingen) is dan ondergeschikt. Mocht de inspecteur oordelen dat er sprake is van het uitstellen of ontgaan van belastingheffing of worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht door de inspecteur, dan ligt de bewijslast in eerste instantie bij de inspecteur. Wordt op grond van het bewijs gesteld dat geen recht bestaat op de faciliteit, dan bestaat er voor belastingplichtigen een tegenbewijsmogelijkheid en verschuift de bewijslast. Artikel 14a lid 6 Wet Vpb 1969 en artikel 14b lid 5 Wet Vpb 1969 beschrijven deze tegenbewijsmogelijkheid. Het is aan belastingplichtigen om aannemelijk te maken dat er wel sprake is van zakelijke overwegingen. ..

2.5.3. 'Zakelijke overwegingen'

Bij zowel de juridische fusie als de juridische splitsing heeft de wetgever een zogenoemd eerste bewijsvermoeden in de wet opgenomen. Wanneer de rechtshandeling niet is ingegeven door in overwegende mate zakelijke overwegingen, kan de juridische fusie- of juridische splitsingsfaciliteit worden geweigerd. In de wettekst is opgenomen dat zakelijke overwegingen, overwegingen zijn zoals een herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden van de bij de rechtshandeling betrokken rechtspersonen. De wetgever heeft echter geen limitatieve opsomming gegeven, waardoor verder invulling van het begrip 'zakelijke overwegingen' berust op wat uit de jurisprudentie valt af te leiden. Wat herstructurering van actieve werkzaamheden precies inhoudt is ook niet altijd even duidelijk. In de parlementaire behandeling wordt daar echter nog wel over gesteld dat de situatie voor een fusie moet worden vergeleken met de situatie na een fusie. De overdracht van een

⁴⁸ Richtlijn van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (2009/133/EG).

⁴⁹ HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-352/08 (*Zwijnenburg*), BNB 2010/257.

⁵⁰ Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/01358, V-N 2002/20.10.

onderneming zou bij een dergelijke rechtshandeling kunnen worden aangemerkt als een reorganisatie van de actieve werkzaamheden⁵¹. Net als hierboven is geschreven over het uitstellen of ontgaan van belastingheffing, is ook het begrip ‘zakelijke overwegingen’ zeer casuïstisch van aard. Immers, bij het ontbreken van de zakelijke overwegingen, zoals een herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden wordt een rechtshandeling geacht gericht te zijn op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. De twee termen zijn vaak aan elkaar verbonden. Om een beeld te krijgen van wat zakelijke overwegingen in de praktijk inhouden zal moeten worden gekeken naar de beschikbare jurisprudentie over deze kwestie. Een van de bekende arresten in dit verband is het Leur-Bloem arrest⁵². Het Hof van Justitie oordeelde in deze casus dat het inbrengen van aandelen van de aandeelhouder in een houdstervennootschap ten einde deze in een fiscale eenheid te kunnen voegen met de dochtermaatschappijen niet gericht was op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. In dit arrest wordt gesteld dat hoewel er sprake is van een fiscaal motief (horizontale verliescompensatie) om een aandelenfusie uit te voeren, deze niet gericht is op het uitstellen of ontgaan van heffing, er werd voldoende tegenbewijs geleverd. In een andere zaak heeft het Hof Amsterdam⁵³ geoordeeld dat het uiteindelijk liquideren van beleggingsvennootschappen binnen een fiscale eenheid om de risicospreiding van de aandelenportefeuilles te vergroten, niet gericht was op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Het betrof hier een inbreng van beleggingsvennootschappen in andere vennootschappen middels een aandelenfusie. In een arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2012⁵⁴ werd echter geoordeeld dat er geen sprake was van zakelijke overwegingen en dat er dus sprake is van het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. De zaak betrof het uitkopen van een aandeelhouder ter voorkoming van een aanmerkelijk-belangheffing waar de aandeelhouder onder zou komen te vallen.

Een van de belangrijkste arresten wanneer het gaat om de zakelijke overwegingen stamt echter uit 2006. Dit arrest wordt het Bulkgas-arrest⁵⁵ genoemd. In dit arrest werd een deel van de vermogensbestanddelen afgesplitst in een aparte vennootschap, waarna de aandelen van deze vennootschap werden vervreemd. De vervreemding viel binnen de driejaarstermijn van het vervreemdingsverbod (tweede bewijsvermoeden). Het leek dan ook zo te zijn dat de splitsingsfaciliteit niet toegepast zou mogen worden. De Hoge Raad oordeelde echter dat achter de afsplitsing en directe verkoop van aandelen zakelijke overwegingen ten

⁵¹ Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 17, blz. 71.

⁵² HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95, *BNB* 1998/32.

⁵³ Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/06079, *rechtspraak.nl*.

⁵⁴ Hoge Raad 29 juni 2012, nr. 10/00807, *BNB* 2012/261.

⁵⁵ Hoge Raad 2 juni 2006, nr. 41.942, *BNB* 2006/282.

grondslag lagen. Het betrof namelijk een situatie waarin het mededingingsrecht belanghebbende verplichtte een deel van de vermogensbestanddelen af te stoten. Dit arrest lijkt voor de praktijk te betekenen dat wanneer belastingplichtigen door invloeden van buitenaf worden gestuurd richting het splitsen of afsplitsen en deze vorm ook het beste past bij het beoogde doel, dit als zakelijk zou kunnen worden beschouwd zelfs wanneer de aandelen binnen het drie-jaarstermijn van het vervreemdingsverbod zouden worden vervreemd. Verder stelde de Hoge Raad in het Bulkgas-arrest dat het feit dat belanghebbende nu voldoende contanten zou hebben om de belasting die verschuldigd zou zijn zonder toepassing van de faciliteit te kunnen voldoen, niets afdeed aan de beoordeling van de toepassing van de faciliteit. Daarnaast stelde de Hoge Raad: “De wetgever heeft in artikel 14a lid 5 van de Wet de mogelijkheid tegenbewijs te leveren tegen het op vervreemding van de aandelen gebaseerde wettelijke vermoeden niet beperkt naar gelang van het tijdstip van de vervreemding. De geboden mogelijkheid van tegenbewijs ziet voorts op een omstandigheid – het aan de splitsing in overwegende mate ten grondslag liggen van zakelijke overwegingen – die niet uitsluit dat ten tijde van de splitsing al een voornemen tot vervreemding van de aandelen bestaat.”⁵⁶

Voor de beoordeling van de vraag of zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de rechtshandeling is in het arrest van 14 mei 2004⁵⁷ gesteld dat bij de beoordeling van zakelijke overwegingen, de rechtshandeling in kwestie niet op zichzelf staand is. In het geval er meerdere rechtshandelingen na elkaar plaatsvinden, moet in de context van het geheel worden beoordeeld of er wordt gehandeld vanuit zakelijke overwegingen.

2.5.4. Vervreemdingsverbod

Voor de juridische splitsingsfaciliteit geldt aanvullend op het eerste bewijsvermoeden nog het tweede bewijsvermoeden. In artikel 14a lid zes Wet Vpb 1969 stelt de wetgever dat de aandelen van een gesplitste rechtspersoon niet binnen drie jaren⁵⁸ na de splitsing vervreemd mogen worden, geheel of ten dele, direct of indirect, aan een niet-verbonden lichaam. Het betreft hierbij aandelen van zowel de verkrijgende als de overdragende rechtspersoon. Het vervreemden van slechts één aandeel is al genoeg om te voldoen aan het bewijsvermoeden. Op het moment dat er wordt voldaan aan het bewijsvermoeden is het aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat er toch sprake is van zakelijke overwegingen. Wanneer de belastingplichtige succesvol gebruik maakt van deze

⁵⁶ Rechtsoverweging 3.3.3. Hoge Raad 2 juni 2006, nr. 41.942, *BNB* 2006/282.

⁵⁷ Hoge Raad 14 mei 2004, nr. 39 664, *BNB* 2004/277.

⁵⁸ Compendium Vennootschapsbelasting, drie boekjaren; in de Vakstudie staat drie keer 12 maanden gerekend vanaf het moment dat de notariële splitsing is geschiedt (kalenderjaren).

tegenbewijsmogelijkheid⁵⁹ blijft de faciliteit gewoon in stand. Wordt er door de belastingplichtige niet aannemelijk gemaakt dat er sprake is van zakelijke overwegingen, dan moet alsnog worden afgerekend over de stille reserves en goodwill die eerder buiten de heffing zijn gebleven. Ook de verkrijgende vennootschap moet opletten bij het inwerking treden van het tweede bewijsvermoeden. Boekwaardes van overgenomen activa en passiva moeten namelijk nu te boek worden gesteld als ware het een ruisende splitsing geweest.

2.6. Zekerheid vooraf

Bij zowel de juridische fusiefaciliteit als bij de juridische splitsingsfaciliteit in de wet op de vennootschapsbelasting is het mogelijk om voorafgaand aan de fusie dan wel splitsing zekerheid te krijgen of de faciliteit mag worden toegepast. Belastingplichtigen kunnen een verzoek indienen bij de inspecteur, die daarover door middel van een voor bezwaar vatbare beschikking beslist⁶⁰. Het verzoek moet bij een juridische splitsing door de splitsende rechtspersoon en bij de juridische fusie door de verdwijnende rechtspersoon uiterlijk voor de rechtshandeling worden ingediend bij de inspecteur. De bedoelde inspecteur is voor de juridische fusie de inspecteur belast met de aanslag van de verdwijnende rechtspersoon. Voor de juridische splitsing zal het de inspecteur belast met de aanslagregeling van de splitsende rechtspersoon. De inspecteur heeft een onderzoeksplicht bij het beoordelen van het verzoek.⁶¹

Bij de juridische splitsing is het daarnaast mogelijk om de inspecteur te verzoeken om in een voor bezwaar vatbare beschikking te beslissen over de toepassing van de faciliteit in geval van de vervreemding van aandelen⁶², winstbewijzen, bewijzen van deelgerechtigdheid en lidmaatschapsrechten⁶³. In dit geval moet het verzoek worden ingediend door de rechtspersoon waarvan de aandelen in kwestie betreffen.

⁵⁹ Artikel 14a lid 6 Wet Vpb 1969 en artikel 14b lid 5 Wet Vpb 1969.

⁶⁰ Artikel 14a lid 8 Wet Vpb 1969 en artikel 14b lid 7 Wet Vpb 1969.

⁶¹ Kan worden afgeleid uit Hoge Raad 25 oktober 2000, nr. 35 957, *BNB* 2001/123.

⁶² Artikel 14a lid 6 Wet Vpb 1969.

⁶³ Artikel 14a lid 10 Wet Vpb 1969.

Hoofdstuk 3 – juridische fusie- en splitsingsfaciliteit in de Wet op Belastingen van Rechtsverkeer 1971

3.1. Inleiding

In de Wet op Belastingen van Rechtsverkeer 1971 (Wet BRV 1971) is net als in de Wet op de Vennootschapsbelasting een faciliteit opgenomen voor juridische fusies en juridische splitsingen. Deze faciliteit kan worden toegepast op situaties waarin een rechtspersoon overdrachtsbelasting is verschuldigd naar aanleiding van een overgang van een onroerende zaak of aandelen in een onroerende zaak rechtspersoon⁶⁴ (OZR). In dit hoofdstuk zal kort nog even worden stilgestaan bij de rechtshandelingen juridische fusie en juridische splitsing, waarna deze rechtshandelingen uitgebreid in de context van de overdrachtsbelasting zullen worden behandeld. Ten slotte zal in dit hoofdstuk worden stilgestaan bij de anti-ontgaansbepalingen die aan de faciliteiten in de Wet BRV 1971 zijn gekoppeld.

3.2. Juridische fusies en splitsingen

Evenals de Wet Vpb 1969, sluit ook de Wet BRV 1971 voor de rechtshandelingen juridische fusie en juridische splitsing aan bij het Burgerlijk Wetboek. Artikel 2:309 BW beschrijft de juridische fusie en artikel 2:334a BW beschrijft de juridische splitsing. Voor een uitgebreidere uitleg van de rechtshandelingen wordt verwezen naar hoofdstuk 2.

3.3 Juridische fusies en splitsingen in de Wet BRV 1971

3.3.1. Algemeen

Juridische fusies en splitsingen vallen zoals in de inleiding aangestipt in bepaalde gevallen onder het bereik van de overdrachtsbelasting. Kort gezegd komt de overdrachtsbelasting in beeld wanneer er sprake is van een verkrijging van een onroerende zaak. Bij juridische fusies en splitsingen zal dit zijn wanneer er bij de overgang onder algemene titel een onroerende zaak wordt verkregen, of wanneer er sprake is van een verkrijging van rechten op onroerende zaken of de verkrijging van aandelen die kwalificeren als een belang in een artikel 4-lichaam. De overdrachtsbelasting grijpt aan bij de verkrijger van de onroerende zaken, rechten of een aandelenbelang zoals bedoeld in artikel 4 Wet BRV 1971. Net als in de Wet Vpb 1969 heeft de wetgever een faciliteit opgenomen die een voorwaardelijke vrijstelling van overdrachtsbelasting geeft. In artikel 15 lid 1 onderdeel h Wet VRV 1971 heeft de wetgever een voorwaardelijke vrijstelling opgenomen ter zake van verkrijgingen bij wijze van juridische fusie, splitsing en interne reorganisatie. De vrijstelling wegens een juridische fusie is uitgewerkt in artikel 5bis van het uitvoeringsbesluit Belastingen van Rechtsverkeer

⁶⁴ Artikel 4 Wet BRV 1971.

(hierna: UB BRV). Dit artikel is op 1 januari 2012 opgenomen in de wet. Hiervoor bestond overigens al wel beleid omtrent de verkrijging van vastgoed als gevolg van een juridische fusie.⁶⁵ De verkrijging van onroerende zaken of rechten op onroerende zaken is onder voorwaarden vrijgesteld op grond van artikel 5bis lid 1 UB BRV. De verkrijging van artikel 4-aandelen is onder voorwaarden op grond van artikel 5bis lid 7 UB BRV gelijkgesteld met de verkrijging van onroerende zaken of rechten onroerende zaken. Het gaat hier om de verkrijging of uitbreiding van artikel 4-aandelen die een belang vormen in een verkrijgende rechtspersoon of een groepsmaatschappij daarvan. De juridische splitsingsfaciliteit voor de overdrachtsbelasting is een stuk eerder ingevoerd dan de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting. Op 1 februari 1998 is de splitsing opgenomen in de Wet op Belastingen van Rechtsverkeer, tegelijkertijd overigens met het opnemen van de splitsing in het Burgerlijk Wetboek. Zowel de zuivere splitsing als de juridische afsplitsing vallen in de Wet BRV 1971 onder artikel 5c UB BRV.

Artikel 5bis lid 1 UB BRV en artikel 5c lid 1 UB BRV stellen dat het bij een juridische fusie respectievelijk juridische splitsing – net als in de vennootschapsbelasting – moet gaan om een overgang van vermogenstanddelen onder algemene titel. Dit kan potentieel een probleem vormen voor een fusie waarbij twee naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen fuseren. In artikel 5bis lid 8 UB BRV en artikel 5c lid 2 UB BRV wordt wel gesteld dat voor de toepassing van deze artikelen een rechtspersoon opgericht naar het recht van een andere staat maar naar aard en inrichting gelijk aan de rechtspersonen opgericht naar Nederlands recht die onder dit artikel vallen, gelijk worden gesteld. De rechtspersonen die voorwaardelijk gebruik kunnen maken van deze faciliteiten betreffen een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij met een in aandelen verdeeld kapitaal⁶⁶.

Om de juridische fusiefaciliteit of de juridische splitsingsfaciliteit toe te mogen passen heeft de wetgever voorwaarden opgenomen in het UB BRV. Waar de voorwaarden van de faciliteiten in de vennootschapsbelasting redelijk overeenkomen, kennen de juridische fusiefaciliteit en de juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting echter grote verschillen. Een van de meest opvallende is het verschil in het aantal leden dat onder een artikel vallen. Waar artikel 5bis UB BRV acht leden telt, kent artikel 5c UB BRV er slechts twee. Belangrijker nog is het verschil in de inhoudelijke voorwaarden.

⁶⁵ Resolutie van 27 november 1985, nr. 285-13707 en Besluit van 19 december 2002, nr. CPP2002/2456M.

⁶⁶ Artikel 5c lid 2 UB BRV.

In artikel 5bis lid 1 UB BRV wordt direct al de voorwaarde gesteld de vrijstelling bij de juridische fusie alleen van toepassing kan zijn wanneer het gaat om een fusie die 'hoofdzakelijk plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen'. De 'zakelijke overwegingen' in de Wet BRV 1971 worden later in dit hoofdstuk uitgebreid behandeld. Bij de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting is het vanuit de wettekst niet vereist dat er ook daadwerkelijk een materiële onderneming overgaat. Dit is echter niet zo zwart-wit wanneer de zakelijkheidstoets in beeld komt. Daar stelt de besluitgever dat er sprake moet zijn van enige 'substance',⁶⁷ wat suggereert dat er wel daadwerkelijk een materiële onderneming over moet gaan. In de literatuur is wordt dit echter betwist⁶⁸. In artikel 5bis lid 1 UB BRV is tevens een voorrangsregeling opgenomen. Voor de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting heeft de wetgever bij de invoering van artikel 5bis UB BRV in 2012 expliciet in de wettekst gezet dat deze faciliteit niet van toepassing kan zijn wanneer er ook gebruik gemaakt kan worden van de interne reorganisatievrijstelling⁶⁹. Er is hier expliciet de voorkeur gegeven aan de vrijstelling van artikel 5b UB BRV. Een dergelijke voorkeursregeling lijkt niet terug te lezen in de wettekst als het gaat om artikel 5bis UB BRV en artikel 5d UB BRV. Het kan voorkomen dat er sprake is van een juridische fusie waarbij de fuserende rechtspersonen kwalificeren als een ANBI⁷⁰. De splitsingsfaciliteit die is opgenomen in het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer kent in tegenstelling tot de juridische fusiefaciliteit slechts twee leden. Net als artikel 14a Wet VPB mag de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting alleen worden toegepast wanneer de rechtshandeling niet in overwegende mate is gericht op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Daarnaast moet worden opgemerkt dat bij een splitsing, zowel bij een zuivere splitsing als een afsplitsing, en de juridische fusie twee aparte overdrachten van vermogensbestanddelen zouden kunnen zijn. Dit kan voorkomen in het geval er sprake is van een overdracht van vermogensbestanddelen, waarna een uitreiking van aandelen in de verkrijgende rechtspersoon volgt als tegenprestatie. Wanneer deze aandelen een belang in een artikel 4-lichaam vormen, is er bij het ontvangen van de tegenprestatie sprake van een verkrijging voor de overdrachtsbelasting. In dit geval vallen deze aandelen volgens het Ministerie van Financiën in eerste instantie niet onder de vrijstelling, daar de vrijstelling uitdrukkelijk op de verkrijging van onroerende zaken ziet⁷¹. De Rechtbank Gelderland heeft dit in een uitspraak van 27 februari 2019 in een specifieke casus bevestigd.⁷² De verkrijging van aandelen als tegenprestatie is echter onlosmakelijk verbonden met de splitsing. In het

⁶⁷ Nota van Toelichting, 22 december 2011, Stb. 2011, 677.

⁶⁸ Vakstudie 14 – Belastingen van Rechtsverkeer; artikel 15 Vrijstellingen, aantekening 3.1.

⁶⁹ Artikel 5b UB BRV

⁷⁰ Algemeen Nut Beogende Instellingen

⁷¹ Punt 6.1. Besluit 25 mei 2018 nr. 2018-50125.

⁷² Rechtbank Gelderland 27 februari 2019, nr. AWB - 18 _ 1707, V-N 2019/32.15

besluit is daarom voorwaardelijk goedgekeurd dat de vrijstelling alleen geldt voor aandelen die de gerechtigdheid in het originele vermogen vertegenwoordigen.

3.3.2 Vervreemdingsverbod

Wanneer de overgang van vermogensbestanddelen heeft plaatsgevonden, stelt de wetgever nog aanvullende eisen. Bij het schenden van de eerste gestelde voorwaarde is er direct sprake van het terugnemen van de faciliteit. Deze voorwaarde betreft de voortzetting van de activiteiten door de verkrijgende vennootschap betrokken bij de fusie. Dit wordt kortgezegd de voortzettingseis genoemd en is terug te vinden in artikel 5bis lid 3 UB BRV. De tweede eis die de wetgever stelt betreft het zogenaamde vervreemdingsverbod. Wanneer niet wordt voldaan aan deze voorwaarde zijn er nog enkele uitzonderingssituaties waarbij de faciliteit niet wordt teruggenomen. Hieronder zal eerst de voortzettingseis worden besproken, daarna het vervreemdingsverbod. Voor de voortzettingsvereiste is belangrijk op te merken dat de wettekst in artikel 5bis lid 3 UB BRV heel specifiek is.

“De belasting die door toepassing van artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de wet niet is geheven ter zake van de fusie is alsnog verschuldigd, indien de activiteiten van de fuserende rechtspersonen niet gedurende een periode van ten minste drie jaren na de fusie door de verkrijgende rechtspersoon in haar geheel wordt voortgezet.”

Het moet specifiek gaan om de activiteiten van alle verdwijnende rechtspersonen en deze activiteiten moeten volledig worden voortgezet.⁷³ Wanneer de verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar een deel afstoot, hoe klein dat deel ook is, wordt de vrijstelling in principe terug gedraaid. Deze voorwaarde kan echter normale en wenselijke bedrijfsvoering in de weg staan. De wetgever heeft dit ook ingezien en in lid 5 een aantal rechtshandelingen beschreven waarin lid 3 niet van toepassing is en de fusiefaciliteit voor de overdrachtsbelasting in stand blijft. Het maakt bij de uitgezonderde rechtshandelingen niet uit of onroerende zaken over gaan in de rechtshandeling.⁷⁴ Lid 5 beschrijft dat wanneer er binnen de drie jaar sprake is van inbreng in een BV of NV, een geruisloze terugkeer uit een BV of NV, een juridische fusie, een bedrijfsfusie, een interne reorganisatie of een splitsing waardoor in principe niet wordt voldaan aan de voortzettingseis van lid 3, de toepassing van de juridische fusiefaciliteit onder voorwaarden toch in stand mag blijven. De activiteiten moeten gedurende de resterende periode van de drie-jaarstermijn in het geheel worden voortgezet door de opvolgende partij en de opvolgende gebeurtenissen in samenhang met

⁷³ Vakstudie Belastingen van rechtsverkeer, art. 5bis Uitvoeringsbesluit BRV, aant. 2; artikel 5bis lid 3 UB BRV.

⁷⁴ Nota van Toelichting, 22 december 2011, Stb. 2011, 677.

de juridische fusie in overwegende mate zijn gericht op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing⁷⁵.

Wanneer er sprake is van een juridische fusie waarin een onroerende zaak rechtspersoon is betrokken als verdwijnende en/of verkrijgende rechtspersoon stelt de wetgever nog aanvullende eisen in artikel 5bis lid 2 UB BRV. Deze voorwaarden maken gebruik van een aanmerkelijk-belangcriterium dat op twee manieren uitpakt. Ten eerste wanneer de verkrijgende rechtspersoon op het moment van fusie of het jaar voorafgaand aan het fusietijdstip kwalificeert als een artikel 4-lichaam en de aandeelhouder een belang van ten minste een derde bezit of heeft bezeten. Ten tweede wanneer als gevolg van de fusie een belang van ten minste een derde in een artikel 4-lichaam wordt verkregen door de aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon of de groepsmaatschappij daarvan. De juridische fusievrijstelling wordt teruggedronken wanneer de aandeelhouder van de verdwijnende onroerende zaak rechtspersoon alleen of samen met een concern een belang heeft dat als gevolg van de fusie niet wordt vervangen door een gelijksoortig belang of het soortgelijk belang binnen drie jaar vervreemd. Daarnaast mag de aandeelhouder van de verkrijgende onroerende zaak rechtspersoon wanneer hij ten minste een derde van het belang in de verkrijgende vennootschap bezit, dit belang niet binnen drie jaar vervreemden. Zoals hierboven te lezen is, wordt net als bij de voortzettingseis in het vervreemdingsverbod of de aanhoudingseis een termijn van drie jaar gehanteerd. Het vervreemdingsverbod geldt voor het gehele belang. Als de aandeelhouder een deel van de aandelen of een deel van het belang in een onroerende zaak rechtspersoon vervreemd is dat al voldoende voor het terugnemen van de vrijstelling. Het is bij de juridische fusie ook belangrijk goed te kijken naar veranderende posities en belangen van aandeelhouders. Bij juridische fusies kan het aandelenbelang verwateren waardoor er niet langer sprake is van een belang van ten minste een derde van het aandelenbelang, maar er kunnen ook aandeelhouders zijn die na de juridische fusie juist wel een belang van ten minste een derde hebben in een onroerende zaak rechtspersoon. Wanneer een natuurlijk of rechtspersoon die eerder geen belang of geen belang van ten minste een derde had in een onroerende zaak rechtspersoon door de juridische fusie een belang van ten minste een derde heeft gekregen in een onroerende zaak rechtspersoon geldt ook het vervreemdingsverbod van drie jaar.

Hoewel artikel 5c UB BRV aanzienlijk korter is dan de juridische fusiefaciliteit, bevat de splitsingsfaciliteit ook een vervreemdingsverbod. Indien de aandelen in de gesplitste rechtspersoon of de verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar geheel of ten dele worden

⁷⁵ Artikel 5bis lid 6 UB BRV.

vervreemd aan een rechtspersoon niet verbonden⁷⁶ met de verkrijgende en gesplitste rechtspersoon, wordt de rechtshandeling onzakelijk geacht tenzij het tegendeel kan worden bewezen.

3.4. De anti-ontgaansbepaling

3.4.1. Algemeen

In de overdrachtsbelasting bestaat er een groot verschil tussen de anti-ontgaansbepaling die de wetgever heeft opgenomen in de juridische fusiefaciliteit en de juridische splitsingsfaciliteit. De juridische fusiefaciliteit past een (hoofd)zakelijkheidstoets toe, waarbij in het eerste lid niet wordt gerept over het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Om de juridische fusiefaciliteit toe te mogen passen moet er in de eerste plaats dus alleen sprake zijn van hoofdzakelijk zakelijke overwegingen. Dit in tegenstelling tot de juridische splitsingsfaciliteit; deze kent de antimisbruikbepaling zoals deze ook is opgenomen in vennootschapsbelasting, waarbij het uiteindelijk gaat om de vraag of belastingplichtigen de faciliteit toepassen met als doel of een van de doelen het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. In 2006⁷⁷ is de wettekst van de juridische splitsingsfaciliteit aangepast om aan te sluiten bij artikel 14a Wet Vpb 1969. Vanwege de grote verschillen in anti-ontgaansbepaling zal in de twee paragrafen hieronder steeds eerst in worden gegaan om de juridische fusiefaciliteit, daarna op de juridische splitsingsfaciliteit.

3.4.2. Anti-ontgaanstoets

De juridische fusiefaciliteit heeft in het eerste lid geen bepaling opgenomen die spreekt over het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Artikel 5bis lid 1 UB BRV stelt dat er alleen van de faciliteit gebruik gemaakt kan worden indien er sprake is van een rechtshandeling die hoofdzakelijk plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Dit is de hoofdregel bij de juridische fusiefaciliteit. Meer over deze hoofdregel en de inhoud komt later aan bod in 3.4.3.. Slechts in enkele gevallen wordt er bij de juridische fusiefaciliteit in de Wet BRV 1971 toegekomen aan de term 'ontgaan van belastingheffing'. Deze gevallen betreffen situaties waarin belastingplichtigen zich beroepen op de toepassing van artikel 5bis lid 4 of 5. In deze artikelen worden gebeurtenissen goedgekeurd waardoor belastingplichtigen niet (langer) kunnen voldoen aan de voortzettings- en aanhoudingseis.

⁷⁶ Zoals bedoeld in artikel 10 Wet Vpb 1969.

⁷⁷ Inwerking getreden 1/1/2006. Besluit 15 december 2005, *Stb.* 2005, 688.

“Het vierde en vijfde lid blijven buiten toepassing ingeval de daargenoemde gebeurtenissen in samenhang met de juridische fusie in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan van belastingheffing”

Er wordt hier niet gesproken over het uitstellen van belastingheffing. De overdrachtsbelasting is een tijdstipbelasting. Dit zou een reden kunnen zijn waarom de wetgever er voor heeft gekozen alleen het ontgaan van belastingheffing op te nemen in de wettekst. Daarnaast bestaat er discussie⁷⁸ of de manier waarop het zesde lid is geformuleerd betekent dat de overdrachtsbelastingfaciliteit kan worden geweigerd wanneer bij opeenvolgende rechtshandelingen (waardoor niet langer aan de voortzettings- en aanhoudingseis kan worden voldaan) sprake is van het ontgaan van bijvoorbeeld vennootschapsbelasting. De juridische splitsingsfaciliteit kent, zoals eerder gezegd, een antimisbruikbepaling zoals die ook overwegend voorkomt in de vennootschapsbelasting. De splitsingsfaciliteit mag alleen worden toegepast op voorwaarde dat de splitsing niet in overwegende mate is gericht op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Wanneer er geen zakelijke overwegingen ten grondslag hebben gelegen aan de rechtshandeling wordt de juridische splitsing geacht te zijn gericht op het in overwegende mate uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Zoals eerder gezegd is deze bepaling door de wetgever bewust gebaseerd op artikel 14a Wet Vpb 1969. In de jurisprudentie die hier later wordt besproken worden enkele parallellen zichtbaar tussen de behandeling van ‘zakelijke overwegingen’ in de Wet Vpb 1969 en de Wet BRV 1971. Het is opmerkelijk dat de wetgever bij de juridische fusiefaciliteit alleen spreekt van het ontgaan van belastingheffing en bij de juridische splitsing wel spreekt van uitstellen en ontgaan.

3.4.3. ‘Zakelijke overwegingen’

Zoals eerder aangegeven is stelt artikel 5bis lid 1 UB BRV dat de faciliteit alleen mag worden toegepast indien sprake is van een rechtshandeling die hoofdzakelijk op grond van zakelijke overwegingen plaatsvindt. Artikel 5c lid 1 UB BRV stelt dat de juridische splitsingsfaciliteit louter mag worden toegepast wanneer de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Hierbij noemt de wetgever nog dat zakelijke overwegingen rationalisering of herstructurering van actieve werkzaamheden kan zijn. Wat ‘zakelijke overwegingen’ zijn is in de overdrachtsbelasting – net als in de vennootschapsbelasting – niet duidelijk uit louter de wettekst en de parlementaire geschiedenis. Er moet bij een juridische fusie sprake zijn van een zekere substance, efficiency en schaalvergroting om te kunnen spreken van zakelijke overwegingen⁷⁹. Verder wordt duidelijk gemaakt dat de

⁷⁸ Aantekening Vakstudie-Nieuws 2012/10.1 JCDI:ADS186393:1.

⁷⁹ Nota van Toelichting, 22 december 2011, Stb. 2011, 677.

wetgever van mening is dat de vraag of er sprake is van overwegend zakelijke overwegingen per individueel geval moet worden beoordeeld en dat dit afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van de zaak. Wel wordt in de nota van toelichting⁸⁰ door de staatssecretaris een tweetal voorbeelden gegeven van zakelijke overwegingen. Ten eerste wordt gesproken van het herstructureren of rationaliseren van activiteiten ten behoeve van het verbeteren van de maatschappelijke en economische performance. Het tweede voorbeeld dat wordt gegeven is dat het opgaan in een andere rechtspersoon moet leiden tot substantiële schaalvoordelen, synergie-effecten en dat de organisatie die ontstaat na de fusie duidelijk meer moet zijn dan de opstelsom van de voor de fusie bestaande rechtspersonen. Het nastreven van een eenvoudigere manier om vermogen over te laten gaan is geen zakelijke reden volgens de staatssecretaris. De voorbeelden in de nota zijn niet limitatief⁸¹. Er kunnen andere zakelijke redenen zijn waardoor er tot een juridische fusie wordt besloten. Echter, omdat deze redenen niet expliciet zijn opgenomen in de toelichting de zakelijkheid vaak een punt van discussie. De jurisprudentie omtrent de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting biedt enige houvast en geeft wat meer informatie over wat kan worden aangemerkt als zakelijke overwegingen. In de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 7 juni 2016 stelt het hof dat de schaalvoordelen en synergie-effecten moeten worden gezien vanuit de context van de activiteiten van belanghebbende. In deze zaak betrof het een onderwijsinstelling die wilde fuseren met de stichting die de onroerende zaken bezat waarin de onderwijsinstelling was gehuisvest. Na de fusie zouden de activiteiten van de stichting, het verhuren van onroerende zaken, niet worden voortgezet en werd er niet voldaan aan de voortzettingseis aldus de Inspecteur. Het hof oordeelde dat ook deze voortzettingseis beoordeeld moet worden vanuit de context van de activiteiten van de rechtspersonen. De juridische fusiefaciliteit mocht worden toegepast. In een andere zaak oordeelde de rechtbank Den Haag⁸² dat de juridische fusiefaciliteit niet mocht worden toegepast. Het betrof een casus waarin het vermogen voorafgaand aan de fusie dermate was uitgehold dat de rechtbank oordeelde dat er geen sprake meer kon zijn van zakelijke overwegingen.

De juridische splitsingsfaciliteit kent geen duidelijkere omschrijving van zakelijke overwegingen dan de juridische fusiefaciliteit. In de wettekst van de splitsingsfaciliteit wordt gesproken van zakelijke overwegingen “zoals de herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en verkrijgende rechtspersonen”. Ook dit is een

⁸⁰ Nota van Toelichting, 22 december 2011, Stb. 2011, 677.

⁸¹ Nota van Toelichting, 22 december 2011, Stb. 2011, 677.

⁸² Rechtbank Den Haag 25 januari 2018, nr. SGR 17/2388, *rechtspraak.nl*.

voorbeeld en een niet limitatieve opsomming⁸³. In de praktijk betekent dit dat ook bij de splitsingsfaciliteit zijn belastingplichtigen grotendeels afhankelijk van jurisprudentie om een in te schatten hoe de argumenten die belastingplichtigen aandragen worden ontvangen. De rechtbank Noord-Holland⁸⁴ heeft in haar uitspraak gesteld dat het verbeteren van een risicoprofiel kwalificeert als een zakelijk doel en dat de fiscale mogelijkheden om de overdrachtsbelasting te verminderen mee mogen spelen. Dat er is gekozen voor een splitsing om aan de vereisten van de faciliteit te voldoen is toegestaan, mits dit niet in overwegende mate de reden is voor de rechtshandeling. Hierbij speelt in deze zaak volgens de rechtbank mee dat de transactie los van de vrijstelling sowieso plaats zou vinden. De redenen om dan voor een splitsing te kiezen zijn bijkomend. In een zaak waar belanghebbende de juridische splitsingsfaciliteit niet heeft mogen toepassen merkte het Hof Den Bosch⁸⁵ op dat de beoordeling van de zakelijkheid dient plaats te vinden vanuit de positie van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen. Zo heeft de staatssecretaris in het besluit van 25 mei 2018 bijvoorbeeld ook aangegeven dat een ruziesplitsing onder de vrijstelling van de juridische splitsingsfaciliteit kan vallen. In het arrest van 13 september 2019⁸⁶ heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat de tegenbewijsmogelijkheid bij het schenden van het vervreemdingsverbod niet gebonden is aan een tijdstip. Ook situaties waarin een vervreemdingsvoornemen bestaat voordat de werkelijke splitsing heeft plaatsgevonden zijn geldig om aannemelijk te maken dat er bij de splitsing sprake was van zakelijke overwegingen. In het arrest van 13 september 2019 verwijst de Hoge Raad ook terug naar een eerder arrest⁸⁷, gewezen in de context van de Wet Vpb 1969. Hierover wordt in hoofdstuk 4 meer duidelijk gemaakt.

In de zaak van 17 december 2019 heeft het Hof⁸⁸ geoordeeld dat ondanks het feit dat de redenen achter de splitsing zakelijk zijn, zoals het opheffen van het bestuursvacuüm, er toch geen recht bestond op toepassing van de faciliteit. De zakelijkheid moet worden getoetst vanuit het oogpunt van de vennootschappen en niet de aandeelhouders. In de zaak betrof het vennootschappen die geen actieve onderneming drijven en dus ook niet kunnen voldoen aan 'zakelijke overwegingen, zoals het herstructureren of rationaliseren van actieve werkzaamheden'. Het Hof oordeelde dat er sprake was van passief vermogensbeheer. Volgens het Hof kan de faciliteit alleen worden toegepast bij actieve werkzaamheden.

⁸³ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 53.

⁸⁴ Rechtbank Noord-Holland 31 januari 2018, nr. AWB - 16 _ 884, *rechtspraak.nl*.

⁸⁵ Hof Den Bosch 1 november 2018, nr. 17/00628, *V-N* 2019/13.9.

⁸⁶ Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792, *BNB* 2019/175.

⁸⁷ Hoge Raad 2 juni 2006, nr. 41.942, *BNB* 2006/282.

⁸⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden, 17 december 2019, *V-N* 2020/11.1.6.

Dit standpunt is in cassatie niet overgenomen door de Hoge Raad⁸⁹. De Hoge Raad heeft in haar arrest bepaald dat de faciliteit toch toegepast mocht worden en volgt hierbij jurisprudentie van het Hof van Justitie EU waarin is bepaald dat het niet drijven van een actieve onderneming geen belemmering mag zijn voor het toepassen van de faciliteit bij fusies. De Europese Fusierichtlijn maakt geen onderscheid tussen de juridische fusie en splitsing en dus moet de en dus moeten de herstructurering en rationalisering van actieve werkzaamheden genoemd in artikel 5c UB BRV als niets meer dan voorbeelden worden beschouwd. De juridische splitsingsfaciliteit van de Wet BRV 1971 is weliswaar niet gebaseerd op de Europese Fusierichtlijn⁹⁰, maar de wetgever heeft bepaald dat artikel 5c UB BRV aansluit bij artikel 14a Wet Vpb 1969. De Hoge Raad stelt hierbij in het arrest in rechtsoverweging 2.3.2. dat de voorwaarden van artikel 5c lid 1 UB BRV net als de voorwaarden in artikel 14a Wet Vpb 1969 beogen aan te sluiten bij artikel 15 lid 1 aanhef en onderdeel a van de Fusierichtlijn. De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie betreffende de juridische fusie- en splitsingsfaciliteit wordt door de Hoge Raad hier doorgetrokken naar de Wet BRV 1971.

3.4.4. Tegenbewijsmogelijkheid

De juridische splitsingsfaciliteit kent de optie om tegenbewijs te leveren wanneer de inspecteur stelt dat er sprake is van onzakelijke beweegredenen. De bewijslast ligt dan volledig bij de belastingplichtige en moet voldoende zijn om aannemelijk te maken dat er zakelijke overwegingen zijn geweest. Ook wanneer de faciliteit verloren kan gaan door niet langer te voldoen aan de aanhoudingseis, bestaat er de mogelijkheid tegenbewijs te leveren een aannemelijk te maken dat er is gehandeld op grond van zakelijke overwegingen.

⁸⁹ Hoge Raad 18 december 2020, nr. 20/00199, V-N 2020/65.17.

⁹⁰ Richtlijn van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (2009/133/EG).

Hoofdstuk 4: synchronisatie

4.1. inleiding

De juridische fusiefaciliteit en de juridische splitsingsfaciliteit kennen in de Wet Vpb 1969 een aantal overeenkomsten en een aantal verschillen, zoals uit hoofdstuk 2 naar voren is gekomen. Dit geldt ook voor de juridische fusiefaciliteit en de juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting (zie hoofdstuk 3). Echter, er zijn ook verschillen en overeenkomsten te vinden tussen de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting en de juridische fusiefaciliteit in de Wet Vpb 1969 en tussen de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet BRV 1971 en de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969. In dit hoofdstuk zullen de faciliteiten in de verschillende belastingen naast elkaar worden gezet, waarbij de focus zal liggen op de behandeling van de (hoofd)zakelijkheidstoetsen in de Wet Vpb 1969 en de Wet BRV 1971.

4.2. Juridische fusiefaciliteit

De juridische fusiefaciliteit in de Wet Vpb 1969 en de Wet BRV 1971 verschillen enorm wat betreft opbouw en voorwaarden verbonden aan de toepassing van de faciliteit. De meeste aspecten van de faciliteiten zijn al uitgebreid besproken in de vorige hoofdstukken, maar zullen hieronder kort tegenover elkaar worden gezet om de verschillen en overeenkomsten aan te tonen. Allereerst zullen de overeenkomsten en verschillen met betrekking tot de voorwaarden bij de faciliteiten aan bod komen, waarna ingegaan wordt op de zakelijkheidstoets.

Beide faciliteiten spreken in lid 1⁹¹ van een overgang onder algemene titel. Voor de faciliteit in de Wet Vpb 1969 en de faciliteit in de Wet BRV 1971 geldt beide de problematiek dat bij een fusie van een Nederlandse rechtspersoon met een buitenlandse rechtspersoon en een fusie tussen twee naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen waarvan beide of een van beide in Nederland is gevestigd niet altijd sprake is van een overgang onder algemene titel.^{92,93} Artikel 14b Wet Vpb 1969 en artikel 5bis UB BRV verschillen aanzienlijk wanneer het gaat over de voorwaarden die door de wetgever worden gesteld aan het toepassen van de juridische fusiefaciliteit. Artikel 14b lid 2 Wet Vpb 1969 stelt een lijst aan voorwaarden aan de rechtspersonen betrokken bij de vennootschap, welke voorwaarden betrekking hebben op het trachten te voorkomen van misbruik van de faciliteit om vennootschapsbelastingheffing en/of inkomstenbelasting uit te stellen of te ontgaan. Artikel 5bis UB BRV stelt geen

⁹¹ Artikel 14b lid 1 Wet Vpb 1969 respectievelijk artikel 5bis lid 1 UB BRV.

⁹² Bouwman, Boer. Wegwijs in de Vennootschapsbelasting.

⁹³ Artikel 333c boek 3 BW.

voorwaarden zoals die zijn opgenomen in artikel 14a Wet Vpb 1969, maar stelt, de uitzonderingen van 5bis lid 4 UB BRV daargelaten, een vervreemdingsverbod van drie jaar in op de aandelen. Daarnaast stelt artikel 5bis lid 3 UB BRV, de uitzonderingen van lid 5 daargelaten, dat de activiteiten in het geheel ten minste drie jaar moeten worden voortgezet. De Wet Vpb 1969 kent echter in het geval van de juridische fusiefaciliteit geen vervreemdingsverbod op aandelen of een voorzettingseis van de activiteiten.

Voordat doorgedaan wordt met het bespreken van de zakelijkheidstoets van de faciliteit in beide belastingwetten, is het goed uit te lichten dat de wetgever in de Wet Vpb 1969 de mogelijk heeft opgenomen de inspecteur vooraf om zekerheid te vragen over de toepassing van de faciliteit. In de Wet BRV 1971 is deze mogelijkheid niet opgenomen.

Waar de Wet Vpb 1969 pas in artikel 14b lid 5 Wet Vpb 1969 toekomt aan de zakelijkheidstoets, wordt in artikel 5bis lid 1 UB BRV direct al gesproken van de voorwaarde dat de rechtshandeling 'hoofdzakelijk plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen'. Opvallend is dat in artikel 5bis UB BRV wordt gesproken van een rechtshandeling die 'hoofdzakelijk plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen', maar dat er niet wordt gerept over het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. In artikel 14b lid 5 Wet Vpb 1969 wordt gesteld dat geen toepassing van de faciliteit mag plaatsvinden indien de rechtshandeling 'in overwegende mate is gericht op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing'. De rechtshandeling wordt geacht te zijn gericht op het uitstellen of ontgaan van heffing wanneer er geen sprake is van zakelijke overwegingen die aan de rechtshandeling ten grondslag liggen. Er ligt een nuance verschil in de bepalingen, waar bij de Wet Vpb 1969 de nadruk ligt op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing en in de Wet BRV 1971 de nadruk (in eerste instantie) ligt op de zakelijke overwegingen.

Desalniettemin blijkt in de praktijk dat de zakelijke overwegingen voor de Wet Vpb 1969 net zo'n grote rol spelen als voor de toepassing van de juridische fusiefaciliteit in de Wet BRV 1971. Immers, zonder zakelijke overwegingen wordt de rechtshandeling geacht te zijn gericht op het uitstellen of ontgaan van heffing. In de Wet BRV 1971 wordt overigens ook later in het wetsartikel over het ontgaan van belastingheffing gesproken. Artikel 5bis lid 6 stelt dat de uitzonderingssituaties van artikel 5bis lid 4 en 5 UB BRV niet langer van toepassing zijn in het geval van ontgaan van belastingheffing. Dit wordt verder behandeld in hoofdstuk 3. De consequentie van het niet voldoen aan de anti-ontgaanstoets wordt alleen gevoeld wanneer belastingplichtigen een beroep zouden moeten doen op de uitzonderingssituaties van artikel 5bis lid 4 en 5 UB BRV. Het toepassingsbereik is dus kleiner dan in de Wet Vpb 1969 en het ontgaan van belastingheffing is niet de hoofdregel. In

lijn met het bovengenoemde is het goed op te merken dat in de Wet Vpb 1969 de rechtspersonen die verzoeken om de juridische fusiefaciliteit de mogelijkheid krijgen tegenbewijs te leveren wanneer de fusie geacht wordt in overwegende mate te zijn gericht op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Het gaat hierbij om een het aannemelijk maken van het tegendeel. In de Wet BRV 1971 krijgt de belastingplichtige geen mogelijkheid tegenbewijs te leveren wanneer niet aan de zakelijkheidstoets wordt voldaan, behalve het uiteraard in bezwaar en beroep gaan tegen de aanslag of de navorderingsaanslag.

In jurisprudentie is bij de bepaling of er wel of geen sprake is van zakelijke overwegingen die ten grondslag liggen aan de rechtsoverweging tot dusver geen vergelijking getrokken tussen de beoordelingscriteria van de zakelijkheidstoets in de Wet Vpb 1969 en de Wet BRV 1971. Daarnaast kunnen rechtspersonen die aanspraak willen maken op toepassing van de faciliteit in de Wet BRV 1971 – in tegenstelling tot in de Wet Vpb 1969 – de inspecteur niet vooraf om zekerheid vragen.

4.3. Juridische splitsingsfaciliteit

Waar de juridische fusiefaciliteit in de Wet BRV 1971 erg verschilt van de juridische fusiefaciliteit in de Wet Vpb 1969, lijkt de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet BRV 1971 wat betreft opbouw meer op de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969. Zoals is aangegeven in hoofdstuk 3, heeft de wetgever in 2006⁹⁴ aangegeven met de wettekst van de juridische splitsingsfaciliteit in het UB BRV aan te willen sluiten bij artikel 14a Wet Vpb.

Hoewel de Wet BRV 1971 belastingplichtigen ook voor de juridische splitsingsfaciliteit niet de optie biedt vooraf om zekerheid te vragen over toepassing van de faciliteit, komt de faciliteit in de Wet BRV 1971 op andere vlakken wel overeen met de faciliteit in de Wet Vpb 1969. Zo bevatten beide faciliteiten eenzelfde opbouw wat betreft de zakelijkheidstoets. In principe is de hoofdregel dat de rechtshandeling niet gericht mag zijn op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing⁹⁵. Wanneer de rechtshandeling niet op grond van zakelijke overwegingen plaatsvindt wordt de rechtshandeling geacht te zijn gericht op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. In zowel de juridische splitsingsfaciliteit van de Wet Vpb 1969 als de juridische splitsingsfaciliteit van de Wet BRV 1971 heeft de wetgever rechtspersonen ruimte gegeven het tegendeel aannemelijk te maken.

⁹⁴ Inwerking getreden 1/1/2006. Besluit 15 december 2005, *Stb.* 2005, 688.

⁹⁵ Artikel 14a lid 6 Wet Vpb 1969 en artikel 5c UB BRV.

Ook kennen beide faciliteiten een vervreemdingsverbod op de aandelen van de gesplitste, dan wel verkrijgende rechtspersoon, met een vergelijkbare tegenbewijsmogelijkheid. Inhoudelijk zit er echter wel verschil in het driejaarstermijn dat wordt gehanteerd bij het vervreemdingsverbod. De Wet BRV 1971 sluit aan bij kalenderjaren⁹⁶. De Wet Vpb 1969 is hier niet duidelijk over, bij de toepassing van de splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969 bestaat discussie tussen het aansluiten van kalenderjaren en boekjaren. Voor verdere uitleg omtrent deze discussie wordt verwezen naar hoofdstuk 2.

In de jurisprudentie heeft lange tijd geen duidelijk verband tussen de beoordeling van de zakelijke overwegingen voor de faciliteit in de Wet Vpb 1969 en de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet BRV 1971 bestaan. Met het arrest van 13 september 2019⁹⁷ heeft de Hoge Raad voor het eerst een stap richting synchronisatie van de zakelijkheidstoetsen van beide faciliteiten gezet. Dit is overigens niet zo door de Hoge Raad uitgesproken, echter werd hier in de literatuur wel op gezinspeeld⁹⁸. In het arrest van 13 september 2019 heeft de Hoge Raad in haar beoordelingscriteria verwezen naar het eerder gewezen Bulkgasarrest⁹⁹. In het arrest van 13 september 2019 betrof het een splitsing waarbij de aandelen in de nog op te richten entiteit al voor het ondertekenen van de splitsingsakte waren verkocht aan een derde. Het geschil in kwestie was of hier sprake was van schending van het vervreemdingsverbod op de aandelen in de verkrijgende (nog op te richten) vennootschap. Hierbij stelt de Hoge Raad dat – net als bij het Bulkgasarrest – de mogelijkheid tegenbewijs te leveren niet is beperkt naar gelang het tijdstip van de vervreemding¹⁰⁰.

Met het arrest van 18 december 2020¹⁰¹ is de Hoge Raad een stap verder gegaan en is de beoordeling van de zakelijkheidstoets van artikel 5c UB BRV gelijkgetrokken met de beoordeling van zakelijkheidstoets van artikel 14a Wet Vpb 1969 en artikel 15 lid 1 aanhef en onderdeel a van de Europese Fusierichtlijn.

⁹⁶ Drie keer 365 dagen.

⁹⁷ Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792, *BNB* 2019/175.

⁹⁸ V-N 2019/43.9, noot van de redactie.

⁹⁹ Hoge Raad 2 juni 2006, nr. 41.942, *BNB* 2006/282.

¹⁰⁰ Rechtsoverweging 2.3.5., Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792, *BNB* 2019/175

¹⁰¹ Hoge Raad 18 december 2020, nr. 20/00199, V-N 2020/65.17.

Conclusie

5.1. Inleiding

In deze scriptie heb ik onderzocht in hoeverre de zakelijkheidstoetsen van de juridische fusie- en juridische splitsingsfaciliteit in de Wet BRV 1971 en de Wet Vpb 1969 gesynchroniseerd zijn. Dit is gedaan door de faciliteiten in beide belastingen uitgebreid te onderzoeken en met name de jurisprudentie op het gebied van de beoordeling van de zakelijke overwegingen uiteen te zetten. De conclusies op de deelvragen zullen eerst worden besproken, waarna zal worden overgegaan op de conclusie van de hoofdvraag.

5.2. Hoe wordt de zakelijkheid van de rechtshandeling (anti-ontgaansvereiste) getoetst bij de toepassing van de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting?

De zakelijkheid van de rechtshandelingen in de Wet Vpb 1969 wordt getoetst om aan te tonen dat er niet in overwegende mate sprake is van het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Van zakelijke overwegingen zijn sprake wanneer de rechtshandeling plaatsvindt om redenen als een herstructurering of rationalisatie van actieve werkzaamheden. Dit is echter niet limitatief¹⁰². De beoordeling van de feiten en omstandigheden blijft zeer casuïstisch. Bij zowel de juridische fusie- als de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969 heeft de belastingplichtige de mogelijkheid het tegendeel aannemelijk te maken wanneer de inspecteur van mening is dat er geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de rechtshandeling. De faciliteiten in de Wet Vpb 1969 zijn gebaseerd op de Europese Fusierichtlijn. Dit betekent dat de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie ook bepalend is voor de beoordeling van de zakelijke overwegingen bij de faciliteiten in de Wet Vpb 1969. Zo heeft het Europese Hof van Justitie in het arrest Leur-Bloem¹⁰³ bepaalt dat een rechtspersoon zonder actieve werkzaamheden ook gebruikt moet kunnen maken van de faciliteiten. De Hoge Raad heeft dit ook aangehaald in het arrest van 18 december 2020¹⁰⁴.

5.3. Hoe wordt de zakelijkheid van de rechtshandeling getoetst bij de toepassing van de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten in de overdrachtsbelasting?

In de Wet BRV 1971 zit een groot verschil tussen de zakelijkheidstoets bij de juridische fusiefaciliteit en de juridische splitsingsfaciliteit die zijn opgenomen in het UB BRV. Waar bij de juridische splitsingsfaciliteit is aangegeven door de Staatssecretaris dat moet worden aangesloten bij artikel 14a Wet Vpb 1969, is bij de juridische fusiefaciliteit geen sprake van een dergelijke opvatting door de wetgever. Bij de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet BRV

¹⁰² MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 53.

¹⁰³ HvJ EU 17 juli 1997, nr. C-28/95, *rechtspraak.nl*.

¹⁰⁴ Hoge Raad 18 december 2020, nr. 20/00199, V-N 2020/65.17.

1971 geldt de zakelijkheidstoets ook om aan te tonen dat er niet sprake is van het in overwegende mate uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Hier kan een belastingplichtige ook tegenbewijs leveren. De rechtshandeling mag niet gericht zijn op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing, de zakelijkheidstoets is een middel om dit te toetsen. Bij de juridische fusiefaciliteit is dit echter wel het geval. Daar moet altijd sprake zijn van zakelijke overwegingen en heeft belastingplichtige geen mogelijkheid het tegendeel aannemelijk te maken wanneer de inspecteur van mening is dat er geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De beoordeling van de zakelijke overwegingen is bij zowel de juridische fusiefaciliteit als de juridische splitsingsfaciliteit casuïstisch. Wel is met de uitspraak van 18 december 2020¹⁰⁵ betreffende de juridische splitsingsfaciliteit duidelijk geworden dat de jurisprudentie betrekking hebbende op de beoordeling van de zakelijkheidstoets in de Wet Vpb 1969 en de jurisprudentie betreffende de werking van de Europese Fusierichtlijn van invloed zijn op de beoordeling van de toepassing van de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet BRV 1971. De beoordeling van de zakelijkheidstoets van de juridische fusiefaciliteit in de Wet BRV 1971 vindt geen aansluiting bij jurisprudentie gewezen in andere belastingen.

5.4. Wat zijn de overeenkomsten en verschillen van de toepassing van de (hoofd)zakelijkheidstoets bij de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting?

De toepassing van de (hoofd)zakelijkheidstoetsen van de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969 en de Wet BRV 1971 komt na de arresten van 13 september 2019¹⁰⁶ en 18 december 2020¹⁰⁷ vrijwel overeen. Hierbij is het goed op te merken dat naar aanleiding van het Zwijnenburg-arrest¹⁰⁸ de feiten en omstandigheden wel binnen de eigen context dienen te worden beoordeeld. Daarnaast zit er bij de toepassing van de faciliteiten wel een belangrijk verschil met betrekking tot de driejaarstermijn die wordt gehanteerd bij het vervreemdingsverbod. In de Wet BRV 1971 wordt met drie jaar drie kalenderjaren bedoeld. In de Wet Vpb 1969 is dit geen uitgemaakt zaak en bestaat discussie over of hier drie kalenderjaren of drie boekjaren moeten worden gehanteerd. Tussen de juridische fusiefaciliteit in de Wet Vpb 1969 en de Wet BRV 1971 bestaan grote verschillen. De juridische fusiefaciliteiten hebben andere hoofd- en nevenregels, waardoor de beoordeling van de (hoofd)zakelijkheidstoetsen anders verloopt. Daarnaast bevat de juridische fusiefaciliteit in de Wet BRV 1971 een vervreemdingsverbod en een voortzettingseis, welke niet terug te vinden zijn in de juridische fusiefaciliteit van artikel 14b Wet Vpb 1969.

¹⁰⁵ Hoge Raad 18 december 2020, nr. 20/00199, V-N 2020/65.17.

¹⁰⁶ Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792, BNB 2019/175.

¹⁰⁷ Hoge Raad 18 december 2020, nr. 20/00199, V-N 2020/65.17.

¹⁰⁸ HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-352/08 (Zwijnenburg), BNB 2010/257.

Voor beide faciliteiten in de Wet Vpb 1969 en de splitsingsfaciliteit in de Wet BRV 1971 geldt dat belastingplichtigen een mogelijkheid krijgen het vermoeden van het hebben van niet zakelijke beweegredenen kunnen weerleggen. Bij de juridische fusiefaciliteit van de Wet BRV 1971 hebben belastingplichtigen alleen de mogelijkheid tegen de uiteindelijk opgelegde aanslag of navorderingsaanslag in bezwaar en beroep te gaan.

5.4. In hoeverre is de toepassing van de (hoofd)zakelijkheidstoets bij de juridische fusie- en splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting en overdrachtsbelasting gesynchroniseerd?

De toepassing van de (hoofd)zakelijkheidstoets van de juridische splitsingsfaciliteit in de Wet Vpb 1969 en de Wet BRV 1971 is na recente jurisprudentie vrijwel geheel gesynchroniseerd. De toepassing van de (hoofd)zakelijkheidstoets van de juridische fusiefaciliteit in de Wet Vpb 1969 en de Wet BRV 1971 is echter totaal niet gesynchroniseerd.

Literatuurlijst

Boeken en vaktijdschriften

Bouwman, Boer. Wegwijs in de Vennootschapsbelasting.

J.N. Bouwman & M.J. Boer, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting, 2019 (Geraadpleegd via NDFR).

Heithuis, van der Dool, etc. Compendium Vennootschapsbelasting.

E.J.W. Heithuis, R.P. van den Dool, G.W.J.M. Kampschöer, M. Nieuweboer, R.C. de Smit & H.A. Vollebregt, Compendium Vennootschapsbelasting, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Redactie Vakstudie

Vakstudie 14 – Belastingen van Rechtsverkeer; artikel 15 Vrijstellingen, aantekening 3.1.

Redactie Vakstudie

Vakstudie Belastingen van rechtsverkeer, art. 5bis Uitvoeringsbesluit BRV, aant. 2.

Redactie Vakstudie Nieuws

Redactie Vakstudie Nieuws, annotatie bij Hoge Raad 13 september 2019, V-N 2019/43.9.

Redactie Vakstudie Nieuws

Redactie Vakstudie Nieuws, annotatie bij Besluit 22 december 2011, V-N 2012/10.1.

Besluiten

Resolutie van 27 november 1985, nr. 285-13707

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën, 6 februari 1999, *Stb.* 1999, 68.

Besluit van 19 december 2002, nr. CPP2002/2456M.

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën, 15 december 2005, *Stb.* 2005, 688.

Besluit van 27 januari 2015, nr. BLBK 2015/34M

Besluit van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/38M

Besluit van 27 januari 2015, nr. BLBK 2015/33M

Besluit 25 mei 2018 nr. 2018-50125.

Jurisprudentielijst

HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32.

ECLI:EU:C:1997:369

HvJ EU 20 mei 2010, nr. C-352/08 (*Zwijnenburg*), BNB 2010/257.

ECLI:EU:C:2010:282

HvJ EU 10 november 2011, nr. C-126/10.

ECLI:EU:C:2011:718

Hoge Raad 25 oktober 2000 , nr. 35 957.

ECLI:NL:HR:2000:AA7846

Hoge Raad, 24 oktober 2003, nr. 38.901.

ECLI:NL:HR:2003:AM3130

Hoge Raad 14 mei 2004, nr. 39 664.

ECLI:NL:PHR:2004:AO3339

Hoge Raad 2 juni 2006, nr. 41.942.

ECLI:NL:HR:2006:AU8201

Hoge Raad 29 juni 2012, nr. 10/00807.

ECLI:NL:HR:2012:BP6629

Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792.

ECLI:NL:HR:2019:1297

Hoge Raad 18 december 2020, nr. 20/00199.

ECLI:NL:HR:2020:2078

Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/01358.

ECLI:NL:GHAMS:2002:AD9549

Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/06079.

ECLI:NL:GHAMS:2004:AO8903

Hof Den Bosch 1 november 2018, nr. 17/00628.

ECLI:NL:GHSHE:2018:4542

Hof Arnhem-Leeuwarden, 17 december 2019, nr. 19/00225

ECLI:NL:GHARL:2019:10951

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 21 juli 2017, nr. BRE 16/5006

ECLI:NL:RBZWB:2017:4482

Rechtbank Den Haag 25 januari 2018, nr. SGR 17/2388

ECLI:NL:RBDHA:2018:1319

Rechtbank Noord-Holland 31 januari 2018, nr. AWB - 16 _ 884.

ECLI:NL:RBNHO:2018:1050

Rechtbank Gelderland 27 februari 2019, nr. AWB - 18 _ 1707.

ECLI:NL:RBGEL:2019:822

Rechtbank Noord-Holland 19 maart 2019, nr. 17/3366.

ECLI:NL:RBNHO:2019:2281

Parlementaire stukken

MvT. Kamerstukken II 1997/1998 25 709, nr. 3.

Kamerstukken II 1997/1998, 25 709, nr. 9.

MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3.

Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 17.

Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 3.

Nota van Toelichting, 22 december 2011, Stb. 2011, 677.

Wob-verzoek inzake informatie over vrijstelling overdrachtsbelasting in geval van juridische fusie, 2017/6/P16/Wob1.0.