

De gefacilieerde juridische fusie- en splitsing

Een vergelijking tussen de voorwaarden voor de inkomsten-,
vennootschaps- en overdrachtsbelasting

Arco van den Beukel
Studentnummer: 296701

Master Fiscale economie,
Faculteit economische wetenschappen
Erasmus Universiteit Rotterdam

Begeleidend docent: P. Kavelaars

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding.....	6
1.1 Algemeen	6
1.2 Probleemstelling	9
1.2.1 Hoofdvraag.....	9
1.2.2 Deelvragen	9
1.2.3 Toetsingscriteria	10
1.2.4 Afbakening	10
1.2.5 Opbouw.....	10
2. Civielrechtelijke fusie- en splitsingsmogelijkheden.....	11
2.1 Inleiding.....	11
2.2 Juridische fusie	11
2.2.1 Algemeen	11
2.2.2 Verschijningsvormen.....	12
2.2.3 Formaliteiten	15
2.3 Juridische splitsing.....	18
2.3.1 Algemeen	18
2.3.2 Verschijningsvormen zuivere splitsing	19
2.3.3 Verschijningsvormen afsplitsing.....	21
2.3.5 Formaliteiten	23
2.4 Grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing	23
2.4.1 Inleiding.....	23
2.4.2 Burgerlijk wetboek over de juridische fusie	24
2.4.3 jurisprudentie over de juridische fusie.....	26
2.4.4 Grensoverschrijdende Juridische splitsing	28
2.5 Conclusie	28
3. De juridische fusie en splitsing bij de vennootschap.....	30
3.1. Inleiding.....	30
3.2. Ruisende en geruisloze juridische fusie en splitsing	31
3.2.1 Inleiding.....	31

3.2.2. Ruisende juridische fusie en splitsing.....	31
3.2.3. Geruisloze juridische fusie en splitsing	32
3.2.4 Afweging ruisende en geruisloze juridische fusie of splitsing	33
3.4.5 Fiscale eenheid	35
3.3 Voorwaarden wettelijke doorschuiving	36
3.3.1 algemeen.....	36
3.3.3 Voorwaarde 1: dezelfde winstbepalingsregels zijn van toepassing	37
3.3.4 Voorwaarde 2: geen aanspraak op voorwaartse verliesverrekening.....	38
3.3.5 Voorwaarde 3: geen recht op vermindering ter voorkoming van dubbele belasting	39
3.3.6 Voorwaarde 4: Geen aanspraak op toepassing van de innovatiebox	39
3.3.7 Voorwaarde 5: geen recht op toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.....	40
3.3.8 Voorwaarde 6: geen aanspraak op toepassing van deelnemingsverrekening of verrekening van buitenlandse ondernemingswinsten.....	40
3.3.9 Voorwaarde 7: latere heffing moet verzekerd zijn	41
3.4 Voorwaarden voor doorschuiven op verzoek	43
3.4.1. Algemeen	43
3.4.2 Delegatiekader	44
3.4.3 Standaardvoorwaarde 1: onderlinge vorderingen en schulden.....	44
3.4.4 Standaardvoorwaarde 2: verrekening van verliezen, buitenlandse resultaten en bronbelasting	45
3.4.5 Standaardvoorwaarde 3: Aandelenbezit verdwijnt	47
3.4.6 Standaardvoorwaarde 4: besmette deelneming.....	48
3.4.7 Standaardvoorwaarde 5: latent liquidatieverlies.....	49
3.4.8 Standaardvoorwaarde 6: deelnemingsvrijstelling na afsplitsing.....	49
3.4.9. Standaardvoorwaarde 7.....	50
3.4.10 Standaardvoorwaarde 8.....	51
3.5 Ontgaan of uitstellen van belastingheffing	51
3.5.1 Algemeen	51
3.5.2 Zakelijke overwegingen	52
3.5.3 In overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing	57

3.5.4 Vervreemding binnen drie jaar na splitsing	61
3.6 Conclusie	63
4. De juridische fusie en splitsing bij de aandeelhouder	65
4.1. Inleiding	65
4.2 Natuurlijk persoon.....	66
4.2.1 Algemeen	66
4.2.2 Ondernemer in box 1	67
4.2.3 Aanmerkelijk belang-aandeelhouder	69
4.2.4 Ontgaangstoets	74
4.3 Rechtspersoon.....	77
4.3.1 Algemeen	77
4.3.2 Belangen kleiner dan 5%.....	78
4.3.3 Belangen groter van 5%	79
4.3.4 Ontgaanstoets	80
4.4 Conclusie	80
5. Faciliëring in de overdrachtsbelasting.....	82
5.1 Inleiding.....	82
5.2 Verkrijging onroerende goederen	82
5.3 Onroerend zaak lichaam (OZL)	84
5.3.1 Algemeen	84
5.3.2 Bezitseis.....	84
5.3.3 Exploitatie-eis.....	86
5.3.4 Belang-eis	87
5.4 Juridische fusie en splitsing	89
5.4.1 Inleiding.....	89
5.4.2 Juridische splitsing.....	89
5.4.3. Interne reorganisatie.....	91
5.4.4 Juridische fusie	93
5.5 Conclusie	100
6. Conclusie	102

6.1 inleiding.....	102
6.2 Deelvragen	102
6.3 Hoofdvraag.....	104
7. Literatuurlijst	106
7.1 Artikelen	106
7.2 Jurisprudentie.....	107
7.3 Parlementaire stukken	108
7.4 Beleidsbesluiten en overige	109

1. INLEIDING

1.1 ALGEMEEN

Reorganisaties, fusies, splitsingen en aan- en verkopen van bedrijfsonderdelen komen regelmatig voor. Een redelijk recent voorbeeld van een fusie is de aangekondigde fusie tussen van de boekhandels Selexyz en De Slegte begin 2012, waarbij het overigens feitelijk om een overname door De Slegte gaat. Daarnaast zijn er nog vele interne reorganisaties waarbij fusies of splitsingen aan de orde zijn. Bijvoorbeeld het creëren van een structuur met een persoonlijke holdingvennootschap of het uit de risicosfeer (van de onderneming) halen van panden en/of pensioenverplichtingen.

Al deze verkopen/afsplitsingen, aankopen/fusies of reorganisaties moeten juridisch worden vormgegeven. Grofweg gezegd kan dit civielrechtelijk op twee manieren, namelijk door middel van de overdracht van bedrijfsmiddelen of door middel van een vorm van fusie of splitsing. Een van de vormen is een juridische fusie of splitsing. Het voordeel van deze laatste varianten is dat de goederen in deze situaties onder algemene titel overgaan naar de verkrijgende partij. In al deze gevallen kan er aanleiding zijn tot heffing van vennootschapsbelasting over de stille reserves die op dat moment worden gerealiseerd, heffing van inkomstenbelasting over het verschil tussen de huidige waarde van de aandelen en de verkrijgingsprijs en indien er vastgoed bij de overdracht betrokken is kan het leiden tot heffing van overdrachtsbelasting.

Fiscaalrechtelijk kennen we enkele faciliteiten die belastingheffing voorkomen. Zo is er een fiscale faciëring voor de juridische fusie of splitsing, aandelenfusie en de bedrijfsfusie. Een aandelenfusie is de overdracht van de aandelen van een vennootschap aan een andere vennootschap in ruil voor aandelen in laatstgenoemde vennootschap. De bedrijfsfusie is de overdracht van (een zelfstandig deel van) de onderneming in ruil voor aandelen. Vanwege de bijzondere kenmerken van de juridische fusie en splitsing, evenals recente wijzigingen in de overdrachtsbelasting richt ik mij in deze scriptie op de juridische fusie en splitsing. Bij de juridische fusie spelen in beginsel onderstaande belastingen een rol.

Vennootschapsbelasting

De Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (Wet VpB 1969) kent een faciliteit om onmiddellijke heffing van vennootschapsbelasting bij een juridische fusie of splitsing te voorkomen. Zonder deze faciliteit zou er mogelijk sprake kunnen zijn van belastingheffing over de meerwaarde van de onderneming, welke bijvoorbeeld schuil gaat in panden waarop afgeschreven is in de loop van de jaren of de goodwill die fiscaal niet geactiveerd mag worden. Voor een juridische fusie of splitsing is niet vereist dat een zelfstandig deel wordt overgedragen. Indien de fusie of splitsing is gericht op het

behalen van een belastingvoordeel kan de faciliteit worden geweigerd en wordt de meerwaarde onmiddellijk belast. Om te bepalen wanneer sprake is van het gericht zijn op het behalen van een belastingvoordeel is van groot belang of er zakelijke overwegingen ter grondslag liggen aan de juridische fusie of splitsing. Over de vraag wanneer precies sprake is van zakelijke overwegingen bestaat nogal eens discussie. Als er geen zakelijke overwegingen een rol spelen, dient te worden beoordeeld of de fusie is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Over beide begrippen bestaat een aanzienlijke hoeveelheid jurisprudentie waarbij de begrippen aandeelhoudersmotieven en zakelijke overwegingen en het ontgaan van een directe belastingclaim centraal staan.

De fusiebepalingen in de Wet VpB 1969 zijn een implementatie van Richtlijn 2009/133/EG (hierna: de fusierichtlijn). De fusierichtlijn beoogt de fiscale belemmeringen weg te nemen bij fusies waarbij vennootschappen uit diverse lidstaten zijn betrokken. De richtlijn stelt voorwaarden voor fiscale facilitering van de fusie voor de vennootschap en haar aandeelhouders. Indien sprake is van misbruik van de mogelijkheden die de fusierichtlijn biedt kunnen de faciliteiten geweigerd worden. In principe kan bij een grensoverschrijdende fusie een beroep worden gedaan op de fusierichtlijn indien partijen van mening zijn dat deze niet juist is geïmplementeerd in de Nederlandse wet. Voor wat betreft de anti-misbruikbepaling bestaat over de juiste implementatie discussie, omdat de richtlijn spreekt van een weigering van de faciliteit indien de rechtshandelingen ‘als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft’, terwijl de Wet VpB 1969 spreekt over ‘het in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’.

Aandeelhouders

Naast de gevolgen voor de vennootschappen zijn er mogelijk ook gevolgen voor de betrokken aandeelhouders. Indien de aandeelhouders natuurlijke personen zijn kan er sprake zijn van een heffingsmoment. In de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) zijn in het derde hoofdstuk (heffingsgrondslag bij werk en woning) en het vierde hoofdstuk (heffingsgrondslag bij aanmerkelijk belang) bepalingen opgenomen die de juridische fusie of splitsing faciliteren, mits deze niet gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Omdat de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting allebei een belasting over de winst zijn en voor de bepaling van die winst grotendeels dezelfde bepalingen van toepassing zijn, wordt niet verwacht dat de uitleg van de begrippen veel zal verschillen met die in de Wet VpB 1969. Deze veronderstelling zal in deze scriptie ook worden getoetst.

Ook indien de aandeelhouders lichamen zijn, zijn de bepalingen uit het derde hoofdstuk van de Wet IB 2001 van belang omdat deze via een schakelbepaling ook van toepassing zijn voor de

vennootschapsbelasting. Doorgaans zullen de gevolgen beperkt of afwezig zijn in verband met de doorgaans toepasselijke deelnemingsvrijstelling of deelnemingsverrekening (indien een laagbelaste beleggingsdeelneming is betrokken bij de juridische fusie of splitsing). Slechts in speciale situaties is het daarom van belang de juridische fusie of splitsing fiscaal gefacilieerd te laten verlopen bij de aandeelhouders. Te denken valt aan gevallen waarbij door rechtshandelingen in het verleden een bijzondere wettelijke bepaling van toepassing is of bij belangen die niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

Overdrachtsbelasting

Bij sommige fusies en splitsingen zijn ook onroerende zaken betrokken. In dat geval kan de juridische fusie of splitsing ook leiden tot heffing van overdrachtsbelasting. De Wet op belastingen van rechtsverkeer (BvR) kent voor deze situaties een vrijstelling voor een 'fusie, splitsing of interne reorganisatie'. Specifiek voor de juridische fusie is per 1 januari 2012 een nieuw artikel toegevoegd aan het uitvoeringsbesluit van de BvR. Als voorwaarde voor toepassing van de faciliteit wordt daarbij gesteld dat de fusie hoofdzakelijk plaatsvindt op basis van 'zakelijke overwegingen'. In de literatuur is onder andere discussie ontstaan in hoeverre dit begrip op een zelfde wijze moet worden uitgelegd als het overeenkomstige begrip voor de toepassing van de Wet VpB 1969. Indien de aandelen niet drie jaren worden aangehouden, dan wel de activiteiten niet drie jaren worden voortgezet kan de faciliteit voor de overdrachtsbelasting mogelijk op een later moment nog teruggenomen worden.

In deze scriptie behandel ik de fiscaal gefacilieerde juridische fusie en splitsing. Ik sta stil bij de voorwaarden voor de faciëring in de diverse belastingwetten en de gevolgen voor de betrokken vennootschappen en de aandeelhouders. Bijzondere aandacht is er daarnaast voor de vraag wanneer de fusie of splitsing is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing en wanneer er zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan een juridische fusie of splitsing en of hierin onderscheid is te onderkennen tussen de verschillende belastingwetten. Door de recente wijzigingen in regelgeving lijkt er met name met betrekking tot de juridische fusie een verschil te bestaan tussen de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting enerzijds en de overdrachtsbelasting anderzijds. Andere vormen van reorganisaties worden behandeld voor zover van belang voor het begrijpen van de jurisprudentie en het begrijpen van de afwijkende behandeling van de juridische fusie voor de overdrachtsbelasting.

1.2 PROBLEEMSTELLING

1.2.1 HOOFDVRAAG

In hoeverre is de facilitiëring van de juridische fusie en splitsing in de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting in lijn met die in de overdrachtsbelasting?

Aan de hand van de hoofdvraag wordt getoetst of de faciliteiten die opgenomen zijn in de Wet IB 2001 en Wet VpB 1969 voor wat betreft de facilitiëring van de juridische fusie in overeenstemming zijn met de facilitiëring in de BvR. Indien dit niet het geval is wordt gezocht naar de verklaring en de wenselijkheid hiervan en vervolgens gezocht naar een mogelijke oplossing. Om tot een juiste interpretatie te komen van de bepalingen in de Wet VpB 1969 is er ook aandacht voor de vraag of deze op de juiste wijze geïmplementeerd zijn vanuit de fusierichtlijn.

1.2.2 DEELVRAGEN

1. Wat is de juridische fusie en splitsing?

Deze deelvraag heeft als doel de juridische fusie en splitsing in het geheel van de reorganisatiemogelijkheden een plaats te geven, de verschillende verschijningsvormen van de juridische fusie en splitsing te bespreken, de mogelijkheden tot grensoverschrijdende fusie en splitsing te bekijken en enkele civielrechtelijke procedurele aspecten van de juridische fusie en splitsing te behandelen.

2. Onder welke voorwaarden wordt de juridische fusie en splitsing in de vennootschapsbelasting en gefaciliteerd bij de vennootschap?

In deze deelvraag wordt stilgestaan bij de voorwaarden voor de facilitiëring bij de fuserende of splitsende vennootschap en de verkrijgende vennootschap. Hierbij zullen alle standaardvoorwaarden worden besproken, maar ook de weigering in geval van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Tevens is er aandacht voor de vraag of de fusierichtlijn juist is geïmplementeerd in de Wet VpB 1969.

3. Onder welke voorwaarden wordt de juridische fusie en splitsing in de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting gefaciliteerd bij de aandeelhouders?

In deze deelvraag wordt stilgestaan bij de voorwaarden voor de facilitiëring bij de aandeelhouders. Hierbij zullen de diverse aandeelhouders en hun positie worden behandeld. Hierbij is er vooral aandacht voor de vraag of deze facilitiëring op een lijn ligt en of de voorwaarden aansluiten bij die welke gelden voor de vennootschap.

4. Onder welke voorwaarden wordt de juridische fusie en splitsing in de overdrachtsbelasting gefacilieerd?

In deze deelvraag wordt de faciliëring besproken voor de overdrachtsbelasting van de juridische fusie en splitsing. Met name wordt aandacht besteed aan de gevolgen van het gewijzigde uitvoeringsbesluit voor de BvR . Hoe verliep de faciliëring tot de publicatie van het uitvoeringsbesluit en hoe verloopt deze nu? Wat is nu gewijzigd en waarom?

1.2.3 TOETSINGSCRITERIA

Getoetst wordt of de vormgeving van de faciliëring in de verschillende belastingwetten efficiënt is, in die zin dat er geen ongewenste of onnodige verschillen zijn.

1.2.4 AFBAKENING

Er zijn diverse andere vraagstukken rondom bovenstaande materie. Ik maak de volgende afbakeningen.

- De mogelijkheden die de Europese verdragen en jurisprudentie bieden tot een juridische fusie of splitsing zullen worden behandeld. Eventuele strijdigheden van de specifieke bepalingen in de belastingwetten met de met de Europese verdragsvrijheden worden slechts beperkt besproken.
- Juridische fusie / splitsing waarbij een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting is betrokken wordt niet behandeld.
- Gevolgen van de fusie voor andere belastingwetten dan de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en overdrachtsbelasting komen niet aan bod.

1.2.5 OPBOUW

In het tweede hoofdstuk wordt stil gestaan bij de verschillende vormen om een fusie vorm te geven, de verschillende verschijningsvormen van de juridische fusie en de civielrechtelijke voor- en nadelen, in hoofdstuk 3 kijken we naar de fiscale gevolgen van de juridische fusie voor de vennootschap, in hoofdstuk 4 naar de gevolgen voor haar aandeelhouders, in het vijfde hoofdstuk worden de voorwaarden voor een gefacilieerde juridische fusie en splitsing voor de betrokken vennootschap besproken, in het zesde hoofdstuk wordt ditzelfde gedaan voor de aandeelhouders. Ten slotte wordt afgesloten met de conclusie in hoofdstuk 7

2. CIVIELRECHTELIJKE FUSIE- EN SPLITSINGSMOGELIJKHEDEN

2.1 INLEIDING

In het spraakgebruik wordt onder fusie verstaan het samenvoegen van ondernemingen, zodat ze daarna in economisch opzicht een geheel gaan vormen. Er wordt vaak onderscheid gemaakt tussen de horizontale en de verticale fusie. Bij een horizontale fusie gaan bedrijven op hetzelfde niveau in de bedrijfskolom fuseren. Bijvoorbeeld twee boekhandels of twee supermarkten. Bij een verticale fusie is sprake van een fusie tussen twee partijen op een ander niveau in de bedrijfskolom. Een winkelier fuseert dan bijvoorbeeld met zijn toeleverancier. In alle gevallen zal de fusie juridische vormgeving moeten worden. Naast de juridische fusie en splitsing kan dit door een bedrijfsfusie of een aandelenfusie. Bij een bedrijfsfusie worden onderdelen van een onderneming overgedragen, maar vindt geen daadwerkelijke fusie plaats. Bij een aandelenfusie worden slechts de aandelen overgedragen en vindt juridisch gezien dus ook geen volledige samensmelting plaats. Voor deze twee fusiemogelijkheden is verder geen aandacht in deze scriptie.

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de civielrechtelijke aspecten die verbonden zijn aan de juridische fusie en splitsing. Wanneer is er volgens het civiele recht sprake van een juridische fusie of splitsing? En aan welke civielrechtelijke voorwaarden moet voldaan worden? Om deze vragen te beantwoorden besteed ik eerst aandacht aan de juridische fusie, de voorwaarden, de verschijningsvormen en de in acht te nemen formaliteiten bij de juridische fusie. Vervolgens zullen deze elementen ook besproken worden voor de juridische splitsing.

2.2 JURIDISCHE FUSIE

2.2.1 ALGEMEEN

De juridische fusie is een volledige juridische samensmelting van twee rechtspersonen. De wijze waarop dit dient te gebeuren en aan welke voorwaarden moet worden voldaan is vastgelegd in art. 2:308 t/m 2:333 BW. In art. 2:309 BW wordt omschreven wat een juridische fusie is:

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.

Het verkrijgen van vermogen onder algemene titel houdt in dat alle bezittingen, schulden, rechten en verplichtingen van rechtswege overgaan. Er hoeven dus geen aanvullende handelingen te worden verricht.

De juridische fusie mag alleen plaatsvinden tussen rechtspersonen die dezelfde rechtsvorm hebben of als de nieuw op te richten rechtspersoon deze rechtsvorm ook aan gaat nemen. Een fusie met een rechtspersoon welke ontbonden is of in faillissement of surseance van betaling verkeert is niet mogelijk (art. 2:310 BW).

Naast de BV en de NV¹ kunnen ook verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen of stichtingen fuseren met een BV of NV indien zij alle aandelen bezitten van deze vennootschap. Ook kan een verkrijgende stichting, BV of NV fuseren met een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting indien zij het enige lid is (art. 2:310 lid 4 BW). Op deze situaties wordt niet nader ingegaan.

Vervolgens bepaalt art. 2:311 BW de hoofdregel ten aanzien van de gevolgen van deze rechtshandeling, Namelijk dat:

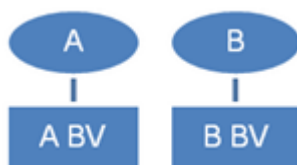
- de fuserende rechtspersonen ophouden te bestaan, met uitzondering van de verkrijgende rechtspersoon, en;
- de aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon van rechtswege aandeelhouders worden van de verkrijgende vennootschap, behalve in enkele uitzonderingsgevallen (welke later besproken worden).

2.2.2 VERSCHIJNINGSVORMEN

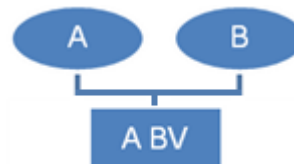
Er zijn diverse mogelijkheden om een juridische fusie vorm te geven. Vanuit het civiele recht worden vaak vijf hoofdvormen van de juridische fusie te onderscheiden, welke hieronder schematisch zullen worden weergegeven.

SITUATIE 1: FUSIE DOOR OVERNEMING

De uitgangspositie:



Situatie na de fusie:



Dit is de meest eenvoudige juridische fusie waarbij alles volledig volgens de hiervoor geschetste hoofdlijn verloopt. Bij deze fusie gaan alle bezittingen en schulden van B BV onder algemene titel over naar A BV. B BV verdwijnt als gevolg van de fusie en B is nu aandeelhouder geworden van de verkrijgende vennootschap A BV (art. 2:311 BW).

¹ Ik ben mij ervan bewust dat de correcte spelling bv en nv is. In het gebruik zijn de termen BV en NV echter dusdanig ingeburgerd dat ik deze schrijfwijze zal gebruiken.

SITUATIE 2: FUSIE DOOR OPRICHTING VAN EEN NIEUWE RECHTSPERSOON

De uitgangspositie is hetzelfde als bij situatie 1: Situatie na de fusie:



In deze situatie gaan de bezittingen en schulden van zowel A BV als B BV over naar de nieuw opgerichte vennootschap X BV. Als gevolg hiervan houden A BV en B BV op te bestaan. Zowel A als B is nu aandeelhouder geworden van de verkrijgende vennootschap X BV. De fusie verloopt weer volledig volgens de hoofdregel (art. 2:311 BW).

Bij de volgende situaties wordt afgeweken van de hoofdregel dat de aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon aandeelhouder worden van de verkrijgende rechtspersoon.

SITUATIE 3: DE DRIEHOEKSFUSIE

De uitgangspositie:

Situatie na de fusie:

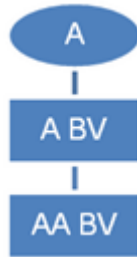


Indien AA BV en B BV fuseren (in dit geval met AA BV als verkrijgende rechtspersoon), dan wordt B volgens de hoofdregel aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon. Art. 2:333a BW biedt echter de mogelijkheid om van deze fusie een zogenoemde driehoeksfusie te maken door aandelen uit te reiken van een groepsmaatschappij in plaats van in de verkrijgende vennootschap. Dit is mogelijk indien deze groepsmaatschappij alleen of samen met andere groepsmaatschappijen het gehele geplaatste kapitaal verschafft van de verkrijgende vennootschap.

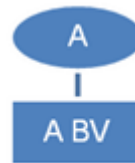
Er is sprake van een groepsmaatschappij indien de vennootschap onderdeel uitmaakt van dezelfde groep. Een groep is volgens art. 2:24b BW een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden.

SITUATIE 4: DE CONCERNFUSIE TUSSEN MOEDER EN HAAR 100% DOCHTER

De uitgangspositie:



Situatie na de fusie:



De fusie tussen een vennootschap en de vennootschap waarin zij 100% van de aandelen heeft wordt genoemd in art. 2:333 lid 1 BW. Deze fusie wordt ook wel een concernfusie genoemd. De verkrijgende rechtspersoon is de moedermaatschappij A BV en de verdwijnende rechtspersoon is de dochtermaatschappij AA BV. De concernfusie wijkt in zoverre af van de hoofdregel dat de extra civielrechtelijke bepalingen met betrekking tot BV's en NV's voor een concernfusie niet van toepassing zijn. Meer hieronder in de volgende paragraaf over de formaliteiten met betrekking tot de fusie.

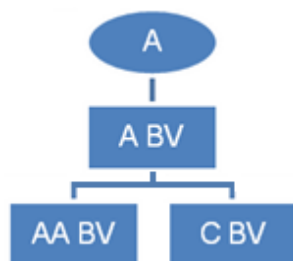
Het is overigens ook mogelijk om in deze situatie de dochtermaatschappij de verkrijgende rechtspersoon te laten zijn; die methode wordt over het algemeen niet aangeduid als een concernfusie. Niet tot de mogelijkheden lijkt te behoren het fuseren van een moeder, dochter en kleindochter. Indien dit gewenst is, dan dienen dus meerdere stappen doorlopen te worden en kan niet worden volstaan met een notariële akte². Ook het laten fuseren van de dochtermaatschappij en de kleindochter, waarbij de dochtermaatschappij de verdwijnende vennootschap is en aandelen van de moeder worden uitgegeven is niet mogelijk. In de literatuur wordt wel gesuggereerd dat deze vorm, ook wel een 'reverse-triangular merger' genoemd, in de wet zou moeten worden opgenomen om de Nederlandse wetgeving de benodigde flexibiliteit te geven. Met name in situaties waarin de kleindochter over lastig overdraagbare bezittingen geschikt zou dit uitkomst kunnen bieden³.

² H. Koster, Moeder- (klein)dochterfusies en splitsingen respectievelijk zusterfusies en splitsingen, BB 2011/42

³ H. Koster, Drie internationale herstructureringen: D.E Master Blenders 1753, Ageas en ASML, Ondernemingsrecht 2012/138

SITUATIE 5: DE CONCERNFUSIE TUSSEN ZUSTERMAATSCHAPPIJEN

De uitgangspositie is:



Situatie na de fusie:



Deze fusievorm wordt in art. 2:333 lid 2 BW genoemd. Deze fusievorm wordt ook een concernfusie genoemd. Alle aandelen van beide te fuseren vennootschappen worden door dezelfde rechtspersoon of natuurlijk persoon gehouden. In dit geval is A BV de aandeelhouder van zowel AA BV als C BV. Bij de fusie treedt AA BV op als verkrijgende rechtspersoon en C BV als verdwijnende rechtspersoon. Indien de verkrijgende rechtspersoon geen nieuwe aandelen uitdeelt hoeft ook hier niet aan enkele civielrechtelijke vereisten te worden voldaan.

2.2.3 FORMALITEITEN

Naast de al geschetste vormgeving van de juridische fusie zijn er ook bepalingen opgenomen in Titel 7 van BW Boek 2 die tot doel hebben de belangen van alle bij de fusie betrokken partijen te beschermen. Hierbij dient gedacht te worden aan de aandeelhouders, de crediteuren en in mindere mate de werknemers van de vennootschap.

ALGEMENE PROCEDURE

De eerste stap van een juridische fusie is dat de besturen van de te fuseren rechtspersonen een voorstel tot fusie opstellen. Art 2:312 BW bepaalt wat dient te worden vermeld in dit voorstel, namelijk de rechtsvorm, naam en zetel van de fuserende rechtspersonen, de huidige en toekomstige statuten van de verkrijgende rechtspersoon, de wijze waarop partijen welke bijzondere rechten hadden in de verdwijnende vennootschap worden gecompenseerd, de voornemens met betrekking tot de samenstelling van het bestuur en een eventueel aanwezige raad van commissarissen, het tijdstip met ingang waarvan de financiële gegevens worden verantwoord in de jaarrekening van de verkrijgende rechtspersoon, maatregelen in verband met de overgang van het aandeelhouderschap, de voornemens betrekking tot de voortzetting of beëindiging van de werkzaamheden en wie het besluit tot fusie moeten goedkeuren.

Indien de onderneming een raad van commissarissen heeft moeten zij het voorstel ook medeondertekenen. Ook dient het voorstel te vermelden wat de invloed van de fusie is op de grootte

van de goodwill en de uitkeerbare reserves van de verkrijgende rechtspersoon. Voorts dient het voorstel nog voorzien te worden van een toelichting waarin het bestuur de verwachte gevolgen van de fusie uiteenzet vanuit juridisch, economisch en sociaal oogpunt. Indien echter alle aandeelhouders ermee instemmen, mag deze toelichting achterwege blijven. Tevens dient het bestuur tussentijdse cijfers op te stellen indien tussen het afsluiten van het boekjaar en de deponering van het voorstel tot fusie bij het handelsregister meer dan zes maanden is verstreken (art. 2:313 BW). Indien de vennootschap op basis van de Wet op het financieel toezicht (zie de artikelen 5:25a-5:25i Wft) verplicht is halfjaarlijks cijfers publiceren hoeven geen tussentijdse cijfers worden opgesteld.

De deponering van de stukken bij het handelsregister is de tweede stap. Naast het voorstel tot fusie dienen gedeponerd te worden de laatste drie jaarrekeningen voor zover deze stukken ter inzage liggen of moeten liggen, de jaarverslagen van de te fuseren rechtspersonen over de afgelopen drie jaren en eventuele tussentijdse cijfers. Tevens dienen deze stukken, inclusief jaarrekeningen die normaliter niet te hoeven worden gedeponerd, ten kantore van de vennootschap ter inzage te liggen. De deponering dient te worden aangekondigd in een landelijk verspreid dagblad (art. 2:314 BW).

Vervolgens dient de algemene vergadering van aandeelhouders te besluiten tot de daadwerkelijke juridische fusie. Dit besluit mag pas genomen worden na verloop van een maand na het publiceren van het voornemen tot fusie (in een landelijk verspreid dagblad). Het besluit mag niet afwijken van het fusievoorstel. Wordt toch afgeweken van het fusievoorstel, dan dient deponering en publicatie in een landelijk verspreid dagblad opnieuw plaats te vinden (art. 2:317 BW).

Als vierde dient de daadwerkelijke fusie te geschieden bij notariële akte, welke van kracht wordt op de dag nadat de akte is verleden. De akte dient binnen zes maanden na deponering van het fusievoorstel te zijn verleden. Indien het niet haalbaar is binnen deze termijn als gevolg van het in verzet komen van schuldeisers, dient de akte binnen een maand na het intrekken of opheffen van het verzet te zijn verleden (art. 2:318).

Ten minste een van de te fuseren rechtspersonen moet voor iedere schuldeiser die dat verlangt zekerheid stellen of een andere waarborg geven voor de voldoening van zijn vordering. Indien de schuldeiser al voldoende waarborgen heeft of de vermogenspositie van de schuldenaar is beter dan voor de fusie geldt deze eis uiteraard niet. Als de schuldeiser van mening is dat hij door de fusie minder zekerheid heeft op terugbetaling van de vordering is het voor de schuldeiser mogelijk om tot een maand na deponering van de stukken in verzet te komen tegen de voorgenomen fusie door een verzoekschrift aan de rechtbank te sturen. Hierin dient hij aannemelijk te maken dat hij minder waarborgen heeft door de fusie en dient hij te vermelden welke waarborg hij toereikend acht (art.

2:316 BW). In de praktijk is echter gebleken dat met name bij verzet de kans van slagen bij de rechter niet groot is⁴.

Er zijn nog een aantal aanvullende bepalingen opgenomen met betrekking tot de ruilverhouding welke alleen van toepassing zijn bij fusies tussen BV's en NV's. Bij andere fusies is dat niet nodig, want daar hoeft geen ruilverhouding te worden vastgesteld.

SPECIFIEKE VOORSCHRIFTEN VOOR FUSIES VAN BV'S EN NV'S

Bij fusies tussen BV's en NV's dient het voorstel tot fusie een aantal extra gegevens te bevatten, zoals de ruilverhouding en eventuele bijbetalingen, met ingang van welk tijdstip en in welke mate de aandeelhouders zullen delen in de winst van de verkrijgende vennootschap en hoeveel aandelen door de verkrijgende vennootschap worden ingetrokken (art. 2:326 BW). Tevens dient het bestuur in de toelichting op het voorstel tot fusie mee te delen op welke wijze de ruilverhouding is bepaald, welke alternatieve berekeningsmethoden er zouden zijn en welke bijzondere moeilijkheden er zijn geweest bij het bepalen van de ruilverhouding (art. 2:327 BW). Indien er vanwege de ruilverhouding recht bestaat op geld of een schuldvordering mag deze slechts 10% van het nominale bedrag van de toegekende aandelen bedragen. In beginsel dient deze ruilverhouding en de toelichting daarop ook door een accountant te worden getoetst. Deze bepaling dient ertoe de minderheidsaandeelhouders te beschermen. De onafhankelijke accountantsverklaring kan achterwege blijven wanneer alle aandeelhouders daarmee instemmen (art. 2:328 BW).

Het fusiebesluit dient door de AVA genomen te worden. Indien minder dan de helft van het kapitaal aanwezig is, moet minstens twee derde van de aanwezige stemgerechtigden met het voorstel instemmen. Als er verschillende soorten aandelen zijn, moet van elke groep goedkeurig worden verkregen (art. 2:330 BW). Indien de statuten de ruimte hiertoe geven is het ook mogelijk dat de fusie slechts door een bestuursbesluit wordt genomen. Als van deze mogelijkheid gebruik gemaakt wordt, dient dit vermeld te worden in het voorstel. Indien ten minste 5% van het geplaatst aandelenkapitaal dat wenst moet overigens alsnog een AVA worden gehouden (art. 2:331 BW).

Zoals al eerder aangegeven zijn bovenstaande specifieke voorschriften niet van toepassing voor concernfusies (art. 2:333 BW). In verband met de flexibilisering van het BV-recht is de mogelijkheid geopend voor vennootschappen om stemrechtloze en winstrechtloze aandelen uit te geven. Indien de verkrijgende vennootschap niet deze vormen kent, dan is het mogelijk om schadeloosstelling te verlangen (mits aan de voorwaarden van art. 2:330a en 2:334ee1 BW is voldaan). De hoogte van de

⁴ H. Koster, Corporate litigation over nationale juridische fusies en splitsingen, BB 2010/25

vergoeding dient door onafhankelijke derden bepaald te worden, behalve als de statuten een andere duidelijke maatstaf bevatten voor de waardebepaling⁵.

2.3 JURIDISCHE SPLITSING

2.3.1 ALGEMEEN

Naast de juridische fusie bestaat de juridische splitsing. In art. 2:334a BW is beschreven dat een splitsing een zuivere splitsing kan zijn of een afsplitsing. Een zuiver 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.

Een 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 miste 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 minsten één bij de splitsing door de splitsende rechtspersoon wordt opgericht.

De vereisten om de juridische splitsing te mogen toepassen zijn grotendeels in lijn met de vereisten bij de juridische fusie. Zo moeten ook voor de juridische splitsing de rechtspersonen dezelfde rechtsvorm hebben en mag een ontbonden rechtspersoon of rechtspersoon die in faillissement of surseance van betaling verkeert, geen partij zijn bij een juridische splitsing. Op dit laatste is overigens een uitzondering opgenomen indien de splitsende rechtspersoon in faillissement of surseance van betaling verkeert, alle rechtspersonen bij de splitsing worden opgericht en de splitsende rechtspersoon daarvan enig aandeelhouder wordt (art. 2:334b BW). Op deze wijze kan de curator de gezonde onderdelen van een onderneming afsplitsen om een eventuele doorstart mogelijk te maken.

De gevolgen van de juridische splitsing zijn:

- het van rechtswege ophouden te bestaan van de splitsende rechtspersoon indien het gehele vermogen overgaat. Het is slechts mogelijk dat de splitsende rechtspersoon blijft bestaan indien de splitsende rechtspersoon alle aandelen van ten minste één bij de splitsing opgerichte rechtspersoon verkrijgt (art. 2:334c BW), en;

⁵ H. Koster, Bedrijfsjuridische berichten, Aanpassingen juridische fusie en splitsing door Flex-bv wetgeving, BB 2012/53

- de aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon worden door de splitsing aandeelhouder van alle verkrijgende rechtspersonen. Hierop bestaan echter twee uitzonderingen, welke later aan bod komen.

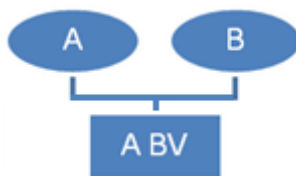
Zoals gezegd kan er bij een juridische splitsing sprake zijn van een zuivere splitsing of een afsplitsing. Mede hierdoor zijn er veel verschijningsvormen. Eerst worden enkele verschijningsvormen van de zuivere splitsing behandeld en daarna die van de afsplitsing.

2.3.2 VERSCHIJNINGSVORMEN ZUIVERE SPLITSING

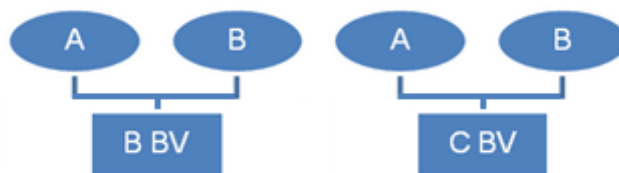
Nu worden eerst vier verschijningsvormen van de zuivere splitsing besproken. Kenmerk hiervan is dat de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan.

SITUATIE 1: ZUIVERE SPLITSING NAAR NIEUW OPGERICHTE VERKRIJGERS

De uitgangspositie:



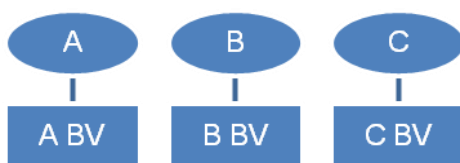
Situatie na de splitsing:



In deze situatie gaat het vermogen van A BV over naar B BV en C BV. Als gevolg hiervan houdt A BV van rechtswege op te bestaan. De aandeelhouders van A BV worden nu de aandeelhouders van de twee verkrijgende vennootschappen (art. 2:334c BW).

SITUATIE 2: ZUIVERE SPLITSING NAAR BESTAANDE VERKRIJGERS

De uitgangspositie:



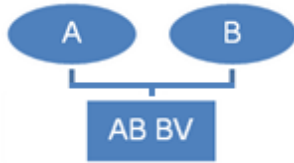
Situatie na de splitsing:



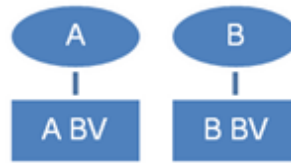
In deze situatie gaat het gehele vermogen van A BV over naar twee ander rechtspersonen en houdt A BV zelf op te bestaan (art. 2:334c BW). Omdat B BV en C BV bestaande vennootschappen zijn met elk hun eigen vermogen dient ten opzichte van de vorige situatie nu wel een ruilverhouding te worden vastgesteld om te bepalen hoeveel aandelen A krijgt in respectievelijk B BV en C BV.

SITUATIE 3: DE RUIESPLITSING

De uitgangssituatie:



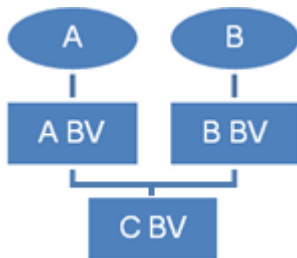
Situatie na de splitsing:



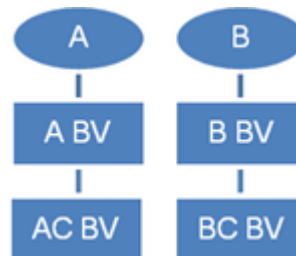
In deze situatie gaat het gehele vermogen van AB BV van rechtswege over naar A BV en B BV. Het valt op dat de aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon geen aandeelhouder worden van alle verkrijgende rechtspersonen. Art. 2:334cc BW biedt de mogelijkheid om af te wijken van de hoofdregel. Bij de ruziesplitsing kan een van de aandeelhouders na de splitsing ook slechts aandeelhouder worden van een van de opgerichte of bestaande verkrijgende rechtspersonen. De ruziesplitsing kan een belangrijk instrument zijn indien er onenigheid is tussen aandeelhouders, maar kan in de praktijk veel ruimer worden ingezet om de vermogensrechtelijke banden te verbreken⁶.

SITUATIE 4: DE JOINT-VENTURESPLITSING

Uitgangssituatie:



Situatie na de splitsing:



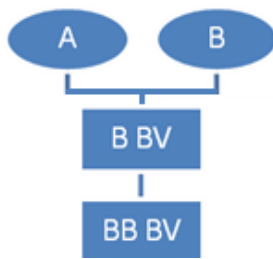
De joint-venturesplitsing is eigenlijk een bijzondere ruziesplitsing. Bij een ruziesplitsing wordt de joint-venture die twee bedrijven aangegaan waren weer ongedaan gemaakt⁷.

⁶ A.F.M. Dorresteyn & R.H. van het Kaar (2008), *De juridische organisatie van de onderneming*, Deventer: Kluwer.

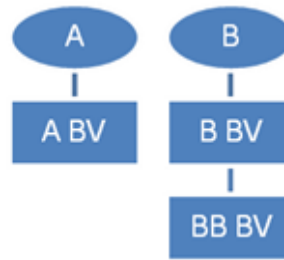
⁷ N.H. de Vries en R.J. de Vries e.a., *Studenteneditie 2009-2009, Cursus Belastingrecht (Venootschapbelasting)*, par. 2.7.0.B, Deventer: Kluwer.

SITUATIE 5: DRIEHOEKSSPLITSING

Uitgangssituatie:



Situatie na de splitsing:



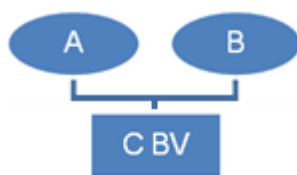
Bij deze splitsing gaat het gehele vermogen onder algemene titel over van A BV naar BB BV. In tegenstelling tot de hoofdregel creëert art. 2:334ii BW de mogelijkheid om aandelen B BV uit te reiken aan A in plaats van aandelen BB BV. Evenals bij de mogelijkheid tot een driehoeksfusie is hiervoor vereist dat de groepsmaatschappij die de aandelen uitgeeft alleen of samen met andere groepsmaatschappijen in bezit is van alle aandelen in de verkrijgende vennootschap. Vanwege dit vereiste is het dus niet mogelijk om doormiddel van een juridische splitsing een joint-venture aan te gaan⁸.

2.3.3 VERSCHIJNINGSVORMEN AFSPLITSING

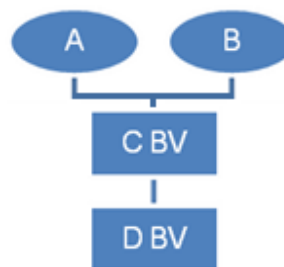
Naast de zuivere splitsing kent ook de afsplitsing verschillende verschijningsvormen. Deze worden hierna besproken.

SITUATIE 1: DE MOEDER-DOCHTERAFSPLITSING

De uitgangssituatie:



Situatie na de splitsing:



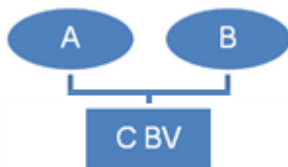
Bij deze splitsingsvariant gaat het gehele vermogen of van een deel van het vermogen van C BV, van rechtswege over naar D BV. Ondanks dat mogelijk het gehele vermogen overgaat, houdt C BV in deze situatie niet van rechtswege op te bestaan (art. 2:334c BW). In afwijking van de hoofdregel worden niet A en B aandeelhouder van D BV, maar van C BV. Dit is mogelijk indien het vermogen wordt afgesplitst naar een rechtspersoon die wordt opgericht bij de splitsing en waarvan de splitsende

⁸ A.F.M. Dorresteyn & R.H. van het Kaar (2008), *De juridische organisatie van de onderneming*, Deventer: Kluwer

rechtspersoon alle aandelen verkrijgt (art. 2:334e BW). Het is dus niet mogelijk om de moeder-dochterafsplitsing toe te passen indien de dochter een al bestaande rechtspersoon is⁹.

SITUATIE 2: DE ZUSTERAFSPLITSING

De uitgangspositie:



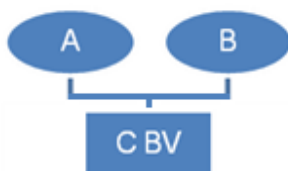
Situatie na de splitsing:



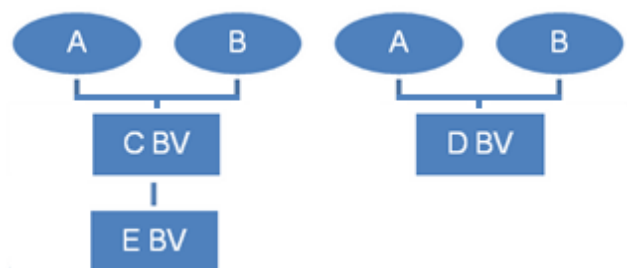
Bij de zustersplitsing verloopt de splitsing volgens de hoofdregel. C BV splitst een deel van zijn vermogen af naar D BV en D BV reikt vervolgens aandelen uit aan de aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon. D BV mag een bestaand lichaam zijn, maar ook een lichaam dat wordt opgericht bij de splitsing. Uiteraard is het ook mogelijk dat er naast D BV meer verkrijgende lichamen zijn.

SITUATIE 3: DE HYBRIDE AFSPLITSING

De uitgangspositie:



Situatie na de splitsing:

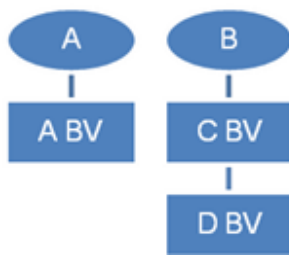


De hybride afsplitsing is een combinatie van de moeder-dochterafsplitsing en de zusterafsplitsing. Van de verkrijgende lichamen geeft er een volgens de hoofdregel aandelen aan de aandeelhouders van het splitsende lichaam en de ander geeft aandelen aan de rechtspersoon welke alle aandelen bezit van het verkrijgende lichaam.

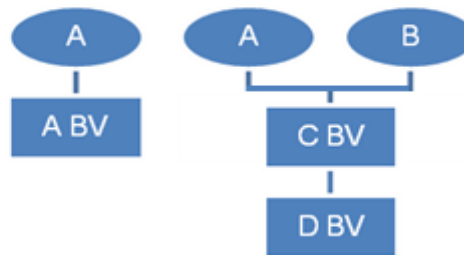
⁹ M.P. van Scheijndel en I. de Roos (1998), *Splitsing van rechtspersonen; juridisch geregeld, fiscaal begeleid*, blz 27-29, Fiscaal actueel, Deventer: Kluwer

SITUATIE 4: DE DRIEHOEKSAFSPLOTSING

De uitgangspositie:



Situatie na de splitsing:



A BV splitst in deze situatie een deel van haar vermogen af naar D BV. In deze situatie wordt ook afgeweken van de hoofdregel doordat geen aandelen in de verkrijgende rechtspersoon worden uitgereikt aan A, maar aandelen in de groepsmaatschappij C BV (art. 2:334ii BW). Dit is dezelfde situatie als een driehoeksfusie bij een zuivere splitsing met dat verschil dat A BV nu blijft bestaan.

2.3.5 FORMALITEITEN

De civielrechtelijke procedure die gevolg moet worden is nagenoeg gelijk aan die van de juridische fusie. Een belangrijk onderdeel bij het voorstel tot splitsing is de beschrijving van wat overgaat naar welke verkrijgende partij (met name van belang bij de ruziesplitsing) of wat eventueel achterblijft in geval van een afsplitsing.

Ten opzichte van de juridische fusie kent de juridische splitsing nadere regels in verband met de crediteurenbescherming, zij worden immers geconfronteerd met een scheiding van het vermogen van de oorspronkelijke schuldenaar. Ter bescherming is bepaald dat een rechtsverhouding slechts in zijn geheel mag overgaan. Indien een schuld verbonden is met een vermogensbestanddeel dienen beide dus naar dezelfde verkrijgende rechtspersoon over te gaan (art. 2:334j BW). Daarnaast zijn in beginsel alle verkrijgende rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor nakoming van de ondeelbare verbintenissen van de splitsende rechtspersoon. Voor deelbare verbintenissen is iedere verkrijger aansprakelijk tot de waarde wat hij bij de splitsing heeft behouden of verkregen (art. 2:334t BW). Ook is het evenals bij de juridische fusie op straffe van gegrondverklaring van het verzet voor de schuldeiser, mogelijk om van een partij een zekerheidsstelling of waarborg te verlangen (art. 2:334k BW).

2.4 GRENDOVERSCHRIJDENDE JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING

2.4.1 INLEIDING

Met ingang van 27 juni 2008 zijn bepalingen opgenomen in de Nederlandse wet die een grensoverschrijdende juridische fusie mogelijk maken. De bepalingen zijn de implementatie van

Richtlijn 2005/56/EG betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen. Een richtlijn is een wetgevend instrument van de Raad van de Europese Unie. Lidstaten zijn verplicht deze in hun wetgeving te implementeren.

Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft enkele arresten gewezen over de grensoverschrijdende fusie, zij het nog voordat de richtlijn in werking is getreden. Deze arresten hebben echter ook na de totstandkoming van de richtlijn nog betekenis. Zij zijn nog van belang voor situaties die niet in de richtlijn zijn geregeld. Te denken valt aan de vraag of een grensoverschrijdende juridische (af)splitsing binnen de EU vergaand ook mogelijk zou moeten zijn. Hierna ga ik in op de wettelijk geregelde grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing.

2.4.2 BURGERLIJK WETBOEK OVER DE JURIDISCHE FUSIE

Art. 2:308 BW bepaalt dat de bepalingen zoals in paragraaf 2.3.3 besproken, ook van toepassing zijn op fusies van een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een Europese coöperatieve vennootschap die fuseert met een kapitaalvennootschap of coöperatieve vennootschap naar het recht een andere lidstaat van de EU of de Europese Economische Ruimte (EER). In art. 2:333b BW tot en met art. 2:333l BW zijn in aanvulling op de van toepassing zijnde algemene bepalingen, enkele bijzondere bepalingen opgenomen die gelden voor grensoverschrijdende fusies.

In beginsel zijn alle besproken fusievormen ook mogelijk met een kapitaalvennootschap naar het recht een andere lidstaat van de EU of de EER. De driehoeksfusie is echter alleen mogelijk indien zowel de verkrijgende vennootschap als de groepsmaatschappij een Nederlandse vennootschap is. Deze mogelijkheid wordt, evenals de in paragraaf 2.3.2 beschreven reverse-triangular merger als een gemis beschouwd¹⁰. Om een Ook is het mogelijk dat twee of meer buitenlandse vennootschappen na de fusie door oprichting, een keuze maken voor een vennootschap naar het recht van een derde land (art. 2:333c lid 1 BW). Op deze wijze kunnen bijvoorbeeld een Engelse Limited en een Franse SA na de fusie een Nederlandse NV vormen¹¹. Uiteraard is het ook mogelijk dat de verkrijgende partij na de fusie de vorm van een Europese vennootschap, de SE, aanneemt¹².

Een voorstel tot een grensoverschrijdende fusie dient aanvullende gegevens te bevatten, zoals de rechtsvorm, naam en statutaire zetel van de verkrijgende vennootschap, extra informatie over de activa en passiva welke overgaan, de datum van de jaarrekening die is gehanteerd bij het opstellen van de voorwaarden, maar ook de verwachte gevolgen voor de werkgelegenheid, informatie over de

¹⁰ H. Koster, Drie internationale herstructureringen: D.E Master Blenders 1753, Ageas en ASML, *Ondernemingsrecht* 2012/138

¹¹ Kamerstukken II 2006/2007, nr. 30 929, nr. 3, pag. 11

¹² H. Koster, *Vormen van grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing*, BB 2011/47

te volgen procedure met betrekking tot de medezeggenschap van werknemers en indien van toepassing een voorstel voor schadeloosstelling van tegen het voorstel stemmende minderheidsaandeelhouders (art. 2:333d BW).

In deze laatste drie zien we de bescherming van werknemers en minderheidsaandeelhouders. Het vastleggen van de gevolgen voor de werkgelegenheid zijn overigens niet nieuw. Over het algemeen zal dit een onderdeel zijn van in art. 2:313 BW vereiste toelichting op de fusie vanuit sociaal oogpunt. Nieuw is dus slechts dat het ook moet worden opgenomen in het voorstel, dus voordat de aandeelhouders hun stem hierover kunnen laten horen. Daarnaast dient vastgelegd te worden op welke wijze bij de nieuwe vennootschap de besluitvorming vormgegeven wordt omtrent de verplichtingen met betrekking tot het personeel bij de Europese vennootschap (art. 2:333k BW). Overigens is dit alleen aan de orde indien er meer dan 500 personen werkzaam zijn bij de betrokken partijen.

De minderheidsaandeelhouders die tegen het fusievoorstel stemmen hebben een uittrederecht. Zij kunnen bij de vennootschap een verzoek tot schadeloosstelling indienen (binnen een maand na het besluit). Indien geen overeenstemming kan worden bereikt over deze schadeloosstelling, kan via de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam een onafhankelijke derde aangesteld worden. De aandelen waarvoor een schadeloosstelling wordt overeengekomen komen te vervallen op het moment van de fusie (art. 2:333h BW). De achtergrond van deze afwijkende bescherming bij een grensoverschrijdende fusie is dat enkele beschermende maatregelen voor binnenlandse vennootschappen niet van toepassing zijn als de verkrijgende vennootschap een rechtspersoon is naar het recht een andere lidstaat; te denken valt aan het enquêterecht (art. 2:345 e.v. BW) en het recht om de fusie aan te tasten wanneer niet aan alle voorwaarden is voldaan (art. 2:323 BW)¹³.

Tevens dient naast de publicatie van het voornemen tot fusie in een landelijk dagblad de fusie ook aangekondigd te worden in de *Staatscourant*. Hierin dient vermeld te worden de rechtsvorm, naam en statutaire zetel van de betrokken partijen, de inschrijvingsnummers in het handelsregister en de regelingen volgens welke de rechten van minderheidsaandeelhouders en schuldeisers kunnen worden uitgeoefend (art. 3:333e BW).

Voor het overgrote deel wordt voor de grensoverschrijdende fusie dus aansluiting gezocht bij de binnenlandse fusie. De Europese richtlijn waar de wetgeving op gebaseerd is, kwam ongeveer gelijktijdig met de uitspraak van het HvJ inzake SEVIC Systems AG (HvJ EG 13 december 2005, C-411, JOR 2006/33). Door dit arrest was de grensoverschrijdende fusie in veel gevallen ook al mogelijk

¹³ Kamerstukken II 2006/2007, nr. 30 929, nr. 3, pag. 16-17

voordat deze in de nationale wet was geregeld. In de volgende paragraaf over de jurisprudentie komt dit arrest nader aan de orde.

2.4.3 JURISPRUDENTIE OVER DE JURIDISCHE FUSIE

Op 13 december 2005 deed het HvJ uitspraak in de zaak SEVIC Systems AG. In deze zaak wilden het Duitse SEVIC Systems AG en haar dochteronderneming het Luxemburgse Security Vision Concepts SA fuseren waarbij alle activa en passiva van de verdwijnende vennootschap, de SA, over zouden gaan naar de verkrijgende vennootschap, de AG. De aandeelhouders van de SA zouden van rechtswege aandeelhouder worden van de AG. De inschrijving van de fusie in het Duitse handelsregister bleek echter niet mogelijk op basis van het Duitse recht. Het HvJ werd de prejudiciële vraag voorgelegd of de artikelen 49 EG en 54 VwEU aldus moeten worden uitgelegd dat het in strijd is met de vrijheid van vestiging van vennootschappen, wanneer het een buitenlandse EU-vennootschap niet is toegestaan om haar voorgenomen fusie in het Duitse handelsregister in te schrijven omdat de Duitse wet alleen betrekking heeft op een omzetting van rechtspersonen met zetel in Duitsland.

Art. 49 VwEU luidt als volgt: *“(...) beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft tevens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.”*

Met betrekking tot de vrijheid van vestiging overweegt het HvJ EU in het onderhavige arrest dat deze zich uitstrekt tot *“iedere maatregel die de toegang tot een andere lidstaat dan de lidstaat van vestiging en de uitoefening van een de economische activiteit in die lidstaat mogelijk maakt of zelfs maar vergemakkelijkt, door de betrokken marktdeelnemers in staat te stellen daadwerkelijk deel te nemen aan het economische leven in die lidstaat onder dezelfde voorwaarden als die welke voor de nationale marktdeelnemers gelde”*¹⁴. Volgens het HvJ is ook de grensoverschrijdende fusie belangrijk voor een goed functioneren van de interne markt. De Duitse wetgeving voor de grensoverschrijdende fusie schept een ongelijke behandeling van vennootschappen al naar gelang het een interne of een grensoverschrijdende fusie betreft. Deze ongelijkheid kan bedrijven ervan weerhouden om zich vrij te vestigen.

Deze beperking is slechts toegestaan indien er een rechtvaardiging voor bestaat. De Duitse en Nederlandse regering betoogden in hun inbreng bij de zaak SEVIC Systems AG dat deze zijn gelegen in het feit dat er bij een grensoverschrijdende fusie specifieke problemen rijzen met betrekking tot de bescherming van de belangen van schuldeisers, de minderheidsaandeelhouders en de werknemers,

¹⁴ HvJ EG 13 december 2005, C-411 (SEVIC Systems AG), V-N 2006/7.27, r.o. 18

maar ook de doeltreffendheid van de fiscale controles en de bepalingen die de eerlijkheid van de handelstransacties moeten waarborgen. Vanwege deze specifieke problemen waren de Duitse en Nederlandse regering van mening dat de grensoverschrijdende fusie niet toegestaan hoefde te worden totdat deze door de (toen in ontwerp zijnde) richtlijn mogelijk zou worden. Het HvJ EU volgt het betoog van deze lidstaten niet, maar erkent dat maatregelen gerechtvaardigd kunnen zijn om de belangen van schuldeisers, minderheidsaandeelhouders en werknemers, als ook de doeltreffendheid van de fiscale controles en de bepalingen die de eerlijkheid van de handelstransacties waarborgen. Deze maatregelen mogen echter niet verder gaan dan noodzakelijk. Het in het algemeen verhinderen van een grensoverschrijdende fusie, zelfs als zich geen specifieke problemen voordoen, gaat verder dan noodzakelijk, aldus het oordeel van het HvJ EU.

Nadien heeft het HvJ EU op 26 december 2008 uitspraak gedaan in de zaak *Cartesio*¹⁵. Het betrof daarbij een naar Hongaars recht opgerichte vennootschap die naar Italië wilde verplaatsen met behoud van haar hoedanigheid als Hongaarse vennootschap. De Hongaarse wet biedt deze mogelijkheid echter niet. Het HvJ EU oordeelde dat het aan lidstaten vrij staat beperkingen te stellen aan de verplaatsing van de werkelijke zetel van een, volgens zijn wettelijke regeling opgerichte vennootschap naar een andere staat met behoud van haar rechtspersoonlijkheid (volgens het recht van de lidstaat van oprichting). Dit is in lijn met de arresten *Daily Mail*¹⁶ en *Überseering*¹⁷ waarin het HvJ EU oordeelde dat een op grond van nationale rechtsorde opgerichte vennootschap enkel bestaat krachtens de nationale wetgeving en dat dus de nationale wetgeving ook de oprichtings- en werkingsvoorwaarden van deze rechtsvormen bepaalt. In het arrest *Cartesio* verduidelijkt het HvJ EU vervolgens het arrest *SEVIC Systems AG*. De zaak waarin het arrest *SEVIC Systems AG* is geweest betrof de erkenning, in de lidstaat van oprichting van de vennootschap, van een vestigingshandeling door middel van een grensoverschrijdende fusie door deze vennootschap in een andere lidstaat¹⁸. De belemmering was dus dat de Duitse wet de mogelijkheden die de nationale wet van Luxemburg bood niet erkende. Het recht van oprichting van de vennootschap is dus in veel gevallen leidend in hoeverre een verplaatsing mogelijk is. In het *VALE*-arrest¹⁹ is dit nogmaals bevestigd. In dit arrest werd een Italiaanse vennootschap verplaatst naar Hongarije en aldaar ingeschreven. Vervolgens wenste men de vennootschap om te zetten in een Hongaarse entiteit. De Hongaarse wet bood deze mogelijkheid wel voor andere Hongaarse entiteiten, maar niet voor Italiaanse. Dit werd geacht wel in strijd te zijn met de vrijheid van vestiging.

¹⁵ HvJ EG 18 december 2008, C-210/06 (*Cartesio*), V-N 2009/6.22

¹⁶ HvJ EG 27 september 1988, 81/87 (*Daily Mail*)

¹⁷ HvJ EG 5 november 2002, C-208/00 (*Überseering*), FED 2003/446

¹⁸ H. Koster, *Vormen van grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing*, BB 2011/47

¹⁹ H. Schutte-Veenstra, *Grensoverschrijdende omzetting en de vrijheid van vestiging ex art. 49 en 54 VWEU*, *Ondernemingsrecht* 2012/111

2.4.4 GRENDOERSCHRIJDENDE JURIDISCHE SPLITSING

Het arrest SEVIC betrof de Duitse *Gesellschaftsumwandlungen*. Dit is een verzamelnaam voor de mogelijkheid tot omzetting door fusie, splitsing, overdracht van vermogen of wijziging van de rechtsvorm. Hoewel het arrest SEVIC specifiek over de fusie gaat is het aannemelijk dat eenzelfde uitkomst zou hebben gegolden indien een juridische splitsing in geding was geweest. Zeker na de verduidelijking van het SEVIC arrest in het arrest Cartesio lijkt de grensoverschrijdende splitsing erkend te moeten worden in het land van de verkrijgende vennootschap, indien deze naar het recht van het land waar de splitsende rechtspersoon was/is gevestigd, rechtsgeldig is. Dit betekent dat in Nederland slechts in gevallen waarin vanuit een andere lidstaat vermogen wordt gesplitst naar een Nederlandse rechtspersoon, mogelijk een grensoverschrijdende juridische splitsing moet worden erkend. Voorwaarde is dan dus dat de splitsing naar het recht van het land van de splitsende rechtspersoon rechtsgeldig is. Momenteel kennen Spanje, Zwitserland, Luxemburg, Noorwegen, Finland en Denemarken een dergelijke mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische splitsing²⁰.

2.5 CONCLUSIE

Een juridische fusie is een rechtshandeling waarbij het vermogen van twee of meer rechtspersonen onder algemene titel overgaat naar een verkrijgende vennootschap. Er zijn diverse verschijningsvormen: fusie door overneming, fusie door oprichting van een nieuwe rechtspersoon, de driehoeksfusie en de concernfusie. Voor alle verschillende vormen zijn in het burgerlijk wetboek diverse formaliteiten opgenomen.

Bij de juridische splitsing gaat er juist vermogen over van een rechtspersoon naar een of meerdere vennootschappen onder algemene titel. We kennen de zuivere juridische splitsing waarbij de splitsende partij verdwijnt en de afsplitsing waarbij de splitsende rechtspersoon blijft bestaan. Bij de eerste variant kennen die de splitsing naar nieuwe opgerichte verkrijgers, naar bestaande verkrijgers, de ruziesplitsing, de joint-venturesplitsing en de driehoekssplitsing. Van de afsplitsing kennen we de moeder-dochterafplitsing, de zusterafplitsing, een hybride afsplitsing of een driehoeksafplitsing. Evenals voor de juridische fusie zijn diverse formaliteiten opgenomen in het burgerlijk wetboek.

Uit de behandelde formaliteiten blijkt dat er de nodige stappen genomen moeten worden ter bescherming van betrokken partijen. In ieder geval hoeft geen aparte procedure gevolgd hoeft te worden indien er onroerend goed aanwezig is binnen de onderneming.

Tevens is het mogelijk om grensoverschrijdend de juridische fusie toe te passen. Hierbij is vereist dat de vennootschappen allemaal in de EU dan wel de EER zijn gevestigd. Omdat de wetgeving tussen de

²⁰ H. Koster, *Vormen van grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing*, BB 2011/47

landen kan verschillen zijn aanvullende regels opgenomen met betrekking tot bijvoorbeeld de bescherming van minderheidsaandeelhouders. Ook voor de invoering in het burgerlijk wetboek van de juridische fusie was het mogelijk om te fuseren in enkele gevallen met een beroep op de jurisprudentie van het HvJ. Het HvJ was van mening dat, indien het recht van opgerichte vennootschap, de fusie toestaat het land waar de verkrijgende rechtspersoon zit dit dient te volgen. Het weigeren van de mogelijkheden die de staat van oprichting biedt is een ongeoorloofde belemmering.

Een grensoverschrijdende juridische splitsing is nog niet geregeld in het Burgerlijk Wetboek. Op basis van de jurisprudentie van het HvJ is dit waarschijnlijk echter wel mogelijk zolang het land van de splitsende vennootschap deze mogelijkheid kent.

3. DE JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING BIJ DE VENNOOTSCHAP

3.1. INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is aandacht besteed aan de civielrechtelijke aspecten van de juridische fusie en splitsing evenals de mogelijke verschijningsvormen. Tevens is er aandacht geweest voor de grensoverschrijdende juridische fusie en de mogelijkheden tot een grensoverschrijdende juridische splitsing. Al deze rechtshandelingen hebben ook hun uitwerking op de belastingheffing. Er kan aanleiding zijn om te heffen over stille reserves die fiscaalrechtelijk op dat moment worden gerealiseerd of over de waarde stijging van de aandelen in de desbetreffende vennootschap bij de aandeelhouders. In dit hoofdstuk staan we stil bij de gevolgen voor de vennootschapsbelasting bij de vennootschap zelf.

De hoofdregel binnen de vennootschapsbelasting is relatief complex. In beginsel dient namelijk over de stille reserves afgerekend te worden, behalve als aan enkele voorwaarden is voldaan. Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, dan is er toch de mogelijkheid dat heffing achterwege blijft indien men akkoord gaat met een aantal nadere voorwaarden met betrekking tot de winstbepaling in de komende jaren. Maar indien aan deze voorwaarden is voldaan, dan kan er alsnog aanleiding zijn voor belastingheffing indien de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Bij deze toets speelt de vraag of er zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de juridische fusie of splitsing een grote rol. Tevens is er aandacht in dit hoofdstuk voor de juridische fusie en splitsing indien een van de betrokken vennootschappen deel uitmaakt van een fiscale eenheid of als er een buitenlandse rechtspersoon bij de fusie of splitsing is betrokken.

In dit hoofdstuk zal ik bovengenoemde voorwaarden en vereisten behandelen om uiteindelijk te kunnen concluderen aan welke voorwaarden moet worden voldaan voor een fiscaal gefacilieerde juridische fusie of splitsing. Hiervoor behandel ik eerst wat de gevolgen zijn van een ruisende en geruisloze juridische fusie of splitsing. Als we het belang van de regeling gezien hebben sta ik in paragraaf 3.3. stil bij de voorwaarden voor een wettelijke doorschuiving, vervolgens worden in paragraaf 3.4 de voorwaarden besproken waaronder de juridische fusie of splitsing alsnog gefacilieerd plaats kan vinden (indien niet aan de voorwaarden van de wettelijke doorschuiving is voldaan), in paragraaf 3.5 wordt de antimisbruikbepaling behandeld waarin allereerst aandacht is besteed aan de aanwezigheid van zakelijke belangen en vervolgens voor de vraag wanneer een fusie of splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. In paragraaf 3.6 sluit ik af met de conclusie.

3.2. RUISENDE EN GERUISLOZE JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING

3.2.1 INLEIDING

In deze paragraaf schets ik kort de gevolgen van de niet-gefacilieerde juridische fusie en splitsing en vervolgens de gevolgen van de gefacilieerde juridische fusie en splitsing. Hierbij ga ik er vanuit dat aan alle voorwaarden die in volgende paragrafen worden behandeld is voldaan. Hiermee wil ik het belang laten zien van de wettelijke faciëring, zowel in het geval dat winst wordt behaald als in het geval dat er verlies wordt behaald of er nog een te verrekenen verlies is. Ook besteed ik kort aandacht aan de wijze waarop de faciëring in de wet is opgenomen. Op het eerste gezicht kan het namelijk wat bevreedend overkomen dat de hoofdregel is dat er een afrekening dient plaats te vinden, maar dat vervolgens veel mogelijkheden zijn gecreëerd deze heffing te voorkomen.

Daarnaast is er nog afzonderlijk aandacht voor de juridische fusie binnen fiscale eenheid. Bij een fiscale eenheid wordt bij een groep rechtspersonen belasting geheven als ware zij één belastingplichtige.

3.2.2. RUISENDE JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING

Zoals we in hoofdstuk 2 hebben gezien is een belangrijk kenmerk van de juridische fusie en splitsing dat alle vermogensbestanddelen van rechtswege overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. Wat de fiscale gevolgen zijn van het overgaan onder algemene titel is bepaald in art. 14a lid 1 (in het kader van de juridische splitsing) en art. 14b lid 1 (in het kader van juridische fusie) Wet VpB 1969. De verdwijnende dan wel splitsende vennootschap wordt geacht zijn vermogensbestanddelen op het moment van de fusie of splitsing te hebben overgedragen aan de verkrijgende rechtspersoon. Bij een overdracht van vermogensbestanddelen dient op basis van goedkoopmansgebruik de waarde in het economische verkeer te worden gehanteerd bij het bepalen de overdrachtprijs. Als gevolg hiervan wordt de meerwaarde tussen deze werkelijke waarden en de boekwaarde van de vermogensbestanddelen belast. Naast stille reserves kan dit ook gaan om niet geactiveerde goodwill en niet geactiveerde patenten en dergelijke.

Alle vermogensbestanddelen worden dus geacht te zijn overdragen aan de verkrijgende rechtspersoon. Er zijn echter ook fiscale reserves en voorzieningen die niet verbonden zijn aan een vermogensbestanddeel, waardoor volgens de staatssecretaris risico bestaat op claimverlies. De staatssecretaris denkt hierbij voornamelijk aan de kostenegalatiereserve en de herinvesteringsreserve²¹. Naast de vervreemdingsfictie is daarom voor de juridische fusie en splitsing waarbij de rechtspersoon ophoudt te bestaan een fictieve eindafrekening opgenomen. Art. 14a lid 1,

²¹ *MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, p. 10*

sub a, en art. 14b lid 1 Wet VpB 1969 bepalen dat de verdwijnende vennootschap ten tijde van de juridische fusie of zuivere splitsing wordt geacht te zijn opgehouden uit de onderneming Nederlandse belastbare winst te genieten. Door deze fictie dient op basis van art. 15d Wet VpB 1969 al hetgeen niet reeds uit andere hoofde in aanmerking is genomen tot de winst te worden gerekend. Naar mijn mening zijn de genoemde reserves echter ook gewoon een fiscaal vermogensbestanddeel waardoor de fictieve afrekening in mijn optiek niet nodig is. Met het oog op de rechtszekerheid kan het echter geen kwaad dit toe te voegen, aangezien er blijkbaar onduidelijkheid over zou kunnen bestaan.

Indien de splitsende rechtspersoon blijft bestaan is er geen gevaar voor claimverlies door het vrijvallen van fiscale reserves. Voor deze situaties geldt de fictieve afrekening dan ook niet. De rechtspersoon blijft immers bestaan en het eventuele vrijvallen van de fiscale reserves en voorzieningen zal evenals daarvoor door respectievelijk de wettelijke regelgeving en goedkoopmansgebruik worden bepaald.

Het gevolg van deze twee ficties is dat bij de verdwijnende vennootschap belasting wordt geheven alsof de onderneming wordt gestaakt. Bij een juridische splitsing waarbij de splitsende rechtspersoon blijft bestaan wordt belasting geheven alsof de afgesplitste vermogensbestanddelen worden overgedragen. Indien er grote stille reserves schuil gaan in de desbetreffende vermogensbestanddelen of als er niet-geactiveerde goodwill is kan dit leiden tot belastbare winst.

Op basis van het eerste lid wordt dus alle aanwezige meerwaarde en alle fiscale reserves tot de winst gerekend. Op deze wijze wordt voorkomen dat bestaande fiscale claims als gevolg van een fusie of een splitsing verloren gaan en daardoor de belastinggrondslag wordt uitgehold. Op het moment van de fusie of splitsing is er echter geen daadwerkelijk realisatie, aangezien het kenmerk van een juridische fusie nu juist is dat geen liquide middelen, maar aandelen worden uitgereikt aan de aandeelhouders van de splitsende dan wel fuserende rechtspersoon. Uitgangspunt voor de juridische splitsing en de juridische fusie is dan ook dat een splitsing of een fusie die is ingegeven door bedrijfseconomische overwegingen niet mag worden belemmerd door de fiscaliteit²², daarom is in het tweede en derde lid een regeling opgenomen om de claim naar de toekomst te verschuiven.

3.2.3. GERUISLOZE JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING

Art. 14a lid 2/3 en art. 14b lid 2/3 Wet VpB 1969 bieden de mogelijkheid om de winst die ontstaat ingevolge het eerst lid niet in aanmerking te nemen, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden worden later besproken. Ik zal nu eerst de gevolgen van deze geruisloze fusie en splitsing bespreken.

²² MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, p. 2

Het belangrijkste gevolg van het niet in aanmerking nemen van de winst staat ook in Art. 14a lid 2/3 en art. 14b lid 2/3 Wet VpB 1969, namelijk dat de verkrijgende rechtspersoon met betrekking tot al hetgeen in het kader van de fusie of splitsing is verkregen in de plaats treedt van de verdwijnende dan wel splitsende rechtspersoon. Deze zogenoemde indeplaatstreding houdt in dat voor zover mogelijk alle fiscale lusten en lasten die zijn verbonden aan de vermogensbestanddelen die worden overgedragen, mee overgaan. De verkrijgende rechtspersoon neemt alle kwalificaties, omstandigheden, latente verplichtingen dan wel termijnen over van de verdwijnende of splitsende rechtspersoon. Dit komt er op neer dat de verkrijgende vennootschap verder gaat met de boekwaarden.

De facilitaire en de indeplaatstreding die daarmee samenhangt, heeft enerzijds tot doel fusies en splitsingen die zijn ingegeven door bedrijfseconomische redenen niet te belemmeren door de fiscaliteit, maar anderzijds mag dit er niet toe leiden dat fiscale claims verloren gaan. Het is dan ook te begrijpen dat de staatssecretaris als voorbeeld van indeplaatstreding ook noemt dat de eventuele sancties overgaan op de verkrijgende rechtspersoon²³. Door de juridische fusie of splitsing kan een lening of ander vermogensbestanddeel niet worden 'ontsmet'. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan een vordering op een deelneming die ten laste van de winst is afgewaardeerd en als gevolg hiervan deze afwaardering in bepaalde situaties tot de winst moet worden gerekend (art. 13c Wet VpB 1969) of leningen waarvan de rente niet in aftrek gebracht mag worden, omdat deze samenhangt met een kapitaalstorting of uitbreiding van het belang in het verbonden lichaam (art. 10a Wet VpB 1969). Tevens is er geen recht op de investeringsaftrek voor de eventueel verkregen bedrijfsmiddelen bij de fusie of splitsing. Een eventuele desinvesteringsbijtelling gaat mee met de verkregen vermogensbestanddelen. Een toekomstige desinvesteringsbijtelling wordt dus berekend op basis van de door de splitsende vennootschap genoten investeringsaftrek

3.2.4 AFWEGING RUISENDE EN GERUISLOZE JURIDISCHE FUSIE OF SPLITSING

Bij iedere fusie dient een afweging gemaakt te worden tussen een ruisende of geruisloze variant van de juridische fusie of splitsing. Het is niet mogelijk om een tussenvorm te kiezen. Een tussenvorm is bijvoorbeeld dat per verkrijgende partij wordt gekozen voor een ruisende of geruisloze fusie of splitsing. Of dat tot een bepaald winstniveau wordt gekozen voor een ruisende fusie of splitsing, waardoor een gedeelte van de meerwaarde wordt gerealiseerd²⁴.

Met de ruisende fusie moet worden afgerekend over de meerwaarde in de onderneming en met de geruisloze hoeft dit niet omdat verder wordt gegaan met de boekwaarden. Indien er meerwaarde in

²³ MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, p. 11-12

²⁴ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), par. 2.6.0.C.c1, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd)

de onderneming zit is in het algemeen de geruisloze juridische fusie of splitsing de meest voor de hand liggende optie. Als er echter latente verliezen in de onderneming zitten kan het wel wenselijk zijn om ruisend te fuseren of splitsen, omdat dan de verliezen worden gerealiseerd en mogelijk kunnen worden verrekend met winsten in het lopende boekjaar of het voorafgaande boekjaar (art. 20a lid 1 Wet VpB 1969). Dit laatste zal echter minder vaak voorkomen, omdat goedkoopmansgebruik over het algemeen waardering op 'kostprijs of lagere bedrijfswaarde' mogelijk maakt. Verliezen kunnen op basis van het voorzichtigheidsbeginsel eerder genomen worden dan winsten. In het vervolg van mijn scriptie veronderstel ik dus dat bij een ruisende fusie of splitsing slechts meerwaarde tot uitdrukking kan komen. Ook indien er meerwaarde aanwezig is kan het in sommige gevallen wenselijk zijn om te kiezen voor de ruisende juridische fusie of splitsing, omdat hiermee winst wordt gecreëerd die kan worden aangewend om verliezen te compenseren. De juridische fusie of splitsing kan namelijk een goed middel zijn om verliesverdamping te voorkomen.

Op basis van art. 20 lid 2 Wet VpB 1969 is een geleden verlies verrekenbaar met winsten een jaar eerder of winsten de komende negen jaren. Als gevolg hiervan kan het voorkomen dat verliezen verdampen indien ze niet binnen negen jaar kunnen worden verrekend met winsten. Om deze verliesverdamping te voorkomen kunnen winsten worden gecreëerd doormiddel van een ruisende juridische fusie of splitsing. De staatssecretaris heeft aangegeven dat het binnen de wet en jurisprudentie past om de stille reserves te realiseren door verkoop of afsplitsing aan een gelieerde partij ²⁵. Vervolgens kan het bedrijfsmiddel door de onderneming worden gehuurd (sale-leasebackcontract), maar het behoort ook tot de mogelijkheden om de bij een afsplitsing opgerichte dochter direct daarna op te nemen in de fiscale eenheid. Op de balans van de fiscale eenheid staat het bedrijfsmiddel nu voor de waarde in het economische verkeer.

Voorbeeld

Stel dat A BV een 100% deelneming heeft B BV. B BV beschikt over verliezen uit voorgaande jaren ter grote van 100. Op de balans van B BV staan echter ook een pand met een stille reserve van 90. B BV kan nu doormiddel van een zusterafsplitsing het pand ruisend afsplitsen van B BV naar C BV. Als gevolg van deze splitsing wordt een winst van 90 gecreëerd, waardoor slechts 10 winst verdampt. A BV beschikt na de juridische afsplitsing dus over twee dochtervennootschappen. Een met de onderneming en een met het pand.

A BV uit het bovenstaande voorbeeld kan er ook voor kiezen om samen met zijn 100% dochterondernemingen een fiscale eenheid aan te gaan. Indien aan alle voorwaarden is voldaan kan op verzoek van belanghebbende belasting worden geheven van de moedermaatschappij alsof er

²⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, V-N 2012/14.15

slechts één belastingplichtige is (art. 15 Wet VpB 1969). Dan is dus fiscaal gezien de situatie bereikt zoals deze voor de juridische splitsing was, maar nu met het pand tegen een hogere waarde op de balans. Bij de fiscale eenheid bestaan er civielrechtelijk nog steeds meerdere rechtspersonen, maar wordt fiscaal geheven alsof er een belastingplichtige is. De afzonderlijke rechtspersonen kunnen echter betrokken zijn bij een juridische fusie of splitsing. In het navolgende zullen we bekijken wat de gevolgen hiervan zijn.

3.4.5 FISCALE EENHEID

De belangrijkste voorwaarde voor de vorming van een fiscale eenheid is dat de moedermaatschappij in het bezit moet zijn van 95% van de juridische en economische eigendom van de aandelen in de dochtermaatschappij. In het besluit fiscale eenheid (BFE) is geregeld wat de gevolgen zijn van een juridische fusie of splitsing indien sprake is van een fiscale eenheid.

Indien als gevolg van de juridische fusie of splitsing niet meer aan de voorwaarden wordt voldaan voor de fiscale eenheid, zal de bestaande fiscale eenheid ten aanzien van de desbetreffende dochtermaatschappij ophouden te bestaan. Indien de fiscale eenheid verbreekt wordt op basis van art. 14 BFE de fusie of splitsing geacht plaats te vinden na de ontvoering uit de fiscale eenheid in gevallen genoemd in het vierde lid. Dit komt er in feite op neer dat voor een dergelijke fusie of splitsing dezelfde regels gelden als een 'gewone' fusie of splitsing. Daarnaast heeft deze fictie nog een andere achtergrond, namelijk toepassing van antimisbruikbepalingen (zoals art. 15ai Wet VpB 1969) mogelijk te maken. Hierbij valt overigens op dat in art. 14 lid 4, onderdeel b, niet de maatschappij die als verkrijgende rechtspersoon bij een splitsing betrokken is genoemd wordt. Evenals bij een juridische fusie verbreekt door de uitgifte van aandelen door een verkrijgende dochtermaatschappij in het kader van een juridische splitsing de fiscale eenheid met dit lichaam als ten gevolge hiervan de moedermaatschappij van de fiscale eenheid niet langer 95% van de aandelen in de desbetreffende dochter bezit²⁶. Naar mijn mening zal dit echter niet leiden tot een andere uitkomst. Naar mijn mening volgt namelijk ook uit de hoofdregel al dat de fiscale eenheid verbreekt en is een logisch gevolg hiervan dat afgerekend dient te worden over de aanwezige meerwaarde.

In beginsel zal van een verbreking altijd sprake zijn met betrekking tot de verdwijnende rechtspersoon bij een juridische fusie of zuivere juridische splitsing. De moedermaatschappij kan immers op geen enkele wijze meer voldoen aan de bezitseis uit art. 15 Wet VpB 1969. Ten aanzien van de verkrijgende rechtspersoon is niet altijd sprake van een verbreking. Er is geen verbreking indien de moedermaatschappij als verkrijgende rechtspersoon optreedt, er minder dan 5% van de

²⁶ S. Strik en N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht (Venootschapsbelasting)*, 2.9.1.B.c6, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd).

aandelen in de dochtermaatschappij buiten de fiscale eenheid komen of in geval van een driehoeksfusie waarbij aandelen in de moedermaatschappij worden uitgereikt²⁷.

In het geval van een afsplitsing volgt niet altijd een ontvoeging. De aandelen in de afsplitsende rechtspersoon zullen normaliter gesproken in het bezit van de moedermaatschappij blijven. Indien afgesplitst wordt naar een bestaande rechtspersoon of een nieuwe dochtermaatschappij, welke direct vanaf haar oprichting deel uit gaat maken van de fiscale eenheid, blijft de fiscale eenheid ook ten opzichte van de verkrijgende rechtspersoon in stand. Indien een maatschappij (af)splitst naar een buiten de fiscale eenheid bestaande of nieuw opgerichte rechtspersoon, zal de transactie uiteraard niet binnen fiscale eenheid kunnen plaatsvinden.

3.3 VOORWAARDEN WETTELIJKE DOORSCHUIVING

3.3.1 ALGEMEEN

Er dient aan enkele voorwaarden te zijn voldaan voor toepassing van de gefacilieerde juridische fusie of splitsing. In deze paragraaf besteed ik aandacht aan deze voorwaarden en de achtergrond van de voorwaarden. In beginsel zal overigens uitgegaan worden van de voorwaarden voor de juridische splitsing, indien deze afwijken voor de juridische fusie zal dit vermeld worden.

In art. 14a lid 2 en art. 14b lid 2 Wet VpB 1969 gestelde voorwaarden te zijn voldaan voor toepassing van de gefacilieerde juridische fusie of splitsing:

1. voor het bepalen van de winst zijn bij de splitsende rechtspersoon en de verkrijgende rechtspersonen dezelfde bepalingen van toepassing.
2. de splitsende rechtspersoon die verdwijnt en de verkrijgende rechtsperso(n)en hebben geen aanspraak op voorwaartse verrekening van verliezen in de zin van art. 20 Wet VpB 1969.
3. de splitsende rechtspersoon die verdwijnt en de verkrijgende rechtsperso(n)en kunnen geen aanspraak maken op een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting.
4. de splitsende rechtspersoon die verdwijnt en de verkrijgende rechtsperso(n)en maken geen aanspraak op de innovatiebox ex art. 12b Wet VpB 1969.
5. de splitsende rechtspersoon die verdwijnt en de verkrijgende rechtsperso(n)en maken geen aanspraak op toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinst ex art. 15e Wet VpB 1969.

²⁷ J.M. Huidink en J.W.F. Bevers, *De juridische fusie en de samenloop met het nieuwe fiscale-eenheidsregime*, WFR 2004/576

6. de splitsende rechtspersoon die verdwijnt en de verkrijgende rechtsperso(n)en passen niet de deelnemingsverrekening op de voet van art. 13aa juncto art. 23c Wet VpB 1969 toe of de verrekening voor buitenlandse ondernemingswinsten ex art. 23d Wet VpB 1969.
7. de latere heffing van Vpb. is verzekerd.

Daarnaast is de gefacilieerde juridische fusie of splitsing niet mogelijk indien deze in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (art. 14a lid 6 en art. 14b lid 5 Wet VpB 1969). Deze voorwaarde wordt besproken in paragraaf 3.5.

Indien het niet mogelijk is om gebruik te maken van de wettelijke doorschuiving van art. 14a lid 2 Wet VpB 1969 omdat niet aan de voorwaarden is voldaan, biedt het derde lid de mogelijkheid om een verzoek te doen om doorschuiving. De inspecteur zal dit verzoek onder door hem te stellen voorwaarden goedkeuren. Deze voorwaarden zijn gestandaardiseerd²⁸. In deze paragraaf behandel ik eerst de voorwaarden die de wet stelt.

Het is overigens opvallend dat er tot nu toe slechts voor de juridische afsplitsing standaardvoorwaarden zijn en niet voor de zuivere splitsing. Ook heeft de uitbreiding van het delegatiekader van het vijfde lid vooralsnog niet geleid tot meer gepubliceerde standaardvoorwaarden. In het kader van de rechtszekerheid is dit te betreuren.

3.3.3 VOORWAARDE 1: DEZELFDE WINSTBEPALINGSREGELS ZIJN VAN TOEPASSING

De achtergrond van de eerste voorwaarde is het voorkomen dat door de gefacilieerde juridische fusie of splitsing het speciale regime een grotere reikwijdte krijgt dan is bedoeld, doordat na de fusie of splitsing de partij op wie het speciale regime van toepassing is over meer vermogensbestanddelen beschikt dan daarvoor die zelfstandig beschouwd niet onder het speciale regime kunnen vallen. De eerste voorwaarde is dus speciaal gericht tegen het ongewenst gebruik maken van de faciliteiten. Vanwege dit anti-misbruik karakter van de bepaling is de staatssecretaris van mening dat geen sprake is van strijdigheid met de fusierichtlijn²⁹.

Om gebruik te kunnen maken van de geruisloze juridische fusie of splitsing dienen bij alle partijen dezelfde winstbepalingsregels van toepassing zijn. Deze eis wordt ook gesteld voor toepassing van de fiscale eenheid van art. 15 Wet VpB 1969. In het kader van de fiscale eenheid dan wel de faciliteit voor de geruisloze juridische fusie en splitsing heeft de staatssecretaris laten weten wat verstaan dient te worden onder 'hetzelfde regime'. Het is hierbij niet van belang dat hetzelfde stelsel van

²⁸ Besluit Staatssecretaris van 19 december 2000, CPP 2000/2682M, V-N 2001/8.2

²⁹ MvT wet 10 september 1992, Kamerstukken II 1992/93, nr. 3, p. 15

jaarwinstbepaling van toepassing is, maar of hetzelfde fiscale regime van toepassing is. Hiermee wordt bedoeld op de speciale regimes die de Wet VpB 1969 kent, te weten:

1. de fiscale beleggingsinstelling (art. 28 Wet VpB 1969);
2. de aangepaste regelingen voor verzekeraars (art. 29 Wet VpB 1969 juncto Besluit winstbepaling en reserves verzekeraars 2001);
3. de regeling van de aftrekbare uitdelingen van verlengstukwinst bij coöperaties (art. 9, eerste lid, onderdeel g, jo. tweede lid, Wet VpB 1969);
4. het tonnageregime (art. 8, eerste lid juncto art. 3.22 Wet IB 2001);
5. gebruikmaking van de Regeling functionele valuta³⁰, en;
6. een subjectief vrijgestelde partij (art. 5, 6 en 6a Wet VpB 1969).

Het is overigens geen probleem indien er wordt gefuseerd tussen een beperkt en een onbeperkt belastingplichtig lichaam. In deze gevallen zorgt de laatste voorwaarde ervoor dat alsnog wordt voorkomen dat geen fiscale claim verloren gaat.

3.3.4 VOORWAARDE 2: GEEN AANSPRAAK OP VOORWAARTSE VERLIESVERREKENING

Als leidende beginselen voor verliesverrekening noemen Hofman en Borggreven dat verliezen in beginsel subject gebonden zijn, dat een fiscaal gefacilieerde reorganisatie niet moet lijden tot een verruiming van de verrekeningsmogelijkheden en het feit dat resultaten die zich na de reorganisatie voordoen in principe als ‘gezamenlijke’ resultaten worden gezien³¹. De tweede voorwaarde is een direct uitvloeisel van deze beginselen. Doordat op basis van art. 20 Wet VpB 1969 verliezen negen jaren zijn te verrekenen, is er een prikkel voor belastingplichtigen om door gebruik te maken van de juridische fusie of splitsing meer verliezen te kunnen verrekenen.

Bij de verdwijnende of de verkrijgende vennootschap mag dus geen aanspraak bestaan op voorwaarts te verrekenen verliezen. Het is geen probleem als de afsplitsende rechtspersoon beschikt over te verrekenen verliezen. Verliezen blijven in dit geval namelijk achter bij het subject waar ze zijn ontstaan. Indien de splitsende rechtspersoon verdwijnt, maar met voorwaarts verrekenbare verliezen achterblijft of als de verkrijgende rechtspersoon nog verrekenbare verliezen heeft, is het niet mogelijk om met toepassing van het tweede lid de faciliteit voor de juridische fusie of splitsing te verkrijgen. Het derde lid voorziet wel in deze mogelijkheid.

³⁰ Besluit staatssecretaris van Financiën 19 maart 2001, nr. CPP2001/705, V-N 2001/18.23

³¹ A.W. Hofman en M.M. Borggreven, *Fiscaal gefacilieerde reorganisatie en verliesverrekening*, WFR 2007/311

3.3.5 VOORWAARDE 3: GEEN RECHT OP VERMINDERING TER VOORKOMING VAN DUBBELE BELASTING

Deze voorwaarde is ingevoerd als onderdeel van de wet Werken aan winst uit 2007³². Tot dan toe miste de wet een bepaling welke ervoor zorgde dat nadere voorwaarden kunnen worden gesteld, al waren er al wel bepalingen opgenomen in de standaardvoorwaarden. Omdat het tweede lid niet sprak over de aanspraken op voorkoming van dubbele belasting werd formeel echter nooit aan deze standaardvoorwaarde toegekomen. Dit vond de staatssecretaris niet gewenst, daarom is nu in het tweede lid opgenomen dat er geen aanspraak mag bestaan op vermindering ter voorkoming van dubbele belastingen ter zake van buitenlandse resultaten. Evenals bij de aanspraken op voorwaartse verliescompensatie geldt deze eis niet indien het een afsplitsing betreft; dan blijft de aanspraak namelijk bij de afsplitsende rechtspersoon achter.

Overigens is het wel opvallend dat de voorwaarden 2 en 3 van toepassing zijn indien de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan. Ondanks de overgang onder algemene titel, gaat de aanspraak op compensabele verliezen en aanspraken op voorkoming van dubbele belasting niet over op de verkrijgende rechtspersoon. Er gaat dus in beginsel geen claim verloren. Voor toepassing van het tweede lid had dan ook voor de hand gelegen als de aanspraken verloren zouden gaan, als een soort prijs die belastingplichtigen betalen voor de gefacilieerde juridische fusie of splitsing. De wetgever heeft hier blijkbaar niet voor gekozen. Wellicht hangt de keuze van de staatssecretaris wel samen met de gedachte dat de aanspraak op voorkoming van dubbele belasting vaak is gekoppeld aan het vermogensbestanddeel, waardoor het gerechtvaardigd is om ook voor deze voorwaarden meer aan de sluiten bij het object dan over is gegaan op de verkrijgende rechtspersoon, dan het subject³³.

3.3.6 VOORWAARDE 4: GEEN AANSPRAAK OP TOEPASSING VAN DE INNOVATIEBOX

Evenals bij de hiervoor genoemde aanspraken blijft de aanspraak op de innovatiebox achter bij het subject waaraan deze is verleend. In het geval van een zuivere splitsing zullen de aanspraken op de innovatiebox verloren gaan. Daarom is bepaald dat de aanspraak op toepassing van de innovatiebox in de weg staat aan een fiscale faciliëring van de juridische fusie of splitsing. Op deze wijze is het mogelijk om nadere voorwaarden te stellen aan de fusie op basis van het derde lid.

Indien bijvoorbeeld een vennootschap (X BV) haar R&D-activiteiten afsplitst naar een nieuw opgerichte vennootschap (Y BV), kan men zich afvragen of indeplaatstreding betekent dat Y BV vanaf dat moment een zelf voorgebracht immaterieel activum heeft en wat er gebeurt met de drempel van art. 12b, vijfde lid, van de Wet VpB 1969. De Keizer is van mening dat de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord, maar dat er geen kosten zijn gemaakt door Y BV en dat er zodoende geen

³² MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, pag. 69–70

³³ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht* (Vennootschapsbelasting), par. 2.6.0.C.c4, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd).

drempel is voor toepassing van de innovatiebox. In dat geval leidt de juridische splitsing tot een voordeel en is de fiscale claim niet verzekerd³⁴.

3.3.7 VOORWAARDE 5: GEEN RECHT OP TOEPASSING VAN DE OBJECTVRIJSTELLING VOOR BUITENLANDSE ONDERNEMINGSWINSTEN.

Met ingang van 1 januari 2012 wordt de vrijstellingsmethode (art. 15e Wet VpB 1969) gebruikt voor winsten behaald met een vaste inrichting in het buitenland, evenals dit het geval is voor een buitenlandse deelneming door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Het besluit van de staatssecretaris waarin de standaardvoorwaarden van het derde lid worden toegelicht is echter (nog) niet aangepast, waardoor het niet volledig zeker is op welke gevaren van claimverlies de staatssecretaris bedacht is. In de parlementaire stukken wordt in ieder geval het in aanmerking te nemen stakingsverlies genoemd³⁵.

Op basis van art. 15i is het mogelijk om een stakingsverlies in aanmerking te nemen indien de belastingplichtige ophoudt winst uit het desbetreffende land te genieten. Dit wordt vormgegeven door de objectvrijstelling niet van toepassing te laten zijn op een eventueel stakingsverlies, evenals dit het geval is voor het niet van toepassing zijn van de deelnemingsvrijstelling op een liquidatieverlies ter zake van een deelneming (art. 13d Wet VpB 1969).

Nu het stakingsverlies in aanmerking mag worden genomen bij de belastingplichtige doemt hetzelfde scenario op als bij voorwaarts verrekenbare verliezen. Indien als gevolg van de splitsing de belastingplichtige ophoudt te bestaan, bestaat het gevaar dat ook de aanspraak op het stakingsverlies verloren gaat. Daarom heeft de wetgever gemeend deze voorwaarde te moeten opnemen.

3.3.8 VOORWAARDE 6: GEEN AANSPRAAK OP TOEPASSING VAN DEELNEMINGSVERREKENING OF VERREKENING VAN BUITENLANDSE ONDERNEMINGSWINSTEN

Ook de aanspraak op deelnemingsverrekening blijft achter bij de afsplitsende rechtspersoon. Indien de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan, dreigt de aanspraak te verdampen. Om dit te voorkomen is er ook bij toepassing van de deelnemingsverrekening voor gekozen om voorwaarden te stellen. Om de achtergrond van deze voorwaarde te schetsen een korte introductie van de deelnemingsverrekening op hoofdlijnen.

³⁴ R.M.C. Dekkers, *Fiscaal innoveren in Nederland, verslag van het 21^e Maastrichts Fiscaal Symposium, gehouden op 4 november 2011*, WFR 2012/242

³⁵ Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, 677, V-N 2012/5.2.1

Indien een deelneming ter belegging wordt aangehouden is de deelnemingsvrijstelling op basis van art. 13 lid 9 niet van toepassing. Naast deze oogmerktoets bepaalt het tiende lid dat de deelnemingsvrijstelling ook niet van toepassing is op een deelneming waarvan de bezittingen geconsolideerd beschouwd, doorgaans grotendeels bestaat uit aandelenbelangen in andere vennootschappen van minder dan 5% of indien de functie van de deelneming grotendeels bestaat uit het direct of indirect financieren van de belastingplichtige of met haar verbonden lichamen. Als het lichaam een kwalificerende beleggingsdeelneming is, kan alsnog gebruik gemaakt worden van de deelnemingsvrijstelling als het lichaam is onderworpen aan een naar Nederlandse begrippen redelijke heffing of als de bezittingen doorgaans voor minder dan de helft onmiddellijk of middellijk bestaan uit vrije beleggingen. Van vrije beleggingen is sprake indien deze redelijkerwijs noodzakelijk zijn in het kader van de ondernemingsactiviteiten³⁶.

Bij een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming dienen de voordelen die worden genoten uit hoofde van de beleggingsdeelneming te worden gebruteerd (art. 13aa Wet VpB 1969) en vervolgens wordt een verrekening toegepast (art. 23c Wet VpB 1969). Om te voorkomen dat de aanspraak op deelnemingsverrekening bij de juridische fusie of splitsing verloren gaat is de onderhavige voorwaarde opgenomen³⁷. De aanspraak blijft dus in beginsel achter bij de splitsende rechtspersoon, waardoor er geen risico is op het verloren gaan van een fiscale claim.

In het geval de onderneming in het buitenland actief is in de vorm van een vaste inrichting in plaats van een deelneming is in art. 15e juncto art. 15g en art. 23d Wet VpB 1969 een vergelijkbare regeling opgenomen. Ook indien aanspraak bestaat op deze ‘verrekening van buitenlandse ondernemingswinsten’ kan de juridische splitsing niet plaatsvinden op basis van het tweede lid.

3.3.9 VOORWAARDE 7: LATERE HEFFING MOET VERZEKERD ZIJN

In beginsel leidt de fiscale indeplaatstreding ertoe dat geen fiscale claims verloren gaan. Toch is er in de wet nog een vangnetbepaling opgenomen voor gevallen waarin alsnog een fiscale claim verloren dreigt te gaan. Indien er dus risico bestaat op het verloren gaan van een fiscale claim is het raadzaam te verzoeken om doorschuiving op basis van art. 14a lid 3 Wet VpB 1969. Als er geen verzoek op het derde lid wordt gedaan, dan wordt het risico gelopen dat de inspecteur van mening is dat er ergens een fiscale claim verloren dreigt te gaan. Als gevolg hiervan zal de fusie toch ruisend plaatsvinden als geen verzoek op basis van het derde lid is gedaan. In de parlementaire stukken en de literatuur is een aantal concrete voorbeelden gegeven van situaties waarin heffing niet verzekerd is. Het betreft de volgende gevallen.

³⁶ NvW, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 9, p. 14-15

³⁷ MvT, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 69-70

BEPERKT BELASTINGPLICHTIGE RECHTSPERSOON

Het gaat hier om de situatie waarbij er bij de splitsing een beperkt belastingplichtig lichaam betrokken is. Stel dat een stichting een deel van haar vermogen afsplitst naar een BV, waarbij het pand achterblijft in de stichting en van het moment van splitsing door de BV gehuurd zal worden. Als gevolg van de afsplitsing is de stichting mogelijk niet meer belastingplichtig. Dit betekent dat de betaalde huur bij de BV aftrekbaar is, maar bij de stichting niet belast. Het is echter nog maar zeer de vraag waar het vermeende claimverlies in deze situatie is te onderkennen. Allereerst namelijk omdat deze mogelijkheid om belasting te besparen sinds jaar en dag bekend is, maar er is nooit een antimisbruikbepaling tegen geïntroduceerd. Ten tweede zal de aanwezige stille reserve ook bij een geruisloze fusie in de belastingheffing worden betrokken, want dan zal op basis van art. 15d Wet VpB 1969 deze stille reserve tot de winst worden gerekend omdat de belastingplichtige ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten³⁸. Voor toepassing van de fiscale facilitering van de juridische fusie en splitsing valt op zichzelf bezien geen claimverlies te constateren. Overigens is voor deze situatie in standaardvoorwaarde 7 voor de juridische afsplitsing een regeling opgenomen. Deze wordt in de volgende paragraaf behandeld.

IN HET BUITENLAND GEVESTIGDE RECHTSPERSOON

Ook als een feitelijk in het buitenland gevestigde rechtspersoon optreedt als verkrijgende rechtspersoon dreigt een fiscale claim verloren te gaan, indien de verkrijgende rechtspersoon bepaalde vermogensbestanddelen niet toerekent aan een vaste inrichting in Nederland na de juridische splitsing³⁹. In dat geval zullen deze vermogensbestanddelen niet meer aan Nederlandse heffing onderworpen zijn, waardoor een tijdens de binnenlandse belastingplicht opgebouwde stille reserve niet in Nederland belast kan worden. In tegenstelling tot de splitsing waar een beperkt belastingplichtige rechtspersoon bij betrokken is denk ik dat hier wel degelijk een gevaar op verlies van een fiscale claim is. In geval van een afsplitsing wordt namelijk niet toegekomen aan art. 15c of art. 15d Wet VpB 1969, omdat de belastingplichtige inwoner van Nederland blijft en ook niet per definitie ophoudt om in Nederland belastbare winst te genieten. Voor deze situatie is in de achtste standaardvoorwaarde voor de juridische afsplitsing een regeling opgenomen.

AFGEWAARDEERDE VORDERINGEN

In art. 13b en art. 13ba Wet VpB 1969 zijn enkele bepalingen opgenomen met betrekking tot afgewaardeerde vorderingen en omgezette deelnemingen. Art. 13b ziet op de situatie waarin de

³⁸ R.P.C.W.M. Brandsma en R.J. de Vries, Splits jij of fuseer ik (of omgekeerd?): de gevolgen van het wetsvoorstel inzake de fiscale begeleiding van juridische splitsing en fusie voor de betrokken lichamen, FED 1997/871

³⁹ Besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/2682M, V-N 2001/8.1

belastingplichtige of een met hem verbonden persoon een afgewaardeerde schuldvordering heeft op een deelneming. Indien deze schuldvordering of (een deel van) de onderneming wordt vervreemd of overgebracht naar een buitenlandse onderneming dan wel een buitenlands onderdeel van een onderneming of een met de belastingplichtige verbonden lichaam / persoon, moet het bedrag van de afwaardering alsnog in de winst worden betrokken. Art. 13ba bevat een dergelijke sanctie indien de afgewaardeerde schuldvordering wordt omgezet in eigen vermogen, feitelijk gaat functioneren als eigen vermogen of als de schuld wordt prijsgegeven. Het afgewaardeerde bedrag kan wel gelijktijdig worden toegevoegd aan een opwaarderingsreserve. Deze reserve valt vervolgens vrij in de winst voor zover de waarde in het economische verkeer van de deelneming stijgt ten opzichte van de waarde in het economische verkeer ten tijde van de inwerkingtreding van de sanctie. Ook zijn er nog enkele omstandigheden waarbij de opwaarderingsreserve helemaal in de winst valt. Hiervan is sprake indien de schuldenaar als dochtermaatschappij wordt opgenomen in de fiscale eenheid van de schuldeiser of indien (een gedeelte van) de onderneming van de schuldenaar of de gehele deelneming wordt vervreemd aan een verbonden persoon. Indien een andere omstandigheid ervoor zorgt dat de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon geen deelneming meer heeft in de schuldeiser leidt dit tot een onbelaste vrijval van het restant van de opwaarderingsreserve.

Indien sprake is van onderlinge schuldverhoudingen, bestaat het risico dat latere heffing niet verzekerd is zonder nadere regelgeving. Er zijn veel situaties denkbaar waarbij dit risico bestaat. Een deel is ook in de parlementaire stukken door de staatssecretaris onderkend, maar daarnaast zijn nog meer gevallen denkbaar van een de samenloop tussen deze antimisbruikbepalingen en de juridische fusie welke mogelijk tot gevolg heeft dat de latere heffing niet is verzekerd⁴⁰. Een deel is in ieder geval ondervangen met standaardvoorwaarden.

3.4 VOORWAARDEN VOOR DOORSCHUIVEN OP VERZOEK

3.4.1. ALGEMEEN

Indien het niet mogelijk is om gebruik te maken van de wettelijke doorschuiving van art. 14a lid 2 Wet VpB 1969 omdat niet aan de voorwaarden is voldaan, biedt het derde lid de mogelijkheid om een verzoek te doen om doorschuiving. De inspecteur zal dit verzoek onder door hem te stellen voorwaarden goedkeuren. Deze voorwaarden zijn grotendeels gestandaardiseerd⁴¹. In deze paragraaf behandel ik eerst welke voorwaarden er op basis van de wet gesteld mogen worden en vervolgens zal ik de standaardvoorwaarden bespreken.

⁴⁰ J.N. Bouwman, Van juridische splitsing, afgewaardeerde vorderingen en de opwaarderingsreserve, NTFR 2006/228

⁴¹ Besluit Staatssecretaris van 19 december 2000, CPP 2000/2682M

3.4.2 DELEGATIEKADER

In art. 14a lid 5 en art. 14b lid 4 Wet VpB 1969 wordt het delegatiekader geschetst voor toepassing van het derde lid. De voorwaarden die worden gesteld aan de gefaciliteerde juridische splitsing mogen dus niet verder gaan dan dat lid 4 en 5 bepalen. Allereerst betreft het de te stellen voorwaarden welke strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van belasting, welke verschuldigd zou zijn indien het derde lid niet wordt toegepast. Mocht zich een situatie voordoen waarbij er in het geval van de ruisende fusie of splitsing een claim verloren gaat, dan kan deze niet alsnog middels het derde lid in de heffing worden betrokken. Naast de voorwaarden die strekken tot verzekering van heffing en invordering van belasting zijn er in de loop van de jaren nog diverse categorieën bijgekomen, te weten de categorieën die in het tweede lid worden genoemd in het kader van de wettelijke doorschuiving. Verder bepaalt het vierde/vijfde lid dat nadere voorwaarden kunnen worden gesteld indien de waarde in het economische verkeer van de overgedragen vermogensbestanddelen lager is dan de boekwaarde. Hiermee wil de staatssecretaris voorkomen dat een latent verlies wordt verrekend met in het verleden behaalde winsten.

Het is overigens ook opvallend dat er tot nu toe slechts voor de juridische fusie en de juridische afsplitsing standaardvoorwaarden zijn en niet voor de zuivere splitsing. Ook heeft de uitbreiding van het delegatiekader van het vijfde lid in de afgelopen jaren niet geleid tot meer gepubliceerde standaardvoorwaarden. In het kader van de rechtszekerheid is dit te betreuren.

3.4.3 STANDAARDVOORWAARDE 1: ONDERLINGE VORDERINGEN EN SCHULDEN

Om te zorgen dat latere heffing verzekerd is, is in de eerste standaardvoorwaarde opgenomen hoe omgegaan dient te worden met onderlinge vorderingen en schulden. Voor de juridische splitsing bestaat deze svw uit een deel 1a en een deel 1b, maar voor de juridische fusie is slechts een svw opgenomen voor onderlinge schulden en vorderingen. Deze is gelijk aan svw 1a voor de juridische afsplitsing. Door svw 1a staat de schuld bij beide partijen vlak voor de splitsing op dezelfde waarde doordat de schuldenaar dezelfde waarde aan de vordering moet geven als de schuldeiser hieraan heeft gegeven. Indien de waardering niet gelijk is voorafgaand aan de splitsing kan latere heffing in sommige gevallen niet verzekerd zijn doordat de vordering bij de schuldeiser ten laste van de winst is afgewaardeerd en bij de schuldenaar niet tot de winst is gerekend. Bij samenloop met de artikelen 13a en 13 ba Wet VpB 1969 blijft de sanctie uit deze artikelen achterwege.

Svw 1b heeft betrekking op de situatie waarin een verbonden lichaam ten tijde van een zusterafsplitsing een vordering heeft op de afsplitsende rechtspersoon. Indien deze na de juridische afsplitsing als een (vrijwel) lege vennootschappelijke huls achterblijft met uitzondering van de schuld aan de bedoelde groepsmaatschappij ontbreekt als uitvloeisel van de juridische afsplitsing de

mogelijkheid tot verhaal op de afsplitser waardoor deze op grond van goedkoopmansgebruik zijn vordering mag afwaarderen. De redactie van de *Cursus Belastingrecht* is van mening dat met svw 1b buiten de delegatiekaders wordt getreden, omdat deze geen betrekking heeft op belasting welke op basis van art. 14a lid 1 Wet VpB 1969 verschuldigd zou zijn⁴².

Of de staatssecretaris inderdaad de bovengenoemde situatie voor ogen heeft gehad en waarom hij van mening is dat met svw 1b niet buiten de delegatiekaders wordt getreden, wordt niet duidelijk. In zijn toelichting valt alleen te lezen dat het zonder deze voorwaarde mogelijk zou zijn om de waarde van de vordering door een afsplitsing op gekunstelde wijze te verminderen. Ook vermeldt de staatssecretaris dat hij van mening is dat bij een dergelijke gekunstelde rechtshandeling onder omstandigheden ook sprake kan zijn van een afsplitsing welke in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Ik denk dat dit zeker mogelijk is, maar als hetzelfde bereikt kan worden door een ruisende juridische splitsing kan niet effectief worden opgetreden.

3.4.4 STANDAARDVOORWAARDE 2: VERREKENING VAN VERLIEZEN, BUITENLANDSE RESULTATEN EN BRONBELASTING

De tweede standaardvoorwaarde ziet voornamelijk op de situatie waarbij er aanspraak bestaat op voorwaartse verliesverrekening.

JURIDISCHE AFSPLITSING

De tweede standaardvoorwaarde bepaalt hoe voor toepassing van art. 20 Wet VpB 1969 omgegaan moet worden met vóór het afsplitsingstijdstip geleden verliezen door de verkrijgende rechtspersoon. Het uitgangspunt in deze standaardvoorwaarde is dat de verrekening van voorsplitsingsverliezen / voorfusieverliezen uitsluitend mogelijk is met nasplitsingswinst / nafusiewinst van de verkrijgende rechtspersoon die is toe te rekenen aan de vermogensbestanddelen en activiteiten die de verliezen in het verleden hebben veroorzaakt. De winstsplitsing houdt ook in dat de rechtsverhouding die er tussen de afgesplitste en verkrijgende rechtspersoon was voor de juridische fusie of splitsing meegenomen moet worden, ondanks dat deze civielrechtelijk niet meer bestaat. Nieuwe activiteiten moeten 'zoveel mogelijk in historisch perspectief' worden geplaatst. Het is wel mogelijk om nasplitsingsverliezen, ook als ze afkomstig zijn uit het vermogen van afsplitser, te verrekenen met de voorsplitsingswinsten van het verkrijgende lichaam⁴³.

⁴² J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht (Venootschapsbelasting)*, par. 2.6.0.C.c3, Deventer, online geraadpleegd.

⁴³ J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht (Venootschapsbelasting)*, par. 2.6.0.C.c3, Deventer, online geraadpleegd.

Om te bepalen welk deel voor verrekening in aanmerking komt dient eerst de totale winst van het desbetreffende jaar bepaald te worden. De winstsplitsing gaat niet zo ver dat alsnog verrekend kan worden indien het verkregen ondernemingsvermogen winst behaald heeft, maar de onderneming als geheel niet. Eerst vindt derhalve horizontale verliesverrekening plaats en daarna verticale verliesverrekening.

De verrekenbare verliezen van de afsplitsende rechtspersoon blijven achter bij de afsplitsende rechtspersoon en zijn daar nog verrekenbaar. Het is niet mogelijk om verliezen mee te geven aan het afgesplitste gedeelte van de onderneming. Sinds 2003 is het wel mogelijk om aan een dochtermaatschappij, welke zich ontvoegt uit een fiscale eenheid, verliezen mee te geven (art. 15af Wet VpB 1969). Het is opvallend dat deze mogelijkheid toen niet is geïntroduceerd voor de juridische afsplitsing. De staatssecretaris heeft namelijk aangegeven dat de studie naar de verruimde mogelijkheden voor de fiscale eenheid, mogelijk eveneens gevolgen zouden hebben voor het meegeven van verliezen bij een afsplitsing⁴⁴.

De staatssecretaris heeft wel mogelijkheden gecreëerd voor de afsplitsende rechtspersoon en de verkrijgende rechtspersoon om een gezamenlijk verzoek te doen om toch verliezen mee te kunnen geven indien verliezen dreigen te verdampen⁴⁵. Hiervan kan sprake zijn indien een beperkt belastingplichtig lichaam zijn ondernemingsactiviteiten afsplitst of als een buitenlandse rechtspersoon alle activiteiten in Nederland afsplitst en zodoende niet meer in Nederland belastingplichtig is. De staatssecretaris heeft dit willen bereiken door de volgende eisen te stellen:

1. er is sprake van een juridische afsplitsing in de zin van artikel 14a, eerste lid, onderdeel b, van de Wet VpB 1969;
2. de afsplitsende rechtspersoon splitst haar gehele onderneming af naar de verkrijgende rechtspersoon;
3. de afsplitsende rechtspersoon verkrijgt de bij de afsplitsing uitgereikte aandelen in de verkrijgende rechtspersoon;
4. door de juridische afsplitsing eindigt de belastingplicht voor de vennootschapsbelasting van de afsplitsende rechtspersoon, en;
5. de afsplitsing is niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing als bedoeld in artikel 14a, zesde lid, van de Wet VpB 1969.

Het besluit is alleen toepasbaar indien de juridische afsplitsing gefacilieerd plaatsvindt op basis van art. 14a lid 2 of 3 Wet VpB 1969. Afhankelijk van de situatie worden ook voorwaarden gesteld die

⁴⁴ Kamerstukken II 1997/98, 25709, nr. 3, p. 4

⁴⁵ Besluit Staatssecretaris van 22 juni 2006, nr. CPP2006/19M, BNB 2006/271

voorkomen dat verliesverrekening over het afsplitsingstijdstip ruimer wordt dan zonder afsplitsing mogelijk zou zijn geweest. Ook in dit geval dient dus een winstsplitsing plaats te vinden.

MEEGEVEN VAN VERLIEZEN BIJ EEN JURIDISCHE FUSIE

Verliezen zijn in beginsel aan het subject gebonden. De rechtspersoon die bij de juridische fusie verdwijnt, kan echter onder voorwaarden verliezen meegeven aan de verkrijgende rechtspersoon. Hiermee wordt voorkomen dat verliezen definitief verdampen. Op een gezamenlijk verzoek van de verdwijnende en de verkrijgende rechtspersonen, ingediend vóór het fusietijdstip, biedt de staatssecretaris de mogelijkheid om vóór het fusietijdstip geleden verliezen van de verdwijnende rechtspersoon te laten overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. Hierbij dient wel gewaakt te worden voor effecten die vergelijkbaar zijn met de handel in verliezen. Deze goedkeuring geldt slechts in het geval dat de juridische fusie plaatsvindt met toepassing van artikel 14b lid 2 en 3 Wet VpB 1969⁴⁶. Indien verliezen zijn meegegeven aan de verkrijgende rechtspersoon regelen de standaardvoorwaarden 2c en 2d op welke wijze deze kunnen worden verrekend. Grofweg gezegd houdt dit in dat ook voor de verrekening van deze verliezen een winstsplitsing moet worden gemaakt. Indien een vordering van de ene fuserende partij op de andere is afgewaardeerd ten laste van de Nederlandse winst is er volgens Hofman en Borggreven risico op dubbele belasting door de wisselwerking van standaardvoorwaarde 1. Zoals zij zelf echter ook al aangeven is de hoofdregel wel voldoende duidelijk, zodat ik de praktijk geen problemen te verwachten zijn⁴⁷, waardoor ik hier niet verder op zal ingaan.

BUITENLANDSE RESULTATEN EN BRONBELASTING

Svw 2e bevat ten slotte een regeling die ervoor zorg moet dragen dat, indien tot het afgesplitste of gefuseerde vermogen een vaste inrichting behoort, de verkrijgende rechtspersoon in de plaats treedt van de afgesplitste of verdwijnende rechtspersoon voor toepassing van art. 34 en 35 Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (BvdB 2001). Sinds 1 januari 2012 geldt echter een objectvrijstelling voor buitenlandse winst, waardoor deze artikelen zijn vervallen. Voor nog niet ingelopen verliezen geldt echter nog een overgangsregeling, waardoor svw 2e nog steeds een functie heeft. De verrekening van verliezen loopt zoveel mogelijk gelijk aan die voor binnenlands belastingplichtige lichamen.

3.4.5 STANDAARDVOORWAARDE 3: AANDELENBEZIT VERDWIJNT

Deze svw ziet op de situatie waarbij een moedermaatschappij een deel van haar vermogen (onder andere de aandelen in de dochtermaatschappij) afsplitst naar haar dochtermaatschappij. De svw

⁴⁶ Besluit staatssecretaris van Financiën 19 december 2000, nr. CPP2000/3148, V-N 2001/8.5

⁴⁷ A.W. Hofman en M.M. Borggreven, *Fiscaal gefacilieerde reorganisatie en verliesverrekening*, WFR 2007/311

bepaald dat de aandelen op de waarde in het economische verkeer moeten worden gewaardeerd vlak voor de afsplitsing, zodat het deel van de winst dat niet onder de deelnemingsvrijstelling nog belast wordt bij de moedermaatschappij. Overigens moet de in deze svw genoemde afsplitsing niet worden verward met de moeder-dochterafplitsing die is besproken in het vorige hoofdstuk, alwaar we constateerden dat de moeder-dochterafplitsing niet mogelijk was met een bestaande dochtervennootschap. Bij de moederdochterafplitsing is het kenmerk dat aandelen in de moedermaatschappij worden uitgereikt in plaats van in de dochtermaatschappij. Indien wel aandelen in de dochtermaatschappij worden uitgereikt aan de aandeelhouders van de moedermaatschappij is het dus mogelijk om een afsplitsing te doen aan een dochtermaatschappij.

Voor de juridische fusie is een gelijkkluidend artikel opgenomen voor het geval dat de fuserende rechtspersoon aandelen bezit in een andere fuserende rechtspersoon. Beiden kennen de dezelfde uitwerking, namelijk de waardering van de aandelen op het tijdstip van de fusie tegen waarde in het economische verkeer. Het meest eenvoudige voorbeeld is de concernfusie waarbij van een moedermaatschappij en haar dochter fuseren. In de meeste gevallen zal de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn, maar er zijn ook situaties waarin dat niet het geval is. Te denken valt aan gevallen waarin de deelneming als beleggingsdeelneming wordt aangemerkt (art. 13 lid 9), indien de belastingplichtige als beleggingsinstelling is aangemerkt (art. 13 lid 8), het aandelenbelang minder dan 5% is, indien art. 13h of art. 13i t/m art. 13k Wet VpB 1969 van toepassing zijn of indien de compartimenteringsleer van de Hoge Raad (HR)⁴⁸ van toepassing is, omdat het belang in de deelneming in het verleden niet als deelneming heeft gekwalificeerd⁴⁹.

3.4.6 STANDAARDVOORWAARDE 4: BESMETTE DEELNEMING

Svw 4 is bedoeld om latere heffing te verzekeren met betrekking tot een besmette deelneming als bedoeld in art. 13c en art. 13ca. De standaardvoorwaarde is voor de juridische fusie en juridische afsplitsing inhoudelijk volledig gelijk. Art. 13c was tot 1 januari 2012 opgenomen in de vennootschapsbelasting, maar is als gevolg van de objectvrijstelling voor de vaste inrichting vanaf deze datum vervallen. Deze regeling diende te voorkomen dat een vaste inrichting, waar in het verleden verliezen in aanmerking waren genomen in Nederland, werd omgezet in een deelneming, zodat de winst met toepassing van de deelnemingsvrijstelling belastingvrij kon worden genoten. Op deze wijze werd de inhaalregeling voor verliezen van de vaste inrichting omzeild. Vanaf 1 januari 2012 is in art. 33b lid 5 Wet VpB 1969 een overgangsregeling opgenomen op basis waarvan het oude art. 13c nog geldt voor gevallen waarbij in het verleden door de vaste inrichting verliezen in

⁴⁸ De staatssecretaris noemt in de toelichting specifiek de arrest opgenomen in BNB 1986/305, BNB 1991/268 en BNB 1997/101.

⁴⁹ J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, par. 2.6.0.C.c3, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd).

Nederland in aanmerking zijn genomen of gevallen waar nog niet de gehele verliezen zijn ingelopen door de deelneming.

Op basis van deze standaardvoorwaarde wordt de gehele art. 13c-claim tot de winst gerekend. Dit is meer dan het geval zou zijn als de fusie niet gefacilieerd zou worden. In dat geval wordt de gehele claim pas onmiddellijk tot de winst gerekend indien de deelneming wordt vervreemd aan een niet in Nederland gevestigd lichaam (lid 2, sub a) of als een gedeelte van het lichaam waarin wordt deelgenomen wordt vervreemd aan een verbonden lichaam. Zeker niet in alle gevallen zal dus een volledige afrekening van de claim plaatsvinden bij toepassing van de ruisende juridische splitsing, waardoor het nog maar zeer de vraag is in hoeverre svw 4 verbindend is⁵⁰.

Art. 13ca is per 1 januari 2006 vervallen. Omdat toepassing van het overgangsrecht met betrekking tot art. 13ca niet heel veel meer zal voorkomen besteed ik daar nu verder geen aandacht aan.

3.4.7 STANDAARDVOORWAARDE 5: LATENT LIQUIDATIEVERLIES

In art. 13d Wet VpB 1969 is de liquidatieverliesregeling opgenomen. Deze regeling houdt kortgezegd in dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op verliezen welke tot uitdrukking komen bij de ontbinding van een rechtspersoon. In andere woorden: het liquidatieverlies is aftrekbaar bij de aandeelhouder. De hoogte van het verlies wordt bepaald aan de hand van het verschil tussen het voor de deelneming opgeofferde bedrag en het totaal aan liquidatie-uitkeringen. Art. 13d lid 9 Wet VpB 1969 bepaalt dat het liquidatieverlies in aanmerking mag worden genomen vanaf het moment dat de vereffening is voltooid. Belastingplichtige heeft hierdoor vrijwel geheel in eigen hand wanneer het liquidatieverlies genomen wordt, dus ook na de juridische fusie of splitsing is mogelijk. Om te voorkomen dat door een juridische fusie of splitsing een groter liquidatieverlies in aanmerking genomen kan worden (en hiermee latere heffing niet verzekerd is) bepaalt svw 5 dat het liquidatieverlies slechts mag worden verrekend met winsten die door deze (voortgezette) onderneming zijn gemaakt.

In de literatuur is de vraag opgeworpen of de vijfde standaardvoorwaarde binnen het delegatiekader van art. 14a lid 5 Wet VpB 1969 blijft. Het delegatiekader spreekt over voorwaarden die betrekking hebben op de verrekening van verliezen. Hiermee wordt bedoeld op de verliesverrekening en niet op de compensatie van latente liquidatieverliezen. De HR oordeelde echter in andere zin waardoor de vijfde standaardvoorwaarde van toepassing is op een juridische splitsing⁵¹.

3.4.8 STANDAARDVOORWAARDE 6: DEELNEMINGSVRIJSTELLING NA AFSPLITSING

⁵⁰ J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht (Venootschapsbelasting)*, par. 2.6.0.C.c3, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd).

⁵¹ HR 3 februari 2006, nr. 41 990, BNB 2006/192

Om te voorkomen dat door een samenloop met de juridische afsplitsing en de deelnemingsvrijstelling leidt tot te weinig of teveel belastingheffing is svw 6 opgenomen. Deze bepaalt dat in beginsel n alle gevallen in de plaats wordt getreden van de afgesplitste rechtspersoon, behalve voor de toetsing of sprake is van een deelneming. Waren de aandelen bij de afsplitser een deelneming, maar bij de verkrijger niet meer (of andersom), dan ontstaat dus geen ‘fictieve deelneming’ of iets dergelijks. Aan de hand van de compartimenteringsarresten van de HR dient vervolgens bepaald te worden welk deel van de latere opbrengst nog wel valt onder de deelnemingsvrijstelling en welk deel niet. Dit houdt in dat er bij latere realisering rekening mag worden gehouden met de waarde in het economische verkeer op het moment van de afsplitsing. Indien na de afsplitsing de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing is, dan mag, ook indien op kostprijs of lagere marktwaarde wordt gewaardeerd, de aandelen op de waarde in het economische verkeer worden gewaardeerd. Dit is een soort van kostprijs op het moment van de afsplitsing⁵². Overigens is er geen dergelijke standaardvoorwaarde voor de juridische fusie.

3.4.9. STANDAARDVOORWAARDE 7

Svw 7 wil de latere heffing verzekeren indien bij de juridische splitsing een vereniging of stichting betrokken is. Voor de juridische fusie is er geen soortgelijke standaardvoorwaarde. De staatssecretaris was bevreesd voor situaties waarbij na de juridische splitsing de kosten aftrekbaar zijn bij het vennootschapsbelastingplichtige lichaam en de opbrengsten onbelast zijn bij de vereniging of stichting. Daarom is in SvW 7 opgenomen dat kosten niet ten laste van de winst kunnen komen als ze betrekking hebben op een van de overgedragen vermogensbestanddelen en de opbrengsten niet belast zijn bij de ontvanger. Evenals bij eerdere standaardvoorwaarden valt op dat dit ‘misbruik’ ook aan de orde is bij een ruisende juridische afsplitsing, waardoor in de literatuur wat mij betreft terecht is opgemerkt dat standaardvoorwaarde 7 wellicht het delegatiekader te buiten gaat. Omdat echter het derde lid ook specifiek spreekt over voorwaarden die gesteld kunnen worden die betrekking hebben op het bepalen van de in een jaar genoten winst, zou ook betoogd kunnen worden dat er wel degelijk voldoende ruimte wordt geboden. In feite is echter niet de juridische splitsing, maar de wettelijke bepaling waardoor stichtingen slechts belastingplichtig zijn indien en voor zover zij een onderneming drijven is de oorzaak van deze ‘mismatch’.⁵³ Het zou dan ook logischer zijn dit te corrigeren door een bepaling op te nemen in de wet of als in het kader van de juridische splitsing deze gevallen slechts met de antimisbruikbepaling van het zede lid hadden kunnen worden bestreden, omdat de fusie dan wellicht in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen

⁵² HR 22 januari 1997, nr. 31 748, BNB 1997/101

⁵³ S.J.C. Hemels, *De bedrijfsfusiefaciliteit: voor stichtingen en verenigingen een gunst of een recht?*, WFR 2000/1430

van belastingheffing. Want ondanks dat sprake is van een mismatch kan het bewust gebruik maken hiervan natuurlijk wel leiden tot misbruik.

3.4.10 STANDAARDVOORWAARDE 8

Ook indien een deel van de overgedragen vermogensbestanddelen niet meer onder de Nederlandse belastingheffing valt is heffing niet verzekerd. Omdat de juridische fusie ook mogelijk is met buitenlandse rechtspersonen kan het voorkomen dat een deel van de onderneming wordt afgesplitst naar of fuseert met een buitenlandse rechtspersoon. Hoewel in veel gevallen in Nederland een vaste inrichting achter zal blijven, kan het in sommige gevallen ertoe lijden dat fiscale claims verloren gaan. Op basis van svw 8 (juridische afsplitsing) en svw 6 (juridische fusie) dient afgerekend te worden over het deel van de onderneming dat niet meer onder de Nederlandse belastingheffing valt.

3.5 ONTGAAN OF UITSTELLEN VAN BELASTINGHEFFING

3.5.1 ALGEMEEN

Op basis van art. 14a lid 6 en art. 14b lid 5 Wet VpB 1969 kan de juridische fusie of splitsing alsnog niet gefacilieerd plaatsvinden indien deze ‘in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing’. De fusie of splitsing wordt daarbij geacht in overwegende mate gericht te zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien deze niet plaatsvindt op basis van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende of verkrijgende rechtspersoon. Met deze opzet heeft de fiscus beoogd de positie van de fiscus te versterken⁵⁴. De fiscus hoeft immers slechts aannemelijk te maken dat er geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de juridische fusie of splitsing. Indien de fiscus erin slaagt aannemelijk te maken dat deze zakelijke overwegingen ontbreken is het aan de belastingplichtige te bewijzen dat de fusie of splitsing niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Tevens is met betrekking tot de juridische splitsing een tweede bewijsvermoeden opgenomen, namelijk de vervreemding van de aandelen binnen drie jaar na de splitsing.

De wet biedt de mogelijkheid om voorafgaand aan de juridische fusie of splitsing een verzoek te doen bij de inspecteur om bij voor bezwaar vatbare beschikking te beslissen of de juridische fusie of splitsing is gericht het ontgaan of ontwijken van belastingheffing. Er zal dus alles aan gelegen zijn voor belastingplichtige aannemelijk te maken dat de juridische fusie of splitsing wél plaatsvindt op basis van zakelijke overwegingen. Daarom zullen we eerst stilstaan bij deze zakelijke overwegingen

⁵⁴ J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, par. 2.6.0.C.c9, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd).

en vervolgens bekijken wanneer dan sprake kan zijn van het ontgaan of uitstellen van belasting en in hoeverre het tweede bewijsvermoeden verenigbaar is met de fiscale fusierichtlijn.

3.5.2 ZAKELIJKE OVERWEGINGEN

Als voorbeelden van zakelijke overwegingen noemt de wetgever de herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende- en de verkrijgende rechtspersoon. Op basis van de parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en literatuur zal ik eerst aandacht besteden aan de vraag wanneer er sprake is van actieve werkzaamheden van de splitsende- en verkrijgende rechtspersoon en vervolgens de vraag wat moet worden verstaan onder herstructurering of rationalisering.

ACTIEVE WERKZAAMHEDEN VAN DE SPLITSENDE- EN VERKRIJGENDE RECHTSPERSONEN

In de memorie van toelichting op de belastingherziening 2001 heeft de staatssecretaris toegelicht dat de term actieve werkzaamheden is gekozen ten einde een onderscheid te kunnen maken tussen vennootschappen bij wie de werkzaamheden niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer (passieve vennootschappen) en vennootschappen die materieel een onderneming drijven (actieve vennootschappen)⁵⁵. Een vennootschap die als houdstermaatschappij functioneert, kwalificeert hierbij als een actieve vennootschap. Ook het bedrijfsmatig beheren van vermogen is te kwalificeren als een vennootschap die materieel een onderneming drijft⁵⁶. Slechts indien in de onderneming werkzaamheden worden verricht die niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer is sprake van een passieve vennootschap⁵⁷.

Hof Amsterdam⁵⁸ heeft echter geoordeeld dat het onderscheid tussen een actieve en passieve vennootschap niet in overeenstemming is met de fusierichtlijn. Het Hof overweegt in r.o. 36 en 37, onder verwijzing naar het arrest Leur-Bloem⁵⁹ namelijk dat 'alsmede uit het algemene stelsel van de richtlijn voortvloeit, dat de bij de richtlijn ingevoerde gemeenschappelijke fiscale regeling, die verschillende fiscale voordelen behelst, zonder onderscheid van toepassing is op elke fusie, splitsing, inbreng van activa en aandelenruil, ongeacht om welke redenen deze plaatsvindt en of deze van financiële, economische of zuiver fiscale aard is' en dat het feit dat 'de verwervende vennootschap (...) niet zelf een onderneming drijft, niet eraan in de weg staat dat de rechtshandeling als een aandelenruil in de zin van artikel 2, sub d, van de richtlijn wordt aangemerkt'. Op basis van deze rechtsoverwegingen lijkt het volstrekt helder dat geen enkel onderscheid gemaakt dient te worden

⁵⁵ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 727, nr. 3, p. 53

⁵⁶ NV, Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 7, p. 150

⁵⁷ NNV, Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 17, p. 69–73

⁵⁸ Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/6079, V-N 2004/57.9

⁵⁹ HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95 (Leur-Bloem), BNB 1998/32

naar de aard van de vennootschap. Niet in de behandeling, maar ook niet in de bewijslastverdeling. De staatssecretaris is echter van mening dat met betrekking tot de herstructurering en rationalisering van passieve beleggingen, de vennootschappen met niet-actieve werkzaamheden, de fusierichtlijn wel de mogelijkheid biedt de bewijslast naar de belastingplichtige te verschuiven. Omdat het in onderliggende zaak bij Hof Amsterdam niet tot een andere uitkomst zou leiden, heeft de staatssecretaris afgezien van cassatie⁶⁰. Op basis van dit arrest lijkt het dus niet van belang wat voor soort vennootschap wenst te splitsen of fuseren voor de vraag hoe de bewijslast is verdeeld.

De beoordeling of sprake is van zakelijke overwegingen dient plaats te vinden vanuit de te fuseren of te splitsen rechtspersoon. Voor deze rechtspersonen moet de fusie of splitsing door bedrijfseconomische motieven zijn ingegeven⁶¹. Hiervan is geen sprake indien de belangen van de aandeelhouders voornamelijk worden gediend. Ook voor de fusierichtlijn is van belang dat de zakelijk overwegingen op het niveau van de onderneming aanwezig zijn. Dit valt volgens het Hof Amsterdam op te maken uit de considerans van de fusierichtlijn⁶². Daar is opgenomen dat de fusierichtlijn tot doel heeft ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken. Dit doel behelst dus vooral de bedrijfseconomische belangen van de onderneming en niet die van de aandeelhouder. Deze kunnen echter in sommige gevallen dicht bij elkaar liggen, zoals ook uit onderstaande jurisprudentie zal blijken.

HERSTRUCTURERING OF RATIONALISERING

Als een voorbeeld van herstructurering / rationalisering zijn onder andere kostenbesparingen in verband met beleggingsportefeuilles aan de orde geweest bij Hof Amsterdam⁶³. Belanghebbende bezit in deze zaak zowel de aandelen X BV als Y BV. Door middel van een aandelenfusie wenst hij de aandelen Y BV over te dragen aan X BV. Vervolgens wenst hij een fiscale eenheid aan te gaan en Y BV samen met een andere dochtermaatschappij van X BV te liquideren, zodat uiteindelijk alle beleggingen in één vennootschap zitten. Het Hof is van mening dat belanghebbende er voldoende in is geslaagd om aan te tonen dat de 'beoogde samenvoeging van de beleggingsportefeuilles voor de betrokken vennootschappen tot een verbeterd (beleggings)resultaat en een meer solide opbouw van de portefeuille zal leiden, terwijl tevens sprake zal zijn van een kostenbesparing'. Met verwijzing naar het arrest Leur-Bloem van het HvJ⁶⁴ oordeelt Hof Amsterdam dat de belastingdienst in elk concreet geval de rechtshandelingen in haar geheel moeten onderzoeken. Voor de zakelijkheid van de

⁶⁰ Toelichting staatssecretaris op Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/6079, V-N 2004/57.9

⁶¹ Kamerstukken I 1999/2000, 26 727 en 26 728, nr. 202a, p. 31

⁶² Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, V-N 2002/20.10, r.o. 5.2.6

⁶³ Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/6079, V-N 2004/57.9, r.o. 5.5

⁶⁴ HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32, r.o. 48

aandelenfusie, dient dus ook meegenomen te worden de daaropvolgende stappen van het aanvragen van een fiscale eenheid en het liquideren van de dochtervennootschappen. Hoewel ik de verwijzing naar het HvJ niet sterk vind omdat daar over rechtshandeling (enkelvoud) wordt gesproken, ben ik het inhoudelijk met Hof Amsterdam eens. Er zijn namelijk meerdere arresten waar de HR heeft geoordeeld dat naar alle omstandigheden gekeken moet worden.

Een goed voorbeeld hiervan is een arrest van de HR op 1 december 1999⁶⁵. In dit arrest was sprake van een advocaat die een houdstervennootschap wilde oprichten waar hij middels een aandelenfusie zijn aandelen in de werkmaatschappij inbracht. Vervolgens wenste hij een deel van de vrije reserves over te boeken naar de houdster om het hiermee zijn aansprakelijkheidsrisico's te verkleinen. De A-G heeft in deze zaak zijn conclusie geschreven en kwam tot het oordeel dat het verkleinen van de aansprakelijkheidsrisico's en het tussenschuiven van een houdstermaatschappij al losstaande feiten moeten worden beschouwd. Voor het verkleinen van de aansprakelijkheidsrisico's is immers niet het tussenschuiven van een houdstermaatschappij vereist. De HR vindt echter dat er een zakelijk motief is en dat het belastingplichtige vrij staat dit doormiddel van de aandelenfusie vorm te geven. Niet elke stap hoeft geheel afzonderlijk te worden beoordeeld. Ook in het arrest Zwijnenburg, welke in paragraaf 3.5.3 uitgebreider zal worden behandeld, overweegt de HR⁶⁶ dat na de zaak van Hof Amsterdam heeft de HR bevestigd dat vanuit de vennootschappen gezien sprake het samenbrengen van het ondernemingsvermogen een zakelijk doel diende en dat niet voor redelijke twijfel vatbaar is dat naar alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen voor de vervolgvraag of belastingfraude of –ontwijking een van de hoofddoelen van de bedrijfsfusie was. Van der Burght trekt hieruit de conclusie dat ondanks een overkoepelend zakelijk einddoel, de door belastingplichtigen gekozen weg van een fusie niettemin onzakelijk kan zijn. In het hoofddoel van deze gekozen (onzakelijke) weg het ontwijken van belastingheffing is, dan kan alsnog de antimisbruikbepaling van toepassing zijn⁶⁷. Ik deel deze mening van Van der Burght. Ook de fusierichtlijn sluit zich hier naar ik meen bij aan door te overwegen dat niet een van de hoofddoelen het ontgaan of uitstellen van belastingheffing mag zijn. Er wordt dus ruimte gelaten voor de mogelijkheid dat er meerdere (hoofd)doelen ten grondslag liggen aan het geheel. Als een hoofddoel zakelijk is, dan kan het samenstel van de gehele rechtshandling ook tot hoofddoel hebben het ontgaan van belastingheffing.

Uit de tekst van art. 14a lid 6 Wet VpB 1969 volgt dat met zakelijke overwegingen wordt bedoeld de zakelijke belangen voor de splitsende en verkrijgende rechtspersoon en niet de (zakelijke) belangen

⁶⁵ HR, 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111

⁶⁶ HR 11 juli 2008, nr. 43 144, BNB 2008/245

⁶⁷ G.C. van der Burgt, *Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting*, MBB 2010/9

van de aandeelhouders In de fusierichtlijn wordt gesproken over 'de betrokken rechtspersonen'. In de parlementaire geschiedenis worden beide termen naast elkaar gebruikt⁶⁸. Tevens heb ik geen kritische literatuur hierover gevonden. Ik heb dan ook geen aanleiding om hier een mogelijk materieel verschil tussen de fusierichtlijn en de Nederlandse wet te onderkennen. Als voorbeeld van aandeelhoudersbelangen worden in de parlementaire stukken genoemd het afsplitsen van ondernemingsvermogen en beleggingsvermogen en het afsplitsen van een deel van de onderneming met het oog op de verkoop. Ook wordt overwogen in de parlementaire stukken dat van aandeelhoudersmotieven alleen sprake kan zijn indien een van de aandeelhouders doorslaggevende zeggenschap heeft in de onderneming⁶⁹. Specifiek met betrekking tot de ruziesplitsing wordt nog opgemerkt dat ook een ernstig verstoorde relatie tussen aandeelhouders tot gevolg kan hebben dat de continuïteit van de onderneming is gevaar komt. In een dergelijk geval zal ook sprake kunnen zijn van een zakelijk belang op het niveau van de onderneming, waardoor aan de splitsing in overwegende mate is ingegeven door zakelijke overwegingen.

Bij de beoordeling of sprake is van zakelijke overwegingen speelt ook mee in hoeverre er na de splitsing nog financiële banden bestaan tussen de aandeelhouders (of de rechtspersonen) onderling⁷⁰. In deze beoordeling zal uiteraard ook de (zakelijkheid van de) overbedeling worden betrokken. Zo zal een overbedeling er niet toe mogen leiden dat bijvoorbeeld een situatie wordt gecreëerd waarin de facto sprake is van een (gedeeltelijke/materiële) uitkoop van een of meer aandeelhouders of waarin een of meer aandeelhouders na de splitsing alleen aandelen houden in een vennootschap met slechts liquide middelen of (eenvoudig) verzilverbare beleggingen⁷¹.

Ook in de jurisprudentie is aandacht geweest voor de kwalificatie van een ruziesplitsing. Zowel Hof 's-Gravenhage als Hof Amsterdam heeft hierover in 2002 uitspraak gedaan in twee redelijke vergelijkbare zaken, maar komen tot een ander oordeel. In de zaak van Hof 's-Gravenhage zijn twee broers aandeelhouder van X BV. Het aannemersbedrijf dat in X BV werd uitgeoefend is aan de dochter van een van de broers verkocht. Vanaf dat moment bestonden de activiteiten van X BV nog uit het verhuren en ontwikkelen van onroerend goed en de financiering het aannemersbedrijf. De broers krijgen echter meningsverschillen, omdat de een in het aannemersbedrijf wil investeren en de ander niet. Er wordt besloten tot een ruziesplitsing over te gaan. Het geschil spitst zich toe op de vraag of de meningsverschillen tussen de aandeelhouders zijn te kwalificeren als zakelijke overwegingen om te splitsen. Met het oog op de parlementaire geschiedenis komt het Hof tot de conclusie dat zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de juridische splitsing. Geen van de

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld: Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5, p. 6–7

⁶⁹ Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, p. 7

⁷⁰ Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 5, p. 6-7

⁷¹ Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 9, p. 4-5

aanhouders heeft een doorslaggevende stem en er zijn ook geen aanwijzingen dat feitelijk sprake is van het uitkopen van een van de aandeelhouders, want de bezittingen worden gewoon voor zover mogelijk 50-50 verdeeld. De inspecteur is van mening dat slechts er slechts zakelijke overwegingen ten grondslag aan deze splitsing kunnen liggen indien de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Het Hof acht deze eis te ver strekken, omdat die uitleg geen grond vindt in de wettekst⁷². Het kan dus wel degelijk een aanwijzing zijn, maar dit is niet een vereiste om überhaupt van zakelijk overwegingen te kunnen spreken. Bovendien lijkt het mij persoonlijk een overbodige eis. Indien er al enige tijd onenigheid bestaat over het te voeren beleid, dan lijkt de continuïteit van de onderneming per definitie in gevaar. Misschien nog niet op de korte termijn, maar dat lijkt me niet noodzakelijk. Dan zou nooit sprake zijn van zakelijke overwegingen indien er op tijd actie wordt ondernomen.

Hof Amsterdam heeft op 30 januari 2002⁷³ uitspraak gedaan in een vergelijkbare zaak. In dit arrest was sprake van een BV met drie aandeelhouders. De BV bezat een deelneming waarin de pensioenverplichting voor de aandeelhouders ondergebracht was met de bijbehorende beleggingen en onroerend goed. De aandeelhouders wensten de pensioenverplichting van de deelneming naar de BV over te brengen en vervolgens doormiddel van een ruziesplitsing ervoor te zorgen dat iedere aandeelhouder zijn persoonlijke holding zou krijgen met daarin zijn eigen pensioenverplichting. Belanghebbende voerde aan dat de niet optimale relatie tussen de broers en de bestaande meningsverschillen met betrekking tot de beleggingsstrategie de continuïteit van de activiteiten (kunnen) bedreigen. Het Hof was echter van mening dat hij er niet voldoende in is geslaagd om aannemelijk te maken dat er een redelijke kans was dat deze situatie zich zou voordoen. Het Hof oordeelde dus dat slechts sprake van was aandeelhoudersbelangen en dat er dus geen sprake kon zijn van zakelijke overwegingen welke de onderneming aangaan.

Als voorbeeld van zakelijke overwegingen is in de jurisprudentie ook aandacht geweest voor het verminderen van de administratieve lasten. Het HvJ heeft geoordeeld dat dit ook zakelijke overwegingen zijn⁷⁴. Dit kan echter slechts als een afdoende argument worden aangenomen indien het niet van marginaal belang is ten opzichte van de andere gevolgen van de fusie. In onderhavige zaak was sprake van een Portugese Holding die wilde fuseren met een lege vennootschap welke beschikte over € 2.000.000 aan compensabele verliezen. Omdat de Portugese vennootschapsbelasting geen equivalent kent van standaardvoorwaarde 2, is dit verlies bij de gefuseerde partij volledig verrekenbaar. Volgens het HvJ speelde deze verliesverrekening een dusdanig grote rol, dat niet aannemelijk was gemaakt dat zakelijke overwegingen ten grondslag lagen

⁷² Hof 's-Gravenhage 1 mei 2002, nr. 01/1182, V-N 2002/42.15

⁷³ Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, V-N 2002/20.10

⁷⁴ HvJ EU 10 november 2012, nr. C-126/10 (Foggia), BNB 2012/5 met noot van G.T.K. Meussen

aan de fusie. Bovendien overwoog het HvJ dat elke fusie tot gevolg heeft dat de administratieve lasten worden verminderd, zodat erkenning van het verlagen van de administratieve lasten als zakelijke overweging in alle gevallen, ertoe zou lijden dat de antimisbruikbepaling een dode letter wordt. Het verlagen van de administratieve lasten kan dus slechts een argument zijn indien aannemelijk wordt gemaakt dat deze kostenbesparing niet slechts van marginaal belang is.

Ten slotte is er in de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie aandacht geweest voor de vraag of het verkoop klaar maken van een onderneming ook een zakelijke overweging is. Indien een dga voorafgaand aan een voorgenomen verkoop van aandelen deze aandelen overdraagt aan een holding om de winstreserves onder de deelnemingsvrijstelling uit te kunnen keren aan deze holding, is deze in beginsel in overwegende mate gericht op het uitstellen van belastingheffing. De staatssecretaris is van mening dat het lichter maken van aandelen niet kan worden aangemerkt als een zakelijke overweging⁷⁵. Indien echter deze afsplitsing ertoe leidt dat de fusie kan plaatsvinden onder voor alle partijen acceptabele voorwaarden is deze voorafgaande splitsing mogelijk wel gedaan uit zakelijke overwegingen⁷⁶. In dat geval is de afsplitsing er immers op gericht om een zakelijk gewenste fusie te vergemakkelijken. Een voorbeeld van een dergelijke afsplitsing was in de jurisprudentie aan de orde in een zaak waarin de Europese Commissie omwille van het mededingingsbeleid toestemming moest geven voor een juridische fusie tussen twee ondernemingen. Zij verleende deze toestemming onder voorwaarde dat een van de betrokken rechtspersonen een bepaalde bedrijfstak van de hand zou doen (omdat de gefuseerde onderneming anders een te dominante rol zouden spelen op de markt). Partijen gingen hiermee akkoord en vonden een koper voor de te verkopen bedrijfstak. Belanghebbende wenste de desbetreffende bedrijfstak doormiddel van een juridische afsplitsing in een rechtspersoon onder te brengen en vervolgens deze aandelen te verkopen. Omdat het gehele concern baat had bij de fusie tussen de ondernemingen oordeelde de HR dat aan deze afsplitsing zakelijke overwegingen ten grondslag lagen⁷⁷.

3.5.3 IN OVERWEGENDE MATE GERICHT OP HET ONTGAAN OF UITSTELLEN VAN BELASTINGHEFFING

De eis dat de fusie of splitsing niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is de Nederlandse equivalent van de eis uit de fusierichtlijn dat belastingfraude of –ontwijking niet een van de hoofddoelen van de fusie of splitsing is. Er is nog enige discussie of onder het de belastingfraude en –ontwijking van de fusierichtlijn ook het uitstellen van belastingheffing valt (nationale wet). De HR heeft hiervoor (ook in binnenlandse situaties) een

⁷⁵ NV, Kamerstukken II 1999/2000, 26727, nr. 7, p. 462-463

⁷⁶ NNV, Kamerstukken II 1999/2000, 26727, nr. 17, p.73

⁷⁷ HR 2 juni 2006, nr. 41 942, BNB 2006/82

pragmatische oplossing gekozen door direct aan de richtlijn te toetsen en heeft hiermee min of meer heeft geoordeeld dat belastinguitstel ook al ontwijking kan worden gezien⁷⁸. Van den Burgt merkt hierover nog op dat dit in zijn optiek slechts geldt indien het om uitstel gaat dat tegen 'doel en strekking' van de richtlijn is⁷⁹. Dit lijkt mij evident, nu juist uitstel van belastingheffing de kern van de faciliteit is.

Het verschuiven van heffing naar een later tijdstip vormt een belangrijk onderdeel van de fiscale facilitatie van de juridische fusie en splitsing. Dit uitstel is daarom niet aan te merken als misbruik. Er is volgens de staatssecretaris slechts sprake van misbruik als er herstructureringen plaatsvinden die in overwegende mate het doel hebben om door toepassing van de faciliteiten dit belastingvoordeel te verkrijgen om een acute belastingheffing te voorkomen. Met andere woorden: het fiscale voordeel mag zeker een rol spelen, maar dit mag niet het hoofddoel zijn. A-G Wattel is van mening dat moet worden beoordeeld of de aandelenruil ook doorgegaan zou zijn bij afwezigheid van de fiscale beweegredenen. In de praktijk lijkt dit erop neer te komen dat de faciliteit niet geweigerd kan worden als er een goede niet-fiscale reden is⁸⁰.

In sommige gevallen is wel een fiscale reden het hoofddoel, maar is door de staatssecretaris goedkeuring verleend voor toepassing van de splitsingsfaciliteiten. Dit is het geval bij een splitsing voorafgaand aan de aanvraag van de zogenoemde VBI-status (art. 6a Wet VpB 1969). Het voordeel van de VBI is dat deze is vrijgesteld voor de vennootschapsbelasting. Om de VBI-status te verkrijgen dient aan een aantal voorwaarden voldaan te worden. Dit is onder andere dat het lichaam een naamloze vennootschap of een fonds voor gemene rekening is en dat de bezettingen in beginsel slechts mogen bestaan uit financiële instrumenten als bedoeld in art. 1:1 WfT of banktegoeden. Indien een vennootschap dus een deelneming heeft of een schuld aan haar aandeelhouder (een rekening-courant verhouding of hypothecaire lening bijvoorbeeld), kan de VBI status niet worden aangevraagd. Om toch van de voordelen van het VBI-regime gebruik te maken kan het afsplitsen van de beleggingsactiviteiten naar een nieuw op te richten naamloze vennootschap een relatief eenvoudige optie zijn om toch gebruik te kunnen maken van het VBI-regime. De staatssecretaris heeft in dit geval goedgekeurd dat een splitsing die enkel gericht is op de verkrijging van de voordelen van het VBI regime niet wordt aangemerkt als een splitsing die gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing⁸¹.

⁷⁸ HR 10 oktober 2008, nr. 43 409, BNB 2009/28

⁷⁹ G.C. van der Burgt, *Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting*, MBB 2010/9

⁸⁰ Conclusie A-G Wattel bij HR 10 oktober 2008, nr. 43 409, BNB 2009/28

⁸¹ Besluit staatssecretaris van 10 maart 2008, nr. CPP2008/291M

In par. 3.5.2 heb ik stil gestaan bij Hof Amsterdam van 30 januari 2002, nr. 00/1358. Het Hof oordeelde dat er geen zakelijke overwegingen ten grondslag lagen aan de juridische splitsing, maar zag niet in hoe als gevolg van de splitsing beter belasting kon worden ontweken of uitgesteld⁸². Daaruit blijkt dat het creëren van een personal-holding structuur mogelijk lijkt te zijn zolang de belastingclaim van de fiscus in stand blijft en de splitsing niet in overwegende mate is gericht op het verkrijgen van dit voordeel. In casu was belanghebbende er blijkbaar in geslaagd aannemelijk te maken dat het kunnen voeren van eigen beleid en het toekomen van sterftewinst aan de eigen nabestaanden het hoofddoel van de splitsing was. Bij het vormen van een personal-holding structuur met het oog op de eventuele verkoop van (een deel van) de onderneming licht het genuanceerder. In HR 10 oktober 2008, nr. 43 409 is beslist dat het creëren van een holdingstructuur niet per definitie gefacilieerd kan plaatsvinden. In deze casus bezat de belastingplichtige alle aandelen in een persoonlijke holding, die op haar beurt 50% van de aandelen in de werkmaatschappij bezat. De andere 50% van de aandelen werden in privé gehouden. De belastingplichtige besloot zijn aandelen in de werkmaatschappij in te brengen in zijn persoonlijke holding. Na het besluit daartoe, maar voor de juridische effectuering hiervan, sloot hij een overeenkomst met een derde voor de verkoop van de werkmaatschappij. De HR oordeelde dat geen sprake was van belastingfraude of –ontwijking als een van de hoofddoelen van de transactie, omdat op het moment waarop tot de aandelenfusie werd overgegaan, nog geen overeenkomst was over de verkoop van de aandelen⁸³. Met andere woorden; de HR is van mening dat er bij een verkoopvoornemen, waarbij nog geen koopovereenkomst is gesloten, nog geen acute belastingclaim is die ontgaan kan worden. In deze zaak werd er vanuit gegaan dat nog geen potentiële koper in beeld was. De vraag rijst wat de uitkomst van een dergelijk arrest zal zijn indien wel een potentiële koper is gevonden of als er al onderhandelingen gaande zijn. Uit de slotconclusie van de HR zou afgeleid kunnen worden dat de antimisbruikbepaling niet van toepassing is zolang de overeenkomst aangaande deze fusie of splitsing maar is gelegen vóór het tijdstip dat de daaropvolgende overdracht van aandelen daadwerkelijk wordt overeengekomen. Met Van der Burgt ben ik echter van mening dat deze conclusie te voorbarig is en dat meer duidelijkheid slechts verschaft kan worden indien de HR zich uit kan spreken in een zaak met een dergelijk feitencomplex⁸⁴.

Indien een juridische splitsing feitelijk het uitkopen van een aandeelhouder is, dan is ook sprake van het in overwegende mate gericht zijn op belastingontwijking. De staatssecretaris had in de parlementaire geschiedenis al aangegeven dat fiscale begeleiding niet aan de orde is in situaties

⁸² Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, V-N 2002/20.10

⁸³ G. de Jong, *Het zakelijke motief bij fusies en splitsingen*, Fiscaal Praktijkblad 2010/13

⁸⁴ G.C. van der Burgt, *Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting*, MBB 2010/9

waarin de facto sprake is van een (gedeeltelijke) uitkoop. Als voorbeeld hiervan noemt hij een dat (een deel van) de aandeelhouders na de juridische splitsing slechts aandelen houdt in een vennootschap met liquide middelen. Op 19 januari 2010 heeft Hof Arnhem geoordeeld dat sprake was een dergelijke uitkoop⁸⁵. In deze zaak waren twee broers aandeelhouder van een BV. Deze bezat enkele panden waarvan een deel werd verhuurd aan de onderneming van een van de broers. Na de splitsing van de vennootschap zou de ene broer alleen liquide middelen overhouden en de andere broer het onroerend goed. Omdat de waarde van het onroerend goed hoger was moest deze broer een externe lening aantrekken om de overbedelingschuld aan de tweede broer te financieren. Het resultaat van de splitsing komt daardoor niet overeen met een splitsing van vermogensbestanddelen, maar is een voortzetting van de gehele onderneming in een nieuwe rechtspersoon en afzondering van de waarde van de aandelen van de andere partij in een andere rechtspersoon. Het Hof is van mening dat dit überhaupt geen splitsing is die voor faciëring in aanmerking komt, omdat één rechtspersoon alle vermogensbestanddelen verkrijgt en niet meer rechtspersonen zoals is vereist volgens art. 14a lid 1, sub a Wet VpB 1969. Toch gaat het Hof in op de vraag die voorligt en oordeelt dat de faciëring terecht is geweigerd omdat zakelijke overwegingen geen rol spelen, want er is geen ruzie tussen de aandeelhouders en de continuïteit van de onderneming is ook niet in gevaar. Doordat feitelijk een uitkoop plaats heeft gevonden acht het Hof wel aannemelijk dat belastingfraude of –ontwijking een van de hoofddoelen van de transactie is.

Ten slotte kom ik nog terug op de zaak Zwijnenburg (zie eerder par. 3.5.2). In deze casus bezaten zoon en zijn partner via een holdingvennootschap de aandelen in een modezaak en een deel van het pand (X BV). Het overige deel van het pand was nog in bezit van een vennootschap waar zijn vader en diens partner aandeelhouder van waren (Beheer BV). Uiteindelijk was het doel ook Beheer BV (en hiermee dus het pand) over te dragen aan de zoon en zijn partner. Om dit bereiken werd een bedrijfsfusie uitgevoerd waarbij X BV de modezaak en het pand overdroeg aan Beheer BV. Door deze transactie kwalificeerde Beheer BV na een jaar niet meer als onroerendzaaklichaam (OZL). Na dit jaar was het plan dat X BV de aandelen zou kopen en zodoende was het (zakelijke) doel bereikt zonder heffing van overdrachtsbelasting. De HR⁸⁶ oordeelde dat vanuit de vennootschappen gezien sprake het samenbrengen van de panden een zakelijk doel diende, naar dat alle omstandigheden dienen te worden meegewogen of belastingfraude of –ontwijking een van de hoofddoelen van de aandelenfusie is. Een belangrijke omstandigheid is volgens de HR dat door de gekozen weg de vader eerst een belang krijgt bij de onderneming, terwijl de bedoeling is dat alle belangen juist bij de zoon komen te liggen. Op basis van deze constatering concludeert de HR dat er (nog) een belang aanwezig

⁸⁵ Hof Arnhem 19 januari 2010, nr. 08/00485, V-N 2010/27.13

⁸⁶ HR 11 juli 2008, nr. 43 144, BNB 2008/245

moet zijn. De HR oordeelt dat dit belang is gelegen in het voorkomen van overdrachtsbelasting. Binnen het zakelijke doel mist deze omweg reële betekenis, waardoor de HR tot geen andere conclusie kan komen dan dat het hoofddoel van de transactie is het voorkomen van overdrachtsbelasting. Zowel de vennootschapsbelasting als de fusierichtlijn spreken in zeer algemene termen over het ontgaan- of uitstellen van belastingheffing, dan wel belastingfraude of –ontwijking. Omdat de belastingsystemen per lidstaat behoorlijk verschillen, kunnen ook de misbruiksituaties per lidstaat verschillend zijn. Dit pleit voor een flexibel begrip van deze belastingfraude of –ontwijking, welke per lidstaat kan verschillen en dus niet alleen de gevolgen voor de vennootschapsbelasting in ogenschouw neemt⁸⁷. Omdat er onduidelijkheid was welke belastingen werden bedoeld bij de belastingfraude en –ontwijking heeft de HR prejudiciële vragen aan het HvJ gesteld. Deze oordeelde vervolgens dat de fusierichtlijn niet ziet op de overdrachtsbelasting en dat zodoende het ontwijken van overdrachtsbelasting niet valt te rangschikken onder het ontwijken van belastingheffing⁸⁸. Een terechte uitkomst van het arrest lijkt me. Indien men van mening is dat de juridische splitsing is gericht op het ontgaan of uitstellen van overdrachtsbelasting, wat is er dan op tegen deze voor de vennootschapsbelasting te faciliteren en voor de overdrachtsbelasting niet? Hoe met de juridische splitsing omgegaan moet worden kan voor de overdrachtsbelasting in de Wet op de BRV apart worden geregeld.

3.5.4 VERVREEMDING BINNEN DRIE JAAR NA SPLITSING

Specifiek bij de juridische splitsing is nog een tweede bewijsvermoeden opgenomen (art. 14a, lid 6, derde volzin Wet VpB 1969). Indien de aandelen in de gesplitste dan wel de in de verkrijgende rechtspersoon na de splitsing geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een niet verbonden lichaam, worden er geen zakelijke overwegingen geacht aanwezig te zijn. In deze gevallen hoeft de staatssecretaris dus niet aannemelijk te maken dat geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de juridische splitsing, maar kan de belastingplichtige uiteraard nog wel aannemelijk maken dat van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing geen sprake is. De achtergrond van deze bepaling is het voorkomen dat door de overdracht aan een niet-verbonden lichaam de belaste vermogenswinsten worden omgezet in onbelaste koerswinsten door een het deel dat men wil verkopen af te splitsen of juist achter te laten in de splitsende rechtspersoon. De woorden ‘direct of indirect’ zijn opgenomen om duidelijk te maken dat ook wanneer de aandelen eerst aan een verbonden lichaam worden verkocht en vervolgens aan een niet verbonden lichaam, de bepaling ook van toepassing is⁸⁹. In mijn optiek staat dit tweede bewijsvermoeden op gespannen

⁸⁷ G.B.A. Brummer en mr. J.B. Thijssen, *De ontgaansstoets in de fusie- en splitsingsfaciliteiten*, WFR 2003/401

⁸⁸ HvJ EG, 20 mei 2010, nr. C-352/08, BNB 2010/257

⁸⁹ MvT, Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3, p. 53–54

voet met andere uitlatingen van de staatssecretaris in de parlementaire geschiedenis, de jurisprudentie van de HR en de fusierichtlijn.

In de parlementaire geschiedenis is de staatssecretaris om zijn mening gevraagd over de situatie waarin een afsplitsing gevolgd wordt door een schenking van de aanmerkelijkbelangaandelen, waarbij op basis van art. 4.17c Wet IB 2001 onder voorwaarden doorschuiven van de belastingclaim mogelijk is. In de parlementaire stukken merkt het CDA hierover op dat dit een bedrijfsvreemd motief is en daarmee een aandeelhoudersmotief. De staatssecretaris bevestigde dat een splitsing die enkel is gericht om in het kader van een reële bedrijfsopvolging de houdstermaatschappij via een juridische splitsing op te splitsen om vervolgens na de splitsing de aandelen in de vennootschap die het belang in de werkmaatschappij houdt met toepassing van de doorschuifregeling te kunnen schenken aan de opvolger, niet wordt aangemerkt als een splitsing die gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Ondanks dat dit een aandeelhoudersmotief is, is toch een fiscaal vrijgestelde splitsing mogelijk⁹⁰. De staatssecretaris gaat in het geval van een schenking van de aanmerkelijkbelangaandelen dus behoorlijk soepel om met het vervreemdingsverbod. Ik vermoed dat dit ingegeven wordt doordat de aandelen meestal aan familie, dan wel verbonden personen worden geschonken, maar dit wordt dit niet zoveel woorden genoemd.

In het voorgaande is ook aandacht geweest voor de kwalificatie van een juridische splitsing indien er een verkoopvoornemen aanwezig is. Belangrijk hiervoor is in hoeverre er al een concreet verkoopvoornemen aanwezig was op het moment van splitsen, waarbij er geen aandacht was voor het vervreemdingsverbod van drie jaren. In het al aangehaalde arrest van 10 oktober 2008, BNB 2009/28 toetst de HR bovendien rechtstreeks aan de fusierichtlijn (art. 15) voor de vraag of sprake is van uitstel van belastingheffing bij de aandelenfusie (ook hier is het tweede bewijsvermoeden opgenomen). Er is dan ook alle reden om aan te nemen dat de HR ook voor toepassing van art. 14a, lid 6 Wet VpB 1969 direct toets aan de fusierichtlijn. De HR heeft zich niet uitgelaten over de vraag of het tweede bewijsvermoeden gerechtvaardigd is, maar de directe toetsing aan de fusierichtlijn kan hiertoe wel een aanwijzing zijn⁹¹. De fusierichtlijn kent geen tweede bewijsvermoeden en uit de jurisprudentie van het HvJ valt af te lijden dat het de lidstaten niet is toegestaan om vooraf vastgestelde algemene criteria toe te passen bij de boordeling of een juridische fusie is immers gericht op het ontgaan op uitstellen van belastingheffing (Leur-Bloem). In elke concreet geval dient

⁹⁰ NV, Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 64–65

⁹¹ J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, par. Vpb.2.6.0.C.c9,, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd).

de betreffende rechtshandeling in haar geheel te worden onderzocht of deze is gericht op het ontgaan op uitstellen van belastingheffing⁹².

3.6 CONCLUSIE

Bij een juridische fusie of splitsing worden de vermogensbestanddelen geacht te zijn overgedragen aan de verkrijgende rechtspersoon. Indien aan enkele voorwaarden is voldaan kan de juridische fusie of splitsing fiscaal gefacilieerd plaatsvinden, waardoor heffing over de meerwaarde achterwege kan blijven en de verkrijgende rechtspersoon in de plaats treedt van de verdwijnende of afsplitsende rechtspersoon.

Indien aan een van de voorwaarden niet is voldaan, kan een beroep worden gedaan op de doorschuiving op verzoek. De inspecteur stelt vervolgens de voorwaarden vast met betrekking tot de toepassing van bijvoorbeeld de verliesverrekening. In enkele gevallen bestaan twijfels of deze voorwaarden niet verder gaan dan de ruimte welke in de wet is gegeven aan de uitvoerder. Indien niet aan de eerste wettelijke voorwaarden wordt voldaan (dezelfde winstbepaling) is het niet mogelijk om een verzoek te doen. De rest van de standaardvoorwaarden is beter te omschrijven als nadere invulling van het in de plaats treden dan een voorwaarde.

Ook mag de juridische fusie of splitsing niet zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, of in de woorden van de fusierichtlijn: het hoofddoel of een der hoofddoelen mag niet zijn belastingfraude of –ontwijking. Indien er zakelijke overwegingen zijn, dan is een transactie niet gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Iedere zaak dient afzonderlijk hierop te worden getoetst, het is dus niet mogelijk om bepaalde categorieën uit te sluiten.

Zakelijke overwegingen worden aannemelijk geacht indien deze op het niveau van de onderneming bestaan en dus niet op het niveau van de aandeelhouders. Voorbeelden zijn het samenbrengen van beleggingsportefeuilles, het samenbrengen van een onderneming en haar bedrijfspand, de ruziesplitsing indien er een verstoorde relatie is tussen de aandeelhouders (dan is continuïteit van de gehele onderneming in geding), het verlagen van de administratieve kosten indien dit niet slechts van marginaal belang is en het verkoop klaar maken van een onderneming indien dit voortvloeit uit een vereiste van een instantie als de Europese commissie. Indien de aandelen binnen drie jaar na de splitsing worden vervreemd, dan worden geacht geen zakelijke overwegingen ten grondslag te hebben gelegen aan de splitsing (tenzij tegendeel wordt bewezen).

⁹² G.C. van der Burgt, *Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting*, MBB 2010/9

Indien geen sprake is van zakelijke overwegingen kan alsnog faciëring plaatsvinden indien de fusie of splitsing niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Hiervan is sprake indien het hoofddoel is het voorkomen van een acute belastingclaim. Bij de creatie van een holdingstructuur is geen sprake van het ontgaan van een acute belastingclaim, evenals bij het herstructureren in verband met een mogelijke verkoop (terwijl nog geen verkoopovereenkomst is gesloten). Indien de juridische fusie op splitsing feitelijk een uitkoop is, is deze wel gericht op het ontgaan van belastingheffing. Omdat de fusierichtlijn specifiek ziet op de vennootschapsbelasting is niet van belang dat een andere belasting ontweken wordt (zoals de overdrachtsbelasting).

4. DE JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING BIJ DE AANDEELHOUDER

4.1. INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is aandacht besteed aan de gevolgen van een juridische fusie en splitsing bij de vennootschap. In dit hoofdstuk sta ik stil bij de gevolgen voor de aandeelhouder. Ook bij de aandeelhouders kan sprake zijn van een meerwaarde die mogelijk belast wordt bij een juridische fusie of splitsing. De meerwaarde is over het algemeen het verschil in de waarde van de aandelen op het moment van oprichten/aanschaffen en het moment van fusie of splitsing. In hoeverre dit voordeel belast is en onder welke voorwaarden het voordeel kan worden doorgeschoven, verschilt sterk per type aandeelhouders.

Indien meer dan 5% van de aandelen in een fuserende of splitsende vennootschap door een natuurlijk persoon worden gehouden zal over het algemeen sprake zijn van een aanmerkelijk belang dat in box 2 van de inkomstenbelasting tegen 25% belast is. In uitzonderlijke gevallen kan er echter sprake zijn van ondernemingsvermogen dat belast is in box 1 tegen het progressieve tarief (maximaal 52%). Hiervan is sprake indien de aandelen kwalificeren als ondernemingsvermogen. Als het aandelenbelang minder dan 5% is en ook niet als ondernemingsvermogen kwalificeert, zijn de aandelen bij de natuurlijk persoon in box 3 belast tegen 30% over een forfaitair rendement van 4%.

Als de aandelen worden gehouden door een vennootschap, dan is in beginsel de deelnemingsvrijstelling van toepassing op het aandelenbelang als het aandelenbezit meer dan 5% is. Als het aandelenbezit minder dan 5% is of als sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing. In het eerste geval is het resultaat van de deelneming belast naar het vennootschapsbelastingtarief van 20-25% en in het laatste geval is het systeem van de deelnemingsverrekening van toepassing, waarbij tevens wordt getracht een heffing ongeveer gelijk aan het Nederlandse tarief te bereiken.

Niet in alle bovengenoemde situaties ontstaat als gevolg van de juridische fusie of splitsing een fiscale claim, zodat niet in alle situaties doorschuivingsmogelijkheden nodig zijn. In dit hoofdstuk bekijken we allereerst de gevolgen van een juridische fusie en splitsing voor de natuurlijk persoon aandeelhouders en vervolgens de rechtspersoon die aandeelhouder is.

4.2 NATUURLIJK PERSOON

4.2.1 ALGEMEEN

Als de aandelen in de fuserende of splitsende rechtspersoon worden gehouden door een natuurlijk persoon dan kunnen de aandelen allereerst onderdeel vormen van de onderneming welke door deze persoon gedreven wordt. Aan de hand van de vermogensetikettering dient te worden bepaald of de aandelen tot het vermogen van de onderneming dienen te worden gerekend of tot het privévermogen van de natuurlijk persoon. In beginsel is hierbij de wil van de persoon doorslaggevend, mits hierbij binnen de grenzen van de redelijkheid wordt gebleven. Indien vermogensbestanddelen naar hun functie uitsluitende binnen de onderneming gebruik kunnen worden, dan worden de grenzen van de redelijkheid overschreden als het aan het privévermogen wordt toegerekend en vice versa. Slechts voor een klein deel dat voor beide doeleinden wordt gebruikt bestaat er een keuze. Er is sprake van verplichte toerekening van de aandelen aan het ondernemingsvermogen indien er een nauwe band is tussen de onderneming en belastingplichtige en die van de BV of de NV, zodat de activiteiten van de kapitaalvennootschap in wezen dienstbaar zijn aan de onderneming⁹³. Dit werd in geacht aanwezig te zijn bij een melkslijter, welke aandelen had in een coöperatieve vereniging voor de handel in melkproducten⁹⁴, maar niet bij een veehandelaar die 50% van de aandelen had in een NV welke kalvenmesterij en handel in vee tot doel had⁹⁵. Aandelen in een toeleverancier van een apotheekhoudende huisarts werden bestempeld als keuzevermogen⁹⁶. Overtollige kasgelden welke in aandelen werden geïnvesteerd kunnen slechts ondernemingsvermogen zijn indien deze slechts tijdelijk overtollig zijn⁹⁷. Aangezien het belastingtarief in box 2 en box 3 gunstiger is, zullen aandelen indien mogelijk aan het privévermogen worden toegerekend. Slechts indien een verlies verwacht wordt kan toerekening aan het ondernemingsvermogen voordelig zijn.

Indien – zoals nagenoeg altijd het geval zal zijn – de aandelen aan het privévermogen kunnen worden toegerekend, dan is het afhankelijk van het aandelenbezit in hoeverre het in box 2 of in box 3 is belast. In beginsel zal sprake zijn van belastbaarheid in box 2 als het aandelenbezit meer dan 5% van het geplaats aandelenkapitaal is. Behalve enkele uitzonderingssituaties, welke in paragraaf 4.2.3 worden besproken, zal bij een kleiner aandelenbezit sprake zijn van belastingheffing in box 3. In box 3 vindt heffing van 30% plaats over een forfaitair rendement van 4%, per saldo is dit een heffing over

⁹³ P.H.J. Essers, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, par. 3.2.18G.a, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd).

⁹⁴ HR 21 juni 1961, nr. 14 686, BNB 1961/260

⁹⁵ Hof Leeuwarden 19 november 1973, nr. 358/73, BNB 1974/309

⁹⁶ HR 12 maart 1980, nr. 19 651, BNB 1980/116

⁹⁷ HR 25 mei 1977, nr. 18 294, BNB 1977/251

het vermogen van 1,2%. De daadwerkelijke realisatie van het voordeel is dus niet van belang voor de heffing. Een juridische fusie of splitsing roept dus op geen enkele wijze belastingheffing op in dat geval. Box 3 zal dus verder buiten beschouwing worden gelaten.

4.2.2 ONDERNEMER IN BOX 1

Zoals uit het voorgaande blijkt komt het niet vaak voor dat aandelen van een fuserende of splitsende vennootschap tot het ondernemingsvermogen van box 1 behoren. Dit blijkt ook al uit het systeem van de wet, aangezien belastbaarheid in box 1 leidt tot een gecombineerde heffing van vennootschaps- en inkomstenbelasting van maximaal 60%⁹⁸. Er is op geen enkele wijze een voorziening getroffen om ervoor te zorgen dat, indien het aandelenbezit als een verlengstuk van de onderneming wordt gezien, er een tegemoetkoming wordt gegeven voor de geheven vennootschapsbelasting, zodat per saldo een heffing naar het progressieve inkomstenbelasting tarief plaatsvindt.

Voor het geval een vennootschap waarin de ondernemer aandelen bezit gaat splitsen of fuseren dan bepaalt art. 3.56 respectievelijk art. 3.57 Wet IB 2001 dat de belastingplichtige wordt geacht zijn aandelen in of zijn schuldvorderingen op de splitsende dan wel verdwijnende rechtspersoon ten tijde van de juridische splitsing of fusie te hebben vervreemd. Het voordeel hoeft echter niet in aanmerking te worden genomen indien de splitsende, dan wel verdwijnende vennootschap en de verkrijgende vennootschap in Nederland, de EU of de EER gevestigd zijn. Deze faciëring is slechts mogelijk indien de juridische fusie of splitsing – evenals voor de fuserende of splitsende vennootschap zelf – niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Als heffing achterwege blijft, dan bepaalt het derde lid van beide artikelen dat bij een juridische fusie of splitsing de waarden waarvoor de aandelen dan wel schuldvorderingen waren opgenomen (voor een evenredig gedeelte) worden toegerekend aan de aandelen dan wel schuldvorderingen die de belastingplichtige direct na de juridische fusie of splitsing heeft. Voor het achterwege laten van heffing en het doorschuiven van de boekwaarden hoeft geen verzoek te worden gedaan. Dit is een opvallend verschil met de juridische fusie en splitsing bij de aanmerkelijkbelang (ab) houder; daar is het namelijk wel noodzakelijk om een verzoek te doen, zoals we later in dit hoofdstuk zullen zien. Ondanks dat geen verzoek nodig, kan wel uit de aangifte blijken of is gekozen voor afrekenen of doorschuiven. In verband met de beperkte verliesverrekening van verliezen tot de drie voorafgaande of de negen volgende kalenderjaren (art. 3.150 Wet IB 2001) kan het soms ook aantrekkelijk zijn niet door te schuiven. Te denken valt aan de situatie dat verliezen uit het verleden dreigen te verdampen

⁹⁸ De maximale belastingheffing in box 2 is 25% en de maximale belastingheffing in box 1 bedraagt 52%. Rekening houdend met de MKB-winstvrijstelling leidt dit tot een gecombineerde heffing van maximaal 60%.

(bijna 9 kalenderjaren verstreken) of in het geval er geen meerwaarde, maar juist een verlies zichtbaar wordt dat naar verwachting binnen de termijnen kan worden verrekend.

Het valt ook op dat in het eerste lid van art. 3.56 en art. 3.57 Wet IB 2001 wordt gesproken over een schuldvordering op de splitsende of fuserende vennootschap. Hiermee wordt bedoeld op schuldvorderingen die als resultaat uit overige werkzaamheden worden belast, zoals het geval is voor art. 3.92 Wet IB 2001. Deze zogenoemde terbeschikkingstellingsregeling (TBS) houdt in dat ook het rendabel maken van vermogensbestanddelen die ter beschikking worden gesteld aan een vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft als resultaat uit overige werkzaamheden zijn belast. Als gevolg hiervan wordt dus de fiscale claim op deze vordering doorgeschoven en wordt deze niet geacht te zijn vervreemd. Met betrekking tot een aanmerkelijkbelanghouder die tevens een TBS-vordering heeft op zijn vennootschap doet het merkwaardige verschijnsel zich voor dat de fiscale faciëring voor zijn aandelenbelang plaatsvindt op basis van art. 4.41 Wet IB 2001 en voor de TBS-vordering op basis van art. 3.56 en art. 3.57 Wet IB 2001. Indien de voorwaarden niet geheel in overeenstemming zijn, dan kan het dus voorkomen dat de fiscale faciëring wel aan de orde is met betrekking tot de vordering, maar niet voor de aandelen (of andersom), al zal het belang klein zijn omdat er in een vordering over het algemeen weinig meerwaarde schuil gaat. De wetgever heeft specifiek vastgelegd in art. 3.92 dat er geen sprake is van een tbs indien belastingplichtige een fictief aanmerkelijk belang heeft (art. 4.11 Wet IB 2001). Zoals bij het volgende onderdeel zal blijken kan een fictief aanmerkelijk belang ontstaan indien het belang na de juridische fusie of splitsing onder de 5% zakt. Omdat bij een dergelijk belang volgens de Raad van State niet meer kon worden gesproken over indirect ondernemerschap heeft de wetgever besloten de tbs-regeling niet te laten gelden voor het fictief aanmerkelijk belang (en overigens voor een aanmerkelijk belang op basis van art. 4.10 Wet IB 2001)⁹⁹. In beginsel onderschrijf ik deze visie, maar naar mijn mening is hierbij geen rekening gehouden bij de nadelige effecten van een sfeerovergang indien het fictief ab volgt op een periode van een regulier aanmerkelijk belang. Deze sfeerovergang leidt in beginsel namelijk tot een belaste vervreemding, terwijl de faciliteiten voor de juridische fusie en splitsing nu juist zijn gericht op het voorkomen van heffing. Voor zover bekend is er over een dergelijk specifiek geval nog geen jurisprudentie waardoor de hoofdregel gevolgd zal moeten worden. Dit betekent, overeenkomstig het winstregime, afrekening over de aanwezige meerwaarde. Enige uitzondering op de hoofdregel dat afgerekend moet worden indien de feitelijke terbeschikkingstelling eindigt is wanneer men na afloop van de terbeschikkingstelling in afwachting is van een geschikte gelegenheid tot verkoop¹⁰⁰. Hoewel in de fiscale literatuur herhaalde is geweest

⁹⁹ Nader rapport, Kamerstukken II 2000/01, 27 466, p. 7–8.

¹⁰⁰ Hof Leeuwarden, 29 april 2010, zaaknr BK 222/08, V-N 2010/33.1.1

op het ontbreken van een fiscale doorschuifregeling¹⁰¹ is deze er tot op de dag van vandaag niet gekomen. Voornamelijk in het geval dat aandeelhouder zelf geen doorslaggevende stem heeft kunnen uitoefenen bij het besluit tot fusie of splitsing kan dit tot een onredelijke uitkomst komen¹⁰². Sinds 1 januari 2012 is overigens deels aan de kritiek tegemoet gekomen doordat sinds die datum in uitstel van betaling mogelijk is op basis van art. 25 lid 14 IW 1990. Ook de ruilarresten bieden geen soelaas om heffing helemaal achterwege te kunnen laten, omdat deze niet toegepast kunnen worden indien de werkzaamheden volgens de wet worden gestaakt. De staatssecretaris heeft ook geen soepel beleid geformuleerd omtrent de beëindiging van de activiteiten en voorzetting van een ter beschikkingstelling elders¹⁰³.

Overigens lijken de ruilarresten wel te kunnen worden gebruikt als alternatief voor de faciëring van artikel 3.56 en 3.57 Wet IB 2001. Beide faciliteiten zijn gebaseerd op het beginsel van de continuïteit van de onderneming waarbij belastingheffing over de boekwinst behaald op een te vervangen bedrijfsmiddel, niet gewenst is. Indien de aandelen niet slechts ter belegging worden aangehouden (waarbij de aandelen gemakkelijk kunnen worden vervangen door hele andere aandelen), wordt aangenomen dat de aandelen dezelfde economische functie vervullen en dus de ruilarresten kunnen worden toegepast¹⁰⁴. Nu de faciëring in de inkomstenbelasting over het algemeen vrij ruim is wordt in veel gevallen niet aan de HIR dan wel ruilarresten toegekomen. Het gaat dan ook te ver voor deze scriptie dit nader uit te werken.

4.2.3 AANMERKELIJK BELANGAANDEELHOUDER

Een aandeelhouder die een aanmerkelijk belang heeft in een vennootschap wordt geacht meer invloed te kunnen uitoefenen op het (dividend)beleid van de onderneming dan een gewone belegger. Hij is dus meer te vergelijken met een ondernemer, waardoor inkomen uit ab ongeveer tegen hetzelfde tarief belast wordt als een ondernemer in box 1. Het gecombineerde tarief van de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting is met 43,72% $((0,75 * 0,25) + 0,25)$ namelijk ongeveer gelijk aan het tarief in box 1 voor ondernemers van 44,72% $(0,86 * 0,52)$. Ook voor de fiscale begeleiding van de juridische fusie of splitsing sluit de regeling in box 2 nauw aan bij die van box 1.

BINNENLANDSE BELASTINGPLICHTIGEN

Art. 4.6 Wet IB bepaalt dat er sprake is van een aanmerkelijk belang indien de binnenlandse belastingplichtige, al dan niet met zijn fiscaal partner direct of indirect 5% van het geplaatste kapitaal

¹⁰¹ M.R. van der Maas, R.B.N. van Ovost en A.J. Hamelink, 'Verslag van de 18e Fiscale Conferentie Bedrijfsopvolging', WFR 2003, p. 1780–1784,

¹⁰² A.W. Schep, 'Over fiscale dilemma's van het midden- en kleinbedrijf', verslag van het Kluwer Fiscaal Plein van 10 mei 2004, WFR 2004, p. 943–946

¹⁰³ Besluit van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, V- N 2009/2.7

¹⁰⁴ HR 23 juni 1999, zaak 34 021, BNB 1999/321

bezit van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld. Met aandelen zijn gelijk gesteld het hebben van rechten om aandelen te verwerven, winstbewijzen of stemrecht. Op basis van art. 4.10 en 4.11 is het ook mogelijk in sommige situaties om aanmerkelijk belang te hebben indien niet aan deze 5% eis is voldaan. Art. 4.10 Wet IB 2001 bevat de meetrekregeling op basis waarvan ook aandelen die minder dan 5% van het belang vertegenwoordigen een ab kunnen zijn, indien de partner van belastingplichtige of een van zijn bloed- of aanverwanten een aanmerkelijk belang heeft (de meetrekregeling). Art. 4.11 Wet IB 2001 kan leiden tot een aanmerkelijk belang indien aandelen bezit na een bepaalde gebeurtenis onder de 5% zakt, maar er niet over de meerwaarde van de aandelen is afgerekend bij die gebeurtenis. Een van deze gebeurtenissen is een fiscaal gefacilieerde juridische fusie of splitsing. Door het aanmerken van het belang als fictief aanmerkelijk belang wordt de fiscale claim behouden. Indien iemand een meegetrokken of fictief aanmerkelijk belang heeft is deze een 'echte' ab houder, zodat het in beginsel ook mogelijk is dat een dergelijk belang ervoor zorgt dat met deze persoon verbonden personen ook een aanmerkelijk belang kunnen hebben op basis van de meetrekregeling. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat het niet de bedoeling was dat iemand die een ab heeft op basis van de meetrekregeling ook anderen middels dezelfde regeling mee kan trekken¹⁰⁵. Hoewel de tekst van de wet anders suggereert heeft de HR dan ook geoordeeld dat (onder verwijzing naar de regeling uit de Wet IB 1964) een fictieve aanmerkelijkbelanghouder geen anderen kan meetrekken¹⁰⁶.

Indien een aanmerkelijk belang aanwezig is, worden zowel de reguliere voordelen (dividenden bijvoorbeeld), als de vervreemdingsvoordelen belast tegen een tarief van 25%. Bij de beoordeling of een aanmerkelijk belang aanwezig is voor een binnenlands belastingplichtige is niet van belang waar de vennootschap is gevestigd.

Zoals we eerder gezien hebben is er bij een juridische fusie of splitsing geen overdracht van vermogensbestanddelen, maar gaan deze van rechtswege over naar de verkrijger. In beginsel is de vervreemding van de aandelen dus niet te kwalificeren als een vervreemding, omdat bij een juridische fusie een bewuste beschikkingshandeling ontbreekt¹⁰⁷. De wetgever heeft er daarom voor gekozen¹⁰⁸ om in art. 4.16, lid 1, onderdeel d Wet IB 2001 als fictieve verkrijging aan te merken *het van rechtswege worden van aandeelhouder (...) in een andere vennootschap indien vermogen van de vennootschap waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft, onder algemene titel overgaat op een andere vennootschap. (...)*

¹⁰⁵ MvT, Kamerstukken I 1996/97, 24 761, nr. 62b, pag. 5

¹⁰⁶ HR 25 september 2009, 43874, BNB 2010/31

¹⁰⁷ Hof Amsterdam 1 maart 2005, nr. 03/4745, V-N 2005/39.1.2

¹⁰⁸ MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3, pag. 9.

Een juridische fusie of splitsing leidt in beginsel dus tot een fictieve vervreemding van de aandelen voor de verkrijger van de aandelen, waardoor er een vervreemdingsvoordeel in aanmerking dient te worden genomen. Dit geldt niet alleen voor de gewone aanmerkelijkbelangaandeelhouder, maar tevens voor degene die vanwege de meetrekregeling van art. 4.10 Wet IB 2001 aanmerkelijk belangaandeelhouder is. Tevens geldt het ook voor de aandelen of winst bewijzen die op basis van art. 4.9 worden meegesleept.

Art. 4.19 Wet IB 2001 bepaalt dat het vervreemdingsvoordeel het verschil is tussen de overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs van de aandelen. Omdat er bij een juridische fusie en splitsing geen overdrachtprijs is heeft de wetgever in art. 4.22 Wet IB 2001 opgenomen dat, in het geval de tegenprestatie ontbreekt, de WEV in aanmerking moet worden genomen. De verkrijgingsprijs is in beginsel de prijs die voor de aandelen is betaald, dan wel wat er bij oprichting als aandelenkapitaal is gestort. Zonder faciëring leidt de juridische fusie of splitsing dus tot een belastingheffing van 25% over de meerwaarde van de aandelen.

Evenals het geval is bij de juridische fusie en splitsing in de voor de fuserende dan wel splitsende vennootschap is het mogelijk om het voordeel niet in aanmerking te nemen. Indien de splitsende dan wel verdwijnende vennootschap en de verkrijgende vennootschap in Nederland, een lidstaat van de EU of IJsland, Noorwegen of Liechtenstein is gevestigd, is het mogelijk hiertoe een verzoek te doen (art. 4.41 lid 2/3 juncto art. 11 Uitv.reg. Wet IB 2001). Indien er een buiten deze landen gevestigde vennootschap is betrokken bij de fusie of splitsing behoort doorschuiven dus niet tot de mogelijkheden. Het gevolg van doorschuiving is dat de verkrijgingsprijs van de verdwijnende dan wel splitsende vennootschap (voor een evenredig gedeelte) wordt doorgeschoven naar de aandelen in de verkrijgende vennootschap (art. 4.42 lid 2 en 3 Wet IB 2001).

Bij de introductie van de fusie- en splitsingsfaciliteiten in de Inkomstenbelasting was een verzoek niet nodig, maar vloeide de doorschuiving van de verkrijgingsprijs automatisch voort uit de wet¹⁰⁹. Dit komt overeen met de regeling in de vennootschapsbelasting. Zoals uit hoofdstuk 3 bleek is daar in beginsel geen verzoek nodig indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. In de inkomstenbelasting bestaan er niet eens dergelijke voorwaarden, dus is het opvallend dat voor box 2 wel een verzoek nodig. Ik heb in de parlementaire geschiedenis geen verklaring kunnen vinden waarom er tegenwoordig een verzoek benodigd is, maar deze is vermoedelijk gelegen in het feit dat de fiscus op deze wijze effectiever controle kan uitvoeren nu specifiek om toepassing van de faciliteit moet worden verzocht.

¹⁰⁹ Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, p. 15

Voor de fuserende en splitsende vennootschap is de hoofdregel op basis van art. 14a en art. 14b Wet VpB 1969 dat afgerekend moet worden, maar dat (indien aan de voorwaarden is voldaan) de juridische fusie of splitsing geruisloos kan plaatsvinden. Op deze wijze wil de wetgever voorkomen dat een belastingclaim ontgaan wordt, maar ook niet de fiscaliteit niet in de weg te laten staan een bedrijfseconomisch wenselijke fusie of splitsing¹¹⁰. In het verlengde hiervan bepaalt art. 4.41 Wet IB dat evenals bij de juridische fusie en splitsing voor de andere aandeelhouders, de juridische fusie en splitsing niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of het uitstellen van belastingheffing. Het is mogelijk om zekerheid vooraf te vragen of de juridische fusie of splitsing is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (zie volgende paragraaf). Dit verzoek om zekerheid staat los van het noodzakelijke verzoek om doorschuiving.

In ieder geval kan iedere aandeelhouder voor zichzelf kiezen of hij doorschuiving wenst of niet. Hij is hierbij niet afhankelijk van de keuze die de vennootschap maakt of de keuze die andere aandeelhouders maken. Hierdoor kunnen de fiscale gevolgen voor zowel de aandeelhouders als de bij de fusie of splitsing betrokken rechtspersonen onafhankelijk van elkaar worden vastgesteld en eventuele claims onafhankelijk van elkaar worden doorgeschoven¹¹¹. Overigens is een gefacilieerde fusie of splitsing ook mogelijk als daarna het belang onder de 5% komt. In dat geval ontstaat een fictief aanmerkelijk belang (art. 4.11 Wet IB 2001), zodat met doorschuiven van de verkrijgingsprijs toekomstige heffing verzekerd blijft. Voor de persoon die doormiddel van de meetrekregeling aanmerkelijkbelanghouder zijn kan dit wellicht vervelend uitpakken. Zoals we hiervoor gezien hebben kan een belastingplichtige namelijk geen verbonden personen meetrekken middels een fictief aanmerkelijk belang. Dit zou kunnen leiden tot een afrekenmoment. Omdat echter de meegetrokken aanmerkelijk belanghouder ook een echt ab heeft kan deze ook een fictief aanmerkelijk belang krijgen, waardoor toch niet hoeft te worden afgerekend.

BUITENLANDSE BELASTINGPLICHTIGEN

Voor een buitenlandse belastingplichtige is de vestigingsplaats van de vennootschap wel van belang. Deze is namelijk slechts belast voor zijn inkomen uit aanmerkelijk belang van in Nederland gevestigde vennootschappen (art. 7.5 Wet IB 2001). Op grond van art. 7.5 lid 5 Wet IB 2001 is het voor buitenlands belastingplichtigen vereist dat de verkrijgende vennootschap in Nederland is gevestigd. Waar een lichaam is gevestigd wordt naar de omstandigheden beoordeeld. Een van de belangrijkste omstandigheden is hierbij waar de feitelijke leiding van de vennootschap wordt uitgeoefend. Tevens kent het artikel een vestigingsplaatsfictie voor vennootschappen waarvan de feitelijke leiding zich vijf jaar in Nederland heeft bevonden. Deze vennootschappen worden geacht nog in Nederland

¹¹⁰ MvT, Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, p. 2

¹¹¹ Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3, p. 2-3

gevestigd te zijn voor een periode van tien jaar. Het is maar zeer de vraag in hoeveel situaties er overigens geheven kan worden aangezien het verdragenrecht en EU-recht deze fictie over het algemeen niet zullen volgen¹¹². Het is dan ook begrijpelijk dat, nu er na de verplaatsing van de feitelijke leiding geen heffingsrecht meer is, de faciliteiten van art. 4.41 niet een op een kunnen worden toegepast wanneer de verkrijgende vennootschap niet meer in Nederland is gevestigd (art. 7.5 lid 4/5 Wet IB 2001). In dit laatste geval wordt wel tegemoetkoming geboden doordat het voordeel wordt aangemerkt als te conserveren inkomen, zodat tien jaar belasting uitstel mogelijk is en de aanslag niet in alle gevallen daadwerkelijk wordt ingevorderd door de fiscus (art. 25 lid 8 Invorderingswet (IW) 1990). Op deze wijze kan dus relatief eenvoudig afstel van belasting worden gerealiseerd, aangezien op basis van art. 26 IW na het verstrijken van tien jaar de nog resterende aanslag wordt kwijtscholden. Evenals bij toepassing van artikel 7.5 lid 6 is het nog maar de vraag in hoeveel situaties Nederland ook daadwerkelijk heffingsrecht heeft binnen deze jaren op grond de gesloten belastingverdragen. Conform het OESO-modelverdrag kennen de meeste verdragen in beginsel slechts een beperkte heffingsbevoegdheid aan de bron van dividenden. Meestal komt het heffingsrecht over de behaalde vermogenswinsten toe aan de woonstaat en slechts deels voor de bronstaat. Daarnaast heeft Nederland in veel gesloten verdragen een extra lid toegevoegd, namelijk de mogelijkheid om alsnog de heffen indien aandelen worden vervreemd binnen 5 of 10 jaar na het verlaten van Nederland. Op deze wijze wordt getracht het heffingsrecht over de conserverende aanslag te behouden. In hoeverre dat succesvol lukt gaat te ver voor deze scriptie. In ieder geval is een belangrijk element hierin is dat er over het algemeen als gevolg van de bepaling slechts met betrekking tot het dividend verkregen uit de aandelen heffingsrecht wordt gecreëerd en niet met betrekking tot de winstrechten of opties. Hoewel het beleid voor nieuwe verdragen er op is gericht dit heffingsrecht uit te breiden¹¹³, lijkt onder de huidige verdragen heffing vaak achterwege te blijven.

Indien een vennootschap in Nederland wordt gevestigd als gevolg van de fusie of splitsing bepaalt art. 7.6 Wet IB 2001 dat de verkrijgingsprijs de WEV is bij het belastingplichtig worden in Nederland. Dit wordt wel een step-up genoemd. Er wordt een step-up verleend zodat in Nederland slechts dat deel belast gaat worden dat in de Nederlandse belastingplichtige periode is opgebouwd. Ook andere landen kennen vaak een dergelijk systeem, waardoor het risico op dubbele belasting wordt verkleind. Indien het andere land geen step-up kent of er om een andere reden dubbele belastingheffing optreedt (vanwege invordering van de conserverende aanslag), dan verleent Nederland kwijtschelding voor het deel dat in het buitenland belast is (art. 26 lid 5 IW).

¹¹² T. Blokland, *over het aanmerkelijk belang na het jaar 2000*, WFR 1999/6362

¹¹³ Brief van 11 februari 2011, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7, p. 49-50

Indien overigens de aandeelhouder eerder bij emigratie uit Nederland een conserverende aanslag opgelegd heeft gekregen, dan kan het uitstel onder voorwaarden worden voortgezet op basis van art. 25 lid 8 sub a IW 1990. Indien vervolgens de aandeelhouder op een later moment immigrereert dan wel remigreert naar Nederland, wordt over het algemeen de conserverende aanslag (voor zover deze nog niet is ingevorderd dan wel kwijtgescholden) verlaagd en een step up verleend op basis van art. 4.25 en art. 16 Uitv.besl. IB 2001. Dit houdt in dat het verschil tussen de WEV en de verkrijgingsprijs op het moment van de juridische splitsing of fusie, in mindering komt bij de bepaling van de verkrijgingsprijs bij immigratie. Met andere woorden: bij immigratie wordt de verkrijgingsprijs (de WEV op moment van immigratie) verlaagd met de waarde waarvoor ten tijde van de juridische fusie of splitsing een conserverende aanslag is opgelegd. Per saldo wordt hiermee beoogd hetzelfde resultaat te bereiken als met de gefacilieerde juridische fusie en splitsing in binnenlandse situaties, met als enige verschil uiteraard dat het in het buitenland opgebouwde kapitaal niet in Nederland belast wordt¹¹⁴. Indien in de periode in het buitenland het vermogen geslonken is als gevolg van verliezen, dan trekt Nederland door deze toepassing mogelijk heffingsrecht naar zich toe. Het voert echter te ver voor deze scriptie hier dieper op in te gaan¹¹⁵.

4.2.4 ONTGAANGSTOETS

Evenals bij de faciliteiten voor fuserende of splitsende vennootschap mag de fusie of splitsing niet zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing voor toepassing van de gefacilieerde juridische fusie of splitsing in box 2. De fusie of splitsing wordt geacht in overwegende mate hierop gericht te zijn indien er geen zakelijke overwegingen, zoals herstructurering en rationalisering van de actieve werkzaamheden aan ten grondslag liggen. Ook voor de aanmerkelijk belang aandeelhouders geldt dit omdat art. 4.41 Wet IB 2001 terugverwijst naar hoofdstuk 3 van de Wet IB 2001, alwaar de juridische fusie en splitsing wordt behandeld voor aandeelhouders in box 1.

In vergelijking met de vereisten voor de splitsende vennootschap zelf in de vennootschapsbelasting valt op dat er geen tweede bewijsvermoeden van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is opgenomen, te weten de vervreemding binnen drie jaar (art. 14a lid 6 Wet VpB 1969). Dit is echter begrijpelijk, want de verkoop van de aandelen is op basis van art. 4.12 Wet IB 2001 een vervreemding waardoor deze verkoop leidt altijd al tot heffing van inkomstenbelasting. De verkoop van de aandelen leidt voor de verdwijnende en splitsende vennootschap niet tot heffing. De verkoop van aandelen is immers iets dat zich op het niveau van de aandeelhouders afspeelt en niet op het niveau

¹¹⁴ F.G.F. Peters, De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief, Kluwer, Deventer 2007, p. 64

¹¹⁵ Zie voor meer informatie over deze materie: E.J.W. Heithuis, *(R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders*, TFO 2007/147

van de vennootschap. In de inkomstenbelasting is het dus niet nodig een dergelijk vervreemdingsverbod op te nemen.

Zoals in paragraaf 3.5.3 al aan de orde is geweest valt onder het begrip belastingheffing uit de fusierichtlijn niet de overdrachtsbelasting die wordt ontgaan. De fusierichtlijn bepaalt dat een juridische fusie of splitsing niet mag leiden tot enigerlei belastingheffing over de vermogenswinst die bepaald wordt door het verschil tussen de werkelijke waarde van de ingebrachte activa en passiva en hun fiscale waarde (art. 4 fusierichtlijn). Dit houdt in dat de fusierichtlijn in ieder geval van toepassing moet worden geacht op de inkomsten- en vennootschapsbelasting¹¹⁶. Dit zijn dan ook belastingen die onder het begrip belastingheffing van de antimisbruikbepaling vallen. Wat de exacte gevolgen waren van het arrest Zwijnenburg was nog onderwerp van discussie. Het spitste zich vooral toe op de vraag de faciëring in de vennootschapsbelasting alleen afhankelijk mag zijn van het mogelijk ontgaan of uitstellen van vennootschapsbelasting of dat de faciliteit in de vennootschapsbelasting ook worden geweigerd indien er inkomstenbelasting wordt ontgaan. Hierover heeft de HR op 26 juni 2012 uitsluitend gegeven¹¹⁷. Dit arrest is het vervolg op een uitspraak van Hof Arnhem van 19 januari 2010, welke in hoofdstuk 3 is behandeld. In deze zaak kreeg de ene broer als gevolg van de splitsing een vennootschap met het pand en een schuld aan zijn broer (vanwege zijn overbedeling). De andere broer verkreeg als gevolg van de splitsing slechts een kasgeldvennootschap met liquide middelen en de schuld van zijn broer¹¹⁸. Naar het oordeel van de HR speelden niet zakelijke motieven een grote rol. En omdat er feitelijk sprake van een uitkoop werd de fusie tevens geacht gericht te zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De HR oordeelde dat het begrip belastingheffing slaat op alle belastingen. Doordat de juridische fusie is gericht op het uitstellen van inkomstenbelasting, een van de belastingen die onder het begrip 'belastingheffing' valt, is terecht de faciëring in de vennootschapsbelasting ook geweigerd. Feitelijk is er dus slechts een toets waarin beoordeeld wordt of in een van de belastingen sprake is van een gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van die belasting. De uitspraak van het Hof kon dus in stand blijven.

De redactie van V-N¹¹⁹ ziet in dit arrest nog ruimte om in dergelijke situaties de ontgaanstoets voor de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting los van elkaar te beoordelen. Zij meent hierin steun te vinden omdat het een procedure betreft over de door de inspecteur afgegeven beschikking in plaats van een concrete aanslag. In deze beschikking wordt slechts beoordeeld of de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Aangezien deze toets voor zowel de inkomsten- als de vennootschapsbelasting gelijk is, is in de beschikking terecht het

¹¹⁶ HvJ 20 mei 2010, C-352/08, BNB 2010/257, r.o. 50

¹¹⁷ HR 26 juni 2012, 10/00807, BNB 2012/261

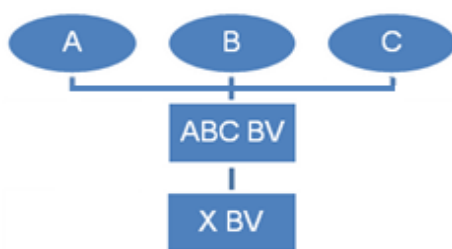
¹¹⁸ Noot redactie V-N bij Hof Arnhem 19 januari 2010, 08/00485, V-N 2010/27.13

¹¹⁹ HR 26 juni 2012, 10/00807, V-N 2012/34.16

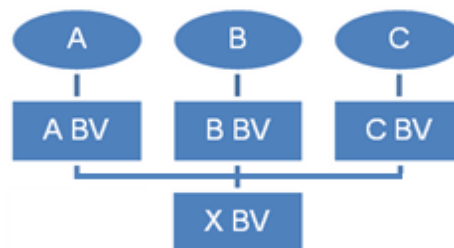
standpunt ingenomen dat de juridische splitsing is gericht op het ontgaan en uitstellen van belastingheffing. Indien echter een concrete aanslag betreft, moet worden beoordeeld of er zich oneigenlijk gebruik voordoet met betrekking tot de beide belastingen afzonderlijk. Hoewel deze redenering tot een in mijn ogen redelijke uitkomst leidt, welke bovendien hetzelfde is als die in de conclusie van A-G Wattel, ben ik met *De Vries*¹²⁰ van mening dat dit niet volgt uit de algemene bewoordingen die de HR in het arrest gebruikt. Al kan het natuurlijk wel zo zijn dat de relevante feiten en omstandigheden anders zijn ten tijde van het opleggen van de aanslagen, waardoor een andere uitkomst niet is uit te sluiten.

Uit het bovenstaande volgt dat faciëring voor fuserende of splitsende vennootschap in de vennootschapsbelasting afhankelijk is van de boordeling van de ontgaanstoets in de inkomstenbelasting bij de aandeelhouders en andersom. In de inkomstenbelasting kunnen er echter diverse aandeelhouders zijn met allen andere belangen. Wat nu als voor een van de aandeelhouders de juridische fusie of splitsing is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing en voor de andere aandeelhouders niet? Dit zou ertoe kunnen leiden dat de fusie of splitsing ook bij deze laatste groep aandeelhouders niet gefacilieerd plaats kan vinden. Stel bijvoorbeeld dat er drie aandeelhouders (A,B,C) participeren in een onderneming door middel van een gezamenlijke holding. De aandeelhouders A en B wensen echter hun aandelen te verkopen, maar om ab-heffing uit te stellen wordt de holding gesplitst en verkopen de desbetreffende persoonlijke holdings vervolgens de aandelen in de werkmaatschappij. Schematisch ziet dit er als volgt uit.

De uitgangspositie:



De situatie na de splitsing:



Op basis van de arresten welke in hoofdstuk 3 (paragraaf 3.5.3) zijn behandeld wordt door de twee aandeelhouders die een verkoop voornemen hebben (bijvoorbeeld A en B) een min of meer acute belastingclaim ontgaan, omdat een dergelijke wijze van verkoop klaarmaken van de onderneming gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De ene achterblijvende aandeelhouder (C) loopt nu echter het risico dat ook zijn waardestijging bij de splitsing belast wordt, terwijl hij geen doorslaggevende stem had in de aandeelhoudersvergadering en er vanuit zijn positie alleen sprake

¹²⁰ Noot R.J. de Vries bij HR 26 juni 2012, 10/00807, BNB 2012/261

was van het creëren van een persoonlijke houdsterstructuur. Dit is in beginsel een splitsing die niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Op basis van het arrest van de HR van 26 juni 2012 rest mij geen andere conclusie dan dat de rechtshandeling op zichzelf ‘besmet’ is en hiermee dus geen enkele aandeelhouder deze juridische splitsing gefacilieerd kan uitvoeren, ook niet degene die geen acute belastingclaim ontgaat. Overigens kan bovenstaande problematiek gemakkelijk worden voorkomen door een afsplitsing in plaats van een zuivere splitsing, maar de gevolgen van de afrekening in de vennootschapsbelasting komen sowieso voor rekening van alle aandeelhouders (doordat de liquiditeiten afnemen als gevolg van de belastingaanslag).

Indien er geen zakelijke overwegingen voor de vennootschap aanwezig zijn, wordt dus aangenomen dat er aandeelhoudersbelangen een rol spelen. Indien een van de aandeelhouders slechts een belang heeft bij een juridische fusie of splitsing, worden ook de andere aandeelhouders getroffen omdat de juridische fusie of splitsing niet gefacilieerd kan plaatsvinden, terwijl zich noch op het niveau van de vennootschap, noch op het niveau van de overige aandeelhouders oneigenlijk gebruik voordoet. De antimisbruikbepaling schiet in mijn optiek flink door als zelfs geen faciliëring mogelijk is indien het bedoelde oneigenlijk gebruik zich op een ander niveau voordoet. Dit laatste vind ik niet proportioneel, maar gaat ook in tegen de wetsystematiek¹²¹. Dit komt vooral tot uitdrukking indien faciliëring niet mogelijk is omdat een ander belastingsobject (een andere aandeelhouder) een ander belang heeft dan de belastingplichtige. Nu moeten de belastingplichtigen elkaars beweegredenen kennen (of deze zakelijk zijn) voor een juist oordeel over hun eigen situatie. Dat kan nooit de bedoeling zijn. Ondanks dat ik van mening ben dat dit uit het arrest van de HR volgt, vind ik dat bij een vervolgarrest toch de lijn van de redactie van de V-N moet worden gevolgd, vanwege de bovengenoemde redenen. Dit houdt in een aparte beoordeling voor alle aandeelhouders. Omdat vanuit het gezichtspunt van de splitsende vennootschap er geen enkel doel is behalve het dienen van een aandeelhouder vind ik het terecht dat de faciliëring daar wordt geweigerd. Bovendien is het ook niet praktisch haalbaar een deel te belasten in de vennootschapsbelasting.

4.3 RECHTSPERSOON

4.3.1 ALGEMEEN

De bepalingen uit het derde hoofdstuk van de inkomstenbelasting met betrekking tot de juridische fusie en splitsing hebben ook betrekking op vennootschappen die aandelen hebben in een splitsende of fuserende vennootschap. De bepalingen in de inkomstenbelasting zijn namelijk op basis van art. 8 Wet VpB 1969 ook van toepassing op deze vennootschappen. In veel gevallen zal de geruisloze doorschuiving van zeer gering belang zijn op het niveau van deze aandeelhouders. Indien het

¹²¹ Noot R.J. de Vries bij HR 26 juni 2012, 10/00807, BNB 2012/261

aandelenbelang meer dan 5% is namelijk in beginsel de deelnemingsvrijstelling van toepassing, waardoor alle voordelen uit hoofde van de deelneming bij het bepalen van de winst buiten aanmerking blijven. Indien echter het aandelenbelang kleiner is dan 5% of als de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, heeft de doorschuiving wel belang.

Grofweg kan worden gezegd dat de deelnemingsvrijstelling niet kan worden toegepast indien de aandeelhouder wordt gekwalificeerd als beleggingsinstelling of indien de desbetreffende deelneming wordt gehouden ter belegging (art. 13 lid 8/9 Wet VpB 1969). Er is sprake van een beleggingsdeelneming indien de bezittingen van dit lichaam, geconsolideerd beschouwd, doorgaans grotendeels bestaan uit belangen kleiner dan 5% van het kapitaal of indien de functie van het lichaam grotendeels bestaat uit het financieren van direct of indirect met de deelneming verbonden lichamen (art. 13 lid 11 Wet VpB 1969). Indien de deelneming echter een kwalificerende beleggingsdeelneming is, kan de deelnemingsvrijstelling wel worden toegepast. Hiervan is sprake indien de deelneming is onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven reële heffing of indien de bezittingen doorgaans voor minder dan de helft bestaan uit beleggingen die niet onderworpen zijn naar een reële heffing en niet redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de ondernemingsactiviteiten dan wel worden aangewend voor het direct of indirect financieren van verbonden lichamen (art. 13 lid 12 Wet VpB 1969).

4.3.2 BELANGEN KLEINER DAN 5%

Indien het belang kleiner dan 5% is dan is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing. Het dividend dat wordt ontvangen door de aandeelhouder vormt dan een onderdeel van zijn fiscale winst. Voor het bepalen van de fiscale winst bepaald art. 8 Wet VpB 1969 dat art. 3.55 tot en met 3.57 Wet IB 2001 ook van toepassing zijn op vennootschapsbelastingplichtige lichamen. Hetgeen onder paragraaf 4.2.2 is besproken over de ondernemer in box 1 in dus ook van toepassing bij een rechtspersoon die aandeelhouder is met een belang van minder dan 5%.

Indien de aandelen bij de die rechtspersoon houdt geen deelneming vormen, maar dit als gevolg van de fusie of splitsing wel worden dan is ook faciëring mogelijk, ondanks dat sprake is van een soort sfeerovergang. Art. 13h Wet VpB 1969 bepaalt namelijk dat de voordelen behaald met de juridische fusie of splitsing pas in aanmerking hoeven te worden genomen op het moment dat anders dan door uitdeling van de winst een positief resultaat uit de deelneming wordt behaald. Art. 13h VpB 1969 zag aanvankelijk op alle voordelen, maar vanwege de spanning met de moeder-dochterrichtlijn is later toch besloten het artikel niet van toepassing te laten zijn op dividenden¹²². Op deze wijze wordt zowel aan de fusierichtlijn als aan de moeder-dochterrichtlijn voldaan. Op basis van de fusierichtlijn

¹²² Kamerstukken II 1991/92, nr. 22 338, nr. 10

mag immers geen belasting worden geheven bij een juridisch fusie en splitsing en de moederdochterraichtlijn stelt dat over ontvangen dividenden van de dochtermaatschappij geen belasting mag worden geheven indien het belang ten minste 10% bedraagt.

4.3.3 BELANGEN GROTER VAN 5%

Indien de aandelen wel tot een deelneming behoren dan valt het voordeel in beginsel onder de deelnemingsvrijstelling. De nieuwe aandelen treden dan in de plaats van de oude. Dat geldt ook met betrekking tot de doorschuiving van het voor de deelneming opgeofferde bedrag, de sancties en latente verplichtingen die blijken uit de diverse (antimisbruik)bepalingen in de Wet VpB 1969¹²³. Ik vind het opvallend dat op het niveau van de aandeelhouders geen verzoek nodig is en aan geen enkele eis voldaan hoeft te worden (indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is), terwijl er voor de splitsende en fuserende vennootschappen allerlei (standaard)voorwaarden zijn vastgelegd. Echter, ik constateerde dat deze voorwaarden vooral het kenmerk van een nadere uitwerking hadden in plaats van harde voorwaarden. Enkele van deze voorwaarden hebben bovendien betrekking op de relatie tussen de aandeelhouder en de vennootschap, te denken valt aan standaardvoorwaarden 4 tot en met 6 (zie hoofdstuk 3, paragraaf, 3.4.6-3.4.8). Indirect zijn er dus wel degelijk enkele aanvullende regelingen getroffen voor de aandeelhouder en de gevolgen voor de toepassing van de belastingheffing.

Indien echter de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, dan leidt een juridische fusie of splitsing in beginsel tot winst. Op deze winst is de deelnemingsverrekening van toepassing. Bij een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming dienen de voordelen die worden genoten uit hoofde van de beleggingsdeelneming te worden gebruteerd (art. 13aa Wet VpB 1969) en vervolgens wordt een verrekening toegepast (art. 23c Wet VpB 1969). Indien als gevolg van deze systematiek er nog een te verrekenen bedrag is, dan kan dit overgebracht worden naar het volgende jaar. Hiertoe dient de inspecteur het bedrag vast te leggen in een bij voor bezwaar vatbare beschikking. Om te voorkomen dat de aanspraak op deelnemingsverrekening bij de juridische fusie of splitsing wordt overgedragen is in standaardvoorwaarde 2 voor de vennootschap bepaald dat deze aanspraak achter blijft bij de splitsende rechtspersoon. In het geval de onderneming in het buitenland actief is in de vorm van een vaste inrichting in plaats van een deelneming is in art. 15e juncto art. 15g en art. 23d Wet VpB 1969 een vergelijkbare regeling opgenomen.

In beginsel geldt echter ook voor de aandeelhouder met een beleggingsdeelneming dat de artikelen 3.55-3.57 Wet IB 2001 van toepassing zijn. Er is dus ook indien de aandelen geen (kwalificerende

¹²³ MvT, Kamerstukken II 1997/98, nr. 25 709, nr. 3, p. 15/16

beleggings)deelneming vormen ruimte om de faciliteiten toe te passen¹²⁴. Indien deze wordt toegepast worden de aandelen op basis van art. 13j Wet Vpb 1969 gewaardeerd op de waarde in het economisch verkeer verminderd met het niet in aanmerking genomen bedrag. Op deze wijze kunnen de voordelen dus alsnog in de heffing worden betrokken, ook de voordelen welke uit reguliere dividenden worden ontvangen. Mogelijk is hier dus ook strijdigheid met de moeder-dochterrichtlijn, evenals dat het geval was bij art. 13h voordat dit artikel door een amendement werd aangepast.

4.3.4 ONTGAANSTOETS

Evenals in de inkomstenbelasting in box 2 en de vennootschapsbelasting kan de juridische fusie of splitsing niet gefacilieerd plaatsvinden indien deze in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Tevens is het bewijsvermoeden opgenomen dat een juridische fusie of splitsing geacht wordt in overwegende mate gericht te zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien er geen zakelijke overwegingen aan ten grondslag liggen. Deze toets komt inhoudelijk geheel overeen met de toets in de vennootschapsbelasting, zodat hetgeen daarover is opgemerkt in het voorgaande ook hier van toepassing is.

4.4 CONCLUSIE

Aandelen kunnen bij de natuurlijk persoon tot het ondernemingsvermogen van box 1 behoren, het aanmerkelijk belang van box 2 of tot box 3. Als de aandelen tot het ondernemingsvermogen in box 1 worden gerekend kunnen de aandelen worden doorgeschoven indien de verkrijgende en splitsende of verdwijnende vennootschap in Nederland, de EU of EER is gevestigd. Hiertoe hoeft geen verzoek te worden gedaan. Bij de aanmerkelijk belanghouder in box 2 is een verzoek wel noodzakelijk. In box 3 is een faciliteit niet nodig omdat de juridische fusie en splitsing niet tot heffing leiden.

De faciliteiten kunnen ook gebruikt worden indien er ter beschikking gesteld vermogen (box 1) is. Indien echter als gevolg van de juridische fusie of splitsing het belang van de ter beschikking steller een fictief aanmerkelijk belang wordt stopt de ter beschikkingstelling en dient te worden afgerekend. Een doorschuiffaciliteit mist voor deze gevallen, maar sinds 1 januari 2012 is wel uitstel van betaling mogelijk.

Indien de aandelen in box 2 zijn belast is het mogelijk om op verzoek de claim op de aandelen door te schuiven. Indien als gevolg van de juridische fusie of splitsing het aandelenbelang voor de abhouder daalt tot onder de 5% ontstaat een fictief aanmerkelijk belang. In beginsel kan iedere aandeelhouder zelf bepalen of faciëring gewenst is. Als de aandelen als gevolg van de juridische

¹²⁴ dr. J.L. van de Streek, Cursus Belastingrecht (vennootschapsbelasting), Vpb.2.6.0.D.c2, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd).

fusie of splitsing niet meer aan Nederlandse heffing zijn onderworpen wordt een conserverende aanslag opgelegd. In veel gevallen wordt dan echter niet aan daadwerkelijke heffing toegekomen vanwege de gesloten belastingverdragen en het EU-recht. Als een vennootschap na de fusie of splitsing juist in Nederland is gevestigd, wordt een step up verleend, zodat per saldo slechts wordt geheven over in Nederland opgekomen resultaten.

In alle gevallen kan slechts gefacilieerd worden gefuseerd of gesplitst indien het niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Op basis van de jurisprudentie lijkt in dat geval de rechtshandeling zelf belast omdat de richtlijn spreekt van een belasting over de winst die ontgaan wordt, zodat voor geen van de aandeelhouders faciliëring mogelijk is. Indien een van de aanhouders zich niet richt op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, is deze aandeelhouder dus wel belasting verschuldigd. Deze situatie is niet gewenst omdat de aandeelhouders op deze manier elkaars beweegredenen moeten kennen om de eigen belastingpositie te kunnen bepalen. De redactie van V-N is echter van mening dat de juridische fusie voor de vennootschap en haar aandeelhouders een aparte toets is.

Bij rechtspersonen die aandeelhouder zijn, is faciliëring slechts noodzakelijk indien het om een belang gaat kleiner dan 5% of de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. De wijze van faciliëringen en de voorwaarden zijn gelijk aan die in de inkomstenbelasting.

5. FACILIERING IN DE OVERDRACHTSBELASTING

5.1 INLEIDING

Na de bespreking van de gevolgen voor de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting worden in dit hoofdstuk de gevolgen voor de overdrachtsbelasting besproken. Overdrachtsbelasting is in beginsel verschuldigd over de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken. Met verkrijging wordt zowel de juridische eigendom- als de economische eigendomsverkrijging bedoeld. Bij een juridische fusie of splitsing kan ook een onroerende zaak onder algemene titel overgaan. Te denken valt aan de situatie van een juridische fusie waarbij de verdwijnende vennootschap(pen) een pand op de balans had(den) staan. Bij de juridische splitsing kan worden gedacht aan de situatie waarbij een pand wordt afgesplitst naar een nieuwe of bestaande vennootschap.

In enkele gevallen kan een lichaam dat bij een juridische fusie of splitsing is betrokken zelf als een fictieve onroerende zaak kwalificeren (art. 4 BvR). Dit is het geval indien de bezittingen van het grotendeels bestaan uit onroerend goed en er aan enkele vereisten is voldaan. Er wordt dan gesproken van een onroerende zaak lichaam (OZL), waardoor ook de verkrijging van de aandelen in een OZL een belastbaar feit is voor de overdrachtsbelasting. Indien bij de splitsing of fusie een OZL betrokken is als fuserende of (af)splitsende rechtspersoon, kan er dus onder omstandigheden sprake zijn van twee belastbare feiten. Namelijk allereerst de verkrijging door de vennootschap van een pand (door de splitsing of fusie) en bij de aandeelhouder de verkrijging van de aandelen in een OZL.

In dit hoofdstuk behandel ik eerst de achtergrond van de overdrachtsbelasting, een OZL en vervolgens wat de gevolgen zijn van een juridische fusie of splitsing indien daar (fictieve) onroerende zaken bij zijn betrokken. De overdrachtsbelasting bevat net als de inkomsten- en de vennootschapsbelasting faciliteiten ten aanzien van fusies en splitsingen. Deze komen uiteraard dan ook aan de orde in dit hoofdstuk en zullen waar nodig worden vergeleken met de faciliteiten in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting.

5.2 VERKRIJGING ONROERENDE GOEDEREN

De overdrachtsbelasting is opgenomen in de Wet op belastingen van het rechtsverkeer (BvR). De overdrachtsbelasting is een belasting geheven ter verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen. In de overdrachtsbelasting wordt eerst het belastingobject bepaald, namelijk het verkregen onroerend goed (art. 2 e.v. Wet BvR). In art. 16 Wet BvR wordt pas bepaald dat het subject de verkrijger is.

Op basis van art. 2 lid 1 Wet BvR vindt de heffing van overdrachtsbelasting plaats bij de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen. Hiermee wordt de juridische verkrijging bedoeld. In beginsel wordt van een juridische verkrijging een akte opgemaakt die wordt ingeschreven in de openbare registers. Art. 3:16 BW bepaalt dat er openbare registers worden bijgehouden waarin feiten die voor de rechtstoestand van registergoederen van belang zijn, worden ingeschreven. Vervolgens bepaalt art. 3:17 welke feiten dienen te worden ingeschreven. Het eerste lid, sub a begint direct zeer breed, namelijk dat ingeschreven kan worden 'rechtshandelingen die een verandering in de rechtstoestand van registergoederen brengen of in enig ander opzicht voor die rechtstoestand van belang zijn' en sub h bepaald dat ook naamsveranderingen die tot registergoederen gerechtigde personen betreffen dienen te worden ingeschreven. Ook een juridische fusie of een splitsing waarbij onroerend goed is betrokken dient dus te worden ingeschreven. Indien de akte is ingeschreven geldt als moment waarop de belastplicht ontstaat het moment waarop de akte is opgesteld (art. 8 lid 1 Wet BvR).

Ook de verkrijging van het economische eigendom vormt een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Art. 2 lid 2 Wet BvR bepaalt dat hieronder moet worden verstaan 'een samenstel van rechten en verplichtingen met betrekking tot de in het lid 1 bedoelde onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen, dat een belang bij die zaken of rechten vertegenwoordigt. Het belang omvat ten minst enig risico van waardeverandering en komt toe aan een ander dan de eigenaar of beperkt gerechtigde.' Op deze manier wil de wetgever het misbruik van de regeling aan banden leggen. Om overdrachtsbelasting te besparen kon voor dat deze toevoeging is ingevoerd relatief eenvoudig het genot van het onroerend goed, de waardeveranderingen van die zaak en het risico voor het tenietgaan worden overdragen zonder dat het onroerend goed zelf van (juridische) eigenaar wijzigde. Ook bij een juridische splitsing is het bijvoorbeeld denkbaar dat het pand juridisch achterblijft en wordt overeengekomen dat het economische risico wel afgesplitst wordt of bijvoorbeeld wordt gedeeld tussen de aandeelhouders.

Duidelijk is in ieder geval dat een juridische fusie of splitsing kan leiden tot heffing van overdrachtsbelasting, namelijk als de juridische en/of economische eigendom van een onroerend goed op een ander overgaat. In sommige gevallen kan de juridische fusie of splitsing ook aanleiding zijn tot heffing van overdrachtsbelasting bij de aandeelhouders. Hiervan is sprake indien het een zogenoemd onroerende zaak lichaam (OZL) is. Daarop wordt in de volgende paragraaf kort ingegaan.

5.3 ONROEREND ZAAK LICHAAM (OZL)

5.3.1 ALGEMEEN

Op basis van art. 4, lid 1, sub a Wet BRV is ook belast de verkrijging van aandelen in een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal waarvan de bezittingen op het tijdstip van verkrijging of op enig tijdstip in het daaraan voorafgaande jaar grotendeels bestaan of hebben bestaan uit onroerende zaken en tegelijkertijd ten minste 30% van de bezittingen bestaan uit in Nederland gelegen onroerende zaken. Dit wordt ook wel de bezitseis genoemd.

Daarnaast dienen de onroerende zaken op het tijdstip van de overdracht geheel of hoofdzakelijk dienstbaar te zijn aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken. Dit wordt wel de exploitatie-eis of doeleis genoemd. Of de overdracht van aandelen vervolgens ook daadwerkelijk tot heffing van overdrachtsbelasting leidt is afhankelijk van de grootte van het belang dat wordt verkregen. Dit wordt wel de belangeis genoemd.

Het doel van de fictie is voorkomen dat overdrachtsbelasting kan worden ontgaan door onroerende zaken niet direct over te dragen, maar het onroerend goed in te brengen in een vennootschap en de aandelen daarvan over te dragen. Er vanuit gaande dat er geen vrijstelling van toepassing is (art. 15 Wet BvR), is de overdracht van de onroerende zaak aan het lichaam is belast, maar de latere overdrachten niet. De overdracht van aandelen is in beginsel namelijk een ander belastbaar feit dan de overdracht van de achterliggende vermogensbestanddelen, zoals het onroerend goed. Een fictie was dus nodig om dit misbruik te voorkomen. Een dergelijke fictie is al sinds 1933 in de wet opgenomen¹²⁵. Ik zal nu achtereenvolgens de bezits-, exploitatie en belangeis behandelen.

5.3.2 BEZITSEIS

Vanaf 1 januari 2011 wordt van een OZL gesproken indien de bezittingen voor meer dan 50% bestaan uit onroerende zaken. Daarnaast is het vereiste dat 30% van het bezit bestaat uit in Nederland gelegen onroerend goed. Als onroerende zaken voor de bezitseis tellen op basis van art. 4 lid 2 Wet BvR, naast de onroerende zaken in civielrechtelijke zin, ook mee:

- de fictieve onroerende zaken;
- de rechten waaraan onroerende zaken of fictieve onroerende zaken zijn onderworpen, en;
- de economische eigendom van deze zaken of rechten.

Met fictieve onroerende zaken wordt bedoeld op het in bezit hebben van een OZL. Op deze wijze wordt ook de verkrijging van aandelen in een houdstermaatschappij met verschillende OZL's in de

¹²⁵ Y.E. Gassler, Cursus Belastingrecht (Belastingen van Rechtsverkeer), par. 2.1.11, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd)

heffing zou worden betrokken. Het tussenschuiven van een vennootschap frustreert de heffing dus niet. Indien de houdster meer dan een derde van het belang bezit in een lichaam dienen de bezittingen van de dochtervennootschap te worden geconsolideerd (art. 4 lid 3 Wet BvR). Bij een kleiner belang moet worden beoordeeld of het lichaam waarin de aandelen worden gehouden als OZL kwalificeert. In dat geval zal de waarde in het economische verkeer van de aandelen als fictieve onroerende zaak worden gezien¹²⁶.

Als waarde van de bezittingen geldt voor de overdrachtsbelasting op basis van art. 52 Wet BvR dat hieronder wordt verstaan de WEV. Dit betekent dat alle bezittingen dienen te worden gewaardeerd op de WEV. In de Wet BvR is derhalve de waarde in het economische verkeer van alle bezittingen in het lichaam van belang voor de bezits- en exploitatie-eis¹²⁷.

Het toetsingsmoment voor de bezitsei is het moment van de verkrijging of een moment in het voorgaande jaar. Tot 28 december 2000 werd aan de hand van de afsluitende balans aan het eind van het voorgaande boekjaar, bepaald of er aan de bezitsei werd voldaan. Hoewel dit verreweg het meeste eenvoudig is, was het niet heel zuiver omdat transacties en waardeveranderingen in de periode tussen de laatstelijk opgemaakte balans en het moment van de overeenkomst niet werden meegeteld. Het nadeel bleek tevens dat één heffingsmoment mogelijkheden opende tot het oppompen van de activa, namelijk door het aantrekken van extra vreemd of eigen vermogen, waarmee liquide middelen, obligaties, aandelen, vorderingen of in het buitenland gelegen onroerende zaken werden aangeschaft waardoor het belang verwaterde tot onder de relevante bezitsei. Omdat de fiscus er niet altijd in slaagde deze ontgaansmogelijkheid succesvol met een beroep op *fraus legis* te bestrijden, is de zinsnede 'of een moment in het voorgaande jaar' toegevoegd. Het tijdelijk 'oppompen' van de activa is hierdoor moeilijker geworden, maar op zich nog steeds mogelijk. Als gevolg van de referentieperiode kan de verkrijging van aandelen in een lichaam zonder onroerende zaken eveneens leiden tot een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. In dergelijke gevallen zal echter geen overdrachtsbelasting zijn verschuldigd, omdat de referentieperiode niet geldt voor de bepaling van de maatstaf van heffing¹²⁸.

¹²⁶ MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27030, nr. 3, pag. 15

¹²⁷ M.P. Bongard en M.J.L. van Campen, *Leidraad overdrachtsbelasting en kapitaalsbelasting*, Fed Fiscale brochures nr. 33, Kluwer Deventer, tweede druk 2004, nr. 38, blz. 42

¹²⁸ Y.E. Gassler, *Cursus Belastingrecht (Belastingen van Rechtsverkeer)*, par. 2.1.10.B.c3, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd).

CONSOLIDATIE

Aandelen, die tot het vermogen van een lichaam behoren, worden in beginsel gewaardeerd tegen de nettovermogenswaarde. De HR¹²⁹ oordeelde namelijk dat voor de toepassing van de Wet BvR aan een dochtermaatschappij als rechtspersoon toekomende zelfstandigheid niet toelaat de bezittingen van een dochtermaatschappij aan te merken als bezittingen van de moedermaatschappij. Omdat de aandelen op nettovermogenswaarde moesten worden gewaardeerd was het relatief eenvoudig heffing van overdrachtsbelasting te ontgaan door de onroerende zaken bij de dochtermaatschappij met vreemd vermogen te financieren (verschafft door de moedermaatschappij bijvoorbeeld) en hierdoor de nettovermogenswaarde van de deelneming te laten dalen. Om dit misbruik tegen te gaan is in het uitvoeringsbesluit opgenomen dat indien een belastingplichtige een belang van meer dan een derde heeft samen met:

- Een concernvennootschap (art. 5b lid 2 Uitv.besl. BvR). Een concern wordt gevormd door de topvennootschap en alle andere vennootschappen waarin die topvennootschap onmiddellijk en/of middellijk een heeft van ten minste 90%.
- Zijn echtgenoot of zijn bloedverwanten in de rechte linie indien het gezamenlijk belang minimaal 90% is in het desbetreffende lichaam.

Omdat de staatssecretaris nog steeds van mening was dat misbruik mogelijk was door het creëren van onderlinge vorderingen en schulden binnen het concern, maar buiten de te consolideren groep zijn per 1 januari 2011 de anti-misbruikbepalingen verder aangescherpt. Op basis van art. 4 lid 4, sub b Wet BvR tellen gelieerde vorderingen en schulden niet mee voor de bezittingentoets. Van gelieerde vorderingen bij het OZL is sprake indien het OZL een vordering heeft op de verkrijger, een met het OZL of de verkrijger verbonden lichaam of een met het OZL of de verkrijger verbonden natuurlijk persoon. Voor de invulling van de begrippen wordt verwezen naar art. 4 lid 3, 6, 7 en 8 Wet BvR. Deze worden bij de belangeis behandeld.

5.3.3 EXPLOITATIE-EIS

Naast het in bezit hebben van onroerende zaken, dienen deze ook, als geheel genomen op het tijdstip van de overdracht en het voorafgaande jaar geheel of hoofdzakelijk dienstbaar te zijn aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken. Hierbij wordt onder onroerende zaken verstaan alle onroerende zaken, dus zowel in Nederland als in het buitenland gelegen onroerende zaken. Oefent het lichaam nog andere activiteiten uit, dan dient vast te staan dat de onroerende zaken, als geheel genomen, geheel of hoofdzakelijk, dus voor ten minste 70% van de

¹²⁹ HR 26 november 1986, nr. 23 542, BNB 1987/129

totale waarde van die onroerende zaken dienstbaar zijn aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren ervan¹³⁰.

In de jurisprudentie is een aantal keer aan de orde geweest op welke wijze moet worden bepaald of de werkzaamheden dienstbaar zijn aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van onroerende zaken. Als hoofdregel geldt dat in bezit zijnde onroerende zaken die bestemd zijn voor handel in die onroerende zaken worden aangemerkt als dienstbaar aan de het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken. Hieronder worden niet verstaan onroerende zaken die binnen of naast de gewone uitoefening van het bedrijf worden gekocht over verkocht, mits dit gebeurt in het kader van het eigenlijke bedrijf¹³¹. Een oud filiaal van een winkelketen dat in de verkoop staat is dus niet dienstbaar aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van onroerende zaken.

Veel concernstructuren kennen een deelneming waarin alle onroerend is samengebracht. De HR¹³² heeft geoordeeld dat de verhuur aan een andere vennootschap dient te worden aangemerkt als gebruik in eigen bedrijf, mits de verharende vennootschap de zeggenschap heeft in de hurende vennootschap en de laatstbedoelde geen OZL is. Dit arrest ziet dus op de situatie dat een holdingvennootschap van een deelneming tevens het onroerend goed in bezit heeft en dit verhuurt aan haar deelneming (de werkmaatschappij). De holdingvennootschap kwalificeert dan mogelijk als OZL vanwege de bezitseis. De HR oordeelde echter dat niet aan de exploitatie-eis is voldaan. Door het Hof 's-Hertogenbosch¹³³ is het vereiste van de zeggenschap zeer strikt opgevat, doordat het oordeelde dat het arrest van de HR niet geldt voor situaties waarin uiteindelijk op centraal niveau het gezag wordt uitgeoefend over het onroerend goed en de onderneming. Volgens het Hof is het dus met het oog op de exploitatie-eis niet mogelijk om te voorkomen dat een zustervenootschap kwalificeert als OZL. De HR heeft deze zienswijze later nog bevestigd¹³⁴, ondanks dat er in de reactie op eerdere uitspraken wel kritiek is geweest op deze zienswijze omdat dit een veelvoorkomende en doelmatige structuur is, waarin er bij de dochteronderneming geen zelfstandige exploitatiewinsten worden beoogd¹³⁵.

5.3.4 BELANG-EIS

De derde en laatste eis is de belang-eis (art. 4 lid 3 Wet BvR). Zoals we gezien hebben is deze niet alleen als afzonderlijke eis van belang, maar is deze ook (deels) voor de consolidatieverplichting

¹³⁰ MvT, Kamerstukken II 1999/2000, 27 030, nr. 3, pag. 14/15

¹³¹ Toelichting op de Wet BvR: Res. Van 16 december 1971, nr. B71/23 037, RBR-6, (ingetrokken per 22 december 2010)

¹³² HR 6 november 1985, nr. 22 834, BNB 1986/34

¹³³ Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2003, nr. 02/4381, V-N 2004/14.1.8

¹³⁴ HR 17 maart 2006, nr. 40 635, V-N 2006/18.26

¹³⁵ HR 22 april 1981, nr. 19 900, BNB 1981/186

belangrijk. De bezit-eis houdt in dat pas belasting wordt geheven indien een substantieel belang in het OZL wordt verkregen. De belang-eis is dus niet van belang voor de kwalificatie van het lichaam, maar bepaalt wel of hetgeen wordt verkregen belast is. De belang-eis is dus een vereiste op het niveau van de verkrijger. Bij natuurlijke personen vindt heffing plaats indien de verkrijger (samen met de eventueel al in bezit zijnde aandelen):

- Al dan niet samen met zijn echtgenoot, zijn bloed- en aanverwanten in de rechte linie en in de tweede graad van de zijlinie of een verbonden lichaam, voor ten minste een derde gedeelte belang in het lichaam heeft, en;
- Al dan niet samen zijn echtgenoot voor meer dan 7% een belang in het lichaam heeft.

Een verbonden lichaam is hierbij een lichaam waarin de verkrijger, zijn echtgenoot, of zijn bloed- of aanverwanten in de rechte linie en in de tweede graad van de zijlinie, al dan niet tezamen, voor ten minste een derde gedeelte belang heeft.

Bij een verkrijgende rechtspersoon vindt heffing plaats indien het belang in het lichaam tezamen met een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, na de verkrijging ten minste een derde is.

Op basis van art. 4 lid 7 is een met de verkrijger verbonden lichaam, een lichaam waarin:

- de verkrijger voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;
- een lichaam dat voor ten minste een derde belang heeft in de verkrijger, of;
- een lichaam waarin een derde, zijn echtgenoot of zijn bloed en aanverwanten in de rechte linie en in de tweede graad van de zijlinie, al dan niet te samen, voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde al dan niet te samen met zijn echtgenoot of zijn bloed en aanverwanten in de rechte linie en in de tweede graad van de zijlinie tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de verkrijger.

Op basis van art. 4 lid 8 Wet BvR is een met een verkrijgende rechtspersoon verbonden natuurlijk persoon, die al dan niet tezamen met hun echtgenoot en zijn bloed- en aanverwanten in de rechte linie en in de tweede graad van de zijlinie, voor ten minste een derde gedeelte belang hebben in:

- de verkrijgende rechtspersoon, of;
- een met de verkrijgende rechtspersoon verbonden lichaam, zoals een verbonden 'moeder'-lichaam, een verbonden 'dochter'-lichaam of een verbonden 'zuster'-lichaam¹³⁶.

¹³⁶ Y.E. Gassler, *Cursus Belastingrecht (Belastingen van Rechtsverkeer)*, par. 2.1.10.D.c3, Deventer: Kluwer (online geraadpleegd).

Al met al is het goed mogelijk dat bij een juridische fusie of splitsing een OZL betrokken is. Dit betekent dat naast de verkrijgende vennootschap ook de verkrijgende aandeelhouder belast is. In de praktijk wordt echter over het algemeen slechts een aanslag opgelegd, maar het is vreemd dat de systematiek van de wet dus in beginsel een dubbele heffing kent. De wet biedt echter ook mogelijkheden tot een gefacilieerde juridische fusie. Deze wordt in de volgende paragraaf besproken.

5.4 JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING

5.4.1 INLEIDING

In dit onderdeel neem ik aan dat bij de juridische fusie of splitsing een (fictieve) onroerende zaak over gaat en/of de fuserende of splitsende rechtspersoon een OZL is. Er is dus sprake van de verkrijging onder algemene titel van een (fictieve) onroerende zaak (mits aan de belangen is voldaan). Verrijking is een breed begrip dat zowel de verkrijging onder algemene titel als de verkrijging onder bijzondere titel behelst. Hierdoor is geen fictiebepaling nodig, zoals in de vennootschapsbelasting, om een heffingsmoment te creëren bij de juridische fusie of splitsing¹³⁷. Art. 15 lid 1, sub h Wet BvR stelt echter onder bij algemene maatregelen van bestuur te stellen voorwaarden vrij de verkrijging bij fusie, splitsing en interne reorganisatie. Er is sprake van een interne reorganisatie indien binnen hetzelfde concern onroerend goed wordt overgedragen. Deze overdracht kan tevens vormgegeven worden door een juridische splitsing of fusie. Voor de juridische fusie of splitsing binnen concern kan in beginsel dus worden gekozen voor de vrijstelling voor interne reorganisatie of voor de juridische fusie, dan wel juridische splitsing. Wat onder het concern verstaan moet worden komt in het vervolg van dit hoofdstuk aan bod. In deze paragraaf sta ik eerst stil bij de gevolgen van een juridische splitsing voor de overdrachtsbelasting en onder welke voorwaarden deze heffing kan worden voorkomen. Vervolgens zal ik aandacht besteden aan de juridische fusie zoals deze was geregeld was tot 1 januari 2012 en hoe de juridische fusie vanaf deze datum is geregeld. Daarnaast besteed ik aandacht aan de interne reorganisatievrijstelling.

5.4.2 JURIDISCHE SPLITSING

Art. 5c lid 1 Uitv.besl. BvR bepaalt dat de vrijstelling voor de juridische splitsing geen toepassing kent indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Een splitsing wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien er geen zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden ten grondslag liggen aan de juridische splitsing. Evenals bij de faciëring in de vennootschapsbelasting is ook in de overdrachtsbelasting het tweede bewijsvermoeden opgenomen dat zegt dat de splitsing eveneens niet wordt geacht plaats te vinden op zakelijke

¹³⁷ MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 2

overwegingen indien de aandelen binnen drie jaar worden vervreemd aan een niet met de belastingplichtige verbonden lichaam. Dit is het vervreemdingsverbod.

De genoemde eisen zijn gelijk aan de eisen welke in art. 14a, lid 6 Wet VpB 1969 worden gesteld aan de faciëring in de vennootschapsbelasting. Dit is een bewuste keuze van de wetgever. Aanvankelijk was de faciëring namelijk slechts mogelijk indien er zakelijke overwegingen ten grondslag lagen aan de juridische splitsing. Het verschil in de vereisten voor faciëring in de verschillende belastingwetten achtte de staatssecretaris echter niet wenselijk¹³⁸, maar het duurde na de invoering toch nog even voordat de tekst van het uitvoeringsbesluit ook daadwerkelijk gelijk was aan die in de vennootschapsbelasting. Doordat de reikwijdte nu volledig in overeenstemming is met de vennootschapsbelasting kan volgens de staatssecretaris geen misverstand meer bestaan dat deze bepalingen identiek zijn. Hij zegt zelfs dat als voor de vennootschapsbelasting de afweging is gemaakt of de fusie is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, waarin ook het overdrachtsbelasting aspect wordt meegenomen, deze afweging gelijk zal zijn voor de overdrachtsbelasting¹³⁹. De staatssecretaris is dus van mening dat het begrip ontgaan of uitstellen in de vennootschapsbelasting ook het ontgaan of uitstellen van overdrachtsbelasting behelst. De HR heeft echter geoordeeld dat deze zienswijze niet juist is¹⁴⁰. Bij de faciëring van de juridische splitsing in de vennootschapsbelasting hoeft geen rekening gehouden te worden met de gevolgen voor de overdrachtsbelasting. Op basis van het huidige beleid kan de splitsing voor de overdrachtsbelasting gefacilieerd plaatsvinden als dit voor de vennootschapsbelasting mogelijk is. Ook indien ervoor wordt gekozen in de vennootschapsbelasting niet geruisloos door te schuiven, vindt de splitsing voor de overdrachtsbelasting alsnog vrijgesteld plaats. Vanuit belastingplichtige is er immers geen voordeel te behalen van het niet vrijgesteld laten plaatsvinden van de juridische fusie of splitsing voor de overdrachtsbelasting.

De staatssecretaris heeft aangegeven dat hij zich altijd de mogelijkheid voorbehoudt om aanvullende vereisten te stellen, vanwege het verschillende karakter van de belastingwetten. Mogelijk speelt hierbij een rol dat de vennootschapsbelasting een Europees rechtelijk toetsingskader kent waardoor de staatssecretaris de faciëring in de overdrachtsbelasting niet volledig wil laten aansluiten bij de vennootschapsbelasting¹⁴¹. Zeker na de uitspraak van het HvJ in de zaak Zwijnenburg¹⁴² en bovengenoemd verwijzingsarrest van 29 juni 2012 lijkt het mij niet onwaarschijnlijk dat de staatssecretaris van deze mogelijkheid tot aanpassen van het uitvoeringsbesluit gebruik gaat maken.

¹³⁸ NV, Kamerstukken II 1997/98, 25 709, V-N 1998/11.14.

¹³⁹ Besluit van 15 december 2005, Stb. 2005, nr. 688V-N 2006/3.7.3

¹⁴⁰ HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261

¹⁴¹ Persbericht ministerie van Financiën van 10 januari 2003, nr. 2003/05, V-N 2003/6.18

¹⁴² HvJ 20 mei 2010, nr. C-352/08, BNB 2010/257

Op dit arrest en de gevolgen daarvan voor de faciëring van de juridische fusie in de overdrachtsbelasting kom ik in de volgende paragraaf terug. In dat geval hoeft in de overdrachtsbelasting ook het uitstellen van belasting niet meer te worden genoemd als misbruik. In de overdrachtsbelasting is het namelijk de aard van de belasting al niet mogelijk om de belasting uit te stellen; het is immers een tijdstipbelasting en geen periodebelasting. De verkrijging is belast of niet. Wordt de belasting 'uitgesteld' door bijvoorbeeld eerst af te splitsen naar een vennootschap en daarna pas een gedeelte te verkopen, dan is dit eigenlijk geen uitstel maar een tweede overdrachtsmoment creëren en hiermee een nieuw belastbaar feit. Daarom moet in de context van de overdrachtsbelasting aan het woordje uitstellen geen waarde worden gehecht.

Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk al is aangehaald is er in sommige gevallen sprake van meer verkrijgingen. Namelijk van de onroerende zaken welke (onder algemene titel) overgaan, maar ook van de aandelen in het geval dat een OZL wordt verkregen of er als gevolg van de splitsing een OZL ontstaat. Hoewel het niet in de wet wordt genoemd lijkt het voor de hand te liggen dat de verkrijging van zowel het onroerend goed als de aandelen mogelijk is onder de vrijstelling. Zo niet, dan lijkt dit een situatie waarin met een beroep op art. 63 AWR (hardheidsclausule) alsnog heffing wordt voorkomen voor het tweede belastbare feit, zoals bij enkele andere situaties mogelijk is¹⁴³. Slechts indien er het tweede belastbare feit een wijziging is in de gerechtigdheid wordt¹⁴⁴, zoals bij de ruziesplitsing mogelijk is. Ik ben echter van mening dat de tweede verkrijging sowieso onder de vrijstelling kan vallen, zoals dat voor de fusie specifiek is vastgelegd in art. 5bis Uitvoeringsbesluit BvR. Het verkrijgen van aandelen is immers even onlosmakelijk verbonden aan een juridische splitsing als de overdracht van het onroerend goed. Ik zie dan ook geen theoretische of praktische bezwaren om de vrijstelling ook bij deze tweede verkrijging gewoon toe te passen. Bovendien heeft de staatssecretaris in de parlementaire geschiedenis uiteengezet dat het niet zijn voornemen was om de vrijstelling niet te laten gelden voor aandelen in een OZL¹⁴⁵.

5.4.3. INTERNE REORGANISATIE

Tot 1 januari 2012 was er geen specifieke bepaling voor de juridische fusie opgenomen in het uitvoeringsbesluit. In de praktijk werd daarom een beroep gedaan op de (bedrijfs)fusiefaciliteit van art. 5a of de interne reorganisatievrijstelling van art. 5b Uitvoeringsbesluit Wet BvR, welk verzoek op basis van art. 63 AWR in behandeling werd genomen¹⁴⁶. Door de invoering van de juridische fusiefaciliteit is een beroep op de bedrijfsfusiefaciliteit niet meer nodig. Indien een beroep op de

¹⁴³ Besluit van 14 december 2011, nr. BLKB/2011/1803M, V-N 2012/6.17.

¹⁴⁴ Vakstudie, deel Belasting van Rechtsverkeer, aantekening bij art. 6 lid 1(h).

¹⁴⁵ Kamerstukken II 1997/98, 25709, nr. 7

¹⁴⁶ Besluit van 27 december 2005, nr. CPP 2005/2573 M, V-N 2006/5.12

interne reorganisatievrijstelling mogelijk is, dan gaat deze voor op de faciliteit voor de juridische fusie. Daarom behandel ik in dit onderdeel deze vrijstelling.

Indien een tot het concern behorende vennootschap onroerende zaken overdraagt aan een andere vennootschap van het concern, dan is sprake van een interne reorganisatie voor toepassing van de vrijstelling van art. 15, lid 1, sub h Wet BvR. Onder concern wordt verstaan een vennootschap waarin niet een andere vennootschap het gehele of nagenoeg gehele belang heeft, samen met alle andere vennootschappen waarin zij het gehele of nagenoeg gehele belang heeft (art. 5b Uitvoeringsbesluit Wet BvR). Het concern is dus de topvennootschap met alle dochterondernemingen waarin deze topholding uiteindelijk een belang van 90% of meer heeft. Indien de verkrijgende vennootschap binnen drie jaren niet meer tot het concern behoort, is de belasting alsnog verschuldigd. De term 'concern' suggereert dat ook indien het concern wijzigt de belasting alsnog verschuldigd is. Dit is echter niet de bedoeling; daarom heeft de staatssecretaris goedkeurend beleid geformuleerd¹⁴⁷. Op basis van deze goedkeuring mag het concern wijzigen zolang de overdragende en verkrijgende vennootschap altijd in een afgeslankte, dan wel aangepaste versie zelfstandig een concern kunnen blijven vormen. Ook is het geen probleem voor het vervreemdingsverbod als de moedermaatschappij en dochtermaatschappij fuseren na de overdracht van het pand, mits deze gefuseerde partij gedurende de termijn van drie jaar na de overdracht blijft bestaan. Ten slotte bepaalt art. 5b, lid 4 Uitvoeringsbesluit BvR dat de vrijstelling terug wordt genomen indien op het moment dat de vennootschap tot het concern is gaan behoren, anders dan door toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit, geen overdrachtsbelasting betaald is en de onderneming van de vennootschap niet wordt voortgezet. Zonder deze bepaling kan er relatief eenvoudig belasting worden ontgaan door het overnemen van de aandelen (onbelast indien het geen OZL is), vervolgens het onroerend goed over te dragen en de activiteiten van de vennootschap beëindigen¹⁴⁸.

Artikel 5b Uitvoeringsbesluit BvR kent in tegenstelling tot de juridische splitsingsfaciliteit en de huidige juridische fusiefaciliteit geen antimisbruikbepaling in de zin van een ontgaans- of zakelijkheidstoets, maar zoals uit bovenstaande blijkt wel een vervreemdingsverbod en een voortzettingsvereiste van drie jaar. Ditzelfde geldt voor de bedrijfsfusiefaciliteit van art. 5a Uitvoeringsbesluit BvR, welke toegepast werd indien een beroep op de interne reorganisatievrijstelling niet mogelijk was voor de juridische fusie. Hiermee was de faciliteit dus nog niet in lijn met de vennootschapsbelasting, waardoor de rechtszekerheid niet gediend was. Met

¹⁴⁷ Besluit Minister van Financiën van 27 september 2010, nr. DGB2010/1004M, Stcrt. 2010, V-N 2010/53.27

¹⁴⁸ M.P. Bongard, *Leidraad overdrachtsbelasting en kapitaalsbelasting*, Fed Fiscale brochures nr. 33, Kluwer Deventer, vierde druk 2012, nr. 147, blz. 168

ingang van 1 januari 2012 is er een apart artikel opgenomen in het uitvoeringsbesluit, maar dat betekent nog niet dat daarmee alle onzekerheid is verdwenen zoals uit het vervolg zal blijken.

5.4.4 JURIDISCHE FUSIE

Sinds 2012 is in art. 5bis van het uitvoeringsbesluit Wet BvR een regeling opgenomen voor de juridische fusie. Het eerste lid bepaalt onder andere dat bij een juridische fusie de interne reorganisatievrijstelling voorgeeft, als in beginsel beide van toepassing zijn. Daarnaast bepaalt het eerste lid dat de vrijstelling voor de juridische fusie van toepassing is, mits de fusie hoofdzakelijk plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Als voorbeelden van dergelijke zakelijke overwegingen worden in het besluit van de staatssecretaris de herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de fusie betrokken rechtspersonen genoemd¹⁴⁹. Deze terminologie wordt ook in de vennootschapsbelasting gebruikt als voorbeeld voor zakelijke overwegingen. Wat opvalt in vergelijking met de vennootschapsbelasting is dat het daar in de wettekst is opgenomen en voor de overdrachtsbelasting in de toelichting. Daarnaast wordt in de vennootschapsbelasting gesproken over ‘actieve’ werkzaamheden. In de literatuur¹⁵⁰ is gesuggereerd dat deze bredere formulering is gekozen omdat de bepalingen in de overdrachtsbelasting ook van toepassing zijn voor verenigingen en stichtingen. Ik ben echter van mening dat er geen bijzondere reden is voor het weglaten van het woordje actief. Naar mijn mening is dit een nutteloze toevoeging voor de vennootschapsbelasting aangezien het uitsluiten van een bepaalde groep voor de fusierichtlijn al niet mogelijk is op basis van het arrest Leur-Bloem van het HvJ¹⁵¹, alwaar de ‘materiele ondernemingseis’ als algemeen vereiste voor een gefaciliteerde fusie afwees. Het woord ‘actief’ voegt dus niets toe voor de vennootschapsbelasting, waardoor het terecht is dat het nu weggelaten wordt. Te meer nog omdat deze redenering ook voor de juridische splitsing uit de overdrachtsbelasting op zou moeten gaan en dat is ook niet het geval.

Het doel van een herstructurering of rationalisering moet zijn het vergroten van de productiviteit en het verbeteren van de economische of maatschappelijke performance van de bij de fusie betrokken rechtspersonen. De staatssecretaris overweegt namelijk dat een zekere substance van alle bij de fusie betrokken rechtspersonen is vereist en dat ‘het opgaan van een rechtspersoon in een andere rechtspersoon moet leiden tot substantiële schaalvoordelen, tot synergie effecten en het moet daarbij evident zijn dat de organisatie die als gevolg van de fusie ontstaat, duidelijk meer is dan de optelsom van de voor de fusie bestaande onderdelen’¹⁵². De in dit citaat vermelde termen zijn

¹⁴⁹ NvT, Besluit van 22 december tot het wijzigen van enige fiscale uitvoeringsbesluiten, Stb. 2011, 677, p. 59

¹⁵⁰ J.H. Elink Schuurman en A. Rozendal, *De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?*, WFR 2012/464

¹⁵¹ HvJ 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32

¹⁵² NvT, Besluit van 22 december tot het wijzigen van enige fiscale uitvoeringsbesluiten, Stb. 2011, 677, p. 59

subjectief, maar lijken ook behoorlijk zware eisen te stellen aan de te fuseren partijen (ze moeten een bepaalde substance hebben) en aan de met de fusie behaalde resultaten, zeker in vergelijking met andere faciliteiten. In de vennootschapsbelasting zijn dergelijke termen nooit gebruikt, waardoor er nog geen ervaring is met de precieze betekenis van de begrippen. Het lijkt alsof er in de overdrachtsbelasting minder snel sprake is van zakelijke overwegingen, zeker nu in de vennootschapsbelasting wordt gesproken over “in overwegende mate” (50%) en in de overdrachtsbelasting over “hoofdzakelijk” (70%). Hoewel dergelijke termen naar mijn mening moeilijk vergelijken zijn, lijkt ook hier is sprake van een zwaardere bewijslast in de overdrachtsbelasting¹⁵³.

De bovengenoemde verschillende benadering van eenzelfde begrip vind ik een zeer onwenselijke ontwikkeling. Een begrip als ‘zakelijke overwegingen’ moet in mijn optiek zoveel als mogelijk in de verschillende belastingwetten gelijk zijn en zeker binnen dezelfde wet. Momenteel lijkt zelfs alleen al binnen de overdrachtsbelasting sprake te zijn van een verschil van inzicht. In de juridische splitsingsfaciliteit is namelijk wel aansluiting gezocht bij de vennootschapsbelasting. Indien het doel en ratio van de regeling een andere invulling van het begrip vereisen dan dient dit goed beargumenteerd te worden om teveel rechtsonzekerheid te voorkomen. Als de staatssecretaris een zwaardere toets heeft willen introduceren had hij in mijn optiek dus beter andere bewoordingen kunnen gebruiken en op zijn minst in zijn toelichting de vergelijking met de vennootschapsbelasting kunnen maken. Discussies over de invulling van de door de staatssecretaris gebezigde termen tussen belastingplichtige en de inspecteur lijken onvermijdelijk. In beginsel ligt de bewijslast overigens bij de inspecteur.

Ook valt het op dat er bij de juridische fusiefaciliteit is gekozen voor een zakelijkheidstoets in plaats van een ontgaanstoets, zoals in de vennootschapsbelasting te doen gebruikelijk is en ook voor de juridische splitsing in de overdrachtsbelasting wordt gehanteerd. Bij de introductie van de juridische splitsingsfaciliteit gold eerst ook de zakelijkheidstoets, maar is deze later vervangen door de ontgaanstoets om de regeling aan te laten sluiten bij de vennootschapsbelasting. De staatssecretaris heeft er geen aandacht aan besteed waarom de ontgaanstoets niet bruikbaar zou zijn voor de juridische fusiefaciliteit. In mijn visie zijn de enige relevante gewijzigde feiten de uitspraken van het HvJ en de HR dat het begrip ‘belastingheffing’ in de fusierichting en vennootschapsbelasting niet slaan op het ontgaan of uitstellen van overdrachtsbelasting¹⁵⁴. Ik kan mij voorstellen dat dit aanleiding kan zijn voor de introductie van een meer zelfstandige toets. Nu het verleden onder andere bij de introductie van de faciliteiten in de vennootschapsbelasting is overwogen dat de

¹⁵³ P.H.M. Simonis, *Juridische fusie en overdrachtsbelasting: art. 5bis*, MBB 2012/5

¹⁵⁴ HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261 en HvJ 20 mei 2010, nr. C-352/08, BNB 2010/257

criteria ten opzichte van een bepaald type reorganisatie zoveel mogelijk moeten overeenstemmen tussen de belastingwetten¹⁵⁵, lijkt het voor de hand te liggen expliciet wordt vermeld dat een nieuwe weg in wordt geslagen. Nu dit niet is gebeurd blijft het enigszins gissen naar de bedoelingen van de wetgever.

Ook kent de faciliteit geen tegenbewijs mogelijkheid in de vorm van het stellen door belastingplichtige dat de transactie niet gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Er hangt dus veel van af of de inspecteur ervan overtuigd is dat de belastingplichtige daadwerkelijk meent substantiële voordelen te kunnen behalen¹⁵⁶. In de praktijk zal dit betekenen dat de inspecteur hier zelf ook van overtuigd moet zijn, waardoor hij steeds meer op de stoel van de ondernemer gaat zitten. Ook dit lijkt me een zeer onwenselijke ontwikkeling. Ook in situaties waarin er zowel aandeelhoudersbelangen als zakelijke belangen een rol spelen kan het ontbreken van de ontgaanstoets tot een andere uitkomst leiden. In de behandelde jurisprudentie voor de vennootschapsbelasting in paragraaf 3.5.3 werd wel gezegd dat de juridische fusie gefacilieerd kon plaatsvinden indien deze ook uitgevoerd zou worden als er geen aandeelhoudersmotieven een rol zouden hebben gespeeld. Of deze zelfde simpele toets voor de huidige toetsing voor de juridische fusie een hulpmiddel kan zijn is onduidelijk¹⁵⁷.

In beginsel speelt de overdrachtsbelasting alleen een rol bij het kiezen van de route om een gewenst doel te bereiken. Indien er geen ander doel is voor de transactie, zal deze simpelweg niet worden uitgevoerd en is daarmee geen overdrachtsbelasting verschuldigd zijn. Tegen deze achtergrond gezien kan ik mij niet goed indenken waarom nu juist voor de overdrachtsbelasting (als verkeersbelasting) een zwaardere toets moet gelden dan voor een winstbelasting. Als er geen reden voor is, dan wordt de fusie of splitsing simpelweg niet uitgevoerd. Een belangrijk nadeel is slechts dat door deze strenge vereisten wordt mogelijk de meest wenselijke route geblokkeerd. In de toelichting noemt de staatssecretaris¹⁵⁸ als voorbeeld van een juridische fusie die niet begeleid wordt de fusie waarbij slechts vanwege de eenvoudige leveringsvoorwaarden voor deze juridische vorm wordt gekozen. Bij het bepalen van de route kan voor de vennootschapsbelasting de juridische fusie onder omstandigheden de meest geëigende weg zijn om een transactie uit te voeren. Met andere woorden: de belastingplichtige mag (voor de vennootschapsbelasting in ieder geval) de meest gunstige weg kiezen, zolang maar geen sprake is van een te grote gekunsteldheid. Door het categorisch afwijzen van gemakkelijke juridische leveringsvoorwaarden als argument voor de juridische fusie wordt deze civielrechtelijke vorm zijn nut ontnomen. De reden voor introductie van de juridische fusie was

¹⁵⁵ Besluit tot wijziging van het uitvoeringsbesluit van 1 januari 2006, V-N 2006/3.7.3

¹⁵⁶ P.H.M. Simonis, *Juridische fusie en overdrachtsbelasting: art. 5bis*, MBB 2012/5

¹⁵⁷ P.H.M. Simonis, *Juridische fusie en overdrachtsbelasting: art. 5bis*, MBB 2012/5

¹⁵⁸ NvT, Besluit van 22 december tot het wijzigen van enige fiscale uitvoeringsbesluiten, Stb. 2011, 677, p. 59

namelijk juist de vereenvoudiging. In beginsel kan namelijk altijd een andere weg worden bewandeld. De eenvoudige levering zal bovendien nooit hét argument zijn, maar altijd slechts iets over de gekozen route¹⁵⁹. Dit is wat mij betreft een gemis, aangezien op deze wijze door de fiscale regels een op zichzelf wenselijke transactie niet plaatsvindt op de meest efficiënte wijze. De overdracht van vermogensbestanddelen en vervolgens toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit is dan voor de overdrachtsbelasting opeens weer de meest aantrekkelijke optie. Dit is in feite een stap terug doen in de tijd. Het kan haast niet dat de staatssecretaris dit voor ogen heeft gehad. Wellicht heeft hij slechts bedoelen ze zeggen dat er minder makkelijk als voorheen over de gevolgen voor de overdrachtsbelasting heen kan worden gestapt. Tot de invoering van het uitvoeringsbesluit kon immers makkelijk worden ‘meegelift’ op de beschikking van art. 14b Wet VpB 1969. Als dit de bedoeling was, dan zijn de bewoordingen wel te fel geweest in de toelichting op het wetsvoorstel.

Indien de juridische fusie niet kan worden toegepast, zal de overdracht wellicht als alternatief op basis van de bedrijfsfusiefaciliteit plaatsvinden. Omdat deze twee faciliteiten voor toepassing van de overdrachtsbelasting zo dicht bij elkaar liggen, lijkt de meest eenvoudige oplossing om voor deze twee in ieder geval dezelfde vereisten te stellen. Dan kan weer volledig vrij van het overdrachtsbelastingaspect worden gekozen voor civielrechtelijk de beste vormgeving.

VERVREEMDINGSVERBOD OZL

In art. 5bis lid 2 Uitv.besl. BvR zijn enkele vervreemdingsverboden opgenomen. Op het eerste gezicht komt het wat bevreemdend over dat er naast de zakelijkheidstoets ook nog een vervreemdingsverbod is opgenomen. Bij de zakelijkheidstoets moest immers ook al worden beoordeeld of niet de feitelijke verkoop het eigenlijke doel van de rechtshandeling is. De staatssecretaris is van mening dat een min of meer blijvende betrokkenheid van de aandeelhouders van de verdwijnende of verkrijgende rechtspersoon het uitgangspunt is van de fusie en dat het daarom nodig is om in enkele situaties een vervreemdingsverbod op te nemen. Een algemeen vervreemdingsverbod gaat echter te ver, omdat dit in sommige situaties een te grote fiscale belemmering zou zijn bij bijvoorbeeld beursgenoteerde bedrijven of andere vennootschappen met veel (soms onbekende) aandeelhouders¹⁶⁰. De staatssecretaris heeft er daarom voor gekozen alleen een vervreemdingsverbod te introduceren voor (voormalige) aandeelhouders van een OZL. Allereerst is er een vervreemdingsverbod bij verwatering van de aandelen als gevolg van de juridische fusie. Verwatering kan plaatsvinden doordat een aandeelhouder na de fusie mogelijk niet meer, al dan niet tezamen met een tot hetzelfde concern behorende vennootschap, een derde of meer van de aandelen in bezit heeft en als gevolg daarvan niet meer voldoet aan de bezitseis. Indien vervolgens

¹⁵⁹ P.H.M. Simonis, *Juridische fusie en overdrachtsbelasting: art. 5bis*, MBB 2012/5

¹⁶⁰ NvT, Besluit van 22 december tot het wijzigen van enige fiscale uitvoeringsbesluiten, Stb. 2011, 677, p. 60

deze aandelen verkocht worden zou dat dus mogelijk zijn zonder heffing van overdrachtsbelasting. Dit heeft de staatssecretaris willen voorkomen en daarom is in art. 5bis, lid 2, sub a Uitv.besl. BvR opgenomen dat alsnog belasting wordt geheven bij de verkoop binnen drie jaar. Dit geldt zowel voor de aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap (sub a) als voor de verkrijgende vennootschap (sub b). In principe lijkt dit een terechte opmerking van de staatssecretaris. Door eerst het belang onder de 33,3% te brengen en vervolgens alle aandelen te verkopen kan overdrachtsbelasting worden bespaard. Indien echter niet alle aandelen worden verkocht, maar slechts een beperkt aantal wordt ook de gehele faciliëring teruggenomen, terwijl er bij verkoop van een beperkt aantal aandelen ook zonder juridische fusie geen belasting verschuldigd zou zijn geweest. De regeling bevat dus een zekere overkill op dit punt nu een verkoop die normaliter geen gevolgen heeft voor de overdrachtsbelasting toch indirect leidt tot belastingheffing. Bovendien is het een indirecte belastingheffing bij de verkoper in plaats van bij de verkrijger, wat tegen het systeem van de wet ingaat¹⁶¹.

Ook indien als gevolg de fusie juist een OZL ontstaat, geldt dat aandeelhouders van de verdwijnende (sub c) of verkrijgende vennootschap (sub d) die na de fusie meer dan een derde van de aandelen in de verkrijgende rechtspersoon bezitten, de aandelen niet geheel of ten dele mogen vervreemden binnen drie jaar. Bij een driehoeksfusie geldt dit voor de verkregen aandelen in de groepsmaatschappij. Ook in dit geval kan dus door het vervreemden van één aandeel de gehele vrijstelling worden teruggenomen. Het ontgaat mij volledig waarom het logisch is om in dit geval belasting te heffen. Deze situatie ziet op aandeelhouders van een niet-OZL, welke na de juridische wel een OZL is. Bij de verkoop van de aandelen voorafgaand aan de juridische fusie zou er dus geen heffing van overdrachtsbelasting zijn, maar na de juridische fusie mogelijk wel. Volgens mij wordt door deze fusie juist een potentiële extra heffing gecreëerd en is er zeker geen sprake van misbruik. Dit is wat mij betreft een goed bewijs dat de vrees van belastingontwijking doormiddel van een OZL enigszins doorslaat. De regeling is getuigen de tweede paragraaf al zeer complex en dergelijke vervreemdingsgeboden doen hier nog eens een schepje bovenop. Hierin ben ik het dan ook eens met Bongard waar hij overweegt dat de angst van de wetgever op belastingontwijking inmiddels megalomane vormen begint aan te nemen¹⁶².

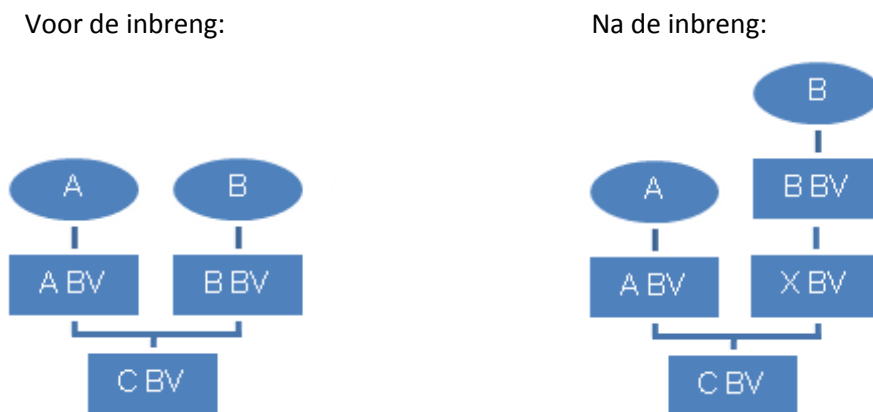
Tevens is voor de aandeelhouder van de verdwijnende rechtspersoon die een OZL was, vereist dat een soortgelijk belang wordt verkregen. De toelichting van de staatssecretaris vermeldt dat dit een kwantitatief en kwalitatief gelijkwaardig belang moet zijn. Hiermee wordt bedoeld dat het een

¹⁶¹ J.H. Elink Schuurman en A. Rozendal, *De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?*, WFR 2012/464

¹⁶² M.P. Bongard, *Leidraad overdrachtsbelasting en kapitaalsbelasting*, Fed Fiscale brochures nr. 33, Kluwer Deventer, vierde druk 2012, nr. 143, blz. 159

financieel gelijkwaardig belang moet zijn (kwantitatief) en dat het belang van gelijke aard is (kwalitatief), dus geen uitreiking van preferente aandelen in plaats van gewone aandelen. Waarom dit vereiste is opgenomen bij de vervreemdingsverboden en niet op het fusiemoment wordt getoetst in niet duidelijk¹⁶³.

Indien het belang binnen de driejaarsperiode wordt vervreemd door toepassing van de geruisloze terugkeerfaciliteit, de bedrijfsfusie, interne reorganisatie of splitsing dan wel een andere vorm waarbij meer dan 75% van de aandelen wordt vervreemd tegen toekenning van aandelen van de verkrijgende partij (met maximaal 10% bijbetaling), hoeft de faciliteit niet teruggenomen te worden op basis van art. 5bis lid 4 Uitv.besl. BvR. Het nieuw verkregen belang treedt dan in de plaats van het bij de eerste juridische fusie verkregen belang. Als de verkrijgende rechtspersoon dus betrokken raakt bij een opvolgende reorganisatie, treedt dit belang in de plaats van de oude rechtspersoon en dus mag de aandeelhouder dit nieuwe belang niet binnen de resterende driejaarsperiode vervreemden. Als de aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon betrokken raakt bij een reorganisatie als genoemd in genoemd het vierde lid, geldt dat deze in feite in de plaats treedt van de oude aandeelhouder en zodoende het belang moet behouden binnen de nog resterende driejaarsperiode. Blijkens de toelichting kan dit bij een opvolgende bedrijfsfusie (maar ook bij andere situaties) op beide niveaus een driejaarstermijn rust, wat weer tot onredelijke uitkomsten kan leiden. Stel dat A BV en B BV aandeelhouder zijn van C BV. C BV is ontstaan uit een juridische fusie twee jaar geleden. Nu brengt B BV een deel van zijn onderneming inclusief het belang in C BV in, in X BV. Schematisch ziet dit er als volgt uit.



Nu geldt er zowel een vervreemdingsverbod in verband met de bij de eerdere juridische fusie niet geheven belasting, voor de aandelen C BV als voor de aandelen X BV. Bij de aandelen X BV treedt echter een overkill op omdat hierin niet alleen de waarde van de aandelen C BV zit, maar ook (de

¹⁶³ J.H. Elink Schuurman en A. Rozendal, *De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?*, WFR 2012/464

waarde van) andere bezittingen. Daarom heeft de staatssecretaris toegezegd dat pas sprake is van een overtreding van het vervreemdingsverbod indien er zoveel aandelen X BV worden verkocht dat de waarde van de resterende aandelen daalt onder de waarde van de aandelen D BV¹⁶⁴.

VOORTZETTINGSVEREISTE

Art. 5bis lid 3 Uitv.besl. Wet BvR bevat een voortzettingsvereiste. De staatssecretaris vermeldt dat analoog aan de voortzettingsvereisten in bijvoorbeeld de bedrijfsfusiefaciliteit van art. 5a ook bij de juridische fusie geldt dat de activiteiten in haar geheel moeten worden voortgezet door de verkrijgende rechtspersoon. Wat hier wordt bedoeld met 'analoog aan' is mij niet geheel duidelijk. Bij de bedrijfsfusie wordt namelijk gesproken over het voortzetten van de onderneming. Het beëindigen van een gedeelte van de activiteiten lijkt een stuk verder te gaan. Vergeleken met de faciliteiten van de interne reorganisatie en juridische splitsing is het zeker een groot verschil. Daar is namelijk helemaal geen voortzettingsvereiste opgenomen. Sterker nog, daar is in de parlementaire geschiedenis zelfs bevestigd dat het geen probleem is als er activa en passiva worden overgedragen binnen de driejaarstermijn, zolang de aandelen maar niet worden vervreemd¹⁶⁵. Of er op dit punt een nieuwe lijn is ingezet is onduidelijk. In mijn optiek is een strengere voorwaarde niet nodig. De zakelijkheidstoets biedt naar mijn mening al meer dan genoeg handvatten om ongewenst 'verkoop klaar maken' te voorkomen. Indien de bepaling letterlijk gelezen wordt, zouden zelfs de activiteiten die al werden verricht door de verkrijgende vennootschap voor de fusie niet mogen worden beëindigd. Hiervan is ook sprake indien het gaat om activiteiten die volledig losstaan van de panden waarvoor de vrijstelling is geclaimd. Ook het staken van de activiteiten in plaats van het overdragen leidt tot beëindiging van de activiteiten. Slechts indien de activiteiten in het kader van een geruisloze terugkeer, juridische fusie, bedrijfsfusie, interne reorganisatie of juridische splitsing overgaan is de beëindiging geen probleem, mits deze nieuwe rechtspersoon de activiteiten voorzet gedurende de resterende periode. Na de vervolgoverdracht kan het echter zo zijn dat de oorspronkelijk aandeelhouders nog maar een beperkt stemrecht hebben door verwatering van hun belang. Op deze wijze zijn ze dus zelf de controle kwijt en kunnen niet in alle gevallen een voortzetting van de activiteiten beïnvloeden¹⁶⁶. Aangezien er geen tegenbewijs regeling is opgenomen lijkt deze bepaling dus een behoorlijke overkill te bevatten.

Ten slotte bepaalt art. 5bis, lid 6 Uitv.besl. Wet BvR nog dat de faciliteit wordt teruggenomen als de juridische fusie, in samenhang met de daarna gepleegde reorganisatie uit het vierde en vijfde lid, indien deze gezamenlijk in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of het uitstellen van

¹⁶⁴ NVT, Besluit van 22 december tot het wijzigen van enige fiscale uitvoeringsbesluiten, Stb. 2011, 677, p. 65

¹⁶⁵ Kamerstukken II, 1997/98, 25709, nr. 5, pag. 9

¹⁶⁶ Juridische fusie en overdrachtsbelasting: art. 5bis, MBB

belastingheffing. Wat deze toets toevoegt ontgaat mij. Voor de eerste juridische fusie is immers vereist dat deze zakelijk is en de opvolgende splitsing mag niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Hoewel in de toelichting van de staatssecretaris veel voorbeelden zijn genoemd, blijft hij hier uiterst vaag door te overwegen dat 'de mogelijkheid bestaat dat bij een opeenstapeling van gebeurtenissen, de daarmee samenhangende faciliteiten naar de letter van het UB BRV van toepassing zijn, doch dat daardoor sprake is van oneigenlijk gebruik van de juridische fusie faciliteiten'.

5.5 CONCLUSIE

De overdrachtsbelasting wordt geheven over de verkrijging van onroerend goed. In beginsel leidt een juridische fusie of splitsing tot een voor de overdrachtsbelasting belaste verkrijging. Hiervan is ook sprake indien meer dan een derde van de aandelen in een OZL worden verkregen. Er is sprake van een OZL als een van de betrokken vennootschappen zelfstandig of geconsolideerd op het moment van de splitsing of het jaar daarvoor meer dan 50% onroerend goed bezit (waaronder 30% in Nederland moet zijn gelegen). Daarnaast dient het onroerend goed ook dienstbaar te zijn aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van onroerende zaken. Indien de aard van de onderneming het vereist kan het dus zijn dat wel veel onroerend goed op de balans staat, maar er geen OZL is.

De overdrachtsbelasting stelt de verkrijging onder voorwaarden vrij bij een juridische fusie, juridische splitsing en een interne reorganisatie. Voor de juridische splitsing geldt dat de splitsing hiertoe niet gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Indien er niet hoofdzakelijk zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de splitsing wordt aangenomen dat de splitsing is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Deze toets is gelijk aan die in de vennootschapsbelasting en wordt dan ook zoveel mogelijk gelijk behandeld.

De interne reorganisatievrijstelling kan worden toegepast bij verkrijgingen binnen hetzelfde concern. Het enige vereiste is dat de overdragende en de verkrijgende vennootschap onderdeel moeten blijven van het concern gedurende drie jaren.

Voor de juridische fusie, waarbij niet de interne reorganisatievrijstelling kan worden toegepast, is sinds 1 januari 2012 art. 5bis opgenomen in het Uitv.besl Wet BvR. Deze bepaalt dat de fusie slechts mogelijk is indien de fusie hoofdzakelijk plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. In de toelichting van de staatssecretaris is opgemerkt dat dit inhoudt dat door de fusie de optelsom duidelijk meer moet zijn dan de losse delen samen. De zakelijkheidstoets lijkt dus zwaarder dan de toets opgenomen in de vennootschaps- en de inkomstenbelasting en bovendien is er geen ontgaanstoets opgenomen, zodat een tegenbewijs mogelijkheid ontbreekt. Zo gemakkelijk als de

faciliëring van de juridische splitsing in de overdrachtsbelasting mogelijk is, indien de ontgaanstoets voor de vennootschapsbelasting is beoordeeld, zo moeilijk lijkt het hier gemaakt te zijn. Met betrekking tot OZL's zijn bovendien nog enkele vervreemdingsverboden opgenomen, welke in sommige gevallen tot een overkill leiden.

Naar de redenen voor de andere benadering van de juridische fusie is het vooral gissen. Waarschijnlijk is de voornaamste reden de uitspraken van het HvJ dat de overdrachtsbelasting niet valt onder de belastingen die ontgaan worden voor de fusierichtlijn, waardoor aansluiting bij de vennootschapsbelasting niet gewenst is.

6. CONCLUSIE

6.1 INLEIDING

Ik deze scriptie heb ik onderzocht in hoeverre de fiscale behandeling van de juridische fusie- en splitsing in de inkomsten- en vennootschapsbelasting met elkaar in lijn zijn. Hiertoe heb ik getoetst of de regelingen efficiënt zijn in de zin dat ze op elkaar zijn afgestemd en er slechts indien er noodzaak toe is andere vereisten gelden. Op deze kan worden beoordeeld of de regeling niet onnodig lastenverzwarend functioneert. Voor een juiste beoordeling heb ik vier deelvragen behandeld welke hieronder zullen worden beantwoord. Na de behandeling hiervan zal ik de hoofdvraag beantwoorden.

6.2 DEELVRAGEN

WAT IS DE JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING?

Bij de juridische fusie gaat er vermogen onder algemene titel over van vennootschappen naar een nieuwe opgerichte of bestaande vennootschap. Bij de juridische fusie wordt juist het vermogen van een vennootschap afgesplitst naar een of meer verkrijgers waarbij de splitsende vennootschap kan blijven bestaan (afsplitsing) of kan verdwijnen (zuivere splitsing). In hoofdstuk 1 zijn diverse vormen besproken. Voor alle vormen gelden diverse civielrechtelijke formaliteiten, welke tevens in dat hoofdstuk zijn besproken. Deze formaliteiten richten zich op de bescherming van bijvoorbeeld de minderheidsaandeelhouders en de crediteuren.

Indien alle vennootschappen in de EU of EER zijn gevestigd is het tevens op basis van de wet mogelijk om een grensoverschrijdende fusie te doen. Er zijn enkele aanvullende formaliteiten opgenomen voor deze fusievorm. De grensoverschrijdende fusie is nu mogelijk op basis van de wet en de fusierichtlijn, maar was daarvoor ook al mogelijk op basis van de jurisprudentie van het HvJ. Deze heeft namelijk geoordeeld dat het een ongeoorloofde belemmering van de vrijheid van vestiging is indien het recht van de verdwijnende vennootschap de mogelijk tot een grensoverschrijdende fusie kent. Het land waar de fuserende vennootschap is gevestigd dient dit recht te respecteren. Op basis van deze jurisprudentie zal ook de grensoverschrijdende juridische splitsing in sommige gevallen mogelijk zijn.

WAT ZIJN DE VEREISTEN VOOR EEN GERUISLOZE JURIDISCHE FUSIE OF SPLITSING BIJ DE VENNOOTSCHAP?

Bij een juridische fusie of splitsing gaat er vermogen onder algemene titel over, waardoor er in beginsel geen heffingsmoment is. Daarom is er in de vennootschap bij fictie bepaald dat de juridische fusie of splitsing leidt tot een overdracht (waarbij de meerwaarde belast kan worden). De winst hoeft

echter niet in aanmerking te worden genomen indien aan enkele voorwaarden is voldaan. Wordt niet aan deze voorwaarden voldaan, dan kan alsnog een verzoek om doorschuiving worden gedaan. Hierbij worden dan enkele 'voorwaarden' opgelegd. Deze hebben echter meer kenmerken van een nadere invulling dan echte vereisten.

Een vereiste voor zowel de wettelijke doorschuiving als de doorschuiving op verzoek is dat de juridische fusie of splitsing niet gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Indien er zakelijk overwegingen zijn, zoals herstructurering of rationalisering van de werkzaamheden van de verdwijnende en verkrijgende rechtspersoon, dan is een transactie niet gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Het begrip zakelijke overwegingen is in Nederland zo geïnterpreteerd dat er zakelijke overwegingen moeten zijn op het niveau van de onderneming. Indien de aandelen binnen drie jaar na een splitsing worden vervreemd is het bewijsvermoeden dat geen zakelijke overwegingen ten grondslag lagen aan de splitsing. In de jurisprudentie zijn al diverse arresten gewezen over 'zakelijke overwegingen' waardoor een goed beeld is ontstaan van dit begrip. Van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is sprake indien er een acute belastingclaim wordt ontgaan. In hoofdstuk 3 zijn diverse arresten behandeld die een invulling aan de begrippen hebben gegeven. Omdat de fusierichtlijn slechts ziet op de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting is niet van belang als een andere belasting (overdrachtsbelasting bijvoorbeeld) ontgaan wordt.

WAT ZIJN DE VEREISTEN VOOR EEN GERUISLOZE JURIDISCHE FUSIE OF SPLITSING BIJ DE AANDEELHOUDER?

Aandelen kunnen bij een natuurlijk persoon tot het ondernemingsvermogen (box 1) behoren, onderdeel zijn van het aanmerkelijk belang (box 2) of worden belast als inkomen uit sparen en beleggen (box 3). In box 1 wordt bij fictie een heffingsmoment gecreëerd, zij het dat de winst niet in aanmerking hoeft te worden genomen indien de verdwijnende of (af) splitsende vennootschap en de verkrijgende vennootschap in de EU of de EER zijn gevestigd. In box 2 geldt hetzelfde, alleen dan dient een verzoek gedaan te worden. In box 3 leidt de juridische fusie en splitsing nooit tot heffing. De aandeelhouder of een andere gelieerde partij die ter beschikking gesteld vermogen heeft (box 1) kan echter geen doorschuiffaciliteit toepassen. Deze leemte is in 2012 wel deels opgevuld door uitstel van betaling voor de duur van tien jaar verkregen kan worden.

In alle gevallen kan slechts succesvol een beroep op de faciliteit gedaan worden indien de juridische fusie of splitsing niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, waarbij hiervan in ieder geval geen sprake is indien de fusie of splitsing plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de betrokken rechtspersonen. Op basis van de jurisprudentie van het HvJ lijkt de rechtshandeling als geheel gericht

op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, waardoor alle aandeelhouders geen beroep meer kunnen doen op de faciliteit.

Bij een rechtspersoon als aandeelhouder is faciliëring alleen noodzakelijk indien het gaat om een belang kleiner van 5% of als de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. De wijze van faciliteren en de voorwaarden hiervoor zijn gelijk aan de inkomstenbelasting.

WAT ZIJN DE VEREISTEN VOOR EEN GERUISLOZE JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING VOOR DE OVERDRACHTSBELASTING?

Indien er een pand overgaat op de verkrijgende vennootschap of als een OZL bij de juridische fusie of splitsing is betrokken kan tevens overdrachtsbelasting verschuldigd zijn. Ook binnen de overdrachtsbelasting is het mogelijk een faciliteit toe te passen. Er een faciliteit voor de juridische splitsing welke toegepast kan worden indien de splitsing niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Deze toets is gelijk aan die van de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

Sinds 1 januari 2012 is er ook een faciliteit voor de juridische fusie, welke toegepast wordt indien niet aan de voorwaarden voor de interne reorganisatievrijstelling wordt voldaan. Deze wijkt echter af van de inkomsten- en vennootschapsbelasting, omdat hier zakelijke overwegingen vereist zijn. Door verschillende opmerkingen van de staatssecretaris lijkt hij een zwaarder vereiste te hebben willen introduceren. Een verklaring geeft hij hiervoor zelf echter niet. Naast deze toets zijn er ook nog enkele vervreemdingsverboden opgenomen, die in sommige gevallen tot een overkill leiden.

6.3 HOOFDVRAAG

IN HOEVERRE IS DE FACILIËRING VAN DE JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING IN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING EN DE INKOMSTENBELASTING IN LIJN MET DIE IN DE OVERDRACHTSBELASTING?

Het kenmerkende element van de juridische fusie en splitsing is dat vermogen onder algemene titel overgaat. Ik deze scriptie heb ik onderzocht in hoeverre de fiscale behandeling van deze vormen met elkaar in lijn ligt in de inkomsten- en de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting. Civielrechtelijk is er in ieder geval geen enkele verschil tussen een fusie- of splitsing met of zonder onroerend goed.

Voor de overdrachtsbelasting is in principe geen verzoek noodzakelijk voor het toepassen van de vrijstelling. Dit is in de inkomsten- en vennootschapsbelasting in veel gevallen wel noodzakelijk. Voor het toepassen van de faciliteit in de inkomsten- en vennootschapsbelasting is vereist dat de fusie of splitsing niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belasting, waarbij daarvan geen sprake is

indien hoofdzakelijk zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de fusie of splitsing. Deze toets geldt tevens voor de juridische splitsing in de overdrachtsbelasting, alwaar zelfs expliciet door de staatssecretaris is toegezegd dat bij de toets aansluiting wordt gezocht bij de uitleg hiervan in de vennootschapsbelasting.

Voor de juridische fusie, waarbij niet de interne reorganisatievrijstelling gebruikt kan worden, is dit echter geheel anders. Daar dienen aan de juridische fusie altijd zakelijke overwegingen ten grondslag te liggen (in plaats van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing als belangrijkste voorwaarde), waarbij tevens de toets of sprake is van zakelijke overwegingen zwaarder lijkt te zijn. Er zijn dus al minder situaties die in aanmerking komen voor faciliëring in de overdrachtsbelasting en dan is er ook nog eens onzekerheid over de invulling van het begrip zakelijke overwegingen, terwijl hiervan voor de vennootschapsbelasting wel een goede invulling is gegeven. Tevens zijn er nog enkele vervreemdingsverboden opgenomen, welke in tegenstelling tot de inkomstenbelasting niet het kenmerk van bewijsvermoeden hebben, maar die de faciliëring direct ongedaan maken.

De faciliëring van de juridische fusie in de overdrachtsbelasting sluit dus niet aan bij die in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Naar de achtergrond van deze wijzigingen is het vooral gissen. Een van de meest waarschijnlijke verklaringen lijkt de jurisprudentie van het HvJ dat onder het ontgaan of uitstellen van belastingheffing in de fusierichtlijn niet de overdrachtsbelasting valt. De interpretatie van de zakelijke overwegingen voor toepassing van de juridische fusie in de overdrachtsbelasting lijkt echter verder te gaan dan het aanleggen van een soortgelijke toets als in de vennootschapsbelasting. De huidige vormgeving van de juridische fusie en de beperkte beargumentering van de wijzigingen, gaat mijns inziens dan ook verder dan nodig. Bovendien had in dat geval tevens de faciliteit voor de juridische splitsing moeten worden aangepast in de overdrachtsbelasting. De wetgeving is dan ook in mijn optiek onnodig lastenverzwarend.

Mijn aanbeveling is dan ook om de vereisten voor de juridische fusie en splitsing binnen de overdrachtsbelasting in ieder geval op elkaar af te stemmen. Het feit dat voor twee soortgelijke reorganisatievormen zulke grote verschillen bestaan binnen eenzelfde wet lijkt zeer onwenselijk. Ook het gebruik van een begrip, te weten zakelijk overwegingen, terwijl dat in verschillende belastingwetten een hele andere invulling aan wordt geven is onwenselijk en het verdient dan ook aanbeveling de wetgeving op dit punt aan te passen of ieder geval beter te beargumenteren.

7. LITERATUURLIJST

7.1 ARTIKELEN

G.B.A. Brummer en mr. J.B. Thijssen, De ontgaanstoets in de fusie- en splitsingsfaciliteiten, WFR 2003/401

G.C. van der Burgt, Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting, MBB 2010/9

J.N. Bouwman, Van juridische splitsing, afgewaardeerde vorderingen en de opwaarderingsreserve, NTFR 2006/228

M.P. Bongard en M.J.L. van Campen, Leidraad overdrachtsbelasting en kapitaalsbelasting, Fed Fiscale brochures nr. 33, Kluwer Deventer, tweede druk 2004, nr. 38

M.P. Bongard, Leidraad overdrachtsbelasting en kapitaalsbelasting, Fed Fiscale brochures nr. 33, Kluwer Deventer, vierde druk 2012, nr. 147

R.P.C.W.M. Brandsma en R.J. de Vries, Splits jij of fuseer ik (of omgekeerd?): de gevolgen van het wetsvoorstel inzake de fiscale begeleiding van juridische splitsing en fusie voor de betrokken lichamen, FED 1997/871

T. Blokland, over het aanmerkelijk belang na het jaar 2000, WFR 1999/6362

A.F.M. Dorresteyn & R.H. van het Kaar (2008), De juridische organisatie van de onderneming, Deventer: Kluwer B.V.

R.M.C. Dekkers, Fiscaal innoveren in Nederland, verslag van het 21e Maastrichts Fiscaal Symposium, gehouden op 4 november 2011, WFR 2012/242

J.H. Elink Schuurman en A. Rozendal, De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?, WFR 2012/464

P.H.J. Essers, Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting), par. 3.2.18G.a, Kluwer, Deventer (online geraadpleegd)

Y.E. Gassler, Cursus Belastingrecht (Belastingen van Rechtsverkeer), Kluwer, Deventer (online geraadpleegd)

E.J.W. Heithuis, (R)emigratie en immigratie van aanmerkelijkbelanghouders, TFO 2007/147

A.W. Hofman en M.M. Borggreven, Fiscaal gefacilieerde reorganisatie en verliesverrekening, WFR 2007/311

J.M. Huidink en J.W.F. Bevers, De juridische fusie en de samenloop met het nieuwe fiscale-eenheidsregime, WFR 2004/576

S.J.C. Hemels, De bedrijfsfusiefaciliteit: voor stichtingen en verenigingen een gunst of een recht?, WFR 2000/1430

G. de Jong, Het zakelijke motief bij fusies en splitsingen, Fiscaal Praktijkblad 2010/13

- H. Koster, *Bedrijfsjuridische berichten, Aanpassingen juridische fusie en splitsing door Flex-bv wetgeving*, BB 2012/53
- H. Koster, *Corporate litigation over nationale juridische fusies en splitsingen*, BB 2010/25
- H. Koster, *Drie internationale herstructureringen: D.E Master Blenders 1753, Ageas en ASML, Ondernemingsrecht 2012/138*
- H. Koster, *Moeder- (klein)dochterfusies en splitsingen respectievelijk zusterfusies en splitsingen*, BB 2011/42
- H. Koster, *Vormen van grensoverschrijdende juridische fusie en splitsing*, BB 2011/47
- M.R. van der Maas, R.B.N. van Ovost en A.J. Hamelink, 'Verslag van de 18e Fiscale Conferentie Bedrijfsopvolging', WFR 2003, p. 1780–1784,
- F.G.F. Peters, *De aanmerkelijkbelangregeling in internationaal perspectief*, Kluwer, Deventer 2007
- A.W. Schep, 'Over fiscale dilemma's van het midden- en kleinbedrijf', verslag van het Kluwer Fiscaal Plein van 10 mei 2004, WFR 2004, p. 943–946
- H. Schutte-Veenstra, *Grensoverschrijdende omzetting en de vrijheid van vestiging ex art. 49 en 54 VWEU*, Ondernemingsrecht 2012/111
- J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Kluwer, Deventer (online geraadpleegd)
- M.P. van Scheijndel en I. de Roos, *Splitsing van rechtspersonen; juridisch geregeld, fiscaal begeleid*, blz 27-29, *Fiscaal actueel*, Kluwer Deventer 1998
- P.H.M. Simonis, *Juridische fusie en overdrachtsbelasting: art. 5bis*, MBB 2012/5
- N.H. de Vries en R.J. de Vries e.a., *Studenteneditie 2009-2009, Cursus Belastingrecht (Vennootschapbelasting)*, par. 2.7.0.B, Deventer: Kluwer BV.

7.2 JURISPRUDENTIE

- HvJ EG 27 september 1988, 81/87 (Daily Mail)
- HvJ EG 5 november 2002, C-208/00 (Überseering), FED 2003/446
- HvJ EG 13 december 2005, C-411 (SEVIC Systems AG), V-N 2006/7.27
- HvJ EG 18 december 2008, C-210/06 (Cartesio), V-N 2009/6.22
- HvJ 20 mei 2010, nr. C-352/08, BNB 2010/257
- HvJ EG, 20 mei 2010, nr. C-352/08, BNB 2010/257
- HvJ EU 10 november 2012, nr. C-126/10 (Foggia), BNB 2012/5
- HR 21 juni 1961, nr. 14 686, BNB 1961/260
- HR 25 mei 1977, nr. 18 294, BNB 1977/251
- HR 12 maart 1980, nr. 19 651, BNB 1980/116

HR 22 april 1981, nr. 19 900, BNB 1981/186

HR 6 november 1985, nr. 22 834, BNB 1986/34

HR 26 november 1986, nr. 23 542, BNB 1987/129

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

HR 22 januari 1997, nr. 31 748, BNB 1997/101

HR 23 juni 1999, zaak 34 021, BNB 1999/321

HR, 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111

HR 2 juni 2006, nr. 41 942, BNB 2006/82

HR 17 maart 2006, nr. 40 635, V-N 2006/18.26

HR 3 februari 2006, nr. 41 990, BNB 2006/192

Conclusie A-G Wattel bij HR 10 oktober 2008, nr. 43 409, BNB 2009/28

HR 11 juli 2008, nr. 43 144, BNB 2008/245

HR 10 oktober 2008, nr. 43 409, BNB 2009/28

HR 25 september 2009, 43874, BNB 2010/31

HR 26 juni 2012, 10/00807, BNB 2012/261

HR 26 juni 2012, 10/00807, V-N 2012/34.16

HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261

Hof Leeuwarden 19 november 1973, nr. 358/73, BNB 1974/309

Hof 's-Gravenhage 1 mei 2002, nr. 01/1182, V-N 2002/42.15

Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, V-N 2002/20.10

Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2003, nr. 02/4381, V-N 2004/14.1.8

Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/6079, V-N 2004/57.9

Hof Amsterdam 1 maart 2005, nr. 03/4745, V-N 2005/39.1.2

Hof Arnhem 19 januari 2010, nr. 08/00485, V-N 2010/27.13

Hof Leeuwarden, 29 april 2010, zaaknr BK 222/08, V-N 2010/33.1.1

7.3 PARLEMENTAIRE STUKKEN

Kamerstukken II 1991/92, nr. 22 338, nr. 10

Kamerstukken II 1992/93, nr. 3, p. 15

Kamerstukken II 1995/96, 24 702, nr. 2

Kamerstukken II 1995/96, 24 761, nr. 3
Kamerstukken I 1996/97, 24 761, nr. 62b
Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3
Kamerstukken II, 1997/98, 25709, nr. 5
Kamerstukken II 1997/98, 25 709, nr. 3
Kamerstukken II 1997/98, 25 709, V-N 1998/11.14.
Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3
Kamerstukken I 1999/2000, 26 727 en 26 728, nr. 202a
Kamerstukken II 1999/2000, 27 030, nr. 3
Kamerstukken II 1999/2000, 26727, nr. 17
Kamerstukken II 1999/2000, 26727, nr. 7
Kamerstukken II 2000/01, 27 466, p. 7–8.
Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3
Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 9
Kamerstukken II 2006/07, nr. 30 929, nr. 3
Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 8

7.4 BELEIDSBESLUITEN EN OVERIGE

Toelichting op de Wet BvR: Res. Van 16 december 1971, nr. B71/23 037, RBR-6, (ingetrokken per 22 december 2010)

Besluit Staatssecretaris van 19 december 2000, CPP 2000/2682M, V-N 2001/8.2

Besluit staatssecretaris van Financiën 19 december 2000, nr. CPP2000/3148, V-N 2001/8.5

Besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/2682M, V-N 2001/8.1

Besluit staatssecretaris van Financiën 19 maart 2001, nr. CPP2001/705, V-N 2001/18.23

Persbericht ministerie van Financiën van 10 januari 2003, nr. 2003/05, V-N 2003/6.18

Toelichting staatssecretaris op Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/6079, V-N 2004/57.9

Besluit van 15 december 2005, Stb. 2005, nr. 688V-N 2006/3.7.3

Besluit van 27 december 2005, nr. CPP 2005/2573 M, V-N 2006/5.12

Besluit Staatssecretaris van 22 juni 2006, nr. CPP2006/19M, BNB 2006/271

Besluit tot wijziging van het uitvoeringsbesluit van 1 januari 2006, V-N 2006/3.7.3

Besluit staatssecretaris van 10 maart 2008, nr. CPP2008/291M

Besluit van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, V- N 2009/2.7

Besluit Minister van Financiën van 27 september 2010, nr. DGB2010/1004M, Stcrt. 2010, V-N 2010/53.27

Besluit van 14 december 2011, nr. BLKB/2011/1803M, V-N 2012/6.17.

Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, 677, V-N 2012/5.2.1

Brief van 11 februari 2011, Kamerstukken II 2010/11, nr. 25 087, nr. 7

Besluit van 22 december tot het wijzigen van enige fiscale uitvoeringsbesluiten, Stb. 2011, 677

Besluit staatssecretaris van 16 februari 2012, nr. BLKB 2012/8M, V-N 2012/14.15