



De doorkijkarresten voorzien

Een onderzoek naar de invloed van het derde doorkijkarrest op de fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Naam student: Lars van der Meer

Studentnummer: 433903

Begeleider: drs. M.T.E. Robben

Datum definitieve versie: 31 juli 2019

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoud

1.	Inleiding	5
1.1	Probleemstelling	6
1.2	Opzet	7
1.3	Afbakening	7
2.	De doorkijkbenadering	
2.1	Het arrest	8
2.1.1	De zaak	8
2.1.1.1	De bedrijfopvolgingsfaciliteit	8
2.1.2	Het geschil	9
2.1.3	Overwegingen Hoge Raad	10
2.2	De doorkijkbenadering in de literatuur	11
2.2.1	De materiële onderneming	11
2.2.2	De overdracht van de onderneming	12
2.2.3	De voortzettingsvereisten	12
2.2.4	Ontgaan van belastingheffing	13
2.2.5	Formele aspecten	13
2.2.6	De reikwijdte	13
2.3	Bevindingen	14
3.	De fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling	
3.1	De juridische fusievrijstelling	15
3.1.1	Het object	15
3.1.2	De tegenprestatie	15
3.1.3	De voorwaarden	16
3.2	De bedrijfsfusievrijstelling	18
3.2.1	Het object	18
3.2.2	De tegenprestatie	19
3.2.3	De voorwaarden	19
3.3	De interne reorganisatievrijstelling	20
3.3.1	Het object en tegenprestatie	20
3.3.2	De voorwaarden	21
3.4	De juridische splitsingsvrijstelling	22
3.4.1	Het object	22
3.4.2	De tegenprestatie	23
3.4.3	De voorwaarden	23

4.	De doorkijkbenadering en de fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling	
4.1	De juridische fusie en de doorkijkbenadering	25
4.1.1	Het object	25
4.1.2	De tegenprestatie	26
4.1.3	De voorwaarden	26
4.1.4	Bevindingen	27
4.2	De bedrijfsfusie en de doorkijkbenadering	28
4.2.1	Het object	28
4.2.2	De tegenprestatie	29
4.2.3	De voorwaarden	30
4.2.4	Bevindingen	30
4.2.5	Aanbevelingen	31
4.3	De interne reorganisatievrijstelling en de doorkijkbenadering	32
4.3.1	Het object	32
4.3.2	De tegenprestatie	32
4.3.3	De voorwaarden	33
4.3.4	Bevindingen	33
4.4	De juridische splitsing en de doorkijkbenadering	34
4.4.1	Het object	34
4.4.2	De tegenprestatie	34
4.4.3	De voorwaarden	35
4.4.4	Bevindingen	36
5.	Conclusie	37
	Literatuurlijst	42

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
Aant.	Aantekening
Art.	Artikel
BNB	Beslissingen in belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BvR	Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970
BW	Burgerlijk Wetboek
Concl.	Conclusie
FED	Fiscaal weekblad FED
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
IB	Wet inkomstenbelasting 2001
Jo.	Juncto
M.nt	Met noot
MvT	Memorie van Toelichting
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NLF	NLFiscaal
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
R.o.	Rechtsoverweging
Rb	Rechtbank
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
UB	Uitvoeringsbesluit
V-N	Vakstudie Nieuws
VPB	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WBR	Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

1. Inleiding

De overdrachtsbelasting heeft ten doel om de verkrijging van het eigendom of de daaraan onderworpen rechten van in Nederland gelegen onroerende zaken, al dan niet fictief te betrekken in de Nederlandse belastingheffing. Eigendom in de zin van de overdrachtsbelasting betekent in elk geval het economische eigendom, daardoor vormt het overgaan van alleen het economische eigendom op zichzelf al een belastbaar feit. De verkrijging kan bestaan uit zowel niet-fictieve onroerende zaken als uit fictieve onroerende zaken. Fictieve onroerende zaken in de zin van de overdrachtsbelasting zijn aandelen in zogenoemde onroerendezaakrechtspersonen. Van een onroerendezaakrechtspersoon (hierna: OZR) is sprake indien wordt voldaan aan de zogenoemde bezitseis en de doeleis.¹ De bezitseis komt er in het kort op neer dat een kwalificerende rechtspersoon ten tijde van de verkrijging grotendeels bestond uit al dan niet fictieve onroerende zaken. De doeleis betekent in essentie dat ten tijde van verkrijging, of in een periode van 365 dagen daaraan voorafgaand, de onroerende zaken van die vennootschap *'als geheel genomen, op dat tijdstip geheel of hoofdzakelijk dienstbaar zijn of waren aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken'*.²

De overdrachtsbelasting kent een aantal vrijstellingen waarmee bepaalde verkrijgingen worden vrijgesteld. De vrijstelling waar de focus op zal liggen in dit onderzoek is de fusie-, splitsings- en interne reorganisatie vrijstelling.³ In het kort houdt de fusievrijstelling in dat de verkrijging van onroerende zaken krachtens fusie wordt vrijgesteld van overdrachtsbelasting indien aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. De fusievrijstelling kent twee vormen, namelijk de juridische fusie⁴ en de bedrijfsfusie⁵. De eerstgenoemde variant ziet daarbij op een verkrijging onder algemene titel en de tweede variant ziet op een verkrijging onder bijzondere titel. De juridische splitsingsvrijstelling stelt onder voorwaarden de verkrijging van (fictieve) onroerende zaken onder algemene titel vrij, ingeval sprake is van een zuivere splitsing of afsplitsing.⁶ Verder kent de overdrachtsbelasting de interne reorganisatievrijstelling⁷ met welke vrijstelling (fictieve) onroerende zaken binnen concernverband kunnen worden overgedragen zonder heffing van overdrachtsbelasting.

In de arresten van 30 november⁸ is een kentering te zien met betrekking tot de behandeling van de vrijstellingen van de overdrachtsbelasting in samenhang met onroerendezaakrechtspersonen. In een tweetal arresten was in beide gevallen de vraag of de bedrijfsopvolgingsvrijstelling⁹ uit de overdrachtsbelasting van toepassing was. In beide zaken was namelijk sprake van een verkrijging van fictieve onroerende zaken in een vennootschap die een materiële onderneming dreef. De bedrijfsopvolgingsvrijstelling voorziet niet in een

¹ Art. 4 lid 1 sub a WBR.

² Art. 4 lid 1 sub a WBR.

³ Art. 15 lid 1 sub h WBR.

⁴ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis UB WBR.

⁵ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a UB WBR.

⁶ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5c lid 2 UB WBR.

⁷ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b lid 1 UB WBR.

⁸ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110; zie ook HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2200.

⁹ Art. 15 lid 1 sub b WBR.

vrijstelling voor fictieve onroerende zaken, maar voorziet slechts in een vrijstelling voor de rechtstreekse verkrijging van onroerende zaken die onderdeel zijn van een onderneming en daar dienstbaar aan zijn. Aandelen die kwalificeren als fictieve onroerende zaken vallen daar strikt genomen dus niet onder, ondanks dat diezelfde vennootschap een materiële onderneming drijft. Aandelen vertegenwoordigen slechts een belang in een vennootschap hetgeen ook werd aangevoerd door de Inspecteur en respectievelijk de Staatssecretaris. Het Gerechtshof (hierna: Hof) oordeelde in die zaak over dat met de fictie van art. 4 WBR niet is beoogd belastingheffing te creëren daar waar een overdracht zonder tussengeschoven rechtspersoon zou zijn vrijgesteld.¹⁰ In beide zaken wordt verder het volledige belang in de onderneming verkregen en dus zou aan de voorwaarden van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit worden voldaan indien het geen niet de aandelen zouden worden verkregen, maar de onderneming. Het Hof oordeelt derhalve dat de verkrijging is vrijgesteld en de vrijstelling van toepassing is. Het Hof zag ook belemmering in het feit dat de vennootschap de onderneming voortzet, in plaats van de verkrijger. Overigens was bij het Hof niet meer in geschil of er sprake was van een materiële onderneming, hetgeen een voorwaarde is voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

De Hoge Raad heeft in een tweetal arresten de uitspraak van het Hof bevestigd. De gekozen benadering van het Hof wordt ook wel de ‘doorkijkbenadering’ genoemd. De doorkijkbenadering komt er in het kort op neer dat voor toepassing van art. 15 Wet Belastingen van Rechtsverkeer (hierna WBR) er wordt gekeken of een rechtstreekse verkrijging van de onroerende zaken zou zijn vrijgesteld. Indien die vraag bevestigend kan worden beantwoord, dan is de verkrijging van fictieve onroerende zaken ook vrijgesteld met toepassing van de doorkijkbenadering. In twee eerdere arresten werd een gelijksoortige benadering gehanteerd door de Hoge Raad, namelijk in 2007¹¹ en in 2011¹². De eerdere arresten worden derhalve respectievelijk het eerste en tweede doorkijkarrest genoemd. Echter werd in de twee eerdere gevallen alleen in de aan de orde zijnde zaak doorgekeken zonder die benadering ook van algemene toepassing te verklaren. Aangezien de Hoge Raad in de 30 november arresten wederom de doorkijkbenadering toepast, wordt naar het eerst¹³ gewezen arrest van 30 november verwezen als het derde doorkijkarrest. In het tweede arrest van 30 november verwijst de Hoge Raad immers naar de eerste, dus om die reden wordt verwezen in enkelvoud.¹⁴ De Hoge Raad voegt verder toe dat de doorkijkbenadering toegepast behoort te worden op alle in art. 15 WBR genoemde vrijstellingen, hetgeen de nodige consequenties heeft voor de praktijk.

1.1 Probleemstelling

Inmiddels is het duidelijk dat de doorkijkbenadering dient te worden toegepast op elke van de in art. 15 WBR genoemde vrijstellingen. Daarmee is nog niet zonder meer gezegd dat ook alle

¹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 augustus 2007, ECLI:NL:GHARL:2017:6787, r.o. 4.9.

¹¹ HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AU8559.

¹² HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7580.

¹³ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110.

¹⁴ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2200, r.o. 2.4.

onduidelijkheden zijn weggenomen. De nog onbekende reikwijdte van doorkijkbenadering legitimeert derhalve een onderzoek naar de invloed en de gevolgen van het derde doorkijkarrest. De reikwijdte en invloed van de doorkijkbenadering zal worden onderzocht aan de hand van de als volgt geformuleerde onderzoeksvraag:

In hoeverre beïnvloedt de bredere uitleg van de doorkijkbenadering in de Hoge Raad arresten van 30 november 2018, de fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling van de Wet op Belastingen van Rechtsverkeer 1970 en strookt die uitleg nog met het doel en de strekking van die vrijstelling?

1.2 Opzet

Het onderzoek zal aanvangen met een behandeling van de relevante actualiteiten rondom het begrip doorkijken. Hoofdstuk twee zal om die reden een samenvatting bevatten van de twee arresten van 30 november 2018. Tevens zal in dat hoofdstuk de vakliteratuur omtrent de doorkijkbenadering aan de orde komen, evenals in het kort de eventuele te bedenken beperkingen van de doorkijkbenadering. Het derde hoofdstuk zal de fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling belichten, evenals een selectie van de bijbehorende relevante vakliteratuur. Hoofdstuk vier zal aan de hand van de voorgaande beschrijvende hoofdstukken onderzoeken wat de invloed is van de doorkijkbenadering op de vrijstelling en of die uitwerking in lijn is met de bedoeling van de wetgever. Hoofdstuk vijf bestaat uit een samenvatting van het onderzoek inclusief bevindingen, conclusies en eventuele aanbevelingen.

1.3 Afbakening

Het onderzoek beperkt zich tot de problematiek omtrent de toepassing doorkijkbenadering binnen de overdrachtsbelasting en of die toepassing per 30 november 2018 conform de bedoeling is van de wetgever. In dit onderzoek zal naar de twee arresten worden gerefereerd in het enkelvoud als het derde doorkijkarrest. De beide arresten zijn immers van gelijke strekking en de Hoge Raad verwijst zelf ook in het tweede arrest naar het eerste arrest voor de relevante overwegingen. Verder zal worden geabstraheerd van de behandeling van rechten waaraan onroerende zaken zijn onderworpen. In deze studie zal tevens worden geabstraheerd van een vergaande behandeling van *fraus legis* ten opzichte van de vrijstelling en de doorkijkbenadering. Het leerstuk van *fraus legis* met betrekking tot de overdrachtsbelasting is immers al een vraagstuk an sich.

2. De Doorkijkbenadering

In dit hoofdstuk zal het derde doorkijkarrest¹⁵ aan de orde komen. Allereerst zal een uiteenzetting van het arrest plaatsvinden waarin de casus, het geschil en de standpunten inclusief beslissingen zullen worden beschreven. De overwegingen van de Hoge Raad zullen bij daarbij het meest uitgebreid worden behandeld. Nadien zullen een aantal boekdelen, artikelen en annotaties uit de fiscale vakliteratuur aan de orde komen. Het arrest is op te delen in een aantal onderdelen en de literatuur zal dan ook per onderdeel aan de orde komen. Afsluitend zullen enkele bevindingen worden opgesomd en herhaald.

2.1 Het arrest

In dit onderdeel zullen de verschillende onderdelen van het arrest uiteen worden gezet. De uiteenzetting zal beginnen met een toelichting van de zaak en de vrijstelling die in het geding is. Vervolgens zal het geding worden uiteengezet waar onder andere de standpunten van de partijen voorbij zullen komen. Het laatste deel van de uiteenzetting zal betrekking hebben op de relevante overwegingen die naar voren zijn gekomen in het arrest.

2.1.1 De zaak

De zaak die speelde in het derde doorkijkarrest was of een fiscaal gefacilieerde bedrijfsopvolging binnen familiekring kon plaatsvinden. Belanghebbende werd door zijn moeder in casu een pakket aandelen geschonken die een belang vertegenwoordigde van 100% in een holding die een materiële onderneming dreef. De holding was aangemerkt als OZR waardoor de verkrijging van de aandelen in de holding werd aangemerkt als de verkrijging van fictieve onroerende zaken. De verkrijging van fictieve onroerende zaken is een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting, maar in bepaalde gevallen kan onder voorwaarden een vrijstelling worden toegepast. Belanghebbende heeft dan ook een beroep gedaan op de bedrijfsopvolgingsvrijstelling¹⁶ van de overdrachtsbelasting. De vraag die speelt is dan ook of de bedrijfsopvolgingsvrijstelling kan worden toegepast.

2.1.1.1 De bedrijfsopvolgingsfaciliteit

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit van de overdrachtsbelasting heeft ten doel om de mogelijkheid te bieden aan een ondernemer om bij leven onroerende zaken die toebehoren aan een onderneming over te dragen aan een bepaald familielid zonder fiscale belemmeringen.¹⁷ De faciliteit kent een aantal voorwaarden waaraan moet worden voldaan om de faciliteit toe te mogen passen. In de eerste plaats moet er sprake zijn van een onderneming die wordt overgedragen. In het algemeen wordt aangenomen dat daarmee wordt bedoeld dat voor deze vrijstelling sprake moet zijn van onroerende zaken die toebehoren aan een materiële

¹⁵ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110; zie ook HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2200.

¹⁶ Art. 15 lid 1 sub b WBR.

¹⁷ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.1.

onderneming in de zin van art. 3.2 Wet Inkomstenbelasting (hierna: IB). In het kort houdt een materiële onderneming in dat sprake moet zijn van een bedrijf welke duurzaam deelneemt aan het economische verkeer waarbij naar winst wordt gestreefd en die winst ook redelijkerwijs te verwachten valt.¹⁸ In de tweede plaats moet de onderneming in het geheel (hetzij gefaseerd) worden verkregen en volledig worden voortgezet door een bepaald familielid genoemd in art. 15 lid 1 sub b WBR.

2.1.2 Het geschil

In cassatie was in geschil bedrijfsopvolgingsvrijstelling van de overdrachtsbelasting zou kunnen worden toegepast. Het geschil is toegespitst op een tweetal subonderdelen, namelijk het verkrijgingsobject en de ontbindende voorwaarde van de vrijstelling. Allereerst heeft het Hof in de voorafgaande procedure overwogen dat rechtstreekse verkrijging van de onroerende zaken als onderdeel van de onderneming een vrijgestelde verkrijging zou zijn.¹⁹ Hetgeen niet wordt bestreden door de Staatsecretaris. Het Hof heeft daarnaast overwogen dat de antiontgaansbepaling van art. 4 WBR geen verdere reikwijdte heeft dan het ontgaan van heffing van overdrachtsbelasting te ondervangen.²⁰ Een belastingplichtige zou namelijk anders belastingheffing kunnen ontlopen door middel van het tussenschuiven van vennootschappen. Het gevolg van die beperkte reikwijdte van art. 4 WBR resulteert er in combinatie met het feit dat in casu de rechtstreekse verkrijging zou zijn vrijgesteld voor dat de bedrijfsopvolgingsvrijstelling kan worden toegepast. De Staatsecretaris heeft daarover betoogd dat het niet in lijn is met de gedachte van de bedrijfsopvolgingsvrijstelling en ook niet met de doorkijkbenadering dat deze verkrijging wordt vrijgesteld. Zowel de bedrijfsopvolgingsvrijstelling als de doorkijkbenadering verzet zich er volgens de Staatsecretaris namelijk tegen dat de (onroerende zaken die onderdeel zijn van de) onderneming die wordt verkregen, wordt gedreven in een vennootschap.²¹

Het Hof heeft in de tweede plaats overwogen dat als gevolg van de beperkte uitleg van art. 4 WBR de voortzettingseis geen obstakel vormt voor het toepassen van de vrijstelling. Het Hof merkt daar namelijk op dat de rechtstreekse verkrijging van onroerende zou zijn vrijgesteld en de onderneming zou kunnen worden voortgezet door het verkrijgende kind. De werking in art. 4 WBR zorgt er in dezen dan niet voor dat de vrijstelling niet van toepassing is omdat er sprake is van een verkrijging van aandelen in plaats van de onroerende zaken zelf.²² De Staatsecretaris stelde daarentegen dat de onderneming wordt gedreven in een vennootschap waardoor de onderneming strikt genomen niet zoals vereist door de verkrijger wordt voortgezet.²³

¹⁸ Van Kempen, Cursus Belastingrecht IB. IB 3.2.2.A.a Criteria 'onderneming' als inkomensbron.

¹⁹ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.2.2.

²⁰ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.2.2.

²¹ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.1.

²² HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.2.2.

²³ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.1.

2.1.3 Overwegingen Hoge Raad

De Hoge Raad heeft het een en ander overwogen in het derde doorkijkarrest. In het arrest spreekt de Hoge Raad zich onder andere uit over de gedachte achter de OZR en over de doorkijkbenadering. In de eerste plaats wordt de context van de bedrijfsopvolgingsvrijstelling in het kort geschetst. De gedachte achter de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is namelijk dat ouders een mogelijkheid hebben een onderneming over te dragen aan een bepaald familielid zonder fiscale belemmeringen.²⁴ In dat kader wordt overwogen dat de bedrijfsopvolgingsvrijstelling van toepassing zou zijn geweest indien de onroerende zaken rechtstreeks zouden zijn verkregen. De voorgaande constatering onderbouwt de Hoge Raad met het feit dat de reikwijdte van art. 4 WBR niet verder strekt dan het ondervangen van ontgaansmogelijkheden. Belastingplichten zouden namelijk door middel van het tussenschuiven van vennootschappen de heffing van overdrachtsbelasting kunnen ontlopen.²⁵ Art. 4 WBR zorgt er namelijk voor dat in bepaalde gevallen aandelen worden aangemerkt als fictieve onroerende zaken, waardoor deze worden betrokken in de heffing. Misbruik wordt op die manier voorkomen en indirecte verkrijgingen worden ook betrokken in de heffing. De wetgever heeft zo blijkt uit het arrest dus niet beoogd belastingheffing te creëren indien een verkrijging van de onroerende zaken op zichzelf niet zou leiden tot heffing vanwege een overdrachtsbelasting vrijstelling.²⁶ De eerdere doorkijkarresten worden bij het voorgaande ook gebruikt als onderbouwing van het standpunt van de Hoge Raad. Een belangrijke toevoeging die de Hoge Raad doet is dat er gekeken moet worden naar of de rechtstreekse verkrijging van onroerende zaken zijn zijn vrijgesteld ‘*ingevolge*’²⁷ een in art. 15 WBR genoemde vrijstelling. Daaruit kan worden opgemaakt dat de doorkijkbenadering van toepassing is op alle in art. 15 WBR genoemde vrijstellingen.

De Hoge Raad gaat ook in de tweede plaats in op het feit dat de voortzetting niet plaatsvindt door de verkrijger, maar door de OZR waarvan het belang wordt verkregen. In het arrest komt naar voren dat het geen bezwaar vormt dat de OZR de onderneming voortzet in plaats van de verkrijger.²⁸ De vrijstelling kan op die grond dan ook niet worden ontzegd aan de belanghebbende. Voorts is door de Staatsecretaris ook niet gesteld dat de belanghebbende ten doel heeft gehad om de heffing van overdrachtsbelasting te ontlopen waardoor de vrijstelling dan ook niet kan worden ontzegd op die grond.²⁹ Afsluitend merkt de Hoge Raad op dat een uitlating bij de behandeling van een belastingplan niet toebehoort aan de totstandkomingsgeschiedenis van een wet.³⁰ De uitlating van de Staatsecretaris heeft derhalve minder formele rechtskracht dan dat de Staatssecretaris daar ogenschijnlijk aan toekent.

Samenvattend heeft de Hoge Raad in lijn met de eerdere doorkijkarresten, overwogen dat ook in de onderhavige zaak de doorkijkbenadering toepassing kan vinden.

²⁴ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.3.

²⁵ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.4.

²⁶ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.4.

²⁷ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.4.

²⁸ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.5.

²⁹ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.5.

³⁰ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.6.

De antiontgaansbepaling van de WBR ziet immers slechts op het onder de heffing brengen van indirecte verkrijgingen en gevallen van misbruik.³¹ De Hoge Raad lijkt dus te kiezen voor een objectieve interpretatie van de vrijstelling, waarbij de verkrijgingsvorm minder relevant is. Verder kan in het arrest worden gelezen dat de doorkijkbenadering van toepassing is op alle in art. 15 WBR genoemde vrijstellingen, de cruciale overweging van de Hoge Raad voor deze studie. De Hoge Raad sluit af met de formele opmerking dat een latere uitlating van de Staatssecretaris met betrekking tot een wet, niet behoort tot de totstandkomingsgeschiedenis van een wet.

Gelet op het voorgaande vallen een aantal zaken te distilleren die benodigd zijn voor het toepassen van de doorkijkbenadering. Allereerst moet worden geconstateerd of sprake is van verkrijging van fictieve onroerende zaken (i) en of daarop de verlangde art. 15 WBR vrijstelling van toepassing is (ii). Indien de gewenste art. 15 WBR vrijstelling niet van toepassing is moet worden onderzocht of de rechtstreekse verkrijging zou zijn vrijgesteld (iii). Stel dat de rechtstreekse verkrijging wel zou zijn vrijgesteld, dan moet als laatste worden onderzocht of de gewenste vrijstelling slechts wordt gebruikt om heffing van overdrachtsbelasting te ontgaan (iv).

2.2 De doorkijkbenadering in de literatuur

Het arrest is niet onbelicht gebleven in de fiscale vakliteratuur. De gebezigde onderwerpen van het arrest betroffen onder andere, maar niet uitsluitend de materiële onderneming, de voortzettingsvereisten en de reikwijdte van het arrest. Dit onderdeel zal een aantal van die onderwerpen de revue laten passeren alvorens af te sluiten met het benoemen van een aantal bevindingen.

2.2.1 De materiële onderneming

De bedrijfsfusievrijstelling kent als voorwaarde dat een onderneming moet worden verkregen. De materiële onderneming in samenhang met het onderhavige arrest is een onderwerp waarover met name de Redactie Vakstudie Nieuws³² en van Straaten³³ hebben geschreven. De Redactie Vakstudie Nieuws merkt op dat in cassatie niet meer in geschil was of de OZR een materiële onderneming dreef in de zin van art. 3.2 IB. Die vaststelling is wat de Redactie betreft een belangrijk punt, omdat het drijven van een materiële onderneming geen vanzelfsprekendheid is voor een OZR. In art. 4 lid 1 sub a WBR staat immers slechts dat de rechtspersoon zich hoofdzakelijk hoort bezig te houden met het verkrijgen, vervreemden en exploiteren van onroerende zaken. Die activiteiten betekenen niet per se dat er een materiële onderneming wordt gedreven. Van Straaten lijkt zich impliciet grotendeels aan te sluiten bij de Redactie Vakstudie Nieuws en stelt dat voor de bedrijfsopvolgingsvrijstelling het materiële

³¹ Art. 4 WBR

³² HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

³³ HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. J.C. van Straaten.

ondernemingsbegrip uit de IB moet worden gevolgd. Tevens wordt met het begrip onderneming wat van Straaten betreft zowel het subjectieve als het objectieve ondernemingsbegrip bedoeld.

2.2.2 De overdracht van de onderneming

De overdracht van de onderneming passeert eveneens de revue in een aantal artikelen. De bedrijfsopvolgingsvrijstelling vereist dat het volledige belang in de onderneming overgaat naar de verkrijger. In casu gaat een 100% aandelenpakket over en dus gaat het volledige belang (al dan niet indirect) over op de verkrijger. Rozendal³⁴ merkt in zijn noot op dat de Hoge Raad niet expliciet heeft vermeld dat het volledige belang over zou moeten gaan en dat derhalve een gefaseerde overdracht ook mogelijk zou moeten zijn. Een gefaseerde overgang van het belang vindt Rozendal namelijk niet strijdig met de gedachte van de vrijstelling en verwacht dan ook dat een beroep op de vrijstelling in dat geval succesvol zal zijn. Verder merkt Rozendal in het algemeen op dat *‘de overdracht van de aandelen in een OZR door een overdrager A aan een verkrijger B moet worden vergeleken met de overdracht van de onderliggende onroerende zaken van de OZR door overdrager A aan verkrijger B en dus niet – zoals de staatssecretaris voorstond – met de overdracht van de onderliggende onroerende zaken door de OZR aan verkrijger B.’* Arts³⁵ onderschrijft de zienswijze van Rozendal wat betreft de gefaseerde overdracht. Arts voegt wel toe dat er dan bij voorbaat een plan dient te zijn waarin een uitwerking staat van het plan om uiteindelijk het volledige belang over te laten gaan op de verkrijger. Ook van Straaten³⁶ laat blijken het eens te zijn met de zienswijze van Art. Van Straaten meent immers dat er van te voren een plan voor wat betreft de overgang van de onderneming, zo ook Arts opmerkt.

2.2.3 De voortzettingsvereisten

De Hoge Raad interpreteert de voortzettingseis van de bedrijfsopvolgingsvrijstelling vrij objectief, in het arrest wordt namelijk overwogen dat de onderneming kan worden voortgezet door de OZR in plaats van de verkrijger. De Redactie Vakstudie Nieuws merkt op dat rekening moet worden gehouden met het feit dat in dit geval dat het volledige aandelenbelang in de OZR inclusief de onderneming in zijn volledigheid werd verkregen door het kind.³⁷ De verkrijger mag volgens de Redactie daarbij niet de intentie hebben het aandelenbelang of de onderneming binnen afzienbare tijd te vervreemden of (ten dele) te staken. Dat ligt anders indien de verkrijger enige tijd na de verkrijging een aanbod krijgt van een willekeurige derde om de onderneming te verkopen. De vrijstelling zou dan wat de Redactie betreft niet moeten worden teruggenomen. Een voorwaarde is in dat geval wel dat die derde niet al in beeld was ten tijde van de overgang van de onderneming, de intentie tot voortzetting zou anders ontbreken. Arts onderschrijft ook het voortzettingsvereiste in de zin dat de onderneming

³⁴ Rozendal, *NTFR* 2018/2779.

³⁵ HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. dr. J.H.M. Arts.

³⁶ HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. J.C. van Straaten.

³⁷ HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

moet worden toegerekend aan de verkrijgers van de aandelen, waardoor door de aandelen wordt doorgekeken.³⁸ Arts gaat echter niet zover als de Redactie Vakstudie Nieuws en merkt op dat de voortzettingseis niet nader is uitgewerkt in het uitvoeringsbesluit WBR. Van Straaten kan zich vinden bij de uitleg van de Advocaat-Generaal (hierna: A-G) dat een vervreemdingsverbod rust op de aandelenverkrijger van drie jaar en tevens dat de OZR de activiteiten drie jaar voortzet.³⁹ De termijnen van drie jaar worden immers al toegepast bij de aanhoudings- en voortzettingsvereisten van onder andere de bedrijfsfusievrijtelling.⁴⁰ Van Straaten betreurt het verder in zijn noot dat de Hoge Raad zich niet verder heeft uitgelaten over de termijn van voortzetting.

2.2.4 Ontgaan van belastingheffing

Het ontgaan van belastingheffing is een discussiepunt binnen de overdrachtsbelasting. Arts vraagt zich af of de Hoge Raad impliciet heeft erkend dat het leerstuk van *fraus legis* van toepassing kan zijn binnen de overdrachtsbelasting.⁴¹ De reden daarvan is dat de Hoge Raad heeft overwogen dat de vrijstelling mag worden geweigerd ingeval sprake is van misbruik. Echter gaat het Arts te ver om te stellen dat de Hoge Raad hiermee erkent dat *fraus legis* van toepassing zou kunnen zijn binnen de overdrachtsbelasting, maar Arts sluit die toepassing niet uit.

2.2.5 Formele aspecten

De Hoge Raad wijst in het onderhavige arrest de Staatsecretaris op het feit dat het aanvoeren van stelling uit de behandeling van een belastingplan geen formele rechtskracht heeft. De Redactie Vakstudie Nieuws schrijft daarover dat de opmerking van de Hoge Raad de Staatsecretaris bij de les houdt in zijn hoedanigheid als wetgever en onderdeel van de uitvoerende macht.⁴² Arts is van mening dat het Ministerie van Financiën steeds minder zicht heeft op de '*Staatsrechtelijke spelregels*'.⁴³ Arts acht het derhalve terecht dat de Hoge Raad een opmerking plaatst over de gebruikte argumentatie van de Staatssecretaris.

2.2.6 De reikwijdte

De reikwijdte van het arrest is eveneens een discussiepunt in de vakliteratuur. Waar Rozendal en de Redactie Vakstudie Nieuws een arrest zien met een brede reikwijdte, daar zien Arts en

³⁸ HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. dr. J.H.M. Arts.

³⁹ HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. J.C. van Straaten; zie ook Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2018:615, bij HR 30 mei 2018, r.o. 8.5.

⁴⁰ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a UB WBR.

⁴¹ HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. dr. J.H.M. Arts.

⁴² HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

⁴³ HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. dr. J.H.M. Arts.

van Straaten juist een beperkt arrest.⁴⁴ Rozendal gaat er vanuit dat de doorkijkbenadering behoort te worden toegepast op alle in art. 15 WBR genoemde vrijstellingen. De noot van de Redactie Vakstudie Nieuws laat uit zich afleiden dat het arrest een brede reikwijdte heeft. In de noot wordt benoemd dat de praktijk reikhalzend naar het arrest heeft uitgekeken en dat ook wat de Redactie betreft de doorkijkbenadering van toepassing is op alle in art. 15 WBR genoemde vrijstellingen. Daarentegen worden wel een aantal vraagtekens bij de uitwerking van de vrijstelling, maar hier zal in hoofdstuk 4 verder op in worden gegaan. Arts is daarentegen van mening dat het arrest van weinig praktische waarde is maar dat het ondanks dat een belangrijk arrest is. De geringe praktische waarde vloeit volgens Arts voort uit het feit dat er sprake moet zijn van een verkrijging van fictieve onroerende zaken, waar zoals eerder benoemd een aantal voorwaarden bij horen. Van Straaten schat het arrest eveneens van beperkte waarde. De auteur is namelijk van mening dat de zaak die in cassatie speelde een tamelijk duidelijke casus betrof. Van Straaten had graag een meer uitgebreid arrest gezien van de Hoge Raad en de auteur beschouwt dit arrest dan ook slechts als een piketpaaltje. Van Straaten schetst een aantal situaties waarin de auteur zich afvraagt hoe de Hoge Raad in die gevallen zou hebben geoordeeld. Voor zover relevant zullen die situaties een later hoofdstuk worden behandeld.

2.3 Bevindingen

In dit hoofdstuk zijn een aantal zaken naar voren gekomen met betrekking tot de doorkijkarresten en de doorkijkbenadering. De doorkijkbenadering bestaat uit een aantal onderdelen, zoals is gebleken uit de doorkijkarresten. Allereerst moet worden geconstateerd of sprake is van verkrijging van fictieve onroerende zaken (i) en of daarop de verlangde art. 15 WBR vrijstelling van toepassing is (ii). Indien de gewenste art. 15 WBR vrijstelling niet van toepassing is moet worden onderzocht of de rechtstreekse verkrijging zou zijn vrijgesteld (iii). Stel dat de rechtstreekse verkrijging wel zou zijn vrijgesteld, dan moet als laatste worden onderzocht of de gewenste vrijstelling slechts wordt gebruikt om heffing van overdrachtsbelasting te ontgaan (iv).

⁴⁴ Rozendal, *NTFR* 2018/2779; zie ook HR 30-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, m.nt. dr. J.H.M. Arts, m.nt. J.C. van Straaten.

3. De fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling

In dit hoofdstuk zal de fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling ex art. 15 lid 1 sub h WBR aan de orde komen. Het hoofdstuk zal veelal beschrijvend van aard zijn. De reden daarvan is dat een dergelijk begrip van de vrijstelling benodigd is om in het hier opvolgende hoofdstuk de implicaties van de doorkijkbenadering te onderzoeken in relatie tot de verkrijging van aandelen in een OZR. De volgorde waarin de vrijstellingen zullen worden belicht zal dezelfde volgorde zijn zoals gehanteerd wordt in het uitvoeringsbesluit (hierna: UB) WBR artikelen 5bis tot en met 5d. De volgorde is dus respectievelijk de juridische fusievrijstelling, de bedrijfsfusievrijstelling, de interne reorganisatievrijstelling en de juridische splitsingsvrijstelling. Per genoemde vrijstelling zal in de eerste plaats het vrij te stellen object worden behandeld. In de tweede plaats zal de tegenprestatie van de verkrijger aan de overdrager/aandeelhouder/inbrenger worden belicht en in de laatste plaats zullen de (ontbindende) voorwaarden van de vrijstelling worden benoemd. De fiscale vakliteratuur omtrent de onderhavige vrijstelling zal ook per hiervoor genoemd onderdeel aan de orde komen voor zover relevant.

3.1 De juridische fusievrijstelling

De juridische vrijstelling heeft als doel het faciliteren van zakelijke fusies tussen rechtspersonen.⁴⁵ De juridische fusievrijstelling geeft derhalve een vrijstelling voor een verkrijging van onroerende zaken die onder algemene titel zijn verkregen krachtens een juridische fusie op zakelijke gronden.⁴⁶ De juridische fusie valt uiteen in een vrijstellingsobject, een tegenprestatie en een aantal (ontbindende) voorwaarden.

3.1.1 Het object

De verkrijging van (fictieve) onroerende zaken vormt een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Ingeval sprake is van een juridische fusie, dan zouden de verkregen (fictieve) onroerende zaken kwalificeren als belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. De juridische fusievrijstelling biedt in dat geval een vrijstelling. Het object van vrijstelling betreft namelijk de onder algemene titel verkregen (fictieve) onroerende zaken welke onderdeel zijn van het vermogen wat overgaat in het kader van een juridische fusie op zakelijke gronden.

3.1.2 De tegenprestatie

Indien sprake is van een juridische fusie tussen vennootschappen reikt de verkrijgende vennootschap aandelen uit aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap als tegenprestatie. Daarbij staat de wetgever ook een creditering toe.⁴⁷ De verkrijging van aandelen vormt op zichzelf geen belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. De verkrijging

⁴⁵ Besluit van 22 december 2011, *Stb.* 2011, 677.

⁴⁶ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 1 UB WBR.

⁴⁷ Art. 2:325 BW.

van aandelen vormt alleen een belastbaar feit indien de aandelen kwalificeren als fictieve onroerende zaken in de zin van art. 4 WBR. De aandelen worden aangemerkt als fictieve onroerende zaken als de verkrijgende vennootschap kwalificeert als OZR na de fusie. Als de OZR dan in het kader van de fusie aandelen uitreikt en de verkrijger heeft of verkrijgt een aanmerkelijk belang in de OZR, dan vormt dat een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. De juridische fusievrijstelling is van toepassing op die verkrijging.⁴⁸

3.1.3 De voorwaarden

De juridische vrijstelling kent het een en ander aan (ontbindende) voorwaarden. Indien niet (meer) aan een van de voorwaarden wordt voldaan op enig moment binnen de gestelde termijnen dan ontstaat alsnog verschuldigdheid van overdrachtsbelasting. Allereerst kent het eerste lid van art. 5bis WBR een drietal voorwaarden waaraan moet worden voldaan. In de eerste plaats dient sprake te zijn van een overgang van vermogen onder algemene titel tussen rechtspersonen. De tweede voorwaarde is dat bij de fusie sprake dient te zijn van in een hoofdzakelijke mate op zakelijke gronden ingegeven fusie. De vereiste van de mate van zakelijkheid betreft een strengere eis van zakelijkheid dan diezelfde eis zoals bekend van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (hierna: IB) en Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: VPB).⁴⁹ De stringenter invulling van het begrip zakelijkheid betekent onder meer dat het voordeel ‘substantieel’ behoort te zijn zodat bijvoorbeeld synergievoordelen worden gerealiseerd.⁵⁰ Tevens is het niet voldoende zakelijk om te beargumenteren dat de fusie niet gericht op het ontgaan van belastingheffing, of dat de levering via een juridische fusie eenvoudiger is volgens Gassler.⁵¹ Van der Burgt vindt dit geen correcte benadering van het begrip zakelijkheid en merkt op dat zakelijkheidstoets dient te worden afgeschaft. In de plaats van die afgeschaft zakelijkheidseis dient dan een antimisbruikbepaling opgenomen te worden conform de antimisbruikbepalingen van de fusiefaciliteiten van de van de fusiefaciliteiten van de vennootschaps- en inkomstenbelasting.⁵² Van der Burgt pleit voor een optie om zekerheid vooraf te kunnen vragen via een voor bezwaar vatbare beschikking, conform de VPB, indien de benoemde suggesties te ingrijpend zijn. De derde voorwaarde die blijkt uit het eerste lid is dat de juridische fusievrijstelling bedoeld is voor fusies die buiten het concern plaatsvinden.⁵³ Zodra aan de voorwaardes van zowel de interne reorganisatievrijstelling als de juridische fusievrijstelling wordt voldaan, dan heeft de toepassing van de interne reorganisatievrijstelling op de juridische fusievrijstelling.⁵⁴ Deze dwingende regel is niet onbetwist in de literatuur. Van der Burgt pleit immers voor een afschaffing c.q. heroverweging van de regel dat de interne reorganisatievrijstelling voorgaat op de juridische fusievrijstelling. Mocht het voorgaande niet aan de orde zijn dan bepleit de auteur ervoor dat de wetgever erop toeziet dat belastingplichtigen niet tussen wal en schip

⁴⁸ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 1 UB WBR; zie ook van Straaten 2016, par. 360.

⁴⁹ Zie de beschouwing in aant. 3.1.1 bij art. 15 lid 1 sub h WBR 1970 Vakstudie WBR 1970.

⁵⁰ Van Straaten 2016, par. 360.

⁵¹ Van der Burgt, *WPNR* 2018/7207, par. 3.1.2.

⁵² Van der Burgt, *WPNR* 2018/7207.

⁵³ Van Straaten 2016, par. 360; Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 1 UB WBR.

⁵⁴ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b UB WBR.

vallen omdat het anders zou kunnen gebeuren dat een belastingplichtige geen recht heeft op een vrijstelling. De auteur acht die situatie onredelijk.⁵⁵

Aansluitend op de eisen van het eerste lid⁵⁶, vervolgt het tweede lid⁵⁷ met een aantal vervreemdingsverboden op de bij de fusie verkregen aandelen. De vervreemdingsverboden zijn allereerst slechts van toepassing ingeval de verkregen aandelen kwalificeren als fictieve onroerende zaken. De vervreemdingsverboden houden in dat de verkrijger de aandelen tenminste voor de duur van drie jaren moet aanhouden ingeval de verkrijger een aanmerkelijk belang heeft of verkrijgt in een OZR. De aanhoudingseisen kunnen van toepassing zijn op de aandeelhouders van zowel de verkrijgende als de verdwijnende vennootschap. De achterliggende gedachte van het verbod is dat anders het belang in een OZR kan verwateren en zodoende uiteindelijk de aandelen in een OZR zonder heffing van overdrachtsbelasting kunnen worden vervreemd.⁵⁸ Gassler ageert in de *Cursus Belastingrecht* tegen de hiervoor genoemde stringenter voorwaarden van de vrijstelling ingeval sprake is van een OZR.⁵⁹ Gassler acht de rechtvaardiging voor de striktere voorwaarden en de bijbehorende complexere wetgeving niet voldoende. De reden daarvan is dat door het zakelijkheidsvereiste van lid 1⁶⁰ de zakelijkheid al is verzekerd. Ook ziet Gassler niet wat de ratio is voor de wetgever is om een koppeling te maken tussen een afgenomen aanmerkelijk belang en de juridische fusievrijstelling. De reden daarvan is volgens de auteur dat niet de aandeelhouder de belastbaarheid bepaalt, maar de verkrijger. In het derde lid⁶¹ is eveneens een verbod opgenomen. Het derde lid stelt namelijk dat de verkrijgende rechtspersoon de activiteiten van de verkregen rechtspersoon in het geheel voortzet gedurende een periode van tenminste drie jaar. Houdt de verkrijger zich daar niet aan, dan ontstaat verschuldigdheid van overdrachtsbelasting.⁶²

Het vervreemdingsverbod en de voortzettingseis kent een aantal toegestane inbreuken. Die toegestane inbreuken zijn opgenomen in het vierde⁶³ en vijfde lid⁶⁴. Het vierde bepaalt dat niet elke inbreuk op een van de driejaarstermijnen genoemd in lid twee zonder meer zal leiden tot de heffing van overdrachtsbelasting. Allereerst vormt de geruisloze terugkeer uit de bv/nv ex art. 4a UB WBR geen inbreuk op een van de driejaarstermijnen, op voorwaarde dat primitieve driejaarstermijn wordt volgemaakt. Daaropvolgend wordt aangegeven dat geen verschuldigdheid van overdrachtsbelasting zal ontstaan ingeval sprake is van een opvolgende juridische fusie. De verkrijgende vennootschap treedt dan als het ware in de plaats van de vennootschap die de aanhoudingseis initieel zou moeten volmaken.⁶⁵ Deze mogelijk bestaat ook voor een opvolgende bedrijfsfusie, een interne reorganisatie of een juridische splitsing in

⁵⁵ Van der Burgt, *WPNR* 2018/7207.

⁵⁶ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 1 UB WBR.

⁵⁷ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 2 UB WBR.

⁵⁸ Van der Burgt, *WPNR* 2018/7207, par. 3.2.1.

⁵⁹ Gassler, *Cursus Belastingrecht BvR*, BvR.2.3.15.C.d1 Algemeen.

⁶⁰ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 1 UB WBR.

⁶¹ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 3 UB WBR.

⁶² Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 3 UB WBR.

⁶³ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 4 UB WBR.

⁶⁴ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 5 UB WBR.

⁶⁵ Gassler, *Cursus Belastingrecht BvR*, BvR.2.3.15.C.d3 Doorschuif bij opvolgende vrijstelling.

de zin van de overdrachtsbelasting.⁶⁶ Verder behoort ook een aandelenruil tot de toegestane inbreuken. De voorwaarde die dan geldt is dat minimaal 75% van de aandelen wordt verkregen in de verkrijgende vennootschap. Tevens is een creditering van 10% van het gestorte aandelenkapitaal toegestaan. Het vijfde lid⁶⁷ bevat een analoge interpretatie ten opzichte van lid drie zoals het voorgaande lid vier zich verhoudt ten opzichte van het tweede lid. Het verschil tussen het vierde en vijfde lid is dat het vijfde lid de aandelenruil en de creditering niet noemt.

Verder kent de vrijstelling ook een antimisbruikbepaling welke is opgenomen in het zesde lid.⁶⁸ Via het zesde lid wordt getracht misbruik tegen te gaan in het geval wanneer belastingplichtigen gaan stapelen met vrijstellingen. In het vierde en het vijfde lid worden immers mogelijkheden genoemd om gebruik te maken van een aantal opeenvolgende vrijstellingen en is derhalve vatbaar voor oneigenlijke toepassing van de vrijstellingen. Het zesde lid gaat het oneigenlijke gebruik van vrijstelling tegen door vrijstelling te ontnemen indien de rechtshandelingen in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan van heffing van overdrachtsbelasting. Het zevende lid⁶⁹ bepaalt verder dat de verkrijging van aandelen in een OZR krachtens een juridische fusie eveneens onder de reikwijdte valt van de vrijstelling. Daarentegen valt bijvoorbeeld ingeval sprake is van een samenhangende overeenkomst ex art. 4 lid 5 sub b WBR en de verkrijger een aanmerkelijk verkrijgt in een andere OZR, de verkrijging bijvoorbeeld niet onder de vrijstelling.⁷⁰

3.2 De bedrijfsfusievrijstelling

De bedrijfsfusievrijstelling heeft zoals de literatuur doet blijken een tweeledig doel. De vrijstelling heeft als eerste ten doel om ondernemingen te faciliteren in het ontplooiën en exploiteren van de activiteiten door het verschuiven van activa en passiva soepel te laten verlopen. Verder heeft de vrijstelling ten doel om oneigenlijke structurering in het zicht van vervreemding tegen te houden.⁷¹ De bedrijfsfusievrijstelling kent verder een vrijstellingsobject, een tegenprestatie aan de inbrenger en een aantal (ontbindende) voorwaarden.

3.2.1 Het object

De inbreng van een onderneming vormt een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting indien (fictieve) onroerende zaken onderdeel zijn van die inbreng. De bedrijfsfusievrijstelling biedt in dat geval een vrijstelling voor de verkrijging van onroerende

⁶⁶ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis UB. WBR; zie ook Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a UB WBR; zie ook Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b UB WBR; zie ook Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5c UB WBR.

⁶⁷ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 5 UB WBR.

⁶⁸ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 6 UB WBR.

⁶⁹ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 7 UB WBR.

⁷⁰ Zie de beschouwing in aant. 3.1 bij art. 15 lid 1 sub h WBR 1970 Vakstudie BvR 1970; zie ook Besluit van 22 december 2011, *Stb.* 2011, 677.

⁷¹ Van Straaten 2016, par. 326-337.

zaken die zijn overgedragen in het licht van een inbreng van tenminste een zelfstandig onderdeel van een onderneming.⁷² De onroerende zaken moeten in dat geval onderdeel zijn van die onderneming en daar tevens dienstbaar aan zijn. Het begrip onderneming in de zin van de bedrijfsfusievrijstelling betreft naar alle waarschijnlijkheid het materiële ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting. Gassler merkt echter op dat niet zonder meer uit kan worden gegaan van het materiële ondernemingsbegrip zoals benoemd uit de IB.⁷³ Er kan worden gesproken van een materiële onderneming wanneer een bedrijf met een winstoogmerk duurzaam deelneemt aan het economische verkeer en dat de winst redelijkerwijs te verwachten valt.⁷⁴ De deelname aan het economische verkeer vormt in dat geval een knelpunt omdat die deelname niet altijd aan de orde is, terwijl weldegelijk sprake is van een onderneming.⁷⁵ Gassler stelt dat het voldoende is om aangemerkt te worden als onderneming op het moment dat normaal vermogensbeheer te boven wordt gegaan. De auteur voelt die stelling gesteund door het arrest HR 19 december 1990 waar is overwogen dat het ondernemingsbegrip niet van toepassing is voor de fusie en interne reorganisatievrijstelling.⁷⁶ Daarentegen gaat van Straaten in het Compendium Overdrachtsbelasting er weldegelijk vanuit dat sprake dient te zijn van een materiële onderneming in de zin van de inkomstenbelasting, zonder daar uitgebreid op in te gaan.⁷⁷ Verder is het voor de bedrijfsfusie daarbij voldoende dat een zelfstandig deel van de onderneming wordt verkregen en dat dat onderdeel een materiële onderneming zou kunnen vormen.

3.2.2 De tegensprestatie

De vennootschap die onroerende zaken verkrijgt krachtens bedrijfsfusie, kent aandelen toe aan de inbrengende vennootschap. De verkrijger heeft daarnaast de mogelijkheid om naast aandelen ook contanten uit keren aan de inbrenger, maar die uitkering mag maximaal 10% bedragen van de waarde van de ingebrachte onderneming.⁷⁸ De achterliggende reden is dat een belastingplichtige anders een verkoop zou kunnen maskeren via een inbreng, terwijl geen sprake is van inbreng maar van vervreemding.

3.2.3 De voorwaarden

De bedrijfsfusievrijstelling kent een aantal ontbindende voorwaarden. De bedrijfsfusie kent als eerste ontbindende voorwaarde een verbod op de vervreemding van de verkregen aandelen door de inbrenger voor de duur van drie jaar.⁷⁹ Indien de aanhoudingseis wordt geschonden is de verkrijger alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd ter zake de verkrijging

⁷² Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a lid 1 UB WBR.

⁷³ Gassler, *Cursus Belastingrecht BvR*, 2.3.14; zie ook art. 3.2 IB.

⁷⁴ Van Kempen, *Cursus Belastingrecht IB*, IB 3.2.2.A.a Criteria 'onderneming' als inkomensbron.

⁷⁵ Gassler, *Cursus Belastingrecht BvR*, 2.3.14; zie ook art. 3.2 IB.

⁷⁶ HR 19 december 1990, nr. 26 536, BNB 1991/52 (noot G. Laeijendecker).

⁷⁷ Van Straaten 2016, par. 365.

⁷⁸ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a lid 2 UB WBR.

⁷⁹ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a lid 3 UB WBR.

van de onroerende zaken. De tweede voorwaarde van de vrijstelling betreft een voortzettingseis welke is genoemd in het vierde lid van de vrijstelling.⁸⁰ De voortzettingseis gebiedt de verkrijger de verkregen onderneming gedurende een periode van drie jaar voort te zetten.⁸¹ Indien de activiteit al dan niet ten dele worden gestaakt, dan ontstaat onmiddellijk verschuldigdheid van overdrachtsbelasting bij de verkrijger.

Schendingen van de aanhoudingseis en de voortzettingseis zorgen in de regel voor het onmiddellijk ontstaan van verschuldigdheid van de in eerste instantie niet geheven overdrachtsbelasting. De bedrijfsfusie vrijstelling kent echter een aantal gevallen waarin dat niet direct zal optreden. Allereerst kent de bedrijfsfusievrijstelling een bepaling die erop neer komt dat de aanhoudingseis niet wordt geschonden indien opvolgend de bedrijfsfusievrijstelling, de juridische splitsingsvrijstelling of de interne reorganisatievrijstelling wordt toegepast.⁸² Verder is het ook toegestaan dat een opvolgende aandelenfusie plaatsvindt. In de tweede plaats wordt voor de voortzettingseis toegestaan dat een met een vrijstelling gefaciliteerde opvolgende bedrijfsfusie, juridische splitsing of een interne reorganisatie plaatsvindt.⁸³ Een opvolgende toepassing van een vrijstelling wordt dus niet gezien als een staking van de activiteiten, ergo de voortzettingseis wordt niet geschonden.

3.3 De interne reorganisatievrijstelling

De interne reorganisatievrijstelling heeft zoals blijkt uit de literatuur als doel om een soepele vermogensverschuiving binnen concernverband te bevorderen.⁸⁴ De interne reorganisatievrijstelling bestaat uit een aantal onderdelen waaronder het vrijstellingsobject en een aantal voorwaarden.

3.3.1 Het object en de tegenprestatie

De interne reorganisatievrijstelling geeft een vrijstelling voor de overdracht van (fictieve) onroerende zaken binnen concernverband.⁸⁵ Opvallend is dat dat het eerste lid spreekt van een overdracht in plaats van een verkrijging, hetgeen normaliter de gebezigde term is binnen de WBR.⁸⁶ Anders dan bij bijvoorbeeld de bedrijfsfusievrijstelling is het voor de toepassing van de interne reorganisatievrijstelling niet benodigd dat een materiële onderneming wordt ingebracht. De voordelige consequentie daarvan voor een belastingplichtige is dat op zichzelf staande onroerende zaken zonder heffing van overdrachtsbelasting kunnen worden overgebracht naar een andere vennootschap binnen concernverband. Voor de toepassing van de interne reorganisatievrijstelling wordt het volgende onder concern verstaan. Er is sprake van een concern indien geen andere vennootschap een belang van 90% of meer heeft in een

⁸⁰ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a lid 4 UB WBR.

⁸¹ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a lid 4 UB WBR.

⁸² Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a lid 5 UB WBR.

⁸³ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a lid 5 UB WBR; zie ook *Stcrt.* 2018, 30213.

⁸⁴ Van Straaten 2016, par. 338-346.

⁸⁵ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b lid 1 UB WBR.; zie ook Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b lid 10 UB WBR.

⁸⁶ Zie ook de beschouwing in aant. 5 bij art. 15 lid 1 sub h WBR 1970 Vakstudie BvR 1970.

bepaalde vennootschap samen met de vennootschappen waarin die bepaalde vennootschap een belang van tenminste 90% heeft. Gassler signaleert een ongelijkheid tussen natuurlijk personen en rechtspersonen, een natuurlijk persoon kan immers geen topvennootschap zijn van en andere natuurlijk persoon. Daaruit volgt dat voor de toepasbaarheid van de interne reorganisatievrijstelling dient thans te worden onderzocht door wie de aandelen worden gehouden in de overdragende en respectievelijk de verkrijgende vennootschap.⁸⁷ Verder wordt onder een belang verstaan het economische (on)middellijke belang waar het louter bezitten van het juridische belang niet voldoende is om te kwalificeren als belang.⁸⁸ Opgemerkt dient te worden dat per 1 januari 2008 ook stichtingen en verenigingen onder voorwaarden een beroep kunnen doen op de interne reorganisatievrijstelling.⁸⁹ De tegenprestatie ingeval van een overdracht van onroerende zaken met inachtneming van de interne reorganisatievrijstelling kent geen wetmatige invulling. De tegenprestatie kan om die reden bijvoorbeeld bestaan uit een aandelenpakket maar ook uit een bedrag in contanten.

3.3.2 De voorwaarden

De interne reorganisatievrijstelling kent evenals de eerder genoemde vrijstellingen een aantal (ontbindende) voorwaarden. Het derde lid bepaalt allereerst onder andere dat er een aanhoudingseis geldt voor de aandelen in de verkrijgende vennootschap voor de duur van drie jaren.⁹⁰ Die aanhoudingseis geldt voor de zogenoemde eerste vennootschap. De eerste vennootschap is de vennootschap die als eerste in de verticale lijn een (on)middellijk belang heeft van tenminste 90% in zowel de overdragende als de verkrijgende vennootschap. De groep vennootschappen die zodoende ontstaat wordt een deelconcern genoemd en bestaat dus in dat geval uit overdrager, verkrijger en de eerste vennootschap. De aanhoudingseis wordt in dat geval opgelegd aan de eerste vennootschap, waarbij wordt toegestaan dat een andere vennootschap in de plaats kan treden van die eerste vennootschap. Indien geen eerste vennootschap kan worden gevonden, dan geldt dat de overdrager nagenoeg het hele belang moet aanhouden in de verkrijger voor een periode van drie jaar.⁹¹

De interne reorganisatievrijstelling kent een aantal toegestane inbreuken op de aanhoudingseisen. Allereerst wordt een overdracht van onroerende zaken aan een vennootschap die tenminste nagenoeg het gehele belang bezit in de overdrager toegestaan.⁹² In de tweede plaats geldt dat er geen inbreuk wordt gemaakt op de aanhoudingseisen indien de onroerende zaken niet meer in het bezit zijn van de verkrijgende vennootschap. Daarop bestaan een drietal uitzonderingen waardoor alsnog onmiddellijke verschuldigdheid van overdrachtsbelasting ontstaat.⁹³ Het eerste geval is wanneer een onroerende zaak binnen concernverband wordt overgedragen zonder toepassing van de interne

⁸⁷ Gassler, *Cursus Belastingrecht BvR.2.3.16.D*.

⁸⁸ Art. 5b, lid 2 UB WBR; zie ook Van Straaten 2016, par. 341; zie ook Besluit van 20 december 2007, nr. DB2007/630, *Stb.* 2007, 573.

⁸⁹ Zie ook de beschouwing in aant. 5 bij art. 15 lid 1 sub h WBR 1970 Vakstudie BvR 1970.

⁹⁰ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b lid 3 sub a UB WBR.

⁹¹ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b lid 3 sub b UB WBR.

⁹² Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b lid 5 sub b UB WBR.

⁹³ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b lid 6 UB WBR.

reorganisatievrijstelling. Het tweede geval is wanneer binnen concernverband de onroerende zaken worden overgedragen en de verkrijgende vennootschap een belang van tenminste 90% heeft in de overdragende vennootschap. Het derde geval is wanneer de onroerende zaken worden overgedragen aan een buiten concernverband liggende vennootschap en waarbij geen overdrachtsbelasting was verschuldigd ter zake van de verkrijging. In de laatste plaats geldt dat geen inbreuk wordt gemaakt op de aanhoudingseis indien sprake is van een opvolgende juridische fusie binnen concernverband.

De aanhoudingseisen kunnen volgens Gassler leiden tot onbillijke situaties. De wetgever heeft dat volgens Gassler slechts ten dele ondervangen met de wetswijziging van 1 juli 2013. Het bevreemd de auteur daarbij dat niet is opgenomen dat het verlenen van een koopoptie tot heffing kan leiden.⁹⁴ Naast Gassler ageerden ook Merrienboer en Robben tegen de huidige systematiek van de vrijstelling.⁹⁵ In de huidige vorm wordt de vrijstelling als complex en *onleesbaar*⁹⁶ ervaren.

De interne reorganisatievrijstelling kent verder een specifieke voortzettingseis die fungeert als antimisbruikbepaling welke is opgenomen in het vierde lid.⁹⁷ De zogenoemde oud-onroerend-goedregeling zorgt er via een voortzettingseis voor dat de aankoop van onroerende zaken niet kan worden vermold als een interne reorganisatie. Een concern zou namelijk de aandelen kunnen kopen in vennootschap met vastgoed, het vastgoed vervolgens binnen concernverband over kunnen dragen en dan de aandelen terug kunnen verkopen. Door de voortzettingseis wordt de interne reorganisatievrijstelling teruggedrongen indien een belastingplichtige dat zou doen.

3.4 De juridische splitsing

De juridische splitsing heeft blijkens de literatuur het doel om de bedrijfsvoering en structurering van vennootschappen te bevorderen door een vrijstelling te verlenen voor de splitsing van vermogen. De juridische splitsing valt uiteen in een vrijstellingsobject, een tegenprestatie aan de (aandeelhouders van) splitser en een aantal voorwaarden.

3.4.1 Het object

De juridische splitsingsvrijstelling is de laatstgenoemde vrijstelling in het onderdeel van het uitvoeringsbesluit WBR horend bij de fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling. Het vrijstellingsobject voor de juridische vrijstelling zijn de (fictieve) onroerende zaken die onder algemene titel worden verkregen van een vennootschap vanwege een splitsing. De juridische splitsing doet zich voor in een tweetal verschijningsvormen. De eerste vorm is de zuivere splitsing, in dat geval is er sprake van een verkrijgende en een verdwijnende vennootschap. De verdwijnende vennootschap draagt in dat geval onder algemene titel vermogen over aan

⁹⁴ Gassler, *Cursus Belastingrecht* BvR.2.3.16.D.

⁹⁵ Merrienboer, *WFR* 2014/1282.

⁹⁶ Robben, *V-N* 2014/12.0.

⁹⁷ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b lid 4 UB WBR.

tenminste twee verkrijgende vennootschappen. Indien bij die overdracht onroerende zaken zijn betrokken dan zal de verkrijging daarvan een belastbaar feit vormen voor de overdrachtsbelasting. De tweede vorm van splitsing betreft de afsplitsing. Ingeval sprake is van een afsplitsing is er geen verdwijnende vennootschap. De splitsende vennootschap draagt in dat geval vermogen onder algemene titel over aan de verkrijgende vennootschap, zonder dat zoals eerder vermeld de overdragende vennootschap verdwijnt. Indien de overdracht gepaard gaat met een overgang van onroerende zaken, dan kan onder voorwaarden de juridische splitsingsvrijstelling worden toegepast op de verkrijging van de (fictieve) onroerende zaken.

3.4.2 De tegenprestatie

De tegenprestatie van de juridische splitsing betreft geen wetmatigheid, maar zal veelal bestaan uit de toekenning van aandelen. Mocht het zo zijn dat de verkrijgende vennootschap of de nieuw opgerichte vennootschap een OZR zijn en keert deze aandelen uit, dan is dat een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. De verkrijging van die aandelen wordt dan aangemerkt als een verkrijging van fictieve onroerende zaken, hetgeen belast is met overdrachtsbelasting. De verkrijging van fictieve onroerende zaken als tegenprestatie in het kader van een splitsing valt niet zonder meer onder de reikwijdte van de splitsingsvrijstelling.

3.4.3 De voorwaarden

De juridische splitsingsvrijstelling kent ook een tweetal voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat de fusie een zakelijk motief heeft. Indien geen zakelijke overweging ten grondslag liggen aan de splitsing, wordt bij rechtswege vermoed dat de splitsing gericht is op het ontgaan van belastingheffing en dientengevolge wordt de faciliteit niet toegekend. Het is in dat geval aan belastingplichtige om aannemelijk te maken dat de splitsing weldegelijk een zakelijk motief heeft gehad via een tegenbewijsregeling. In een recente conclusie van A-G Wattel overwoog de A-G dat wat betreft de zakelijkheid niet gekeken moet worden naar of er overwegend niet-fiscale motiveringen ten grondslag liggen aan de splitsing als motivering.⁹⁸ In plaats daarvan dient volgens de A-G gekeken te worden naar het feit of de splitsing ook zou zijn gerealiseerd indien de verkoop van het te splitsen onderdeel niet op handen zou zijn.⁹⁹ De verkoop en de splitsing behoren dus los van elkaar te worden gezien volgens A-G Wattel. De A-G geeft twee criteria voor de toetsing van zakelijkheid. De A-G vindt dat ten eerste onderzocht dient te worden of de splitsing ook zou worden gerealiseerd zonder de op handen zijnde verkoop. Ten tweede stelt de A-G voor om een enkel geval vrij te stellen indien de splitsende vennootschap nagenoeg geen andere optie heeft dan om (af te) splitsen, om zo de continuïteit van de splitsende onderneming te waarborgen.

Voorts wordt de faciliteit teruggenomen indien de aandelen in de gesplitste respectievelijk de verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar worden vervreemd aan een niet verbonden

⁹⁸ Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2019:394, r.o. 8.8.

⁹⁹ Concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2019:394, r.o. 8.8.

lichaam in de zin van art. 10a VPB. Vervreemd dient breed te worden opgevat in de zin van het eerste lid immers is een indirecte gedeeltelijke vervreemding al een inbreuk op de splitsingsfaciliteit.¹⁰⁰ Belastingplichtige zou namelijk anders een vervreemding kunnen vermommen als afsplitsing. Stel dat een belastingplichtige een divisie met onroerende zaken zou willen vervreemden op basis van verder zakelijke motieven in de zin van de splitsingsvrijstelling. Als de splitsende vennootschap in dat geval kiest voor een afsplitsing naar een bestaande verkrijgende niet verbonden vennootschap, dan zou met inachtneming van de juridische splitsingsvrijstelling de divisie met het vastgoed zonder heffing van overdrachtsbelasting kunnen worden verkregen. De tegenprestatie vormt namelijk ook geen wetmatigheid, dus als de verkrijgende vennootschap de splitsende vennootschap betaalt in contanten, dan is de vervreemding rond, hetzij gecamoufleerd als splitsing. Overigens bestaat er in dit geval voor de belastingplichtige een mogelijkheid om gebruik te maken van de tegenbewijsregeling waarmee de zakelijkheid aannemelijk worden gemaakt.

¹⁰⁰ Van Straaten 2016, par. 351.

4. De doorkijkbenadering en de fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling

In dit hoofdstuk zal de invloed en reikwijdte van het derde doorkijkarrest op de fusie-, splitsing- en interne reorganisatievrijstelling worden belicht. Evenals in het voorgaande hoofdstuk zal de invloed van de doorkijkbenadering per onderdeel van de vrijstelling worden behandeld. De onderdelen die onder meer voorbij zullen komen zijn het object van de vrijstelling, de tegenprestatie van de verkrijger en de bijbehorende (ontbindende) voorwaarden. De reikwijdte van de nieuwe doorkijkbenadering zal vervolgens aan de hand van de hiervoor punten worden behandeld samen met relevante literatuur en jurisprudentie. Verder zullen de knelpunten per onderdeel worden behandeld en waar mogelijk zal een aanbeveling worden gegeven.

4.1 De juridische fusie en de doorkijkbenadering

De juridische fusievrijstelling is een art. 15 WBR vrijstelling en valt dus in de basis onder de reikwijdte van de doorkijkbenadering. De invloed van de doorkijkbenadering op de juridische fusievrijstelling zal dan ook in deze paragraaf aan bod komen. De juridische fusievrijstelling valt uiteen in een verkrijgingsobject, een tegenprestatie van de verkrijger en een aantal voorwaarden. In die volgorde zal dan ook de invloed van de doorkijkbenadering op de juridische vrijstelling worden onderzocht. Eventuele jurisprudentie en relevante vakliteratuur zal daarbij per onderdeel aan de orde komen.

4.1.1 Het object

Het object van de vrijstelling betreft de krachtens juridische fusie verkregen onroerende zaken. De juridische fusievrijstelling kent voor wat betreft de onder algemene titel onroerende zaken verkregen geen aanvullende eisen om als object aangemerkt te worden. De onroerende zaken hoeven dan ook bijvoorbeeld in tegenstelling tot bijvoorbeeld de bedrijfsfusievrijstelling geen onderdeel te zijn van een onderneming. De juridische fusievrijstelling kent zagezegd geen aanvullende vereisten aan de onroerende zaken die onder algemene titel worden verkregen. In dat licht zou met inbegrip van de vrijstelling bijvoorbeeld juridisch kunnen worden gefuseerd met een vennootschap die geen materiële onderneming drijft en de onroerende zaken slechts ter belegging aanhoudt. Het drijven van een onderneming is immers geen vereiste. De juridische fusievrijstelling kent daarentegen wel de aanvullende eis dat de fusie een zakelijk motief moet hebben. Voor wat betreft het object van de vrijstelling zal de doorkijkbenadering dan ook van geringe invloed zijn. De doorkijkbenadering heeft immers als doel de ongelijkheid tussen fictieve en niet-fictieve onroerende zaken weg te nemen indien een rechtstreekse verkrijging van onroerende zaken zou zijn vrijgesteld. De juridische fusievrijstelling kent die problematiek niet omdat de vrijstelling geen aanvullende vereisten kent aan de onroerende zaken die onder algemene titel worden verkregen.

4.1.2 De tegenprestatie

De tegenprestatie van de verkrijgende vennootschap aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap betreft ingeval van een juridische fusie zoals blijkt uit onderdeel 3.1.2, de uitreiking van aandelen aan de inbrenger. De tegenprestatie kan in dat geval leiden tot een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Dat belastbare feit doet zich voor als de verkrijgende vennootschap kwalificeert als OZR en vervolgens aandelen uitreikt als tegenprestatie aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap. Er is in dat geval sprake van een verkrijging van fictieve onroerende zaken door de aandeelhouders welke verkrijging is met overdrachtsbelasting indien een belang van tenminste 1/3 wordt verkregen.¹⁰¹ Die verkrijging valt in beginsel onder de reikwijdte van de juridische fusievrijstelling. Uit de bewoordingen van van Straaten valt op te maken dat het niet zonder meer is gezegd dat de verkrijging van aandelen in de verkrijgende OZR ook onder de reikwijdte valt van de vrijstelling.¹⁰² De reden daarvan is van Straaten expliciet opmerkt dat het zijns inziens onder de reikwijdte van de vrijstelling valt maar geeft daarbij niet aan dat dit een wetmatigheid is. De doorkijkbenadering zal echter geen rol spelen in die discussie. De reden daarvan is dat die discussie niet samenhangt met de doorkijkproblematiek. De doorkijkbenadering heeft immers betrekking op het verkrijgingsobject. Daarbij komt dat in onderdeel 4.1.1 is gebleken dat de juridische fusievrijstelling geen knelpunten kent waarvoor de doorkijkbenadering een oplossing zou kunnen bieden, waardoor de tegenprestatie dus ook niet wordt geraakt. De doorkijkbenadering zal dus geen invloed hebben op de tegenprestatie door de verkrijger aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap indien de juridische fusievrijstelling wordt toegepast.

4.1.3 De voorwaarden

De doorkijkbenadering zal een geringe invloed hebben op de uitwerking van de (ontbindende) voorwaarden van de juridische fusievrijstelling. Voor zowel de aanhoudingseisen als voor de vervreemdingseis zal gelden dat de doorkijkbenadering van geringe invloed is. Bekijk namelijk de aanhoudingseisen van het tweede lid.¹⁰³ In onderdeel a wordt aangegeven dat voor de aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap een vervreemdingsverbod geldt van drie jaar voor de verkregen aandelen in de verkrijgende vennootschap, indien die verdwijnende vennootschap kwalificeert als OZR.¹⁰⁴ De doorkijkbenadering zal daarin geen rol spelen, omdat de doorkijkbenadering verder ook geen rol speelt bij de verkrijging en bovendien is hier sprake van een heldere aanhoudingseis. Voor diezelfde aandeelhouder geldt dat indien de verkrijgende vennootschap een OZR is en die aandeelhouder tenminste een derde gedeelte verkrijgt, er een vervreemdingsverbod geldt op de verkregen aandelen.¹⁰⁵ Daarbij geldt overigens niet dat de verdwijnende vennootschap een OZR hoeft te zijn. Via dezelfde redenering als voor de voorwaarden bij onderdeel a van dat lid, zal ook voor overige

¹⁰¹ Art. 4 lid 1 sub a WBR; zie ook art. 4 lid 3 WBR.

¹⁰² Van Straaten 2016, par. 360.

¹⁰³ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 2 UB WBR.

¹⁰⁴ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 2 onderdeel a UB WBR.

¹⁰⁵ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 2 onderdeel c UB WBR.

voorwaarden in lid twee de doorkijkbenadering geen rol van betekenis spelen. In de onderdelen b en d van het tweede lid wordt ook een aanhoudingseis gelegd op de aandelen van de verkrijgende vennootschap.¹⁰⁶ Voor deze aanhoudingseisen geldt eveneens dat de doorkijkbenadering geen invloed zal hebben op de aanhoudingseisen.

Verder kent de juridische fusievrijstelling een algemene voortzettingseis waar niet voor is vereist dat een van de partijen kwalificeert als OZR. De voortzettingseis houdt in dat verkrijgende vennootschap moet ingeval van een juridische fusie de activiteiten van de fuserende vennootschappen voortzetten indien de juridische fusievrijstelling is toegepast.¹⁰⁷ De doorkijkbenadering speelt hierin eveneens geen rol omdat de bij de juridische fusie sprake is van een verkrijging onder algemene titel. In onderdeel 4.1.1 is al geschetst dat de doorkijkproblematiek voor deze vrijstelling dan ook niet aan de orde is. In het derde doorkijkarrest was namelijk onder andere in geschil of de vennootschap de onderneming kon voortzetten, omdat voor de bedrijfopvolgingsvrijstelling de voortzettingseis rust op de natuurlijk persoon die de onderneming verkrijgt. De juridische fusie kent dat probleem niet. De juridische fusie vindt namelijk per definitie plaats tussen rechtspersonen en daarbij geldt dat de verkrijgende rechtspersoon de activiteiten van de verkregen vennootschap moet voortzetten voor de duur van drie jaar. Vanwege de generieke definitie 'activiteiten' en doordat onder algemene titel wordt verkregen, zal de doorkijkbenadering in dezen niets betekenen voor de juridische fusievrijstelling.

4.1.4 Bevindingen

In deze paragraaf is naar voren gekomen dat de doorkijkbenadering nagenoeg geen invloed zal hebben op de juridische fusievrijstelling waardoor de reikwijdte van de doorkijkbenadering voor deze vrijstelling zeer beperkt is. Allereerst is naar voren gekomen dat het object van de vrijstelling geen invloed zal ondervinden van de doorkijkbenadering. De reden daarvan is dat een juridische fusie een overgang is onder algemene titel. De vraag of een rechtstreekste verkrijging zou zijn vrijgesteld is dus niet aan de orde, omdat alle onder algemene titel (fictieve) onroerende zaken zijn vrijgesteld via de juridische fusievrijstelling. De doorkijkbenadering heeft daar dus geen invloed op. In de tweede plaats is naar voren gekomen dat de tegenprestatie geen invloed ondervindt van de doorkijkbenadering omdat de doorkijkbenadering ook geen rol speelt bij het object. De tegenprestatie wordt dus evenmin beïnvloedt door de doorkijkbenadering. Als laatste is naar voren gekomen dat de voorwaarden van de al zo zijn geformuleerd dat die een brede reikwijdte hebben waardoor het in cassatie zijnde knelpunt van de voortzetting ook geen knelpunt is. De doorkijkbenadering zal dus ook niet de voorwaarden raken van de juridische fusievrijstelling, mede omdat het object geen invloed ondervindt van de doorkijkbenadering. Immers als er geen andere invulling ontstaat naar aanleiding van de doorkijkbenadering, dan zullen de voorwaarden die daaraan kleven ook niet anders worden ingevuld.

¹⁰⁶ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 2 onderdeel a UB WBR jo. art. 5bis lid 2 onderdeel a UB WBR.

¹⁰⁷ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5bis lid 3 UB WBR.

4.2 De bedrijfsfusievrijstelling en de doorkijkbenadering

De bedrijfsfusievrijstelling valt net als de juridische fusievrijstelling onder het toepassingsbereik van de doorkijkbenadering. Het is om die reden relevant om te bekijken wat de invloed is van de doorkijkbenadering op de verschillende onderdelen van de bedrijfsfusievrijstelling naar aanleiding van het derde doorkijkarrest. Dit onderdeel zal allereerst de invloed van de doorkijkbenadering op het object van de bedrijfsfusievrijstelling onderzoeken. Vervolgens zal de tegenprestatie van de verkrijger aan de inbrenger worden behandeld. Verder zullen de voorwaarden van de bedrijfsfusievrijstelling worden belicht.

4.2.1 Het object

De bedrijfsfusievrijstelling stelt kortgezegd vrij, de verkrijging van onroerende zaken die zijn overgedragen in het licht van een inbreng van tenminste een zelfstandig onderdeel van een materiële onderneming.¹⁰⁸ Onder het begrip van onderneming valt strikt tekstueel gezien niet de verkrijging van aandelen, maar slechts de verkrijging van de objectieve onderneming.¹⁰⁹ Aandelen in een vennootschap kwalificeren derhalve zonder beroep op de doorkijkbenadering niet als een onderneming. Deze stelling is bevestigd in het arrest HR 29 maart 1995 en dit was dan ook het stramien tot aan de komst van de doorkijkarresten. In de casus uit 1995 werd een belang van 100% in een vennootschap die een materiële onderneming ingebracht in een OZR. Vervolgens wees de Hoge Raad de bedrijfsfusievrijstelling af omdat onder andere werd gesteld dat de inbreng van fictieve onroerende zaken toentertijd niet kwalificeerde als de inbreng van onroerende zaken die onderdeel zijn van (en dienstbaar zijn aan) een materiële onderneming.¹¹⁰ Als in plaats van de aandelen de materiële onderneming zelf zou zijn ingebracht dan zou (afgezien van het leerstuk van *fraus legis*) de bedrijfsfusievrijstelling van toepassing zijn geweest. Van Straaten merkte overigens bij deze casus al op dat de inbreng van een 100% pakket van fictieve onroerende zaken onder voorwaarden zou kunnen kwalificeren als onderneming.¹¹¹ In het derde doorkijkarrest deed zich een vergelijkbare situatie voor. Belanghebbende verkreeg namelijk 100% van de aandelen die kwalificeerde als fictieve onroerende zaken in een OZR die een materiële onderneming dreef. De bedrijfsopvolgingsvrijstelling¹¹² zou in dat geval van toepassing zijn geweest indien de onderneming rechtstreeks zou zijn verkregen, in plaats van de aandelen. De Hoge Raad kende dan ook in het arrest van 30 november de vrijstelling toe vanwege doorkijkbenadering.¹¹³

Analoog aan die interpretatie van de doorkijkbenadering zou de inbreng van een 100% belang in een OZR die een materiële onderneming drijft binnen de reikwijdte vallen van de bedrijfsfusievrijstelling. Allereerst is voor de doorkijkbenadering van belang dat een rechtstreekse verkrijging onder een art. 15 WBR de vrijstelling zou vallen. Stel dat geen 100%

¹⁰⁸ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a lid 1 UB WBR.

¹⁰⁹ Van Straaten 2016, par. 332.

¹¹⁰ HR 29 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1558, *BNB* 1995/160; zie ook van Straaten 2016, par. 331.

¹¹¹ Van Straaten 2016, par. 331.

¹¹² Art. 15 lid 1 sub b WBR.

¹¹³ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.3; zie ook HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.4.

aandelenpakket zou worden ingebracht, maar de volledige materiële onderneming inclusief de onroerende zaken die onderdeel zijn van die onderneming en daar dienstbaar aan zijn. In dat geval zou de bedrijfsfusievrijstelling kunnen worden toegepast omdat immers de volledige materiële onderneming wordt ingebracht. De inbreng van een 100% belang in een OZR kwalificeert strikt genomen niet als een de inbreng van een materiële onderneming. De doorkijkbenadering zorgt er in dezen voor dat de inbreng van het 100% belang in de OZR die een materiële onderneming drijft, ook onder de reikwijdte zal vallen van het vrijstellingsobject van de bedrijfsfusievrijstelling. In het derde doorkijkarrest is immers overwogen dat met de antiontgaansbepaling van art. 4 WBR niet is beoogd belastingheffing te creëren, daar waar een rechtstreekse verkrijging zou zijn vrijgesteld. In dit geval zou die rechtstreekse verkrijging zijn vrijgesteld en derhalve zou de inbreng van een 100% belang in een OZR die een materiële onderneming drijft ook zijn vrijgesteld door middel van een beroep op de doorkijkbenadering.

Een groter knelpunt voor de bedrijfsfusievrijstelling in relatie tot de doorkijkbenadering zit in het geval wanneer niet het gehele belang van 100% in een OZR die een materiële onderneming drijft wordt ingebracht, maar slechts van een gedeeltelijk belang. Voor toepassing van de bedrijfsfusievrijstelling is namelijk vereist dat een volledige onderneming of een zelfstandig onderdeel van die onderneming wordt ingebracht. Ingeval sprake is van de inbreng van een 100% aandelenbelang is duidelijk dat het uiteindelijk op hetzelfde neerkomt als het inbrengen van de gehele onderneming zelf, afgezien van de gekozen vorm van de overdracht. Immers geldt voor beide inbreng vormen dat de gehele onderneming c.q. het belang daarin wordt verkregen door de verkrijger. Indien slechts een gedeelte van het belang in de OZR met de materiële onderneming wordt ingebracht kan niet zonder meer worden gesteld dat dat hetzelfde is als de inbreng van een zelfstandig onderdeel van een onderneming. Aandelen behelzen namelijk niet een specifiek onderdeel van een onderneming. Om die reden kan dus geen sprake zijn van de inbreng van (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming ingeval een belang fictieve onroerende zaken welke kleiner is dan 100%, wordt ingebracht. Er wordt daarom ook niet toegekomen aan het toetsingscriterium dat of een rechtstreekse verkrijging zou zijn vrijgesteld. Een beroep op de doorkijkbenadering zal dus geen invloed hebben op de gevolgen van de inbreng van een gedeeltelijk belang in een OZR die een materiële onderneming drijft. Immers kan niet worden gesteld dat het inbrengen van een gedeeltelijk belang in een OZR die een materiële onderneming drijft hetzelfde is als de inbreng van een (zelfstandig onderdeel van de) onderneming. Oftewel, de inbreng van fictieve onroerende zaken die een belang vormen dat kleiner is dan 100%, zal niet vallen onder de reikwijdte van de bedrijfsfusievrijstelling en de doorkijkbenadering.

4.2.2 De tegenprestatie

De tegenprestatie door de verkrijgende vennootschap aan de inbrengende vennootschap betreft in het geval van een bedrijfsfusie de toekenning van aandelen aan de inbrengende rechtspersoon. Indien de verkrijgende vennootschap die de aandelen uitreikt kwalificeert als OZR, dan is de verkrijging van die aandelen een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting als de verkrijger van die aandelen een belang van 1/3 of meer verkrijgt. Vanwege de

doorkijkbenadering kan een 100% belang in een vennootschap worden ingebracht. De verkrijgende vennootschap zal dan eigen aandelen toekennen aan de ingebrachte vennootschap. De doorkijkbenadering zal daar geen verandering in brengen. Voor de toepassing van de bedrijfsfusievrijstelling zal de verkrijgende vennootschap nog steeds aandelen toekennen aan de inbrenger ongeacht of de inbreng bestaat uit fictieve onroerende zaken of niet-fictieve onroerende zaken.

4.2.3 De voorwaarden

De doorkijkbenadering zal invloed hebben op tenminste een van de twee ontbindende voorwaarden die de bedrijfsfusievrijstelling rijk is. Allereerst kent de bedrijfsfusievrijstelling de ontbindende voorwaarde dat de inbrenger de aandelen die zijn verkregen vanwege de bedrijfsfusie niet mag vervreemden binnen een periode van drie jaar.¹¹⁴ Dit vervreemdingsverbod zal geen invloed ondervinden van de doorkijkbenadering. Immers zorgt de doorkijkbenadering ervoor dat de inbrenger ook fictieve onroerende zaken zou kunnen inbrengen en in ruil daarvoor aandelen krijgt toegekend van de verkrijger. De inbrenger wordt in dat geval dus nog steeds aandelen toegekend, waardoor het vervreemdingsverbod niet anders zal uitwerken.

De tweede ontbindende voorwaarde betreft een voortzettingseis die in tegenstelling tot het vervreemdingsverbod wel beïnvloed zal worden door de doorkijkbenadering. De verkrijger dient namelijk de onderneming voort te zetten, hetgeen bij de inbreng van de fictieve onroerende zaken strikt genomen niet de verkrijgende vennootschap is. De verkrijgende vennootschap verkrijgt immers slechts een pakket aandelen die kwalificeren als fictieve onroerende zaken en niet als onderneming. De doorkijkbenadering zorgt er voor dat dit geen obstakel vormt ingeval de verkrijging bestaat uit een 100% belang welke kwalificeren als fictieve onroerende zaken. In het derde doorkijkarrest was namelijk ook in geschil of de onderneming kon worden voortgezet door de vennootschap waarin de onderneming werd gedreven in plaats van de verkrijger. De Hoge Raad heeft daarover geoordeeld dat de voortzetting kan plaatsvinden door de vennootschap waarin de aandelen worden verkregen.¹¹⁵ De voortzetting van de onderneming zou dan in dat geval moeten plaatsvinden door de OZR waarvan de aandelen worden ingebracht in de verkrijgende vennootschap.

4.2.4 Bevindingen

De doorkijkbenadering heeft zoals aan het licht is gekomen in dit hoofdstuk invloed op de bedrijfsfusievrijstelling. De inbreng van een 100% aandelenpakket welke kwalificeren als fictieve onroerende valt met een beroep op de doorkijkbenadering ook onder het vrijstellingsobject. De OZR waarvan de aandelen worden ingebracht moet in dat geval nog steeds aan de voorwaarde voldoen dat de OZR een materiële onderneming drijft. De voortzettingseis behoort bij de inbreng van fictieve onroerende zaken hetzelfde te worden

¹¹⁴ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5a lid 3 UB WBR.

¹¹⁵ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.5.

geïnterpreteerd zoals dat in het derde doorkijkarrest het geval was. In het derde doorkijkarrest is namelijk overwogen dat de voortzetting kan geschieden door de vennootschap waarin het belang wordt gekregen. Verder is gebleken dat zowel de aanhoudingseis en de tegenprestatie niet worden geraakt door de doorkijkbenadering.

4.2.5 Aanbevelingen

De invloed van de doorkijkbenadering op de bedrijfsfusievrijstelling heeft als gevolg dat de inbreng van een 100% belang in een OZR onder de reikwijdte van de vrijstelling valt. In dat geval geldt naast de aanhoudingseis de eis dat de activiteiten moeten worden voortgezet door de verkrijger. Mijns inziens is het aan te bevelen om naast de aanhoudingseis voor de inbrenger en de voortzettingseis voor de verkrijger een aanhoudingseis op te leggen aan de verkrijger. De wetgever heeft namelijk met de voortzettingseis beoogd het staken van de onderneming tegen te gaan. Vanwege de doorkijkbenadering kunnen nu ook slechts aandelen worden verkregen in een OZR die een materiële onderneming drijft. Echter kan een aandelenpakket tekstueel niet worden voortgezet, maar slechts worden aangehouden. Om die reden pleit ik voor een aanhoudingseis voor de aandelen die kwalificeren als onroerende zaken die worden verkregen door de verkrijgende vennootschap. Die extra aanhoudingseis zou een extra lid betekenen voor de bedrijfsfusievrijstelling. De extra aanhoudingseis vertoont gelijkenis met de huidige aanhoudingseis van de juridische fusievrijstelling en de bedrijfsfusievrijstelling en zou als volgt kunnen luiden:

‘De belasting die door toepassing van artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de wet niet is geheven ter zake van een fusie is alsnog verschuldigd, indien de verkrijgende vennootschap binnen drie jaren na de fusie niet meer in het bezit is van alle bij of in verband met die fusie verkregen aandelen, welke aandelen kwalificeren als fictieve onroerende zaken in de zin van artikel 4, eerste lid, onderdeel a, van de wet .’¹¹⁶

Het lijkt mij daarnaast ook aan te bevelen de voortzettingseis een nadere andere invulling te geven. Klaarblijkelijk hecht wetgever aan een voortzettingseis die geldt voor de ingebrachte onderneming. De doorkijkbenadering brengt met zich mee dat ook voor wat betreft de voortzettingseis moet worden doorgekeken. In het kader van rechtszekerheid en simpliciteit zou de wetgever er goed aan doen om een extra voortzettingseis toe te voegen. Die eis zal dan specifiek gelden voor de voortzetting van de onderneming indien sprake is van de inbreng van fictieve onroerende zaken. Zodoende ontstaan er gelijksoortige eisen voor fictieve en niet-fictieve onroerende zaken. De extra voortzettingseis is overeenkomstig met de huidige voortzettingseis en zou bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden:

‘De belasting die door toepassing van artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de wet niet is geheven ter zake van een fusie is alsnog verschuldigd, indien de onderneming die gedreven wordt door een rechtspersoon die op het tijdstip van de fusie kwalificeert als een rechtspersoon als bedoeld in artikel 4, eerste lid, onderdeel a, van de wet, waarvan het volledige belang

¹¹⁶ Art. 5a lid 3 WBR; zie ook art. 5bis lid 2 sub a WBR.

*krachtens fusie wordt verkregen, niet gedurende een periode van ten minste drie jaren na de fusie door wordt voortgezet.*¹¹⁷

De laatste zinssnede zorgt er in samenhang met de aanhoudingseis die wordt toegevoegd ervoor dat de onderneming die wordt gedreven in de inbrengende vennootschap niet zonder terugneming van de vrijstelling kan worden vervreemd.

4.3 De interne reorganisatievrijstelling en de doorkijkbenadering

In deze paragraaf zal de invloed van de doorkijkbenadering op de interne reorganisatie vrijstelling worden belicht. De paragraaf zal allereerst belichten in hoeverre de doorkijkbenadering van invloed is op de verkrijging bij een met de interne reorganisatievrijstelling gefaciliteerde overdracht. Vervolgens zal worden gekeken naar de invloed van de doorkijkbenadering op de tegenprestatie van de verkrijgende vennootschap aan de overdragende vennootschap bij een interne reorganisatie. Als laatste zal worden gekeken naar de invloed van de doorkijkbenadering op de ontbindende voorwaarden van de interne reorganisatievrijstelling.

4.3.1 Het object

De interne reorganisatievrijstelling stelt vrij, de overdracht binnen concernverband van al dan niet (fictieve) onroerende zaken.¹¹⁸ Zoals onder andere blijkt uit het Compendium Overdrachtsbelasting door van Straaten, valt de verkrijging van fictieve onroerende al onder het object van de vrijstelling.¹¹⁹ De interne reorganisatie vrijstelling kent namelijk geen aanvullende vereisten aan het object dat bijvoorbeeld de overgedragen onroerende zaken een materiële onderneming zouden kunnen vormen en/of dat deze verplicht moet worden ingebracht. De verkrijging van fictieve onroerende zaken valt dus in het geval van de interne reorganisatievrijstelling in de huidige situatie al onder reikwijdte van het vrijstellingsobject. De vraag of een rechtstreekse verkrijging zou zijn vrijgesteld is dan ook niet aan de orde. De doorkijkbenadering zal om die reden dus geen bredere uitleg bieden voor het object van de interne reorganisatievrijstelling.

4.3.2 De tegenprestatie

De tegenprestatie bij de interne reorganisatievrijstelling kent niet dezelfde invulling als bij de overige in deze verhandeling genoemde vrijstellingen. De tegenprestatie van de interne reorganisatievrijstelling kent namelijk geen nadere invulling zoals bijvoorbeeld de bedrijfsfusie die wel kent. De (vorm van de) tegenprestatie is namelijk voor wat betreft de interne reorganisatievrijstelling namelijk geen wetmatigheid. De verkrijgende vennootschap heeft derhalve legio mogelijkheden om een (eventuele) tegenprestatie vorm te geven, denk

¹¹⁷ Art. 5a lid 4 WBR; zie ook art. 5bis lid 2 sub a WBR.

¹¹⁸ Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b lid 1 UB WBR.; zie ook Art. 15 lid 1 sub h WBR jo. art. 5b lid 10 UB WBR.

¹¹⁹ Van Straaten 2016, par. 340.

bijvoorbeeld aan een uitreiking van aandelen of een geldbedrag. De interne reorganisatievrijstelling kent op dat vlak daarom ook geen knelpunten die relevant zijn voor deze verhandeling, waar de doorkijkbenadering wellicht invloed op zou kunnen hebben. Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat de doorkijkbenadering geen invloed heeft op het vrijstellingsobject van de vrijstelling. De tegenprestatie van de interne reorganisatie zal dan ook niet anders uitpakken als gevolg van de doorkijkbenadering.

4.3.3 De voorwaarden

De doorkijkbenadering heeft ook op de voorwaarden van de interne reorganisatie slechts een beperkte invloed. De reden daarvan is zoals bij de behandeling van het object al naar voren is gekomen dat fictieve onroerende zaken zonder toepassing van de doorkijkbenadering al onder het object van de vrijstelling vallen. De wetgever heeft dan ook niet nagelaten om het een en ander vervreemdings- en voortzettingseisen op te nemen in wetstekst. De wetgever gebruikt voor die eisen het concept van de eerste vennootschap binnen een concern. De eerste vennootschap moet allereerst tenminste het nagenoeg gehele belang behouden in zowel de overdragende als de verkrijgende vennootschap. Indien er geen eerste vennootschap is, dan geldt dat de overdrager nagenoeg het gehele belang in de verkrijger voor de duur van drie jaar moet aanhouden. Ik zie hier geen mogelijke knelpunten of oplossingen voor discussiepunten die zich voor kunnen doen bij de toepassing voorwaarden van de interne reorganisatievrijstelling als gevolg van de doorkijkbenadering. De reden daarvan is dat het object van de vrijstelling ongewijzigd blijft, waardoor de voorwaarden ook niet anders zouden moeten worden toegepast. Ik zie eveneens geen andere uitwerking voor de voortzettingseis van de oud-onroerend-goedregeling die de interne reorganisatievrijstelling kent. Die specifieke voortzettingseis spreekt van de voortzetting van een onderneming of van de activiteiten. De doorkijkbenadering zal hier ook geen invloed op hebben omdat zoals benoemd de verkrijging van fictieve onroerende zaken onder al onder het verkrijgingsobject van de vrijstelling wordt geschaard. De voortzettingseis van de oud-onroerend-goedregeling zal dus niet worden beïnvloed door de doorkijkbenadering.

4.3.4 Bevindingen

In deze paragraaf is naar voren gekomen dat de doorkijkbenadering een geringe invloed zal hebben op de interne reorganisatievrijstelling. Bij de behandeling van het object is in de eerste plaats naar voren gekomen dat indien sprake is van een concern dat het niet uitmaakt of het object bestaat uit fictieve of niet-fictieve onroerende zaken. De reden daarvan is dat de interne reorganisatievrijstelling binnen concern geen aanvullende voorwaarden kent voor de (fictieve) onroerende zaken die worden overgedragen. De verkrijging kan dus bestaan uit een losse onroerende zaak die binnen concern wordt overgedragen, of uit een pakket fictieve onroerende zaken. De vraag of een rechtstreekse verkrijging zou zijn vrijgesteld, speelt dus niet. De doorkijkbenadering zal daar dus geen verandering in brengen. In de tweede plaats is naar voren gekomen dat de tegenprestatie van de verkrijger aan de overdrager geen wetmatigheid betreft bij de toepassing van de interne reorganisatievrijstelling. De

doorkijkbenadering zal dus geen invloed hebben op die tegenprestatie omdat die tegenprestatie immers niet voortvloeit uit de wetstekst. Daarbij komt ook dat het object van de interne reorganisatievrijstelling niet wordt geraakt door de door de doorkijkbenadering waardoor de tegenprestatie dan ook niet anders zal uitwerken. In de laatste plaats is belicht of de voorwaarden voor de toepassing van de interne reorganisatie beïnvloed worden door de doorkijkbenadering. In dat laatste onderdeel is naar voren gekomen dat die voorwaarden niet anders zullen geïnterpreteerd. De reden daarvan is dat zoals benoemd de doorkijkbenadering niet van invloed is op het object van de interne reorganisatievrijstelling, waardoor de voorwaarden geen andere interpretatie behoeven.

4.4 De juridische splitsingsvrijstelling en de doorkijkbenadering

De juridische splitsingsvrijstelling is een vrijstelling die ten doel heeft om de verkrijging van onroerende zaken vrij te stellen die zijn verkregen vanwege een splitsing. Deze paragraaf zal aandacht besteden aan de invloed van de doorkijkbenadering op een aantal onderdelen van de juridische splitsingsvrijstelling. In de eerste plaats zal de invloed van de doorkijkbenadering op het object van de vrijstelling worden onderzocht. Vervolgens zal worden onderzocht wat de invloed van de doorkijkbenadering is op de tegenprestatie die de verkrijgende vennootschap/vennootschappen levert/leveren. Afsluitend zal naar de invloed van worden gekeken van de doorkijkbenadering op de voorwaarden van de juridische splitsing.

4.4.1 Het object

De juridische splitsingsvrijstelling stelt de bij wege van splitsing verkregen onroerende zaken vrij. De doorkijkbenadering heeft waarschijnlijk geen grote gevolgen voor het object van de vrijstelling van zowel de zuivere splitsing als de afsplitsing. Stel namelijk dat een vennootschap op grond van zakelijke motieven onder andere een 50% aandelenpakket in een OZR zou willen afsplitsen. De verkrijgende vennootschap verkrijgt dan onder algemene titel fictieve onroerende zaken vanwege een splitsing. Die verkrijging is net zoals niet-fictieve onroerende zaken vrijgesteld omdat er sprake is van een verkrijging van onroerende zaken krachtens splitsing, onder algemene titel. Bovendien geeft de letterlijke wetstekst aan dat de verkrijging vanwege een splitsing is vrijgesteld en daarbij worden fictieve onroerende zaken dus niet uitgesloten. De vraag of een rechtstreekse verkrijging van de onroerende zaken zou zijn vrijgesteld, is dus niet aan de orde. De verkrijging van fictieve onroerende valt zoals benoemd al onder de reikwijdte van de vrijstelling waardoor geen knelpunt aan de orde is waar de doorkijkbenadering van invloed op is. De doorkijkbenadering zal dus geen invloed hebben op het verkrijgingsobject van de juridische splitsingsvrijstelling.

4.4.2 De tegenprestatie

Indien sprake is van een (af)splitsing vindt als gevolg daarvan een uitreiking plaats van aandelen door de verkrijgende vennootschap aan de splitsende vennootschap of aan de

aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap. De verkrijging van de aandelen die worden uitgereikt door de verkrijgende vennootschap kan een belastbaar feit zijn voor de overdrachtsbelasting. Dat belastbare feit doet zich voor indien de verkrijgende vennootschap kwalificeert als een OZR en als de aandeelhouders die de aandelen verkrijgen een kwalificerend belang verkrijgen in de zin van art. 4 WBR in de OZR. De vraag is of in dat geval de splitsingsvrijstelling van toepassing op die verkrijging is en of de doorkijkbenadering daar een rol in zou kunnen spelen.

Het is namelijk momenteel geen gegeven dat de verkrijging van die fictieve onroerende zaken als tegenprestatie onder de splitsingsvrijstelling valt. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Gelderse rechtbank welke is gedaan na de doorkijkarresten. In de casus bij de rechtbank deed belastingplichtige een beroep op de splitsingsvrijstelling. Belastingplichtige verkreeg namelijk een aanmerkelijk belang in een OZR door de tegenprestatie van een splitsing. De rechtbank stelde belastingplichtige in het ongelijk met het argument dat in de parlementaire geschiedenis naar voren is gekomen dat de verkrijging van aandelen in de verkrijgende OZR niet onder de reikwijdte valt van de splitsingsvrijstelling. Mijns inziens is dat een merkwaardige uitspraak gelet op het beleidsbesluit van 25 mei 2018 waar deze verkrijging onder voorwaarden ook onder de vrijstelling kan vallen.¹²⁰

De doorkijkbenadering zal voor wat betreft die discussie over de tegenprestatie waarschijnlijk geen uitkomst bieden. De reden daarvan is dat het een discussie betreft over de reikwijdte van de splitsingsvrijstelling zelf en niet over de reikwijdte van de doorkijkbenadering. Verder speelt de doorkijkbenadering ook geen rol bij het object van de splitsingsvrijstelling, waardoor de tegenprestatie ook niet geraakt zal worden.

4.4.3 Voorwaarden

De voorwaarden van de splitsingsvrijstelling zullen eveneens weinig invloed ondervinden van de doorkijkbenadering. In het derde doorkijkarrest is overwogen dat het geen probleem vormt dat de vennootschap de onderneming voortzet, anders dan de verkrijger. De splitsingsvrijstelling kent geen dergelijke problematiek. Voor de splitsingsfaciliteit is namelijk de zakelijkheid van de splitsing van belang. Die zakelijkheid wordt ingevuld door een tweetal rechtsvermoedens in de wetstekst. Allereerst moet een belastingplichtige aannemelijk maken dat de splitsing niet is gericht op het uitstellen of ontgaan van heffing van overdrachtsbelasting. De doorkijkbenadering heeft niets met dat rechtsvermoeden van doen en derhalve zal de doorkijkbenadering daar geen invloed op hebben. Het tweede rechtsvermoeden houdt in dat de aandelen in de gesplitste c.q. de verkrijgende rechtspersoon gedurende drie jaar niet mogen worden vervreemd aan een niet verbonden lichaam in de zin van art. 10a VPB. De doorkijkbenadering geeft geen andere invulling aan die aanhoudingseis omdat de doorkijkbenadering er simpelweg los van staat. De doorkijkbenadering ziet namelijk op het object. Daarbovenop komt het feit het object van de splitsingsvrijstelling niet beïnvloed wordt door de doorkijkbenadering. Als gevolg daarvan zullen de voorwaarden dus ook niet

¹²⁰ Besluit van 25 mei 2018, nr. 2018-50124, *Stcrt.* 2018, nr. 30213.

worden geraakt door de doorkijkbenadering. De aanhoudingseis van de splitsingsvrijstelling zal dus eveneens niet worden beïnvloed als gevolg van de doorkijkbenadering.

4.4.4 Bevindingen

De juridische splitsingsvrijstelling zal weinig invloed ondervinden van de doorkijkbenadering. Zo is in dit hoofdstuk gebleken dat voor de juridische splitsingsvrijstelling geen knelpunt bestaat waarvoor de doorkijkbenadering een uitkomst kan bieden. De onroerende zaken worden namelijk ingeval van een splitsing onder algemene titel verkregen. Fictieve onroerende zaken worden daar in de huidige vorm van de splitsing al onder geschaard. De vraag of een rechtstreekse verkrijging zou zijn vrijgesteld is dus niet aan de orde. Het gevolg daarvan is dat de tegenprestatie van de verkrijgende vennootschap/vennootschappen aan de splitsende vennootschap of de aandeelhouders daarvan ook niet anders zal worden gezien door de doorkijkbenadering. Afsluitend is gekeken of de voorwaarden van de splitsingsvrijstelling worden geraakt door de doorkijkbenadering. In dit hoofdstuk is naar voren gekomen dat geen sprake is van een beïnvloeding van de voorwaarden van de splitsingsvrijstelling door de doorkijkbenadering. De reden daarvan is met name dat het object van de vrijstelling niet wordt beïnvloed door de doorkijkbenadering en dat daardoor de tegenprestatie en de voorwaarden dus ook niet worden beïnvloed.

5. Conclusie

In de voorbije jaren is het fiscale vastgoedlandschap geen onbewogen terrein gebleken. Onderwerpen die veel zijn gebezigd betreffen onder andere het vrijstellingsregime, de onroerendezaakrechtspersonen, de doorkijkbenadering maar met name een combinatie van die onderwerpen. Een aantal van de overdrachtsbelastingvrijstellingen zijn namelijk initieel niet geschreven voor situaties wanneer er sprake is van bijvoorbeeld een verkrijging van fictieve onroerende zaken in plaats van niet-fictieve onroerende zaken.

De interpretatie van de vrijstellingen binnen de overdrachtsbelasting was al enige tijd een discussiepunt binnen de vakliteratuur en de jurisprudentie. Een voorbeeld daarvan is het arrest HR 29 maart 1995, waar de Hoge Raad koos voor de strikte tekstuele toepassing van de in het geding zijnde vrijstelling. Pas in 2007 vond een kentering plaats voor wat betreft de vrijstellingsinterpretatie binnen de overdrachtsbelasting.

In 2007 werd door de Hoge Raad in het zogenoemde eerste doorkijkarrest overwogen dat de in geding zijnde vrijstelling van toepassing zou moeten zijn indien de rechtstreekse verkrijging van onroerende zaken ook zou zijn vrijgesteld. Tevens is daarbij overwogen dat de OZR-kwalificatie slechts een middel is om indirecte verkrijgingen in de heffing te betrekken en om misbruik te voorkomen. In 2011 zette de Hoge Raad de ingezette koers van 2007 voort en overwoog derhalve dat ook in de zaak van 2011 de vrijstelling met een beroep op de doorkijkbenadering van toepassing was. In de literatuur wordt het arrest van 10 juni 2011 dan ook het tweede doorkijkarrest genoemd.

In het derde doorkijkarrest wordt voortgeborduurd op de doorkijkbenadering zoals die eerder al in 2007 en 2011 naar voren is gekomen. Wederom werd overwogen dat de fictie van art. 4 WBR niet ten doel heeft om een verkrijging van fictieve onroerende zaken in de heffing te betrekken indien de overdracht van de onroerende zaken zelf zou zijn vrijgesteld vanwege een art. 15 WBR vrijstelling. Daarnaast werd in het derde doorkijkarrest overwogen dat de OZR zelf aan de voortzettingseis kan voldoen, in plaats van de verkrijger.

De formulering ‘*een vrijstelling ingevolge artikel 15 WBR*’¹²¹ doet vermoeden dat de Hoge Raad heeft bedoeld dat de doorkijkbenadering van toepassing is op alle in art. 15 WBR genoemde vrijstellingen. De doorkijkbenadering heeft derhalve ook gevolgen de fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling gehad. De gekozen formulering is namelijk erg generiek en dus is het van belang dat de reikwijdte en invloed van het derde doorkijkarrest werd onderzocht. Dat onderzoek is gedaan aan de hand van de als volgt geformuleerde onderzoeksvraag:

In hoeverre beïnvloedt de bredere uitleg van de doorkijkbenadering in arresten van de Hoge Raad van 30 november 2018, de fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling van de Wet op Belastingen van Rechtsverkeer 1970 en strookt die uitleg nog met het doel en de strekking van die vrijstelling?

De mate van invloed van de doorkijkbenadering op de fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling is kortgezegd wisselend te noemen. De doorkijkbenadering zal

¹²¹ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, r.o. 2.3.4.

namelijk alleen een significante invloed hebben op de bedrijfsfusiefusievrijstelling. De juridische fusievrijstelling, de interne reorganisatievrijstelling en de juridische splitsingsvrijstelling zullen nagenoeg niet worden beïnvloed als gevolg van de doorkijkbenadering.

De toepassing van de juridische fusievrijstelling zal niet worden beïnvloed als gevolg van de doorkijkbenadering. Bij de verkrijging krachtens een juridische fusie speelt namelijk de vraag niet of een rechtstreekse verkrijging van de onroerende zaken zou zijn vrijgesteld. Ingeval sprake is van een juridische fusie wordt namelijk verkregen onder algemene titel. De verkrijging onder algemene titel betekent dat geen onderscheid wordt gemaakt in hetgeen wordt verkregen omdat immers alles wordt verkregen. Om die reden bestaat er ook geen verschil tussen de fictieve en niet-fictieve onroerende zaken voor de toepassing van de juridische fusievrijstelling. De juridische fusievrijstelling biedt immers een vrijstelling voor de (fictieve) onroerende zaken die onderdeel zijn van het onder algemene titel verkregen vermogen. De doorkijkbenadering zal dus geen invloed hebben op het vrijstellingsobject omdat het onderscheid tussen fictieve en niet-fictieve onroerende zaken niet relevant is voor de toepassing van de juridische fusievrijstelling. Het object van de vrijstelling wordt niet beïnvloed door de doorkijkbenadering waardoor de tegenprestatie van de verkrijger aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap ook niet zal worden beïnvloed door de doorkijkbenadering. De (ontbindende) voorwaarden van de juridische fusievrijstelling zullen eveneens niet worden beïnvloed. Immers zullen de tegenprestatie en voorwaarden niet worden beïnvloed omdat het vrijstellingsobject ook niet wordt geraakt door de doorkijkbenadering. De doorkijkbenadering heeft dus nagenoeg geen invloed op de juridische fusievrijstelling waardoor de reikwijdte van de doorkijkbenadering voor deze vrijstelling slechts beperkt is. Er zal dan ook geen strijdigheid ontstaan als gevolg van het derde doorkijkarrest met het doel en de strekking van de vrijstelling. De reikwijdte en invloed van de doorkijkbenadering en het derde doorkijkarrest zijn immers slechts beperkt.

De bedrijfsfusievrijstelling is de vrijstelling die het meest zal worden beïnvloed door het derde doorkijkarrest en de doorkijkbenadering. Voor de toepassing van de bedrijfsfusievrijstelling is het namelijk vereist dat een materiële onderneming wordt ingebracht. Het gevolg daarvan is dat onroerende zaken vrijgesteld zouden kunnen worden verkregen indien die onroerende zaken onderdeel zijn van een onderneming en daar dienstbaar aan zijn. Daarentegen is dat niet mogelijk ingeval sprake is van de inbreng van fictieve onroerende zaken zonder een beroep op de doorkijkbenadering. De inbreng van aandelen die de kwalificeren als fictieve onroerende zaken zouden zonder toepassing van de doorkijkbenadering niet worden aangemerkt als inbreng van een onderneming. Het voorgaande geldt ook niet als de fictieve onroerende zaken aandelen zouden zijn in een vennootschap die een materiële onderneming drijft. De toepassing van de doorkijkbenadering zorgt er in dit geval voor dat de bedrijfsfusievrijstelling toch kan worden toegepast op de inbreng van een 100% aandelenbelang in een OZR die een materiële onderneming drijft. De rechtstreekse verkrijging van de gehele onderneming zou namelijk zijn vrijgesteld, dus dan zou deze verkrijging via een analoge interpretatie worden vrijgesteld. Immers is dit een vergelijkbaar geval zoals in het derde doorkijkarrest aan de orde was, waar ook fictieve onroerende zaken werden verkregen in plaats van de onderneming. Door doorkijkbenadering zorgt er dus in dezen voor dat de

inbreng van een 100% aandelenpakket in een OZR die een materiële drijft onder het vrijstellingsobject van de bedrijfsfusievrijstelling kan worden geschaard. Een belang kleiner dan 100% in hetzelfde als hiervoor genoemde geval zal daarentegen niet kwalificeren omdat er geen sprake is van de inbreng van een (zelfstandig deel van een) onderneming. Het inbrengen van bijvoorbeeld 50% van de aandelen in een OZR met een materiële onderneming is immers niet hetzelfde als de inbreng van een (zelfstandig) onderdeel van een onderneming. Daarentegen is de inbreng van 100% van het belang in een OZR die een materiële onderneming drijft vergelijkbaar met de inbreng van de gehele onderneming. Verder zal de vorm van de tegenprestatie in het geval van een bedrijfsfusie niet veranderen, de verkrijger kent immers nog steeds aandelen toe. De bedrijfsfusievrijstelling kent daarbij ook een tweetal voorwaarden waarvan slechts alleen de voortzettingseis zal worden beïnvloed als gevolg van de ruimere invulling van het vrijstellingsobject. De voortzettingseis vereist namelijk dat de verkrijger de onderneming voortzet, hetgeen niet tekstueel kan indien de verkrijger alleen een belang verkrijgt. In het derde doorkijkarrest heeft zich dit probleem ook voor gedaan maar daarover is gebleken dat de vennootschap zelf de onderneming kan voorzetten als de verkrijger alleen aandelen verkrijgt.

Verder is naar voren gekomen dat het aan is te bevelen om een extra aanhoudingseis en een voortzettingseis toe te voegen. Het doorkijken vergt dat er iets in een wet wordt gelezen wat er strikt tekstueel genomen niet staat. Om die reden kunnen er complicaties wat leesbaarheid betreft ontstaan en overigens ook qua rechtszekerheid. Het zou om die reden aan te raden zijn om een aanhoudingseis toe te voegen aan de bedrijfsfusievrijstelling indien de inbreng bestaat uit een pakket fictieve onroerende zaken. Op die manier kunnen de huidige aanhoudings- en voortzettingseis eer worden aangedaan. De extra vervreemdingseis die wordt opgelegd aan de verkrijger zorgt ervoor dat de verkrijger niet zonder meer de aandelen in de OZR zou kunnen vervreemden. De huidige vorm van de bedrijfsfusievrijstelling verbiedt namelijk alleen de staking van de onderneming omdat in de huidige vorm geen rekening is gehouden met de inbreng van fictieve onroerende zaken. Om die reden valt een extra aanhoudingseis aan te bevelen. Daarnaast is het voor bedrijfsfusievrijstelling vereist dat de verkrijger de onderneming voortzet. Vanwege de doorkijkbenadering kan die verkrijger ook slechts de aandelen verkrijgen en de onderneming worden voortgezet in de vennootschap waarin de onderneming in de eerste plaats al werd gedreven. Niettemin zou het de leesbaarheid, rechtszekerheid en de werking van de vrijstelling ten goede komen indien een lid wordt toegevoegd die ziet op een specifieke voortzettingseis indien sprake is van een verkrijging van fictieve onroerende zaken. Deze aanbevelingen zorgen ervoor dat eventuele strijdigheden met het doel en de strekking kunnen worden weggewerkt en verbeteren daarmee tevens de werking van de vrijstelling naar aanleiding van het derde doorkijkarrest.

De interne reorganisatievrijstelling is een vrijstelling genoemd in art. 15 WBR waardoor de doorkijkbenadering ook zal gelden voor deze vrijstelling. De toepassing van de interne reorganisatievrijstelling zal daarentegen echter niet anders worden ingevuld als gevolg van de doorkijkbenadering. De reden daarvan is dat afgezien van de concernvereisten, de interne reorganisatievrijstelling minder voorwaarden kent voor wat verkregen dient te worden of wat de invulling van de tegenprestatie zou moeten zijn. De vrijstelling kent namelijk voor wat betreft het object geen aanvullende eisen, zo hoeft er bijvoorbeeld onder andere geen sprake

te zijn van een verkrijging van onroerende zaken die onderdeel zijn van een onderneming. De verkrijging van fictieve onroerende zaken wordt dan ook niet nadeliger behandeld dan de niet-fictieve onroerende zaken voor de interne reorganisatievrijstelling. Er hoeft dus ook niet gekeken te worden of de rechtstreekse verkrijging zou zijn vrijgesteld. De doorkijkbenadering heeft derhalve dan ook geen invloed op het object van de interne reorganisatievrijstelling. De tegenprestatie aan de overdrager kent in het geval van de tegenprestatie geen vaste vorm, de doorkijkbenadering zal daar dan ook geen verandering in brengen. De interne reorganisatie kent verder in de huidige vorm al legio voorwaarden en uitzonderingen, de doorkijkbenadering zal daar evenmin invloed op hebben omdat het object niet wordt beïnvloed. De tegenprestatie en de voorwaarden zullen dan ook niet worden beïnvloed door de doorkijkbenadering. De interne reorganisatie zal dus niet, tot nauwelijks worden beïnvloed door de doorkijkbenadering waardoor de doorkijkbenadering dus een beperkte reikwijdte heeft voor wat betreft de interne reorganisatievrijstelling. Ik constateer om die reden dan ook geen strijdigheid met het doel en de strekking van de interne reorganisatievrijstelling.

De juridische splitsingsvrijstelling is de laatste vrijstelling die is belicht in deze verhandeling. De juridische splitsingsvrijstelling zal een geringe invloed ondervinden als gevolg van de doorkijkbenadering. Het object van de splitsingsvrijstelling zal namelijk niet anders worden opgevat. De splitsing geschiedt net als de juridische fusie onder algemene titel. De (fictieve) onroerende zaken die onderdeel zijn van het vermogen gaan/gaat dus over op de verkrijger(s). De splitsing stelt de verkrijging krachtens splitsing vrij waardoor de fictieve onroerende zaken ook onder het vrijstellingsobject worden geschaard. Fictieve onroerende zaken worden dus bij toepassing van de splitsingsvrijstelling niet nadeliger behandeld dan niet-fictieve onroerende zaken. Het is dus niet vanwege de doorkijkbenadering dat de fictieve onroerende zaken kwalificeren als vrijstellingsobject, maar vanwege de splitsingsvrijstelling zelf. De constatering dat het object niet wordt beïnvloed door doorkijkbenadering leidt ertoe dat ook de tegenprestatie van de verkrijger en de voorwaarden ongemoeid zullen blijven. De invloed van de doorkijkbenadering op de juridische splitsingsvrijstelling is dus zeer klein, waardoor de reikwijdte van de doorkijkbenadering voor deze vrijstelling ook beperkt is. Vanwege die geringe invloed zie ik geen aanleiding waardoor de doorkijkbenadering voor de splitsingsvrijstelling strijdig zou zijn met het doel en die strekking van die vrijstelling.

Concluderend beïnvloedt de doorkijkbenadering de gehele fusie-, splitsings- en interne reorganisatievrijstelling van de overdrachtsbelasting. De invloed van de doorkijkbenadering varieert daarentegen per onderdeel van de vrijstelling, waar de invloed het grootst zal zijn op de bedrijfsfusievrijstelling en de rest van de vrijstellingen tamelijk ongemoeid zal blijven. In hoeverre de doorkijkbenadering resulteert in een strijdigheid met het doel en de strekking van een vrijstelling is eveneens wisselend. De doorkijkbenadering zal bijvoorbeeld geen strijdigheid opleveren met het doel en de strekking van de wet van de interne reorganisatievrijstelling, terwijl dat bij de bedrijfsfusievrijstelling wel zo zou kunnen zijn. Mijns inziens valt het in het algemeen aan te bevelen aan de wetgever om meer duidelijkheid te scheppen in het vrijstellingsregime van de overdrachtsbelasting. De wetgever zou de vrijstellingen gelijk kunnen trekken met de fusie- en splitsingsfaciliteiten van de vennootschapsbelasting, zoals al deels is gedaan. Een andere optie voor de wetgever is om expliciet in de wetstekst op te nemen of bepaalde (vormen van) verkrijgingen expliciet wel of

niet binnen de reikwijdte van een vrijstelling vallen. Een combinatie van die aanbevelingen is ook niet ondenkbaar. In dat geval zou het de wetgever er goed aan doen om eventuele interpretatieverschillen kenbaar te maken in het kader van de eenvoud en de rechtszekerheid. Maar bovenal, verduidelijk en versimpel waar mogelijk het vrijstellingsregime van de overdrachtsbelasting, dat is waar de praktijk behoefte aan heeft.

Literatuurlijst

Boeken

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Belastingen van rechtsverkeer, Deventer: Wolters Kluwer.

J.C. van Straaten, *Compendium Overdrachtsbelasting*, SDU 2016.

M.T.E. Robben, *Overdrachtsbelasting en onroerendezaaklichamen (FED Fiscale Brochures)*, Deventer: Kluwer 2006.

R.P.C.W.M. Brandsma & R.J. de Vries, *Splitsing: een fiscale analyse van de regeling sinds 2001*, Deventer: Kluwer 2001.

Y.E. Gassler, M.I.M. van Kempen, D. van Laren & J. Verbaan, *Cursus Belastingrecht Overdrachtsbelasting*, SDU 2019.

Artikelen

A. Rozendal, '*Bedrijfsopvolgingsvrijstelling van toepassing op de verkrijging van fictieve onroerende zaken I*', NTFR 2018/2779.

A. Rozendal, '*Interpretatiekwesties in de overdrachtsbelasting*', NTFR 2018/1461.

G.C. van der Burgt, '*Juridische fusie en overdrachtsbelasting: het kan eenvoudiger én beter!*', WPNR 2018/7207.

J.H. Elink Schuurman, '*De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting: tijd voor een revisie!*', WPNR 2015/7060.

M.T.E. Robben, '*Onleesbare (overdrachtbelasting-)regelgeving*', V-N 2014/12.0.

Y.E. Gassler, *Heffing van overdrachtsbelasting bij verkrijging van aandelen* (Fiscale monografieën, nr. 117), Deventer: Kluwer 2006.

Conclusies

Conclusie A-G Wattel, 16 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:394.

Conclusie A-G Wattel, 30 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:615.

Besluiten

Besluit van 20 december 2007, nr. DB2007/630, *Stb.* 2007, 573.

Besluit van 22 december 2011, *Stb.* 2011, 677.

Besluit van 25 mei 2018, nr. 2018-50124, *Stcrt.* 2018, nr. 30213.

Rechtbank

Rb Gelderland 27 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:822.

Gerechtshof

Hof Arnhem-Leeuwarden 16 augustus 2007, ECLI:NL:GHARL:2017:6787.

Hoge Raad

HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7580.

HR 19 december 1990, nr. 26 536, BNB 1991/52, m.nt. G. Laeijendecker.

HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AU8559.

HR 29 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1558, *BNB* 1995/160.

HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2110, FutD 2018-3147, m.nt. Fiscaal up to Date; NTFR 2018/2779, m.nt. dr. A. Rozendal; V-N 2018/65.13, m.nt. Redactie; NLF 2018/2667, m.nt. Yves Gassler; FED 2019/24, m.nt. J.H.M. ARTS; BNB 2019/37, m.nt. J.C. VAN STRAATEN.

HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2200, FutD 2018-3147, m.nt. Fiscaal up to Date; NTFR 2018/2780, m.nt. Mr. D.C. Simonis; V-N 2018/65.14, m.nt. Redactie; NLF 2018/2668, m.nt. Yves Gassler.