

De rechtvaardigheid van de verschillen tussen de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting en in de overdrachtsbelasting

Bachelor Fiscale Economie

Auteur: Lasse Fröberg

Studentnummer: 482219

Scriptiebegeleider: drs. M.J.A.M. (Michael) van Gijlswijk

Tweede Beoordelaar:

Datum definitieve versie: 14 augustus 2021

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

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
1.1 Aanleiding.....	3
1.2 Probleemstelling.....	3
1.3 Opbouw	4
1.4 Afbakening	5
2. De juridische fusiefaciliteiten in de vennootschapsbelasting en in de overdrachtsbelasting	6
2.1 Inleiding.....	6
2.2 Doel juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting.....	6
2.3 Voorwaarden juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting afgezet tegen de aard van de vennootschapsbelasting.....	9
2.3.1 Subject	9
2.3.2 Object.....	10
2.3.3 Antiontgaansbepaling juridische fusiefaciliteit	11
2.3.3.1 Algemeen.....	11
2.3.3.2 In overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing	11
2.3.3.3 Zakelijke overwegingen.....	13
2.4 Doel juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting.....	14
2.5 Voorwaarden voor de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting afgezet tegen de aard van de overdrachtsbelasting.....	16
2.5.1 Algemeen	16
2.5.2 Hoofdzakelijk zakelijke overwegingen.....	17
2.5.3 Aanhoudingseis.....	19
2.5.4 Voortzettingseis	20
2.5.5 Ontgaan van belastingheffing.....	21
2.6 Verschillen tussen de juridische fusiefaciliteiten	22
2.6.1 Subject	22
2.6.2 Object.....	23
2.6.3 Antimisbruikbepaling.....	23
2.7 Deelconclusie.....	25
3. De juridische splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting en in de overdrachtsbelasting	26
3.1 Inleiding.....	26
3.2 Doel juridische splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting	26
3.3 Voorwaarden voor de juridische splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting afgezet tegen de aard van de vennootschapsbelasting.....	28
3.3.1 Subject	28
3.3.2 Object.....	28
3.3.3 Antiontgaansbepaling.....	29
3.3.3.1 Algemeen.....	29
3.3.3.2 Ontgaan of uitstellen van belastingheffing	29
3.3.3.3 Eerste bewijsvermoeden.....	31
3.3.3.4 Tweede bewijsvermoeden	32
3.4 Doel Juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting	34
3.5 Voorwaarden juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting afgezet tegen de aard van de overdrachtsbelasting.....	35
3.5.1 Algemeen	35

3.5.2 Antimisbruikbepaling	36
3.6 <i>Verschillen tussen de juridische splitsingsfaciliteiten</i>	38
3.6.1 Subject	38
3.6.2 Object	39
3.6.3 Antimisbruikbepaling	39
3.7 <i>Deelconclusie</i>	40
4. Aanbevelingen	41
4.1 <i>Inleiding</i>	41
4.2 <i>Aanbevelingen juridische fusiefaciliteit</i>	41
4.3 <i>Aanbevelingen juridische splitsingsfaciliteit</i>	43
4.4 <i>Algemene aanbeveling</i>	44
4.5 <i>Alternatieve methode</i>	44
4.6 <i>Deelconclusie</i>	45
5. Conclusie	46
5.1 <i>Inleiding</i>	46
5.2 <i>Beantwoording van de deelvragen</i>	46
5.3 <i>Beantwoording hoofdvraag</i>	48
Literatuurlijst	49
Jurisprudentielijst	52
Kamerstukken	53

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Fusies en splitsingen komen veel voor in de praktijk. Hierbij wordt vermogen binnen een bedrijf samengebracht of afgescheiden. Bij deze gebeurtenissen kan er sprake zijn van de heffing van vennootschapsbelasting. De op dat moment gerealiseerde stille reserves en goodwill binnen de onderneming kunnen worden belast. Daarnaast kan er sprake zijn van de heffing van overdrachtsbelasting. Dit speelt wanneer onroerende zaken worden verkregen.

Zowel de vennootschapsbelasting als de overdrachtsbelasting kennen fiscaalrechtelijke faciliteiten om de heffing van belastingen te voorkomen. De juridische fusiefaciliteit van art. 14b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB) voorkomt dat onmiddellijk geheven wordt over de stille reserves die verscholen liggen in de vermogensbestanddelen die onder algemene titel zijn overgegaan.¹ Daarnaast wordt bij toepassing niet geheven over eventueel aanwezige goodwill. De splitsingsfaciliteit van art. 14a Wet VpB voorkomt directe heffing over stille reserves en goodwill bij een juridische splitsing.² Dit betreffen doorschuiffaciliteiten. De fiscale claim wordt 'doorgeschoven' naar de verkrijger. De heffing vindt, als de stille reserves blijven bestaan, uiteindelijk wel plaats, maar heffing wordt dan dus uitgesteld naar een later tijdstip. De faciliteiten in de overdrachtsbelasting voor de juridische fusie van art. 5bis Uitvoeringsbesluit Belastingen van rechtsverkeer (hierna: UBRV) en juridische splitsing van art. 5c UBRV voorkomen een heffing bij de verkrijging van onroerende zaken.³ Dit betreft een vrijstelling.

Om toegang te krijgen tot bovengenoemde fiscale faciliteiten, moet worden voldaan aan een aantal eisen. Deze eisen verschillen zowel per faciliteit als per wet. Dit heeft geleid tot veel discussie en jurisprudentie.⁴

1.2 Probleemstelling

De juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelastingvrijstelling verschillen van elkaar. Daardoor wordt toegang tot beide faciliteiten niet altijd verkregen bij een juridische fusie. Ook in de jurisprudentie komt dit tot uitdrukking. De vraag is of de verschillen tussen de faciliteiten in de twee wetten gerechtvaardigd worden door de verschillende aard van deze wetten. Bij de juridische splitsingsfaciliteiten in de vennootschaps- en overdrachtsbelasting rijst dezelfde vraag.

¹ Art. 14b, lid 1 Wet VpB.

² Art. 14a, lid 1, Wet VpB.

³ Art. 5bis UBRV en art. 5c UBRV.

⁴ Bijvoorbeeld HR, 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2019:1297, VN-2019/43.9.

Dit leidt tot de volgende probleemstelling:

Wat zijn de verschillen tussen de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting voor wat betreft, de juridische fusie en splitsing, en zijn deze verschillen te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet?

Het doel van de beantwoording van deze vraag is om te kunnen concluderen of de huidige bestaande verschillen rechtvaardig zijn vanuit de aard van de wet. Wanneer dit niet het geval is, kan dit leiden tot onderzoek naar mogelijkheden tot aanpassing van de wet. Met aanpassing van de wet worden mogelijkheden zoals conformatie van de wet of complete herstructurering van de vrijstellingen bedoeld. Hieruit vloeit de dan ook wetenschappelijke relevantie van deze scriptie. Op het moment van schrijven van deze scriptie is er nog weinig vak gerelateerde literatuur die een rechtvaardiging onderzoekt vanuit de aard van de wet. Het schrijven van dit onderzoek kan hierdoor leiden tot meer transparantie, meer duidelijkheid en heldere inzichten betreffende gecompliceerde wetgeving en uitgebreide jurisprudentie omtrent de desbetreffende faciliteiten. Dit onderzoek kan bovendien een aanzet zijn tot het grondig onderzoeken van een eventuele wetsverbetering.

1.3 Opbouw

Het antwoord op de probleemstelling wordt geformuleerd op basis van een literatuuronderzoek. Hierbij worden wetsartikelen, bestaande literatuur en jurisprudentie onderzocht. Daarbij wordt het antwoord op de probleemstelling gevormd aan de hand van de volgende deelvragen.

I. Wat zijn de motieven voor de juridische fusie faciliteiten en de vormgeving in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting?

Aan de hand van deze deelvraag wordt de juridische fusie faciliteit in zowel de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting besproken. De faciliteiten worden in haar algemeenheid besproken, de eisen worden toegelicht en de motieven voor de juridische fusiefaciliteit in beide belastingen worden besproken.

II. Wat zijn de motieven voor de juridische splitsingsfaciliteit en de vormgeving hiervan in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting?

Bij de beantwoording van deze deelvraag wordt de splitsingsfaciliteit in zowel de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting besproken. De faciliteiten worden algemeen besproken, de eisen worden uitgewerkt en de motieven voor de splitsingsfaciliteit worden besproken.

III. Wat zijn de verschillen tussen de juridische fusiefaciliteiten in deze wetten?

Bij de beantwoording van deze vraag worden de verschillen tussen de juridische fusiefaciliteiten in beide wetten op een rij gezet en toegelicht. Op deze manier wordt een helder beeld verkregen van de bestaande verschillen. Dit is nodig om op een later moment de rechtvaardigheid van deze verschillen te kunnen toetsen.

IV. Wat zijn de verschillen tussen de splitsingsfaciliteiten in deze wetten?

Bij de beantwoording van deze vraag worden de verschillen tussen de splitsingsfaciliteiten op een rij gezet en toegelicht. Zo wordt wederom een helder beeld verkregen van de bestaande verschillen tussen de gelijksoortige faciliteiten. Aan de hand hiervan kan de rechtvaardigheid van de verschillen opnieuw getoetst worden, ditmaal voor de splitsingsfaciliteit.

V. Zijn de verschillen te verklaren vanuit de aard van de vennootschapsbelasting, respectievelijk de overdrachtsbelasting en/of zijn deze wel of niet wenselijk?

Deze deelvraag is opgesteld om te toetsen of de bestaande verschillen rechtvaardig en/of wenselijk zijn. Dit wordt getoetst vanuit de aard van de wet. Door het beantwoorden van deze laatste deelvraag, kan uiteindelijk een gegronde conclusie getrokken worden.

De hoofdstukindeling volgt grotendeels de volgorde van de besproken deelvragen. In hoofdstuk 2 wordt de juridische fusiefaciliteit voor beide wetten besproken. Hierin worden de faciliteiten besproken, waaronder de gestelde eisen en het doel van de faciliteiten. Daarnaast volgt in dit hoofdstuk ook de vergelijking tussen de juridische fusiefaciliteiten. De splitsingsfaciliteit volgt in hoofdstuk 3. Hierbij worden eveneens de gestelde eisen en het doel van deze faciliteiten behandeld. De vergelijking tussen de splitsingsfaciliteiten vindt wederom plaats in hoofdstuk 3. Vervolgens volgt hoofdstuk 4, waarin een aanbevelingen tot wetsverbeteringen staan. Afsluitend wordt aan de hand van de beantwoording van de deelvragen, de hoofdvraag beantwoordt in de conclusie.

1.4 Afbakening

Deze scriptie beperkt zich tot de verschillen omtrent de juridische fusie- en splitsingsfaciliteit in art. 14b/art. 14a Wet VpB en art. 5bis/5b en art. 5c UBRV. Andere reorganisatiemogelijkheden, zoals een

omzetting, fiscale eenheid of bedrijfsfusie worden niet behandeld. Daarnaast wordt er gekeken naar de verschillen tussen de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting. Gevolgen voor andere belastingen komen niet aan bod. Daarnaast worden, vanwege de omvang van deze scriptie, niet alle eisen voor toegang tot de faciliteiten besproken. Slechts eisen die leiden tot opvallende verschillen komen aan bod.

2. De juridische fusiefaciliteiten in de vennootschapsbelasting en in de overdrachtsbelasting

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de juridische fusiefaciliteiten in de vennootschapsbelasting en in de overdrachtsbelasting besproken. Eerst wordt de juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting besproken. De aard van de vennootschapsbelasting wordt uiteengezet, de juridische fusie wordt gedefinieerd en de Europese invloed op de Nederlandse wetgeving wordt besproken. Bovendien worden motieven voor de invoering van de faciliteit behandeld. Hierna worden enkele algemene eisen en de antiontgaansbepaling toegelicht en afgezet tegen de aard van de vennootschapsbelasting. Dit draagt bij aan de beantwoording van de deelvragen 1 en 3. Hierna volgt de behandeling van de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting. De aard van de overdrachtsbelasting wordt kort uiteengezet, waarna de wetsgeschiedenis en het doel van de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting wordt behandeld. De gestelde eisen voor toegang tot de faciliteit worden op wetsvolgorde toegelicht en afgezet tegen de aard van de overdrachtsbelasting. Zo wordt wederom een bijdrage geleverd aan de beantwoording van de deelvragen 1 en 3. Afsluitend worden de verschillen tussen de faciliteiten in de vennootschapsbelasting en overdrachtsbelasting benoemd en afgezet tegen de aard van de wet. Dit draagt bij aan de beantwoording van deelvraag 5.

2.2 Doel juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting

De vennootschapsbelasting wordt geheven van lichamen, de belastingsubjecten.⁵ Deze belasting is verschuldigd over de winst die het desbetreffende lichaam 'uit onderneming' behaald, de totaalwinst.⁶ Over een gedeelte van deze totaalwinst is jaarlijks, met in achtneming van goed koopmansgebruik, belasting verschuldigd. Vanwege dit goedkoopmansgebruik wordt bij vervreemding van bezittingen en

⁵ Art. 2 Wet VpB.

⁶ Art. 7 Wet VpB.

schulden afgerekend. Deze afrekening vindt plaats over het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de boekwaarde. Oftewel, de boekwinst wordt belast.

Voordat er dieper wordt ingegaan op problematiek omtrent juridische fusies, is het belangrijk om eerst de juridische fusie te definiëren. Een fusie is een rechtshandeling waarbij het vermogen van een verdwijnende rechtspersoon onder algemene titel overgaat op een verkrijgende rechtspersoon.⁷ Deze verkrijgende rechtspersoon kan een bestaande of nieuw op te richten rechtspersoon zijn. Kenmerkend voor de juridische fusie is dat de rechtspersoon die haar vermogensbestanddelen overdraagt ophoudt te bestaan.⁸ De aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon worden van rechtswege aandeelhouder in de verkrijgende rechtspersoon.⁹ Art. 14b Wet VpB geeft de fiscale gevolgen van een juridische fusie. Deze gevolgen worden behandeld op het niveau van de verdwijnende rechtspersoon en het niveau van de aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon.

Niveau van de verdwijnende rechtspersoon

Art. 14b lid 1 Wet VpB bepaalt dat de verdwijnende rechtspersoon geacht wordt zijn vermogensbestanddelen te hebben overgedragen ten tijde van de juridische fusie. Tevens wordt hij geacht ten tijde van de fusie te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst uit onderneming te genieten. De vervreemdingsfictie en de eindafrekeningsfictie.¹⁰ Via deze twee ficties wordt gewaarborgd dat over alle aanwezige, nog niet belaste, winsten en verliezen nog wordt afgerekend. In beginsel leidt een juridische fusie dus tot belastingheffing over de boekwinsten. Deze belasting leidt tot een onttrekking van liquiditeiten bij het lichaam.

Niveau van de aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon

Op het niveau van de aandeelhouder van de verdwijnende rechtspersoon geldt ook een vervreemdingsfictie.¹¹ Deze houdt immers op aandeelhouder te zijn in de verdwijnende rechtspersoon. Afrekenen van alle latente winst is dan de hoofdregel. Onder voorwaarden kan de belastingclaim worden doorgeschoven naar de aandelen in de verkrijgende rechtspersoon. Indien de aandeelhouder een lichaam is, zal meestal via de deelnemingsvrijstelling heffing over de meerwaarde worden voorkomen.¹² Als er geen sprake van een deelneming, is deelnemingsvrijstelling niet van toepassing.

⁷ Art. 2:309 BW.

⁸ Art. 2:310 BW.

⁹ Art. 2:311 BW.

¹⁰ M. Nieuweboer e.a., *Compendium Vennootschapsbelasting* 2019/7.5.2.

¹¹ Art. 3.57 lid 1 Wet IB 2001, dat via art. 8 Wet VpB eveneens geldt voor de vennootschapsbelasting.

¹² In deze scriptie beperk ik mij tot de vennootschapsbelasting.

Wanneer daadwerkelijk wordt afgerekend over de stille reserves, is sprake van een ruisende fusie. Deze variant kan wenselijk zijn, wanneer een belastingplichtige compensabele verliezen heeft. Echter zijn onwenselijke situaties ook denkbaar. Zo kan de afrekening een fusie dusdanig bemoeilijken dat de gehele fusie in gevaar komt. Bedrijfseconomisch gewenste fusies kunnen hierdoor geen doorgang vinden.¹³ Daarnaast kan er sprake zijn een liquiditeitsprobleem. Bij een fusie bestaat de tegenprestatie uit aandelen en niet uit liquiditeiten.

De wetgever heeft echter ook een mogelijkheid tot geruisloze fusie opgenomen in de wet. De toepassing van deze variant is een keuze.¹⁴ Zoals eerdergenoemd bestaan situaties waarin een ruisende fusie wenselijker is. Wanneer wordt voldaan aan voorwaarden, genoemd in art. 14b, lid 2 Wet VpB, treedt de verkrijgende rechtspersoon, op verzoek, in de plaats van de verdwijnende rechtspersoon. De bestaande fiscale claim wordt doorgeschoven van de verdwijnende rechtspersoon, naar de verkrijgende rechtspersoon. Dit mits de antiontgaansbepaling uit lid 5 niet op gaat. Voordat de voorwaarden en antiontgaansbepaling worden besproken, is het belangrijk om het volgende op te merken.

Art. 14b Wet VpB is gebaseerd op Richtlijn 2009/133/EG (hierna: de Fusierichtlijn). Dit betreft een Europese richtlijn met een gemeenschappelijke regeling voor reorganisatiemogelijkheden. De juridische fusiefaciliteit in de Nederlandse wet is geïmplementeerd aan de hand van de Fusierichtlijn. Hierbij is de Fusierichtlijn niet letterlijk overgenomen in de Nederlandse wetgeving. Dit leidt logischerwijs tot tekstuele verschillen. Om het doel van de juridische fusiefaciliteit in de Nederlandse wetgeving te achterhalen, moet vanwege de samenhang wel worden gekeken naar het doel van de Fusierichtlijn. Het primaire doel van de Fusierichtlijn is het bevorderen van de samenwerking tussen ondernemingen in de Europese Unie (hierna: EU) en het wegnemen van fiscale belemmeringen bij fusies en splitsingen over grenzen van lidstaten heen. Een belangrijk aspect bij een fusie binnen de EU is het veiligstellen van financiële belangen van de lidstaat waar de verdwijnende vennootschap zich bevindt.¹⁵ Doordat nationale fiscale wetgevingen voor invoering van de Fusierichtlijn op het gebied van reorganisatiemogelijkheden verschilden, ontstonden onwenselijke situaties. Zo ondervonden belastingplichtigen nadelen wanneer zij over nationale grenzen heen wilden fuseren. In de preambule van de Fusierichtlijn staat gegeven dat het doel is om ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun

¹³ M. Nieuweboer e.a., *Compendium Vennootschapsbelasting 2019/7.5.2.*

¹⁴ Art. 14b, lid 2 Wet VpB.

¹⁵ Richtlijn 2009/133/EG, p. 1.

concurrentiepositie op de internationale markt te versterken.¹⁶ Oftewel, de Fusierichtlijn behartigt bedrijfseconomische belangen. Na invoering van de Fusierichtlijn, verdwijnen bij fusies en splitsingen binnen de EU fiscale belemmeringen, indien deze fusies en splitsingen bedrijfseconomisch gewenst zijn.¹⁷ De Fusierichtlijn biedt lidstaten de mogelijkheid om in het geval fraude of belastingontwijking de faciliteit te weigeren. Bij misbruik zijn de fusiefaciliteiten in dit geval niet van toepassing. De Nederlandse wetgever heeft hier gebruik van gemaakt en dit verwerkt in lid 5 van art. 14b.¹⁸

Wanneer niet voldaan wordt aan alle voorwaarden uit lid art. 14b, lid 2 Wet VpB, kan de staatssecretaris met toepassing van de (standaard)voorwaarden alsnog toestemming geven om de faciliteit toe te passen. Indien sprake is van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, dan wordt ook in dat geval de faciliteit geweigerd. Oftewel, bij misbruik wordt de faciliteit altijd geweigerd. Zie de antiontgaansbepaling uit lid 5.

2.3 Voorwaarden juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting afgezet tegen de aard van de vennootschapsbelasting

2.3.1 Subject

Ten eerste kan alleen de vennootschapsbelastingplichtige stichting toegang krijgen tot de faciliteit. Dit is te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet. Art. 14b Wet VpB van toepassing op belastingplichtigen voor de vennootschapsbelasting. Niet belastingplichtigen hebben ook geen baat bij een faciliteit. Alleen deze stichting kan toegang krijgen, omdat andere stichtingen in beginsel niet vennootschapsbelastingplichtig zijn.¹⁹

Ten tweede valt op dat art. 14b Wet VpB van toepassing is op in Nederland of in de EU of EER²⁰ gevestigde rechtspersonen.²¹ Uit de parlementaire behandeling blijkt dat een doorschuiving ook mogelijk is op grond van een hardheidsclausule, wanneer een rechtspersoon gevestigd is buiten de EU/EER.²² In dit geval moet Nederland een belastingverdrag hebben gesloten met dit desbetreffende land. De Nederlandse belastingdienst kijkt dan of fiscale begeleiding alsnog mogelijk kan zijn. In beginsel lijkt het onderscheid naar vestigingsplaats vanuit de aard van de vennootschapsbelasting niet rechtvaardig. Zolang de fiscale claim behouden blijft, zou in beginsel doorschuiving mogelijk moeten

¹⁶ Richtlijn 2009/133/EG, p. 1.

¹⁷ Richtlijn 2009/133/EG p. 1.

¹⁸ Art. 15 Richtlijn 2009/133/EG p. 1.

¹⁹ Art. 2, lid 1 onderdeel e Wet VpB.

²⁰ De Europese Economische Ruimte is een extensie van de EU met aanvullende landen.

²¹ Art. 14b, lid 8 Wet VpB.

²² NvT, *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5, p. 3.

zijn.²³ De toezeggingen van de staatssecretaris lijken echter wel te leiden tot een rechtvaardigere wetgeving.

Ten derde mogen geen van de fuserende rechtspersonen aanspraak maken op voorwaarts te verreken verliezen.²⁴ Verliezen zijn gebonden aan het subject, waardoor een fusie van twee belastingsubjecten met voorwaarts te verrekenen verliezen kan leiden tot een verruiming van de verrekeningsmogelijkheden. Dit zou kunnen leiden tot een uitholling van de grondslag. Deze eis is dus ook te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet.

2.3.2 Object

Latere heffing moet verzekerd zijn.²⁵ De fiscale indeplaatstreding zorgt in beginsel voor claimbehoud. Echter heeft de wetgever in art. 14b, lid 2 Wet VpB een extra voorwaarde gesteld voor wanneer een claim verloren dreigt te gaan. Claimverlies is mogelijk bij het verdwijnen van onderlinge schuldvorderingen. Wanneer een onderlinge schuldvordering verdwijnt door een fusie, waarbij de vordering bij de crediteur is afgewaardeerd ten laste van de winst, verdwijnt ook de mogelijkheid tot een belaste winstneming bij de debiteur. Daarnaast is claimverlies mogelijk wanneer de verkrijgende rechtspersoon slechts gedeeltelijk belastingplichtig is in Nederland. Wanneer een buitenlandse rechtspersoon een vaste inrichting in Nederland verkrijgt en vervolgens vermogensbestanddelen overbrengt naar een niet in Nederland belastingplichtige buitenlandse rechtspersoon, verdwijnt de claim over de stille reserves op deze vermogensbestanddelen. In dit geval wordt er niet toegekomen aan een eindafrekening als in art. 15c of 15d Wet VpB, omdat de belastingplichtige door middel van de vaste inrichting niet ophoudt in Nederland belasting te genieten. De voorwaarde is dus te rechtvaardigen, omdat vermogen kan verdwijnen of buiten het bereik van de vennootschapsbelasting kan vallen. In dit geval zou de claim niet doorgeschoven worden, wat leidt tot een afstel van belastingheffing. Wel mogelijk is om via lid 3 en de standaardvoorwaarden alsnog een geruisloze fusie door te voeren. In het geval waar vermogensbestanddelen na de fusie niet meer aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen, worden deze vermogensbestanddelen onmiddellijk voorafgaand aan het fusietijdstip gewaardeerd tegen waarde economisch verkeer.²⁶ Dit geldt ook voor onderlinge schuldvorderingen die verdwijnen.²⁷

²³ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, artikel 14b Vennootschapsbelasting 1969, aant. 18.3 (online, bijgewerkt 1 augustus 2021).

²⁴ Art. 14b, lid 2 Wet VpB, eerste volzin.

²⁵ Art. 14b, lid 2 Wet VpB, eerste volzin.

²⁶ Juridische fusie. Standaardvoorwaarden ex art. 14b Wet VpB 1969, Voorwaarde 1, lid 1.

²⁷ Juridische fusie. Standaardvoorwaarden ex art. 14b Wet VpB 1969, Voorwaarde 1, lid 2.

De standaardvoorwaarden verduidelijken ook dat een juridische fusie met terugwerkende kracht kan worden gefaciliteerd.²⁸ Hierbij wordt, onder voorwaarden, het fusietijdstip gesteld op de aanvang van het boekjaar van de verdwijnende vennootschap. Belangrijk is dat hier geen (incidenteel) fiscaal voordeel wordt behaald. Dit draagt bij aan het geruisloze karakter van de fusie. Deze optie is eenvoudig te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet, omdat de vennootschapsbelasting een tijdvakbelasting is. Het heffingsobject wordt bepaald over het gehele tijdvak, waardoor terugwerkende kracht mogelijk is.

2.3.3 Antiontgaansbepaling juridische fusiefaciliteit

2.3.3.1 Algemeen

De juridische fusie wordt niet gefaciliteerd indien een fusie 'in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing'.²⁹ Hiervan wordt geacht sprake te zijn, wanneer de fusie niet plaatsvindt op grond van 'herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de verdwijnende en verkrijgende rechtspersoon'. De belastingplichtige kan echter het tegendeel aannemelijk maken. In de Fusierichtlijn wordt gesproken over situaties waarin een belastingplichtige 'als hoofddoel of een der hoofddoelen' belastingfraude of belastingontwijking heeft.³⁰ De Nederlandse wetgever wijkt echter af van de Fusierichtlijn. Uit het arrest *Leur-Bloem*³¹ blijkt dat de uitwerking van de Fusierichtlijn en de Nederlandse wetgeving niet mag verschillen. De Fusierichtlijn is ook van toepassing in puur binnenlandse situaties. De Nederlandse invulling van de termen mag hierbij niet anders uitwerken. Hoe de termen worden ingevuld is dus zeer belangrijk. Deze invulling wordt uitgewerkt in de volgende deelparagrafen.

2.3.3.2 In overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing

Ten eerste mag de juridische fusie niet in 'overwegende mate' gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Hiervan is sprake wanneer het ontgaan of uitstellen van belastingheffing beslissend is voor de fusie.³² De fusie mag dus voor niet meer dan 50% gericht zijn op het uitstellen of ontgaan van belastingheffing. Interessant is dat de term 'in overwegende mate' in de bewoording soepeler lijkt dan de term 'hoofddoel of een der hoofddoelen'. Wanneer er meerdere 'hoofddoelen'

²⁸ Juridische fusie. Standaardvoorwaarden ex art. 14b Wet VpB 1969, par. 4.1.

²⁹ Art. 14b, lid 5 Wet VpB.

³⁰ Art. 15, lid 1, onderdeel a Richtlijn 2009/133/EG.

³¹ HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*), BNB 1998/32.

³² *Kamerstukken II 1997/1998*, 25 709, nr. 5, p. 5-6.

mogelijk zijn, is het belangrijk om te kunnen concluderen wanneer iets kwalificeert als 'hoofddoel'. Het arrest Foggia³³ geeft duidelijkheid. Het Hof van Justitie Europese Unie (hierna: HvJ EU) benoemt dat er ruimte is voor een fiscale overweging, zolang deze overweging niet doorslaggevend is.³⁴ Uitstellen of ontgaan van belastingheffing kwalificeert dus niet altijd als hoofddoel. Van der Burgt en de Vries oordelen dat de Nederlandse wetgeving hierdoor goed aansluit bij de Fusierichtlijn.³⁵ Hier sluit ik mij, ondanks mijn eerdere oordeel, bij aan. De Nederlandse wetgeving lijkt door de bewoording misschien soepeler dan de Fusierichtlijn, maar in werkelijkheid blijkt dit niet zo te zijn.

Ten tweede zijn de gebruikte termen 'ontgaan of uitstellen van belastingheffing' belangrijk. Onder het ontgaan van belastingheffing, vallen alleen belastingen die binnen de werkings sfeer van de Fusierichtlijn vallen. Dit blijkt uit het arrest Zwijnenburg.³⁶ Wanneer een belastingplichtige een niet onder de Fusierichtlijn vallende belasting, door middel van een juridische fusie wil voorkomen, is dit toegestaan. Een belasting waar de Fusierichtlijn niet op ziet, is de overdrachtsbelasting.

De Nederlandse term 'uitstellen van belastingheffing' heeft tot onduidelijkheid geleid. Voor deze term is gekozen, omdat de term 'belastingontwijking' niet zou volstaan in de Nederlandse wetgeving. Volgens de wetgever kan er ook sprake zijn van belastingontwijking, wanneer rechtshandelingen zijn gericht op het onmiskenbaar uitstellen van belasting.³⁷ Lange tijd was onduidelijk in welke situaties sprake was van het uitstellen van belastingheffing. Met het 'uitstellen van belastingheffing' wordt niet het überhaupt uitstellen van belasting bedoeld. Een doorschuiving, zoals de juridische fusie, valt dus niet onder het uitstellen van belastingheffing.³⁸ Er wordt dus een onderscheid gemaakt tussen het 'geoorloofd' en het 'ongeoorloofd' uitstellen van belasting. De Hoge Raad heeft opgemerkt dat wanneer sprake is van het 'zodanig uitstellen van de belastingheffing', dit in strijd is met de Fusierichtlijn.³⁹ Volgens van der Burgt en de Vries maakt de Hoge Raad hiermee, door middel van het woord 'zodanig', duidelijk dat de Nederlandse wetgeving niet naar behoren is geformuleerd.⁴⁰ Slechts wanneer uitstel van belastingheffing een volstrekt overheersend anti-fiscaal motief heeft, kan dit gezien worden als misbruik. Uitstel van belastingheffing valt onder 'belastingontwijking', wanneer er

³³ HvJ EU, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*), BNB 2012/5.

³⁴ HvJ EU, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*), BNB 2012/5, r.o. 34.

³⁵ G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, *'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten. De huidige stand van zaken in de inkomsten- en vennootschapsbelasting'*, WFR 2012/1626, par. 2.

³⁶ HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282 (*Zwijnenburg*), BNB 2010/257.

³⁷ MvT, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, nr. 3, p. 115.

³⁸ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, BNB 2012/261, r.o. 3.3.4.

³⁹ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, BNB 2012/261, r.o. 3.4.2.

⁴⁰ G.C. van der Burgt & R. J. de Vries, *'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten. De huidige stand van zaken in de inkomsten- en vennootschapsbelasting'*, WFR 2012/1626, par. 6.1.

strijd met doel en strekking van de Fusierichtlijn ontstaat.⁴¹ Echter is de vervolgvraag wat valt onder het ‘ongeoorloofd’ uitstellen van belasting. Zo lijkt het voorkomen van een acute heffing niet ver weg af te staan van belastingontwijking. Er lijkt nu een grijs gebied te bestaan tussen uitstel en afstel van belasting.

2.3.3.3 Zakelijke overwegingen

Voor uitleg van de term ‘zakelijke overwegingen’ moet gekeken worden naar de Europese jurisprudentie. Waar in de Fusierichtlijn de term ‘herstructurering en rationalisering van activiteiten’ wordt gebruikt, staat in de Nederlandse wetgeving de term ‘herstructurering en rationalisering van actieve activiteiten’. De wetgever heeft de term ‘activiteiten’ in de Fusierichtlijn vertaald als ‘actieve werkzaamheden’. Hierdoor kan in beginsel onderscheid gemaakt worden tussen passieve en actieve vennootschappen.⁴² Echter blijkt uit het arrest *Leur-Bloem*⁴³ dat de verkrijgende rechtspersoon geen materiele onderneming hoeft te drijven. In het arrest *Foggia*⁴⁴ oordeelde de Hoge Raad dat wanneer een verkrijgende of verdwijnende vennootschap geen onderneming drijft, niet per definitie betekent dat een fusie niet berust op grond van zakelijke overwegingen. Daar komt bij dat art. 2, onderdeel a van de Fusierichtlijn ook geen onderscheid maakt tussen actieve en passieve vennootschappen. De Nederlandse wetgeving lijkt hier dus in strijd met de Fusierichtlijn. Passieve vennootschappen hebben dus wel toegang tot de faciliteit, maar ook hier kunnen niet zakelijke overwegingen de boventoon voeren. De Hoge Raad oordeelde dat in dit geval de bewijslast niet automatisch mag worden omgekeerd.⁴⁵ Het is nog steeds aan de inspecteur om aannemelijk te maken dat de fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan van belastingheffing.

De term ‘herstructurering of rationalisering’ betreft slechts een voorbeeld van zakelijke overwegingen. Dit is op te maken aan het woord ‘zoals’ in de wettekst. Uit het arrest *Leur-Bloem*⁴⁶ blijkt dat bij de beoordeling van de zakelijkheid van een overweging, moet worden gekeken naar het geheel van de rechtshandelingen. Zo moet er bijvoorbeeld niet alleen naar de fusie gekeken moet worden, maar ook naar de daaropvolgende stappen en andere gevolgen. Echter hoeft niet elke tussenstap afzonderlijk te worden beoordeeld.⁴⁷ Een belastingplichtige mag zelf kiezen hoe hij onderneemt. Doordat naar het geheel van de rechtshandelingen wordt gekeken, concludeert van der Burgt dat de gekozen weg toch

⁴¹ G.C. van der Burgt, *Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Vpb.2.6.0.C.c9.II.

⁴² MvT, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, nr. 3, p. 115.

⁴³ HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*), *BNB 1998/32*.

⁴⁴ HvJ EU, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*) *BNB 2012/5*.

⁴⁵ HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2078, *NLF 2021/0010* met noot van M. van Gijlswijk.

⁴⁶ HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*), *BNB 1998/32*, r.o. 48.

⁴⁷ Bijvoorbeeld HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3829, *BNB 2000/111*.

kan leiden tot het weigeren van de toegang tot de faciliteit.⁴⁸ Dit lijkt mij in overeenstemming met de Fusierichtlijn, aangezien dit op het feit wijst dat er meerdere hoofddoelen mogelijk kunnen zijn. Het geheel van rechtshandelingen kan als hoofddoel het ontgaan van belastingheffing hebben, terwijl een ander hoofddoel een zakelijk doel kan zijn. Hier ontstaat naar mijn mening een situatie waar de belastingplichtige alert moet zijn. De belastingplichtige mag eigen keuzes maken. Toegang tot de faciliteit lijkt hier in eerste instantie niet op stuk te lopen. Echter kan deze rechtshandeling wel bijdragen aan de onzakelijkheid van het geheel van rechtshandelingen, waardoor toegang tot de faciliteit geweigerd kan worden. Ondanks dit spanningsveld, lijkt dit mij wel in overeenkomst met de aard van de wet. Doel is het faciliteren van bedrijfseconomisch gewenste fusies. Een tussenliggende rechtshandeling die bijdraagt aan de onzakelijkheid van het geheel van rechtshandelingen, zal hoogstwaarschijnlijk puur bedrijfseconomisch geen gewenste rechtshandeling zijn.

Bij de beoordeling van zakelijke overwegingen, moet volgens Brummer en Thijssen een zuivere kwalitatieve beoordeling plaats vinden.⁴⁹ De overweging moet eerst worden getoetst op zakelijkheid. Hierna moet er worden getoetst of de fusie gebaseerd is op deze overwegingen. Deze zakelijke overwegingen mogen niet bijkomstig zijn. Daarnaast dienen de zakelijke overwegingen te spelen op ondernemingsniveau. Motieven die spelen op aandeelhoudersniveau, zijn geen bedrijfseconomische motieven.⁵⁰ Dit is af te leiden en dus in overeenkomst met het eerdergenoemde doel van de Fusierichtlijn. Echter kan het wel zo zijn dat motieven zowel op ondernemingsniveau als aandeelhoudersniveau gewenst zijn. Zo kunnen aandeelhoudersmotieven bijvoorbeeld de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen. De Hoge Raad heeft dan ook geoordeeld dat toegang tot de faciliteiten in dit geval niet kan worden geweigerd.⁵¹

2.4 Doel juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting

De overdrachtsbelasting is een verkrijgingsbelasting. De belasting wordt geheven bij de verkrijger, het belastingsubject.⁵² Bij het subject wordt geheven over de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen is deze belasting verschuldigd, het belastingobject.⁵³ De heffingsmaatstaf van het object wordt bepaald aan de hand van de waarde in het

⁴⁸ G.C. van der Burgt, *'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting'*, MBB 2010/9, par. 3.2.2.

⁴⁹ G.B.A. Brummer & J.B. Thijssen, *'De ontgaanstoets in de fusie- en splitsingsfaciliteiten'*, WFR 2003/401, par. 3.3.

⁵⁰ Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD9549, V-N 2002/20.10, r.o. 5.2.6.

⁵¹ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, BNB 2012/261, r.o. 3.4.2.

⁵² Art. 16 Wet BRV.

⁵³ Art. 2, lid 1 Wet BRV.

economisch verkeer.⁵⁴ De verkrijging van een object is op het tijdstip van verkrijging belast.⁵⁵ Dit maakt de overdrachtsbelasting een tijdstipbelasting. Belangrijk is dat in beginsel elke verkrijging dus is belast.

Er zijn verschillende situaties waar de verkrijging van onroerende zaken is vrijgesteld. De juridische fusie is een van deze situaties.⁵⁶ De juridische fusiefaciliteit is per 1 januari 2012 opgenomen in de overdrachtsbelasting.⁵⁷ Hiervoor bestond slechts fiscaal beleid, maar geen of een juridische fusie toegespitst wetsartikel.⁵⁸ Het niet bestaan van een specifiek wetsartikel was een gemis. Zo is bij een juridische fusie geen sprake van een inbreng van de onderneming, maar een overgang onder algemene titel. Hierdoor is art. 5a UBRV, de vrijstelling voor bedrijfsfusies, in beginsel niet van toepassing bij een juridische fusie.⁵⁹ Deze vrijstelling werd in de praktijk alsnog ambtshalve toegekend bij juridische fusies. Daarnaast werd er in de praktijk ook een beroep gedaan op de interne reorganisatievrijstelling.⁶⁰ Echter is een juridische fusie in de basis anders dan bedrijfsfusie of een interne reorganisatie. Daarnaast konden rechtspersonen die geen in aandelen verdeeld kapitaal hadden, geen beroep doen op een vrijstelling in het geval van een juridische fusie.⁶¹ Dit is de reden dat per 1 januari 2012 art. 5bis UBRV is ingevoerd. Dit betreft een algemene faciliteit voor juridische fusies in de overdrachtsbelasting. Sinds de invoering kunnen ook rechtspersonen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal of rechtspersonen die geen materiele onderneming drijven een beroep doen op deze faciliteit. Deze faciliteit betreft een vrijstelling. Bij toegang tot deze faciliteit vindt dus geen heffing van de overdrachtsbelasting plaats. De juridische fusiefaciliteit is een toevoeging op eerder bestaande reorganisatiefaciliteiten in de overdrachtsbelasting, zoals de interne reorganisatie. Op basis van een rangorderegeling, kan art. 5bis UBRV pas worden toegepast als de interne reorganisatievrijstelling niet kan worden benut.⁶² Deze rangorderegeling is opvallend, omdat andere vrijstellingen binnen het wetskader belastingen van rechtsverkeer naar vrijheid te benutten zijn. De rangorderegeling breekt dus met de logica van de wet.

De faciliteiten zijn ingevoerd met als doel de overdrachtsbelasting geen hinderpaal te laten zijn bij de economisch gezien wenselijke rechtsvorm van de onderneming of de positionering van onroerende

⁵⁴ Art. 9, lid 2 en art. 52 Wet BRV.

⁵⁵ Art. 8 Wet BRV.

⁵⁶ Art. 15, lid 1 onderdeel h Wet BRV.

⁵⁷ NvT, Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, 677 p. 14.

⁵⁸ Besluit van 27 december 2005, nr. CPP2005/2573M.

⁵⁹ Y.E. Gassler, *Cursus Belastingrecht (Belastingen van Rechtsverkeer)*, par. BvR.2.3.15.A Historie.

⁶⁰ Art. 5b UBRV.

⁶¹ *Vakstudie Belastingen van Rechtsverkeer*, artikel. 5bis Uitvoeringsbesluit Belastingen van Rechtsverkeer 1971, aant. 2 (online, bijgewerkt 14 mei 2021)

⁶² Art. 5bis, lid 1 UBRV, tweede volzin.

zaken binnen een concern.⁶³ Op grond hiervan kan verondersteld worden dat het doel van de juridische fusiefaciliteit is in overeenstemming met het doel van de eerder ingevoerde reorganisatiefaciliteiten. De overdrachtsbelasting mag dus geen sta in de weg zijn voor bedrijfseconomisch wenselijke fusies.⁶⁴ De faciliteit leidt, net als in de vennootschapsbelasting, tot het verdwijnen van een fiscale belemmeringen bij een bedrijfseconomisch gewenste fusie.

2.5 Voorwaarden voor de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting afgezet tegen de aard van de overdrachtsbelasting

2.5.1 Algemeen

De juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting is anders opgebouwd dan de juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting. Ten eerste zijn de vrijstellingen in de overdrachtsbelasting opgenomen in art. 15 Wet BRV. Lid 1 van dit artikel stelt dat de vrijstellingen gelden onder 'bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden'. Er wordt hier verwezen naar de voorwaarden in het uitvoeringsbesluit. Lid 1, onderdeel h van hetzelfde lid geeft de vrijstellingen voor onder andere fusies en verwijst ook naar dit uitvoeringsbesluit. Art. 5bis UBRV geeft verschillende eisen voor toegang tot de faciliteit. Ten eerste ziet men terug dat art. 5bis UBRV zowel juridische fusie van vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal als juridische fusies van andere rechtspersonen regelt.⁶⁵ In het eerste geval zijn er ook bepalingen die gelden voor de aandeelhouder van de verdwijnende en verkrijgende rechtspersonen (bijv. art. 5bis lid 7). Ten tweede dient men zich te realiseren dat bij juridische fusies waarbij vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal betrokken zijn, deze vennootschappen de status van artikel 4-rechtspersoon kunnen hebben. Als de verdwijnende en/of verkrijgende vennootschap een artikel 4-rechtspersoon is, dan gelden in voorkomen gevallen extra eisen. Zo mogen de verkregen aandelen ten minste 3 jaar niet worden vervreemd, anders is alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd.⁶⁶

Lid 1 van art. 5bis UBRV geeft een hoofdzakelijkheidstoets. Een overgang van vermogen onder algemene titel in het kader van een juridische fusie tussen rechtspersonen is vrijgesteld. Dit mits de fusie hoofdzakelijk plaats vindt op grond van zakelijke overwegingen. Deze eis geldt voor alle juridische fusies (vennootschap of niet, artikel 4-rechtspersoon⁶⁷ of niet) en wordt toegelicht in paragraaf 2.5.3.

⁶³ NvT, Besluit van 27 februari 1996, Stb. 1996, 144, p. 5.

⁶⁴ NvT, Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, 677 p. 58

⁶⁵ Art. 5bis, lid 1 en lid 8 UBRV.

⁶⁶ Art. 5bis, lid 2 UBRV.

⁶⁷ Gedefinieerd in art. 4 Wet BRV.

Vervolgens geeft lid 2, de onderdelen a tot en met d, specifieke eisen voor aandeelhouders van de verkrijgende en verdwijnende rechtspersoon, indien deze rechtspersoon de artikel 4-status heeft. Deze eis geldt alleen voor vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal, welke vóór of na de juridische fusie de artikel 4-status heeft en waarbij de aandeelhouder vóór of na de juridische fusie ten minste 1/3 belang had. Hierna volgt een eis voortzettingseis voor de verkrijgende rechtspersoon in lid 3. Deze eis geldt weer in alle situaties. Uitzonderingen op de eisen uit lid 2 (aanhoudingseis) en 3 (voortzettingseis) volgen in respectievelijk lid 4 en 5 van het overeenkomstige artikel. Bij uitzondering mogen de verkregen aandelen wel worden vervreemd binnen 3 jaar en hoeven de activiteiten niet door de verkrijgende rechtspersoon te worden voortgezet bij een opvolgende gefaciliteerde fusie, splitsing of interne reorganisatie. Deze uitzonderingen zijn echter niet van toepassing wanneer de opvolgende fusie, splitsing of interne reorganisatie in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan van belastingheffing. Dit volgt uit het zesde lid. Lid 7 bepaalt dat ook aandeelhouders in de juridische fusievrijstelling kunnen delen. Immers is bij een juridische fusie waarbij een voldoende groot belang aan aandelen worden verkregen in een artikel 4-rechtspersoon, niet alleen een belastbaar feit op het niveau van de fuserende vennootschappen, maar ook op het niveau van de aandeelhouders. Het achtste lid maakt duidelijk dat ook onder andere rechtspersonen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal toegang hebben tot de faciliteit.

2.5.2 Hoofdzakelijk zakelijke overwegingen

Een juridische fusie dient hoofdzakelijk plaats te vinden op grond van zakelijke overwegingen.⁶⁸ Uit de toelichting blijkt dat de invulling van het begrip ‘zakelijke overwegingen’ voor de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting niet uitgelegd moet worden aan de hand van de Fusierichtlijn.⁶⁹ Voorbeelden van zakelijke overwegingen zijn voor de overdrachtsbelasting zijn ‘herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de fusie betrokken rechtspersonen’.⁷⁰ Opvallend is dat de voorbeelden in de overdrachtsbelasting in de toelichting staan, waar deze in de vennootschapsbelasting te vinden zijn in de wettekst. Bij de beoordeling van ‘herstructurering of rationalisering’ spelen de individuele feiten en omstandigheden een rol. De staatssecretaris geeft hierbij eisen waaraan een overweging moet voldoen om te kwalificeren als een zakelijke overweging. De staatssecretaris stelt het volgende: “een zekere substance van alle bij de fusie betrokken rechtspersonen is vereist. Het opgaan van een rechtspersoon in een andere rechtspersoon moet leiden tot substantiële schaalvoordelen, tot synergie-effecten en het moet daarbij evident zijn dat de

⁶⁸ Art. 5bis, lid 1 UBRV.

⁶⁹ NvT, Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, p. 59.

⁷⁰ NvT, Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, p. 59.

organisatie, die als gevolg van de fusie ontstaat, duidelijk meer is dan de optelsom van de vóór de fusie bestaande onderdelen".⁷¹

Ten eerste leidt het begrip 'substance' tot onduidelijkheid. In de Nederlandse fiscaliteit wordt bij gebruik van dit begrip meestal getoetst of een rechtspersoon als fiscale vestigingsplaats Nederland heeft.⁷² Hier betreft het begrip echter uitgelegd te worden aan de activiteiten van de rechtspersoon. Rechtspersonen die alleen aandelen houden komen hierdoor niet in aanmerking voor de faciliteit.⁷³ 'Substance' lijkt dus te wijzen op het gewicht van een rechtspersoon. Een 'zware' rechtspersoon heeft hierbij veel activiteiten. Een 'lichte' vennootschap niet.

De staatssecretaris stelt vervolgens dat de fusie 'moet leiden' tot een bepaalde uitkomst. Rozendal stelt dat strikt genomen niet de beoogde uitkomst, maar de werkelijke uitkomst leidend is bij de beoordeling.⁷⁴ Van tevoren moet worden bepaald of de gestelde doelen daadwerkelijk behaald gaan worden om de faciliteit toe te kunnen passen. Rozendal noemt dit een onmogelijke opgave. Hier sluit ik mij bij aan. De zeer strikte eis lijkt in strijd met doel van de faciliteit. Wanneer een juridische fusie bedrijfseconomisch wenselijk is, maar substantiële schaalvoordelen of synergie-effecten worden door omstandigheden niet behaald, is de faciliteit niet van toepassing. Dit terwijl de faciliteit juist als doel heeft fiscale belemmeringen op te heffen bij bedrijfseconomisch gewenste fusies. Het Hof Arnhem-Leeuwarden nuanceert de zeer strikte eis.⁷⁵ Schaalvoordelen en synergie-effecten moeten individueel en in de context van de belanghebbende worden beoordeeld. Zo bepaalt het Hof dat organisaties zonder winst oogmerk geen hoofdzakelijk commerciële overwegingen hoeven hebben. Daarnaast heeft de Rechtbank Noord-Holland een toevoeging gedaan bij de beoordeling van synergie-effecten.⁷⁶ Het betrof hier twee vennootschappen die zich bezighielden met pensioenregelingen ten behoeve van de aandeelhouder. Dit betrof twee 'lichte' vennootschappen, maar wel met enige 'substance'. Doordat deze vennootschappen beperkte activiteiten hadden, moeten volgens de Rechtbank geen hoge eisen worden gesteld aan de synergie-effecten. Van der Zwan noemt dit een opvallende uitspraak, omdat de Rechtbank hier de lat veel lager legt dan de Belastingdienst tot zo ver in de meeste gevallen doet.⁷⁷ Deze visie van de Rechtbank is naar mijns inziens een stap in de goede richting. De door de

⁷¹ NvT, Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, p. 59.

⁷² A. Rozendal, *'De zakelijkheidstoets van de fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting'*, FBN 2016/10, 3.1.

⁷³ A. Rozendal, Artikel 15.1h Wet op Belastingen van Rechtsverkeer 1970, aant. 2.2.2 (online, bijgewerkt 7 april 2021).

⁷⁴ A. Rozendal, *'De zakelijkheidstoets van de fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting'*, FBN 2016/10, 3.1.

⁷⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4545, V-N 2016/1363.

⁷⁶ Rechtbank Noord-Holland 19 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:2281, V-N 2019/36.2.3, r.o. 19.

⁷⁷ Rechtbank Noord-Holland 19 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:2281, NLF 2019/0789, met noot van R. van der Zwan.

belanghebbende aangedragen motieven zijn beoordeeld in de juiste context. Dit lijkt ertoe te leiden dat meer bedrijfseconomisch wenselijke fusies zullen worden gefaciliteerd. Als er gekeken wordt naar de rechtvaardigheid vanuit de aard van de wet, is deze uitspraak een dus een belangrijke.

2.5.3 Aanhoudingseis

Voor aandeelhouders van de verkrijgende rechtspersoon geldt een aanhoudingseis. Deze eis gaat op voor aandeelhouders die een derde belang in een artikel 4-rechtspersoon verkrijgen na een fusie of hadden voor de fusie.⁷⁸ Eenzelfde eis geldt voor aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon.⁷⁹ Aandelen in artikel 4-rechtspersoon worden gezien als fictieve onroerende zaken. Bij verkrijging is overdrachtsbelasting verschuldigd. De aanhoudingseis eist dat verkrijgende aandeelhouder de aandelen gedurende drie jaren niet geheel of in ten dele mag vervreemden. Het doel van deze eis is het creëren van blijvende betrokkenheid bij de rechtspersoon.⁸⁰ Wanneer ook maar één aandeel vervreemd wordt, vervalt de voorwaardelijke vrijstelling en is alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd. Dit betreft dus een zeer strenge eis. De staatssecretaris verantwoordt deze eis doordat anders de kans op verwatering van de aandelen in een artikel 4-rechtspersoon bestaat.⁸¹ Dit zou leiden tot een verwatering van het object van de heffing. Daarnaast zou een artikel 4-rechtspersoon door een juridische fusie kunnen verdwijnen. Gassler benadrukt echter dat een artikel 4-rechtspersoon nog steeds kan verdwijnen, doordat een aandelenbelang zonder heffing kan worden verkocht aan verkrijgers die minder dan een derde belang verwerven.⁸²

De vervreemding van één aandeel leidt tot een terugname van de vrijstelling. Toelichting in bijzondere situaties mist. Elink Schuurman en Rozendal constateren dat een overlijden kan worden gezien als een vervreemding en hierdoor kan leiden tot de heffing van overdrachtsbelasting en dat dit lijkt zeer onwenselijk lijkt.⁸³ Hier zet ik mijn vraagtekens bij. Gezien doel en strekking van de wet, is een overlijden, mijns inziens, in beginsel geen vervreemding. Volgens art. 3, lid 1, onderdeel a Wet BRV is een verkrijging krachtens erfrecht een uitgezonderde verkrijging. Heffing van overdrachtsbelasting vindt in beginsel niet plaats. Elink Schuurman en Rozendal lijken zich dus te baseren op een onjuiste veronderstelling. Een wel valide punt, is de vermindering van de liquiditeit van de aandelen door de

⁷⁸ Art. 5bis, lid 2, onderdeel b en d UBRV.

⁷⁹ Art. 5bis, lid 2, onderdeel a en c UBRV.

⁸⁰ NvT, Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, p. 57.

⁸¹ NvT, Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, p. 60.

⁸² Y.E. Gassler, *Cursus Belastingrecht (Belastingen van Rechtsverkeer)*, par. BvR.2.3.15.C.d1.

⁸³ J.H. Elink Schuurman & A. Rozendal, *'De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?'*, *WFR 2012/464*, 4.2.3.

aanhoudingseis.⁸⁴ Elink Schuurman en Rozendal pleiten voor een bewijsvermoeden van onzakelijkheid, inhoudende dat zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht bij vervreemding van aandelen in de verkrijgende vennootschap binnen drie jaar.⁸⁵ Ik ben van mening dat dit beter aansluit bij de aard van de wet. Wanneer zakelijke overwegingen aanwezig zijn en dus aannemelijk gemaakt kunnen worden, gaat de aanhoudingseis niet op. Fiscale belemmeringen worden hier in dit geval weggenomen, in plaats van toegevoegd.

Het vierde lid van art. 5bis UBRV geeft een specifieke uitzondering op de aanhoudingseis. Wanneer de verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar een gefaciliteerde reorganisatievorm doorvoert, vindt er geen heffing plaats. Een verschuiving van het uiteindelijke belang is dus toegestaan. Hofman en Voorn zijn van mening dat dit in lijn is met de het doel van de juridische fusiefaciliteit.⁸⁶ Deze uitzondering voorkomt fiscale belemmering van een bedrijfseconomisch wenselijke fusie. Echter vind ik het opmerkelijk dat deze uitzondering alleen opgaat bij gefaciliteerde opvolgende reorganisaties. Bij een niet gefaciliteerde opvolgende reorganisatie wordt overdrachtsbelasting geheven bij de opvolgende fusie. Doordat de uitzondering niet geldt, wordt in dit geval niet meer voldaan aan de aanhoudingseis, en hierdoor is alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd over de eerdere gefaciliteerde fusie. Dit lijkt mij onnodig belemmerend. Logischer lijkt mij de eis dat de opvolgende reorganisatie niet gericht is op het ontgaan van belastingheffing, zoals opgenomen in lid 6. Zo kan een juridische fusie niet gefaciliteerd kan worden wanneer deze niet hoofdzakelijk (70%) plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, maar hierdoor is deze fusie niet per definitie in overwegende mate (50%) gericht op het ontgaan van belasting. Waarom alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd is over een eerdere gefaciliteerde reorganisatie, wanneer een opvolgende, bedrijfseconomisch wenselijke reorganisatie niet gefaciliteerd plaatsvindt blijft voor mij onduidelijk.

2.5.4 Voortzettingseis

Het derde lid van art. 5bis UBRV geeft een voortzettingseis. De verkrijgende rechtspersoon moet de activiteiten van de fuserende rechtspersonen gedurende ten minste drie jaar voortzetten. Wanneer dit niet gebeurt, gaat de vrijstelling alsnog niet op en is overdrachtsbelasting alsnog verschuldigd. Dit is een eis met een ontbindend karakter. Oftewel, gedurende drie jaar is er een voorlopige vrijstelling

⁸⁴ J.H. Elink Schuurman & A. Rozendal, *'De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?'*, WFR 2012/464, 4.2.2.

⁸⁵ J.H. Elink Schuurman & A. Rozendal, *'De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?'*, WFR 2012/464, 4.2.3.

⁸⁶ P.W. Hofman en T.D. Voorn, *'Hoe verder met de fusie- en splitsingsfaciliteiten nu de Hoge Raad meer duidelijkheid heeft verschaft'*, WFR 2021/92, 3.5.

verleend. Deze voortzettingseis betreft een antimisbruikbepaling en ziet bijvoorbeeld op de volgende situatie. Een rechtspersoon met een pand en bijbehorende onderneming (bv X), fuseert geruisloos met een andere rechtspersoon (bv Y), waarbij bv Y de verkrijgende rechtspersoon is. Vervolgens verkoopt bv Y de, voorafgaand 'licht' gemaakte onderneming, waardoor alleen het pand achterblijft. Dit lijkt een manier van het onbelast overbrengen van onroerende zaken. De activiteiten van bv X worden echter niet voortgezet, waardoor de verkrijging alsnog belast is.

Wederom mist echter toelichting voor een aantal onvoorziene omstandigheden. Een faillissement binnen de termijn waarin de voortzettingseis nog loopt is bijvoorbeeld niet uitgezonderd. Wanneer dit faillissement buiten de wil of invloedssfeer van de ondernemer is, lijkt mij dit niet in lijn te zijn met de aard van de wet. De alsnog af te dragen overdrachtsbelasting is juist een extra fiscale belemmering bij een eerder bedrijfseconomisch gewenste fusie.⁸⁷ Daarnaast mogen onrendabele activiteiten niet gestaakt worden.⁸⁸ De activiteiten worden in het geval van het afstoten van deze activiteiten niet volledig voortgezet. Er is daarbij geen mogelijkheid om aan te tonen dat hier zakelijke overwegingen aan ten grondslag liggen. Hier worden bedrijfseconomische wensen juist fiscaal belemmerd. Wat mij betreft het tegenovergestelde van het oorspronkelijke doel van de faciliteit en onrechtvaardig vanuit de aard van de wet. Het vijfde lid van art. 5bis UBRV geeft wel een gewenste uitzondering op de voortzettingseis. In het geval van nieuwe gefaciliteerde reorganisatiemogelijkheid hoeft er niet voldaan te worden aan de voortzettingseis. Dit lijkt mij in lijn met de aard van de wet. Echter wil ik ook hierbij opmerken dat het mij wederom, om dezelfde eerdergenoemde redenen⁸⁹, onduidelijk is waarom deze uitzondering slechts ziet op gefaciliteerde opvolgende reorganisaties.

2.5.5 Ontgaan van belastingheffing

Wanneer opvolgende reorganisatiegebeurtenissen in samenhang met de juridische fusie in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan van belastingheffing, zorgt lid 6 ervoor dat de uitzonderingen uit lid 4 en 5 niet op gaan.⁹⁰ Dit betreft een antimisbruikbepaling tegen oneigenlijk gebruik van de juridische fusiefaciliteit. De staatssecretaris licht deze eis als volgt toe: "Niet gewenst is dat ingeval er twee wegen naar een bedrijfseconomisch gewenst resultaat leiden, de onbelaste (om)weg – die als enige beweegreden het ontgaan van overdrachtsbelasting heeft – met gebruikmaking van een opeenstapeling van faciliteiten wordt bewandeld".⁹¹ Belangrijk is dat lid 4 en 5

⁸⁷ M.T.E. Robben, *'Coronacoulance voor de overdrachtsbelasting'*, *Taxlive 2020*.

⁸⁸ A. Rozendal, *'De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting (deel I)'*, *FBN 2012*, par. 3.2.1.

⁸⁹ Zie paragraaf 2.5.3.

⁹⁰ Art. 5bis, lid 6 UBRV 1971.

⁹¹ NvT, Besluit van 22 december 2011, Stb. 2011, p. 67.

in beginsel alleen aan bod komen bij opvolgende gefaciliteerde reorganisatiemogelijkheden. Wanneer sprake is van een opvolgende gefaciliteerde juridische fusie, betekent dit dus dat deze fusie per definitie hoofdzakelijk (70%) gebaseerd is op zakelijke overwegingen. Deze juridische fusie zou anders niet gefaciliteerd zijn.⁹² Vervolgens stelt lid 6 dus dat de gebeurtenissen in samenhang met de juridische fusie niet in overwegende mate (50%) gericht mogen zijn op het ontgaan van belastingheffing. Dit lid en deze eis lijken mij in het geval van een opvolgende juridische fusie overbodig. Hoe kan een gefaciliteerde juridische fusie in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan van belastingheffing, wanneer een juridische fusie pas gefaciliteerd wordt wanneer deze hoofdzakelijk gebaseerd is op zakelijke overwegingen? Pas wanneer lid 4 en 5 ook zouden zien op niet gefaciliteerde juridische fusies, lijkt lid 6 relevant hiervoor relevant. Voor de juridische splitsing geldt eenzelfde toetsingskader van 50%, waardoor lid 6 ook hier irrelevant lijkt. Het lid is wel relevant voor andere in lid 4 en 5 genoemde reorganisatiemogelijkheden waar zakelijkheid in beginsel niet getoetst wordt.

2.6 Verschillen tussen de juridische fusiefaciliteiten

2.6.1 Subject

Alleen stichtingen die belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting krijgen toegang tot de juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting. De overdrachtsbelasting kent geen beperking voor stichtingen. Dit is te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet, omdat de overdrachtsbelasting ziet op de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen. Wat voor stichting deze onroerende zaken verkrijgt is irrelevant.

De juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting beperkt zich tot in Nederland, de EU/EER of in landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft de gevestigde rechtspersonen. De overdrachtsbelasting kent deze beperking niet. Dit is te verklaren, omdat de overdrachtsbelasting ziet op de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen. Waar het belastingsubject zich bevindt heeft geen invloed op het belastbare feit. Dit verschil is dus te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet.

Daarnaast stelt de vennootschapsbelasting eisen aan de voorwaartse verliesverrekening van te fuseren rechtspersonen. De overdrachtsbelasting stelt deze eisen wederom niet. Dit is eenvoudig te verklaren, omdat verliesverrekening niets van doen heeft met de overdrachtsbelasting. Het verkrijgen

⁹² Art. 5bis, lid 1 UBRV 1971.

van onroerende zaken heeft niets te maken met verliesverrekening. Oftewel, ook dit verschil is te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet.

2.6.2 Object

In de vennootschapsbelasting moet claimbehoud verzekerd zijn. De overdrachtsbelasting stelt deze eis niet. In de overdrachtsbelasting kan het belastingobject, in Nederland gelegen onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen namelijk niet buiten de invloedssfeer van de overdrachtsbelasting gebracht worden. Dit vanwege de karakteristieken van onroerende zaken. Het ontbreken van deze eis is dus te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet.

Waar in de vennootschapsbelasting sprake kan zijn van een fusie met terugwerkende kracht, kan dit in de overdrachtsbelasting niet. Dit is te rechtvaardigen, omdat de overdrachtsbelasting een tijdstipbelasting is. Terugwerkende kracht kan hier niet bestaan, omdat het heffingsmoment plaats vindt op het moment van verkrijging.

2.6.3 Antimisbruikbepaling

Waar het begrip 'zakelijke overwegingen' in de vennootschapsbelasting moet worden uitgelegd aan de hand van de Fusierichtlijn, moet dit in de overdrachtsbelasting niet. De omschrijving van de staatssecretaris van het begrip 'zakelijke overwegingen' in de overdrachtsbelasting is beperkter dan in de vennootschapsbelasting. De eisen die worden gesteld zijn dus strenger. Dit blijkt uit de uiteenzetting van de eisen in de voorafgaande hoofdstukken. Dit verschil valt mijns inziens te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet. Dit omdat de vennootschapsbelasting een tijdvakbelasting betreft en de overdrachtsbelasting een tijdstipbelasting. Echter is de vraag of de strengere eisen in de overdrachtsbelasting, aan de voorkant en aan de achterkant, wel het doeltreffend zijn. De eisen in de lijken soms, zoals toegelicht, te streng. Dit kan leiden tot onwenselijke situaties. Neem het voorbeeld waarin een verzoek tot toegang tot de juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting wordt goedgekeurd. Tegelijkertijd wordt een verzoek tot de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting afgewezen, terwijl dezelfde motieven ten gronde liggen aan dit verzoek. Robben noemt dit merkwaardig en hier sluit ik mij bij aan.⁹³ Beide faciliteiten zijn gericht op het wegnemen van fiscale belemmeringen bij bedrijfseconomisch wenselijke fusies. Het feit dat motieven die de fusie bedrijfseconomisch wenselijk maken per belasting anders kunnen worden beoordeeld komt de

⁹³ M.T.E. Robben, *'Schizofrene zakelijkheid'*, V-N 2015/59.0.

rechtszekerheid niet ten goede. Daar komt bij dat er in de vennootschapsbelasting een fusie 'in overwegende mate' plaats moet vinden op zakelijke overwegingen. In de overdrachtsbelasting betreft dit 'hoofdzakelijk' zakelijke overwegingen. Hier lijkt de overdrachtsbelasting dus ook strenger dan de overdrachtsbelasting, ondanks het feit dat het verschil tussen 'hoofdzakelijk' en 'in overwegende mate' lastig te toetsen lijkt.

Het volgende verschil is het ontbreken van een aanhoudingseis in de vennootschapsbelasting. Dit verschil is te rechtvaardigen. De aanhoudingseis in de overdrachtsbelasting zorgt voor voorkoming van verwatering van het heffingsobject bij een artikel 4-rechtspersoon. In de vennootschapsbelasting is zo'n vorm van verwatering van het heffingsobject niet mogelijk. Vervreemding van een gedeelte van de aandelen leidt hier niet tot een moment van heffing. Dit omdat de vennootschapsbelasting in tegenstelling tot de overdrachtsbelasting geen tijdstipbelasting is.

De juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting bevat geen voortzettingseis. Dit is ook te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet. De faciliteit in de overdrachtsbelasting betreft een vrijstelling, waar de faciliteit in de vennootschapsbelasting een doorschuiving betreft. Doordat de overdrachtsbelasting een verkrijgings- en tijdstipbelasting is, kan door middel van een staking na de overdracht van onroerende zaken belasting bespaard worden. In de vennootschapsbelasting is dit niet mogelijk, omdat bij staking de doorgeschoven belastingclaim alsnog wordt geïnd.

Aansluitend zijn opvolgende reorganisatiemogelijkheden in de overdrachtsbelasting onder andere voorwaarden geruisloos toegestaan dan in de vennootschapsbelasting. De overdrachtsbelasting is een tijdstipbelasting is en iedere verkrijging in beginsel leidt tot een heffingsmoment. Een geruisloze juridische fusie leidt tot een vrijstelling. In de vennootschapsbelasting wordt de claim doorgeschoven naar het opvolgende subject en het heffingstijdstip alleen verplaatst. Het verschil is dus te rechtvaardigen, alleen ben ik, zoals eerder vermeld, van mening dat de uitzondering gebreken kent.⁹⁴

Vervolgens een ander belangrijk verschil. Binnen de vennootschapsbelasting kan de verdwijnende rechtspersoon de inspecteur vooraf vragen of toegang tot de juridische fusiefaciliteit verleend wordt.⁹⁵ Binnen de overdrachtsbelasting bestaat deze 'zekerheid vooraf' niet. Dit terwijl is gebleken dat bij beoordeling van 'zakelijke overwegingen' sprake is van subjectiviteit en onduidelijkheid. Hierdoor kan de belastingplichtige alleen een rechterlijke toetsing krijgen, wanneer de fusie wordt uitgevoerd en

⁹⁴ Zie paragraaf 2.5.3.

⁹⁵ Art. 14b, lid 7 Wet VpB.

vervolgens bij weigering van toegang tot de fusie in bezwaar en beroep gaat. Het ontbreken van ‘zekerheid vooraf’ in de overdrachtsbelasting is wel te verklaren uit de aard van de wet. Tijdstipbelastingen, zoals de overdrachtsbelasting kennen de mogelijkheid tot zekerheid vooraf niet. Echter is dit is volgens zowel Elink Schuurman en Rozendal als Robben een gemis.⁹⁶ Hier sluit ik me bij aan. Dit onderbouwen Schuurman en Rozendal met twee, naar mijns inziens goede, argumenten. Ten eerste kan door het eerdergenoemde verschil bij toetsing van zakelijke overwegingen de belastingplichtige in de overdrachtsbelasting niet uitgaan van het oordeel van de inspecteur vennootschapsbelasting. Ten tweede kan de inspecteur vennootschapsbelasting geen rekening houden met een antifiscaal motief voor de overdrachtsbelasting. Zoals eerder vermeld valt de overdrachtsbelasting namelijk niet binnen het toepassingsbereik van de Fusierichtlijn.

2.7 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is het doel van de juridische fusiefaciliteit in zowel de vennootschapsbelasting als in de overdrachtsbelasting besproken. Het doel van beide faciliteiten is het wegnemen van fiscale belemmeringen bij bedrijfseconomisch gewenste fusies. Ondanks dit gemeenschappelijke doel, verschillen de faciliteiten veel. Sommige verschillen zijn te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet. De andere beoordeling van het begrip ‘zakelijke overwegingen’ is in beginsel te rechtvaardigen, maar lijkt te streng. In de overdrachtsbelasting zijn de eisen waaraan een rechtshandeling moet voldoen om als zakelijk aangemerkt te worden strenger dan in de vennootschapsbelasting. Dit lijkt ondoeltreffend en onwenselijk. Speciale aandacht verdient het niet kunnen aanvragen van ‘zekerheid vooraf’ in de overdrachtsbelasting. Dit valt wel te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet, maar is ongewenst. Afsluitend zijn voor de overzichtelijkheid alle verschillen uitgewerkt in onderstaande tabel.

Juridische fusiefaciliteit	Vennootschapsbelasting	Overdrachtsbelasting
Subject	Vennootschapsbelastingplichtige stichting krijgt toegang	Alle stichtingen krijgen toegang
Vestigingsplaats	NL of EU/EER, anders hardheidsclausule	Irrelevant
Verliesverrekening	Geen aanspraak op voorwaarts te verrekenen verliezen	Irrelevant
Claimbehoud	Moet verzekerd zijn	Irrelevant

⁹⁶ J.H. Elink Schuurman & A. Rozendal, *‘De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?’*, WFR 2012/464, par. 4.1.4 en Robben, *‘Schizofrene zakelijkheid’*, V-N 2015/59.0.

Opvolgende reorganisaties	Mogelijk vanwege claimbehoud	Mogelijk onder voorwaarden
Toetsing antimisbruikbepaling	Conform Fusierichtlijn	Niet conform Fusierichtlijn, toetsing lijkt strenger.
Aanhoudingseis	Afwezig	Aanwezig
Voortzettingseis	Afwezig	Aanwezig
Terugwerkende kracht	Mogelijk	Onmogelijk
Zekerheid vooraf	Mogelijk	Onmogelijk

3. De juridische splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting en in de overdrachtsbelasting

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de juridische splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting en in de overdrachtsbelasting besproken. De juridische splitsing wordt gedefinieerd, waarna de bijbehorende faciliteit, het doel van de faciliteit in de vennootschapsbelasting en de Europese invloed hierop wordt besproken. Hierna worden algemene eisen en de antiomvangbepaling uiteengezet en afgezet tegen de aard van de wet. Vervolgens wordt de juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting besproken. De wetsgeschiedenis wordt besproken, waarna de voorwaarden worden besproken en afgezet tegen de aard van de wet. Deze stappen dragen bij aan de beantwoording van de deelvragen 2 en 4. Ten slotte worden de faciliteiten met elkaar vergeleken en worden verschillen tussen beide benoemd. Dit draagt bij aan de beantwoording van deelvraag 5.

3.2 Doel juridische splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting

Onder de term juridische splitsing vallen zowel de zuivere splitsing als de afsplitsing.⁹⁷ Een zuivere splitsing is de rechtshandeling “waarbij het vermogen van een rechtspersoon die bij de splitsing ophoudt te bestaan onder algemene titel, overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving, wordt verkregen door twee of meer andere rechtspersonen”.⁹⁸ De splitsende rechtspersoon houdt hierbij op te bestaan. Een afsplitsing is de rechtshandeling “waarbij het vermogen, of een deel daarvan, van een rechtspersoon die bij de splitsing niet ophoudt te bestaan

⁹⁷ Art. 2:334a, lid 1 Burgerlijk Wetboek.

⁹⁸ Art. 2:334a, lid 2 Burgerlijk Wetboek.

onder algemene titel, overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving, wordt verkregen door een of meer andere rechtspersonen waarvan ten minste één overeenkomstig het bepaalde in deze of de volgende afdeling lidmaatschapsrechten of aandelen in zijn kapitaal toekent aan de leden of aan aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon of waarvan ten minste één bij de splitsing door de splitsende rechtspersoon wordt opgericht".⁹⁹ In dit geval blijft de splitsende rechtspersoon bestaan. Het blijven bestaan of juist het verdwijnen van de splitsende rechtspersoon is het verschil tussen de zuivere splitsing en de afsplitsing. De fiscale gevolgen voor de juridische splitsing zijn gegeven in art. 14a Wet VpB. Hier wordt een onderscheid gemaakt tussen de zuivere splitsing en de afsplitsing. Bij een zuivere splitsing wordt de splitsende rechtspersoon geacht zijn vermogensbestanddelen ten tijde van de splitsing te hebben overgedragen aan de rechtspersonen waarop deze vermogensbestanddelen onder algemene titel overgaan. Daarnaast wordt de splitsende rechtspersoon geacht te zijn opgehouden met in Nederland belastbare winst te genieten.¹⁰⁰ Er is dus sprake van een eindafrekeningsfictie en een vervreemdingsfictie. Bij de afsplitsing geldt alleen de vervreemdingsfictie.¹⁰¹ De vervreemdingsfictie zorgt ervoor dat de splitsende rechtspersoon in beginsel dient af te rekenen over de stille reserves en goodwill. De eindafrekeningsfictie zorgt ervoor dat in beginsel alle nog niet in de fiscale winst opgenomen voordelen, alsnog moeten worden opgenomen. Door fiscale afrekening is er sprake van een ruisende splitsing. De wetgever heeft een mogelijkheid tot geruisloze splitsing opgenomen. De belastingplichtige heeft de keuze om de splitsing geruisloos plaats te laten vinden.¹⁰² Wanneer wordt voldaan aan de voorwaarden in het tweede lid, treedt de verkrijgende rechtspersoon in de plaats van de splitsende rechtspersoon. Wanneer niet wordt voldaan aan alle voorwaarden, kan er aanspraak gemaakt worden op lid 3. De staatssecretaris kan met toepassing van (standaard)voorwaarden alsnog toestemming geven om gebruik te maken van de faciliteit. Een laatste belangrijke voorwaarde is de antiontgaansbepaling uit lid 6 van hetzelfde artikel.¹⁰³ Wanneer aan al deze eisen wordt voldaan, vindt geen afrekening plaats en wordt de claim doorgeschoven naar de verkrijgende rechtspersonen.

De Fusierichtlijn heeft wederom invloed op de Nederlandse wetgeving omtrent de juridische splitsing.¹⁰⁴ Net als bij de juridische fusiefaciliteit, is de splitsingsfaciliteit gebaseerd op deze Europese richtlijn. De juridische splitsingsfaciliteit heeft dus ook hetzelfde doel als de Fusierichtlijn en als de juridische fusiefaciliteit. Dit doel is kortweg het faciliteren van bedrijfseconomisch gewenste, in dit

⁹⁹ Art. 2:334a, lid 3 Burgerlijk Wetboek.

¹⁰⁰ Art. 14a, lid 1 onderdeel a Wet VpB.

¹⁰¹ Art. 14a, lid 1 onderdeel b Wet VpB.

¹⁰² Art. 14a, lid 2 Wet VpB.

¹⁰³ De antiontgaansbepaling wordt besproken in paragraaf 3.3.3.

¹⁰⁴ Art. 1, onderdeel a Richtlijn 2009/133/EG.

geval splitsingen, door het wegnemen van fiscale belemmeringen.¹⁰⁵ Door invoering van de juridische fusiefaciliteit worden desbetreffende splitsingen gefaciliteerd. Zo ontstaan bijvoorbeeld geen liquiditeitsproblemen. De Nederlandse wetgever heeft de Fusierichtlijn niet een op een overgenomen in de wetgeving. Doordat de splitsingsfaciliteit ook uitgelegd moet worden conform de Fusierichtlijn, is jurisprudentie uit voorgaande hoofdstukken, omtrent de Fusierichtlijn, ook relevant.

3.3 Voorwaarden voor de juridische splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting afgezet tegen de aard van de vennootschapsbelasting.

3.3.1 Subject

Aangezien de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting lijkt op de juridische fusiefaciliteit, worden niet alle eveneens geldende eisen wederom uitgebreid toegelicht. Zo kunnen ook alleen vennootschapsbelastingplichtige stichtingen toegang krijgen tot splitsingsfaciliteit, mogen de splitsende of verkrijgende rechtspersonen alleen gevestigd zijn in Nederland, de EU/EER, of in een land waar op grond van een hardheidsclausule claimbehoud verzekerd is. Bovendien mogen de splitsende en verkrijgende rechtspersonen geen aanspraak maken op voorwaarts te verrekenen verliezen.¹⁰⁶ De rechtvaardiging van de eisen is te vinden in paragraaf 2.3.

3.3.2 Object

Net als bij de juridische fusiefaciliteit moet latere heffing verzekerd zijn.¹⁰⁷ Dezelfde situaties als benoemde in paragraaf 2.3.2 zijn denkbaar. Wanneer een in het buitenland gevestigde rechtspersoon optreedt als verkrijgende rechtspersoon, maar vervolgens de vermogensbestanddelen niet toerekent aan een Nederlandse vaste inrichting, is er risico op claimverlies. De vermogensbestanddelen met bijbehorende stille reserves kunnen niet langer in Nederland belast worden. Er wordt namelijk wederom niet toegekomen aan art. 15c of 15d Wet VpB. De belastingplichtige blijft inwoner van Nederland en houdt niet op met in Nederland belastbare winst te genieten. Lid 3 en de standaardvoorwaarden geven echter wel de mogelijkheid alsnog een geruisloze fusie toe te passen. De vermogensbestanddelen worden op het tijdstip voorafgaand aan de splitsing gewaardeerd op waarde economisch verkeer.¹⁰⁸ Deze voorwaarde is te rechtvaardigen, omdat claimverlies wordt hier bestreden, terwijl de mogelijkheid tot een geruisloze fusie blijft bestaan.

¹⁰⁵ Zie de uitgebreide bespreking van het doel in paragraaf 2.2.

¹⁰⁶ Achtereenvolgens art. 14a, lid 1 Wet VpB, art. 14a, lid 11 Wet VpB en art. 14a, lid 2 Wet VpB eerste volzin.

¹⁰⁷ Art. 14a, lid 2 Wet VpB.

¹⁰⁸ Juridische afsplitsing. Standaardvoorwaarden ex art. 14a Wet VpB 1969, Voorwaarde 1, lid 1 en Zuivere splitsing. Standaardvoorwaarden ex art. 14a Wet VpB 1969, Voorwaarde 1, lid 1.

Net als in de juridische fusiefaciliteit, kan ook de splitsingsfaciliteit met terugwerkende kracht worden gefaciliteerd.¹⁰⁹ Dit draagt wederom bij aan het geruisloze karakter van de fusie en is te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet, namelijk het zijn van een tijdvakbelasting met heffing over de totaalwinst.

3.3.3 Antiontgaansbepaling

3.3.3.1 Algemeen

De juridische splitsingsfaciliteit wordt niet toegepast indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.¹¹⁰ Hier wordt geacht sprake van te zijn, wanneer de splitsing 'niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende- en de verkrijgende rechtspersoon'¹¹¹. De belastingplichtige kan het tegendeel aannemelijk maken. Daarnaast worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, 'indien aandelen in de gesplitste, dan wel in een verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing, geheel of in ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een niet met de gesplitste of een verkrijgende rechtspersoon verbonden lichaam'.¹¹² Hier kan de belastingplichtige wederom tegenbewijs leveren. De inspecteur moet in eerste instantie dus aannemelijk maken dat de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Hiervoor zijn twee handvatten. De inspecteur kan aannemelijk maken dat de splitsing niet heeft plaatsgevonden op zakelijke gronden (het eerste bewijsvermoeden), waarna de belastingplichtige tegenbewijs kan leveren. Wanneer de inspecteur dit niet doet, kan alsnog heffing plaatsvinden wanneer de aandelen in de afsplitsende of verkrijgende rechtspersoon worden vervreemd (het tweede bewijsvermoeden). Vervolgens is het aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat de vervreemding niet gericht is op het ontgaan of ontwijken van belastingheffing.

3.3.3.2 Ontgaan of uitstellen van belastingheffing

Een belangrijk arrest is *BNB 2006/282*¹¹³ (hierna: het Bulkgasarrest). Belanghebbende wilde fuseren met een in een andere lidstaat gelegen vennootschap. De Europese Commissie, die onder andere

¹⁰⁹ Juridische afsplitsing. Standaardvoorwaarden ex art. 14a Wet VpB 1969, par. 4 en Zuivere splitsing. Standaardvoorwaarden ex art. 14a Wet VpB 1969, par. 4.

¹¹⁰ Art. 14a, lid 6 Wet VpB, eerste volzin.

¹¹¹ Art. 14a, lid 6 Wet VpB, tweede volzin.

¹¹² Art. 14a, lid 6 Wet VpB, derde volzin.

¹¹³ HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201 (*Bulkgas*), *BNB 2006/282*, met noot van J.A.G. van der Geld.

toezicht houdt op mededinging, eiste echter dat de belanghebbende een deel van haar activiteiten moest afstoten, voordat zij mocht fuseren met de over te nemen vennootschap.¹¹⁴ De belanghebbende bracht de af te stoten bedrijfstak onder in een rechtspersoon en vervreemde vervolgens deze aandelen. De inspecteur heeft niet aannemelijk kunnen maken dat er geen zakelijke overwegingen waren. De bewijslast werd dus niet omgekeerd naar de belastingplichtige en hierdoor resteerde de primaire bewijslast. De inspecteur moest nu aannemelijk maken dat de (af)splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Het Hof oordeelde echter dat een (af)splitsing hier de beste optie was, omdat hierdoor niet heronderhandeld moest worden over bestaande contracten met afnemers.¹¹⁵ De Hoge Raad bevestigt dit en noemt dit 'een goede en wellicht de enig mogelijke weg'.¹¹⁶ De (af)splitsing was dus niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren niet beperkt is naar gelang het tijdstip van de vervreemding.¹¹⁷ Dit is een belangrijke conclusie. Wanneer de vervreemding van de aandelen vaststaat, hoeft dit niet in de weg te staan van facilitering van de splitsing. Opvallend is dat zowel van der Geld als Redactie Vakstudie Nieuws begrip tonen voor het standpunt van de in ongelijk gestelde inspecteur. De wetgever heeft het verkoop klaar maken van een deel van een onderneming waarna een verkoop volgt nooit willen faciliteren.¹¹⁸ De belastingplichtige ontvangt liquiditeiten om de ontstane claim te kunnen voldoen. Kijkend naar een deel van de aard van de faciliteit, het voorkomen van een liquiditeitstekort, is het standpunt van de inspecteur naar mijns inziens ook begrijpelijk. Ondanks het begrip, focust Redactie Vakstudie Nieuws op het belangrijke eindoordeel van de Hoge Raad. De wetgever had in dit geval een beperking voor dit soort situaties in de wet had moeten opnemen.¹¹⁹ Hier is sprake van een bedrijfseconomisch gewenste, misschien zelfs noodzakelijke, (af)splitsing. Zonder deze (af)splitsing mocht de belastingplichtige niet fuseren. Kijkend naar de aard van de faciliteit, lijkt dit mij een verdedigbaar standpunt. Dat de belastingplichtige hier wel liquiditeiten ontvangt waarmee de claim voldaan had kunnen worden, lijkt mij een uitzonderlijke situatie. Door deze uitzonderlijke situatie en specifieke omstandigheden, is de betekenis en reikwijdte van dit arrest lange tijd onduidelijk geweest, zo stelt de Vries.¹²⁰

¹¹⁴ Gerechtshof 's-Gravenhage 1 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT4198, *V-N 2005/32.3.7*, r.o. 3.6.

¹¹⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage 1 maart 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT4198, *V-N 2005/32.3.7*, r.o. 4.2.3.

¹¹⁶ HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201 (*Bulkgas*), *BNB 2006/282*, met noot van J.A.G. van der Geld, r.o. 3.3.2.

¹¹⁷ HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201 (*Bulkgas*), *BNB 2006/282*, met noot van J.A.G. van der Geld, r.o. 3.3.3.

¹¹⁸ HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201 (*Bulkgas*), *BNB 2006/282*, met noot van J.A.G. van der Geld en HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201 (*Bulkgas*), *V-N 2006/31.13*, met noot van Redactie.

¹¹⁹ HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201 (*Bulkgas*), *V-N 2006/31.13*, met noot van Redactie.

¹²⁰ HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB 2019/175*, met noot van R.J. de Vries (1) en J.C. van Straaten (2) en HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, *NLF 2019/2150*, met noot van M. van Gijlswijk.

Deze onduidelijkheid is in de loop der jaren weggenomen. In *BNB 2009/28*¹²¹ sprak de Hoge Raad zich uit in het verlengde van het Bulkgasarrest. Vervolgens stelde de Hoge Raad in *BNB 2019/175* Hof Den Haag in het gelijk waarbij hij bevestigde dat het afstoten van vermogensbestanddelen, om te kunnen focussen op kernactiviteiten, gegronde zakelijke overwegingen zijn.¹²² Daarnaast verwijst hij naar het Bulkgasarrest met betrekking tot het tijdstip van de levering van tegenbewijs. Dit is wederom niet beperkt naar gelang het tijdstip van de vervreemding.¹²³ Dit is een belangrijke uitspraak, ook in betrekking tot het eerste bewijsvermoeden. Ten tijde van dit arrest gold een eerdere, tot 2001 geldende, antimisbruikbepaling. Door de verwijzing naar het Bulkgasarrest lijkt op te maken dat de uitspraak in het Bulkgasarrest onder de huidige wetgeving niet anders was geweest.¹²⁴ Vervolgens oordeelde Rechtbank Gelderland dat de faciliteit ook toepassing kan vinden wanneer een afsplitsing plaats vindt om zo de verkoop van een onderneming mogelijk te maken.¹²⁵ De splitsing en vervreemding van de aandelen was alternatief voor het overdragen van vermogen, in plaats van een activa en passiva transactie. Ook hier was de vervreemding van de aandelen al van tevoren overeengekomen. Hierbij is een afgedwongen verkoop, zoals in het Bulkgasarrest, niet verplicht.

3.3.3.3 Eerste bewijsvermoeden

De splitsing moet plaatsvinden op grond van zakelijke overwegingen. Zoals eerdergenoemd, zijn aandeelhoudersmotieven geen zakelijke overwegingen.¹²⁶ Een uitzondering hierop is de ruziesplitsing. Door een ruzie tussen aandeelhouders kan de continuïteit van een onderneming in gevaar komen. De staatssecretaris heeft aangegeven dat in een soortgelijke situatie toch sprake kan zijn van zakelijke overwegingen op ondernemingsniveau.¹²⁷ Hof 's-Gravenhage heeft geoordeeld dat het in gevaar komen van de continuïteit van de onderneming een te zware eis is. Deze eis vindt geen grond in de wettekst van art. 14a Wet VpB.¹²⁸ Het in gevaar zijn van de continuïteit kan dus een aanwijzing zijn van zakelijke overwegingen, maar is geen harde eis is. Ook bij ruzies waarbij de continuïteit strikt genomen niet in gevaar komt, kan sprake zijn van zakelijke overwegingen. Dit heeft de Hoge Raad overwogen in

¹²¹ HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8531, *BNB 2009/28*.

¹²² HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB 2019/175*, met noot van R.J. de Vries (1) en J.C. van Straaten (2), r.o. 2.3.4.

¹²³ HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB 2019/175*, met noot van R.J. de Vries (1) en J.C. van Straaten (2), r.o. 2.3.5.

¹²⁴ G.C. van der Burgt, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, par. Vbp.2.6.0.C.c11.VII.

¹²⁵ Rechtbank Gelderland 2 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5827, *Belastingadvies 2021/6.3*.

¹²⁶ Zie paragraaf 2.3.3.3.

¹²⁷ NNV, *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, 5, p. 6.

¹²⁸ Gerechtshof 's-Gravenhage 1 mei 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE6131, *V-N 2002/42.15*, r.o. 6.7.

BNB 2012/261.¹²⁹ Conflicten die de bedrijfsresultaten van de onderneming kunnen beïnvloeden kunnen ook kwalificeren als zakelijke overwegingen. Dit lijkt mij in overeenkomst met de het doel van de faciliteit. Onenigheid tussen aandeelhouders kan leiden tot suboptimale resultaten, wat bedrijfseconomisch onwenselijk is. Gebleken is dat de kans op problematiek rondom aandeelhoudersconflicten die de continuïteit van de onderneming kunnen bedreigen, redelijk moet zijn.¹³⁰ Wanneer geen sprake is van een redelijke kans, zal alsnog sprake zijn van aandeelhoudersbelangen en dus geen toegang tot de faciliteit. In het geval waar er geen conflict tussen aandeelhouders blijkt te zijn, kan sprake zijn van een uitkoop. Hiervan is sprake indien een rechtspersoon bij een splitsing alle vermogensbestanddelen verkrijgt en de andere rechtspersoon alle liquiditeiten. De staatssecretaris heeft expliciet aangegeven dat hier geen faciliteit voor is.¹³¹

3.3.3.4 Tweede bewijsvermoeden

Bij de juridische splitsing is een tweede bewijsvermoeden op het ontbreken van zakelijke overwegingen opgenomen. Gedurende drie jaar geldt een aanhoudingseis.¹³² Wanneer toch vervreemd wordt, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht. In dit geval hoeft de fiscus dus niet aannemelijk te maken dat er geen zakelijke overwegingen zijn. De belastingplichtige kan echter aannemelijk maken dat geen sprake is van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Dit tweede bewijsvermoeden voorkomt dat belaste vermogenswinsten door overdracht van de kunnen worden omgezet in onbelaste koerswinsten.¹³³ Het deel dat men wil verkopen kan in beginsel niet worden afgesplitst of verkocht.¹³⁴

De Hoge Raad zich in *BNB 2009/28*¹³⁵ uitgesproken over de vervreemding van aandelen na een aandelenfusie.¹³⁶ Deze uitspraak is relevant, omdat de aandelenfusie ook is opgesteld aan de hand van de Fusierichtlijn.¹³⁷ In dit arrest was de vraag een verkoopovereenkomst van de aandelen, die al vaststaat voor het obligatoire tijdstip van de aandelenfusie, ertoe leidt dat het hoofddoel dan wel een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking is.¹³⁸ De Hoge Raad oordeelde dat bij de

¹²⁹ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB 2012/261*, met noot van R.J. de Vries, r.o. 3.4.1 en 3.4.2.

¹³⁰ Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD9549, *V-N 2002/20.10*, r.o. 5.1.3.

¹³¹ NNV, *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5, blz. 7.

¹³² Art. 14a, lid 6 Wet VpB.

¹³³ G.C. van der Burgt, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, par. Vbp.2.6.0.C.c11.VII.

¹³⁴ MvT, *Kamerstukken II 1998/99*, 26 728, nr. 3, p. 53–54.

¹³⁵ HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8531, *BNB 2009/28* (conclusie Wattel), met noot van J.A.G. van der Geld.

¹³⁶ Het betrof een aandelenfusie als in art. 14b Wet IB 1964.

¹³⁷ Art. 1, onderdeel a Richtlijn 2009/133/EG.

¹³⁸ In art. 14b werd getoetst aan de term 'belastingfraude of belastingontwijking', dat is nu 'het ontgaan of uitstellen van belastingheffing'.

beoordeling de bedoeling ten tijde van de totstandkoming van de verkoopovereenkomst die aan de aandelenfusie ten grondslag ligt, doorslaggevend is.¹³⁹ Een fusie of splitsing die leidt tot een optimale structuur met het oog op latere vervreemding van aandelen leidt in beginsel niet tot uitsluiting van de faciliteit.¹⁴⁰ Als een obligatoire verkoopovereenkomst bestaat voor het tijdstip van fuseren, leidt dit ertoe dat de fusie of splitsing in beginsel wel gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Hier kan de belastingplichtige tegenbewijs leveren.

Zoals eerder vermeld, wijkt de Nederlandse wetgeving af van de Fusierichtlijn. Het tweede bewijsvermoeden uit art. 14b Wet VpB, de aanhoudingseis, is niet opgenomen in de Fusierichtlijn. De vraag is of dit tweede bewijsvermoeden wel in overeenkomst is met de Fusierichtlijn. De Hoge Raad heeft zich hier nog niet over uitgesproken. Van der Burgt stipt aan dat wanneer het tweede bewijsvermoeden in betrekking tot de juridische splitsingsfaciliteit wel rechtvaardig geacht wordt, dit afwijkt van de toepassing in de aandelenfusie.¹⁴¹ Een vervreemding van aandelen leidt tot toepassing van het tweede bewijsvermoeden. De bewijslast wordt dus verschoven naar de belastingplichtige. De belastingplichtige moet vervolgens aannemelijk maken dat ten tijde van het besluit tot splitsen slechts een verkoopvoornemen bestond. Wanneer het tijdstip van de splitsing en de verkoop dicht bij elkaar liggen kan dit tot problemen leiden. Naar aanleiding van dit door van der Burgt gestelde probleem, concludeer ik dat het tweede bewijsvermoeden in de genoemde situatie onrechtvaardig is. Het tweede bewijsvermoeden is slechts dienstbaar aan de hoofdtoets. Deze hoofdtoets toetst of de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belasting.¹⁴²

Redactie Vakstudie Nieuws concludeert dat wanneer zakelijke motieven ten grondslag liggen aan een splitsing, een vervreemding van de aandelen binnen de driejaarstermijn de zakelijkheid niet aantast. “Eens zakelijk blijft zakelijk”.¹⁴³ Het ontstaanstijdstip van het vervreemdingsvoordeel maakt hierbij ook geen verschil. De Vries becommentarieert dat een snelle vervreemding van aandelen een ander licht kan schijnen op de eerder aannemelijk gemaakte zakelijke overwegingen.¹⁴⁴ Daarbij verwijst hij naar het arrest Foggia¹⁴⁵. De relevante feiten en omstandigheden spelen een rol. Nieuwe feiten kunnen volgens hem leiden tot een nieuw oordeel. Hij concludeert dat wanneer een vervreemdingsvoornemen

¹³⁹ HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8531, *BNB 2009/28* (conclusie Wattel), met noot van J.A.G. van der Geld, r.o. 3.1.

¹⁴⁰ G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, *‘De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten. De huidige stand van zaken in de inkomsten- en vennootschapsbelasting’*, *WFR 2012/1626*, par. 6.1.2.

¹⁴¹ G.C. van der Burgt, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, par. Vbp.2.6.0.C.c11.VII.

¹⁴² G.C. van der Burgt, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, par. Vbp.2.6.0.C.c11.VII.

¹⁴³ HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, *V-N 2019/43.9*, met noot van Redactie Vakstudie Nieuws.

¹⁴⁴ HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB 2019/175*, met noot van R.J. de Vries (1) en J.C. van Straaten (2), noot 1, par. 15.

¹⁴⁵ HvJ EU, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*), *BNB 2012/5*.

niet aan de inspecteur is geopenbaard, het denkbaar is dat de facilitering wordt teruggedraaid bij een daadwerkelijke vervreemding binnen drie jaar.¹⁴⁶ Van der Burgt noemt dit een verkeerd gevolg.¹⁴⁷ Wanneer het tweede bewijsvermoeden opgaat, leidt dit tot een verschuiving van de bewijslast naar de belastingplichtige. In situaties waarin het vervreemdingsvoornemen is ontstaan na de splitsing, is de belastingplichtige in staat dit aannemelijk te maken. De tegenbewijsregeling doet hier juist wat hij moet doen. Deze redenering lijkt mij te verdedigen vanuit de aard van de wet. Wanneer een vervreemding bedrijfseconomisch wenselijk is, kan dit hoogstwaarschijnlijk aangetoond worden. Het per definitie terugdraaien van de facilitering, lijkt mij dan ook onrechtvaardig.

3.4 Doel Juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting

Naast de vrijstelling voor de juridische fusie, bestaat er ook een vrijstelling voor de juridische splitsing in de overdrachtsbelasting.¹⁴⁸ De vrijstelling bestaat sinds 1 februari 1999, waarbij de gestelde voorwaarden zijn opgenomen in art. 5c UBRV.¹⁴⁹ Deze voorwaarden waren gelijk aan de voorwaarden die destijds golden bij de juridische splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting. Deze bestonden grotendeels uit een zakelijkheidstoets. Na de invoering van de Wet Inkomstenbelasting 2001, bleken de voorwaarden niet langer aan te sluiten bij de gestelde voorwaarden in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. De zakelijkheidstoets is vervangen door de besproken antimisbruikbepaling.¹⁵⁰ Per 1 januari 2006 sluiten de gestelde voorwaarden voor de faciliteit in de overdrachtsbelasting weer aan bij de faciliteit in de vennootschapsbelasting.¹⁵¹ Elink Schuurman schrijft dat uit deze wetshistorie blijkt dat de staatssecretaris de keuze heeft gemaakt om de reikwijdte van de splitsingsfaciliteiten van de overdrachtsbelasting en de vennootschapsbelasting overeen te laten komen.¹⁵² De staatssecretaris benoemt de achterliggende gedachte, oftewel het doel, van de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting. Hij benoemt wederom dat “de overdrachtsbelasting geen hinderpaal mag zijn bij de keuze voor de economisch meest wenselijke rechtsvorm of positionering van onroerende zaken binnen een concern”.¹⁵³ Daarbij benoemt hij ook dat het “van meet af aan de bedoeling geweest is dat, wanneer in de vennootschapsbelasting sprake is van een te

¹⁴⁶ HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB 2019/175*, met noot van R.J. de Vries (1) en J.C. van Straaten (2), noot 1, par. 16.

¹⁴⁷ G.C. van der Burgt, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, par. Vbp.2.6.0.C.c11.VII.

¹⁴⁸ Art. 15, lid 1 onderdeel h Wet BRV.

¹⁴⁹ Besluit van 6 februari 1999, *Stb.* 68, p. 2.

¹⁵⁰ Zie paragraaf 3.2 en 3.3 voor toelichting op de desbetreffende bepaling.

¹⁵¹ Besluit van 15 december 2005, *Stb.* 688, p. 2-3.

¹⁵² J.H. Elink Schuurman, *‘De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting: tijd voor een revisie!’*, *WPNR 2015/7060*, par. 3.

¹⁵³ NvT, Besluit van 15 december 2005, *Stb.* 688, p. 5.

faciliteren splitsing, dit in beginsel ook voor de overdrachtsbelasting het geval is”.¹⁵⁴ Kortom, de faciliteit is gericht op het faciliteren van bedrijfseconomisch gewenste fusies.

3.5 Voorwaarden juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting afgezet tegen de aard van de overdrachtsbelasting

3.5.1 Algemeen

Een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting is het door een andere rechtspersoon, onder algemene titel, verkrijgen van een onroerende zaken van een splitsende rechtspersoon.¹⁵⁵ Daarnaast is het verkrijgen van bij splitsing uitgereikte aandelen in een artikel 4-rechtspersoon ook een belastbaar feit.¹⁵⁶ Lange tijd bestond discussie rondom het faciliteren van het tweede belastbare feit. Zo wees Gassler op het feit dat in de wettekst staat dat ‘een verkrijging bij splitsing is vrijgesteld’.¹⁵⁷ Hieronder viel volgens hem ook de verkrijging van een bij splitsing uitgereikte aandelen in een artikel 4-rechtspersoon. Daarnaast benadrukte Elink Schuurman dat de wettekst geen beperking op lijkt te leggen.¹⁵⁸ Deze meningen zijn inmiddels achterhaald, doordat Rechtbank Gelderland zich over deze kwestie heeft uitgesproken.¹⁵⁹ Zo oordeelt de Rechtbank dat “de enkele constatering dat de tekst niet eenduidig kan worden uitgelegd is onvoldoende om te concluderen dat de vrijstelling ook op de situatie van eiser van toepassing is”.¹⁶⁰ Daarnaast wordt verwezen naar de parlementaire geschiedenis, waaruit kan worden opgemaakt dat een ruime reikwijdte dan de overgang van vermogen van de splitsende naar de verkrijgende rechtspersoon niet beoogd is. Dit is ook in lijn met de aard van de faciliteit. Aandeelhouders worden nu in de heffing betrokken, waardoor de splitsing van de rechtspersoon in beginsel niet wordt belemmerd, als de visie van Robben juist zou zijn.

De staatssecretaris heeft echter goedgekeurd dat de splitsingsvrijstelling wel geldt voor uitgereikte aandelen in een artikel 4-rechtspersoon.¹⁶¹ Er moet worden voldaan aan twee voorwaarden. Zo is de vrijstelling alleen van toepassing op het krachtens (af)splitsing verkregen onroerende zaken. Daarnaast mag het belang dat de aandeelhouders van de (af)splitsende rechtspersoon hebben in de waarde van

¹⁵⁴ NvT, Besluit van 15 december 2005, *Stb.* 688, p. 6.

¹⁵⁵ Art. 2, lid 1 Wet BRV.

¹⁵⁶ Art. 4, lid 1 onderdeel a Wet BRV.

¹⁵⁷ Y.E. Gassler, *Cursus Belastingrecht (Overdrachtsbelasting)*, par. BvR.2.3.17.A.

¹⁵⁸ J.H. Elink Schuurman, *‘De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting: tijd voor een revisie!’*, *WPNR 2015/7060*, par. 4.1.

¹⁵⁹ Rechtbank Gelderland 27 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:822, *R-N 2019/76*.

¹⁶⁰ Rechtbank Gelderland 27 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:822, *R-N 2019/76*, r.o. 14.

¹⁶¹ Besluit van 25 mei 2018, *Stb.* 30213, par. 6.

het (af)gesplitste onroerende zaak niet wijzigen.¹⁶² In het besluit wordt een voorbeeld geschetst. In dit voorbeeld is sprake van een ruziesplitsing. Twee onroerende zaken gaan van X BV onder algemene titel over naar XA BV en XB BV. De aandeelhouder van de bv die onroerende zaak met de hoogste waarde verkrijgt, is overdrachtsbelasting verschuldigd over die waarde minus de waarde van het voorafgaand gehouden belang van die onroerende zaak in X BV. Dit lijkt een rechtvaardige eis. Er wordt gekeken welk gedeelte een 'nieuwe' verkrijging en dus belastbaar feit is. Over dit gedeelte wordt terecht overdrachtsbelasting geheven.

3.5.2 Antimisbruikbepaling

Zoals eerder vermeld, sluit de antimisbruikbepaling uit de overdrachtsbelasting aan bij de antimisbruikbepaling uit de vennootschapsbelasting. De bepaling in de vennootschapsbelasting identiek geformuleerd. De staatsecretaris heeft de kanttekening geplaatst dat hij zich de vrijheid voorbehoudt om de voorwaarden voor de faciliteit in de overdrachtsbelasting af te laten wijken van de faciliteit in de vennootschapsbelasting.¹⁶³ Dit vanwege het feit dat de faciliteit in de overdrachtsbelasting afstel van belastingheffing inhoudt, terwijl de faciliteit in de vennootschapsbelasting ziet op uitstel van belasting. Aanvullende voorwaarden zijn echter niet gekomen.

Uit de wettekst blijkt dat een verkrijging vanwege een splitsing in eerste instantie is vrijgesteld van overdrachtsbelasting.¹⁶⁴ In het uitvoeringsbesluit volgt het eerste bewijsvermoeden. 'Indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen, wordt de splitsing geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.'¹⁶⁵ Dit tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. Hierna volgt het tweede bewijsvermoeden. 'Indien de aandelen in de gesplitste rechtspersoon, dan wel in een verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de gesplitste rechtspersoon is verbonden als bedoeld in art. 10a van de Wet VpB, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht'.¹⁶⁶ Hier kan wederom tegenbewijs

¹⁶² Besluit van 25 mei 2018, *Stb.* 30213, par. 6.1.

¹⁶³ Persbericht Ministerie van Financiën van 10 januari 2003, nr. 2003/05.

¹⁶⁴ Art. 15, onderdeel h Wet BRV.

¹⁶⁵ Art. 5c, lid 1 UBRV, tweede volzin.

¹⁶⁶ Art. 5c, lid 1 UBRV 1971, derde volzin.

geleverd worden. Door de koppeling aan de vennootschapsbelasting moet, voor toetsing aan de voorwaarden, gekeken worden naar de jurisprudentie omtrent de vennootschapsbelasting.¹⁶⁷

De antimisbruikbepaling in de vennootschapsbelasting moet uitgelegd worden conform de Fusierichtlijn.¹⁶⁸ De overdrachtsbelasting valt niet onder de Fusierichtlijn.¹⁶⁹ Er is dus geen verplichting om de desbetreffende bepaling in de overdrachtsbelasting uit te leggen conform deze richtlijn. De Hoge Raad besliste echter in *BNB 2021/35*¹⁷⁰ dat bij een splitsing het begrip ‘zakelijke overwegingen’ moet worden uitgelegd aan de hand van de Fusierichtlijn. Daarnaast overwoog hij dat de verwervende vennootschap geen onderneming hoeft de drijven.¹⁷¹ Zo kan een splitsing waarbij een houdstermaatschappij zonder materiële onderneming ontstaat, toch gegronde zakelijke overwegingen hebben. Hof Amsterdam heeft een uitspraak gewezen in lijn met de Europese jurisprudentie.¹⁷² Het betrof hier twee partijen die vastgoed juridisch afsplitsten. De vraag was hier of het ontgaan van overdrachtsbelasting in overwegende mate een reden was om te splitsen. Het was geen probleem dat het desbetreffende bv geen actieve werkzaamheden verrichtte, wat in lijn is met het arrest *Leur-Bloem*¹⁷³. In principe mag de belastingplichtige daarnaast, op grond van het arrest *Foggia*¹⁷⁴, de meest fiscaal gunstige route kiezen. Het Hof oordeelde echter dat de gekozen weg tot afsplitsing, “een kunstmatige, louter door fiscale overwegingen ingegeven omweg was”.¹⁷⁵ Zowel van der Zwan en Redactie Vakstudie Nieuws benadrukken dat de uitspraak bovendien interessant is voor het praktische overzicht van de bewijslastverdeling die het Hof geeft.¹⁷⁶ De splitsingsvrijstelling kan worden geweigerd wanneer het hoofddoel belastingfraude- of ontwijking is. De bewijslast bij dit eerste bewijsvermoeden ligt dan op de inspecteur. Wanneer de inspecteur hierin slaagt, heeft de belastingplichtige de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren. De inspecteur kan ook een beroep doen op het tweede bewijsvermoeden. Ook hierbij draagt hij de, beduidend minder zware, bewijslast. Wanneer de inspecteur hierin slaagt, kan de belastingplichtige weer tegenbewijs leveren. Deze bewijslastverdeling lijkt rechtvaardig.

¹⁶⁷ NvT, Besluit van 15 december 2005, *Stb.* 688, p.8.

¹⁶⁸ Zie paragraaf 3.2.

¹⁶⁹ HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282 (*Zwijnenburg*), *BNB 2010/257*.

¹⁷⁰ HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2078, *BNB 2021/35*, r.o. 2.3.2.

¹⁷¹ HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2078, *BNB 2021/35*, r.o. 2.3.3. en Y.E. Gassler, *Cursus Belastingrecht (Belastingen van Rechtsverkeer)*, par. BvR.2.3.17.C.c.

¹⁷² Gerechtshof Amsterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:278, *V-N 2021/14.7*.

¹⁷³ HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*), *BNB 1998/32*.

¹⁷⁴ HvJ EU, 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*), *BNB 2012/5*.

¹⁷⁵ Gerechtshof Amsterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:278, *NLF 2021/0528* met noot van R. van der Zwan, r.o. 5.7.16.

¹⁷⁶ Gerechtshof Amsterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:278, *NLF 2021/0528* met noot van R. van der Zwan en Gerechtshof Amsterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:278, *V-N 2021/14.7* met noot van Redactie.

Robben stipt aan dat het tweede bewijsvermoeden voor verwarring zorgt.¹⁷⁷ Er wordt in de wet gesproken over de ‘verkrijgende rechtspersoon’. Echter, niet elke verkrijgende rechtspersoon verkrijgt ook in Nederland gelegen onroerende zaken en is dus onderworpen aan overdrachtsbelasting. Doordat er in de wet wordt gesproken over de ‘verkrijgende rechtspersoon’, vallen ook aandelen in de rechtspersoon die overdrachtsbelastingtechnisch gezien niets verkrijgt onder het vervreemdingsverbod. Wanneer deze rechtspersoon, die dus geen in Nederland gelegen onroerende zaken verkrijgt, heeft aandelen vervreemdt, heeft dit nadelige consequenties voor rechtspersonen die daadwerkelijk in Nederland gelegen onroerende zaken verkregen hebben. De laatstgenoemde rechtspersoon is dan alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd. Kijkend naar de aard van de wet en de faciliteit lijkt mij dit simpelweg onrechtvaardig. Rechtspersonen die aandelen verkrijgen die niets met overdrachtsbelasting te maken hebben, kunnen rechtspersonen die wel geraakt worden door de overdrachtsbelasting hevig belemmeren.

3.6 Verschillen tussen de juridische splitsingsfaciliteiten

3.6.1 Subject

Waar in de vennootschapsbelasting belastingplichtige stichtingen toegang kunnen krijgen tot de faciliteit, kan dit in de overdrachtsbelasting niet.¹⁷⁸ De faciliteit ziet slechts op rechtspersonen met aandelen of deelnemingsrechten.¹⁷⁹ Elink Schuurman kaart aan dat bijvoorbeeld pensioenfondsen, die vaak als rechtsvorm een stichting hebben, gebaat zouden zijn bij de faciliteit.¹⁸⁰ Opvallend is dat de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting wel ziet op stichtingen.¹⁸¹ Rechtvaardiging vanuit de aard van de wet voor het niet faciliteren van stichtingen lijkt hier mijns inziens niet aanwezig. Bovendien lijkt dit in sommige situaties ongewenst.

Het feit dat de juridische splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting extra eisen stelt aan de voorwaartse verliesverrekening en de vestigingsplaats van splitsende of verkrijgende rechtspersonen lijkt wederom rechtvaardig.¹⁸² Bovendien is het ontbreken van deze eisen in de overdrachtsbelasting

¹⁷⁷ M.T.E. Robben, *‘Splitsingsvrijstellingcuriositeiten’*, *Taxence 2018*.

¹⁷⁸ Art. 2, lid 1 onderdeel e Wet VpB en art. 5c, lid 1 UBRV.

¹⁷⁹ Art. 5c, lid 2 UBRV.

¹⁸⁰ J.H. Elink Schuurman & A. Rozendal, *‘De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?’*, *WFR 2012/464*, par. 3.2.

¹⁸¹ Art. 5bis, lid 8 UBRV.

¹⁸² Rekening houdend met de toelichting van de staatssecretaris waardoor de vestigingsplaats niet langer beperkt is naar Nederland of de EU/EER, zie paragraaf 2.3.1.

ook te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet. Voorwaartse verliesverrekening of vestigingsplaats hebben namelijk geen invloed op de overdrachtsbelasting.¹⁸³

3.6.2 Object

In de overdrachtsbelasting hoeft claimbehoud in tegenstelling tot de vennootschapsbelasting niet verzekerd te zijn. Dit verschil is wederom te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet.¹⁸⁴ Bovendien is ontbreken van de mogelijkheid van een splitsing met terugwerkende kracht in de overdrachtsbelasting ook te rechtvaardigen. In de vennootschapsbelasting is dit mogelijk, omdat dit, in tegenstelling tot de overdrachtsbelasting, een tijdvakbelasting is.¹⁸⁵

3.6.3 Antimisbruikbepaling

Ondanks dat de zakelijkheid van de splitsing in de overdrachtsbelasting richtlijnconform moet worden getoetst, betekent het niet dat het toekennen van de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting per definitie betekent dat deze ook toegekend wordt voor de overdrachtsbelasting. Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat door de afwezigheid van meerwaarde op vermogensbestanddelen geen sprake was van ontgaan of uitstellen van vennootschapsbelasting.¹⁸⁶ Voor de overdrachtsbelasting was de splitsing hier echter wel op gericht. Toekenning van de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting moet dus afzonderlijk worden getoetst. De Hoge Raad verduidelijkt in *BNB 2021/35*¹⁸⁷ of de inspecteur overdrachtsbelasting het oordeel van de inspecteur vennootschapsbelasting altijd moet volgen. De Hoge Raad verwijst naar de conclusie van A-G Wattel, waaruit blijkt dat de inspecteur overdrachtsbelasting niet altijd de inspecteur vennootschapsbelasting hoeft te volgen.¹⁸⁸ Van Gijlswijk geeft twee redenen wanneer de inspecteur overdrachtsbelasting kan afwijken.¹⁸⁹ Ten eerste is dit een situatie waarin sprake is van specifiek overdrachtsmisbruik. Ten tweede is dat een situatie waarin de vennootschapsbelastinginspecteur een fout heeft gemaakt. Van Gijlswijk benadrukt dat de inspecteur overdrachtsbelasting echter niet een geheel eigen koers kan varen.

Ondanks de identieke antimisbruikbepalingen, moet dus toch een afzonderlijke toets plaatsvinden. De gesplitste en verkrijgende rechtspersonen kunnen in de vennootschapsbelasting zekerheid vooraf

¹⁸³ Zie paragraaf 2.6.1 voor een uitgebreidere toelichting.

¹⁸⁴ Zie paragraaf 2.6.2 voor een uitgebreidere toelichting.

¹⁸⁵ Zie paragraaf 2.6.2 voor een uitgebreidere toelichting.

¹⁸⁶ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4542, *V-N 2019/158*, r.o. 2.15.

¹⁸⁷ HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2078, *BNB 2021/35*

¹⁸⁸ Conclusie A-G Wattel 18 augustus 2020, ECLI:NL:PHR:2020:715, *NLF 2020/2033*, met noot van M. van Gijlswijk.

¹⁸⁹ HR 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:715, *NLF 2020/2033*, met noot van M. van Gijlswijk.

vragen aan de inspecteur.¹⁹⁰ Deze vraag kan zowel over het eerste, als over het tweede bewijsvermoeden gaan. De inspecteur beslist hier volgens bij voor bezwaar bevatbare beschikking. Deze mogelijkheid bestaat niet in de overdrachtsbelasting. Ondanks dat de antimisbruikbepalingen identiek zijn, lijkt dit toch een ongewenst gemis. De inspecteur overdrachtsbelasting kan dan wel geen geheel eigen koers varen, maar er kan alsnog niet worden uitgegaan van het oordeel van de inspecteur vennootschapsbelasting. Hierdoor kan de belastingplichtige alleen een rechtsoordeel krijgen door voor eigen risico een splitsing door te voeren en vervolgens, bij afwijzing, in bezwaar en/of beroep te gaan tegen. Wederom is dit gebrek wel te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet. Tijdstipbelastingen kennen de mogelijkheid tot zekerheid vooraf niet. Echter is dit gebrek wel bijzonder ongewenst.

3.7 Deelconclusie

Het doel van de juridische splitsingsfaciliteit is voor zowel de vennootschapsbelasting, als voor de overdrachtsbelasting besproken. Het doel betreft het wegnemen van fiscale belemmeringen bij bedrijfseconomisch gewenste fusies. De antimisbruikbepalingen in beide faciliteiten zijn identiek aan elkaar. Bij toetsing tot toegang tot de faciliteit in de overdrachtsbelasting moet aangesloten worden bij de Fusierichtlijn, net als in de vennootschapsbelasting. Echter is het belangrijk dat voor beide faciliteiten wel apart getoetst wordt aan de gestelde voorwaarden. Daarnaast lijken niet alle gestelde voorwaarden te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet. Ditzelfde geldt voor de bestaande verschillen tussen de faciliteiten, waaronder het ontbreken van ‘zekerheid vooraf’ en het niet faciliteren stichtingen in de overdrachtsbelasting. Dit houdt de optie open voor mogelijke wetsverbeteringen. Afsluitend wederom een tabel waar ter bevordering van de overzichtelijkheid alle verschillen naast elkaar worden gezet.

Splitsingsfaciliteit	Vennootschapsbelasting	Overdrachtsbelasting
Subject	Vennootschapsbelastingplichtige stichting krijgt toegang	Geen enkele stichting krijgt toegang
Vestigingsplaats	NL of EU/EER, anders hardheidsclausule	Irrelevant
Verliesverrekening	Geen aanspraak op voorwaarts te verrekenen verliezen	Irrelevant
Claimbehoud	Moet verzekerd zijn	Irrelevant

¹⁹⁰ Art. 14a, lid 8 Wet VpB.

Toetsing antimisbruikbepaling	Conform Fusierichtlijn	Conform Fusierichtlijn
Terugwerkende kracht	Mogelijk	Onmogelijk
Zekerheid vooraf	Mogelijk	Onmogelijk

4. Aanbevelingen

4.1 Inleiding

In voorgaande hoofdstukken zijn de juridische splitsings- en fusiefaciliteit in zowel de vennootschapsbelasting als in de overdrachtsbelasting besproken. Hierbij zijn verschillen benoemd en gebreken besproken. In dit hoofdstuk worden aanbevelingen gedaan om deze gebreken te verhelpen. Zo wordt een rechtvaardigere wetgeving vanuit de aard van de wet geambieerd. Eerst worden achtereenvolgens aanbevelingen voor de juridische fusiefaciliteit en de juridische splitsingsfaciliteit gegeven. Hierop volgt een generieke aanbeveling en ten slotte volgt een alternatieve manier tot wetsverbetering.

4.2 Aanbevelingen juridische fusiefaciliteit

Op dit moment vindt er een afzonderlijke beoordeling plaats bij het beoordelen van toegang tot de faciliteit. Bij de juridische fusie in de overdrachtsbelasting zijn de gestelde eisen aan de zakelijkheidstoets strenger dan in de vennootschapsbelasting.¹⁹¹ Dit leidt tot onwenselijke situaties. Dit terwijl de wetgever juist heeft aangegeven dat wanneer de zakelijkheid voor de vennootschapsbelasting is vastgesteld, de fiscale begeleiding voor de overdrachtsbelasting daarin meeloopt.¹⁹² Een eerste aanbeveling is het schrappen van de hoofdzakelijkheidstoets en invoering van de antimisbruikbepaling gelijk aan die uit de vennootschapsbelasting. Deze moet wel toegespitst worden op de overdrachtsbelasting. Hierbij zou de zakelijkheid in de overdrachtsbelasting dus ook conform de Fusierichtlijn worden getoetst. Van der Burgt benoemt dat hierdoor toegang tot de faciliteit niet langer wordt geweigerd indien deze gericht is op een kostenbesparing.¹⁹³ Belangrijk is dat fusie of splitsing nog wel apart wordt beoordeeld, alleen aan de hand van gelijkwaardige eisen. Wanneer het ontgaan van overdrachtsbelasting beoogd wordt, moet worden beoordeeld of dit motief

¹⁹¹ Zie paragraaf 2.3.3.3 en 2.5.2.

¹⁹² NNV, *Kamerstukken II 1997/98*, 25709, nr. 9, p. 6.

¹⁹³ G.C. van der Burgt, *Juridische fusie en overdrachtsbelasting: het kan eenvoudiger én beter!*, WPNR 2018/7207, par. 3.1.5.

doorslaggevend is. Deze aanpassing lijkt rechtvaardig vanuit de aard van de wet. Onnodig en onrechtvaardige strengere eisen in de overdrachtsbelasting vervallen. Wanneer de Nederlandse wetgeving wordt getoetst aan de Fusierichtlijn kunnen echter nog steeds problemen bestaan. Zo staat in de Nederlandse wetgeving nog steeds de term ‘actieve werkzaamheden’ vermeld, terwijl het HvJ heeft beslist dat het drijven van een materiele onderneming geen vereiste is. Daarbij zorgt de term ‘uitstel van belastingheffing’ nog steeds voor onduidelijkheid. Deze term staat niet in de Fusierichtlijn en er zijn nog geen prejudiciële vragen gesteld over de reikwijdte van dit begrip. Hofman en Voorn stellen voor om de Nederlandse wettekst letterlijk aan te laten sluiten bij de Fusierichtlijn.¹⁹⁴ Hierdoor verdwijnt de desbetreffende term uit de wettekst. Dit lijkt mij een zeer praktische eis en deze leidt mijns inziens tot rechtvaardigere wetgeving.

Ten tweede wordt aangeraden de huidige aanhoudingseis uit art. 5bis UBRV te laten vervallen. Gassler vermeldt dat een faciliteit juist gewenst is bij fusies waarbij artikel 4-rechtspersonen betrokken zijn.¹⁹⁵ De huidige beperking is dus ongewenst vanuit de aard van de wet en met name het doel van de wet. De aanhoudingseis leidt tot complexe wetgeving en onwenselijke situaties.¹⁹⁶ Robben benadrukt dat wettekst omtrent deze eis enorm lastig leesbaar is.¹⁹⁷ Het tweede lid, onderdeel a van art. 5bis UBRV telt bijvoorbeeld twaalf regels met verschillende bijzinnen. Het schrappen van deze eis zal dus de eenvoud en begrijpelijkheid van de wet bevorderen. Gassler stelt voor ter vervanging van de geschrapte aanhoudingseis het aanhouden van aandelen in de verkrijgende vennootschap mee te nemen bij de algemene zakelijkheidstoets. Hierbij wordt aansluiting gezocht met het aanhouden van de aandelen in de verkrijgende vennootschap als in art. 5c UBRV.

Daarnaast heb ik in paragraaf 2.5.3 de soms onrechtvaardige en belemmerende werking van art. 5bis lid 4 UBRV aangekaart. In de situatie waarin een eerste gefaciliteerde fusie, opgevolgd wordt door een niet gefaciliteerde reorganisatiemogelijkheid, is overdrachtsbelasting verschuldigd over zowel de eerste als over de tweede reorganisatie, terwijl al overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn over de tweede reorganisatie. Dit omdat art. 5 lid 4 UBRV alleen een uitzondering kent voor opvolgende gefaciliteerde reorganisatiemogelijkheden. Ik zou aanraden om ook niet gefaciliteerde reorganisatiemogelijkheden onder de uitzondering te laten vallen. Eventueel misbruik kan hier worden bestreden door *fraus legis*.¹⁹⁸ Achtereenvolgens heb ik in paragraaf 2.5.5 de in sommige gevallen

¹⁹⁴ P.W. Hofman en T.D. Voorn, ‘Hoe verder met de fusie- en splitsingsfaciliteiten nu de Hoge Raad meer duidelijkheid heeft verschaft’, WFR 2021/92, par. 4.

¹⁹⁵ Y.E. Gassler, Cursus Belastingrecht (*Belastingen van Rechtsverkeer*), par. BvR.2.3.15.C.d1.

¹⁹⁶ Zie paragraaf 2.5.3.

¹⁹⁷ M.T.E. Robben, ‘Onleesbare (overdrachtsbelasting-)regelgeving’, V-N 2014/12.0.

¹⁹⁸ HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:126, BNB 2017/75.

irrelevante functie van art. 5bis, lid 6 UBRV aangestipt. Wanneer niet gefaciliteerde reorganisatiemogelijkheden ook onder de uitzondering van lid 4 vallen, zal lid 6 in het vervolg wel een relevante en belangrijke functie kennen.

Ten derde raad ik aan om de huidige voortzettingseis te veranderen. In situaties waarin niet voldaan wordt aan de voortzettingseis, pleit ik voor een bewijsvermoeden van onzakelijkheid, waarvan de belastingplichtige de bewijslast draagt. De belastingplichtige heeft dan de mogelijkheid om bijvoorbeeld aan te tonen dat een faillissement buiten zijn invloedssfeer gebeurde of dat hij onrendabele activiteiten op grond van zakelijke overwegingen wil afstoten. Dit lijkt mij rechtvaardiger vanuit de aard van de wet.

4.3 Aanbevelingen juridische splitsingsfaciliteit

De juridische splitsingsfaciliteit bevat minder grootschalige gebreken dan de juridische fusiefaciliteit. Zoals eerder vermeld ziet de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting niet op stichtingen, in tegenstelling tot de faciliteit in de vennootschapsbelasting. Elink Schuurman pleit voor een afzonderlijke faciliteit voor rechtspersonen zonder een in aandelen of deelnemingsrechten verdeeld kapitaal.¹⁹⁹ Dit lijkt mij juist. Op dit moment lijkt het onrechtvaardig dat stichtingen en (buitenlandse) commanditaire vennootschappen met rechtspersoonlijkheid geen toegang kunnen krijgen tot de faciliteit. Bedrijfseconomisch wenselijke fusies, bijvoorbeeld van pensioenstichtingen, worden hierdoor onrechtvaardig fiscaal belemmerd.

Een andere verbetering die Elink Schuurman aanstipt is het specificeren van het begrip ‘belastingen’ in de wettekst.²⁰⁰ Dit zou moeten slaan op de overdrachtsbelasting. Dit lijkt mij logisch en rechtvaardig vanuit de wet. Wanneer er afzonderlijk per wet wordt getoetst, moet er worden getoetst of belasting waar de faciliteit op ziet oneigenlijk wordt uitgesteld of ontgaan. Dit valt mijns inziens (omgekeerd) te beredeneren uit het arrest Zwijnenburg²⁰¹. De Fusierichtlijn ziet alleen op belastingen die onder de richtlijn vallen. Logisch is dan dat bij het beoordelen van toegang tot een faciliteit in de overdrachtsbelasting, die niet onder de Fusierichtlijn valt, niet hoeft te worden gekeken naar belastingen die wel onder de Fusierichtlijn vallen.

¹⁹⁹ J.H. Elink Schuurman, *‘De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting: tijd voor een revisie!’*, WPNR 2015/7060, par. 4.2.

²⁰⁰ J.H. Elink Schuurman, *‘De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting: tijd voor een revisie!’*, WPNR 2015/7060, par. 5.4.

²⁰¹ HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282 (*Zwijnenburg*), BNB 2010/257.

Een andere aanbeveling is het specificeren van de term ‘verkrijgende rechtspersoon’. Alleen rechtspersonen die overdrachtsbelastingtechnisch gezien iets verkrijgen moeten hieronder vallen. Dit leidt tot een rechtvaardigere wetgeving, omdat het rechtspersonen die geen in Nederland gelegen onroerende zaken verkrijgen, niet langer gebonden zijn aan het vervreemdingsverbod. Daarnaast kunnen zij ook niet langer daadwerkelijke verkrijgende rechtspersonen belemmeren wanneer de eerstgenoemde rechtspersoon vervreemdt.

4.4 Algemene aanbeveling

Een andere wetsverbetering is het toevoegen van de mogelijkheid tot ‘zekerheid vooraf’ aan zowel de juridische fusiefaciliteit als de juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting.²⁰² De inspecteur beslist bij bezwaar vatbare beschikking of een fusie of splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Zolang er geen harmonisatie is tussen de wettekst in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting en sprake is van een afzonderlijke toetsing, kan de belastingplichtige voor wat betreft de overdrachtsbelasting niet uitgaan van het oordeel van de inspecteur vennootschapsbelasting. Het toevoegen van deze mogelijkheid lijkt misschien niet te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet, maar is wel zeer gewenst. Er zal niet langer sprake zijn van een situatie waarin een belastingplichtige alleen een rechterlijke toetsing kan krijgen wanneer voor eigen risico een fusie of splitsing wordt doorgevoerd en vervolgens in bezwaar en beroep moet gaan bij een ongewenste uitkomst.

4.5 Alternatieve methode

Om in lijn te komen met het doel van de wet zijn ook andere mogelijkheden. In eerdere paragrafen worden aanbevelingen gedaan tot conformatie van huidige wetgeving. De wetgeving in de overdrachtsbelasting tracht hierbij aan te sluiten bij de wetgeving in de vennootschapsbelasting. De kans is echter aanwezig dat er nog steeds problematiek zal zijn rondom de fusiefaciliteiten. Hofman en Voorn komen met een andere alternatieve aanpak. Zij laten de huidige faciliteiten in de overdrachtsbelasting vervallen. Vervolgens stellen zij voor om de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten aan te laten sluiten bij het verschuiven van het uiteindelijke belang bij onroerende zaken.²⁰³ Wanneer de belastingplichtige aantoont dat geen sprake is van een verschuiving van het

²⁰² J.H. Elink Schuurman & A. Rozendal, ‘De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting: het paard achter de wagen gespannen?’, *WFR* 2012/464, par. 4.1.4, J.H. Elink Schuurman, ‘De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting: tijd voor een revisie!’, *WPNR* 2015/7060, par. 5.5 en Robben, ‘Schizofrene zakelijkheid’, *V-N* 2015/59.0.

²⁰³ P.W. Hofman en T.D. Voorn, ‘Hoe verder met de fusie- en splitsingsfaciliteiten nu de Hoge Raad meer duidelijkheid heeft verschaft’, *WFR* 2021/92, par. 2.

uiteindelijke belang bij de onroerende zaken, is de rechtshandeling vrijgesteld. Wanneer aangetoond wordt dat niemand een uiteindelijk belang bij het onroerende zaken verkrijgt van een derde, geldt ook een vrijstelling. Herstructurering kan dus onbelast plaatsvinden, ongeacht de vorm, tenzij sprake is van een substantieel belang bij de onroerende zaken. Hofman en Voorn benoemen dat dit in lijn is met de aard van de overdrachtsbelasting. Heffing vindt plaats indien een belang bij een onroerende zaak, direct of indirect, wordt verkregen. Daarnaast benoemen ze dat het in lijn met de doelstelling van de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten; de overdrachtsbelasting mag geen belemmering zijn bij herstructurering. Dit is interessant, aangezien de staatssecretaris sprak over economisch gezien wenselijke herstructurering.²⁰⁴ In deze optiek wordt niet langer gekeken naar eventueel misbruik. Dit maakt de regeling minder foutgevoelig en eenduidiger. Dit leidt tot een eenvoudigere uitvoering. Het is namelijk voor alle betrokken partijen duidelijk wanneer een fusie of splitsing wel of niet belast zal zijn.

4.6 Deelconclusie

Er zijn veel verschillende aanbevelingen om te komen tot faciliteiten die rechtvaardiger zijn vanuit de aard van de wet. Voor de juridische fusiefaciliteit wordt het schrappen van de hoofdzakelijkheidstoets en invoering van de antimisbruikbepaling gelijk aan die uit de vennootschapsbelasting aanbevolen. Daarnaast wordt aangesloten bij de terminologie van de fusierichtlijn. Vervolgens wordt aanbevolen de aanhoudingseis te laten vervallen en een bewijsvermoeden van onzakelijk aan de voortzettingseis toe te voegen. Voor de splitsingsfaciliteit wordt aanbevolen om stichtingen toegang te verlenen tot de faciliteit in de overdrachtsbelasting. Bovendien wordt aangeraden het begrip 'belastingen' in de wettekst te specificeren. In zijn algemeenheid wordt aanbevolen de mogelijkheid tot het vragen van 'zekerheid vooraf' in de overdrachtsbelasting toe te voegen aan zowel de juridische fusie- als splitsingsfaciliteit. Tenslotte wordt een andere alternatieve manier van wetsverbetering voorgesteld, het vervangen van de huidige faciliteiten in de overdrachtsbelasting. Hier wordt gekeken naar de verschuiving van het uiteindelijke belang bij onroerende zaken.

²⁰⁴ NvT, Besluit van 27 februari 1996, Stb. 1996, 144, p. 5 en NvT, Besluit van 15 december 2005, Stb. 688, p. 5.

5. Conclusie

5.1 Inleiding

Dit onderzoek heeft onderzocht of de juridische fusie- en splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting van elkaar verschillen en of deze verschillen te rechtvaardigen zijn vanuit de aard van de wet. Dit is gedaan door eerst te kijken naar de motieven de doelen van de verschillende faciliteiten, waarna de voorwaarden zijn uiteengezet, toegelicht en getoetst zijn op rechtvaardigheid vanuit de aard van de wet. Vervolgens zijn de verschillen tussen de faciliteiten aangekaart. Tenslotte zijn verschillende aanbevelingen gedaan, om te komen tot faciliteiten die rechtvaardiger zijn vanuit de aard van de wet. Om tot een algemene conclusie te komen, zullen eerst de antwoorden op de deelvragen gevormd worden. Afgesloten wordt met het antwoord op de hoofdvraag.

5.2 Beantwoording van de deelvragen

I. Wat zijn de motieven voor de juridische fusie faciliteiten en de vormgeving in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting?

De juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting is ingevoerd aan de hand van de Fusierichtlijn. Motief hiervoor was het bevorderen van de samenwerking tussen ondernemingen in de EU en het veiligstellen van financiële belangen met betrekking tot fusies. Motief in de overdrachtsbelasting is het niet zijn van hinderpaal bij de economisch gezien wenselijke rechtsvorm van de onderneming of de positionering van onroerende zaken binnen een concern. Het doel van de juridische fusiefaciliteiten is vergelijkbaar. Namelijk het wegnemen van fiscale belemmeringen bij bedrijfseconomisch gewenste fusies.

II. Wat zijn de motieven voor de juridische splitsingsfaciliteit en de vormgeving hiervan in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting?

De juridische splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting is ook ingevoerd aan de hand van de Fusierichtlijn en heeft dezelfde motieven en doelen als de juridische fusiefaciliteit. De juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting kent gelijke motieven en doelen als die van de fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting. Oftewel, voor allebei geldt als doel het wegnemen van fiscale belemmeringen bij bedrijfseconomisch gewenste fusies.

III. Wat zijn de verschillen tussen de juridische fusiefaciliteiten in deze wetten?

Het begrip ‘zakelijke overwegingen’ wordt in de vennootschapsbelasting anders beoordeeld dan in de overdrachtsbelasting. In de overdrachtsbelasting lijkt deze toets veel strenger dan in de vennootschapsbelasting. Daarnaast stelt de vennootschapsbelasting strengere, rechtvaardige eisen aan de toelating van stichtingen, voorwaartse verliesverrekening, vestigingsplaats en claimbehoud. De overdrachtsbelasting kent een aanhoudings- en voortzettingseis en stelt extra voorwaarden aan opvolgende reorganisaties. Tenslotte is het aanvragen van terugwerkende kracht en ‘zekerheid vooraf’ in de overdrachtsbelasting niet mogelijk.

IV. Wat zijn de verschillen tussen de splitsingsfaciliteiten in deze wetten?

De juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting valt niet onder de Fusierichtlijn, maar moet wel, net als in de vennootschapsbelasting, richtlijnconform worden getoetst. Ondanks dezelfde antimisbruikbepalingen, moet toegang tot de faciliteiten voor de verschillende belastingen afzonderlijk worden getoetst. De vennootschapsbelasting stelt wederom strengere, rechtvaardige eisen aan voorwaartse verliesverrekening, vestigingsplaats en claimbehoud. In de overdrachtsbelasting krijgen stichtingen geen toegang tot de faciliteit en is het bovendien onmogelijk om terugwerkende kracht of ‘zekerheid vooraf’ aan te vragen.

V. Zijn de verschillen te verklaren vanuit de aard van de vennootschapsbelasting, respectievelijk de overdrachtsbelasting en/of zijn deze wel of niet wenselijk?

Niet alle verschillen zijn te verklaren vanuit de aard van de wet en/of wenselijk. Het ontbreken van de aanhoudings- en voortzettingseis, de strengere eisen rondom voorwaartse verliesverrekening, vestigingsplaats en claimbehoud in de vennootschapsbelasting en de mogelijkheid tot terugwerkende kracht zijn te rechtvaardigen. Dit geldt in beginsel ook voor de strengere beoordeling van ‘zakelijke overwegingen’ voor de juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting. Echter lijkt deze strenge beoordeling te leiden tot onwenselijke situaties, waardoor deze niet doeltreffend is. Het ontbreken van de mogelijkheid tot ‘zekerheid vooraf’ voor beide faciliteiten in de overdrachtsbelasting is bovendien ongewenst. Bovendien kunnen er vraagtekens gezet worden bij de rechtvaardigheid van het tweede bewijsvermoeden voor de juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting. Daar komt bij dat het niet faciliteren van stichtingen voor de juridische splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting ongewenst en onrechtvaardig lijkt.

5.3 Beantwoording hoofdvraag

Wat zijn de verschillen tussen de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting voor wat betreft, de juridische fusie en splitsing, en zijn deze verschillen te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet?

Een aantal verschillen tussen de juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting zijn te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet. Zo zijn strengere eisen in de vennootschapsbelasting aan de toelating van stichtingen, voorwaartse verliesverrekening, vestigingsplaats en claimbehoud te rechtvaardigen. Evenals het ontbreken van de aanhoudings- en voortzettingseis in de vennootschapsbelasting. De andere beoordeling van het begrip ‘zakelijke overwegingen’ in de overdrachtsbelasting lijkt ook te rechtvaardigen vanuit de aard van de wet, maar niet doeltreffend. Het ontbreken van de mogelijkheden tot terugwerkende kracht ‘zekerheid vooraf’ in de overdrachtsbelasting zijn ook rechtvaardig. Dit laatste is echter ongewenst. Er gelden opvallende voorwaarden voor opvolgende reorganisaties in de overdrachtsbelasting, welke soms onrechtvaardig lijken. Voor wat betreft de splitsingsfaciliteit zijn de strengere eisen in de vennootschapsbelasting aan de toelating van stichtingen, voorwaartse verliesverrekening, vestigingsplaats en claimbehoud wederom te rechtvaardigen. In de overdrachtsbelasting is terugwerkende kracht en de onmogelijkheid tot het aanvragen van ‘zekerheid vooraf’ ook rechtvaardig. Dit laatste is wel ongewenst. Het niet toelaten van stichtingen in de overdrachtsbelasting is onrechtvaardig en ongewenst. Aanbevolen wordt om de onrechtvaardigheid van de verschillen te bestrijden door middel van verschillende wetsverbeteringen.

Literatuurlijst

G.B.A. Brummer & J.B. Thijssen, *WFR 2003/401*, par. 3.3.

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

J.H. Elink Schuurman, *WPNR 2015/7060*, par. 3.

J.H. Elink Schuurman, 'De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting: tijd voor een revisie!', *WPNR 2015/7060*, p. 374.

J.H. Elink Schuurman & A. Rozendal, *WFR 2012/464*, par 4.2.3

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

Y.E. Gassler, *Cursus Belastingrecht (Belastingen van Rechtsverkeer)*.

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

P.W. Hofman en T.D. Voorn, *WFR 2021/92*, par 3.5.

P.W. Hofman en T.D. Voorn, 'Hoe verder met de fusie- en splitsingsfaciliteiten nu de Hoge Raad meer duidelijkheid heeft verschaft', *WFR 2021/92*.

M. Nieuweboer e.a., *Compendium Venootschapsbelasting 2019/7.5.2*.

M. Nieuweboer e.a., *Compendium Venootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2002/20.10*.

Redactie Vakstudie Nieuws, noot bij Hof Amsterdam 30 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD9549, *V-N 2002/20.10*.

Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2004/57.9*.

Redactie Vakstudie Nieuws, noot bij Hof Amsterdam 31 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AV3543, *V-N 2004/57.9*.

Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N 2006/31.13*.

Redactie Vakstudie Nieuws, noot bij HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201, *V-N 2006/31.13*.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2010/27.13.

Redactie Vakstudie Nieuws noot bij Hof Arnhem 19 januari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL0970.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2019/43.9.

Redactie Vakstudie Nieuws, noot bij HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, V-N 2019/43.9.

Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2021/14.7.

Redactie Vakstudie Nieuws, noot bij Hof Amsterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:278, V-N 2021/14.7.

M.T.E. Robben, V-N 2014/12.0.

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

M.T.E. Robben, V-N 2015/59.0.

M.T.E. Robben, 'Schizofrene zakelijkheid', V-N 2015/59.0.

M.T.E. Robben, Taxence 2018.

M.T.E. Robben, 'Splitsingsvrijstellingcuriositeiten', Taxence 2018.

M.T.E. Robben, Taxlive 2020.

M.T.E. Robben, 'Coronacoulance voor de overdrachtsbelasting', Taxlive 2020.

A. Rozendal, FBN 2012/12, par. 3.2.1.

A. Rozendal, 'De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting (deel I)', FBN 2012, nr. 12.

A. Rozendal, FBN 2016/10, par 3.1.

A. Rozendal, 'De zakelijkheidstoets van de fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting', FBN 2016, nr. 10.

A. Rozendal, in: Sdu Commentaar Belastingen van Rechtsverkeer.

A. Rozendal, Artikel 15.1h Wet op Belastingen van Rechtsverkeer 1970, aant. 2.2.2 (online, bijgewerkt 7 april 2021).

Vakstudie Belastingen van Rechtsverkeer.

Vakstudie Belastingen van Rechtsverkeer, artikel 5bis Uitvoeringsbesluit Belastingen van Rechtsverkeer 1971, aant. 2 (online, bijgewerkt 14 mei 2021).

Vakstudie Vennootschapsbelasting.

Vakstudie Vennootschapsbelasting, artikel 14b Vennootschapsbelasting 1969, aant. 18.3 (online, bijgewerkt 1 augustus 2021).

G.C. van der Burgt, Cursus Belastingrecht (*Vennootschapsbelasting*).

G.C. van der Burgt, Cursus Belastingrecht (*Vennootschapsbelasting*), Deventer:Kluwer (online geraadpleegd).

G.C. van der Burgt, *MBB 2010/9*, par. 3.2.2.

G.C. van der Burgt, 'Recente ontwikkelingen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen in de fusie- en splitsingsfaciliteiten uit de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting', *MBB 2010*, nr. 9, p. 311.

G.C. van der Burgt & R.J. de Vries, *WFR 2012/1626*, par. 6.1.

G.C. van der Burgt & R. J. de Vries, 'De antiontgaansbepalingen in de diverse fusie- en splitsingsfaciliteiten. De huidige stand van zaken in de inkomsten- en vennootschapsbelasting', *WFR 2012/1626*.

G.C. van der Burgt, *WPNR 2018/7207*.

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

J.A.G. van der Geld, *BNB 2006/282*

J.A.G. van der Geld, noot bij HR 2 juni 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201, *BNB 2006/282*.

J.A.G. van der Geld, *BNB 2009/28*

J.A.G. van der Geld, noot bij HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8531, *BNB 2009/28*.

R. van der Zwan, *NLF 2019/0789*.

R. van der Zwan, noot bij Rechtbank Noord-Holland 19 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:2281, *NLF 2019/0789*.

R. van der Zwan, *NLF 2021/0528*.

R. van der Zwan, noot bij Hof Amsterdam 26 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:278, *NLF 2021/0528*.

M. van Gijlswijk, *NLF 2019/2150*.

M. van Gijlswijk, noot bij HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, *NLF 2019/2150*.

M. van Gijlswijk, *NLF 2020/2033*.

M. van Gijlswijk, noot bij HR 18 december 2020, ECLI:NL:PHR:2020:715, *NLF 2020/233*.

J.C van Straaten en R.J. de Vries, *BNB 2019/175*.

J.C van Straaten en R.J. de Vries, noot bij HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB 2019/175*.

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie Europese Gemeenschap 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (*Leur-Bloem*).

Hof van Justitie Europese Unie 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*).

Hof van Justitie Europese Unie 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282 (*Zwijnenburg*).

Hoge Raad 1 december 1999, nr. 34217, ECLI:NL:HR:1999:AA3829.

Hoge Raad 2 juni 2006, nr. 41942, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201 (*Bulkgas*).

Hoge Raad 10 oktober 2008, nr. 43409, ECLI:NL:HR:2008:AZ8531.

Hoge Raad 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629.

Hoge Raad 3 februari 2017, nr. 15/04988, ECLI:NL:HR:2017:126.

Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297.

Hoge Raad 18 december 2020, nr. 20/00199, ECLI:NL:HR:2019:1297.

Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358 ECLI:NL:GHAMS:2002:AD9549.

Gerechtshof 's-Gravenhage 1 mei 2002, nr. BK-01/01182, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE6131.

Gerechtshof Amsterdam, 31 maart 2004, nr. 02/06079, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO8903.

Gerechtshof 's-Gravenhage 1 maart 2005, BK-02/01906, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT4198.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juni 2016, nr. 15/01395, ECLI:NL:GHARL:2016:4545.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 november 2018, nr. 17/00628, ECLI:NL:GHSHE:2018:4542.

Gerechtshof Amsterdam 26 januari 2021, nr. 18/00109, ECLI:NL:GHAMS:2021:278.

Rechtbank Gelderland 27 februari 2019, nr. AWB - 18 _ 170, ECLI:NL:RBGEL:2019:822.

Rechtbank Noord-Holland 19 maart 2019, nr. 17/3366, ECLI:NL:RBNHO:2019:2281.

Rechtbank Gelderland 2 november 2020, nr. AWB - 18 _ 4733, ECLI:NL:RBGEL:2020:5827.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1997/1998, 25 709, nr. 5.

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

Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3.

Kamerstukken II 1999/2000, 26727, nr. 7.

Kamerstukken II 1999/2000, 26727, nr. 17.

Besluit van 27 februari 1996, *Stb.* 1996.

Besluit van 6 februari 1999, *Stb.* 68.

Besluit van 15 december 2005, *Stb.* 688.

Besluit van 27 december 2005, nr. CPP2005/2573M.

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

Besluit van 25 mei 2018, *Stb.* 30213.