

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM  
Erasmus School of Economics (ESE)  
Masterscriptie Fiscale Economie

## Synchronisatie van de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen in de Wet VPB 1969, de Wet IB 2001 en de Wet BRV 1970

Naam student	M.N.F. Greijn
Studentnummer	430417
Begeleider	M.H.M. Smeets
Tweede beoordelaar	Y.M. Tigelaar-Klootwijk
Datum definitieve versie	17 november 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

<b>Lijst van gebruikte afkortingen .....</b>	<b>3</b>
<b>1. Inleiding.....</b>	<b>4</b>
1.1 Aanleiding .....	6
1.2 Probleemstelling .....	6
1.3 Doelstelling en relevantie.....	7
1.4 Deelvragen .....	8
1.5 Toetsingskader .....	9
1.6 Afbakening .....	10
1.7 Opzet .....	11
<b>2. Herstructureringsvormen .....</b>	<b>12</b>
2.1 Inleiding.....	12
2.2 Interne reorganisaties .....	12
2.3 Motieven voor interne reorganisaties.....	13
2.4 Economische effecten van een interne reorganisatie .....	15
2.5 Herstructureringsvormen .....	16
2.5.1 De aandelenfusie .....	16
2.5.2 De bedrijfsfusie .....	17
2.5.3 De juridische fusie .....	19
2.5.4 De juridische splitsing .....	20
2.6 Deelconclusie.....	23
<b>3. Fiscale aspecten van fusies en splitsingen .....</b>	<b>24</b>
3.1 Inleiding.....	24
3.2 Aspecten in de vennootschapsbelasting .....	24
3.2.1 Heffing van vennootschapsbelasting op hoofdlijnen .....	24
3.2.2 Fiscale gevolgen van herstructureringsvormen in de vennootschapsbelasting .....	26
3.2.3 De Fusierichtlijn .....	27
3.2.4 Fiscale faciliteiten in de vennootschapsbelasting.....	29
3.2.5 De bedrijfsfusiefaciliteit nader beschouwd .....	30
3.2.6 De antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting .....	32
3.3 Aspecten in de inkomstenbelasting.....	33
3.3.1 Heffing van inkomstenbelasting op hoofdlijnen.....	33
3.3.2 Fiscale gevolgen van herstructureringsvormen in de inkomstenbelasting .....	34
3.3.3 Fiscale faciliteiten in de inkomstenbelasting .....	35
3.3.4 De antimisbruikbepalingen in de inkomstenbelasting .....	36
3.4 Aspecten in de overdrachtsbelasting .....	37
3.4.1 Heffing van overdrachtsbelasting op hoofdlijnen .....	37
3.4.2 Fiscale gevolgen van herstructureringsvormen in de overdrachtsbelasting .....	37
3.4.3 Fiscale faciliteiten in de overdrachtsbelasting.....	38
3.4.4 De antimisbruikbepalingen in de overdrachtsbelasting .....	40
3.5 Deelconclusie.....	44
<b>4. Discrepancies in de antimisbruikbepalingen.....</b>	<b>49</b>

4.1 Inleiding.....	49
4.2 Legitimiteit van de antimisbruikbepalingen.....	49
4.2.1 Misbruiksituaties bij fusies en splitsingen .....	50
4.2.2 Misbruikbestrijding.....	51
4.2.3 Legitimiteit van de discrepanties.....	53
4.3 Rechtmatigheid van de antimisbruikbepalingen.....	55
4.3.1 Europeesrechtelijke invloed op de antimisbruikbepalingen .....	56
4.3.2 Strijdigheid met het EU-recht .....	57
4.3.3 Verwezenlijking van het rechtszekerheidsbeginsel .....	59
4.4 Doeltreffendheid en doelmatigheid van de antimisbruikbepalingen.....	60
4.4.1 Doeltreffendheid van een aanhoudingseis.....	61
4.4.2 Doelmatigheid van een aanhoudingseis.....	63
4.4.3 Doeltreffendheid van een voortzettingseis .....	64
4.4.4 Doelmatigheid van een voortzettingseis .....	66
4.4.5 Doeltreffendheid van een zakelijkheidstoets .....	67
4.4.6 Doelmatigheid van een zakelijkheidstoets .....	67
4.5 Eenvoud van de antimisbruikbepalingen .....	69
4.6 Deelconclusie.....	70
<b>5. Synchronisatie van de antimisbruikbepalingen .....</b>	<b>73</b>
5.1 Inleiding.....	73
5.2 Synchronisatie van de toetsen .....	73
5.2.1 Jurisprudentie inzake synchronisatie.....	74
5.2.2 Synchrone toepassing van de antimisbruikbepalingen .....	75
5.2.3 Wenselijkheid van synchronisatie van de antimisbruikbepalingen .....	78
5.3 Optimale vormgeving synchronisatie.....	80
5.4 Deelconclusie.....	83
<b>6. Conclusie en aanbevelingen.....</b>	<b>85</b>
<b>Literatuurlijst.....</b>	<b>89</b>
<b>Jurisprudentielijst.....</b>	<b>96</b>
<b>Regelgeving en parlementaire stukken .....</b>	<b>97</b>

## Lijst van gebruikte afkortingen

ab	Aanmerkelijk belang
art.	Artikel
AVA	Algemene vergadering van aandeelhouders
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
e.v.	En volgende
FR	Fusierichtlijn, Richtlijn 2009/113/EG
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad
IB	Inkomstenbelasting
jo.	Juncto
NV	Naamloze vennootschap
OVb	Overdrachtsbelasting
OZR	Onroerendezaakrechtspersoon
p.	Pagina
par.	Paragraaf
r.o.	Rechtsoverweging
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Uitv.besl.	Uitvoeringsbesluit
VPB	Vennootschapsbelasting
Wet BRV 1970	Wet belastingen van rechtsverkeer 1970
Wet IB 2001	Wet op de inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

## 1. Inleiding

In de praktijk komen interne reorganisaties veelvuldig voor. Hierbij kunnen verschillende motieven aan de orde zijn zoals het verbeteren van de efficiëntie of het waarborgen van de continuïteit.<sup>1</sup> Van een interne reorganisatie is sprake wanneer een onderneming, een zelfstandig onderdeel van een onderneming of bepaalde bedrijfsmiddelen worden overgedragen binnen een concern.<sup>2</sup> Indien een overdracht buiten het kader van de gewone bedrijfsuitoefening plaatsvindt, is sprake van een herstructurering.<sup>3</sup> Met de termen interne reorganisatie en herstructurering wordt, met name in het kader van de nader te bespreken faciliteiten, frequent hetzelfde bedoeld. In dit onderzoek wordt aangenomen dat een overdracht van vermogensbestanddelen altijd buiten de normale bedrijfsuitvoering plaatsvindt. Onder het begrip interne reorganisatie en herstructurering wordt in dit onderzoek derhalve hetzelfde verstaan. De hoofdvormen waarmee een interne reorganisatie tot stand kan komen zijn de aandelenfusie, de bedrijfsfusie, de juridische fusie en de juridische (af)splitsing. Elke vorm kent zijn eigen voordelen, restricties en civielrechtelijke vormvoorschriften die tevens leiden tot verschillende uitkomsten.

Bij een aandelenfusie worden aandelen in een BV of NV overgedragen aan een ander lichaam tegen uitreiking van aandelen door dat lichaam aan de overdragende aandeelhouders van de BV of NV. Het voordeel van de aandelenfusie is dat deze het minst complex is.<sup>4</sup> Door middel van een notariële akte kan de fusie tot stand worden gebracht. Een nadeel is dat onwillige aandeelhouders de fusie kunnen frustreren doordat zij niet kunnen worden gedwongen om op het overnamebod in te gaan. Dit probleem doet zich niet voor bij de bedrijfsfusie waarbij een onderneming of zelfstandig onderdeel daarvan wordt overgedragen tegen uitreiking van aandelen door de verkrijger. In tegenstelling tot de aandelenfusie worden bij de bedrijfsfusie activa en passiva overgedragen.<sup>5</sup> Dit kan echter ook nadelig uitwerken aangezien voor elke levering afzonderlijke civielrechtelijke voorschriften kunnen gelden. Bij een overdracht van een omvangrijke onderneming kan dit zeer complex worden. In dat geval kan worden geopteerd voor een juridische fusie of juridische splitsing. Bij deze faciliteiten is sprake van een overgang onder algemene titel.<sup>6</sup> Alle materiële, immateriële, vaste, vlottende en financiële activa alsmede alle passiva zoals schulden, voorzieningen en verplichtingen gaan in beginsel van rechtswege

---

<sup>1</sup> Dijkstra 1984, p. 21.

<sup>2</sup> Dijkstra 1984, p. 13.

<sup>3</sup> Boomsma 2019, p. 331.

<sup>4</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.b9 (online, bijgewerkt 3 mei 2021)

<sup>5</sup> Nieuweboer 2019, p. 264.

<sup>6</sup> Respectievelijk art. 2:309 BW en art. 2:344a BW.

over op de verkrijgende vennootschap.<sup>7</sup> Daarnaast worden de aandeelhouders van rechtswege aandeelhouder in de verkrijgende vennootschap.<sup>8</sup> Hierdoor kunnen onwillige aandeelhouders een juridische fusie of splitsing niet frustreren. Een partiële juridische fusie is, in tegenstelling tot de bedrijfsfusie, niet mogelijk. Voorts is altijd sprake van één verdwijnende vennootschap. De juridische splitsing biedt daarentegen de mogelijkheid om individuele activa of passiva over te dragen waardoor de toepassing zelfs ruimer is dan de bedrijfsfusie. Bovendien kan de splitsende rechtspersoon blijven bestaan. Het is echter niet mogelijk om vermogensbestanddelen af te splitsen van de dochter naar de moedermaatschappij of naar een reeds bestaande dochter.<sup>9</sup>

Bij alle voornoemde herstructureringsmogelijkheden is in beginsel sprake van een fiscale afrekening. Bij de aandelenfusie is sprake van een vervreemding van de aandelen waardoor afgerekend moet worden over het meerdere boven de boekwaarde of verkrijgingsprijs. Bij de bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische splitsing worden de stille reserves, fiscale reserves en goodwill gerealiseerd. Indien (fictieve) onroerende zaken worden overgedragen, zal eveneens overdrachtsbelasting verschuldigd zijn. Teneinde bedrijfseconomisch wenselijke reorganisaties fiscaal niet te belemmeren, zijn door de wetgever in de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en overdrachtsbelasting fiscale faciliteiten opgenomen die het mogelijk maken om een herstructurering, onder bepaalde voorwaarden, zonder belastingheffing plaats te laten vinden.<sup>10</sup> Door de verplichte afrekening over de fiscale claim of door de heffing van overdrachtsbelasting kunnen liquiditeitsproblemen ontstaan of kunnen bedrijfseconomisch wenselijke transacties geen doorgang vinden.<sup>11</sup> Daarnaast zouden organisatorische factoren zoals flexibiliteit en continuïteit in het geding kunnen komen.

De kern van de faciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting is dat sprake is van doorschuiving van de belastingclaim.<sup>12</sup> De niet gerealiseerde reserves worden doorgeschoven naar de verkrijgende aandeelhouders of de verkrijgende vennootschap. In de overdrachtsbelasting is daarentegen sprake van een vrijstelling in plaats van een doorschuiving.<sup>13</sup> Dit heeft te maken met het feit dat de overdrachtsbelasting een tijdstipbelasting is waardoor doorschuiving niet mogelijk is.<sup>14</sup> Anderzijds mag de fiscale begeleiding niet ertoe leiden dat de fiscale claim verloren gaat of dat sprake

---

<sup>7</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.7.0.B.c (online, bijgewerkt 20 januari 2021)

<sup>8</sup> Art. 2:311 lid 2 BW en art. art. 2:334e lid 1 BW.

<sup>9</sup> Dit volgt uit art. 2:334a lid 3 BW en is expliciet naar voren gekomen in de parlementaire geschiedenis. Zie *Kamerstukken II 1995/96*, 24 702, nr. 3 (MvT), p. 5.

<sup>10</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 5.

<sup>11</sup> Nieuweboer 2019, p. 257.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld art. 3.55 lid 6 Wet IB 2001 en art. 14 lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>13</sup> Art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV 1970.

<sup>14</sup> Art. 2 Wet BRV 1970.

is van afstel van belastingheffing.<sup>15</sup> Om dergelijk misbruik te voorkomen zijn in de fiscale faciliteiten antimisbruikbepalingen opgenomen.

### **1.1 Aanleiding**

De invulling van deze antimisbruikbepalingen is niet identiek voor de verschillende belastingwetten. De bepalingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting zijn in de eerste plaats gebaseerd op art. 15 van de Fusierichtlijn.<sup>16</sup> Hierin is bepaald dat indien het hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking is, de lidstaat de voordelen van de Fusierichtlijn kan weigeren. Als de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de werkzaamheden, geldt het vermoeden dat het hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingontwijking of belastingfraude is. De splitsingsfaciliteit van art. 3.56 Wet IB 2001 is nagenoeg conform de Fusierichtlijn ingevuld. De splitsingsfaciliteit van art. 14a Wet VPB 1969 voegt hier daarentegen een aanvullend bewijsvermoeden aan toe dat zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht wanneer de aandelen in de gesplitste of verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar worden vervreemd aan een niet verbonden lichaam. Voor de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting sluit art. 5c Uitv.besl Wet BRV 1971 tekstueel aan bij de splitsingsfaciliteit van art. 14a Wet VPB 1969. Anderzijds wordt voor de juridische fusievrijstelling van art. 5bis Uitv.besl. Wet BRV 1971 en de bedrijfsfusievrijstelling van art. 5a Uitv.besl Wet BRV 1971 een andere toets gehanteerd. Hierdoor ontstaat een verscheidenheid aan bepalingen waarvan het de vraag is hoe deze zich onderling tot elkaar verhouden.

### **1.2 Probleemstelling**

In het arrest van 18 december 2020 heeft de Hoge Raad (hierna: HR) geoordeeld dat de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling van art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971 uitgelegd dienen te worden in overeenstemming met de Fusierichtlijn.<sup>17</sup> Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat de wetgever nadrukkelijk heeft willen aansluiting bij de voorwaarden van de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting.<sup>18</sup> Volgens de Redactie Vakstudie-Nieuws is het niet meer dan terecht en logisch dat de EU-rechtelijke context wordt doorgetrokken naar art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971.<sup>19</sup> Zij wijst daarentegen wel op het feit dat het verschil in context tussen de splitsingsvrijstelling en de fusievrijstelling van art. 5bis Uitv.besl. Wet BRV 1971 zich nog nadrukkelijker laat voelen. In de

---

<sup>15</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 5.

<sup>16</sup> Richtlijn 2009/113/EG.

<sup>17</sup> HR 18-12-2020, ECLI:NL:HR:2020:2078, ro. 2.3.2.

<sup>18</sup> Besluit van 6 februari 1999 (Stb. 1999, 68), p. 4.

<sup>19</sup> Redactie Vakstudie-Nieuws, *V-N 2020/65.17*, p. 4.

parlementaire geschiedenis van de juridische fusievrijstelling is namelijk geen aansluiting gezocht bij de voorwaarden zoals die gelden voor de juridische fusievrijstelling in de vennootschapsbelasting.<sup>20</sup> De EU-rechtelijke context wordt derhalve niet doorgetrokken voor de juridische fusievrijstelling. Het gevolg hiervan is dat ten aanzien van de invulling van de antimisbruikbepaling tussen zuiver binnenlandse en grensoverschrijdende splitsingen geen verschil meer bestaat, terwijl zuiver binnenlandse juridische fusies anders worden behandeld dan (nationale en grensoverschrijdende) splitsingen en grensoverschrijdende fusies.

Het voorgaande roept de vraag op of een rechtvaardiging bestaat voor de discrepanties in de fiscale faciliteiten in de verschillende belastingwetten? Zoals eerder omschreven kennen de verschillende herstructureringsvormen elk hun eigen voordelen en beperkingen. De bedrijfseconomische en civielrechtelijke aspecten zouden hierbij de doorslaggevende factoren moeten zijn. De fiscale aspecten zouden hier geen rol van betekenis in mogen spelen. Het kabinet heeft immers aangegeven dat het fusies en splitsingen die vanuit bedrijfseconomische overwegingen zijn ingegeven fiscaal niet wenst te belemmeren.<sup>21</sup> De vraag kan worden opgeroepen of door de huidige discrepanties in de antimisbruikbepalingen interne reorganisaties alsnog worden belemmerd? De bovenstaande overwegingen leiden tot de volgende probleemstelling:

*Is het wenselijk om de discrepanties in de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen in de Wet VPB 1969, de Wet IB 2001 en de Wet BRV 1970 weg te nemen door middel van synchronisatie en – zo ja – wat is de meest optimale vormgeving daarvoor?*

### **1.3 Doelstelling en relevantie**

Het doel van dit onderzoek is om inzicht te krijgen in de onderlinge verhouding tussen de antimisbruikbepalingen in de fiscale faciliteiten en vrijstellingen voor fusies en splitsingen in de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en overdrachtsbelasting. Hiervoor wordt een literatuur- en jurisprudentieonderzoek verricht naar de overeenkomsten en verschillen tussen de verschillende vrijstellingen. Ten aanzien van de geconstateerde discrepanties wordt getoetst in welke mate daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. De vervolgvraag is of het wenselijk is om deze discrepanties weg te nemen door middel van synchronisatie van de antimisbruikbepalingen. Hierbij wordt zowel ingegaan op Europese als nationaalrechtelijke aspecten. Op basis van de bevindingen wordt onderzocht hoe de antimisbruikbepalingen optimaal kunnen worden vorm gegeven.

---

<sup>20</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 58.

<sup>21</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 3 (MvT), p. 2.



## 1.4 Deelvragen

Ter beantwoording van de probleemstelling zijn de volgende deelvragen opgesteld:

*1. Wat zijn de overwegingen voor de invoering van een fiscale vrijstelling voor fusies en splitsingen in de verschillende belastingwetten?*

De eerste deelvraag is opgesteld om inzicht te krijgen in de legitimiteit van de fiscale vrijstellingen voor fusies en splitsingen. De centrale vraag is wat de rechtvaardigingsgrond is voor het invoeren van een vrijstelling met bijbehorende antimisbruikbepalingen. Allereerst worden daarvoor de relevante bedrijfseconomische en civielrechtelijke aspecten van herstructureringen besproken. Daarbij wordt aandacht besteed aan de motieven voor het uitvoeren van een interne reorganisatie, de bedrijfseconomische gevolgen daarvan en de civielrechtelijke aspecten van de verschillende herstructureringsvormen. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de knelpunten die zich voordoen en de daaruit voortvloeiende overwegingen voor het invoeren van fiscale faciliteiten en vrijstellingen.

*2. Wat zijn de verschillen en overeenkomsten tussen de fiscale faciliteiten en vrijstellingen voor fusies en splitsingen tussen de verschillende belastingwetten?*

Nadat de bedrijfseconomische en civielrechtelijke aspecten van interne reorganisaties zijn behandeld, worden de diverse fiscale faciliteiten voor fusies en splitsingen op hoofdlijnen zijn besproken. Hierbij wordt in kaart gebracht wat de verschillen en overeenkomsten tussen de faciliteiten en vrijstellingen zijn in de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en overdrachtsbelasting. De nadruk ligt daarbij op de verschillende invullingen van de antimisbruikbepalingen. Deze bevindingen dienen als uitgangspunt voor de beantwoording van de resterende deelvragen.

*3. Bestaat een rechtvaardigingsgrond voor de discrepanties in de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen in de verschillende belastingwetten?*

Aan de hand van de derde deelvraag wordt onderzocht of voor de vastgestelde verschillen tussen de antimisbruikbepalingen een rechtvaardigingsgrond bestaat. Hierbij wordt onder meer aangegepen bij de legitimiteit van de antimisbruikbepalingen. Het feit dat een bepaling legitiem is, betekent echter niet dat deze per definitie aanvaardbaar is.<sup>22</sup> Binnen het hierna te bespreken toetsingskader wordt vervolgens vastgesteld of een rechtvaardigingsgrond bestaat voor de discrepanties. Aan de hand van de nationale wettekst, de parlementaire geschiedenis en de nationale en Europese jurisprudentie wordt onderzocht in welke mate de vastgestelde discrepanties aanvaardbaar zijn.

---

<sup>22</sup> Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 19.

*4. Is het wenselijk om de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen te synchroniseren in de verschillende belastingwetten?*

Op basis van de bevindingen uit de derde deelvraag wordt vervolgens getoetst of het wenselijk is om de antimisbruiktoetsen van de fiscale faciliteiten in de verschillende belastingwetten te synchroniseren. Binnen het toetsingskader wordt onderzocht wat de randvoorwaarden zijn voor het overgaan tot synchronisatie van de faciliteiten. Daarbij wordt aandacht besteed aan zowel het synchroniseren van de wettelijke bepalingen alsmede het synchroon verlenen van de faciliteiten en vrijstellingen. Hiermee wordt tevens het eerste deel van de probleemstelling beantwoord.

*5. Hoe dient een synchronisatie van de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen optimaal te worden vorm gegeven?*

In de voorgaande deelvragen is getoetst of ten eerste een rechtvaardigingsgrond bestaat voor de verschillen tussen de fiscale faciliteiten. Naar aanleiding daarvan is ten tweede getoetst of het wenselijk en mogelijk is om tot synchronisatie van de faciliteiten over te gaan. Op basis van deze resultaten wordt onderzocht hoe de antimisbruikbepalingen optimaal kunnen worden vorm gegeven. Bij de invulling wordt aangestipt hoe de aanvullingen en verbeteringen zich verhouden tot de huidige bepaling en eveneens passen binnen het toetsingskader. Het uitgangspunt hierbij is dat het Europese recht, in het bijzonder de Fusierichtlijn, als gegeven wordt beschouwd.

## **1.5 Toetsingskader**

Voor de beantwoording van de deelvragen worden de volgende toetsingscriteria gehanteerd die zijn afgeleid uit de Nota Zicht op Wetgeving<sup>23</sup>:

- Legitimiteit: ten aanzien van legitimiteit is het van belang wat de rechtvaardigingsgrond voor een bepaling is. Zo moet een gegronde reden aanwezig zijn voor het invoeren van een fiscale vrijstelling en eveneens voor het opnemen van een antimisbruikbepaling. In het kader van legitimiteit wordt daarnaast getoetst in welke mate rekening is gehouden met mogelijke, al dan niet reeds bestaande, alternatieven.
- Rechtmatigheid: het beginsel van rechtmatigheid houdt in dat wetten in de eerste plaats in overeenstemming dienen te zijn met het recht.<sup>24</sup> Een bepaling mag niet in strijd zijn met regels van een hogere orde zoals het Europees recht. Daarnaast moeten de rechtsbeginselen worden verwezenlijkt zoals het evenredigheidsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel.<sup>25</sup> Dit laatste beginsel houdt onder meer in dat de uitwerking van een bepaling op voorhand duidelijk

---

<sup>23</sup> Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2.

<sup>24</sup> Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 24.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 24.

behoort te zijn en dat rekening moet worden gehouden met de continuïteit en bestendigheid van de bepaling. Het evenredigheidsbeginsel houdt in dat een bepaling proportioneel en evenredig uitpakt. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het voorkomen van overkill.

- Doeltreffendheid en doelmatigheid: een wet dient op effectieve wijze bij te dragen aan de verwezenlijking van de doelstelling.<sup>26</sup> Dit betekent dat de uitwerking moet sporen met het doel en de strekking van de wet.<sup>27</sup> Daarbij mogen anderzijds geen nodeloze inefficiënties worden veroorzaakt en mag geen ongunstige verhouding ontstaan tussen de baten, lasten en uitwerking van de wet, het vereiste van doelmatigheid.<sup>28</sup>
- Eenvoud: een wet dient zowel uitvoerbaar als handhaafbaar te zijn. Een onnodig sterke gedetailleerdheid doet afbreuk aan de eenvoud en aan de efficiëntie van de bepaling.<sup>29</sup> Voor een belastingplichtige moet het eveneens duidelijk zijn wat hij wel en niet mag doen en nalaten. Daarnaast is de onderlinge afstemming van de bepalingen van belang.<sup>30</sup> Een onnodige verscheidenheid van bepalingen ten aanzien van dezelfde of verwante kwesties doet afbreuk aan de eenvoud.

## 1.6 Afbakening

Interne reorganisaties zijn niet beperkt tot kapitaalvennootschappen zoals de BV en de NV. Het is ook mogelijk dat personenvennootschappen zoals vennootschappen onder firma, maatschappen en commanditaire vennootschappen onderling intern reorganiseren. Voorts kunnen rechtspersonen zoals verenigingen, stichtingen en publiekrechtelijke lichamen fuseren en splitsen. Omdat het onderscheid tussen de verschillende rechtsvormen geen rol van betekenis speelt voor de rest van dit onderzoek, worden enkel de aspecten voor kapitaalvennootschappen, zijnde de BV en NV, besproken. Daarnaast kunnen fusies en splitsingen plaatsvinden in grensoverschrijdende situaties. Aangezien binnenlandse en grensoverschrijdende interne reorganisaties veelal hetzelfde behandeld worden, wordt slechts in beperkte mate op de internationale aspecten ingegaan. Tot slot kunnen interne reorganisaties eveneens gevolgen hebben voor andere belastingwetten zoals de omzetbelasting en de dividendbelasting. Deze aspecten worden in dit onderzoek niet behandeld.

---

<sup>26</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 25.*

<sup>27</sup> *Elsweier 2018, p. 13.*

<sup>28</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 25.*

<sup>29</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 30.*

<sup>30</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 29.*

## **1.7 Opzet**

In hoofdstuk twee worden de bedrijfseconomische aspecten van interne reorganisaties besproken, alsmede de civielrechtelijke aspecten van de verschillende herstructureringsvormen. In hoofdstuk drie wordt vervolgens ingegaan op de fiscale aspecten van fusies en splitsingen. Achtereenvolgens worden de fiscale gevolgen in de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en overdrachtsbelasting behandeld waarbij de nadruk ligt op de verschillende antimisbruikbepalingen. De discrepanties in de antimisbruikbepalingen die in hoofdstuk drie zijn geconstateerd, worden in hoofdstuk vier getoetst aan het toetsingskader om te bepalen in welke mate deze aanvaardbaar zijn. In hoofdstuk vijf wordt vervolgens getoetst in hoeverre het wenselijk is om de discrepanties weg te nemen door middel van synchronisatie van de fiscale faciliteiten. Daarbij wordt een voorstel gedaan voor de optimale vormgeving van de fiscale herstructureringsfaciliteiten. Aan de hand van de bevindingen in de voorgaande hoofdstukken wordt aangestipt hoe de aanbevelingen zich verhouden tot de huidige faciliteiten en eveneens passen binnen het toetsingskader. De conclusies van het onderzoek worden tenslotte samengevat in hoofdstuk zes.

## 2. Herstructureringen

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de bedrijfseconomische en civielrechtelijke aspecten van interne reorganisaties. Hiermee wordt het bedrijfseconomische en civielrechtelijke kader geschetst voor de beantwoording van de eerste deelvraag. Allereerst wordt het begrip interne reorganisaties gedefinieerd waarbij op hoofdlijnen uiteen wordt gezet welke vormen van overdracht mogelijk zijn. Daarna worden de motieven voor het uitvoeren van een interne reorganisatie besproken om inzicht te krijgen in de bedrijfseconomische beweegredenen. Aan de hand van economische literatuur wordt vervolgens onderzocht wat de economische effecten zijn van een interne reorganisatie. Vervolgens worden de civielrechtelijke aspecten van de verschillende herstructureringsvormen uitgewerkt. Daarbij ligt de nadruk op de vergelijking van de diverse vormen ten opzichte van elkaar. Afsluitend worden de belangrijkste bevindingen samengevat.

### 2.2 Interne reorganisaties

Onder een reorganisatie wordt volgens Dijstelbloem verstaan de overdracht van een onderneming, een zelfstandig onderdeel van een onderneming of van bepaalde bedrijfsmiddelen binnen een concern.<sup>31</sup> Dit betekent dat de verkoop van een onderneming of vermogensbestanddelen aan een derde niet onder dit begrip vallen. Van een interne reorganisatie, ook wel aangeduid als herstructurering, is volgens Boomsluiters sprake wanneer een dergelijke overdracht niet in het kader van de gewone bedrijfsuitoefening plaatsvindt.<sup>32</sup> De kern hierbij is dat tussen de overdragende en verkrijgende partij een directe of indirecte aandelenrelatie bestaat, of als gevolg van die transactie ontstaat.<sup>33</sup> Hoewel het begrip concern een sleutelrol vervult binnen de definitie van een interne reorganisatie, kent het geen eenduidige definitie. Zo sluit het civiele recht met het begrip groep aan op de organisatorische verbondenheid van vennootschappen.<sup>34</sup> Fiscaalrechtelijk wordt veelal aangegrepen bij een vast percentage in het aandelenkapitaal.<sup>35</sup>

Een interne reorganisatie kan worden bewerkstelligd door middel van een afzonderlijke overdracht van activa en passiva, een fusie of een splitsing. Het vermogen kan zowel downstream (van moeder naar dochter), upstream (van dochter naar moeder) als sidestream (bijvoorbeeld van zuster naar zuster)

---

<sup>31</sup> Dijstelbloem 1984, p. 13.

<sup>32</sup> Boomsluiters 2019, p. 331.

<sup>33</sup> Boomsluiters 2019, p. 332.

<sup>34</sup> Art. 2:24b BW.

<sup>35</sup> Vergelijk art. 15 lid 1 Wet VPB 1969 waarbij van een fiscale eenheid sprake is bij, kortweg, een belang van ten minste 95% en art. 5b Uitv.besl. Wet BRV 1971 waarin voor een concern sprake moet zijn van ten minste 90%.

plaatsvinden.<sup>36</sup> Naast de verschillende richtingen kunnen twee hoofdvormen van herstructureringen worden onderscheiden. Zo kan een fusie geschieden in de vorm van een economische (partiële) fusie of een juridische fusie.<sup>37</sup> Bij een economische fusie behouden beide fuserende entiteiten hun juridische zelfstandigheid. De aandelenfusie en de bedrijfsfusie zijn hiervan voorbeelden. Bij een juridische fusie neemt een entiteit een andere entiteit over waarbij de overgenomen partij ophoudt te bestaan.<sup>38</sup> Ten aanzien van de juridische splitsing kan de zuivere splitsing worden gezien als het spiegelbeeld van de juridische fusie.<sup>39</sup> De afsplitsing, waarbij de overdragende partij juridisch blijft bestaan, kan als het spiegelbeeld van de economische fusie worden gezien. Deze vormen worden in paragraaf 2.5 besproken.

### **2.3 Motieven voor interne reorganisaties**

Voordat nader wordt ingegaan op de verschillende herstructureringsvormen is het van belang om vast te stellen welke doelstellingen aan een interne reorganisatie ten grondslag kunnen liggen. De motieven die een rol kunnen spelen zijn uiteenlopend van aard.<sup>40</sup> Hierna worden enkele overwegingen uiteengezet waarbij het uitdrukkelijk niet de bedoeling is om tot een uitputtende opsomming te komen.

Allereerst kan door middel van een interne reorganisatie de optimale organisatiestructuur worden bereikt.<sup>41</sup> De optimale structuur is volgens Brickley en Van Drunen afhankelijk van een verandering in de schaal van de investeringen.<sup>42</sup> Een bedrijf dat een groeimogelijkheid wil benutten, moet bijvoorbeeld kiezen tussen het oprichten van een nieuwe entiteit of het intern reorganiseren van een bestaande entiteit. Omgekeerd moet bij afnemende investeringen worden besloten om een bestaande entiteit af te stoten of te integreren in een andere entiteit. Daarnaast kan de optimale structuur wijzigen door exogene veranderingen zoals gewijzigde regelgeving. De huidige structuur kan bovendien door signalen vanuit de markt of uit interne informatie suboptimaal blijken.<sup>43</sup> Een interne reorganisatie kan hiervoor een oplossing bieden om de kosten te verlagen of de efficiëntie te verhogen. Zo kan volgens Verburgh een (af)splitsing waarde creëren doordat een betere focus kan worden gelegd op een bepaald bedrijfsonderdeel.<sup>44</sup> Daarnaast kan het juridisch verzelfstandigen van

---

<sup>36</sup> Boomsluiters 2019, p. 332-335.

<sup>37</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.a2 (online, bijgewerkt 3 mei 2021).

<sup>38</sup> Art. 2:309 BW en art. 2:311 BW.

<sup>39</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.a2 (online, bijgewerkt 3 mei 2021).

<sup>40</sup> Dijkstra 1984, p. 16.

<sup>41</sup> Dijkstra 1984, p. 18.

<sup>42</sup> Brickley & Van Drunen, *Journal of Accounting and Economics* 1990, p. 254.

<sup>43</sup> Brickley & Van Drunen, *Journal of Accounting and Economics* 1990, p. 254.

<sup>44</sup> Verburgh 2007, p. 1.

divisies of afdelingen de bestuurbaarheid verbeteren omdat door decentralisatie de snelheid en efficiëntie van de besluitvorming kan worden verbeterd.<sup>45</sup> Afhankelijk van de feiten en omstandigheden kan daarentegen een interne fusie gewenst zijn. Het centraliseren van de leiding kan dan volgens Sallee & Stoll eveneens leiden tot een efficiëntere besluitvorming en reductie van de managementkosten.<sup>46</sup> Daarnaast benadrukken Slovin & Sushka dat de waarde van samengevoegde entiteiten kan worden verhoogd door schaal- en synergievoordelen en kunnen conflicterende belangen met minderheidsaandeelhouders worden weggenomen.<sup>47</sup> Een moeder-dochterfusie kan bijvoorbeeld de moedermaatschappij in staat stellen om investeringsmogelijkheden te benutten die anders niet of minder goed mogelijk zijn. Een ander voorbeeld betreft het concentreren van onroerend goed in een onroerend goed-maatschappij. Zo merkt Dijstelbloem op dat door de centralisering de financiering kan worden vereenvoudigd, wat kan leiden tot vermindering van de administratieve lasten.<sup>48</sup>

Een andere reden voor een interne reorganisatie is volgens Dijstelbloem om een holdingstructuur tot stand te brengen.<sup>49</sup> Een dergelijke structuur biedt de mogelijkheid voor derde partijen, zoals bijvoorbeeld institutionele beleggers of werknemers, om te participeren. Door middel van een holdingstructuur kan voorts een eventuele bedrijfsopvolging of toekomstige herstructurering worden vereenvoudigd.<sup>50</sup> Daarnaast kan door het scheiden van het ondernemingsvermogen een zekere mate van risicospreiding worden bereikt.<sup>51</sup> Risicodragende activiteiten kunnen worden ondergebracht in een separate dochtervennootschap om de aansprakelijkheid van de moedervennootschap te beperken.<sup>52</sup>

Globaal kunnen de diverse motieven in twee hoofdcategorieën worden ingedeeld. Enerzijds kan een doelstelling van een interne reorganisatie zijn het administratief, organisatorisch en financieel optimaal laten functioneren van een concern.<sup>53</sup> Verlaging van de kosten, verhoging van de productiviteit en verbetering van de efficiëntie zijn hier voorbeelden van. Anderzijds kan een doel zijn om de flexibiliteit en continuïteit te verbeteren door in te spelen op een toekomstige bedrijfsopvolging of herstructurering.

---

<sup>45</sup> Brickley & Van Drunen, *Journal of Accounting and Economics* 1990, p. 252.

<sup>46</sup> Sallee & Stoll, *Pratt's Journal of Bankruptcy Law* 2012, p. 132.

<sup>47</sup> Slovin & Sushka, *Journal of Financial Economics* 1998, p. 259.

<sup>48</sup> Dijstelbloem 1984, p. 18.

<sup>49</sup> Dijstelbloem 1984, p. 19.

<sup>50</sup> Dijstelbloem 1984, p. 20.

<sup>51</sup> Dijstelbloem 1984, p. 16.

<sup>52</sup> De moedermaatschappij kan echter alsnog, afhankelijk van de concrete omstandigheden, bijvoorbeeld als bestuurder aansprakelijk worden gesteld.

<sup>53</sup> Dijstelbloem 1984, p. 21.

## 2.4 Economische effecten van een interne reorganisatie

Het effect dat een interne reorganisatie kan hebben op de economische prestaties van een onderneming zijn in de literatuur beperkt onderzocht. Desalniettemin is het zinvol om enkele aspecten uiteen te zetten zodat kan worden bekeken in welke mate de in de vorige paragraaf geschetste motieven daadwerkelijk van belang zijn. Uit al wat ouder onderzoek van Brickley en Van Drunen blijkt dat de winst en de aandelenkoers van een onderneming, in relatie tot de markt en de industrie, in het jaar voorafgaand aan de herstructurering niet verandert voor bedrijven die herstructureren voor het benutten van groeimogelijkheden.<sup>54</sup> De prestaties van bedrijven die herstructureren om kosten- of efficiëntieoverwegingen zijn in diezelfde periode negatief. De auteurs verbinden twee conclusies aan deze bevindingen. Ten eerste vinden herstructureringen plaats in gezonde bedrijven als onderdeel van het normale groeiproces.<sup>55</sup> Ten tweede zijn slecht georganiseerde bedrijven gemotiveerd om organisatorische veranderingen door te voeren door de druk vanuit de concurrentie, hetgeen doorwerkt op de winst van het bedrijf.

Daarnaast stellen Brickley en Van Drunen vast dat in de drie jaar na een herstructurering de winst afneemt.<sup>56</sup> Deze verlaging wordt veroorzaakt door toegenomen kosten als gevolg van de herstructurering en niet door een afname in de omzet.<sup>57</sup> Slovin en Sushka ontdekten echter dat een moeder-dochterfusie de waarde, weergegeven in de aandelenkoers, voor zowel de moeder- als dochtermaatschappij verhoogt.<sup>58</sup> Zij verklaren hun bevindingen op basis van onderzoek van Easterbrook en Fischel waaruit blijkt dat het elimineren van minderheidsaandeelhouders de kosten die voortkomen uit conflicterende belangen kan verminderen.<sup>59</sup> Pawasker komt daarentegen tot de conclusie dat de winst van de moeder of dochter niet wordt verhoogd als gevolg van een interne reorganisatie.<sup>60</sup> Mantravadi en Reddy concluderen eveneens op basis van een dataset van beursgenoteerde bedrijven dat de winst niet toeneemt.<sup>61</sup> Waar Slovin en Sushka enkel het effect twee dagen rondom de bekendmaking beoordelen, onderzoeken Pawasker en Mantravadi en Reddy de drie respectievelijk vijf jaren die volgen na de herstructurering. Brickley en Van Drunen constateren eveneens een positieve schok in de aandelenkoers op het tijdstip van de aankondiging van de interne reorganisatie.<sup>62</sup> De bekendmaking van een interne reorganisatie kan namelijk de informatie

---

<sup>54</sup> Brickley & Van Drunen, *Journal of Accounting and Economics* 1990, p. 274.

<sup>55</sup> Brickley & Van Drunen, *Journal of Accounting and Economics* 1990, p. 253.

<sup>56</sup> Brickley & Van Drunen, *Journal of Accounting and Economics* 1990, p. 274.

<sup>57</sup> Het kan hier bijvoorbeeld gaan om ontslagvergoedingen, hogere kosten door een toename in kapitaaluitgaven of versnelde afschrijvingen.

<sup>58</sup> Slovin & Sushka, *Journal of Financial Economics* 1998, p. 277.

<sup>59</sup> Easterbrook & Fischel, *The Yale Law Journal* 1982, p. 706.

<sup>60</sup> Pawasker, *Vikalpa* 2001, p. 29.

<sup>61</sup> Mantravadi & Reddy, *Review of Industry and Management*, p. 72.

<sup>62</sup> Brickley & Van Drunen, *Journal of Accounting and Economics* 1990, p. 274.



overbrengen dat het bedrijf nieuwe investeringsmogelijkheden kan benutten, de efficiëntie kan verbeteren of veranderingen in regelgeving of belastingwetgeving.<sup>63</sup>

Hieruit kan mijns inziens worden geconcludeerd dat een herstructurering in de drie tot vijf opvolgende jaren niet leidt tot een toename van de gerapporteerde winst. In dat opzicht lijkt het argument om een interne reorganisatie door te voeren vanuit efficiëntieoverwegingen weinig stand te houden. Enkel wanneer een bedrijf wat betreft efficiëntie slechter presteert dan de markt, lijkt een interne reorganisatie uitkomst te bieden om het niveau van efficiëntie daarmee in lijn te brengen.

## **2.5 Herstructureringsvormen**

Indien is vastgesteld dat een interne reorganisatie gewenst is, is het voorts de vraag welke herstructureringsvorm het meest geschikt is. Daarbij is in eerste instantie het object van de overdracht van belang. Dit kan uitsluitend uit aandelen bestaan of uit afzonderlijke vermogensbestanddelen die al dan niet tezamen een materiële onderneming vormen. Niet elke herstructureringsvorm biedt, zoals eerder al aangegeven, de mogelijkheid om een partiële overdracht tot stand te brengen. Daarnaast kent elke herstructureringsvorm zijn eigen civielrechtelijke vormvoorschriften, zoals bijvoorbeeld ten aanzien de vorm van de overdracht of de tegenprestatie. Daarbij is het niet altijd mogelijk dat de overdragende entiteit juridisch kan blijven bestaan. Dit heeft eveneens invloed op de positie van de achterliggende aandeelhouders. Tot slot is het van belang welk orgaan binnen de entiteit bevoegd is om het besluit tot herstructurering te nemen. Deze aspecten worden achtereenvolgens voor de aandelenfusie, de bedrijfsfusie, de juridische fusie en de juridische splitsing besproken. De fiscale aspecten worden in hoofdstuk drie besproken, doch in de gevallen waar civielrechtelijk geen definitie of vormvoorschrift bestaat wordt aangegrepen bij de fiscale vereisten.

### **2.5.1 De aandelenfusie**

De aandelenfusie kan volgens Van der Burgt worden gezien als de minst complexe herstructureringsvorm.<sup>64</sup> Bij een aandelenfusie worden aandelen in vennootschap A overgedragen aan vennootschap B waarbij vennootschap B eigen aandelen uitreikt aan de zittende aandeelhouders van vennootschap A. Omdat de tegenprestatie bestaat uit eigen aandelen, eventueel met een bijbetaling, is in feite sprake van een aandelenruil. De overdracht van afzonderlijke vermogensbestanddelen is dus niet mogelijk. De activa en passiva blijven in vennootschap A en beide lichamen blijven juridisch bestaan. Ten aanzien van de organisatie, de handelsnaam en de positie van de debiteuren en

---

<sup>63</sup> Brickley & Van Druenen, *Journal of Accounting and Economics* 1990, p. 261.

<sup>64</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.b9 (online, bijgewerkt 3 mei 2021).

crediteuren verandert voor vennootschap A niets.<sup>65</sup> Koopal merkt echter op dat hierin een risico schuilt. Op voorhand onzichtbare schulden en verplichtingen worden eveneens overgenomen.<sup>66</sup> Dit risico blijft daarentegen beperkt tot het vermogen van de overgenomen vennootschap. Het voordeel is dat geen afzonderlijke leveringen nodig zijn voor de vermogensbestanddelen die zich in de overgedragen vennootschap bevinden.<sup>67</sup> Enkel een notariële is akte vereist voor de levering van de aandelen nadat de aandeelhouders akkoord zijn gegaan.<sup>68</sup> Een potentieel probleem schuilt daarbij in de besluitvorming. De aandeelhouders van de overgenomen vennootschap beslissen zelfstandig of zij aan de fusie deelnemen door het ruilen van hun aandelen.<sup>69</sup> Hierdoor is het mogelijk dat individuele aandeelhouders niet ingaan op het bod waardoor de aandelenfusie wordt gefrustreerd. Een laatste voordeel is dat de aandelenfusie eenvoudig weer ongedaan kan worden gemaakt door de aandelen te vervreemden.

### 2.5.2 De bedrijfsfusie

Evenals bij de aandelenfusie bestaat in het civiele recht geen afzonderlijke regeling waar de bedrijfsfusie in voorkomt. Het kenmerk van een bedrijfsfusie is volgens Van Schilfgaarde e.a. dat een van de fusiepartners het bedrijf van een andere vennootschap overneemt.<sup>70</sup> Wat onder het begrip bedrijf dient te worden verstaan, is in het civiele recht niet gedefinieerd. Het fiscale recht verbindt wel nadere vereisten aan de bedrijfsfusie.<sup>71</sup> Om de fiscale faciliteit toe te kunnen passen moet een gehele onderneming of een zelfstandig deel daarvan worden overgedragen tegen uitreiking van aandelen in de overnemer. In paragraaf 3.2.5 wordt de fiscale faciliteit in detail besproken. Voor zowel het fiscale als het civiele recht geldt dat sprake is van een overdracht van activa en passiva. Omdat een onderneming civielrechtelijk niet kwalificeert als een zaak in de zin van art. 3:2 BW, is een goederenrechtelijke levering van de onderneming als geheel niet mogelijk.<sup>72</sup> Alle vermogensbestanddelen dienen daardoor afzonderlijk en met inachtneming van de desbetreffende civielrechtelijke vormvoorschriften te worden overgedragen. Voor de overdracht van onroerende zaken en andere registergoederen is bijvoorbeeld inschrijving in het openbare register vereist.<sup>73</sup> Indien aandelen tot het vermogen behoren dienen deze, evenals bij de aandelenfusie, bij notariële akte overgedragen te worden. De directe overdracht van zakelijke goodwill is niet mogelijk omdat deze

---

<sup>65</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.b9 (online, bijgewerkt 3 mei 2021).

<sup>66</sup> Koopal, *Onderneming en Financiering* 2001/47, p. 4.

<sup>67</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.b9 (online, bijgewerkt 3 mei 2021).

<sup>68</sup> Art 2:86 BW voor een NV en 2:196 BW voor een BV.

<sup>69</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.b9 (online, bijgewerkt 3 mei 2021).

<sup>70</sup> Van Schilfgaarde e.a. 2017, par. 128.

<sup>71</sup> Art. 14 lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>72</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.b9 (online, bijgewerkt 3 mei 2021).

<sup>73</sup> Art. 3:89 BW.

civielrechtelijk niet kwalificeert als een goed.<sup>74</sup> Vorderingen zoals debiteuren moeten door middel van cessie worden overgedragen.<sup>75</sup> Tot slot moeten schuldeisers, zoals crediteuren, akkoord gaan met de overdracht.<sup>76</sup>

Ondanks de zojuist opgesomde civielrechtelijke vormvoorschriften is een belangrijk voordeel van de bedrijfsfusie dat een partiële overdracht mogelijk is. Enkel de vermogensbestanddelen waarin de verkrijgende partij is geïnteresseerd worden overdragen waardoor het risico op onvoorziene schulden of verplichtingen niet aanwezig is.<sup>77</sup> Een bijkomend voordeel van deze vorm van overdracht is dat, evenals bij de aandelenfusie, de overdragende vennootschap kan blijven bestaan. Daarnaast wordt het besluit tot het uitvoeren van een bedrijfsfusie genomen door het bestuur van de vennootschap waardoor enkele onwillige aandeelhouders de fusie in beginsel niet kunnen frustreren.<sup>78</sup>

Tot slot is de tegenprestatie bij de bedrijfsfusie van belang. Deze kan in beginsel bestaan uit contanten, aandelen of een andere financieringsvariant. Zoals reeds vermeld is voor het fiscale recht vereist dat de tegenprestatie bestaat uit uitgereikte aandelen. De gevolgen hiervan voor de aandeelhouders zijn beperkt. De vennootschappen zijn namelijk de contractpartijen. Een bedrijfsfusie komt tot stand zonder dat de aandeelhouders van de passieve vennootschap daarbij betrokken zijn.<sup>79</sup> Het is enkel mogelijk dat het belang van de zittende aandeelhouders in de verkrijgende vennootschap verwatert. Voor de richting van de overdracht heeft de tegenprestatie echter wel gevolgen. Zo merkt Dolfin op dat het fiscaalrechtelijk niet mogelijk is om via een bedrijfsfusie vermogensbestanddelen over te dragen van een dochtervennootschap aan een moedervennootschap.<sup>80</sup> Een moeder kan namelijk civielrechtelijk geen aandelen uitreiken aan een dochter.<sup>81</sup>

---

<sup>74</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.b9 (online, bijgewerkt 3 mei 2021).

<sup>75</sup> Art. 3:94 lid 1 BW.

<sup>76</sup> Art. 6:159 BW. De mogelijkheid tot schuldovername volgens art. 6:155 BW kan dit vereenvoudigen.

<sup>77</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.b9 (online, bijgewerkt 3 mei 2021).

<sup>78</sup> Kanttekening hierbij is dat het bestuursbesluit door de AVA moet worden goedgekeurd vgl. art. 2:107a BW aangezien de bedrijfsfusie een belangrijke verandering van de identiteit van de onderneming teweegbrengt.

<sup>79</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.3.0.B.b2 (online, bijgewerkt 3 mei 2021).

<sup>80</sup> Dolfin, *TFO* 2004/115, p. 118.

<sup>81</sup> Art. 2:98d lid 1 BW en art. 2:207d lid 1 BW.

### 2.5.3 De juridische fusie

De juridische fusie kent, in tegenstelling tot de aandelenfusie en de bedrijfsfusie, wel een civielrechtelijke grondslag. In art. 2:309 BW is een juridische fusie gedefinieerd als een rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van de rechtspersonen het vermogen van de ander onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe rechtspersoon door hen samen wordt opgericht. Een aantal zaken uit deze definitie zijn van belang. Allereerst houdt de term vermogen in dat alle vermogensbestanddelen overgaan op de verkrijgende rechtspersoon.<sup>82</sup> Een partiële juridische fusie is derhalve niet mogelijk. Ten tweede gaat het vermogen onder algemene titel over op de verkrijger. Deze speciale civielrechtelijke vorm van overgang houdt in dat alle materiële, immateriële, vaste, vlottende en financiële activa alsmede alle passiva zoals schulden, voorzieningen en verplichtingen in beginsel van rechtswege overgaan op de verkrijgende vennootschap.<sup>83</sup> Op de overgang onder algemene titel bestaan een aantal beperkingen en uitzonderingen.<sup>84</sup> Op grond van art. 6:249 BW is het mogelijk om bepaalde contractuele rechtsbetrekkingen uit te sluiten van de overdracht. Daarnaast kan uit de aard van een rechtsverhouding voortvloeien dat deze niet overgaat op de verkrijger. Deze zogeheten hoogstpersoonlijke rechtsverhoudingen zijn dusdanig verbonden aan het persoonlijke karakter van een rechtspersoon dat deze niet vatbaar zijn voor overgang.<sup>85</sup> Fiscaal verrekenbare verliezen vallen hier in de ogen van de wetgever bijvoorbeeld onder.<sup>86</sup>

Een juridische fusie gaat gepaard met het feit dat de overdragende rechtspersonen ophouden te bestaan.<sup>87</sup> Van een ontbinding en vereffening is geen sprake.<sup>88</sup> Indien het vermogen wordt overgedragen aan een reeds bestaande rechtspersoon heeft dit voor de bestaande aandeelhouders weinig gevolgen.<sup>89</sup> Enkel hun belang in de verkrijgende vennootschap verwatert. De aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersonen worden van rechtswege aandeelhouder in de verkrijgende rechtspersoon.<sup>90</sup> De tegenprestatie voor de juridische fusie bestaat namelijk altijd uit aandelen in de verkrijgende vennootschap, behoudens een bijbetaling van maximaal 10% van het nominale aandelenkapitaal.<sup>91</sup> Hierin schuilt een nadeel van de juridische fusie. De ruilverhouding van de

---

<sup>82</sup> De Vries, *Juridische fusie* (FM nr. 84) 1998, par. 2.2.2.

<sup>83</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.7.0.B.c (online, bijgewerkt 20 januari 2021)

<sup>84</sup> Zie Simonis e.a. 2018, par. 2.2.2 voor een uiteenzetting hiervan.

<sup>85</sup> Simonis e.a. 2018, par. 2.2.2.4.

<sup>86</sup> Zie de Vries 2019, p. 319 en *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 9. Verrekenbare verliezen zijn bij een juridische fusie wel overdraagbaar maar de mogelijkheid tot verrekening wordt beperkt.

<sup>87</sup> Art. 2:311 lid 1 BW.

<sup>88</sup> *Kamerstukken II 1981/82*, 16 453, nr. 6 (MvA), p. 6.

<sup>89</sup> Nieuweboer 2019, p. 313.

<sup>90</sup> Art. 2:311 lid 2 BW. Zie Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.7.0.B.c (online, bijgewerkt 20 januari 2021) voor uitzondering op deze hoofdregel.

<sup>91</sup> Art. 2:325 lid 2 BW.

aandelen moet worden vastgesteld op basis van objectieve factoren waarbij een accountant moet verklaren dat deze verhouding aanvaardbaar is.<sup>92</sup> In combinatie met de maximale bijbetaling is het hierdoor niet mogelijk om een hogere prijs te bieden om zodoende de juridische fusie voor de aandeelhouders in de verdwijnende rechtspersoon aantrekkelijker te maken.<sup>93</sup>

Indien de aandeelhouders akkoord zijn met het fusievoorstel, wordt het besluit daartoe genomen in de algemene vergadering van aandeelhouders.<sup>94</sup> Dit vormt een voordeel ten opzichte van de aandelenfusie aangezien bij een gekwalificeerde meerderheid minderheidsaandeelhouders gedwongen kunnen worden om aan de juridische fusie deel te nemen.<sup>95</sup> De juridische fusie kent daarentegen meer civielrechtelijke vormvoorschriften dan de aandelenfusie zoals omtrent de notariële akte en de ruilverhouding.<sup>96</sup> Dankzij de overgang onder algemene titel kan de juridische fusie aanzienlijk eenvoudiger zijn dan de bedrijfsfusie. Hierdoor speelt echter wederom het risico dat op voorhand onbekende schulden en aansprakelijkheden worden overgenomen. Ten opzichte van de aandelenfusie kunnen schuldeisers na een juridische fusie zich eveneens verhalen op het vermogen van de verkrijgende vennootschap.<sup>97</sup> Tot slot is, zoals eerder vermeld, een partiële juridische fusie niet mogelijk. Daarnaast dient altijd sprake te zijn van minimaal één verdwijnende vennootschap. In situaties waarin dit niet gewenst is kan de juridische splitsing een alternatief zijn.

#### **2.5.4 De juridische splitsing**

De juridische splitsing kent in het civiele recht twee hoofdvormen: de zuivere splitsing en de afsplitsing. Bij de zuivere splitsing gaat het vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel over op twee of meer andere rechtspersonen waarbij de overdragende vennootschap ophoudt te bestaan.<sup>98</sup> Bij een afsplitsing houdt de overdragende vennootschap niet op te bestaan en gaat het vermogen onder algemene titel over op een of meer rechtspersonen waarvan ten minste één van deze aandelen uitreikt aan de aandeelhouders van de splitsende vennootschap.<sup>99</sup> De zuivere splitsing kan volgens Nieuweboer derhalve worden gezien als de perfecte pendant van de juridische fusie en de afsplitsing

---

<sup>92</sup> Art. 2:328 lid 1 BW.

<sup>93</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.7.0.B.e (online, bijgewerkt 20 januari 2021)

<sup>94</sup> Art. 2:312 BW en art. 2:317 BW.

<sup>95</sup> Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.7.0.B.e (online, bijgewerkt 20 januari 2021)

<sup>96</sup> Vergelijk art. 2:86 BW voor de aandelenfusie en art. 2:318 lid 2 BW voor de juridische fusie. Het is voor de aandelenfusie bijvoorbeeld niet voorgeschreven om de koopprijs van de aandelen in de notariële akte op te nemen. Een zakelijke prijs is daarentegen wel vereist voor een beroep op de fiscale faciliteit (HR, 25 oktober 2000, nr. 35 957).

<sup>97</sup> Koopal, *Onderneming en Financiering* 2001/47, p. 5.

<sup>98</sup> Art. 2:334a lid 2 BW.

<sup>99</sup> Art. 2:334a lid 3 BW.

lijkt in haar uitwerking sterk op de bedrijfsfusie.<sup>100</sup> De splitsingsformaliteiten komen in grote lijnen overeen met die van de juridische fusie waardoor een verwijzing naar hetgeen daarover in voorgaande paragraaf is beschreven op deze plek volstaat.<sup>101</sup> De voor- en nadelen omtrent de overgang onder algemene titel, minderheidsaandeelhouders, civielrechtelijke vormvoorschriften en de tegenprestatie zijn eveneens identiek aan die van de juridische fusie. Een belangrijk verschil ten opzichte van de juridische fusie is dat een partiële splitsing wel mogelijk is. Een splitsing naar een reeds bestaande dochter of een splitsing van de dochter naar de moeder is daarentegen niet mogelijk.<sup>102</sup> De overdracht van het gehele of gedeeltelijke vermogen van de moeder naar een bestaande dochter kan wel worden bewerkstelligd door middel van een juridische fusie of bedrijfsfusie. De overdracht van een dochter naar de moeder kan enkel plaatsvinden via een juridische fusie. De zojuist besproken aspecten van de aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische splitsing zijn in tabel 1 samengevat.

---

<sup>100</sup> Nieuweboer 2019, p. 280.

<sup>101</sup> Zie Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.6.0.B.e (online, bijgewerkt 20 januari 2021) voor een gedetailleerde uitwerking.

<sup>102</sup> Zie Dolfin, *TFO* 2004/115, p. 119 en *Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, nr. 3 (MvT), p. 5 waarin wordt gewezen op het feit dat bij een juridische splitsing altijd sprake moet zijn van een structuurwijziging. Anders Nieuweboer 2019, p. 283-284 waarin hij een juridische splitsing naar een reeds bestaande dochter mogelijk acht indien de dochtermaatschappij aandelen uitreikt aan de aandeelhouders van de moedermaatschappij. Deze splitsingsvorm komt naar zijn mening echter in de praktijk zelden voor.

Tabel 1 *Civielrechtelijke aspecten van de verschillende herstructureringsvormen*

	<i>Aandelenfusie</i>	<i>Bedrijfsfusie</i>	<i>Juridische fusie</i>	<i>Juridische splitsing</i>
Object van overdracht	Aandelen	(Zelfstandig onderdeel van) een onderneming	Gehele vermogen	Gehele vermogen of een gedeelte daarvan
Tegenprestatie	Aandelen, evt. bijbetaling	Contanten, aandelen of andere financierings-variant	Aandelen, evt. geringe bijbetaling	Aandelen, evt. geringe bijbetaling
Partiële overdracht	Niet mogelijk	Mogelijk	Niet mogelijk	Mogelijk
Civielrechtelijke overdracht	Overdracht van aandelen	Afzonderlijke overdracht activa en passiva	Overgang onder algemene titel	Overgang onder algemene titel
Behoud juridische zelfstandigheid	Beide entiteiten blijven bestaan	Beide entiteiten blijven bestaan	Minimaal één verdwijnende vennootschap	Beide entiteiten kunnen blijven bestaan
Gevolgen aandeelhouders overdrager	Aandeelhouder in overnemende vennootschap	Aandeelhouder in overnemende vennootschap	Van rechtswege aandeelhouder in verkrijger	Van rechtswege aandeelhouder in verkrijger
Besluitvorming	Besluit deelname door individuele aandeelhouders	Besluit door bestuur, met goedkeuring van de AVA	Voorstel door het bestuur, besluit door de AVA	Voorstel door het bestuur, besluit door de AVA

## 2.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is in kaart gebracht welke bedrijfseconomische en civielrechtelijke aspecten ten grondslag liggen aan interne reorganisaties. Hierdoor wordt inzichtelijk gemaakt welke overwegingen vanuit de praktijk een rol spelen bij interne reorganisaties. Deze bevindingen vormen het economische en civielrechtelijke kader voor de beantwoording van de eerste deelvraag.

Onder een interne reorganisatie (ook wel aangeduid als herstructurering) wordt verstaan de overdracht van een onderneming, een zelfstandig onderdeel van een onderneming of van bepaalde bedrijfsmiddelen binnen hetzelfde concern. De doelstellingen van een interne reorganisatie kunnen globaal in twee categorieën worden verdeeld. Enerzijds kan een doelstelling van een interne reorganisatie zijn het administratief, organisatorisch en financieel optimaal laten functioneren van een concern. Anderzijds kan het doel zijn om de flexibiliteit en continuïteit te verbeteren door in te spelen op een toekomstige bedrijfsopvolging of herstructurering. Interne reorganisaties vinden plaats als onderdeel van het normale groeiproces of om de efficiëntie van de onderneming te verbeteren en daarmee in lijn te brengen met het niveau van efficiëntie van de concurrentie.

Een interne reorganisatie kan worden bewerkstelligd door middel van een aandelenfusie, een bedrijfsfusie, een juridische fusie of een juridische splitsing. Bij de aandelenfusie is in feite sprake van een aandelenruil. De aandelenfusie is civielrechtelijk het minst complex en heeft als voordeel dat beide entiteiten blijven bestaan. Twee nadelen zijn dat een partiële fusie niet mogelijk is en dat minderheidsaandeelhouders de fusie kunnen frustreren. Bij de bedrijfsfusie worden afzonderlijke activa en passiva overgedragen die tezamen een onderneming vormen of een zelfstandig onderdeel daarvan. Een partiële fusie is hierdoor mogelijk, hoewel elk vermogensbestanddeel civielrechtelijk afzonderlijk moet worden overgedragen. Bij de juridische fusie gaat daarentegen het gehele vermogen onder algemene titel over zodat enkel een notariële akte volstaat. Civielrechtelijk is dit echter complexer dan de aandelenfusie. Een partiële juridische fusie is, in tegenstelling tot de bedrijfsfusie, niet mogelijk en minimaal één vennootschap dient op te houden te bestaan. Een juridische splitsing biedt wel de mogelijkheid voor een partiële overdracht onder algemene titel en komt wat betreft de vormvoorschriften grotendeels overeen met de juridische fusie. Een splitsing omhoog, van een dochter- naar moederverenootschap, is in tegenstelling tot de juridische fusie niet mogelijk. De keuze ten aanzien van de herstructureringsvorm zal derhalve afhankelijk zijn van de doelstelling, het gewenste resultaat en de civielrechtelijke vereisten die daarbij doorlopen moeten worden.



### **3. Fiscale aspecten van fusies en splitsingen**

#### **3.1 Inleiding**

In het voorgaande hoofdstuk zijn de bedrijfseconomische en civielrechtelijke aspecten van interne reorganisaties besproken. In dit hoofdstuk worden de fiscale gevolgen in de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en overdrachtsbelasting toegelicht. Hiermee wordt antwoord gegeven op de eerste deelvraag. Allereerst wordt daarvoor aandacht besteed aan de aspecten in de vennootschapsbelasting. Alvorens in te gaan op de fiscale faciliteiten voor fusies en splitsingen, wordt de Fusierichtlijn op hoofdlijnen besproken. Daarna worden de fiscale faciliteiten in de vennootschapsbelasting besproken waarbij aandacht wordt besteed aan de voorwaarden, systematiek en de antimisbruikbepalingen. In paragraaf 3.3 worden vervolgens de fiscale aspecten in de inkomstenbelasting besproken en in paragraaf 3.4 de fiscale aspecten in de overdrachtsbelasting. Daarbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de overeenkomsten en verschillen tussen de diverse faciliteiten in de verschillende belastingwetten. De discrepanties die daarbij zijn geconstateerd worden tot slot samengevat waarbij de tweede deelvraag wordt beantwoord.

#### **3.2 Aspecten in de vennootschapsbelasting**

##### **3.2.1 Heffing van vennootschapsbelasting op hoofdlijnen**

Volgens art. 1 Wet VPB 1969 wordt onder de naam vennootschapsbelasting een directe belasting geheven van de lichamen vermeld in art. 2 en art. 3 Wet VPB 1969. In het kader van de belastingplicht moet een onderscheid worden gemaakt tussen de subjectieve en objectieve belastingplicht. De subjectief belastingplichtigen zijn binnenlandse belastingplichtigen (art. 2 Wet VPB 1969) en buitenlands belastingplichtigen (art. 3 Wet VPB 1969). Het aangrijpingspunt voor de subjectieve belastingplicht is de vestigingsplaats.<sup>103</sup> Indien de oprichting van een lichaam heeft plaatsgevonden naar Nederlands recht, wordt dit lichaam op grond van art. 2 lid 4 Wet VPB 1969 in beginsel geacht in Nederland te zijn gevestigd.<sup>104</sup> Binnenlands belastingplichtige lichamen hebben veelal rechtspersoonlijkheid. Zij kunnen hierdoor als zelfstandige rechtspersonen optreden en civielrechtelijk contracten afsluiten.<sup>105</sup> De vennootschapsbelasting sluit volgens Vink en Van Hulten bij deze juridische zelfstandigheid aan door een rechtspersoon separaat van zijn aandeelhouders in de heffing te

---

<sup>103</sup> Art. 2 lid 1 Wet VPB 1969.

<sup>104</sup> Deze fictie is echter, in het bijzonder, niet van toepassing voor fusies en splitsingen (art. 14, 14a en 14b Wet VPB 1969) en de fiscale eenheid (art. 15 Wet VPB 1969).

<sup>105</sup> Zie art. 2:5 BW waarin is bepaald dat een rechtspersoon wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijk persoon gelijk wordt gesteld.

betrekken.<sup>106</sup> Nederland hanteert hier het zogenoemde klassieke stelsel. Dit betekent dat bij de heffing van vennootschapsbelasting geen rekening wordt gehouden met de heffing die bij de aandeelhouder wordt geheven.<sup>107</sup>

Indien de subjectieve belastingplicht is vastgesteld, is de volgende vraag waarover het lichaam belasting verschuldigd is: de objectieve belastingplicht. Buitenlands belastingplichtigen worden belast over hun Nederlandse inkomen.<sup>108</sup> Binnenlands belastingplichtigen kunnen beperkt of onbeperkt belastingplichtig zijn. Onbeperkt belastingplichtige lichamen, zoals een BV en NV, worden volgens art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 geacht met hun gehele vermogen een onderneming te drijven. Heithuis merkt daarover op dat een lichaam dat enkel belegt en derhalve geen materiële onderneming drijft, ook belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting.<sup>109</sup> Beperkt belastingplichtige lichamen zijn op grond van art. 2 lid 1 onderdeel e en g Wet VPB 1969 enkel belastingplichtig voor zover zij een onderneming drijven. Onder deze bepaling vallen bijvoorbeeld verenigingen, stichtingen en publiekrechtelijke lichamen.

Ten aanzien van binnenlandse belastingplichtigen wordt volgens art. 7 lid 1 Wet VPB 1969 de belasting geheven naar het belastbare bedrag. Dit is de in een jaar genoten belastbare winst verminderd met de verrekenbare verliezen.<sup>110</sup> Deze winst wordt vastgesteld op grond van het totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001, welke bepaling op grond van art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 doorwerkt naar de vennootschapsbelasting. Onder winst wordt verstaan het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming.<sup>111</sup> De totaalwinst wordt voorts volgens art. 3.25 Wet IB 2001 toegerekend aan de te onderscheiden jaren van de belastingplichtige op basis van goed koopmansgebruik.<sup>112</sup> Indien in een jaar sprake is van een verlies, zou zonder nadere bepaling sprake zijn van een inbreuk op het totaalwinstbegrip. De som van de verschillende jaarwinsten zou dan immers afwijken van de totaalwinst. Om die reden is in art. 20 Wet VPB 1969 de mogelijkheid van verliesverrekening opgenomen. Verliezen kunnen met de belastbare winst van het voorafgaande jaar (achterwaarts) of van de zes volgende jaren (voorwaarts) worden verrekend.<sup>113</sup>

---

<sup>106</sup> Vink & Van Hulten 2019, p. 65.

<sup>107</sup> Heithuis 2019, p. 4.

<sup>108</sup> Art. 17-19 Wet VPB 1969.

<sup>109</sup> Heithuis 2019, p. 19.

<sup>110</sup> Art. 7 lid 2 Wet VPB 1969.

<sup>111</sup> Door de werking van de fictie van art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 wordt, zoals reeds opgemerkt, voor onbeperkt belastingplichtige lichamen elk voordeel aangemerkt als een voordeel uit een onderneming.

<sup>112</sup> Zie voor een verdere uiteenzetting van de jaarwinstbepaling voor lichamen Kampschöer 2019, p. 63 e.v.

<sup>113</sup> Met ingang van 1 januari 2022 zijn verliezen voorwaarts onbeperkt verrekenbaar tot een maximumbedrag van € 1.000.000, vermeerderd met 50% van de belastbare winst.

Daar waar de mogelijkheid tot verliesverrekening recht doet aan het totaalwinstbegrip, vormen objectieve vrijstellingen een bewuste inbreuk op dit beginsel.<sup>114</sup> Een belangrijke vrijstelling is neergelegd in de deelnemingsvrijstelling van art. 13 lid 1 Wet VPB 1969. Volgens deze bepaling blijven voordelen uit hoofde van een deelneming bij het bepalen van de winst buiten aanmerking indien een belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.<sup>115</sup> Dit houdt in dat dividenden, koersresultaten maar ook (positieve of negatieve) resultaten bij verkoop van een deelneming zijn vrijgesteld.<sup>116</sup> Een andere inbreuk op de totaalwinst zijn de fiscale faciliteiten voor fusies en splitsingen. Hoewel in feite sprake is van een doorschuiving, merkt Van der Burgt op dat de faciliteiten voor de overdrager hetzelfde effect hebben als een objectieve vrijstelling.<sup>117</sup> De totale winst uit onderneming wordt immers lager vastgesteld dan zonder faciliteit het geval zou zijn. De Reus wijst echter wel op het feit dat vanuit de objectieve onderneming bezien geen sprake is van een inbreuk op de totaalwinst.<sup>118</sup> De fiscale gevolgen van herstructurerings worden in de volgende paragrafen besproken.

### **3.2.2 Fiscale gevolgen van herstructurerings in de vennootschapsbelasting**

Bij een aandelenfusie worden aandelen in vennootschap A overgedragen aan vennootschap B waarbij vennootschap B eigen aandelen uitrekt aan de zittende aandeelhouder van vennootschap A. Een aandelenfusie heeft enkel fiscale gevolgen voor de zittende aandeelhouder van A. Deze vervreemdt zijn aandelen, waardoor afgerekend moet worden over het meerdere boven de boekwaarde of verkrijgingsprijs van deze aandelen. Indien de aandeelhouder een rechtspersoon is, is veelal de deelnemingsvrijstelling van toepassing. De vervreemdingswinst is dan vrijgesteld. Voor de zittende aandeelhouders in de overnemende vennootschap heeft de aandelenfusie in beginsel fiscaal geen gevolgen.<sup>119</sup> Enkel hun belang in de overnemende vennootschap verwatert.<sup>120</sup>

---

<sup>114</sup> Een objectieve vrijstelling moet worden onderscheiden van een subjectieve vrijstelling. Bij een subjectieve vrijstelling is het lichaam zelf vrijgesteld terwijl bij een objectieve vrijstelling de winst wordt vrijgesteld.

<sup>115</sup> Art. 13 lid 2 onderdeel 2 Wet VPB 1969.

<sup>116</sup> De Smit 2019, p. 214-215.

<sup>117</sup> Van der Burgt, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.5.0.A.a (online, bijgewerkt 5 januari 2021)

<sup>118</sup> De Reus, in: *Sdu Commentaar Wet Inkomstenbelasting 2001*, art. 3.8 Wet IB 2001, aant. 3.6 (online, bijgewerkt 8 april 2021).

<sup>119</sup> Nieuweboer 2019, p. 261.

<sup>120</sup> Het kan voorkomen dat door de verwatering niet langer voldaan is aan het 5%-criterium van de deelnemingsvrijstelling. Indien de meetregel of de bepaling voor aflopende deelnemingen (respectievelijk lid 5 en lid 16 van art. 13 Wet VPB 1969) niet van toepassing is, is de compartimenteringsleer van toepassing.

De bedrijfsfusie heeft, in tegenstelling tot de aandelenfusie, geen fiscale gevolgen voor de aandeelhouders van de fuserende vennootschappen.<sup>121</sup> Wel dient de overdragende vennootschap af te rekenen over de stille en fiscale reserves in de overgedragen vermogensbestanddelen. Bij de juridische fusie en de juridische splitsing gaat het vermogen onder algemene titel over op de verkrijgende vennootschap. Omdat voor deze vorm van overdracht niet eenduidig kan worden aangesloten bij de fiscale begrippen en belastbare feiten, heeft de wetgever uitdrukkelijk vastgelegd dat sprake is van een belastbare handeling.<sup>122</sup> Wat betreft de juridische fusie wordt ingevolge art. 14b lid 1 Wet VPB 1969 bepaald dat de verdwijnende rechtspersoon zijn vermogensbestanddelen ten tijde van de fusie heeft overgedragen en ten tijde van de fusie ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. Hierbij is volgens Van der Burgt sprake van twee ficties: de vervreemdingsfictie en de eindafrekeningsfictie.<sup>123</sup> Als gevolg van deze twee ficties dient de verdwijnende rechtspersoon af te rekenen over de stille en fiscale reserves onmiddellijk voorafgaand aan het fusietijdstip. De aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap worden op grond van art. 3.57 lid 1 Wet IB 2001 jo. art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 geacht hun aandelen te hebben vervreemd. Wederom zal voor rechtspersonen veelal de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn. Tot slot kent de zuivere juridische splitsing evenals de juridische fusie de vervreemdingsfictie en de eindafrekeningsfictie in art. 14a lid 1 onderdeel a Wet VPB 1969. De afsplitsing kent in art. 14a lid 1 onderdeel b Wet VPB 1969 enkel de vervreemdingsfictie, aangezien de overdragende vennootschap blijft bestaan. De fictie van art. 3.56 lid 1 IB 2001 jo. art. 8 lid 1 Wet VPB 1969, dat de aandeelhouders worden geacht hun aandelen in de splitsende rechtspersoon te hebben vervreemd, geldt tevens enkel voor de zuivere splitsing.

### 3.2.3 De Fusierichtlijn

De verplichte afrekening bij een interne reorganisatie kan in bepaalde situaties ongewenst zijn. Zo merkt Nieuweboer bijvoorbeeld op dat aangezien de tegenprestatie veelal bestaat uit aandelen, liquiditeitsproblemen kunnen ontstaan waardoor bedrijfseconomisch wenselijke transacties geen doorgang vinden.<sup>124</sup> Teneinde bedrijfseconomisch wenselijke reorganisaties fiscaal niet te belemmeren, zijn door de wetgever in de vennootschapsbelasting fiscale faciliteiten opgenomen die het mogelijk maken om een herstructurering, onder bepaalde voorwaarden, zonder belastingheffing plaats te laten vinden.<sup>125</sup> Deze bepalingen zijn gebaseerd op de per 1 januari 1992 van kracht zijnde Europese Fusierichtlijn.<sup>126</sup> De doelstelling van de richtlijn is te voorkomen dat bij intracommunautaire

---

<sup>121</sup> Nieuweboer 2019, p. 264.

<sup>122</sup> Art. 14a lid 1 en art. 14b lid 1 Wet VPB 1969. Zie ook *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 3 (MvT), p. 2-3.

<sup>123</sup> Van der Burgt, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.7.0.D.c1 (online, bijgewerkt 20 januari 2021).

<sup>124</sup> Nieuweboer 2019, p. 257.

<sup>125</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 5.

<sup>126</sup> Richtlijn 2009/113/EG.

fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa of aandelenruil belasting wordt geheven door de EU-lidstaten.<sup>127</sup> Deze transacties mogen niet worden belemmerd door bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies door fiscale voorschriften van de lidstaten.<sup>128</sup> Ondernemingen moeten in staat worden gesteld zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de intracommunautaire markt te versterken. Een randvoorwaarde is dat de fiscale belangen van de lidstaten van de inbrengende of verworven vennootschap moeten worden veiliggesteld.<sup>129</sup>

De Nederlandse fiscale bepalingen voor fusies en splitsingen moeten voldoen aan de richtlijn. De richtlijn is daarbij van hogere orde dan de nationale wet. In geval van eventuele strijdigheid met de richtlijn, is de Nederlandse bepaling onverbindend.<sup>130</sup> In beginsel geldt dit enkel voor intracommunautaire fusies en splitsingen. Uit art. 1 FR blijkt namelijk dat de reikwijdte van de richtlijn beperkt is tot situaties waarbij twee of meer lidstaten zijn betrokken. De Nederlandse regering heeft echter uitdrukkelijk aangegeven dat zij grensoverschrijdende herstructureringen fiscaal gelijk wil behandelen als zuiver binnenlandse herstructureringen.<sup>131</sup> Hierdoor dienen de nationale bepalingen in binnen- en buitenlandse situaties te worden uitgelegd conform de Fusierichtlijn waarbij het Hof van Justitie van de Europese Unie bevoegd (hierna: HvJ) is om daar over te oordelen.<sup>132</sup>

De Fusierichtlijn is van toepassing op fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruilen.<sup>133</sup> Door toepassing van het systeem van uitstel van belastingheffing over de meerwaarde van de ingebrachte goederen wordt acute belastingheffing voorkomen terwijl latere heffing voor de betrokken lidstaat gewaarborgd blijft.<sup>134</sup> Dit wordt bewerkstelligd voor fusies en splitsingen door middel van doorschuiving van de fiscale boekwaarden (art. 4 FR), de fiscale reserves (art. 5 FR) en onder voorwaarden compensabele verliezen (art. 6 FR). Op grond van art. 9 FR zijn deze bepalingen eveneens van toepassing op een inbreng van activa. Indien bij een fusie, splitsing of aandelenruil aandelen worden vervreemd, bepaalt art. 8 FR dat over de winst of vermogenswinst eveneens geen belastingheffing mag plaatsvinden. Tot slot is in art. 15 lid 1 onderdeel a FR een antimisbruikbepaling opgenomen waarin is vastgelegd dat lidstaten de voordelen van de richtlijn geheel of gedeeltelijk teniet mogen doen indien het hoofddoel of een van de hoofddoelen van de

---

<sup>127</sup> Preambule punt 5 Richtlijn 2009/113/EG.

<sup>128</sup> Preambule punt 2 Richtlijn 2009/113/EG.

<sup>129</sup> Preambule punt 5 Richtlijn 2009/113/EG.

<sup>130</sup> Nieuweboer 2019, p. 259.

<sup>131</sup> *Kamerstukken II* 1991/92, 22 338, nr. 3 (MvT), p. 9.

<sup>132</sup> HvJ 17 juli 1997, zaak C-28/95 (Leur-Bloem), r.o. 34.

<sup>133</sup> Art. 2 onderdeel a-e FR.

<sup>134</sup> Preambule punt 7 Richtlijn 2009/113/EG.

rechtshandeling belastingfraude of belastingontwijking is. Wanneer geen sprake is van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten geldt het vermoeden dat die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft.

### 3.2.4 Fiscale faciliteiten in de vennootschapsbelasting

De bepalingen uit de Fusierichtlijn zijn in de Nederlandse vennootschapsbelasting terug te vinden in een faciliteit voor de bedrijfsfusie van art. 14 Wet VPB 1969, de juridische splitsing van art. 14a Wet VPB 1969 en de juridische fusie van art. 14b Wet VPB 1969. De faciliteit voor een aandelenfusie is vastgelegd in art. 3.55 Wet IB 2001, welke via de schakelbepaling van art. 8 lid 1 Wet VPB 1969 eveneens van toepassing is voor vennootschapsbelastingplichtigen (zie par. 3.3).<sup>135</sup> Het centrale kenmerk van de faciliteiten in de vennootschapsbelasting is dat de overdrager de winst behaald bij de fusie of splitsing niet in aanmerking hoeft te nemen.<sup>136</sup> Voor een beroep op de faciliteit dient aan de volgende voorwaarden te zijn voldaan:<sup>137</sup>

- Voor de overdrager en overnemer zijn dezelfde regels voor winstbepaling van toepassing;
- De overnemer en de overdrager, mits de overdrager ophoudt te bestaan, kan geen aanspraak maken op voorwaarts verrekenbare verliezen, vermindering ter voorkoming van dubbele belasting, toepassing van de innovatiebox, voortwenteling van saldo aan renten en op toepassing van de objectvrijstelling, deelnemingsverrekening of verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten;
- Latere heffing is verzekerd. Dit betreft een soort vangnetbepaling indien in een specifiek geval het risico bestaat dat de fiscale claim alsnog verloren gaat.<sup>138</sup>

Indien de overdrager niet ophoudt te bestaan, bij de bedrijfsfusie en de afsplitsing, is enkel vereist dat de overdrager geen aanspraak kan maken op toepassing van de innovatiebox.<sup>139</sup> Is aan alle voorwaarden voldaan, dan zijn de faciliteiten van rechtswege van toepassing en treedt de overnemer fiscaal in de plaats van de overdrager. De overnemer waardeert de verkregen vermogensbestanddelen tegen de boekwaarde zoals die gold bij de overdrager waardoor de fiscale claim wordt doorgeschoven. De wetgever heeft, in navolging van het civiele recht, voor het fiscale recht gekozen voor een systematiek waarbij de overnemer de vermogensrechtelijke positie inneemt van de overdrager.<sup>140</sup> De

---

<sup>135</sup> Natuurlijke personen kunnen, afhankelijk van de omvang en kwalificatie van het belang, een beroep doen op art. 3.55 Wet IB 2001 of art. 4.41 Wet IB 2001.

<sup>136</sup> Art. 14 lid 1, art. 14a lid 2 en art. 14b lid 2 Wet VPB 1969.

<sup>137</sup> Art. 14 lid 1, art. 14a lid 2 en art. 14b lid 2 Wet VPB 1969.

<sup>138</sup> Dit kan het geval zijn bij een afgewaardeerde vorderingen of bij een afsplitsing van vermogen naar het buitenland waarbij aldaar geen sprake is van een vaste inrichting en Nederland het heffingsrecht verliest.

<sup>139</sup> Art. 14 lid 1 en art. 14a lid 2 Wet VPB 1969.

<sup>140</sup> Van der Burgt, in: *Cursus Belastingrecht Vpb*, par. 2.7.0.D.d2.I (online, bijgewerkt 20 januari 2021).

Vries merkt op dat de indeplaatstredingsfictie vrij ruim is.<sup>141</sup> Deze fictie omvat naast de overgenomen boekwaarden ook de overname van bijvoorbeeld toepasselijke fiscale termijnen, besmettingen, verplichtingen en sancties. Ondanks dat bij een bedrijfsfusie geen sprake is van een overgang onder algemene titel, is door de regering desalniettemin aangegeven eveneens de systematiek van fiscale indeplaatstreding toe te passen om de bepaling meer in lijn te brengen met de Fusierichtlijn.<sup>142</sup>

Op het moment dat niet aan alle voorwaarden is voldaan, kunnen de faciliteiten enkel nog op verzoek en onder nadere voorwaarden worden toegepast.<sup>143</sup> Deze voorwaarden worden afgeleid uit de zogeheten standaardvoorwaarden.<sup>144</sup> De faciliteit wordt dan voorwaardelijk toegekend waarbij eisen worden gesteld ter verzekering van de heffing en de invordering van belasting die verschuldigd zou zijn indien de faciliteit niet zou zijn toegepast.<sup>145</sup> De systematiek van fiscale indeplaatstreding blijft gelden, zij het dat beperkingen worden gesteld aan onder meer afgewaardeerde onderlinge vorderingen, verrekening van verliezen en vermogensbestanddelen die niet langer zijn onderworpen aan de Nederlandse heffing van vennootschapsbelasting. De bedrijfsfusiefaciliteit kent, zoals eerder benoemd, een aanvullende voorwaarde dat een materiële onderneming overgedragen moet worden. Deze voorwaarde is in het beleidsbesluit nader uitgewerkt en wordt in de volgende paragraaf toegelicht.<sup>146</sup>

### **3.2.5 De bedrijfsfusiefaciliteit nader beschouwd**

Op grond van art. 14 lid 1 Wet VPB 1969 is vereist dat een belastingplichtige zijn gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan overdraagt. Het begrip onderneming is daarbij gelijk aan het ondernemingsbegrip van de Wet IB 2001.<sup>147</sup> De wettelijke fictie van art. 2 lid 5 Wet VPB 1969, dat een lichaam met zijn gehele vermogen een onderneming drijft, is niet van toepassing. Voor het bepalen of sprake is van een onderneming moet volgens de staatssecretaris derhalve aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie voor de inkomstenbelasting.<sup>148</sup> In de eerste plaats dient deze voorwaarde echter in overeenstemming te zijn met het begrip tak van bedrijvigheid uit de Fusierichtlijn. De overgedragen activa en passiva moeten op geheel eigen kracht kunnen functioneren.<sup>149</sup> In het arrest Randers Sport

---

<sup>141</sup> De Vries 2019, p. 327.

<sup>142</sup> *Kamerstukken II 1998/99*, 26 728, nr. 3 (MvT), p. 52.

<sup>143</sup> Art. 14 lid 2, art. 14a lid 3 en art. 14b lid 3 Wet VPB 1969.

<sup>144</sup> Besluit van 28 april 2021, nr. 2021-5991 (bedrijfsfusie), besluit van 28 april 2021, nr. 2021-7901 (juridische fusie), besluit van 28 april 2021, nr. 2021-7915 (zuivere splitsing) en besluit van 28 april 2021, nr. 2021-5953 (afsplitsing).

<sup>145</sup> Art. 14 lid 7, art. 14a lid 5 en art. 14b lid 4 Wet VPB 1969.

<sup>146</sup> Besluit van 28 april 2021 (Stcrt. 2021, 22897).

<sup>147</sup> Besluit van 28 april 2021 (Stcrt. 2021, 22897), par. 3.1.

<sup>148</sup> Besluit van 28 april 2021 (Stcrt. 2021, 22897), par. 3.1.

<sup>149</sup> Art. 2 onderdeel j FR.

heeft het HvJ een nadere invulling gegeven aan dit begrip door te stellen dat de overgedragen vermogensbestanddelen uit functioneel oogpunt als onafhankelijke onderneming moeten functioneren, zonder dat daar een bijkomende investering of inbreng voor nodig is.<sup>150</sup> Het achterwege laten van een belangrijke vordering terwijl de bijbehorende schuld wel wordt ingebracht, kwalificeert niet indien de overnemende vennootschap naar alle waarschijnlijkheid het niet kan overleven.

In de Nederlandse jurisprudentie is een soortgelijke functionele benadering terug te zien. De overdracht van een onderneming waarvoor reeds is besloten deze te beëindigen vormt geen zelfstandige onderneming omdat deze het vermogen heeft verloren om op eigen kracht te kunnen functioneren.<sup>151</sup> Het is wel mogelijk om een onderneming over te dragen exclusief het bedrijfsgebouw, mits het overgedragen gedeelte als een zelfstandig onderdeel kan functioneren.<sup>152</sup> Daarbij is het niet van belang of het achtergebleven pand zelfstandig exploiteerbaar kan zijn. Dit ligt echter anders wanneer een onderneming gefaciliteerd wordt ingebracht waarna vervolgens de onderneming exclusief het bedrijfspand opnieuw wordt overgedragen, een zogeheten doorinbreng. In dat geval is bij de eerste verkrijging geen zelfstandig onderdeel verkregen omdat de activa, exclusief het pand, zijn bestemd om direct te worden overgedragen en daardoor functioneel gezien geen onderdeel vormen van een uit organisatorisch oogpunt onafhankelijke exploitatie.<sup>153</sup> Het vereiste van een materiële onderneming brengt eveneens met zich mee dat uitsluitend beleggingsactiviteiten die niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer zijn uitgesloten van een gefaciliteerde overdracht.<sup>154</sup> In de literatuur wordt het vereiste van een materiële onderneming bekritiseerd. Diverse auteurs concluderen daarbij dat dit vereiste in strijd is met de Fusierichtlijn.<sup>155</sup> Activiteiten die niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer zouden gefaciliteerd overgedragen moeten kunnen worden, mits sprake is van een organisatorische onafhankelijkheid zoals blijkt uit het arrest *Randers Sport*. Door de staatssecretaris is echter expliciet gesteld dat geen sprake is van strijdigheid met de Fusierichtlijn.<sup>156</sup> Naar mijn mening moeten beleggingsactiviteiten gefaciliteerd kunnen worden overgedragen. Het begrip tak van bedrijvigheid is immers ruimer dan het materiële ondernemingsbegrip. Een 100%-deelneming kwalificeert daarentegen niet als een tak van bedrijvigheid.<sup>157</sup>

---

<sup>150</sup> HvJ 15 januari 2002, zaak C-43/00 (*Randers Sport*), r.o. 35.

<sup>151</sup> HR 9 mei 2003, nr. 37 553, ECLI:NL:HR:2003:AF1906.

<sup>152</sup> HR 17 januari 1990, nr. 26 221, ECLI:NL:HR:1990:ZC4205.

<sup>153</sup> HR 30 november 2012, nr. 11/00167, ECLI:NL:HR:2012:BV7390, r.o. 3.3.3.

<sup>154</sup> HR 29 mei 1974, nr. 17 346, ECLI:NL:HR:1974:AX4479.

<sup>155</sup> Zie onder meer Van den Brande-Boomsluiters 2004, p. 34 en Van der Burgt 2009, par. 3.2.2.2.

<sup>156</sup> Besluit van 28 april 2021 (Stcrt. 2021, 22897), par. 3.1.

<sup>157</sup> Zie het voor de kapitaalbelasting (Richtlijn 69/335/EEG) gewezen arrest HvJ 13 december 1991, C-164/90 (*Muwi Bouwgroep*), r.o. 25 waarin tevens het begrip tak van bedrijvigheid ter discussie stond.



### 3.2.6 De antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting

Op het moment dat de faciliteit voor de bedrijfsfusie, juridische fusie of juridische splitsing van rechtswege dan wel op verzoek van toepassing is, is de faciliteit alsnog niet van toepassing indien de rechtshandeling in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.<sup>158</sup> Deze anti-ontgaanstoets moet voorkomen dat een belaste transactie wordt omgezet in een onbelaste transactie waardoor de fiscale claim verloren gaat of wordt uitgesteld.<sup>159</sup> Een voorbeeld hiervan is het gefaciliteerd afsplitsen van een vermogensbestanddeel met een stille reserve in een nieuw opgerichte vennootschap, waarna de aandelen in deze vennootschap worden verkocht.<sup>160</sup> De winst behaald bij de verkoop van aandelen is vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. De belaste verkoop van het vermogensbestanddeel zelf is dan omgezet in een vrijgestelde winst. Van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing is in ieder geval sprake indien de fusie of splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden (het eerste bewijsvermoeden). Voor de bedrijfsfusie en juridische splitsing geldt aanvullend een tweede bewijsvermoeden dat zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht, indien de aandelen in de overdrager of overnemer binnen drie jaar worden vervreemd aan een niet verbonden lichaam.<sup>161</sup> Dit tweede bewijsvermoeden geldt niet voor de juridische fusie.

Het eerste bewijsvermoeden zorgt voor een verschuiving van de bewijslast van de inspecteur naar de belastingplichtige. De beoordeling van de zakelijkheid van de motieven vindt plaats vanuit het perspectief van de fuserende of splitsende rechtspersoon.<sup>162</sup> Aandeelhoudersmotieven kunnen niet bijdragen aan de zakelijkheid. Het splitsen van een onderneming in beleggingen en ondernemingsactiviteiten is in de ogen van de regering ingegeven door aandeelhoudersmotieven, zoals het beperken van de aansprakelijkheid.<sup>163</sup> Aandeelhoudersmotieven kunnen echter pas een rol van betekenis spelen wanneer een aandeelhouder of een samenwerkende groep doorslaggevende zeggenschap heeft. In die situatie is de aandeelhouder of de groep in staat een fusie of splitsing door te drukken die niet in het belang van de vennootschap is.<sup>164</sup> Worden de aandelen in de overdragende of overnemende vennootschap vervreemd binnen drie jaar, dan wordt aangenomen dat aandeelhoudersmotieven de doorslag hebben gegeven.<sup>165</sup> Dit tweede bewijsvermoeden komt de facto neer op een vervreemdingsverbod van drie jaar. Bij activering van zowel het eerste als tweede

---

<sup>158</sup> Art. 14 lid 4, art. 14a lid 6 en art. 14b lid 5 Wet VPB 1969.

<sup>159</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 5.

<sup>160</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 5.

<sup>161</sup> Art. 14 lid 4 en art. 14a lid 6 Wet VPB 1969.

<sup>162</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 3 (MvT), p. 7.

<sup>163</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 3 (MvT), p. 7.

<sup>164</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 3 (MvT), p. 7.

<sup>165</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 3 (MvT), p. 7.

bewijsvermoeden geldt dat de belastingplichtige aannemelijk kan maken dat aan de herstructurering of vervreemding van aandelen bedrijfseconomische motieven ten grondslag liggen.<sup>166</sup> Slaagt de belastingplichtige niet in het leveren van tegenbewijs, dan wordt de gehele faciliteit teruggenomen. Nieuweboer wijst daarbij op het feit dat het vervreemden van één aandeel kan leiden tot terugname van de gehele faciliteit.<sup>167</sup> Deze alles of niets benadering is eveneens terug te zien in het verlenen van de faciliteit. Het is niet mogelijk om te opteren voor een gedeeltelijke afrekening en een gedeeltelijke doorschuiving.<sup>168</sup> Teneinde duidelijkheid te geven of een beoogde herstructurering of vervreemding van de aandelen is ingegeven door zakelijke motieven, heeft de wetgever de mogelijkheid opgenomen om zekerheid vooraf te verzoeken.<sup>169</sup> De inspecteur beslist daarop bij voor bezwaar vatbare beschikking.

De antimisbruikbepalingen zijn gebaseerd op art. 15 lid 1 onderdeel a FR. De nationale bepalingen wijken op een aantal onderdelen af van de tekst van de richtlijn. Zo zijn de begrippen belastingfraude of -ontwijking van de richtlijn vertaald naar het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Voor de term activiteiten is in de nationale bepalingen het begrip actieve werkzaamheden gebruikt. Daarnaast is het criterium hoofddoel uit de richtlijn vertaald naar in overwegende mate gericht op. Het begrip zakelijke overwegingen is wel overgenomen uit de richtlijn maar kent een andere inhoudelijke invulling. Tot slot is in de richtlijn geen tweede bewijsvermoeden opgenomen. De verschillen tussen de Fusierichtlijn en de nationale bepalingen worden in paragraaf 4.3 besproken.

### **3.3 Aspecten in de inkomstenbelasting**

#### **3.3.1 Heffing van inkomstenbelasting op hoofdlijnen**

Inkomstenbelasting wordt blijkens art. 1.1 Wet IB 2001 geheven van natuurlijke personen. De heffingsgrondslag waarover van binnenlandse belastingplichtigen belasting wordt geheven, is het verzamelinkomen van art. 2.18 Wet IB 2001. Dit is het gezamenlijke bedrag van het inkomen uit werk en woning (box 1), het inkomen uit aanmerkelijk belang (box 2) en het belastbare inkomen uit sparen en beleggen (box 3). Een voordeel dat onderworpen is aan de inkomstenbelasting kan slechts in één van de boxen worden belast. De toerekening van een inkomensbestanddeel aan een bepaalde box vindt plaats in de volgorde waarin de deze zojuist zijn genoemd.<sup>170</sup> Ten aanzien van heffing in box 2 is van een aanmerkelijk belang is sprake indien een natuurlijk persoon een belang van, kortweg, ten

---

<sup>166</sup> Art. 14 lid 4, art. 14a lid 6 en art. 14b lid 5 Wet VPB 1969.

<sup>167</sup> Nieuweboer 2019, p. 320.

<sup>168</sup> Nieuweboer 2019, p. 271.

<sup>169</sup> Art. 14 lid 8 en 9, art. 14a lid 8 en 9, art. 14b lid 7 Wet VPB 1969.

<sup>170</sup> Art. 2.14 Wet IB 2001.

minste 5% heeft in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.<sup>171</sup> Al het inkomen van vermogensbestanddelen die niet in box 1 of 2 behoren, wordt belast in box 3 als inkomen uit sparen en beleggen.<sup>172</sup> In tegenstelling tot de andere twee boxen wordt het inkomen in box 3 forfaitair belast. Dat wil zeggen dat niet het werkelijke rendement wordt belast. In plaats daarvan wordt het rendement forfaitair bepaald op basis van een percentage van de werkelijke waarde van de vermogensbestanddelen.<sup>173</sup>

### **3.3.2 Fiscale gevolgen van herstructurerings in de inkomstenbelasting**

Voor de inkomstenbelasting kunnen aandelen in een fuserende of splitsende rechtspersoon behoren tot de winstsfeer (box 1), tot een aanmerkelijk belang (box 2) of tot het voordeel uit sparen en beleggen (box 3). Aangezien box 3 een forfaitaire rendementsgrondslag kent, leiden de verschillende herstructurerings niet tot een belastbaar feit. In hoofdstuk vijf van de Wet IB 2001 zijn derhalve geen fiscale faciliteiten opgenomen.

Wanneer aandelen als aanmerkelijk belang kwalificeren, leidt een aandelenfusie tot een reguliere vervreemding van de aandelen op grond van art. 4.12 onderdeel b Wet IB 2001. Het feit dat aandelen worden geruild voor andere aandelen betekent namelijk niet dat de in ruil verkregen nieuwe aandelen dezelfde plaats innemen in het vermogen van de aandeelhouder als de oude aandelen.<sup>174</sup> Bij aandelen die worden vervreemd in het kader van een juridische fusie of juridische splitsing is geen sprake van een reguliere vervreemding aangezien het vermogen van de vennootschap onder algemene titel overgaat op een andere vennootschap.<sup>175</sup> In art. 4.16 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001 is door de wetgever de fictie opgenomen dat het van rechtswege worden van aandeelhouder eveneens leidt tot een vervreemding van de oude aandelen. Behoren de aandelen tot het ondernemingsvermogen, dan wordt de vervreemdingswinst als gevolg van een aandelenfusie tot de belastbare winst uit onderneming gerekend.<sup>176</sup> Ten aanzien van de juridische splitsing en de juridische fusie is, evenals voor het aanmerkelijk belang-regime, een fictieve vervreemding opgenomen in respectievelijk art. 3.56 lid 1 en art. 3.57 lid 1 Wet IB 2001. Zoals in paragraaf 3.2.2 reeds is toegelicht vindt de bedrijfsfusie uitsluitend plaats op het niveau van de fuserende vennootschappen en heeft deze derhalve geen gevolgen voor de aandeelhouders.

---

<sup>171</sup> Art. 4.6 Wet IB 2001. Daarnaast kan sprake zijn van een aanmerkelijk belang op grond van de meesleepregeling (art. 4.7 Wet IB 2001), de meetrekregeling (art. 4.10 Wet IB 2001) of kan sprake zijn van een fictief aanmerkelijk belang (art. 4.11 Wet IB 2001).

<sup>172</sup> Art. 2.14 lid 2 Wet IB 2001.

<sup>173</sup> Art. 5.2 Wet IB 2001 e.v.

<sup>174</sup> HR 28 juni 1989, nr. 25 464, ECLI:NL:HR:1989:ZC4069, r.o. 4.4.

<sup>175</sup> Heithuis, Kavelaars & Schuver 2018, p. 575.

<sup>176</sup> Art. 3.8 Wet IB 2001.

### 3.3.3 Fiscale faciliteiten in de inkomstenbelasting

In hoofdstuk drie en vier van de Wet IB 2001 zijn fiscale faciliteiten opgenomen voor de aandelenfusie, juridische fusie en juridische splitsing. De bepalingen van hoofdstuk drie van de wet vloeien voort uit de Fusierichtlijn. Evenals bij de bepalingen uit de vennootschapsbelasting geldt dat door de uitlating van de Nederlandse regering om binnenlandse en grensoverschrijdende situaties gelijk te behandelen, de Fusierichtlijn onverkort van toepassing is op zuiver binnenlandse situaties.<sup>177</sup> De kern van de bepalingen is dat een belastingplichtige het vervreemdingsvoordeel niet in aanmerking hoeft te nemen bij een kwalificerende aandelenfusie, juridische splitsing of juridische fusie.<sup>178</sup> De faciliteit is daarentegen niet van toepassing op een genoten bijbetaling. Voor de aandelenfusie is deze bijbetaling op grond van art. 3.55 lid 4 onderdeel a Wet IB 2001 gemaximeerd op 10% van de nominale waarde van de uitgereikte aandelen. Wordt dit percentage overschreden, dan is de gehele faciliteit niet van toepassing. De bepalingen voor de juridische fusie en de juridische splitsing kennen geen dergelijke maximering van de bijbetaling, doch hebben het civielrechtelijke vereiste dat de bijbetaling niet meer mag bedragen dan 10% van de nominale waarde van de aandelen.<sup>179</sup> De aandelenfusie kent daarnaast voor binnenlandse en intracommunautaire situaties een aanvullende voorwaarde dat de overnemende vennootschap ten minste de helft van de aandelen verwerft in de overgenomen vennootschap.<sup>180</sup> Op grond van het arrest van de HR van 25 augustus 1993 is voorts vereist dat voor het toepassen van de fiscale faciliteit sprake moet zijn van gelijkwaardigheid van de prestaties.<sup>181</sup> In het besluit van 9 maart 2018 heeft de staatssecretaris goedgekeurd dat, onder bepaalde voorwaarden, een ongelijke prestatie is toegestaan.<sup>182</sup>

De systematiek van de faciliteiten is dat de fiscale boekwaarde of verkrijgingsprijs wordt doorgeschoven.<sup>183</sup> Voor de juridische splitsing geldt de bijzondere regel dat de boekwaarde of verkrijgingsprijs naar evenredigheid wordt doorgeschoven.<sup>184</sup> De boekwaarde of verkrijgingsprijs wordt dan verdeeld naar de verhouding van de waarde in het economisch verkeer van de overgedragen vermogensbestanddelen ten opzichte van het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon.

---

<sup>177</sup> HvJ 17 juli 1997, zaak C-28/95 (Leur-Bloem), r.o. 34.

<sup>178</sup> Respectievelijk art. 3.55 lid 1, art. 3.56 lid 2 en art. 3.57 lid 2 Wet IB 2001.

<sup>179</sup> Respectievelijk art. 2:325 lid 2 BW en art. 2:334x lid 2 BW.

<sup>180</sup> Art. 3.55 lid 2 onderdeel a en b Wet IB 2001. Voor situaties met derde landen geldt dat alle of nagenoeg alle, zijnde meer dan 90%, stemrechten uitgeoefend moeten kunnen worden (lid 2 onderdeel c).

<sup>181</sup> HR 25 augustus 1993, nr. 28 234, ECLI:NL:PHR:1993:BH8514, r.o. 6.6.

<sup>182</sup> Besluit van 9 maart 2018 (Stcrt. 2018, 27139), onderdeel 5.6.

<sup>183</sup> Art. 3.55 lid 6, art. 3.56 lid 3 en art. 3.57 lid 3 Wet IB 2001.

<sup>184</sup> Art. 3.56 lid 5 Wet IB 2001.

De betekenis van de faciliteiten uit hoofdstuk drie van de wet is volgens Heithuis, Kavelaars en Schuver in de regel beperkt tot rechtspersonen, via de schakelbepaling van art. 8 Wet VPB 1969, en aanmerkelijk belanghouders aangezien weinig ondernemers/natuurlijke personen bij dergelijke transacties zijn betrokken.<sup>185</sup> Voor aanmerkelijk belanghouders zijn de fiscale faciliteiten opgenomen in art. 4.41 Wet IB 2001 waarin bepaalde leden van de bepalingen uit hoofdstuk drie van de wet overeenkomstig van toepassing worden verklaard. Een eventueel genoten bijbetaling valt wederom niet onder de fiscale faciliteit.<sup>186</sup> Is voldaan aan de voorwaarden, dan wordt de verkrijgingsprijs doorgeschoven.<sup>187</sup> Bij de juridische splitsing gebeurt dit naar evenredigheid in de verhouding van de waarde in het economisch verkeer van de overgedragen vermogensbestanddelen ten opzichte van het gehele vermogen van de splitsende rechtspersoon.<sup>188</sup> Bij alle doorschuiffaciliteiten geldt dat het ab-regime onverkort van toepassing blijft. Indien niet langer is voldaan aan de criteria voor een aanmerkelijk belang op grond van art. 4.6 tot en met 4.10 Wet IB 2001, ontstaat een fictief aanmerkelijk belang volgens art 4.11 Wet IB 2001.

### **3.3.4 De antimisbruikbepalingen in de inkomstenbelasting**

Indien voldaan is aan alle in de vorige paragraaf genoemde voorwaarden is de fiscale faciliteit voor de aandelenfusie, juridische fusie of juridische splitsing desondanks niet van toepassing indien de rechtshandeling in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.<sup>189</sup> In gelijke zin als de bepalingen uit de vennootschapsbelasting wordt de rechtshandeling geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien deze niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Deze antimisbruikbepaling kent haar grondslag in art. 15 FR en is daarmee identiek aan die van de vennootschapsbelasting. Voor de inhoudelijke bespreking wordt derhalve op deze plek volstaan met een verwijzing naar hetgeen in paragraaf 3.2.4 is opgemerkt. In tegenstelling tot de vennootschapsbelasting kent geen van de faciliteiten een tweede bewijsvermoeden inzake de vervreemding van de aandelen in de overdragende of verkrijgende vennootschap. Een belastingplichtige die zekerheid vooraf wenst omtrent de vraag of een fusie of splitsing in overwegende mate gericht is op het ontgaan van belastingheffing kan daarvoor een verzoek indienen bij de inspecteur.<sup>190</sup>

---

<sup>185</sup> Heithuis, Kavelaars & Schuver 2018, p. 223.

<sup>186</sup> Art. 4.41 lid 4 Wet IB 2001.

<sup>187</sup> Art. 4.42 Wet IB 2001.

<sup>188</sup> Art. 4.42 lid 2 jo. art. 3.56 lid 5 Wet IB 2001.

<sup>189</sup> Art. 3.55 lid 4 onderdeel b, art. 3.56 lid 4 jo. art. 4.41 lid 2, art. 3.57 lid 4 jo. art. 4.41 lid 3 Wet IB 2001.

<sup>190</sup> Art. 3.55 lid 7, art. 3.56 lid 7 en art. 3.57 lid 7 Wet IB 2001.

### 3.4 Aspecten in de overdrachtsbelasting

#### 3.4.1 Heffing van overdrachtsbelasting op hoofdlijnen

De overdrachtsbelasting wordt op grond van art. 2 Wet BRV 1970 geheven ter zake van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen. Onder verkrijging wordt zowel de juridische als economische verkrijging verstaan.<sup>191</sup> Voor het begrip onroerende zaak gelden volgens Gassler, Van Kempen en Laren in beginsel de privaatrechtelijke regels.<sup>192</sup> Volgens art. 3:3 lid 1 BW zijn dit gebouwen, grond en werken die duurzaam met de grond verenigd zijn. In art. 4 Wet BRV 1970 wordt het begrip onroerende zaak uitgebreid met aandelen in een onroerendezaakrechtspersoon (hierna: OZR), zogeheten fictieve onroerende zaken. De verkrijger dient daarbij een belang van ten minste een derde in een OZR te verkrijgen of uit te breiden.<sup>193</sup> Dit betreft aandelen in een rechtspersoon waarvan de bezittingen op het tijdstip van de verkrijging of in het voorafgaande jaar grotendeels bestaan uit onroerende zaken.<sup>194</sup> Deze bezittingen moeten voor ten minste 30% bestaan uit in Nederland gelegen onroerende zaken, mits de onroerende zaken geheel of hoofdzakelijk dienstbaar zijn aan het verkrijgen, vervreemden of exploiteren van die onroerende zaken. Het hoofdzakelijk gebruiken van het onroerend goed binnen het eigen bedrijf valt daar niet onder.<sup>195</sup> Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer een moedervenootschap de onroerende zaken uitsluitend aan een dochter verhuurt.<sup>196</sup> De overdrachtsbelasting is verschuldigd op het moment van verkrijging en vormt daarmee een tijdstipbelasting. De belasting wordt geheven van de verkrijger.<sup>197</sup> Op grond van het privaatrecht kunnen dit enkel natuurlijke personen en rechtspersonen zijn. De maatstaf van heffing is de waarde in het economische verkeer van het verkregen onroerend goed, doch ten minste de tegenprestatie.<sup>198</sup>

#### 3.4.2 Fiscale gevolgen van herstructurerings in de overdrachtsbelasting

Hoewel bij een aandelenfusie aandelen worden verkregen, kan desalniettemin overdrachtsbelasting verschuldigd zijn indien de vennootschap waarvan de aandelen worden verkregen kwalificeert als een onroerendezaakrechtspersoon. Bij de bedrijfsfusie worden eveneens aandelen verkregen door de inbrenger. Hierdoor kan sprake zijn van twee belastbare feiten. De verkrijgende vennootschap is overdrachtsbelasting verschuldigd over de verkregen onroerende zaken. Daarnaast kan de inbrenger

---

<sup>191</sup> Art. 2 lid 2 Wet BRV 1970.

<sup>192</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 11

<sup>193</sup> Art. 4 lid 3 onderdeel a en b Wet BRV 1970.

<sup>194</sup> Art. 4 lid 1 onderdeel a Wet BRV 1970.

<sup>195</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 63.

<sup>196</sup> HR 6 november 1985, nr. 22 834, ECLI:NL:PHR:1985:AW8164.

<sup>197</sup> Art. 16 Wet BRV 1970.

<sup>198</sup> Art. 9 lid 1 onderdeel a jo. art. 52 Wet BRV 1970.

overdrachtsbelasting verschuldigd zijn over de waarde van de aandelen indien de verkrijgende rechtspersoon reeds voor de overdracht kwalificeert als een onroerendezaakrechtspersoon, mits de inbrenger een belang van ten minste een derde verkrijgt of uitbreidt. Bij de juridische fusie en de juridische splitsing worden de vermogensbestanddelen, waaronder het onroerend goed, onder algemene titel verkregen. Bij de heffing van overdrachtsbelasting maakt het echter niet uit of het vermogen onder bijzondere of algemene titel wordt verkregen.<sup>199</sup> Voor de juridische fusie en juridische splitsing zijn in dat opzicht geen fictieve verkrijgingen opgenomen zoals in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting wel het geval is. Indien bij een juridische fusie of splitsing aandelen in een OZR worden verkregen, is wederom sprake van twee belastbare feiten voor de overdrachtsbelasting.

### **3.4.3 Fiscale faciliteiten in de overdrachtsbelasting**

Interne reorganisaties kunnen zonder heffing van overdrachtsbelasting plaatsvinden door middel van de vrijstelling van art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV 1970. Op grond van deze bepaling zijn verkrijgingen in het kader van fusies, splitsingen en interne reorganisaties vrijgesteld van belastingheffing. De achterliggende gedachte bij deze vrijstellingen is om de overdrachtsbelasting geen hinderpaal te laten zijn bij de positionering van onroerend goed binnen een concern.<sup>200</sup> Deze vrijstelling is nader uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit en onderverdeeld in specifieke vrijstellingen in het kader van een juridische fusie, bedrijfsfusie of juridische splitsing.<sup>201</sup> Daarnaast kent de overdrachtsbelasting een afzonderlijke faciliteit voor interne reorganisaties in art. 5b Uitv.besl. Wet BRV 1971.<sup>202</sup> De overdrachtsbelasting kent geen aparte faciliteit voor een aandelenfusie. Wanneer aandelen in een OZR worden verkregen, moet derhalve een beroep worden gedaan op een van de andere vrijstellingen.

Van een bedrijfsfusie is sprake indien een vennootschap een gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan verkrijgt tegen uitreiking van eigen aandelen.<sup>203</sup> Gelet op het feit dat deze definitie gelijkloend is aan de bepalingen uit de inkomsten- en vennootschapsbelasting ligt het voor de hand om aan te sluiten bij het materiële ondernemersbegrip uit de inkomstenbelasting. Gassler, Van Kempen en Laren merken echter op dat enige terughoudendheid daarbij is geboden aangezien het karakter van de overdrachtsbelasting verschilt met dat van de inkomsten- en vennootschapsbelasting.<sup>204</sup> In het arrest van 19 december 1990 oordeelde de HR bijvoorbeeld dat voor de, inmiddels afgeschafte, kapitaalbelasting het materiële ondernemersbegrip niet geldt voor de

---

<sup>199</sup> *Kamerstukken II 1995/96*, 24 702, nr. 3 (MvT), p. 28.

<sup>200</sup> Besluit van 15 december 2005 (Stb. 2005, 668), p. 5.

<sup>201</sup> Art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV 1970 jo. art. 5bis, art. 5a en art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>202</sup> De ANBI-vrijstelling van art. 5d Uitv.besl. Wet BRV 1971 zal niet worden besproken.

<sup>203</sup> Art. 5a lid 1 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>204</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 179.

toepassing van de fusie- en reorganisatieregeling.<sup>205</sup> In die zin dient volgens Gassler, Van Kempen en Laren sprake te zijn van een organisatie van kapitaal en arbeid, maar is deelname aan het economisch verkeer niet vereist.<sup>206</sup> Het gevolg hiervan is dat een beroep op de vrijstelling eveneens mogelijk is voor een concernvennootschap die uitsluitend activiteiten verricht binnen het concern. Voor toepassing van de bedrijfsfusievrijstelling is daarnaast vereist dat een bijbetaling bij de uitreiking van aandelen ten hoogste 10% van hetgeen op de aandelen is gestort mag bedragen.<sup>207</sup>

De vrijstelling voor de juridische splitsing kent geen aanvullende vereisten inzake de overdracht of tegenprestatie. De juridische fusievrijstelling kent eveneens geen dergelijke vereisten, hoewel toepassing van de vrijstelling niet mogelijk is indien een beroep op de interne reorganisatievrijstelling mogelijk is.<sup>208</sup> De interne reorganisatievrijstelling van art. 5b Uitv.besl. Wet BRV 1971 stelt verkrijgingen van onroerende zaken binnen het concern vrij. Het is daarbij niet van belang onder welke titel het onroerend goed is verkregen.<sup>209</sup> Van een concern is sprake wanneer de topvennootschap een belang van 90% of meer heeft in een andere vennootschap.<sup>210</sup>

Zoals in de vorige paragraaf is opgemerkt, kan een interne reorganisatie twee belastbare feiten voor de overdrachtsbelasting tot gevolg hebben. Bij de verkrijging van het onroerend goed zijn de faciliteiten zonder meer van toepassing.<sup>211</sup> Voor de verkrijging van aandelen in een OZR ligt dat anders. Voor de toepassing van de interne reorganisatievrijstelling worden aandelen in een OZR expliciet gelijkgesteld met de onroerende zaken.<sup>212</sup> Hetzelfde geldt ten aanzien van de juridische fusievrijstelling.<sup>213</sup> De bedrijfsfusievrijstelling en de juridische splitsingsvrijstelling kennen een dergelijke gelijkschakeling niet. Desondanks kan volgens Gassler, Van Kempen en Laren voor de verkrijging van de aandelen eveneens een beroep worden gedaan op de vrijstellingen van art. 5a Uitv.besl. Wet BRV 1971.<sup>214</sup> De staatssecretaris heeft echter ten aanzien van de juridische splitsingsvrijstelling expliciet aangegeven dat deze niet van toepassing is op de verkrijging van aandelen in een OZR.<sup>215</sup> Volgens Elink Schuurman is dit standpunt onjuist aangezien de toekenning van

---

<sup>205</sup> HR 19 december 1990, nr. 26 536, ECLI:NL:HR:1990:ZC4489.

<sup>206</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 180.

<sup>207</sup> Art. 5a lid 2 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>208</sup> Art. 5bis lid 1 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>209</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 195.

<sup>210</sup> Art. 5bis lid 2 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>211</sup> Art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV 1970.

<sup>212</sup> Art. 5b lid 10 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>213</sup> Art. 5bis lid 7 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>214</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 179.

<sup>215</sup> Besluit 25 mei 2018 (Stcrt. 2018, 50125).



aandelen een onlosmakelijk geheel vormt met de splitsing.<sup>216</sup> De formulering ‘vrijstelling wegens splitsing is van toepassing wanneer sprake is van overgang van vermogen onder algemene titel’ lijkt bovendien naar zijn mening geen beperking op te leggen aan de groep van belastingplichtigen die een beroep kunnen doen op de vrijstelling.<sup>217</sup> Robben leidt daarentegen uit de parlementaire geschiedenis af dat de splitsingsvrijstelling enkel is bedoeld voor de verkrijgende rechtspersoon.<sup>218</sup> Bezien vanuit de doelstelling van de splitsingsvrijstelling en consistentie met de andere vrijstelling voor herstructurerings is het in mijn optiek wenselijk om toepassing van de splitsingsvrijstelling toe te staan bij de verkrijging van aandelen in een OZR.

#### **3.4.4 De antimisbruikbepalingen in de overdrachtsbelasting**

Om oneigenlijk gebruik van de fiscale vrijstellingen te voorkomen, zijn in de bepalingen voor de bedrijfsfusie, de interne reorganisatie, de juridische splitsing en de juridische fusie antimisbruikbepalingen opgenomen. De invulling van deze bepalingen is voor elke faciliteit verschillend waardoor deze afzonderlijk worden besproken.

##### *3.4.4.1 Antimisbruikbepalingen in de bedrijfsfusievrijstelling*

Om oneigenlijk gebruik van de bedrijfsfusievrijstelling te voorkomen zijn in art. 5a Uitv.besl. Wet BRV 1971 twee antimisbruikbepalingen opgenomen: het vervreemdingsverbod van lid 3 en de voortzettingseis van lid 4. Het vervreemdingsverbod houdt in dat de inbrenger de aandelen in de verkrijgende vennootschap voor een periode van drie jaar niet mag vervreemden. Vervreemdt de inbrenger een of meer aandelen in de verkrijgende vennootschap, dan wordt de ter zake van de fusie niet geheven belasting alsnog verschuldigd. In eerste instantie lijkt deze systematiek onrechtvaardig uit te pakken omdat de verschuldigde belasting door de verkrijger afhankelijk is van het handelen van de inbrenger. Doordat de verschuldigde belasting bij de verkrijger leidt tot een waardedrukkend effect op de aandelen kan deze systematiek volgens Gassler, Van Kempen en Laren evenwel worden gerechtvaardigd.<sup>219</sup> Het vervreemdingsverbod is geen weerlegbaar bewijsvermoeden zoals bijvoorbeeld in de vennootschapsbelasting geldt. Dit betekent dat elke vervreemding van aandelen leidt tot terugname van de vrijstelling. De eventuele zakelijke redenen die aan de transactie ten grondslag liggen doen daar niets aan af. Een uitzondering op het vervreemdingsverbod geldt indien de vervreemding plaatsvindt in het kader van een interne reorganisatie, juridische splitsing of ingeval ten

---

<sup>216</sup> Elink Schuurman, *WPNR* 2015/7060, par. 4.1.

<sup>217</sup> In de vennootschapsbelasting is dit bijvoorbeeld wel het geval aangezien art. 14a lid 1 Wet VPB 1969 uitdrukkelijk ziet op belastingplichtigen wiens vermogen onder algemene titel overgaat.

<sup>218</sup> Robben 2006, par. 5.9.2.

<sup>219</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 183.

minste 75% van de verkregen aandelen worden ingebracht in een andere vennootschap.<sup>220</sup> Bij laatstgenoemde uitzondering is met zo veel woorden sprake van een aandelenfusie. Een bijbetaling van ten hoogste 10% van de nominale waarde van de aandelen is daarbij toegestaan. In alle uitzonderingen van lid 5 geldt dat de toegekende aandelen in de plaats komen van de vervreemde aandelen. De resterende termijn van het vervreemdingsverbod wordt in dat geval doorgeschoven.<sup>221</sup>

Naast het vervreemdingsverbod is voorts vereist dat de verkrijgende vennootschap de ingebrachte onderneming voor ten minste drie jaar voortzet.<sup>222</sup> De voortzettingseis is niet van toepassing wanneer de onderneming wordt vervreemd in het kader van een bedrijfsfusie, interne reorganisatie of juridische splitsing.<sup>223</sup> Van een doorschuiving van de resterende voortzettingstermijn is geen sprake.<sup>224</sup> Zowel in lid 5 als in lid 6 ontbreekt overigens een verwijzing naar de juridische fusie. Een vervreemding van de aandelen of de onderneming in het kader van een juridische fusie kan derhalve leiden tot terugname van de bedrijfsfusievrijstelling indien geen beroep kan worden gedaan op een van de andere vrijstellingen.

#### *3.4.4.2 Antimisbruikbepalingen in de interne reorganisatievrijstelling*

De interne reorganisatievrijstelling kent evenals de bedrijfsfusievrijstelling een aanhoudingseis en een vervreemdingsverbod. Op grond van art. 5b lid 3 onderdeel a Uitv.besl. Wet BRV 1971 is de niet geheven belasting alsnog verschuldigd indien de eerste vennootschap die een belang van 90% of meer heeft in zowel de overdrager als de verkrijger, dat belang laat afnemen tot minder dan 90% binnen drie jaar na de interne reorganisatie. De eerste vennootschap is niet per definitie de topvennootschap van het concern. Indien geen eerste vennootschap valt aan te wijzen, geldt de driejaarstermijn van lid 3 onderdeel b. De overdragende vennootschap dient gedurende drie jaar een belang van meer dan 90% in de verkrijgende vennootschap aan te houden.

Op de aanhoudingseis bestaan een aantal uitzonderingen. Allereerst is het mogelijk dat een vennootschap die een belang van 90% of meer heeft in de zogeheten eerste vennootschap in de plaats van deze vennootschap treedt.<sup>225</sup> Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer de verkrijgende vennootschap binnen het concern wordt verhangen. De aanhoudingseis wordt dan verlegd.<sup>226</sup> Daarnaast geldt bij een interne reorganisatie van onderaf, waarbij onroerend goed wordt

---

<sup>220</sup> Art. 5a lid 5 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>221</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 183.

<sup>222</sup> Art. 5a lid 4 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>223</sup> Art. 5a lid 6 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>224</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 184.

<sup>225</sup> Art. 5b lid 3 onderdeel a slot Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>226</sup> Rozendal, *FBN* 2013/10, par. 3.5.1.

overgedragen aan een vennootschap die een belang van 90% of meer heeft in de overdrager, geen aanhoudingseis.<sup>227</sup> Tot slot bepaalt lid 6 van art. 5b Uitv.besl. Wet BRV 1971 dat de aanhoudingseis niet langer van toepassing is wanneer het onroerend goed niet meer in bezit is van de verkrijgende vennootschap. Op deze bepaling bestaan drie uitzonderingen:

- in het geval onroerende zaken zijn overgedragen aan een vennootschap binnen het concern zonder toepassing van de interne reorganisatievrijstelling (onderdeel a);
- de onroerende zaken zijn overgedragen aan een vennootschap die een belang heeft van ten minste 90% in de overdrager (onderdeel b);
- de onroerende zaken zijn overgedragen aan een vennootschap buiten het concern, waarbij geen overdrachtsbelasting verschuldigd was (onderdeel c).

Om te voorkomen dat de interne reorganisatievrijstelling wordt gebruikt voor het onbelast aankopen van onroerend goed is in art. 5b lid 4 Uitv.besl. Wet BRV 1971 een voortzettingseis opgenomen. Op het moment dat een vennootschap tot het concern gaat behoren waarna de onroerende zaken binnen het concern zonder belastingheffing worden overgedragen, dient de overdragende vennootschap haar activiteiten gedurende drie jaar binnen het concern voort te zetten.

#### *3.4.4.3 Antimisbruikbepalingen in de juridische splitsingsvrijstelling*

De juridische splitsingsvrijstelling is blijkens art. 5c lid 1 Uitv.besl. Wet BRV 1971 niet van toepassing in het geval dat de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Een splitsing die niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden wordt geacht niet aan dat vereiste te hebben voldaan. Zakelijke overwegingen worden, behoudens tegenbewijs, niet aanwezig geacht wanneer de aandelen in de splitsende of verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar worden vervreemd aan een niet verbonden lichaam.<sup>228</sup> Deze antimisbruikbepaling is tekstueel identiek aan de bepalingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting.<sup>229</sup> Volgens de staatssecretaris van Financiën is expliciet aansluiting gezocht bij de bepaling in de vennootschapsbelasting.<sup>230</sup> De reikwijdte van de bepalingen is daardoor in zijn optiek identiek. In het geval dat voor de vennootschapsbelasting, met inbegrip van de overdrachtsbelastingaspecten, is vastgesteld dat zakelijke motieven aanwezig zijn, dan zal dit eveneens het geval zijn voor de overdrachtsbelasting.<sup>231</sup> Door deze uitlating heeft de HR

---

<sup>227</sup> Art. 5b lid 5 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>228</sup> Art. 5a lid 1 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>229</sup> Vergelijk art. 3.56 lid 4 Wet IB 2001 en art. 14a lid 6 Wet VPB 1969.

<sup>230</sup> Besluit van 15 december 2005 (Stb. 2005, 668), p. 8.

<sup>231</sup> Besluit van 15 december 2005 (Stb. 2005, 668), p. 8.

geoordeeld dat voor de uitleg van de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling aansluiting moet worden gezocht bij de voorwaarden in de vennootschapsbelasting.<sup>232</sup> Voor de overige vrijstellingen in de overdrachtsbelasting is van een dergelijke aansluiting geen sprake.

#### *3.4.4.4 Antimisbruikbepalingen in de juridische fusievrijstelling*

De juridische fusievrijstelling van art. 5bis Uitv.besl. Wet BRV 1971 kent in lid 1 twee beperkende voorwaarden. Ten eerste is een beroep op de vrijstelling niet mogelijk in het geval een beroep kan worden gedaan op de interne reorganisatievrijstelling van art. 5b Uitv.besl. Wet BRV 1971. Ten tweede dient de fusie hoofdzakelijk plaats te vinden op grond van zakelijke overwegingen. Deze toets wijkt af van de antimisbruikbepaling in de inkomsten- en vennootschapsbelasting waarbij de rechtshandeling niet in overwegende mate gericht mag zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Volgens de staatssecretaris wordt onder 'hoofdzakelijk zakelijke overwegingen' verstaan herstructurering of rationalisering van de werkzaamheden met als doel om de productiviteit te vergroten of het verbeteren van de economische of maatschappelijke prestaties van de betrokken rechtspersonen.<sup>233</sup> In dat opzicht moet de juridische fusie leiden tot substantiële schaalvoordelen of synergie effecten.<sup>234</sup> Het uitsluitend opteren voor een juridische fusie vanwege de eenvoudigere civielrechtelijke procedure is geen zakelijke overweging.

De juridische fusievrijstelling kent geen integraal vervreemdingsverbod van de aandelen. Een integrale aanhoudingseis vormt in de ogen van de staatssecretaris een ongewenste belemmering voor een juridische fusie.<sup>235</sup> Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een juridische fusie tussen beursvennootschappen waarbij de aandeelhouders veelal onbekend zijn. In plaats daarvan geldt het vervreemdingsverbod alleen wanneer bij de juridische fusie een OZR betrokken is, dan wel als gevolg van de juridische fusie ontstaat. In art. 5bis lid 2 Uitv.besl. Wet BRV 1971 zijn vier gevallen opgesomd waarbij aanhouding van de aandelen vereist is:

- de aandeelhouder met een belang van 1/3 of meer in de verdwijnende OZR verkrijgt geen soortgelijk belang in de verkrijgende rechtspersoon, dan wel dat soortgelijke belang binnen drie jaar geheel of ten dele vervreemdt (onderdeel a);
- de aandeelhouder met een belang van 1/3 of meer in de verkrijgende OZR het gehele of een gedeelte van het belang binnen drie jaar vervreemdt (onderdeel b);

---

<sup>232</sup> HR 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297, r.o. 2.3.5.

<sup>233</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 58-59.

<sup>234</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 59.

<sup>235</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 60.

- de aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap verkrijgt een belang van 1/3 of meer in vennootschap die als gevolg van de fusie kwalificeert als een OZR en vervreemdt dat belang geheel of ten dele binnen drie jaar (onderdeel c);
- de aandeelhouder van de verkrijgende rechtspersoon verkrijgt een belang van 1/3 of meer in een vennootschap die als gevolg van de fusie kwalificeert als OZR en vervreemdt dat belang geheel of ten dele binnen drie jaar (onderdeel d).

Naast de aanhoudingseis kent de juridische fusievrijstelling, in overeenstemming met de bedrijfsfusievrijstelling, een algemene voortzettingseis. De ter zake van de juridische fusie niet geheven belasting is alsnog verschuldigd indien de verkrijgende rechtspersoon de gefuseerde activiteiten niet gedurende drie jaar na de fusie haar geheel voortzet.<sup>236</sup>

De aanhoudingseis van lid 2 wordt doorgeschoven bij een opvolgende vrijstelling in het kader van een geruisloze terugkeer, juridische fusie, bedrijfsfusie, interne reorganisatie, splitsing of aandelenfusie.<sup>237</sup> Ten aanzien van de aandelenfusie geldt dat ten minste 75% van de aandelen moet worden verkregen met een maximale bijbetaling van 10% van hetgeen op de aandelen is gestort. De voortzettingseis van lid 3 wordt eveneens doorgeschoven bij een opvolgende vrijstelling in het kader van de bovengenoemde verkrijgingen.<sup>238</sup> Tot slot is op grond van art. 5bis lid 6 Uitv.besl. Wet BRV 1971 de doorschuifmogelijkheid van lid 2 en 3 niet van toepassing ingeval de opvolgende gebeurtenis in samenhang met de juridische fusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan van belastingheffing. De staatssecretaris poogt daarmee te voorkomen dat door een opeenstapeling van faciliteiten naar de letter van de wet de faciliteiten van toepassing zijn, doch dat dit leidt tot oneigenlijk gebruik van de juridische fusievrijstelling.<sup>239</sup>

### 3.5 Deelconclusie

In hoofdstuk twee zijn de bedrijfseconomische en civielrechtelijke aspecten besproken die aan een interne reorganisatie ten grondslag liggen. In onderhavig hoofdstuk zijn de fiscale aspecten besproken. Hierdoor is in kaart gebracht welke overwegingen een rol spelen voor de invoering van fiscale faciliteiten en vrijstellingen (de eerste deelvraag) en wat de verschillen zijn tussen deze bepalingen (de tweede deelvraag). Aan de hand van de eerste en tweede deelvraag worden de bevindingen uit dit hoofdstuk samengevat.

<sup>236</sup> Art. 5bis lid 3 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>237</sup> Art. 5bis lid 4 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>238</sup> Art. 5bis lid 5 Uitv.besl. Wet BRV 1971.

<sup>239</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 67.

*1. Wat zijn de overwegingen voor de invoering van een fiscale vrijstelling voor fusies en splitsingen in de verschillende belastingwetten?*

Door een verplichte afrekening over de fiscale claim of door de heffing van overdrachtsbelasting kunnen door een herstructurering liquiditeitsproblemen ontstaan. Teneinde bedrijfseconomisch wenselijke herstructureringen fiscaal niet te belemmeren zijn door de wetgever in de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en overdrachtsbelasting diverse faciliteiten opgenomen waardoor een herstructurering zonder belastingheffing kan plaatsvinden. De faciliteiten voor de aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische splitsing in de inkomsten- en vennootschapsbelasting zijn gebaseerd op de Fusierichtlijn. In de inkomsten- en vennootschapsbelasting bestaat derhalve een EU-rechtelijke verplichting om grensoverschrijdende fusies en splitsingen fiscaal te faciliteren. Door de uitlating van de Nederlandse regering om grensoverschrijdende en binnenlandse herstructureringen gelijk te behandelen, is de Fusierichtlijn eveneens van toepassing op zuiver binnenlandse situaties.

*2. Wat zijn de verschillen en overeenkomsten tussen de fiscale faciliteiten en vrijstellingen voor fusies en splitsingen tussen de verschillende belastingwetten?*

Het centrale kenmerk van de faciliteiten van de bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische splitsing in de vennootschapsbelasting is dat de overdrager de winst behaalt bij de fusie of splitsing niet in aanmerking hoeft te nemen. Is aan alle gestelde voorwaarden voldaan, dan zijn de faciliteiten van rechtswege van toepassing en treedt de overnemer fiscaal in de plaats van de overdrager. Indien niet aan alle vereisten is voldaan kunnen de faciliteiten enkel op verzoek en onder nadere voorwaarden worden toegepast. Op aandeelhoudersniveau wordt bij een kwalificerende aandelenfusie, juridische fusie of juridische splitsingen in de inkomstenbelasting het vervreemdingsvoordeel op de aandelen niet in aanmerking genomen. De fiscale verkrijgingsprijs wordt doorgeschoven naar de nieuwe aandelen. Wordt ter zake van een herstructurering onroerend goed overgedragen, dan kan een beroep worden gedaan op de fiscale vrijstellingen in de overdrachtsbelasting. Naast de vrijstelling voor de bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische splitsing omvat de overdrachtsbelasting eveneens een specifieke interne reorganisatievrijstelling.

Om oneigenlijk gebruik van de faciliteiten te voorkomen zijn diverse antimisbruikbepalingen opgenomen. Deze bepalingen zijn voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting wederom gebaseerd op de Fusierichtlijn. De faciliteiten worden niet verleend indien de rechtshandeling in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Volgens het eerste bewijsvermoeden wordt de rechtshandeling geacht in overwegende te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de interne reorganisatie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen.

De bedrijfsfusie- en splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting kennen daarnaast een tweede bewijsvermoeden. Indien de aandelen in de verkrijgende of overdragende rechtspersoon binnen drie jaar na de rechtshandeling worden vervreemd, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht. Een overzicht van de antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting zijn opgenomen in respectievelijk tabel 2 en tabel 3.

De vrijstellingen in de overdrachtsbelasting kennen elk een andere antimisbruikbepaling. Voor de bedrijfsfusievrijstelling geldt een vervreemdingsverbod op de aandelen en een voortzettingseis van de overgedragen onderneming van drie jaar. De interne reorganisatievrijstelling kent eveneens een aanhoudingseis voor de eerste vennootschap die een belang van 90% of meer heeft in zowel de overdragende als verkrijgende rechtspersoon. Daarnaast geldt een voortzettingseis voor de activiteiten van een vennootschap die tot het concern gaat behoren waarna de onroerende zaken binnen het concern zonder belastingheffing worden overgedragen. De antimisbruikbepaling voor de juridische splitsingsvrijstelling sluit tekstueel aan op de bepaling in de vennootschapsbelasting. Hierbij is sprake van zowel het eerste als tweede bewijsvermoeden. De juridische fusievrijstelling hanteert daarentegen een afwijkende toets waarin is bepaald dat de fusie plaats dient te vinden op grond van hoofdzakelijk zakelijke overwegingen. In plaats van een tweede bewijsvermoeden is sprake van een vervreemdingsverbod, dat alleen van toepassing is indien bij een juridische fusie een OZR betrokken is dan wel als gevolg daarvan ontstaat. Een overzicht van de antimisbruikbepalingen in de overdrachtsbelasting zijn opgenomen in tabel 4.

Tabel 2 Overzicht antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting

	<i>Bedrijfsfusie (art. 14)</i>	<i>Juridische splitsing (art. 14a)</i>	<i>Juridische fusie (art. 14b)</i>
Antimisbruiktoets	Niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing	Niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing	Niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing
Motief	Zakelijke overwegingen	Zakelijke overwegingen	Zakelijke overwegingen
Vervreemding van aandelen in overdrager en/of verkrijger	Geen zakelijke overwegingen aanwezig geacht bij vervreemding binnen drie jaar	Geen zakelijke overwegingen aanwezig geacht bij vervreemding binnen drie jaar	Geen beperkende voorwaarden
Tegenbewijs	Mogelijk	Mogelijk	Mogelijk
Zekerheid vooraf	Mogelijk	Mogelijk	Mogelijk

Tabel 3 Overzicht antimisbruikbepalingen in de inkomstenbelasting

	<i>Aandelenfusie (art. 3.55)</i>	<i>Juridische splitsing (art. 3.56)</i>	<i>Juridische fusie (art. 3.57)</i>
Antimisbruiktoets	Niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing	Niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing	Niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing
Motief	Zakelijke overwegingen	Zakelijke overwegingen	Zakelijke overwegingen
Vervreemding van aandelen in overdrager en/of verkrijger	Geen beperkende voorwaarden	Geen beperkende voorwaarden	Geen beperkende voorwaarden
Tegenbewijs	Mogelijk	Mogelijk	Mogelijk
Zekerheid vooraf	Mogelijk	Mogelijk	Mogelijk



Tabel 4 Overzicht antimisbruikbepalingen in de overdrachtsbelasting

	<i>Bedrijfsfusie (art. 5a)</i>	<i>Juridische splitsing (art. 5c)</i>	<i>Juridische fusie (art. 5bis)</i>	<i>Interne reorganisatie (art. 5b)</i>
Antimisbruiktoets	Aanhoudingseis en voortzettingseis	Niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing	Hoofdzakelijk zakelijke overwegingen	Aanhoudingseis en voortzettingseis
Motief	Niet van belang	Zakelijke overwegingen	Zakelijke overwegingen	Niet van belang
Vervreemding van aandelen in overdrager en/of verkrijger	Aanhoudingseis van drie jaar	Geen zakelijke overwegingen aanwezig geacht bij vervreemding binnen drie jaar	Aanhoudingseis van drie jaar, alleen voor aandelen in OZR	Aanhoudingseis van drie jaar
Vereisten ten aanzien van activiteiten	Voortzettingseis van drie jaar op overgedragen activiteiten	Geen vereisten	Voortzettingseis van drie jaar op gefuseerde activiteiten	Voortzettingseis van drie jaar t.a.v. activiteiten van aan het concern toegevoegde vennootschap
Tegenbewijs	Niet mogelijk, wel uitzonderingen op aanhouding- en voortzettingseis	Mogelijk	Niet mogelijk, wel uitzonderingen op aanhouding- en voortzettingseis	Niet mogelijk, wel uitzonderingen op aanhoudingseis
Zekerheid vooraf	Niet mogelijk	Niet mogelijk	Niet mogelijk	Niet mogelijk

## **4. Discrepancies in the anti-abuse provisions**

### **4.1 Introduction**

In het voorgaande hoofdstuk is geconstateerd dat tussen de anti-abuseprovisies voor fusies en splitsingen in de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en overdrachtsbelasting diverse verschillen bestaan. De faciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, alsmede de juridische splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting hebben een zogeheten anti-ontgaanstoets. In de overdrachtsbelasting heeft echter de juridische fusievrijstelling een zakelijkheidstoets en de bedrijfsfusievrijstelling een aanhoudings- en voortzettingseis. In dit hoofdstuk wordt onderzocht of het bestaan van deze discrepanties aanvaardbaar is. Allereerst wordt ingegaan op de legitimiteit van een anti-abuseprovisie. Hierdoor wordt vastgesteld wat de rechtvaardigingsgrond is voor het invoeren van een anti-abuseprovisie en of voor het bestaan van de geconstateerde discrepanties een gegronde reden bestaat. Vervolgens wordt aan de hand van de criteria van rechtmatigheid, doeltreffendheid, doelmatigheid en eenvoud getoetst in hoeverre de verschillen aanvaardbaar zijn. Hiervoor wordt eerst getoetst in welke mate de anti-abuseprovisies op zichzelf beschouwd voldoen aan deze criteria. Het is immers mogelijk dat de verschillen tussen de belastingwetten of de verschillen tussen herstructureringsvormen nopen tot het hanteren van andere toetsen. Het is daarbij wel van belang dat deze toetsen zelfstandig gezien geschikt zijn om oneigenlijk gebruik van de faciliteit of vrijstelling te voorkomen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en een conclusie waarbij antwoord wordt gegeven op de derde deelvraag.

### **4.2 Legitimiteit van de anti-abuseprovisies**

In het kader van legitimiteit staat de vraag centraal wat de rechtvaardigingsgrond van een wettelijke bepaling is. Uit de Nota Zicht op Wetgeving blijkt dat het allereerst van belang is dat overheidshandelen zinvol is.<sup>240</sup> Bij de keuze voor of inrichting van een wet kan de overheid mistasten waardoor niet het beoogde resultaat wordt bereikt. Het is volgens de nota daarom van belang dat wordt gezocht naar alternatieven die zo goed mogelijk aansluiten bij de processen in de samenleving.<sup>241</sup> Broeksteeg e.a. merken in dat kader op dat regelgeving noodzakelijk behoort te zijn.<sup>242</sup> Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat kan worden volstaan met reeds bestaande instrumenten. Regelverdichting kan bijdragen aan het gebrek aan kenbaarheid van de regelgeving of leidt mogelijk tot lagere doeltreffendheid, lagere doelmatigheid of problemen in de uitvoering en handhaving.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 7.*

<sup>241</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 8.*

<sup>242</sup> Broekers e.a. 2005, p. 290.

<sup>243</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 16.*

#### 4.2.1 Misbruiksituaties bij fusies en splitsingen

De antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen moeten voorkomen dat oneigenlijk gebruik wordt gemaakt de faciliteit of vrijstelling. In de anti-ontgaanstoets houdt dit in dat een herstructurering niet in overwegende mate mag zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat van het ontgaan van belastingheffing sprake is wanneer als gevolg van de transactie de fiscale claim geheel of gedeeltelijk verloren gaat.<sup>244</sup> Van uitstel is sprake indien een samenstel van rechtshandelingen is gericht op het uitstellen van een min of meer acute fiscale verplichting.

Uitstel van heffing kan bijvoorbeeld plaatsvinden door een in beginsel belaste vervreemding van een activum met een stille reserve, zoals een onroerende zaak, te transformeren in een onbelaste vervreemding van aandelen onder de deelnemingsvrijstelling door middel van een afsplitsing.<sup>245</sup> Op aandeelhoudersniveau kan eveneens sprake zijn van uitstel van dividend- en inkomstenbelasting over winstuitdelingen. Dit is mogelijk door in eerste instantie de voor uitdeling bestemde middelen in een beursvennootschap af te splitsen naar een nieuw opgerichte vennootschap, welke als tegenprestatie aandelen uitreikt aan de (particuliere) aandeelhouders van de splitsende vennootschap. Vervolgens kunnen de aandeelhouders deze aandelen verkopen waardoor een in beginsel belaste dividenduitkering wordt omgezet in een onbelaste vervreemdingswinst op aandelen in box 3.<sup>246</sup> Volgens Nieuweboer heeft een aandeelhouder met een aanmerkelijk belang ook de mogelijkheid om dividend- en inkomstenbelasting uit te stellen door voorafgaand aan een verkoop aandelen in een werkmaatschappij lichter te maken.<sup>247</sup> Daartoe richt hij een nieuwe houdstervennootschap op waarin hij aandelen in de werkmaatschappij inbrengt, waarna de werkmaatschappij dividend aan de houdster uitkeert. Deze uitdeling is vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. De lichter gemaakte aandelen in de werkmaatschappij kunnen vervolgens eenvoudiger worden verkocht.

Door het afsplitsen van onroerend goed in een separate vennootschap kan, naast het uitstellen van vennootschapsbelasting, bovendien overdrachtsbelasting worden voorkomen. Indien een vennootschap niet kwalificeert als een OZR in de zin van art. 4 Wet BRV 1970, vormt de verkrijging van aandelen immers geen belastbaar feit. Aangezien de overdrachtsbelasting een transactiebelasting is, is geen sprake van uitstel maar van afstel van belastingheffing.<sup>248</sup> Voorts is het mogelijk om een

---

<sup>244</sup> *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, nr. 3 (MvT), p. 115.

<sup>245</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 5.

<sup>246</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 5.

<sup>247</sup> Nieuweboer 2019, p. 315.

<sup>248</sup> Dit is eveneens terug te zien in de systematiek van de fiscale faciliteiten waarbij in de inkomsten- en vennootschapsbelasting sprake is van doorschuiving van de fiscale claim, terwijl in de overdrachtsbelasting sprake is van een vrijstelling.

juridische fusie te gebruiken als alternatief voor een belaste overdracht een onroerend goed.<sup>249</sup> Ten aanzien van aandelen in een OZR kan een juridische fusie daarnaast volgens de staatssecretaris als middel worden gebruikt om het belang te verwateren of de bezit- of doeleis van art. 4 Wet BRB 1970 te beïnvloeden.<sup>250</sup> Als gevolg van de fusie daalt het belang van de aandeelhouder in dat geval onder 1/3, of voldoet de vennootschap niet meer aan de vereisten van art. 4 Wet BRV 1970. De aandelen kunnen dan vrij van overdrachtsbelasting worden vervreemd. Daarnaast is het mogelijk om door middel van een juridische fusie de maatstaf van heffing te verwateren waardoor minder belasting zou zijn verschuldigd dan bij een reguliere overdracht.<sup>251</sup>

#### 4.2.2 Misbruikbestrijding

De in de vorige paragraaf genoemde voorbeelden illustreren dat een gegronde reden bestaat voor het opnemen van antimisbruikbepalingen voor de fusie- en splitsingsfaciliteiten. Het feit dat een gegronde reden bestaat voor het invoeren van een antimisbruikbepaling, betekent niet per definitie dat voldaan is aan het vereiste van legitimiteit. Hiervoor is tevens vereist dat de bepaling noodzakelijk is. De anti-ontgaanstoets in de inkomsten- en vennootschapsbelasting is gebaseerd op art. 15 FR. Boulogne merkt hierover op dat het woord 'mag' uit voornoemd artikel lijkt te impliceren dat het bestrijden van misbruik optioneel is.<sup>252</sup> Petrosovitch leidt daarentegen uit het arrest Kofoed van het HvJ af dat het bestrijden van misbruik verplicht is.<sup>253</sup> Het HvJ oordeelde dat art. 15 FR een weerspiegeling is van het algemene beginsel van het EU-recht dat rechtsmisbruik verboden is.<sup>254</sup> In het geval van fraude of misbruik kan geen beroep worden gedaan op het EU-recht. Dit omvat transacties die uitsluitend het doel hebben om de voordelen van het EU-recht op onrechtmatige wijze te verkrijgen.<sup>255</sup> Boulogne is daarentegen van mening dat uit deze uitspraak niet kan worden afgeleid dat het bestrijden van misbruik verplicht is.<sup>256</sup> Hij verwijst daarbij naar het arrest 3M Italia waarin het HvJ oordeelde dat het EU-recht geen algemeen beginsel kent waaruit een verplichting voor de lidstaten zou voortvloeien op het gebied van de directe belastingen om misbruik te bestrijden.<sup>257</sup> In het latere arrest N Luxembourg 1 heeft het HvJ echter geoordeeld dat een Unierechtelijke plicht bestaat om in het geval van misbruik de voordelen van een richtlijn te weigeren.<sup>258</sup> De Redactie Vakstudie-Nieuws vult daar op aan dat als

---

<sup>249</sup> Zie bijvoorbeeld RB Den Haag 25 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1319 waarin de verdwijnende vennootschap voor de fusie enkel nog één pand verhuurde en wel aan de verkrijgende vennootschap.

<sup>250</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 60.

<sup>251</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 60.

<sup>252</sup> Boulogne 2016, p. 266.

<sup>253</sup> Petrosovitch, *European Taxation* 2012, p.

<sup>254</sup> HvJ 5 juni 2007, C-321/05 (Kofoed), r.o. 38.

<sup>255</sup> HvJ 5 juni 2007, C-321/05 (Kofoed), r.o. 38.

<sup>256</sup> Boulogne 2016, p. 266.

<sup>257</sup> HvJ 29 maart 2012, C-417/10 (3M Italia), r.o. 32.

<sup>258</sup> HvJ 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (N Luxembourg 1), r.o. 111.

gevolg van art. 6 van de antibelastingontwijgingsrichtlijn deze verplichting tot het bestrijden van misbruik is gecodificeerd.<sup>259,260</sup> Deze richtlijn strekt zich immers uit over de gehele vennootschapsbelasting en geldt zowel in binnenlandse als grensoverschrijdende situaties. Nederland heeft deze bepaling niet geïmplementeerd omdat het leerstuk van *fraus legis* reeds een algemene antimisbruikbepaling is.<sup>261</sup> De vervolgvraag is derhalve of kan worden volstaan met *fraus legis* in plaats van een specifieke antimisbruikbepaling in de fusie- en splitsingsfaciliteiten.

De regering heeft bij de invoering van de faciliteiten in de vennootschapsbelasting (hierna: VPB-faciliteiten) voor juridische fusies en juridische splitsingen niet geopteerd voor het bestrijden van misbruik door middel van *fraus legis* omdat dit minder duidelijkheid verschaft omtrent de vereisten voor fiscale begeleiding.<sup>262</sup> Volgens Elink Schuurman heeft de antimisbruikbepaling in de anti-ontgaanstoets een ruimer bereik dan het leerstuk van *fraus legis*.<sup>263</sup> De toepassing van *fraus legis* vereist dat het verijdelen van belastingheffing het enige of volstrekt overheersende motief is. Voor de antimisbruikbepaling in de anti-ontgaanstoets is daarentegen voldoende dat dit het hoofddoel of een van de hoofddoelen is. Marres merkt mijns inziens echter terecht op dat de toets uit art. 6 van de antibelastingontwijgingsrichtlijn dezelfde criteria hanteert als art. 15 FR, te weten dat het behalen van een belastingvoordeel het hoofddoel of een van de hoofddoelen is.<sup>264</sup> Doordat het leerstuk van *fraus legis* door de inwerkingtreding van de antibelastingontwijgingsrichtlijn in lijn met deze richtlijn dient te worden uitgelegd, is in mijn ogen de reikwijdte van art. 15 FR en *fraus legis* gelijk. Hoewel misbruik bij fusies en splitsingen naar mijn mening kan worden bestreden door middel van *fraus legis*, heeft het in het kader van duidelijkheid en rechtszekerheid de voorkeur om een specifieke antimisbruikbepaling op te nemen in de diverse faciliteiten en vrijstellingen. Dit betekent overigens niet dat het hanteren van verschillende toetsen gerechtvaardigd is.

---

<sup>259</sup> Art. 6 Richtlijn (EU) 2016/1164.

<sup>260</sup> Redactie Vakstudie-Nieuws, *V-N* 2019/14.10.

<sup>261</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3 (MvT), p. 2.

<sup>262</sup> *Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 6.

<sup>263</sup> Elink Schuurman, *WPNR* 2015/7060, par. 5.3.

<sup>264</sup> Marres 2017, par. 23.5.2.

#### 4.2.3 Legitimiteit van de discrepanties

De verschillende invulling van de antimisbruikbepalingen kan ten aanzien van het beginsel van legitimiteit mijns inziens enkel gerechtvaardigd worden in twee situaties, namelijk:

- indien de verschillen in systematiek van de diverse belastingwetten nopen tot het hanteren van verschillende toetsen; dan wel
- indien het verschil tussen de rechtshandeling van fusies en splitsingen aanleiding geeft tot aanvullende of afwijkende voorwaarden.

Hofman en Voorn merken in eerste instantie op dat de aard van de regelingen verschilt doordat in de inkomsten- en vennootschapsbelasting sprake is van het uitstellen van een belastingclaim, terwijl in de overdrachtsbelasting sprake is van afstel.<sup>265</sup> Naar de mening van Elink Schuurman en Rozendal levert dit een rechtvaardigingsgrond op om voor de overdrachtsbelasting af te wijken van de voorwaarden van de vennootschapsbelasting.<sup>266</sup> Van der Velden en Visser zijn dezelfde mening toegedaan.<sup>267</sup> Zij vullen daarop aan dat het arrest Zwijnenburg van het HvJ eveneens reden geeft om aanvullende of afwijkende voorwaarden te hanteren. In dat arrest oordeelde het HvJ namelijk dat enkel de belastingen waarop de richtlijn uitdrukkelijk betrekking heeft binnen de werkingssfeer van de antimisbruikbepalingen vallen.<sup>268</sup> Een belasting geheven over de verwerving van onroerende zaken valt daar niet onder. Volgens Elink Schuurman en Rozendal levert het enkele feit dat de overdrachtsbelasting niet onder de werking van de Fusierichtlijn valt echter geen rechtvaardigingsgrond op om een afwijkend criterium te gebruiken.<sup>269</sup> De auteurs merken daarbij op dat de doelstelling van de doorschuiffaciliteiten gelijk is aan de doelstelling van de vrijstellingen in de overdrachtsbelasting (hierna: OVB-vrijstellingen), te weten het wegnemen van fiscale belemmeringen bij zakelijk gewenste herstructureringen.<sup>270</sup> Voorts concluderen zij, evenals Van der Velden en Visser, dat de intentie van de wetgever in ogeschouw dient te worden genomen.<sup>271</sup>

De doelstelling van de fiscale begeleiding in de inkomsten- en vennootschapsbelasting is bedrijfseconomisch ingegeven reorganisaties zo veel mogelijk fiscaal neutraal te laten verlopen.<sup>272</sup> Volgens de regering is het daarbij van belang dat de fiscale claim niet verloren gaat en dat de faciliteiten uitdrukkelijk niet zijn bedoeld om belastingbesparing te faciliteren. De

---

<sup>265</sup> Hofman & Voorn, *WFR* 2021/92, par. 1.

<sup>266</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2021/466, par. 4.2.3.

<sup>267</sup> Van der Velden & Visser, *WFR* 2020/15, par. 3.3.

<sup>268</sup> HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 50.

<sup>269</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2021/466, par. 4.1.2.

<sup>270</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2021/466, par. 4.1.1.

<sup>271</sup> Van der Velden & Visser, *WFR* 2020/15, par. 3.3.

<sup>272</sup> *Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 5.

antimisbruikbepalingen moeten voorkomen dat een belaste transactie wordt omgezet in een onbelaste transactie.<sup>273</sup> De achterliggende gedachte van de OVB-vrijstelling is volgens de besluitgever dat enerzijds overdrachtsbelasting geen hinderpaal mag zijn voor de keuze voor de positionering van onroerend goed binnen het concern.<sup>274</sup> Anderzijds dient misbruik of oneigenlijk gebruik te worden voorkomen door een continuïteitseis te stellen en te voorkomen dat een verkoop wordt ingekleed als een herstructurering. Het moet volgens de besluitgever niet zo zijn dat een transactie die naar het doel en de strekking van de Wet BRV 1970 belast zou zijn, via de rechtsfiguur van juridische splitsing onbelast is.<sup>275</sup> De continuïteitseis ziet daarbij zowel op de in het kader van de fusie of splitsing verkregen aandelen, alsmede op de voortzetting van de onderneming.<sup>276</sup>

Hoewel dit niet met zo veel woorden wordt gezegd, is de regering kennelijk van mening dat het verschil in karakter van de belastingwetten het hanteren van afwijkende toetsen in de overdrachtsbelasting ten opzichte van de inkomsten- en vennootschapsbelasting rechtvaardigt.<sup>277</sup> Desalniettemin is voor de splitsingsvrijstelling aansluiting gezocht bij de VPB-faciliteit.<sup>278</sup> Een gegronde reden voor deze aansluiting ontbreekt. De staatssecretaris merkt enkel op dat hij het gewenst acht om aan te sluiten bij de fiscale begeleiding in de vennootschapsbelasting. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat een volledige synchronisatie van de anti-ontgaanstoets het primaire doel was. Zo wordt opgemerkt dat het van meet af aan de bedoeling is dat, indien voor de vennootschapsbelasting sprake is van een gefacilieerde splitsing dat voor de overdrachtsbelasting eveneens het geval dient te zijn.<sup>279</sup> De tekst van art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971 is daarbij in lijn gebracht met art. 14a Wet VPB 1969 zodat geen misverstand kan bestaan dat de reikwijdte van beide bepalingen identiek is.<sup>280</sup> Ten aanzien van de anti-ontgaanstoets wordt expliciet vermeld dat voor beide belastingwetten dezelfde afwegingen gelden. Indien voor de vennootschapsbelasting is geconcludeerd dat, met inachtneming van de relevante overdrachtsbelastingaspecten, geen sprake is van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, dan zal dat voor de overdrachtsbelasting ook niet het geval zijn.<sup>281</sup> Hierbij is expliciet geen gebruik gemaakt van het voorbehoud om aanvullende of afwijkende voorwaarden op te nemen vanwege het verschillende karakter van de belastingen.<sup>282</sup> Bij de latere invoering van de juridische

---

<sup>273</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 5.

<sup>274</sup> Besluit van 15 december 2015 (Stb. 2005, 668), p. 5.

<sup>275</sup> Besluit van 6 februari 1999 (Stb. 1999, 68), p. 5.

<sup>276</sup> Besluit van 15 december 2015 (Stb. 2005, 668), p. 5.

<sup>277</sup> Zie bijvoorbeeld Persbericht Ministerie van Financiën 10 januari 2003, 2003/05.

<sup>278</sup> Besluit van 6 februari 1999 (Stb. 1999, 68), p. 4.

<sup>279</sup> Besluit van 15 december 2005 (Stb. 2005, 668), p. 6.

<sup>280</sup> Besluit van 15 december 2005 (Stb. 2005, 668), p. 8.

<sup>281</sup> Besluit van 15 december 2005 (Stb. 2005, 668), p. 8.

<sup>282</sup> Persbericht Ministerie van Financiën 10 januari 2003, 2003/05.

fusievrijstelling is echter geen aansluiting gezocht bij de VPB-faciliteit.<sup>283</sup> In plaats daarvan is een geheel nieuwe zakelijkheidstoets geïntroduceerd, welke bovendien afwijkt van de zakelijkheidstoets in de inkomsten- en vennootschapsbelasting zoals deze gold voor invoering van de anti-ontgaanstoets.<sup>284</sup>

Mijns inziens vormt het specifieke karakter van de overdrachtsbelasting een gerechtvaardigde reden of af te wijken van de voorwaarden in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. De verschillen tussen de belastbare feiten en de vormen van misbruik kunnen aanleiding geven tot het hanteren van verschillende antimisbruiktoetsen. Anderzijds zijn de doelstellingen van de doorschuiffaciliteiten en de OVB-vrijstellingen vrijwel identiek en blijkt het tevens de intentie van de wetgever om zo min mogelijk verschil te laten bestaan tussen de faciliteiten. Van der Velden en Visser concluderen derhalve in mijn ogen terecht dat de staatssecretaris niet de ruimte heeft om een afwijkend toetsingskader te introduceren afhankelijk van de reorganisatievorm.<sup>285</sup> De verschillen tussen de rechtshandelingen van diverse reorganisatievormen leveren naar mijn mening geen rechtvaardigingsgrond op voor een afwijkend toetsingskader. Vanuit het oogpunt om bedrijfseconomisch wenselijke herstructureringen fiscaal niet te belemmeren is het niet legitiem om verschillende toetsingskaders te hanteren voor elk type reorganisatie. Voor het hanteren van aanvullende voorwaarden afhankelijk van de reorganisatievorm bestaat in mijn ogen wel een rechtvaardigingsgrond. Terecht constateert De Vries dat bijvoorbeeld het ontbreken van het tweede bewijsvermoeden voor de juridische fusie in de vennootschapsbelasting en de aandelenfusie in de inkomstenbelasting niet onlogisch is.<sup>286</sup> Enkel een bedrijfsfusie en een juridische splitsing stelt een belastingplichtige immers in staat om vermogensbestanddelen af te zonderen en verkoopklaar te maken, waarbij vervolgens de belaste boekwinst wordt omgezet in een onbelast vervreemdingsvoordeel op de aandelen.

#### **4.3 Rechtmatigheid van de antimisbruikbepalingen**

Het feit dat naar mijn mening een legitieme grond bestaat voor de huidige discrepanties houdt niet in dat dit eveneens aanvaardbaar is. Hiervoor is eveneens vereist dat de discrepanties rechtmatig zijn. Het beginsel van rechtmatigheid houdt in dat wetten in de eerste plaats in overeenstemming dienen te zijn met het recht.<sup>287</sup> Een bepaling mag niet in strijd zijn met regels van een hogere orde zoals het Europees recht. Daarnaast moeten de rechtsbeginselen worden verwezenlijkt zoals het

---

<sup>283</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677).

<sup>284</sup> Op grond van art. 14b lid 5 Wet VPB 1969 (oud) moest aan een fusie 'in overwegende mate' zakelijke overwegingen ten grondslag liggen terwijl het huidige art. 5bis lid 1 Uitv.besl. Wet BRV 1971 vereist dat de fusie 'hoofdzakelijk' plaats dient te vinden op grond van zakelijke overwegingen.

<sup>285</sup> Van der Velden & Visser, *WFR* 2020/15, par. 3.3.

<sup>286</sup> De Vries, *BNB* 2019/175, par. 5.

<sup>287</sup> *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 24.



evenredigheidsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel.<sup>288</sup> Dit laatste beginsel houdt onder meer in dat de uitwerking van een bepaling op voorhand duidelijk behoort te zijn en dat rekening moet worden gehouden met de continuïteit en bestendigheid van de bepaling. Het evenredigheidsbeginsel schrijft voor dat het van belang is dat een bepaling proportioneel en evenredig uitpakt.<sup>289</sup> Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het voorkomen van overkill. Het Europese evenredigheidsbeginsel dient daarbij eveneens in ogenschouw te worden genomen. Dit beginsel impliceert dat de nationale maatregel geschikt en noodzakelijk moet zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen.<sup>290</sup>

#### **4.3.1 Europeesrechtelijke invloed op de antimisbruikbepalingen**

In het arrest Zwijnenburg oordeelde het HvJ dat enkel de belastingen waarop de richtlijn uitdrukkelijk betrekking heeft in aanmerking kunnen komen voor de faciliteit en dus binnen de werkingssfeer van de antimisbruikbepalingen vallen.<sup>291</sup> Volgens het HvJ bestaat geen enkele aanwijzing op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat een belasting geheven over de verkrijging van onroerende zaken onder de werking van de Fusierichtlijn valt. De voordelen van de richtlijn kunnen niet worden geweigerd indien sprake is van misbruik in een belasting waarop de Fusierichtlijn geen betrekking heeft.<sup>292</sup> Elink Schuurman leidt terecht uit dit arrest af dat geen EU-rechtelijke verplichting bestaat om de OVB-vrijstellingen conform de Fusierichtlijn vorm te geven of uit te leggen.<sup>293</sup> Volgens Van den Broek vloeit deze uitspraak voort uit het feit dat de Fusierichtlijn niet is gericht op het algemeen bestrijden van misbruik.<sup>294</sup>

Het vrijwillig gelijkschakelen van de antimisbruikbepalingen in de overdrachtsbelasting met die van de inkomsten- en vennootschapsbelasting stuit mijns inziens niet op Europeesrechtelijke bezwaren. Uit het arrest Leur-Bloem volgt dat wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor zuiver binnenlandse situaties conformeert aan het EU-recht, deze bepaling in zuiver interne situaties uitgelegd dient te worden conform het EU-recht.<sup>295</sup> Enkel de nationale rechter is bevoegd om de precieze strekking van die verwijzing naar het EU-recht te beoordelen. In het arrest van 18 december 2020 heeft de HR geoordeeld dat de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling van art. 5c Uitv.besl.

---

<sup>288</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 24.*

<sup>289</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 26.*

<sup>290</sup> Weber, in: *Cursus Belastingrecht EBR*, par. 4.0.6.A (online, bijgewerkt 16-03-2021).

<sup>291</sup> HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 50.

<sup>292</sup> HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 54.

<sup>293</sup> Elink Schuurman, *WPNR 2015/7060* par. 5.3.

<sup>294</sup> Van den Broek 2011, p. 307.

<sup>295</sup> HvJ 17 juli 1997, zaak C-28/95 (Leur-Bloem), r.o. 32.

Wet BRV 1971 uitgelegd dienen te worden in overeenstemming met de Fusierichtlijn.<sup>296</sup> De Redactie Vakstudie-Nieuws merkt op dat op grond van het arrest Zwijnenburg de VPB-faciliteiten niet kunnen worden geweigerd indien het hoofddoel van de rechtshandeling het ontwijken van overdrachtsbelasting is.<sup>297</sup> De Redactie meent dat het doortrekken van de EU-rechtelijke context leidt tot een paradox. De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting zou in dat geval niet kunnen worden geweigerd wanneer het hoofddoel is het ontgaan van overdrachtsbelasting. Deze uitkomst zou volgens de Redactie daarentegen zo verstrekkend zijn dat die onredelijk wordt. In gelijke zin is De Vries van mening dat geen twijfel kan bestaan dat het ontgaan van overdrachtsbelasting toepassing van de juridische splitsingsvrijstelling blokkeert.<sup>298</sup> Aan de precieze reikwijdte en wenselijkheid van deze vrijwillige gelijkschakeling van de antimisbruikbepaling in de juridische splitsingsvrijstelling met die van de inkomsten- en vennootschapsbelasting wordt in paragraaf 5.2 aandacht besteed.

#### 4.3.2 Strijdigheid met het EU-recht

Hoewel het mogelijk is om de antimisbruiktoets in de overdrachtsbelasting gelijk te schakelen met de bepalingen uit de inkomsten- en vennootschapsbelasting, neemt dat niet weg dat de toets zelfstandig niet in strijd mag zijn met het EU-recht. Diverse auteurs betogen al geruime tijd dat het hanteren van het tweede bewijsvermoeden inzake de vervreemding van aandelen binnen de driejaarstermijn in strijd is met de Fusierichtlijn.<sup>299</sup> Uit het arrest Leur-Bloem volgde immers al dat bij het onderzoeken of het hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking is, het niet is toegestaan vooraf vastgestelde algemene criteria te gebruiken.<sup>300</sup> Elk concreet geval dient in zijn geheel te worden onderzocht waarbij alle omstandigheden in acht moeten worden genomen. Voorts oordeelde het HvJ in het arrest Euro Park Service dat het niet is toegestaan een bewijsvermoeden te hanteren waarbij de nationale autoriteiten geen begin van bewijs hoeven te leveren van mogelijke belastingfraude, belastingontwijking of van het ontbreken van zakelijke overwegingen.<sup>301</sup> Bovendien merkt de Redactie Vakstudie-Nieuws terecht op dat de bewijslast voor het aantonen van het ontbreken van zakelijke overwegingen rust op de inspecteur.<sup>302</sup> Uit het arrest Leur-Bloem blijkt namelijk dat de lidstaten de voordelen van de richtlijn moeten toekennen, tenzij belastingfraude of -ontwijking het hoofddoel of een van de hoofddoelen is.<sup>303</sup> In navolging van het arrest Euro Park Service rust de initiële bewijslast

---

<sup>296</sup> HR 18-12-2020, ECLI:NL:HR:2020:2078, ro. 2.3.2.

<sup>297</sup> Redactie Vakstudie-Nieuws, *V-N* 2020/65.17.

<sup>298</sup> De Vries, *BNB* 2021/35, par. 8.

<sup>299</sup> Zie bijvoorbeeld Van den Brande-Boomsluiters 2004, p. 235 en Van der Geld, *BNB* 1998/32, par. 5.

<sup>300</sup> HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), r.o. 41.

<sup>301</sup> HvJ 8 maart 2017, C-14/16 (Euro Park Service), r.o. 56-57.

<sup>302</sup> Redactie Vakstudie-Nieuws, *V-N* 2020/65.17.

<sup>303</sup> HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), r.o. 41.

(‘een begin van bewijs’) op de inspecteur.<sup>304</sup> Enkel wanneer de inspecteur aannemelijk maakt dat geen sprake is van zakelijke overwegingen, verschuift de bewijslast naar de belastingplichtige om het tegendeel te bewijzen. De conclusie dat het hanteren van het tweede bewijsvermoeden in strijd is met de Fusierichtlijn staat naar mijn mening al geruime tijd terecht vast. Tot op heden bestaat echter nog geen aanwijzing dat de wetgever voornemens is deze bepaling te schrappen.

De anti-ontgaanstoets is voorts op andere punten mogelijk in strijd met het EU-recht. Ten eerste staat niet definitief vast of het begrip ‘ontgaan of uitstellen van belastingheffing’ in lijn is met de bewoording van de Fusierichtlijn, zijnde belastingfraude of -ontwijking. In het arrest van 29 juni 2012 oordeelde de HR dat het uitstellen van belastingheffing slechts onder het antimisbruikverbod kan vallen indien de voorgenomen rechtshandeling een volstrekt overheersend anti-fiscaal motief heeft en toepassing van de faciliteit in strijd is met het doel en de strekking van de Fusierichtlijn.<sup>305</sup> De HR heeft hierover echter geen prejudiciële vraag gesteld aan het HvJ. Het is daardoor thans onzeker of deze bewoording in lijn is met de richtlijn.<sup>306</sup> Ten tweede betogen diverse auteurs dat aandeelhoudersmotieven, in tegenstelling tot de opvatting van de regering, wel kwalificeren als zakelijke overwegingen in de zin van de Fusierichtlijn.<sup>307</sup> Ten derde bestaat geen uitsluitel over wat onder het begrip ‘belastingheffing’ dient te worden verstaan in de diverse belastingwetten. Na het arrest Zwijnenburg staat vast dat voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting de overdrachtsbelasting niet onder dit begrip valt. Over de vraag of de dividendbelasting, als voorheffing op de inkomsten- en vennootschapsbelasting, hier wel onder valt bestaat geen consensus.<sup>308</sup>

De antimisbruikbepalingen in de overdrachtsbelasting kennen geen Europeesrechtelijke grondslag. Door de gelijkschakeling van de splitsingsvrijstelling van art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971 met de Fusierichtlijn wordt de voornoemde problematiek wel doorgetrokken naar deze bepaling.<sup>309</sup> Bij het hanteren van een zakelijkheidstoets voor de juridische fusievrijstelling en een aanhoudings- en voortzettingseis voor de bedrijfsfusievrijstelling bestaat mijns inziens in beginsel geen risico op mogelijke strijdigheid met het EU-recht. Elink Schuurman en Rozendal betogen dat bij een grensoverschrijdende fusie sprake kan zijn van strijdigheid met het EU-recht.<sup>310</sup> De heffing van

---

<sup>304</sup> Zie ook HvJ 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (Deister en Juhler), r.o. 62.

<sup>305</sup> HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, r.o. 3.3.4.

<sup>306</sup> Zie bijvoorbeeld Hofman & Voorn, *WFR* 2021/92, par. 5.4 en Boulogne 2016, p. 285.

<sup>307</sup> Zie bijvoorbeeld Boomsluiters, *WFR* 2018/60, par. 5, Van den Broek 2011, p. 294-295 en Van der Geld, *BNB* 1998/32, par. 4.

<sup>308</sup> Dit is wel het geval volgens Nieuweboer 2019, p. 316 en Van den Broek 2012, p. 308. Anders Van der Burgt & De Vries, *WFR* 2012/1693 par. 6.1 en Boulogne 2016, p. 291.

<sup>309</sup> In paragraaf 5.2 wordt deze problematiek nader behandeld.

<sup>310</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, voetnoot 27.

overdrachtsbelasting vormt volgens de auteurs een belemmering van de vrijheid van vestiging ingeval de fusie niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, doch niet is voldaan aan de zakelijkheidstoets van art. 5bis Uitm.besl. Wet BRV 1971. In mijn ogen is hier echter geen sprake van een belemmering aangezien een grensoverschrijdende situatie niet slechter wordt behandeld dan een binnenlandse situatie. Ten aanzien van de aanhoudingseis wijst A-G Wattel op het arrest A-Brauerei.<sup>311</sup> De essentie van dat arrest is of een aanhoudingseis in de overdrachtsbelasting verboden staatssteun inhoudt. Om in aanmerking te komen voor de reorganisatievrijstelling in de Duitse overdrachtsbelasting, geldt de eis dat tussen de betrokken vennootschappen voor een periode van vijf jaar voor en vijf jaar na de omzetting is voldaan aan een 95%-bezitseis. Volgens het HvJ kan het voorkomen van misbruik een rechtvaardigingsgrond opleveren voor het hanteren van een aanhoudingseis van vijf jaar bij een reorganisatievrijstelling.<sup>312</sup>

#### **4.3.3 Verwezenlijking van het rechtszekerheidsbeginsel**

Naast het voorkomen van strijdigheid met het EU-recht, is het in het kader van rechtmatigheid van belang dat de rechtsbeginselen worden verwezenlijkt. Het beginsel van rechtszekerheid staat bij deze beoordeling centraal. Het evenredigheidsbeginsel wordt in paragraaf 4.4 behandeld gelet op de overlap met de toetsingscriteria van doeltreffendheid en doelmatigheid. Op voorhand is het naar mijn mening bevorderlijk voor de rechtszekerheid om een specifieke antimisbruikbepaling op te nemen in plaats van misbruik te bestrijden door middel van *fraus legis*. Het hanteren van verschillende toetsen in de overdrachtsbelasting doet daarentegen afbreuk aan de rechtszekerheid. Zo merken Elink Schuurman en Rozendal naar mijn mening terecht op dat niet valt in te zien waarom een anti-ontgaanstoets voor de juridische fusievrijstelling niet effectief zou zijn, temeer omdat dit voor de splitsingsvrijstelling geen probleem lijkt te zijn.<sup>313</sup> Door het hanteren van een geheel nieuwe zakelijkheidstoets komt de rechtszekerheid in het geding. Daarnaast stelt Van der Burgt dat de opmerkingen in de toelichting over de zakelijkheidstoets dusdanig algemeen van aard zijn dat een belastingplichtige daar in concrete situaties weinig zekerheid aan kan ontleiden.<sup>314</sup> In plaats van een open norm kan ook worden geopteerd voor de aanhoudings- en voortzettingseis van de bedrijfsfusievrijstelling. Volgens Vink en Van Hulten komt een duidelijke norm, zoals een vaste termijn, de rechtszekerheid ten goede.<sup>315</sup> Zij plaatsen daar wel de kanttekening bij dat dit ongewenst gebruik in de hand kan werken. Boulogne concludeert eveneens dat een aanhoudingsperiode

---

<sup>311</sup> Concl. A-G Wattel 16 april 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:PHR:2019:394, r.o. 8.2.

<sup>312</sup> HvJ 19 december 2018, C-374/17 (A-Brauerei), r.o. 51-53.

<sup>313</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.1.2.

<sup>314</sup> Van der Burgt, *WPNR* 2018/7207, par. 3.1.2.

<sup>315</sup> Vink & Van Hulten 2019, p. 71.

belastingplichtigen bemoedigt om hun herstructureringsplannen daaromheen te plannen.<sup>316</sup> Bovendien acht hij een dergelijk vereiste een botte regeling waarbij de gestelde termijn arbitrair is.

Een ander verschil tussen de antimisbruikbepalingen is het ontbreken van de mogelijkheid om zekerheid vooraf te verzoeken voorafgaand aan een herstructurering. Volgens Elink Schuurman is deze discrepantie ten aanzien van de juridische splitsingsvrijstelling historisch gezien begrijpelijk aangezien voorheen de inspecteur vennootschapsbelasting ook de overdrachtsbelastingaspecten meewoog.<sup>317</sup> Door het arrest Zwijnenburg is deze systematiek echter doorbroken. Volgens de auteur is daardoor onmiddellijke noodzaak ontstaan voor zekerheid vooraf in de overdrachtsbelasting. In gelijke zin meent Rozendal dat het ontbreken van zekerheid vooraf in de juridische fusievrijstelling een belemmering vormt voor bedrijfseconomisch wenselijke fusies.<sup>318</sup> Indien in vooroverleg geen zekerheid wordt verkregen, is een belastingplichtige genoodzaakt om de fusie op eigen risico door te voeren. Het ontbreken van zekerheid vooraf voor de juridische fusie- en splitsingsvrijstelling doet in mijn ogen onnodig afbreuk aan de rechtszekerheid. Desalniettemin nuanceert De Vries de toepassing van zekerheid vooraf enigszins door te stellen dat gewijzigde feiten en omstandigheden tussen de beschikking en de daadwerkelijke uitvoering van de herstructurering aanleiding kunnen geven voor het weigeren van de vrijstelling.<sup>319</sup> Dit kan daarentegen ook in het voordeel van de belastingplichtige uitpakken na het verkrijgen van een negatieve beschikking.

#### **4.4 Doeltreffendheid en doelmatigheid van de antimisbruikbepalingen**

De kwaliteitseis doeltreffendheid houdt in dat een wet op effectieve wijze bij dient te dragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen.<sup>320</sup> Dit houdt volgens Elswier in dat de uitwerking moet sporen met het doel en de strekking van de wet.<sup>321</sup> Allereerst is daarvoor van belang dat de doelstellingen helder en concreet worden geformuleerd.<sup>322</sup> Volgens de Nota Zicht op Wetgeving moet dit alles in de toelichting inzichtelijk in kaart worden gebracht. Bij het streven naar doeltreffendheid is het van belang dat het vereiste van doelmatigheid niet uit het oog wordt verloren. Dit vereiste houdt in dat geenodeloze inefficiënties worden veroorzaakt en dat geen ongunstige verhouding ontstaat tussen de baten, lasten en uitwerking van de wet.<sup>323</sup> De centrale vraag in deze paragraaf is of de geconstateerde discrepanties in de antimisbruikbepalingen vanuit het oogpunt van doeltreffendheid en doelmatigheid

---

<sup>316</sup> Boulogne 2016, p. 292.

<sup>317</sup> Elink Schuurman, *WPNR* 2015/7060, par. 5.5.

<sup>318</sup> Rozendal, *FBN* 2016/10, par. 4.1.

<sup>319</sup> De Vries, *BNB* 2012/261, par. 13.

<sup>320</sup> *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 25.

<sup>321</sup> Elswier 2018, p. 13.

<sup>322</sup> *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 25.

<sup>323</sup> *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2 p. 25.

aanvaardbaar zijn. Wat betreft de doelstellingen van de faciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting en de vrijstellingen in de overdrachtsbelasting merken Elink Schuurman en Rozendal naar mijn mening terecht op dat deze vrijwel identiek zijn.<sup>324</sup> Enerzijds wordt voorkomen dat belastingheffing een belemmering vormt bij bedrijfseconomisch wenselijke herstructurerings.<sup>325</sup> Anderzijds zijn de faciliteiten en vrijstellingen niet bedoeld om een belaste transactie om te zetten in een onbelaste transactie. Dit wordt derhalve als uitgangspunt genomen. Rozendal leidt hieruit af dat de gebrekkige afstemming van de antimisbruikbepalingen zich slecht verhoudt tot dit doel.<sup>326</sup> Dit kan echter in mijn ogen gerechtvaardigd zijn indien de toetsen op zichzelf doeltreffend en doelmatig zijn voor de bepaling waar zij betrekking op hebben.

#### **4.4.1 Doeltreffendheid van een aanhoudingseis**

Ten aanzien van de aanhoudingseis in de juridische fusievrijstelling is in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat deze het doel heeft om een blijvende betrokkenheid van de aandeelhouders in de verkrijgende vennootschap te garanderen, mits deze vennootschap een OZR heeft verkregen of als gevolg van de fusie kwalificeert als een OZR.<sup>327</sup> Een blijvende betrokkenheid is in de ogen van de staatssecretaris namelijk het uitgangspunt van een juridische fusie. Volgens Elink Schuurman en Rozendal is het echter ten zeerste de vraag in hoeverre deze stelling juist is.<sup>328</sup> Een juridische fusie vindt immers plaats tussen de fuserende rechtspersonen. De aandeelhouders zijn geen partij bij de rechtshandeling zelf. Van der Burgt interpreteert het vereiste van blijvende betrokkenheid dat de juridische fusievrijstelling niet is bedoeld om een aandeelhouder in een positie te brengen waarin hij zijn aandelen zonder heffing van overdrachtsbelasting kan verkopen.<sup>329</sup> Deze zienswijze lijkt te stroken met de doelstelling van de vrijstelling.

Desalniettemin is de aanhoudingseis in de juridische fusievrijstelling niet doeltreffend. Zo merken Gassler, Van Kempen en Laren in mijn ogen terecht op dat overdrachtsbelasting wordt geheven van de verkrijger.<sup>330</sup> Een aandeelhouder in een OZR kan te allen tijde zijn aandelen onbelast vervreemden zolang de verkrijger geen belang van 1/3 of meer verkrijgt in die OZR. Bovendien is de zakelijkheid van de fusie volgens de auteurs al gewaarborgd in het eerste lid van art. 5bis Uitv.besl. Wet BRV 1971. Daarnaast menen zij dat de aanhoudingseis in de juridische splitsingsvrijstelling (het tweede

---

<sup>324</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.1.1.

<sup>325</sup> *Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 5 en Besluit van 15 december 2005 (Stb. 2005, 668), p. 5.

<sup>326</sup> Rozendal, *FBN* 2016/10, par. 4.1.

<sup>327</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 60.

<sup>328</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.2.2.

<sup>329</sup> Van der Burgt, *WPNR* 2018/7207, par. 3.1.2.

<sup>330</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 188.

bewijsvermoeden) eveneens niet doeltreffend is.<sup>331</sup> Anders dan in art. 5 lid 3 Uitv.besl Wet BRV 1971 is niet geregeld dat het aanhoudingsvereiste ook van toepassing is bij het verlenen van een koopoptie of het aangaan van een koopovereenkomst binnen drie jaar na de splitsing. De aanhoudingseis draagt derhalve niet bij aan het doel om de aandeelhouders van de splitsende vennootschap in economische zin betrokken te houden bij de verkrijger.<sup>332</sup> Het belang in de aandelen kan zodoende naar een derde verschuiven zonder dat de aanhoudingseis effect sorteert. Elink Schuurman en Rozendal betogen dat een aanhoudingseis voor de bedrijfsfusievrijstelling wel logisch is.<sup>333</sup> Bij deze rechtshandeling is namelijk sprake van een (al dan niet bestaande) aandeelhoudersrelatie tussen de overdragende en verkrijgende vennootschap. Voor deze vrijstelling is bovendien expliciet aangegeven dat het verlenen van een koopoptie of het aangaan van een koopovereenkomst geldt als het niet langer in bezit zijn van de aandelen.<sup>334</sup> De aanhoudingseis is in dat opzicht derhalve doeltreffender dan het tweede bewijsvermoeden in de juridische splitsingsvrijstelling.

Tot slot concludeert Simonis in mijn ogen terecht dat met een aanhoudingseis niet wordt getoetst of daadwerkelijk sprake is van misbruik.<sup>335</sup> Zo worden niet alle feiten en omstandigheden van het concrete geval in aanmerking genomen. Dit vormt in navolging van het arrest Leur-Bloem wel het uitgangspunt van de anti-ontgaanstoets in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Zoals eerder vermeld meent Boulogne dat een aanhoudingsperiode belastingplichtigen bemoedigt om hun herstructureringen daaromheen te plannen.<sup>336</sup> Hierdoor komt de doeltreffendheid in mijn ogen wederom in het geding. Een aanhoudingseis bestrijdt niet enkel misbruiksituaties waardoor in veel bonafide gevallen de vrijstelling wordt teruggenomen. Hierin schuilt bovendien het risico dat de kwaliteitseis van doelmatigheid in het geding komt. De discrepanties ten aanzien van het hanteren van een aanhoudingseis zijn naar mijn mening niet aanvaardbaar vanuit het vereiste van doeltreffendheid. Niet valt in te zien waarom een anti-ontgaanstoets niet doeltreffend kan zijn voor de overdrachtsbelasting.

---

<sup>331</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 203.

<sup>332</sup> Gassler, Van Kempen & Laren 2018, p. 203.

<sup>333</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.2.2.

<sup>334</sup> Besluit van 27 februari 1996 (Stb. 1996, 144), p. 7.

<sup>335</sup> Simonis, *MBB* 2012/3, par. 4.1.1.

<sup>336</sup> Boulogne 2016, p. 292.

#### 4.4.2 Doelmatigheid van een aanhoudingseis

Naast doeltreffendheid is het van belang dat een aanhoudingseis doelmatig is. Bij de invoering van de juridische fusievrijstelling heeft de staatssecretaris expliciet aangegeven dat een integrale aanhoudingseis een fiscale belemmering kan vormen.<sup>337</sup> In de toelichting wordt als voorbeeld een situatie genoemd waarbij de verdwijnende rechtspersoon veel aandeelhouders heeft of zelfs onbekende aandeelhouders zoals bij beursgenoteerde bedrijven. In dezelfde zin draagt het ontbreken van het tweede bewijsvermoeden in de juridische fusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting in mijn ogen bij aan de doelmatigheid van de antimisbruikbepaling. Bij een bedrijfsfusie of juridische splitsing is het daarentegen eveneens mogelijk dat een betrokken rechtspersoon veel, dan wel onbekende aandeelhouders heeft. Volgens de regering biedt de mogelijkheid van tegenbewijs in dergelijke situaties uitkomst. Indien sprake is van normaal handelen op de beurs is het leveren van tegenbewijs door de belastingplichtige eenvoudig.<sup>338</sup> Naar mijn mening kan dit echter bij veel vervreemdingen of aandeelhouders dusdanig complex worden dat de administratieve lasten voor de belastingplichtige buitensporig hoog worden. Een integrale aanhoudingseis is derhalve niet doelmatig.

Een aanhoudingseis is bij de juridische fusievrijstelling wel van toepassing wanneer een OZR bij de fusie betrokken is. Deze strenge voorwaarde is volgens het kabinet gerechtvaardigd aangezien het verkrijgen van een belang van 1/3 of meer in een OZR in beginsel een belastbaar feit is voor de overdrachtsbelasting.<sup>339</sup> Bij verwatering van het belang of indien de verkrijgende vennootschap na de fusie niet meer kwalificeert als OZR is het zonder aanhoudingseis mogelijk om de aandelen zonder heffing van overdrachtsbelasting te vervreemden. Volgens Elink Schuurman en Rozendal leidt deze aanhoudingseis tot een grote beperking van de liquiditeit ten opzichte van de situatie voor de fusie.<sup>340</sup> Het stond de aandeelhouder immers vrij zijn belang in de OZR geheel of gedeeltelijk te vervreemden. Van heffing van overdrachtsbelasting is pas sprake indien de kopende partij een belang van 1/3 of meer in de OZR verkrijgt. Elink Schuurman en Rozendal merken in dat opzicht op dat de staatssecretaris zich onterecht beroept op claimverlies. Daarnaast wijst Simonis erop dat de aanhoudingseis eveneens in minder evidente situaties onevenredig uit kan pakken.<sup>341</sup> Door het ontbreken van de mogelijkheid voor tegenbewijs is vergeleken met de VPB-faciliteiten sprake van een onweerlegbaar bewijsvermoeden. Elink Schuurman en Rozendal geven als voorbeeld een juridische fusie tussen vastgoedbeleggingsmaatschappijen of projectontwikkelaars.<sup>342</sup> De (institutionele) beleggers kunnen in

---

<sup>337</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 60.

<sup>338</sup> *Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 7 (NV II), p. 151.

<sup>339</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 60.

<sup>340</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.2.2.

<sup>341</sup> Simonis, *MBB* 2012/3, par. 4.

<sup>342</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.2.2.



dat geval na de fusie gedurende drie jaar geen enkel aandeel vervreemden. De grote liquiditeit van deze beleggingen ten opzichte van direct vastgoed vormt volgens de auteurs daarentegen juist een overweging voor deze belegging. Zelfs bij juridische fusies waarbij een OZR betrokken is, is een aanhoudingseis in mijn ogen niet doelmatig.

Tot slot merken Elink Schuurman en Rozendal op dat de aanhoudingseis wordt geschonden ingeval van faillissement, het overlijden van een natuurlijk persoon of ontbinding van de huwelijksgemeenschap.<sup>343</sup> De verlegging van de aanhoudingseis op grond van art. 5bis lid 4 Uitv.besl. Wet BRV 1971 biedt in deze gevallen geen oplossing. Dit probleem is extra knellend door het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid. Ten aanzien van de VPB-faciliteiten is immers aangegeven dat voornoemde gebeurtenissen enkel leiden tot een weerlegbaar vermoeden.<sup>344</sup>

#### **4.4.3 Doeltreffendheid van een voortzettingseis**

De aanhoudingseis wordt in de bedrijfsfusievrijstelling en juridische fusievrijstelling geflankeerd door een voortzettingseis. Dit vereiste houdt in dat de gefuseerde onderneming respectievelijk de gefuseerde activiteiten gedurende drie jaar moeten worden voortgezet. Uit de parlementaire geschiedenis kan niet eenduidig worden opgemaakt welk doel aan de voortzettingseis ten grondslag ligt. Zo wordt ten aanzien van het doel en de strekking van de bedrijfsfusievrijstelling enkel verwezen naar de overeenkomstige bepalingen van de inbrengvrijstelling van art. 5 Uitv.besl. Wet BRV 1971.<sup>345</sup> Bij de invulling van deze bepaling is aangesloten bij de toentertijd geldende faciliteit in de inkomstenbelasting betreffende de geruisloze omzetting van art. 18 Wet IB 1964.<sup>346</sup> In het besluit van 9 september 1991 werd hiervoor de eis gesteld dat de besloten vennootschap de onderneming tenminste drie jaar dient voort te zetten.<sup>347</sup> De HR oordeelde echter in het arrest van 29 augustus 1997 dat de tekst noch de strekking van art. 18 Wet IB 1964 aanleiding geeft tot het hanteren van een voortzettingseis.<sup>348</sup> Het voortzettingsvereiste is sindsdien komen te vervallen en de huidige faciliteit van art. 3.65 Wet IB 2001 kent eveneens geen voortzettingseis.

---

<sup>343</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.2.2.

<sup>344</sup> *Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 5 (NV II), p. 8.

<sup>345</sup> Besluit van 27 februari 1996 (Stb. 1996, 144), p. 8.

<sup>346</sup> Besluit van 27 februari 1996 (Stb. 1996, 144), p. 6.

<sup>347</sup> Besluit van 18 oktober 1991, nr. DB91/5160, par. 4.1.1 jo. par. 4.3.

<sup>348</sup> HR 29 augustus 1997, nr. 32 431, ECLI:NL:PHR:1997:AA2238, r.o. 3.4.

Tigelaar-Klootwijk is ten aanzien van de bedrijfsopvolgingsregelingen in de inkomstenbelasting en successiewet van mening dat een voortzettingseis in de successiewet geboden is.<sup>349</sup> Het doel van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit is immers het faciliteren van een reële bedrijfsopvolging. Een voortzettingseis in de doorschuiffaciliteit in de inkomstenbelasting acht zij daarentegen niet logisch.<sup>350</sup> In de inkomstenbelasting is namelijk in de eerste plaats van sprake uitstel van belastingheffing in plaats van afstel zoals in de successiewet. Ten tweede concludeert zij hieruit dat het bij een doorschuiffaciliteit niet logisch is om de faciliteit terug te nemen als de verkrijger niet voortzet. De belastingclaim is immers doorgeschoven. Toegepast op herstructureringen is het mijns inziens gerechtvaardigd om een voortzettingseis op te nemen in de overdrachtsbelasting vanwege het afstel van belastingheffing.<sup>351</sup> Het is in mijn ogen daarentegen niet doeltreffend om in de fusie- en splitsingsvrijstellingen een generieke voortzettingseis op te nemen. Het doel van de OVB-vrijstellingen is om overdrachtsbelasting geen hinderpaal te laten zijn voor de positionering van onroerende zaken binnen het concern.<sup>352</sup> Uit de parlementaire geschiedenis blijkt bovendien niet welke vormen van misbruik hiermee effectief worden bestreden. Een generieke voortzettingseis is derhalve naar mijn mening onvoldoende toegespitst op het bestrijden van misbruik en daardoor niet doeltreffend. De voortzettingseis in de interne reorganisatievrijstelling is daarentegen wel gerechtvaardigd en doeltreffend. Het is anders mogelijk om de facto een onroerende zaak te kopen zonder betaling van overdrachtsbelasting. Dit kan door een vennootschap van buiten het concern te kopen, de onroerende zaak binnen concern over te dragen en vervolgens de vennootschap te verkopen.<sup>353</sup> Aangezien dit resultaat ook door middel van een bedrijfsfusie kan worden bereikt, is een afgeslankte voortzettingseis in de bedrijfsfusievrijstelling evenwel op zijn plaats. Omdat voor art. 5a Uitv.besl. Wet BRV 1971 geen concerndefinitie geldt, is de vormgeving van een afgeslankte voortzettingseis niet eenvoudig. Overigens is deze vorm van misbruik niet mogelijk door middel van een juridische splitsing aangezien de anti-ontgaanstoets van art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971 dit verhindert. De rechtshandeling is namelijk uitsluitend gericht op het ontgaan van overdrachtsbelasting.

Tot slot wijst Gassler terecht op het feit dat de huidige voortzettingseis in de bedrijfsfusievrijstelling relatief eenvoudig te omzeilen is.<sup>354</sup> Door de ingebrachte onderneming door middel van een interne reorganisatie of juridische splitsing over te dragen aan een ander lichaam leidt een opvolgende staking niet tot schending van de voortzettingseis. De reden hiervoor is dat art. 5a lid 6 Uitv.besl. Wet BRV

---

<sup>349</sup> Tigelaar Klootwijk 2013, p, 344.

<sup>350</sup> Tigelaar-Klootwijk 2013, p. 344.

<sup>351</sup> Zie ook Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.3.

<sup>352</sup> Besluit van 27 februari 1996 (Stb. 1996, 144), p. 5.

<sup>353</sup> Zie bijvoorbeeld besluit van 27 februari 1996 (Stb. 1996, 144), p. 8.

<sup>354</sup> Gassler 2006, p, 224.

1971 geen doorschuiving van het voortzettingsvereiste kent en de interne reorganisatievrijstelling enkel een afgeslankte vorm. In dat opzicht is de voortzettingseis in de bedrijfsfusievrijstelling niet doeltreffend.

In de juridische fusievrijstelling is het mijns inziens niet gerechtvaardigd om een generieke noch afgeslankte voortzettingseis te hanteren. Zoals eerder vermeld is de zakelijkheid van de juridische fusie al gewaarborgd in de zakelijkheidstoets van art. 5bis lid 1 Uitv.besl. Wet BRV 1971. Simonis voegt daar in mijn ogen terecht aan toe dat een algemene voortzettingseis leidt tot heffing indien geen sprake is van misbruik.<sup>355</sup> Evenals bij de bedrijfsfusievrijstelling is een generieke voortzettingseis niet doeltreffend omdat deze eis onvoldoende is toegespitst op het bestrijden van misbruik.

#### **4.4.4 Doelmatigheid van een voortzettingseis**

Bij een algemene voortzettingseis komt, naast de doeltreffendheid, eveneens de doelmatigheid in het geding. Zo merken Elink Schuurman en Rozendal terecht op dat de overwegingen voor niet-voortzetting irrelevant zijn.<sup>356</sup> Bij een (gedeeltelijke) vervreemding of staking door bijvoorbeeld een onrendabele productielijn of in verband met Europese mededingingswetgeving wordt de vrijstelling in beginsel teruggedragen. De auteurs nuanceren dit standpunt enigszins door te stellen dat een gedeeltelijke staking bij de bedrijfsfusie- en interne reorganisatievrijstelling wel mogelijk is.<sup>357</sup> Voor de juridische fusievrijstelling geldt deze nuancering niet. Art. 5bis lid 3 Uitv.besl. Wet BRV 1971 vereist dat activiteiten in hun geheel dienen te worden voortgezet. Wat exact wordt bedoeld met de term 'in haar geheel' is volgens Van der Burgt thans onduidelijk.<sup>358</sup> Het is immers niet ondenkbaar dat de activiteiten van een rechtspersoon in hun aard en omvang veranderen in een periode van drie jaar. Daarnaast merkt Simonis op dat de overwegingen voor niet-voortzetting kennelijk niet relevant zijn en dat het niet van belang is of de niet-voortzetting is ingegeven door ontwikkelingen na de fusie.<sup>359</sup> Een te strikte interpretatie doet onnodig afbreuk aan de doelmatigheid van een voortzettingseis. Dit probleem wordt bovendien versterkt door het gebrek aan een mogelijkheid voor het leveren van tegenbewijs. Rozendal concludeert hieruit terecht een voortzettingseis in veel bonafide gevallen tot overkill leidt.<sup>360</sup> Naar mijn mening is een voortzettingseis niet doelmatig.

---

<sup>355</sup> Simonis, *MBB* 2012/3, par. 5.

<sup>356</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.3.

<sup>357</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.3.

<sup>358</sup> Van der Burgt, *WPNR* 2018/7207, par. 3.3.

<sup>359</sup> Simonis, *MBB* 2012/3, par. 5.

<sup>360</sup> Rozendal, *FBN* 2012/22, par. 4.

#### 4.4.5 Doeltreffendheid van een zakelijkheidstoets

Met ingang van 1 januari 2012 is de juridische fusievrijstelling in de overdrachtsbelasting ingevoerd. Ingevolge art. 5bis lid 1 Uitv.besl. Wet BRV 1971 moet een fusie plaatsvinden op grond van hoofdzakelijk zakelijke overwegingen. Een zakelijkheidstoets heeft een antimisbruikarakter en dient derhalve als zodanig te worden vormgegeven. De invulling van de hoofdzakelijkheidstoets stelt daarentegen eisen aan het doel van de juridische fusie. Zo dient een fusie plaats te vinden met als doel het vergroten van de productiviteit of het verbeteren van de economische of maatschappelijke prestaties van de fuserende rechtspersonen.<sup>361</sup> Voorts worden eisen gesteld aan de betrokken rechtspersonen. Deze moeten een zekere substance hebben en de fusie moet leiden tot substantiële schaalvoordelen en synergie-effecten.<sup>362</sup> Deze invulling spoort in mijn ogen niet met het karakter van de overdrachtsbelasting of met het doel en de strekking van de reorganisatievrijstellingen. Simonis merkt terecht op dat bij een dergelijke beoordeling de inspecteur op de stoel van de ondernemer gaat zitten.<sup>363</sup> Het is echter aan de fuserende rechtspersonen om te beoordelen of een fusie niet-fiscale voordelen oplevert. De taak van de inspecteur zou in mijn ogen beperkt moeten blijven tot het voorkomen van oneigenlijk gebruik van de vrijstelling. De afwezigheid van zakelijke overwegingen kan een aanwijzing vormen voor misbruik. Het vereisen van zakelijke overwegingen is niet in lijn met het antimisbruikarakter wat aan de toets ten grondslag behoort te liggen. Een zakelijkheidstoets is derhalve naar mijn mening niet doeltreffend in het bestrijden van misbruik. In dat opzicht is een anti-ontgaanstoets doeltreffender. Hierbij wordt direct getoetst of de rechtshandeling in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Elk concreet geval dient in zijn geheel te worden onderzocht waarbij alle omstandigheden in aanmerking worden genomen.<sup>364</sup> De toepasbaarheid van een anti-ontgaanstoets in de overdrachtsbelasting bewijst de huidige juridische splitsingsvrijstelling.

#### 4.4.6 Doelmatigheid van een zakelijkheidstoets

De faciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting kenden voorheen eveneens een zakelijkheidstoets. Hiervoor was het vereist dat een herstructurering 'in overwegende mate' plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen in plaats van het huidige 'hoofdzakelijk'. Volgens Simonis is deze afwijking verklaarbaar vanwege het verschil in karakter van de overdrachtsbelasting als verkeersbelasting.<sup>365</sup> Hij betwijfelt daarentegen of dit vergaande verschil gerechtvaardigd is

---

<sup>361</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 59.

<sup>362</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 59.

<sup>363</sup> Simonis, *MBB* 2012/3, par. 3.2.

<sup>364</sup> Zie HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), r.o. 41.

<sup>365</sup> Simonis, *MBB* 2012/3, par. 3.2.

vanwege het verschil in karakter. Bij de juridische splitsingsvrijstelling is immers ook het begrip in overwegende mate gebruikt. Volgens Elink Schuurman en Rozendal is het resultaat hiervan dat deze zakelijkheidstoets aanzienlijk zwaarder is in vergelijking met de anti-ontgaanstoets.<sup>366</sup> Substantiële schaalvoordelen en synergie-effecten zijn in de inkomsten- en vennootschapsbelasting immers niet vereist. Dit leidt volgens de auteurs voorts tot een sterk subjectieve toets aangezien het op voorhand lastig is in te schatten in welke mate deze voordelen worden behaald. Terecht leiden Elink Schuurman en Rozendal hieruit af dat het praktische belang van deze beperkte reikwijdte aanzienlijk is.<sup>367</sup> Veel juridische fusies die plaats vinden op grond van andere doch legitieme zakelijke redenen zullen geen doorgang vinden. Ingeval uitsluitend voor een juridische fusie wordt gekozen vanwege de eenvoudigere civielrechtelijke leveringsvereisten is bijvoorbeeld niet voldaan aan de zakelijkheidstoets.<sup>368</sup> Volgens Simonis is dit standpunt onterecht aangezien met de juridische fusie juist is beoogd om complexe bedrijfsoverdrachten te faciliteren.<sup>369</sup> Voorts is in paragraaf 2.4 vastgesteld dat een interne reorganisatie enkel leidt tot een verhoogde efficiëntie wanneer een onderneming slechter presteert dan de markt. De belastingplichtige wordt zodoende onnodig belemmerd in het uitvoeren van bedrijfseconomisch wenselijke juridische fusies. Het valt niet in te zien waarom hier op voorhand een probleem inzake de heffing van overdrachtsbelasting wordt geconstateerd.

Een ander probleem betreffende het stellen van eisen aan het resultaat van de herstructurering is dat het onduidelijk is of de vrijstelling wordt teruggenomen indien de beoogde schaalvoordelen en synergie-effecten niet worden behaald. Volgens Rozendal is het per definitie een onmogelijke opgave om op voorhand vast te stellen of de fusie zal slagen.<sup>370</sup> Hij interpreteert dit vereiste aldus dat de partijen deze voordelen moeten nastreven. Het daadwerkelijk realiseren van de voordelen is daarbij niet van belang. Vanuit het oogpunt van misbruikbestrijding is het naar mijn mening onterecht om bij een mislukte fusie de vrijstelling terug te nemen. Dit leidt immers tot overkill in gevallen waarin geen sprake is van misbruik. Voor de belastingplichtige staat bovendien geen mogelijkheid open voor het leveren van tegenbewijs. Dit onweerlegbare bewijsvermoeden is te stringent en leidt tot een disproportionele uitwerking van de zakelijkheidstoets. Elink Schuurman en Rozendal concluderen in mijn ogen terecht dat het bedrijfsleven thans wordt geconfronteerd met onnodige belemmeringen voor het doorvoeren van bedrijfseconomisch wenselijke fusies.<sup>371</sup> Dit staat bovendien haaks op het doel van de faciliteit.

---

<sup>366</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.1.1.

<sup>367</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 4.1.2.

<sup>368</sup> Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677), p. 59.

<sup>369</sup> Simonis, *MBB* 2012/3, par. 3.2.

<sup>370</sup> Rozendal, *FBN* 2016/10, par. 3.1.

<sup>371</sup> Elink Schuurman & Rozendal, *WFR* 2012/466, par. 5.

#### 4.5 Eenvoud van de antimisbruikbepalingen

Bij het streven naar rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid is het tot slot van belang dat een bepaling voldoet aan het criterium van eenvoud. Volgens de Nota Zicht op Wetgeving is het van belang dat een bepaling eenvoudig, duidelijk en toegankelijk is.<sup>372</sup> Voor de belastingplichtigen die met de regels worden geconfronteerd moet het duidelijk zijn wat hij mag, dan wel moet doen of nalaten. De kanttekening die hierbij geplaatst wordt is dat vanwege de complexe materie ingewikkelde wetgeving niet altijd is te voorkomen.<sup>373</sup> Een onnodig sterke gedetailleerdheid of verscheidenheid ten aanzien van dezelfde of verwante kwesties doet afbreuk aan de eenvoud van de bepaling. Dit leidt bovendien tot een vermindering van de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

Het stellen van het vereiste dat een herstructurering plaats dient te vinden op grond van zakelijke overwegingen dan wel niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing leidt in de eerste plaats niet tot een eenvoudige regeling. Simonis merkt in dat opzicht terecht op dat een procentuele benadering, wat de begrippen in overwegende mate en hoofdzakelijk impliceren, bij een oogmerktoets snel leidt tot onduidelijkheid.<sup>374</sup> Hiervoor moet immers onderzoek worden gedaan door zowel de belastingplichtige als de inspecteur naar het motief van een herstructurering. Vervolgens is het van belang bij elk motief na te gaan in hoeverre deze daadwerkelijk een rol van betekenis speelt. Hofman en Voorn concluderen derhalve terecht dat de anti-ontgaanstoets onduidelijk is.<sup>375</sup> Hetzelfde geldt in mijn ogen voor een zakelijkheidstoets. Dit komt voorts de uitvoerbaarheid niet ten goede.

In plaats van een open norm kan ook worden geopteerd voor een vaste termijn zoals in de aanhoudings- en voortzettingseis. Volgens Boulogne kan dit echter ongewenst gebruik in de hand werken aangezien het belastingplichtigen bemoedigt om hun herstructureringen daaromheen te plannen.<sup>376</sup> In dat opzicht bestaat een afweging tussen de eenvoud van een bepaling en de overige criteria. Naar mijn mening is daarbij voornamelijk een goede onderlinge afstemming van belang. Hofman en Voorn merken bijvoorbeeld op dat door het verschil in voorwaarden tussen de huidige vrijstellingen in de overdrachtsbelasting een belastingplichtige veel tijd kwijt is aan de beoordeling of aan de vereisten is voldaan.<sup>377</sup> Daarnaast kent elke vrijstelling verschillende eisen of termijnen waar na de herstructurering rekening mee moet worden gehouden. Ten aanzien van de faciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting bestaat de EU-rechtelijke verplichting om een anti-

---

<sup>372</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 30.*

<sup>373</sup> *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 30.*

<sup>374</sup> Simonis, *MBB 2012/3*, par. 3.2.

<sup>375</sup> Hofman & Voorn, *WFR 2021/92*, par. 1.

<sup>376</sup> Boulogne 2016, p. 292.

<sup>377</sup> Hofman & Voorn, *WFR 2021/92*, par. 2.

ontgaanstoets te hanteren. De toetsing van het concrete geval staat daarbij centraal. Vanuit het streven naar onderlinge afstemming is het in mijn optiek gewenst om ditzelfde toetsingskader te hanteren voor alle faciliteit en vrijstellingen. Rozendal merkt terecht op dat de huidige gebrekkige afstemming zich slecht verhoudt tot de doelstelling van het wegnemen van fiscale belemmering, wat zowel aan de OVB-vrijstellingen als de IB/VPB-faciliteiten ten grondslag ligt.<sup>378</sup> De complexiteit van fusies en splitsingen rechtvaardigt naar mijn mening het hanteren van een toets met een open norm. Ingeval hetzelfde toetsingskader wordt gehanteerd voor elk type reorganisatie in alle belastingwetten, wordt voorkomen dat de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid onnodig afnemen.

#### **4.6 Deelconclusie**

In dit hoofdstuk zijn de discrepanties tussen de antimisbruikbepalingen in de verschillende belastingwetten getoetst aan het toetsingskader. Aan de hand van de nationale wettekst, de parlementaire geschiedenis en de nationale en Europese jurisprudentie is onderzocht in welke mate de vastgestelde discrepanties aanvaardbaar zijn. De bevindingen worden in deze paragraaf samengevat waarmee antwoord wordt gegeven op de derde deelvraag.

#### *3. Bestaat een rechtvaardigingsgrond voor de discrepanties in de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen in de verschillende belastingwetten?*

In het kader van legitimiteit staat de vraag centraal wat de rechtvaardigingsgrond is van een wettelijke bepaling is. Door middel van de herstructureringsfaciliteiten is het mogelijk om belastingheffing op verscheidene wijzen uit te stellen dan wel te ontgaan. Voor de bestrijding van dergelijk misbruik bestaat naar mijn mening de voorkeur om een specifieke antimisbruikbepaling op te nemen. Het leerstuk van *fraus legis* als primaire antimisbruikbepaling leidt in mijn ogen tot minder duidelijkheid en rechtszekerheid. Het specifieke karakter van de overdrachtsbelasting vormt daarbij in mijn ogen een gerechtvaardigde reden om af te wijken van de voorwaarden in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Bovendien blijkt uit het arrest *Zwijnenburg* dat de Fusierichtlijn niet van toepassing is op een overdrachtsbelasting. Desalniettemin is voor de splitsingsvrijstelling aansluiting gezocht bij de VPB-faciliteit. Een gegronde reden voor deze aansluiting ontbreekt. De verschillen tussen de rechtshandelingen van diverse reorganisatievormen leveren naar mijn mening geen rechtvaardigingsgrond op voor een afwijkend toetsingskader. Aan elke faciliteit of vrijstelling ligt immers hetzelfde doel ten grondslag. Voor het hanteren van aanvullende voorwaarden afhankelijk van de reorganisatievorm bestaat in mijn ogen wel een rechtvaardigingsgrond aangezien het type misbruik per vorm kan verschillen. Een aanvullende voorwaarde kan in dat geval misbruik effectiever bestrijden.

---

<sup>378</sup> Rozendal, *FBN 2016/10*, par. 4.1.

Het beginsel van rechtmatigheid houdt in dat wetten in de eerste plaats in overeenstemming dienen te zijn met het hoger recht. Daarnaast moeten de rechtsbeginselen worden verwezenlijkt zoals het evenredigheidsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel. Het vrijwillig gelijkstellen van de antimisbruikbepalingen in de overdrachtsbelasting met die van de inkomsten- en vennootschapsbelasting stuit mijns inziens niet op Europeesrechtelijke bezwaren. Dit neemt niet weg dat de toetsen zelfstandig bezien niet in strijd mogen zijn met het EU-recht. Het tweede bewijsvermoeden in de anti-ontgaanstoets is in strijd met de Fusierichtlijn. Ten aanzien van de begrippen 'ontgaan of uitstellen' en 'belastingheffing' en over de kwalificatie van aandeelhoudersmotieven als zakelijke overwegingen bestaat thans onduidelijkheid. Een aanhoudings- en voortzettingseis en een zakelijkheidstoets in de overdrachtsbelasting stuit naar mijn mening niet op Europeesrechtelijke bezwaren. Het hanteren van deze verschillende toetsen in de overdrachtsbelasting doet daarentegen afbreuk aan de rechtzekerheid. Met name de hoofdzakelijkheidstoets in de juridische fusievrijstelling werkt onnodig belemmerend voor de rechtzekerheid. Een vaste termijn zoals bij een aanhoudingseis is in dat opzicht beter, hoewel dit eveneens misbruik en tax planning kan bemoedigen.

De gebrekkige afstemming van de antimisbruikbepalingen kan in mijn ogen gerechtvaardigd zijn indien de toetsen op zichzelf doeltreffend en doelmatig zijn voor de bepaling waar zij betrekking op hebben. De kwaliteitseis doeltreffendheid houdt in dat een wet op effectieve wijze bij dient te dragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen. Een aanhoudingseis is enkel logisch bij een reeds bestaande aandeelhoudersrelatie zoals bij een juridische splitsing of bedrijfsfusie. Een aanhoudingseis toetst echter niet op misbruik en kan als vaste termijn tax planning bemoedigen. Bovendien worden niet alle feiten en omstandigheden in aanmerking genomen waardoor sprake kan zijn van overkill. De doelmatigheid komt daarbij verder in het geding door het ontbreken van een mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs. Tot slot wordt door een aanhoudingseis in de overdrachtsbelasting ten onrechte een beroep gedaan op claimverlies aangezien overdrachtsbelasting wordt geheven van de verkrijger en niet van de vervreemder.

Het hanteren van een voortzettingseis is volgens de HR niet aanvaardbaar bij een doorschuiffaciliteit aangezien de tekst van de wet noch de strekking aanleiding geeft tot het hanteren ervan. Een voortzettingseis kan in dat opzicht wel gerechtvaardigd zijn in de overdrachtsbelasting vanwege het afstel van belastingheffing. Een generieke eis is echter niet doeltreffend omdat deze onvoldoende is toegespitst op het bestrijden van misbruik. Aangezien zonder voortzettingseis specifieke vormen van misbruik mogelijk zijn door middel van een bedrijfsfusie of juridische splitsing, kan het voor deze herstructureringsvormen wel doeltreffend zijn om een afgeslankte voortzettingseis te hanteren. Een



generieke eis is bovendien niet doelmatig omdat de overwegingen voor niet voortzetting irrelevant zijn en geen mogelijkheid bestaat voor het leveren van tegenbewijs.

Een zakelijkheidstoets is in mijn optiek niet doeltreffend omdat het eisen stelt aan de motieven voor de rechtshandeling of het resultaat ervan waardoor het antimisbruikarakter van de toets uit het oog wordt verloren. Bovendien past dit niet bij het karakter van de overdrachtsbelasting als transactiebelasting. Voorts bestaat het risico dat de inspecteur op de stoel van de ondernemer gaat zitten. In dat opzicht is een anti-ontgaanstoets doeltreffender omdat hierbij direct wordt getoetst of sprake is van misbruik. Bovendien is de huidige hoofdzakelijkheidstoets een stuk zwaarder dan de anti-ontgaanstoets. Het gebrek aan een mogelijkheid voor het leveren van tegenbewijs doet onnodig afbreuk aan de doelmatigheid.

Bij het streven naar rechtmatigheid, doeltreffendheid en doelmatigheid is het tot slot van belang dat een bepaling voldoet aan het criterium van eenvoud. Het stellen van het vereiste dat een herstructurering plaats dient te vinden op grond van zakelijke overwegingen, dan wel niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing leidt in de eerste plaats niet tot een eenvoudige regeling. De complexiteit van herstructureringsrechtvaardigt echter naar mijn mening het hanteren van een complexere antimisbruiktoets. Een goede onderlinge afstemming is daarbij met name van belang zodat de administratieve lasten voor de belastingplichtige worden beperkt. Het hanteren van hetzelfde toetsingskader in elke belastingwet en voor elke herstructureringsvorm kan de eenvoud, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid verbeteren.

## **5. Synchronisatie van de antimisbruikbepalingen**

### **5.1 Inleiding**

In hoofdstuk vier is vastgesteld dat vanuit het criterium van legitimiteit een rechtvaardigingsgrond bestaat voor het hanteren van verschillende antimisbruiktoetsen in de diverse belastingwetten. In het kader van rechtmatigheid, doeltreffendheid, doelmatigheid en eenvoud zijn mijns inziens de huidige discrepanties tussen de antimisbruikbepalingen niet aanvaardbaar. In dit hoofdstuk wordt onderzocht of het wenselijk is om tot synchronisatie van de toetsen over te gaan. Allereerst wordt de huidige mate van synchronisatie besproken aan de hand van de tot dusver gewezen jurisprudentie. Vervolgens wordt aan de hand van de vierde deelvraag onderzocht of het wenselijk is om de antimisbruikbepalingen te synchroniseren. Hierdoor wordt dezelfde toets gehanteerd voor zowel de inkomsten-, vennootschaps- als overdrachtsbelasting. Bij deze invulling is het de vraag of een volledig synchrone toepassing tussen de belastingwetten wenselijk is. Dit houdt in dat zowel de faciliteiten in de IB en VPB, alsmede de OVB-vrijstellingen altijd synchroon worden verleend of geweigerd. Het is in dat geval niet mogelijk dat bijvoorbeeld de VPB-faciliteit wel wordt toegekend maar de OVB-vrijstelling wordt geweigerd. Daarnaast wordt eveneens beoordeeld of het op aandeelhoudersniveau wenselijk is om tot volledige synchronisatie over te gaan. Oneigenlijk gebruik van één van de aandeelhouders blokkeert in dat geval de faciliteit voor elke aandeelhouder. Op basis van deze bevindingen wordt, in samenhang met de resultaten uit hoofdstuk vier, een voorstel gedaan voor de optimale vormgeving en invulling van de antimisbruikbepalingen in de diverse belastingwetten. Hiermee wordt antwoord gegeven op de vijfde deelvraag. Hierbij wordt aangestipt hoe de aanvullingen en verbeteringen zich verhouden binnen het toetsingskader. Het uitgangspunt hierbij is dat het Europese recht, in het bijzonder de Fusierichtlijn, als gegeven wordt beschouwd. Tot slot worden de bevindingen van dit hoofdstuk samengevat en wordt een conclusie getrokken over de wenselijkheid en optimale vormgeving van synchronisatie.

### **5.2 Synchronisatie van de toetsen**

Ten aanzien van de anti-ontgaanstoets in de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en de juridische splitsingsvrijstelling zijn drie noemenswaardige arresten geweest. De lijn die de HR daarbij heeft uitgezet is echter niet onomstreden. Zo bestaan twijfels over de EU-rechtelijke houdbaarheid van de uitspraken en de wenselijkheid van de synchronisatie. Achtereenvolgens worden deze drie arresten besproken waarbij tevens aandacht wordt besteed aan de conclusies van A-G Wattel.

### 5.2.1 Jurisprudentie inzake synchronisatie

In het arrest van 29 juni 2012 (BNB 2012/261) oordeelde de HR dat de VPB-faciliteit geweigerd moet worden indien sprake is van misbruik op aandeelhoudersniveau.<sup>379</sup> In casu had een voorgenomen splitsing als enkel doel het vormen van een alternatieve route voor de feitelijke uitkoop van een aandeelhouder. De HR neemt daarbij de conclusie van het Hof Arnhem over dat de splitsing in overwegende mate is gericht op het uitstellen van directe heffing van inkomstenbelasting. A-G Wattel concludeerde daarentegen dat het weigeren van de VPB-faciliteit willekeurig en disproportioneel is.<sup>380</sup> De VPB-faciliteit wordt namelijk geweigerd hoewel misbruik plaatsvindt in de inkomstenbelasting, de VPB-claim onveranderd behouden blijft en uitstel van vennootschapsbelasting geen hoofddoel is. Het weigeren van de VPB-faciliteit belast volgens de A-G de verkeerde stille reserves, de stille reserves in de onderneming in plaats van in de aandelen, bij de verkeerde persoon, de vennootschap in plaats van de aandeelhouder. Een reguliere uitkoop van een aandeelhouder door middel van een vervreemding door die aandeelhouder of door inkoop van de aandelen door de vennootschap leidt immers niet tot heffing van vennootschapsbelasting. A-G Wattel leidt voorts onder meer uit het arrest Cadbury Schweppes van het HvJ af dat dit EU-rechtelijk onaanvaardbaar is.<sup>381</sup> In dat arrest oordeelde het HvJ dat bestrijding van misbruik niet verder mag gaan dan nodig om de gevolgen van het geconstateerde misbruik weg te nemen.<sup>382</sup> Volgens de A-G dient het oneigenlijke gebruik te worden bestreden door het enkel weigeren van de IB-faciliteit.

In het arrest van 13 september 2019 (BNB 2019/175) was de vraag aan de orde in welke mate sprake is van volledige synchronisatie. De Hoge Raad oordeelde dat de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling van art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971 uitgelegd dienen te worden in overeenstemming met de faciliteit in de vennootschapsbelasting.<sup>383</sup> A-G Wattel had daarentegen ernstige twijfels bij het idee van volledige synchronisatie.<sup>384</sup> Het is zijns inziens niet duidelijk wat de wetgever voor ogen had met de beoogde aansluiting bij de vennootschapsbelasting. Hij plaatst drie kanttekeningen waardoor de kennelijk beoogde synchronisatie geen doorgang vindt. Ten eerste moet art. 14a Wet VPB 1969 worden uitgelegd conform art. 15 FR.<sup>385</sup> Ten tweede volgt uit het arrest Zwijnenburg van het HvJ dat de overdrachtsbelasting geen onderdeel is van de Fusierichtlijn. Het HvJ oordeelde namelijk dat enkel de belastingen waarop de richtlijn uitdrukkelijk betrekking heeft in

---

<sup>379</sup> HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, r.o. 3.4.2.

<sup>380</sup> Concl. A-G Wattel 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:PHR:2012:BP6629, r.o. 10.11.

<sup>381</sup> Concl. A-G Wattel 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:PHR:2012:BP6629, r.o. 10.12.

<sup>382</sup> HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes), r.o. 47 en 60.

<sup>383</sup> HR 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297, r.o. 2.3.5.

<sup>384</sup> Concl. A-G Wattel 16 april 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:PHR:2019:394, r.o. 4.10-4.11.

<sup>385</sup> Concl. A-G Wattel 16 april 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:PHR:2019:394, r.o. 4.9.

aanmerking kunnen komen voor de faciliteit en dus binnen de werkingssfeer van de antimisbruikbepalingen vallen.<sup>386</sup> Een belasting geheven over de verwerving van onroerende zaken valt daar niet onder. De voordelen van de richtlijn kunnen niet worden geweigerd indien sprake is van misbruik in een belasting waarop de Fusierichtlijn geen betrekking heeft.<sup>387</sup> Tot slot wijst A-G Wattel op het feit dat de overdrachts- en vennootschapsbelasting verschillende belastbare feiten, verschillende strekkingen en verschillende vormen van misbruik hebben.<sup>388</sup>

Voorts oordeelde de HR in het arrest van 18 december 2020 (BNB 2021/35) dat de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling van art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971 uitgelegd dienen te worden in overeenstemming met de Fusierichtlijn.<sup>389</sup> Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat de wetgever nadrukkelijk heeft willen aansluiten bij de voorwaarden van de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting.<sup>390</sup> A-G Wattel kwam ditmaal, in navolging van BNB 2019/175, tot dezelfde conclusie.<sup>391</sup> Het verschil in karakter tussen de overdrachtsbelasting en vennootschapsbelasting noopt volgens de A-G niet tot een andere uitkomst. Hij wijst daarbij op het feit dat de antimisbruikbepalingen voor beide wetten identiek zijn geformuleerd en de wetgever expliciet heeft beoogd de bepalingen op elkaar aan te laten sluiten. De volledige synchronisatie wordt zijns inziens verder bevestigd door de gebruikte terminologie.<sup>392</sup> Zo hanteert art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971 eveneens het begrip 'uitstellen van belastingheffing' hoewel uitstel van overdrachtsbelasting niet mogelijk is. Hij plaatst daarentegen wel de kanttekening dat andere vormen van misbruik mogelijk zijn. Het antimisbruikverbod van art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971 dient derhalve zelfstandig te worden geïnterpreteerd, zoveel mogelijk conform de vennootschapsbelasting en de Fusierichtlijn.<sup>393</sup>

### **5.2.2 Synchrone toepassing van de antimisbruikbepalingen**

In feite komt de reikwijdte van de synchronisatie neer op de vraag wat onder het begrip 'belastingheffing' dient te worden verstaan in de anti-ontgaanstoets in de diverse belastingwetten. Uit BNB 2012/261 blijkt dat onder belastingheffing in de Wet VPB 1969 eveneens inkomstenbelasting dient te worden verstaan. Deze conclusie is in lijn met het systeem van geïntegreerde toetsing dat de wetgever voor ogen had bij invoering van de faciliteiten. Bovendien wijst De Vries op het feit dat het

---

<sup>386</sup> HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 50.

<sup>387</sup> HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 54.

<sup>388</sup> Concl. A-G Wattel 16 april 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:PHR:2019:394, r.o. 4.10.

<sup>389</sup> HR 18 december 2020, nr. 20/00199, ECLI:NL:HR:2020:2078, ro. 2.3.2.

<sup>390</sup> Besluit van 6 februari 1999 (Stb. 1999, 68), p. 4.

<sup>391</sup> Concl. A-G Wattel 18 augustus 2020, nr. 20/00199, ECLI:NL:PHR:2020:715, r.o. 5.3.

<sup>392</sup> Concl. A-G Wattel 18 augustus 2020, nr. 20/00199, ECLI:NL:PHR:2020:715, r.o. 5.7.

<sup>393</sup> Concl. A-G Wattel 18 augustus 2020, nr. 20/00199, ECLI:NL:PHR:2020:715, r.o. 7.1.

begrip belastingheffing grammaticaal beschouwd ruimer is dan enkel de vennootschapsbelasting.<sup>394</sup> Indien de wetgever bewust andere belastingwetten heeft willen negeren, was het begrip vennootschapsbelasting passender geweest. In gelijke zin bestaat volgens De Vries geen reden om de formulering ‘belastingfraude of belastingontwijking’ uit de Fusierichtlijn te verengen tot één belastingsoort.<sup>395</sup> Uit het arrest Zwijnenburg blijkt dat dit in essentie belastingen zijn op vennootschappen en hun deelgerechtigden, in het bijzonder over meerwaarden.<sup>396</sup> De vraag is echter of het weigeren van de VPB-faciliteit bij oneigenlijk gebruik in de inkomstenbelasting op EU-rechtelijke bezwaren stuit. De Vries concludeert in mijn optiek terecht dat het opmerkelijk is dat zowel de A-G als de HR een acte clair aanwezig oordelen hoewel hun standpunten tegenovergesteld zijn.<sup>397</sup> Naar zijn oordeel had de HR prejudiciële vragen moeten stellen over zowel de inhoud van het begrip belastingheffing in de zin van de Fusierichtlijn, alsmede op welke wijze het EU-rechtelijke proportionaliteitsbeginsel in acht moet worden genomen. Uit het arrest Leur-Bloem en Zwijnenburg kan namelijk worden afgeleid dat het HvJ het evenredigheidsbeginsel lijkt te omarmen ten aanzien van de antimisbruikbepalingen.<sup>398</sup> Meussen vraagt zich in dat opzicht af of de uitspraak van de HR wel zo richtlijnconform is als bedoeld.<sup>399</sup>

Naar mijn mening verzet het Europese evenredigheidsbeginsel zich tegen het systeem van volledige synchronisatie dat de HR heeft neergelegd in BNB 2012/261. Van den Broek leidt in mijn ogen terecht uit het arrest Zwijnenburg af dat indien sprake is van het ontwijken van één bepaalde belasting, het beginsel van proportionaliteit voorschrijft dat de antimisbruikbepaling enkel wordt toegepast in de desbetreffende belasting.<sup>400</sup> Boulogne merkt bovendien op dat de bewoording ‘geheel of gedeeltelijk teniet doen’ uit art. 15 FR toepassing van het beginsel van proportionaliteit toestaat.<sup>401</sup> In haar conclusie voor het arrest Zwijnenburg betoogt A-G Kokkot eveneens dat het evenredigheidsbeginsel vereist dat slechts in die mate belastingvoordelen worden geweigerd om het misbruik teniet te doen of af te wenden.<sup>402</sup> Dit strookt in haar optiek met de strikte uitleg van de antimisbruikbepalingen. Daarnaast is het antimisbruikverbod in art. 15 FR een weerspiegeling van het algemene verbod op misbruik van het EU-recht. A-G Wattel leidde derhalve in mijn ogen terecht af uit het arrest Cadbury

---

<sup>394</sup> De Vries, *BNB* 2012/261, par. 4.

<sup>395</sup> De Vries, *BNB* 2012/261, par. 10.

<sup>396</sup> HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 51.

<sup>397</sup> De Vries, *BNB* 2012/261, par. 13.

<sup>398</sup> HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), r.o. 43 en HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 54-55.

<sup>399</sup> Meussen, *FED* 2012/107, par. 4.

<sup>400</sup> Van den Broek 2011, p. 308.

<sup>401</sup> Boulogne 2016, p. 282.

<sup>402</sup> Concl. A-G Kokkot 16 juli 2009, C-352/08, r.o. 67-68.

Schweppes dat de bestrijding van misbruik niet verder mag gaan dan nodig om de gevolgen van het geconstateerde misbruik weg te nemen.<sup>403</sup>

Daarnaast merkt De Vries op dat de synchrone toepassing niet in lijn is met het nationale evenredigheidsbeginsel en bovendien niet past binnen de wetssystematiek.<sup>404</sup> De inkomsten- en vennootschapsbelasting wordt geheven van individuele personen. Het is in dat opzicht niet logisch dat de fiscale facilitering afhankelijk wordt gesteld van de motieven of gedragingen van een ander persoon. Een kenmerk van het klassieke stelsel is immers dat bij de heffing van vennootschapsbelasting geen rekening wordt gehouden met de heffing bij de aandeelhouders. De wetgever heeft verzuimd om uit te leggen waarom voor de lijn van volledige synchronisatie is gekozen. Dezelfde redentatie kan mijns inziens worden doorgetrokken ten aanzien van toekenning van de faciliteit aan de aandeelhouders. Het is niet proportioneel om de faciliteit van een aandeelhouder afhankelijk te stellen van de motieven of gedragingen van een andere aandeelhouder. Vanuit het oogpunt van rechtmatigheid is derhalve het systeem van volledige synchronisatie niet aanvaardbaar. Aanvullend komt door de grote mate van overkill bij het weigeren van de faciliteiten aan elke aandeelhouder en aan de rechtspersoon de doelmatigheid sterk in het geding.

Sinds BNB 2019/175 staat vast dat de juridische splitsingsvrijstelling conform de faciliteiten in de vennootschapsbelasting uitgelegd dient te worden. In paragraaf 4.3.1 is vastgesteld dat geen EU-rechtelijke verplichting bestaat om de antimisbruikbepalingen in de overdrachtsbelasting conform art. 15 FR vorm te geven. Een vrijwillige gelijkgeschakeling is toegestaan. Dit brengt evenwel met zich mee dat de gelijkgeschakelde bepalingen conform het EU-recht uitgelegd dienen te worden. De arresten BNB 2019/175 en BNB 2021/35 zijn in dat opzicht niet in strijd met het EU-recht. Door het arrest Zwijnenburg is een volledige synchronisatie echter niet mogelijk. Belastingfraude of -ontwijking in de overdrachtsbelasting kan immers de faciliteiten waarop de Fusierichtlijn wel betrekking heeft niet blokkeren.<sup>405</sup> Doordat de juridische splitsingsvrijstelling zelfstandig moet worden getoetst, kan de uitkomst verschillen in vergelijking met de toets in de inkomsten- of vennootschapsbelasting. Hierdoor wordt naar mijn mening meer recht gedaan aan het evenredigheidsbeginsel. Op het moment dat geen sprake is van het ontgaan van overdrachtsbelasting, is het niet proportioneel om de OVB-vrijstelling te weigeren. Samenvattend is het systeem van volledige synchronisatie EU-rechtelijk gezien niet mogelijk. Het toepassen of weigeren van een faciliteit kan naar mijn mening niet afhankelijk worden gesteld van het toepassen of weigeren van een faciliteit in een andere belastingwet of van een andere

---

<sup>403</sup> HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes), r.o. 47 en 60.

<sup>404</sup> De Vries, *BNB* 2012/261, par. 12.

<sup>405</sup> HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 52-55.

persoon. Een tweede vraag is of het wenselijk is om de antimisbruikbepalingen in de overdrachtsbelasting te synchroniseren door het invoeren van de anti-ontgaanstoets in de desbetreffende vrijstellingen.

### 5.2.3 Wenselijkheid van synchronisatie van de antimisbruikbepalingen

In navolging van de arresten BNB 2019/175 en BNB 2021/35 is in de literatuur de wenselijkheid van synchronisatie in twijfel getrokken. Volgens de Redactie Vakstudie Nieuws is de anti-ontgaanstoets uit de vennootschapsbelasting ongeschikt voor de overdrachtsbelasting gelet op het verschil in karakter tussen de belastingwetten.<sup>406</sup> Van Straaten is dezelfde mening toegedaan en stelt dat heroverweging van de synchronisatie noodzakelijk is omdat het toepassingsbereik van de vrijstelling te groot is.<sup>407</sup> Uit BNB 2019/175 volgt namelijk dat de juridische splitsingsvrijstelling kan worden toegepast in de situatie waarin een belastingplichtige om zakelijke redenen vermogensbestanddelen wenst af te splitsen en te vervreemden aan een derde.<sup>408</sup> Van Straaten leidt hieruit af dat indien het bedrijfseconomisch opportuun is om een bedrijfsonderdeel met onroerende zaken af te stoten, heffing van overdrachtsbelasting zelden van toepassing is zodra is aangetoond dat de afsplitsing berust op zakelijke motieven.<sup>409</sup> De ruimte voor de inspecteur om alsnog het ontgaan van overdrachtsbelasting aan te tonen is in dat geval zeer beperkt.

Boomsluiter constateert dat in de jurisprudentie de laatste jaren een beweging zichtbaar is waarbij de overwegingen voor de verkoop (het doel) centraal worden gesteld in plaats van de overwegingen voor keuze voor de rechtshandeling, zoals een afsplitsing (het middel).<sup>410</sup> Zij leidt uit de recent gewezen jurisprudentie af dat enkel het aantonen van zakelijke overwegingen voldoende wordt geacht voor toepassing van de faciliteit, ongeacht hoe deze overwegingen zich verhouding tot het fiscale voordeel. Uit het arrest Foggia volgt immers dat geen sprake is van zakelijke overwegingen indien deze overwegingen volstrekt marginaal zijn aan het te verwachten fiscale voordeel.<sup>411</sup> Volgens Boomsluiter is de kernvraag van de antimisbruikbepalingen wat de hoofdreden is voor het kiezen voor een afsplitsing.<sup>412</sup> Terecht merkt zij op dat een verkoop altijd commercieel gedreven is waardoor de antimisbruikbepaling de facto betekenisloos wordt. A-G Wattel kwam tot dezelfde conclusie.<sup>413</sup> Hij

---

<sup>406</sup> Redactie Vakstudie-Nieuws, *V-N* 2019/43.9.

<sup>407</sup> Van Straaten, *BNB* 2019/175, par. 4.

<sup>408</sup> HR 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297, r.o. 2.3.5 en HR 2 juni 2006, nr. 41 942, ECLI:NL:HR:2006:AU8201 (Bulkgasarrest) r.o. 3.3.3.

<sup>409</sup> Van Straaten, *BNB* 2019/175, par. 4.

<sup>410</sup> Boomsluiter, *MBB* 2021/17, par. 3.1.

<sup>411</sup> HvJ 11 november 2011, C-126/10 (Foggia), r.o. 47.

<sup>412</sup> Boomsluiter, *MBB* 2021/17, par. 3.3.

<sup>413</sup> Concl. A-G Wattel 16 april 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:PHR:2019:394, r.o. 8.7.

haalt bovendien de wetsgeschiedenis aan waarin expliciet is gesteld dat een afsplitsing met de wens tot verkoop niet is ingegeven door zakelijke overwegingen.<sup>414</sup> De staatssecretaris merkt daarnaast in zijn cassatieberoepschrift op dat het anders mogelijk is dat een transactie, zoals een verkoop van een bedrijfsonderdeel, die naar doel en strekking van de Wet BRV 1970 belast behoort te zijn, via de rechtsvorm van juridische splitsing buiten de heffing blijft. De vrijstelling is hiervoor uitdrukkelijk niet bedoeld.<sup>415</sup> Boomsluiters meent dat enkel de reden voor de keuze voor een bepaalde herstructureringsvorm relevant is.<sup>416</sup> De reden voor verkoop of afstoting is niet van belang.

Hoewel in mijn ogen de redenering van Boomsluiters, de staatssecretaris en A-G Wattel begrijpelijk is, dient de anti-ontgaanstoets primair in de context van de Fusierichtlijn te worden uitgelegd. In het arrest Leur-Bloem oordeelde het HvJ dat fiscale begeleiding van toepassing is zonder onderscheid, ongeacht welke redenen en of deze van financiële, economische of fiscale aard zijn.<sup>417</sup> In het arrest Zwijnenburg vult het HvJ hierop aan dat slechts bij uitzondering en in bijzondere omstandigheden de voordelen van de richtlijn teniet kunnen worden gedaan.<sup>418</sup> In deze arresten maakt het HvJ geen onderscheid tussen het doel en het middel. In het arrest Leur-Bloem wordt bijvoorbeeld verwezen naar de overwegingen voor de 'rechtshandeling' en niet naar de keuze voor de desbetreffende vorm.<sup>419</sup> Voorts wordt in het arrest Zwijnenburg gesproken over de motieven voor de 'voorgenomen transactie'.<sup>420</sup> A-G Kokkot merkt bovendien in haar conclusie bij het arrest Zwijnenburg op dat een onderscheid tussen doel en middel de organisatorische vrijheid van de onderneming buitensporig beperkt.<sup>421</sup> Het kiezen van de fiscaal meest voordelige variant voor een herstructurering kan niet per definitie een grond zijn voor belastingontwijking.<sup>422</sup> De conclusie die Van Straaten trok dat van heffing van overdrachtsbelasting niet snel sprake zal zijn bij een bedrijfseconomisch opportune verkoop of afsplitsing is derhalve in mijn ogen juist. De Fusierichtlijn heeft nu eenmaal een ruim toepassingsbereik waarbij de antimisbruikbepaling eng wordt toegepast. Door de gelijkschakeling van de anti-ontgaanstoets in art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971 met de faciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, en daardoor eveneens met art. 15 FR, kan de bepalingen niet conform het

---

<sup>414</sup> *Kamerstukken II 1997/98*, 25 709, nr. 3 (MvT), p. 7-8.

<sup>415</sup> Besluit van 6 februari 1999 (Stb. 1999, 68), p. 5.

<sup>416</sup> Boomsluiters, *MBB 2021/17*, par. 3.5.

<sup>417</sup> HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), r.o. 36.

<sup>418</sup> HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 45.

<sup>419</sup> HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), r.o. 40.

<sup>420</sup> HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 42 en 44.

<sup>421</sup> Concl. A-G Kokkot 16 juli 2009, C-352/08 (Zwijnenburg), r.o. 44.

<sup>422</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 11 december 2003, C-364/01 (Barbier), r.o. 71 en HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes), r.o. 36-37.



oorspronkelijke doel worden uitgelegd. Dit is slechts anders indien aannemelijk kan worden gemaakt dat de rechtshandeling in overwegende mate is gericht op het ontgaan van overdrachtsbelasting.

Deze enge interpretatie is naar mijn mening niet wenselijk voor de overdrachtsbelasting. De verkoop van een onderneming met onroerende zaken aan een derde, hetzij via een reguliere overdracht of via een afsplitsing, vormt in mijn optiek een transactie die naar het doel en de strekking van de Wet BRV 1970 belast is met overdrachtsbelasting. De anti-ontgaanstoets van art. 15 FR verhindert toepassing van de vrijstelling niet. Deze toets is derhalve ongeschikt gelet op het oorspronkelijke doel van de antimisbruikbepaling van art. 5c Uitv.besl. Wet BRV 1971. Het synchroniseren van de antimisbruikbepalingen in de overdrachtsbelasting door invoering van de anti-ontgaanstoets is daarom mijns inziens niet wenselijk. Desalniettemin is het eveneens onwenselijk om de huidige discrepanties in de OVB-vrijstelling te laten bestaan. In de volgende paragraaf wordt beoordeeld welke antimisbruiktoets in mijn ogen het meest geschikt is voor de overdrachtsbelasting.

### **5.3 Optimale vormgeving synchronisatie**

In paragraaf 4.2.3 is vastgesteld dat het karakter van de overdrachtsbelasting voldoende rechtvaardigingsgrond oplevert voor het hanteren van een andere antimisbruiktoets dan in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. De toepassing van deze Europees getinte anti-ontgaanstoets is te ruim waardoor de vrijstelling in de overdrachtsbelasting niet snel kan worden geweigerd. Als gevolg hiervan kan de anti-ontgaanstoets in de juridische splitsingsvrijstelling niet conform het oorspronkelijke doel uitgelegd worden. Desalniettemin is het vanuit het oogpunt van een goede onderlinge afstemming en rechtszekerheid wenselijk om de antimisbruiktoetsen in de overdrachtsbelasting te synchroniseren. Het invoeren van de hoofdzakelijkheidstoets van art. 5bis Uitv.besl. Wet BRV 1971 is naar mijn mening niet wenselijk. Het stellen van eisen aan zowel de motieven voor de rechtshandeling alsmede het resultaat is niet doeltreffend en doelmatig. Het antimisbruikarakter van de bepaling wordt hierdoor uit het oog verloren. De afwezigheid van zakelijke overwegingen houdt niet per definitie in dat sprake is van misbruik. Voorts past het stellen van eisen aan het resultaat van een herstructurering mijns inziens niet bij het karakter van de overdrachtsbelasting als transactiebelasting.

Het opnemen van een aanhoudingseis geflankeerd met een voortzettingseis, zoals thans voor de bedrijfsfusievrijstelling geldt, is in mijn ogen evenmin wenselijk. Een aanhoudingseis houdt geen rekening met het feit dat overdrachtsbelasting wordt geheven van de verkrijger en niet van de vervreemder. Daarnaast wordt niet direct op misbruik getoetst en worden de feiten en omstandigheden van het concrete geval niet in aanmerking genomen. Hierdoor is sprake van een grote

mate van overkill. Het invoeren van een tegenbewijsmogelijkheid doet tot op zekere hoogte meer recht aan de doelmatigheid van de bepaling. Het is echter naar mijn mening onwenselijk om elke vervreemding op voorhand als misbruik te bestempelen. De administratieve lasten voor belastingplichtigen kunnen hierdoor onnodig toenemen. Bij complexe herstructureringsplannen kunnen bovendien meerdere driejaarstermijnen gaan lopen die stuk voor stuk in de gaten gehouden moeten worden. Een generieke voortzettingseis is in gelijke zin niet doeltreffend of doelmatig. Het hanteren van een afgeslankte voortzettingseis die wel is toegespitst op specifieke vormen van misbruik, zoals in art. 5b Uitv.besl Wet BRV 1971, kan uitkomst bieden. Dit is daarentegen niet eenvoudig te implementeren vanwege het ontbreken van een concerndefinitie voor de herstructureringsvormen. Een tegenbewijsmogelijkheid zou in ieder geval noodzakelijk zijn om de overwegingen voor niet-voortzetting in ogenschouw te nemen. Desalniettemin kan het lastig zijn te bepalen wanneer sprake is van niet-voortzetting. Het is niet ondenkbaar dat de activiteiten van een onderneming wijzigen binnen een tijdsbestek van drie jaar. In dat geval dient te worden vastgesteld wanneer sprake is van niet-voortzetting. Aansluiten bij het begrip gedeeltelijke staking uit de inkomstenbelasting vormt daarbij een mogelijkheid. Zoals in paragraaf 3.4.3 is toegelicht is enige terughoudendheid daarbij echter geboden gelet op het andere karakter van de overdrachtsbelasting. Tot slot kan een vaste termijn tax planning in de hand werken. De voordelen in het kader van rechtszekerheid en eenvoud wegen derhalve naar mijn mening niet op tegen de zojuist benoemde bezwaren.

De invoering van een nieuwe anti-ontgaanstoets heeft naar mijn mening de voorkeur. De complexiteit van herstructureringen rechtvaardigt mijns inziens het hanteren van een dergelijke oogmerktoets. Het is daarbij wel van belang dat de koppeling met de vennootschapsbelasting, en tevens de Fusierichtlijn, wordt losgelaten. De Redactie Vakstudie-Nieuws merkt terecht op dat een ont koppeling verdedigbaar is gelet op het andere karakter van de overdrachtsbelasting.<sup>423</sup> In de juridische fusie-, splitsings- en bedrijfsfusievrijstelling wordt een nieuwe toets geïntroduceerd waarbij de rechtshandeling niet in overwegende mate mag zijn gericht op het ontgaan van overdrachtsbelasting. Door het hanteren van het begrip 'overdrachtsbelasting' wordt verduidelijkt dat sprake is van een zelfstandige toets. Het uitstellen van inkomsten- of vennootschapsbelasting leidt niet per definitie tot weigeren van de vrijstelling. Hiervoor dient eveneens sprake te zijn van het ontgaan van overdrachtsbelasting. Om de bewijslastpositie van de inspecteur te verbeteren wordt, conform de IB- en VPB-faciliteiten, het bewijsvermoeden geïntroduceerd waarbij bij het ontbreken van zakelijke overwegingen de rechtshandeling wordt geacht te zijn gericht op het ontgaan van overdrachtsbelasting. Het is in dat

---

<sup>423</sup> Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2019/43.9.

geval aan de belastingplichtige om het tegendeel te bewijzen. Alleen de belastingplichtige kan immers aangeven wat de overwegingen zijn. Verschuiving van de bewijslast past daarbij binnen het systeem van de normale verdeling van de bewijslast.<sup>424</sup> Ter bevordering van de rechtszekerheid wordt aan de belastingplichtige de mogelijkheid geboden om zekerheid vooraf te verkrijgen inzake de vraag of de rechtshandeling in overwegende mate is gericht op het ontgaan van overdrachtsbelasting.

Het doel van de antimisbruikbepalingen blijft gelijk. Heffing van overdrachtsbelasting mag geen hinderpaal zijn bij de positionering van onroerende zaken binnen het concern of bij het doorvoeren van bedrijfseconomisch wenselijke reorganisaties.<sup>425</sup> Anderzijds dient te worden verhinderd dat een verkoop wordt ingekleed als een reorganisatie waarbij het overwegende doel is het ontgaan van overdrachtsbelasting.<sup>426</sup> Het doorvoeren van een reorganisatie vanwege kostenbesparing of het kiezen van de vorm van juridische fusie of splitsing vanwege de eenvoudigere leveringsvoorwaarden, levert in beginsel geen grond op voor het vaststellen van misbruik. Dit is enkel het geval indien het verwachte voordeel volstrekt marginaal is in vergelijking tot het fiscale voordeel.<sup>427</sup> Evenals bij de inkomsten- en vennootschapsbelasting dient derhalve een afweging plaats te vinden tussen de zakelijke overwegingen en het te behalen fiscale voordeel.

Door het invoeren van deze nieuwe anti-ontgaanstoets is het mogelijk om alle relevante feiten en omstandigheden van het concrete geval in aanmerking te nemen. Op die manier kan misbruik effectiever worden bestreden waardoor tevens een grote mate van overkill wordt voorkomen. De criteria van eenvoud, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid komen daarbij in mijn ogen slechts beperkt in het geding. Een soortgelijke toets dient immers al plaats te vinden in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Op basis van dezelfde feiten dient te worden bepaald of de rechtshandeling is gericht op het ontgaan van inkomsten-, vennootschaps- en overdrachtsbelasting. Indien voor één van deze belastingwetten deze vraag bevestigend wordt beantwoord, wordt enkel voor deze belastingwet de faciliteit of vrijstelling geweigerd. Dit strookt met zowel het Europese als het nationale beginsel van proportionaliteit. Indien sprake is van het ontwijken van inkomstenbelasting wordt de faciliteit enkel geweigerd voor de aandeelhouders waar het misbruik zich manifesteert.

---

<sup>424</sup> *Kamerstukken II 1999/00, 26 728, nr. 6 (NV II), p. 74.*

<sup>425</sup> In de zin van het Besluit van 22 december 2011 (Stb. 2011, 677) p. 58 en het Besluit van 27 februari 1996 (Stb. 1996, 144), p. 5.

<sup>426</sup> In de zin van het Besluit van 27 februari 1996 (Stb. 1996, 144), p. 5.

<sup>427</sup> In de zin van HvJ 11 november 2011, C-126/10 (Foggia).

## 5.4 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht of het wenselijk is om de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen in de Wet VPB 1969, de Wet IB 2001 en de Wet BRV 1970 te synchroniseren (de vierde deelvraag). Vervolgens is onderzocht hoe de synchronisatie van de antimisbruikbepalingen in mijn ogen optimaal vorm kan worden gegeven (de vijfde deelvraag). De resultaten van deze toetsing worden hierna per deelvraag samengevat.

### *4. Is het wenselijk om de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen te synchroniseren in de verschillende belastingwetten?*

Het synchroniseren van de antimisbruikbepalingen ziet op twee aspecten. Ten eerste dat in zowel de inkomsten-, vennootschaps- en overdrachtsbelasting dezelfde antimisbruiktoets wordt gehanteerd. Ten tweede dat de faciliteiten en de vrijstellingen altijd in samenhang worden verleend of geweigerd. In BNB 2012/261 oordeelde de HR dat misbruik op aandeelhoudersniveau in de inkomstenbelasting de VPB-faciliteit voor de rechtspersoon kan blokkeren. Naar mijn mening verzet het Europese evenredigheidsbeginsel zich echter tegen dit systeem van volledige synchronisatie. De antimisbruikbepaling van art. 15 FR dient namelijk eng te worden uitgelegd. Daarnaast is het antimisbruikverbod van art. 15 FR een weerspiegeling van het algemene verbod op misbruik van het EU-recht. Uit het arrest Cadbury Schweppes blijkt dat de bestrijding van misbruik niet verder mag gaan dan nodig om de gevolgen van het geconstateerde misbruik weg te nemen. Voorts is deze benadering niet in lijn met het nationale evenredigheidsbeginsel en past niet binnen de wetssystematiek van individuele belastingheffing. In gelijke zin is het mijns inziens niet proportioneel om de faciliteit van een aandeelhouder afhankelijk te stellen van de motieven of gedragingen van een andere aandeelhouder. Vanuit het oogpunt van rechtmatigheid is derhalve het systeem van volledige synchronisatie niet aanvaardbaar. Aanvullend komt door de grote mate van overkill bij het weigeren van de faciliteiten aan elke aandeelhouder en aan de rechtspersoon de doelmatigheid sterk in het geding.

De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting is gelijkgeschakeld met de faciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Uit BNB 2019/175 blijkt dat de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling uitgelegd dienen te worden in overeenstemming met de VPB-faciliteit. Voorts oordeelde de HR in BNB 2021/35 dat de splitsingsvrijstelling eveneens conform art. 15 FR uitgelegd moet worden. In mijn ogen is het niet wenselijk om de antimisbruiktoetsen in de overdrachtsbelasting gelijk te schakelen met de anti-ontgaanstoets in de vennootschapsbelasting. Door de enge uitleg van art. 15 FR is namelijk niet snel sprake van misbruik in de overdrachtsbelasting. Hierdoor kan de bepaling niet conform het oorspronkelijke doel worden uitgelegd. De verkoop van een onderneming

met onroerende zaken aan een derde, hetzij via een reguliere overdracht of via een afsplitsing, vormt in mijn optiek een transactie die naar het doel en de strekking van de Wet BRV 1970 belast is met overdrachtsbelasting. De anti-ontgaanstoets van art. 15 FR verhindert toepassing van de vrijstelling niet. Desalniettemin is het vanuit het oogpunt van een goede onderlinge afstemming en rechtszekerheid wenselijk om de antimisbruiktoetsen in de overdrachtsbelasting te synchroniseren.

*5. Hoe dient een synchronisatie van de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen optimaal te worden vorm gegeven?*

Het karakter van de overdrachtsbelasting levert in mijn ogen voldoende rechtvaardigingsgrond voor het hanteren van een andere antimisbruiktoets dan in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Voor de invulling van de optimale synchronisatie heeft de invoering van een nieuwe anti-ontgaanstoets in de overdrachtsbelasting naar mijn mening de voorkeur. De hoofdzakelijkheidstoets van art. 5bis Uitv.besl. Wet BRV 1971 is onvoldoende toegespitst op het bestrijden van misbruik en is niet doeltreffend. Een aanhoudingseis en voortzettingseis zijn evenmin wenselijk door de grote mate van overkill. Door elke vervreemding op voorhand aanmerken als misbruik kunnen de administratieve lasten voor belastingplichtigen onnodig toenemen om het tegendeel te bewijzen. De voordelen in het kader van rechtszekerheid en eenvoud wegen derhalve naar mijn mening niet op tegen de zojuist benoemde bezwaren.

In plaats daarvan is het mijns inziens aanbevolen om in de juridische fusie-, splitsings- en bedrijfsfusievrijstelling een nieuwe toets te introduceren waarbij de rechtshandeling niet in overwegende mate mag zijn gericht op het ontgaan van overdrachtsbelasting. De koppeling met de vennootschapsbelasting en de Fusierichtlijn wordt daardoor expliciet losgelaten. Door het invoeren van deze nieuwe anti-ontgaanstoets is het mogelijk om alle relevante feiten en omstandigheden van het concrete geval in aanmerking te nemen. Op die manier kan misbruik effectiever worden bestreden waardoor tevens een grote mate van overkill wordt voorkomen. De criteria van eenvoud, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid komen daarbij in mijn ogen slechts beperkt in het geding. Een soortgelijke toetsing dient immers al plaats te vinden in de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

## 6. Conclusie en aanbevelingen

Teneinde bedrijfseconomisch wenselijke reorganisaties fiscaal niet te belemmeren, zijn door de wetgever in de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en overdrachtsbelasting fiscale faciliteiten opgenomen die het mogelijk maken om een herstructurering, onder bepaalde voorwaarden, zonder belastingheffing plaats te laten vinden. Om oneigenlijk gebruik te voorkomen zijn daarin antimisbruikbepalingen opgenomen. De invulling van deze antimisbruikbepalingen is niet identiek waardoor een verscheidenheid aan bepalingen is ontstaan. Dit roept de vraag op of een rechtvaardiging bestaat voor deze discrepanties? Het kabinet heeft immers aangegeven dat het fusies en splitsingen die vanuit bedrijfseconomische overwegingen zijn ingegeven fiscaal niet wenst te belemmeren. Door de huidige discrepanties is het mogelijk dat interne reorganisaties alsnog worden belemmerd. Het voorgaande heeft geleid tot de volgende probleemstelling:

*Is het wenselijk om de discrepanties in de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen in de Wet VPB 1969, de Wet IB 2001 en de Wet BRV 1970 weg te nemen door middel van synchronisatie en – zo ja – wat is de meest optimale vormgeving daarvoor?*

Het doel van dit onderzoek is om inzicht te krijgen in de onderlinge verhouding tussen de antimisbruikbepalingen in de fiscale faciliteiten en vrijstellingen voor fusies en splitsingen in de vennootschapsbelasting, inkomstenbelasting en overdrachtsbelasting. Ten aanzien van de geconstateerde discrepanties is getoetst aan de hand van de criteria van legitimiteit, rechtmatigheid, doeltreffendheid, doelmatigheid en eenvoud in welke mate daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. De vervolgvraag is of het wenselijk is om deze discrepanties weg te nemen door middel van synchronisatie van de antimisbruikbepalingen. Op basis van de bevindingen is onderzocht hoe de antimisbruikbepalingen optimaal kunnen worden vorm gegeven. Ter beantwoording van de probleemstelling zijn de volgende deelvragen opgesteld, welke in de rest van dit hoofdstuk worden beantwoord.

*1. Wat zijn de overwegingen voor de invoering van een fiscale vrijstelling voor fusies en splitsingen in de verschillende belastingwetten?*

De doelstellingen van een interne reorganisatie kunnen globaal in twee categorieën worden verdeeld:

- enerzijds het administratief, organisatorisch en financieel optimaal laten functioneren van een concern;
- anderzijds het verbeteren van de flexibiliteit en continuïteit door in te spelen op een toekomstige bedrijfsopvolging of herstructurering.

De keuze ten aanzien van de herstructureringsvorm zal derhalve afhankelijk zijn van de doelstelling, het gewenste resultaat en de civielrechtelijke vormvoorschriften. Door een verplichte afrekening over de fiscale claim of door de heffing van overdrachtsbelasting kunnen liquiditeitsproblemen ontstaan waardoor herstructureringen geen doorgang vinden. Om bedrijfseconomisch ingegeven interne reorganisaties fiscaal niet te belemmeren zijn fiscale faciliteiten wenselijk.

## *2. Wat zijn de verschillen en overeenkomsten tussen de fiscale faciliteiten en vrijstellingen voor fusies en splitsingen tussen de verschillende belastingwetten?*

Het centrale kenmerk van de faciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting is dat de fiscale claim wordt doorgeschoven waardoor belastingheffing wordt uitgesteld. In de overdrachtsbelasting is daarentegen sprake van een vrijstelling waarbij belastingheffing wordt afgesteld. De antimisbruikbepalingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting hebben een anti-ontgaanstoets, welke is gebaseerd op de Fusierichtlijn. Dit houdt in dat de faciliteiten niet worden verleend indien de rechtshandeling in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Volgens het eerste bewijsvermoeden wordt de rechtshandeling geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. De bedrijfsfusie- en splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting kennen daarnaast een tweede bewijsvermoeden. Indien de aandelen in de verkrijgende of overdragende rechtspersoon binnen drie jaar na de rechtshandeling worden vervreemd, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht.

De vrijstellingen in de overdrachtsbelasting kennen elk een andere antimisbruikbepaling. Voor de bedrijfsfusievrijstelling geldt een vervreemdingsverbod op de aandelen en een voortzettingseis van de overgedragen onderneming van drie jaar. De antimisbruikbepaling voor de juridische splitsingsvrijstelling sluit tekstueel aan op de bepaling in de vennootschapsbelasting. Hierbij is sprake van zowel het eerste als tweede bewijsvermoeden. De juridische fusievrijstelling hanteert daarentegen een afwijkende toets waarin is bepaald dat de fusie plaats dient te vinden op grond van hoofdzakelijk zakelijke overwegingen. In plaats van een tweede bewijsvermoeden is sprake van een vervreemdingsverbod, dat alleen van toepassing is indien bij een juridische fusie een OZR betrokken is dan wel als gevolg daarvan ontstaat.

## *3. Bestaat een rechtvaardigingsgrond voor de discrepanties in de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen in de verschillende belastingwetten?*

Het specifieke karakter van de overdrachtsbelasting vormt in de eerste plaats in mijn ogen een gerechtvaardigde reden om af te wijken van de voorwaarden in de inkomsten- en

vennootschapsbelasting. De verschillen tussen de rechtshandelingen van diverse reorganisatievormen leveren naar mijn mening geen rechtvaardigingsgrond op voor een afwijkend toetsingskader. Aan elke faciliteit of vrijstelling ligt immers hetzelfde doel ten grondslag. Het hanteren van een afwijkende toets in de overdrachtsbelasting stuit mijns inziens niet op Europeesrechtelijke bezwaren. Het hanteren van verschillende toetsen doet daarentegen afbreuk aan de rechtszekerheid. Vanuit het oogpunt van doeltreffendheid en doelmatigheid bestaat mijns inziens eveneens geen rechtvaardigingsgrond voor deze discrepanties. Een aanhoudingseis, een generieke voortzettingseis en een zakelijkheidstoets zijn in mijn optiek op zichzelf niet doeltreffend en doelmatig voor de bepalingen waar zij betrekking op hebben. Tot slot leidt het hanteren van verschillende toetsen tot een afname van de eenvoud waardoor tevens de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid onnodig in het geding komen.

*4. Is het wenselijk om de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen te synchroniseren in de verschillende belastingwetten?*

Synchronisatie van de antimisbruikbepalingen ziet in de eerste plaats op het hanteren van dezelfde toets in de diverse belastingwetten. In mijn ogen is het niet wenselijk om de antimisbruiktoetsen in de overdrachtsbelasting gelijk te schakelen met de anti-ontgaanstoets in de inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en de Fusierichtlijn. Door de enge uitleg van art. 15 FR is namelijk niet snel sprake van misbruik in de overdrachtsbelasting. Zo vormt in mijn ogen een afsplitsing gevolgd door de verkoop van een onderneming inclusief een onroerende zaak aan een derde een transactie die belast hoort te zijn met overdrachtsbelasting. De anti-ontgaanstoets van art. 15 FR verhindert toepassing van de vrijstelling niet. Hierdoor kan de bepaling niet conform het oorspronkelijke doel worden uitgelegd. Desalniettemin is het vanuit het oogpunt van een goede onderlinge afstemming en rechtszekerheid wenselijk om de antimisbruiktoetsen in de overdrachtsbelasting te synchroniseren.

In de tweede plaats ziet synchronisatie op het in samenhang verlenen of weigeren van de faciliteiten. Naar mijn mening verzet het Europese evenredigheidsbeginsel zich tegen deze vorm van synchrone toepassing. De bestrijding van misbruik mag in navolging van het arrest Cadbury Schweppes niet verder gaan dan nodig om de gevolgen van het geconstateerde misbruik weg te nemen. Voorts is deze benadering niet in lijn met het nationale evenredigheidsbeginsel en past niet binnen de wetssystematiek van individuele belastingheffing. In gelijke zin is het mijns inziens niet proportioneel om de faciliteit van een aandeelhouder afhankelijk te stellen van de motieven of gedragingen van een andere aandeelhouder. Vanuit het oogpunt van rechtmatigheid is derhalve het systeem van volledige synchronisatie niet aanvaardbaar. Aanvullend komt door de grote mate van overkill bij het weigeren van de faciliteiten aan elke aandeelhouder en aan de rechtspersoon de doelmatigheid in het geding.



*5. Hoe dient een synchronisatie van de antimisbruikbepalingen voor fusies en splitsingen optimaal te worden vorm gegeven?*

Voor de invulling van de optimale synchronisatie heeft de invoering van een nieuwe anti-ontgaanstoets in de overdrachtsbelasting naar mijn mening de voorkeur. In de juridische fusie-, splitsings- en bedrijfsfusievrijstelling wordt een nieuwe toets geïntroduceerd waarbij de rechtshandeling niet in overwegende mate mag zijn gericht op het ontgaan van overdrachtsbelasting. De koppeling met de vennootschapsbelasting en de Fusierichtlijn wordt expliciet losgelaten. Door het invoeren van deze nieuwe anti-ontgaanstoets is het mogelijk om alle relevante feiten en omstandigheden van het concrete geval in aanmerking te nemen. Op die manier kan misbruik effectiever worden bestreden waardoor tevens een grote mate van overkill wordt voorkomen. De criteria van eenvoud, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid komen daarbij in mijn ogen slechts beperkt in het geding. Een soortgelijke toetsing dient immers al plaats te vinden in de inkomsten- en vennootschapsbelasting.

## Literatuurlijst

### **Boomsluiter, WFR 2018/60**

E. Boomsluiter, 'Bewijsvermoedens in de Wet VPB 1969: de grenzen verder aangescherpt', *WFR* 2018/60.

### **Boomsluiter 2019**

E. Boomsluiter, 'Interne reorganisatiefaciliteiten in de vennootschapsbelasting', in: A.J.A. Stevens & J.L. van de Streek (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting. Lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

### **Boomsluiter, MBB 2021/17**

E. Boomsluiter, 'Afstoting, afsplitsing en overwegingen: een Bermudadriehoek', *MBB* 2021/17.

### **Boulogne 2016**

F. Boulogne, *Shortcomings in the EU Merger Directive*, Series on International Tax Law, Aplhen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V 2016.

### **Van den Brande-Boomsluiter 2004**

E. van den Brande-Boomsluiter, *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting*, FM nr. 110, Deventer: Wolters Kluwer 2004.

### **Brickley & Van Drunen, Journal of Accounting and Economics 1990**

J.A. Brickley & L.D. Van Drunen, 'Internal Corporate Restructuring. An Empirical Analysis', *Journal of Accounting and Economics* (12) 2003, p. 251-280.

### **Van den Broek 2011**

H. van den Broek, 'Cross-Border Mergers within the EU Proposals to Remove the Remaining Tax Obstacles', Series on International Tax Law, Aplhen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V 2011.

### **Van den Broek 2019**

J.J. van den Broek, 'Vijftig jaar Europeanisering van de fiscale fusie- en splitsingsfaciliteiten', in: A.J.A. Stevens & J.L. van de Streek (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting. Lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Broeksteeg e.a. 2005**

J.L.W. Broeksteeg, E.M.J. Hardy, S. Klosse, M.G.W.M. Peeters & L.F.M Verhey, 'Zicht op wetgevingskwaliteit. Een onderzoek naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State.' Boom Juridische uitgevers, 2005.

**Van der Burgt 2009**

G.C. van der Burgt, *De bedrijfsfusie in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Fed Fiscale Brochures, Deventer: Wolters Kluwer 2009.

**Van der Burgt & Koster, in: *Cursus Belastingrecht Vpb 2021***

G.C. van der Burgt & H Koster, in: A.W. Hofman & J.L. van de Streek (red.), *Cursus Belastingrecht VPB*, Deventer: Wolters Kluwer.

**Van der Burgt & De Vries, *WFR 2012/1693***

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 2012/1693*.

**Van der Burgt, *WPNR 2018/7207***

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

**Dijstelbloem 1984**

H.G.M. Dijstelbloem, *Fiscale faciliteiten bij interne reorganisaties van naamloze en besloten vennootschappen*. Deventer: Wolters Kluwer 1984.

**Dolfin, *TFO 2004/115***

R.E.J. Dolfin, 'Het faciliteren van een interne reorganisatie in de vennootschapsbelasting', *TFO 2004/115*, p. 115-144.

**Easterbrook & Fischel, *The Yale Law Journal 1982***

F.H. Easterbrook & D.R. Fischel, 'Corporate Control Transactions', *The Yale Law Journal* (91) 1982, afl. 4, p. 698-738.

**Elink Schuurman, WPNR 2015/7060**

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

**Elink Schuurman & Rozendal, WFR 2012/464**

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

**Elsweier 2018**

F.J. Elsweier, *Een rechtsvergelijking tussen de Nederlandse en Duitse winstbelasting van lichamen. Rechtsregels uit de Duitse Körperschaftsteuer en Gewerbesteuer als inspiratiebron voor de Nederlandse vennootschapsbelasting*. FM nr. 153, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Gassler 2006**

Y.E. Gassler, *De verkrijging van aandelen in de overdrachtsbelasting*, FM nr. 117, Deventer: Wolters Kluwer 2006.

**Gassler, Van Kempen & Laren 2018**

Y.E. Gassler, M.L.M. van Kempen & D. van Laren, in: M.L.M. van Kempen, A.C. Rijkers & S.A.W.J. Strik (red.), *Cursus Belastingrecht Overdrachtsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Van der Geld, BNB 1998/32**

J.A.G. van der Geld, annotatie bij HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem), *BNB 1998/32*.

**Heithuis, Kavelaars & Schuver 2018**

E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting. Inclusief hoofdzaken loonbelasting en premieheffing*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Heithuis 2019**

E.J.W. Heithuis, 'Inleiding', in: E.J.W. Heithuis (red.), *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Hofman & Voorn, WFR 2021/92**

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

**Kampschöer 2019**

G.W.J.M. Kampschöer, 'Fiscale eenheid', in E.J.W. Heithuis (red.), *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Koopal, *Onderneming en Financiering* 2001/47**

M.A. Koopal, 'Methoden van Fusie', *Onderneming en Financiering* 2001/47, p. 2-6.

**Pawasker, *Vikalpa* 2001**

V. Pawasker, 'Effect of Mergers on Corporate Performance in India', *Vikalpa* (26) 2001, afl. 1, p. 19-32.

**Petrosovitch, *European Taxation* 2012**

K. Petrosovitch, 'European Union - Abuse under the Merger Directive', *European Taxation* (50) 2010, afl. 12, p. 558-567.

**Maher, *Taxes The Tax Magazine* 1976**

J.M. Maher, 'Discounts for Lack of Marketability for Closely Held Business Interests', *Taxes The Tax Magazine* (54) 1976, afl. 9, p. 562-571.

**Mantravadi & Reddy, *Review of Industry and Management***

P. Mantravadi & A.V. Reddy, 'Type of Merger and Impact on Operating Performance: The Indian Experience', *Review of Industry and Management* (43) 2008, afl. 39, p. 66-74.

**Marres 2017**

O.C.R. Marres, 'De toekomst van fraus legis in de vennootschapsbelasting', in: L.J.A. Pieterse & R. van Scharrenburg (red.), *Springende punten. Liber Amicorum mr. P.J. van Amersfoort (Van Amersfoort-bundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Meussen, *FED* 2012/107**

G.Th.K. Meussen, annotatie bij HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *FED* 2012/107.

**Moroney, *Taxes The Tax Magazine* 1973**

R.E. Moroney, 'Most Courts Overvalue Closely Held Stocks', *Taxes The Tax Magazine* (51) 1973, afl. 3, p. 144-154.

**Nieuweboer 2019**

M. Nieuweboer, 'Fusies en splitsingen', in: E.J.W. Heithuis (red.), *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2019/14.10**

Redactie Vakstudie-Nieuws, 'Vrijstelling uit EU-renteroyaltyrichtlijn komt toe aan daadwerkelijk genothebbenden, behoudens misbruik', V-N 2019/14.10.

**Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2019/43.9**

Redactie Vakstudie Nieuws, annotatie bij HR 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297, V-N 2019/43.9.

**Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2020/65.17**

Redactie Vakstudie-Nieuws, annotatie bij HR 18 december 2020, nr. 20/00199, ECLI:NL:HR:2020:2078, V-N 2020/65.17.

**De Reus, in: *Sdu Commentaar Wet Inkomstenbelasting 2001, art. 3.8 Wet IB 2001***

M.M. de Reus, commentaar op art. 3.8 Wet IB 2001, in: *Sdu commentaar Wet inkomstenbelasting 2001*, Den Haag: Sdu Uitgevers.

**Robben 2006**

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

**Robben, WPNR 2015/7060**

M.T.E. Robben, 'De gewijzigde interne reorganisatievrijstelling', WPNR 2015/7060.

**Rozendal, FBN 2012/22**

A. Rozendal, 'De nieuwe juridische fusiefaciliteit in de overdrachtsbelasting (deel II)', FBN 2012/22.

**Rozendal, FBN 2013/10**

A. Rozendal, 'Aanpassingen van de interne reorganisatievrijstelling in de overdrachtsbelasting', *FBN* 2013/10, nr. 53.

**Rozendal, FBN 2016/10**

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

**Sallee & Stoll, Pratt's Journal of Bankruptcy Law 2012**

M.G Sallee & B. Stoll, 'Subsidiary Restructurings', *Pratt's Journal of Bankruptcy Law* (8) 2012, afl. 2, p. 131-140.

**Van Schilfgaarde e.a. 2017**

P. van Schilfgaarde, J.D.M. Schoonbrood, J.W. de Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Silber, Financial Analysts Journal 1991**

W.L. Silber, 'Discounts on Restricted Stock: The Impact of Illiquidity on Stock Prices', *Financial Analysts Journal* (47) 1991, afl. 4, p. 60-64.

**Simonis, MBB 2012/3**

P.H.M. Simonis, 'Juridische fusie en overdrachtsbelasting: art. 5bis', *MBB* 2012/3.

**Simonis e.a. 2018**

P.H.M. Simonis, G.C. van Eck, E.R. Roelofs & R.L.P. van der Velden, *Juridische fusies van kapitaalvennootschappen. Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, SDU 2018.

**Slovin & Sushka, Journal of Financial Economics 1998**

M.B. Slovin & M.E. Sushka, 'The economics of parent-subsidary mergers: an empirical analysis', *Journal of Financial Economics* (49) 1998, p. 255-270.

**De Smit 2019**

R.C. de Smit, 'Deelnemingsvrijstelling', in n: E.J.W. Heithuis (red.), *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Smits, WFR 2007/409**

L.B. Smits, 'Europeesrechtelijke fricties inzake art. 14a, zesde lid, Wet VPB 1969', *WFR* 2007/409.

**Van Straaten, BNB 2019/175**

J.C. van Straaten, annotatie bij HR 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB* 2019/175.

**Tigelaar-Klootwijk 2013**

Y.M. Tigelaar-Klootwijk, *Bedrijfsopvolging bij natuurlijke personen. Een onderzoek naar de fiscale bedrijfsopvolgingsfaciliteiten* (dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam), 2013.

**Van der Velden & Visser, WFR 2020/15**

R.L.P. van der Velden & P. Visser, 'Het antimisbruikvoorbehoud van de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting', *WFR* 2020/15.

**Verburgh 2007**

M.A. Verburg, *Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar juridische fusie, splitsing en omzetting* (dissertatie Erasmus Universiteit Rotterdam), 2007.

**Vink & Van Hulsten 2019**

Y. Vink & L.C. van Hulsten, 'Juridische zelfstandigheid versus concerngedachte', in: A.J.A. Stevens & J.L. van de Streek (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting. Lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**De Vries, Juridische fusie (FM nr. 84) 1998**

R.J. de Vries, *Juridische fusie (Fiscale monografieën, nr. 84)*, Deventer: Wolters Kluwer 1998.

**De Vries, BNB 2012/261**

R.J. de Vries, annotatie bij HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261.



### **De Vries 2019**

R.J. de Vries, 'Het fiscaal-juridisch fundament van de diverse reorganisatiefaciliteiten in de vennootschapsbelasting: betekenis en reikwijdte van de fiscale indeplaatstredingsfictie en toerekeningsfictie', in: A.J.A. Stevens & J.L. van de Streek (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting. Lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

### **De Vries, BNB 2019/175**

R.J. de Vries, annotatie bij HR 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB* 2019/175.

### **De Vries, BNB 2021/35**

R.J. de Vries, annotatie bij HR 18 december 2020, nr. 20/00199, ECLI:NL:HR:2020:2078, *BNB* 2021/35.

### **Weber, in: *Cursus Belastingrecht EBR***

D.M. Weber, in: M.L.M. van Kempen, A.W. Hofman & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht EBR*, Deventer: Wolters Kluwer.

### **Jurisprudentielijst**

Concl. A-G Wattel 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:PHR:2012:BP6629

Concl. A-G Wattel 16 april 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:PHR:2019:394

Concl. A-G Wattel 18 augustus 2020, nr. 20/00199, ECLI:NL:PHR:2020:715

HR 29 mei 1974, nr. 17 346, ECLI:NL:HR:1974:AX4479

HR 27 april 1994, nr. 28 239, ECLI:NL:HR:1994:ZC5654

HR 6 november 1985, nr. 22 834, ECLI:NL:PHR:1985:AW8164

HR 28 juni 1989, nr. 25 464, ECLI:NL:HR:1989:ZC4069

HR 17 januari 1990, nr. 26 221, ECLI:NL:HR:1990:ZC4205

HR 19 december 1990, nr. 26 536, ECLI:NL:HR:1990:ZC4489

HR 25 augustus 1993, nr. 28 234, ECLI:NL:PHR:1993:BH8514

HR 29 augustus 1997, nr. 32 431, ECLI:NL:PHR:1997:AA2238

HR 25 oktober 2000, nr. 35 957, ECLI:NL:HR:2000:AA7846

HR 9 mei 2003, nr. 37 553, ECLI:NL:HR:2003:AF1906

HR 2 juni 2006, nr. 41 941, ECLI:NL:PHR:2006:AU8201

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

HR 30 november 2012, nr. 11/00167, ECLI:NL:HR:2012:BV7390

HR 21 april 2017, nr. 15/05278, ECLI:NL:HR:2017:639

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

HR 18 december 2020, nr. 20/00199, ECLI:NL:HR:2020:2078

RB Den Haag 25 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1319

### **Jurisprudentielijst Hof van Justitie**

Concl. A-G Kokkot 16 juli 2009, C-352/08 (Zwijnenburg)

HvJ 13 december 1991, C-164/90 (Muwi Bouwgroep)

HvJ 17 juli 1997, C-28/95 (Leur-Bloem)

HvJ 15 januari 2002, C-43/00 (Randers Sport)

HvJ 11 december 2003, C-364/01 (Barbier)

HvJ 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes)

HvJ 5 juni 2007, C-321/05 (Kofoed)

HvJ 20 mei 2010, C-352/08 (Zwijnenburg)

HvJ 11 november 2011, C-126/10 (Foggia)

HvJ 29 maart 2012, C-417/10 (3M Italia)

HvJ 8 maart 2017, C-14/16 (Euro Park Service)

HvJ 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16 (Deister en Juhler)

HvJ 19 december 2018, C-374/17 (A-Brauerei)

HvJ 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16 (N Luxembourg 1)

### **Regelgeving en parlementaire stukken**

#### **Richtlijnen**

##### **Richtlijn 78/885/EEG**

Derde Richtlijn van de EEG betreffende fusies van naamloze vennootschappen, 9 oktober 1978, nr. 78/855, *PbEG* 20 oktober 1978, nr. L 295/36.

##### **Richtlijn 2009/113/EG**

Richtlijn 2009/113/EG van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zeten van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, *PbEU* 25 november 2009, nr. L 310/34.

## **Richtlijn (EU) 2016/1164**

Richtlijn (EU) 2016/1164 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, *PbEU* 12 juli 2017, nr. L 193/1.

## **Kamerstukken**

*Kamerstukken II* 1981/82, 16 453, nr. 6 (MvA)

*Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2

*Kamerstukken II* 1991/92, 22 338, nr. 3 (MvT)

*Kamerstukken II* 1995/96, 24 702, nr. 3 (MvT)

*Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 3 (MvT)

*Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 5 (NV II)

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

*Kamerstukken II* 1998/99, 26 727, nr. 7 (NV II)

*Kamerstukken II* 1998/99, 26 728, nr. 3 (MvT)

*Kamerstukken II* 1999/00, 26 728, nr. 6 (NV II)

*Kamerstukken II* 2004/05, 30 107, nr. 2

## **Besluiten**

### **Besluit van 18 oktober 1991, nr. DB91/5160**

Resolutie Staatssecretaris van Financiën 9 september 1991, DB91/2799, zoals gewijzigd bij Resolutie 18 oktober 1991, DB91/5160

### **Besluit van 27 februari 1996 (Stb. 1996, 144)**

Besluit van 27 februari 1996 tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (Stb. 1996, 144)

### **Besluit van 6 februari 1999 (Stb. 1999, 68)**

Besluit van 6 februari 1999 houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (splitsing van rechtspersonen) (Stb. 1999, 68)

**Besluit van 15 december 2005 (Stb. 2005, 668)**

Besluit van 15 december 2005 tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer in verband met de afschaffing van de kapitaalsbelasting (Stb. 2005, 668)

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

Besluit van 22 december 2011 tot wijziging van enige fiscale uitvoeringsbesluiten (Stb. 2011, 677)

**Besluit van 25 mei 2018 (Stcrt. 2018, 50125)**

Besluit van 25 mei 2018, Overdrachtsbelasting. Ondernemingsfaciliteiten. (Stcrt. 2018, 50125)

**Besluit van 9 maart 2018 (Stcrt. 2018, 27139)**

Besluit van 9 maart 2018, Inkomstenbelasting. Aanmerkelijk belang. Verzamelbesluit. (Stcrt. 2018, 27139)

**Besluit van 28 april 2021 (Stcrt. 2021, 22897)**

Besluit van 28 april 2021, Vennootschapsbelasting, bedrijfsfusie, toepassing artikel 14, tweede lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Stcrt. 2021, 22897)

**Overige publicaties**

Persbericht Ministerie van Financiën 10 januari 2003, 2003/05