

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale economie

# De lijn in de jurisprudentie over de ontgaanstoets van de fusie- en splitsingsfaciliteiten

Naam student: Jack Ramkisoen

Studentnummer: 617161

Begeleider: mr. A.H.W. Brits

Tweede beoordelaar: mr. R.B.N. van Ovost

Datum definitieve versie: 30 juni 2024

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.

## **Inhoud**

1. Inleiding
2. De reorganisatiefaciliteiten in het algemeen
  - 2.1. Inleiding
  - 2.2. De reorganisatiefaciliteiten voor de deelnemende rechtspersonen
    - 2.2.1. Aandelenfusie
    - 2.2.2. Bedrijfsfusie
    - 2.2.3. Juridische fusie
    - 2.2.4. Splitsing
  - 2.3. De reorganisatiefaciliteiten voor de aandeelhouders
    - 2.3.1. Aandelenfusie
    - 2.3.2. Bedrijfsfusie
    - 2.3.3. Juridische fusie
    - 2.3.4. Splitsing
  - 2.4. De ontgaanstoets
3. De ontgaanstoets in de jurisprudentie
  - 3.1. Inleiding
  - 3.2. Hof van Justitie uitspraken
    - 3.2.1. Leur-Bloem
    - 3.2.2. Zwijnenburg
    - 3.2.3. Foggia
  - 3.3. Invulling door de jurisprudentie
    - 3.3.1. In overwegende mate gericht op
    - 3.3.2. Ontgaan of uitstel
    - 3.3.3. Belastingheffing
    - 3.3.4. Zakelijke overwegingen
  - 3.4. Overige casussen
4. Is er een lijn te trekken?
  - 4.1. Inleiding
  - 4.2. Een lijn in specifieke situaties
    - 4.2.1. Herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden
    - 4.2.2. Herstructurering of rationalisering van passieve werkzaamheden
    - 4.2.3. Aandeelhoudersmotieven
      - 4.2.3.1. Verkoop
      - 4.2.3.2. Ruziesplitsing
    - 4.2.4. Bedrijfsopvolging
    - 4.2.5. Uitkoop
5. Conclusie
6. Bronvermelding
  - 6.1. Literatuurlijst
  - 6.2. Jurisprudentie
  - 6.3. Parlementaire behandeling

## 1. Inleiding

Elk jaar maken nog steeds veel bedrijven, vennootschappen en aanmerkelijkbelanghouders gebruik van de fiscale reorganisatiefaciliteiten in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (vanaf nu Wet VPB) en de Wet inkomstenbelasting 2001 (vanaf nu Wet IB) zodat er geen heffing van deze twee belastingen ontstaat op het moment van een reorganisatie. Immers de wet voorziet erin om reorganisaties wegens bedrijfseconomische redenen onder voorwaarden fiscaal niet in de weg te staan, zolang de belastingclaim op stille en fiscale reserves maar blijft voortbestaan<sup>1</sup>. Maar om voor de toepassing van deze faciliteiten in aanmerking te komen moet er wel aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan. Bij de beoordeling of aan deze voorwaarden is voldaan zie je de meeste discussie bij de zogeheten ontgaanstoets. Deze toets sluit toepassing van de faciliteiten uit “indien de bedrijfsfusie/fusie/splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing”<sup>2 3</sup>. De vraag is dan wanneer een reorganisatie in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Voor de beantwoording van deze vraag moet er gekeken worden naar de feiten en omstandigheden van de specifieke situatie.<sup>4</sup> Er moet dus naar elk geval apart gekeken worden of er geen sprake is van een reorganisatie die in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

De actuele Fusierichtlijn waarop de ontgaanstoets is gebaseerd is ingevoerd in 2009. Echter de bepaling die ziet op de ontgaanstoets<sup>5</sup> kwam al in een soortgelijke gedaante voor in de Fusierichtlijn uit 1990<sup>6</sup>. Wij hebben dus al bijna 34 jaar te maken gehad met een zakelijkheidstoets (tot 2001) en later ontgaanstoets en in die tijd is er een hoop jurisprudentie tot stand gekomen. In deze scriptie hoop ik door middel van jurisprudentie te onderzoeken of er inmiddels al een lijn valt te trekken rondom de vraag van wanneer er sprake is van een reorganisatie die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Vandaar is mijn centrale probleemstelling:

*Is er een lijn te trekken uit de jurisprudentie wat betreft de invulling van de ontgaanstoets van de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB en de Wet VPB en wat houdt deze lijn eventueel in?*

In het vervolg van de scriptie zal een globale uitleg gegeven worden over hoe de reorganisatiefaciliteiten in elkaar zitten. Vervolgens zal ik op zoek gaan naar gepubliceerde jurisprudentie hierover en deze samenvatten om een beeld te vormen van wat de begrippen binnen de ontgaanstoets inhouden en hoe deze over het algemeen wordt toegepast. Hierna zal ik proberen om een lijn te ontdekken wat betreft de invulling van de ontgaanstoets, waarbij ik een onderverdeling in verschillende

---

<sup>1</sup> Heithuis, Van den Dool, De Graaf, Kampschoër, Nieuweboer & De Smit 2023, par 7.1.

<sup>2</sup> Art. 14 lid 4, art. 14a lid 6 en art. 14b lid 5 Wet VPB.

<sup>3</sup> Art. 3.55 lid 4 onder b, art. 3.56 lid 4 en art. 3.57 lid 4 Wet IB.

<sup>4</sup> Heithuis, Van den Dool, De Graaf, Kampschoër, Nieuweboer & De Smit 2023, par. 7.7.2.

<sup>5</sup> Art. 15 Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009.

<sup>6</sup> Art. 11 Richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990.

situaties zal maken om te kijken of er in die situaties aanwijzingen zijn die kunnen aangeven of er sprake is van een reorganisatie die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Tot slot vat ik de resultaten samen en licht ik de eventuele lijn toe. Tevens zal deze scriptie zich met name richten op zuiver binnenlandse situaties in de vennootschappelijke sferen.

## **2. De reorganisatiefaciliteiten in het algemeen**

### **2.1 *Inleiding***

De centrale gedachte achter de reorganisatiefaciliteiten is om reorganisaties die om bedrijfseconomische redenen wenselijk worden geacht niet in de weg te staan met belastingheffing. Bij een reorganisatie ontstaat er namelijk in beginsel heffing, omdat er fiscaal gezien sprake is van (fictieve) overdracht van vermogensbestanddelen of een staking van de onderneming. Hierdoor moet er worden afgerekend over de nu geactiveerde stille reserves en de nu vrijgevallen fiscale reserves, voor zover deze aanwezig zijn. Kort gezegd wordt hierdoor bij de aandeelhouders die natuurlijke personen zijn in box 2 van de Wet IB belasting geheven en bij de aandeelhouders die belastingplichtig zijn voor de Wet VPB (vanaf nu VPB-plichtig) in de Wet VPB belasting geheven. Bij de vennootschappen zelf wordt ook belasting geheven, mits deze belastingplichtig zijn voor de Wet VPB (vanaf nu VPB-plichtig), aangezien deze vennootschappen nu fiscaal gezien winst realiseren, ter waarde van de stille reserves en fiscale reserves. Deze manier van reorganisatie is de ruisende methode. Echter bevat de Wet IB een aantal faciliteiten die heffing bij de aandeelhouders uitstelt en de Wet VPB een aantal faciliteiten die heffing bij de vennootschappen zelf uitstelt. Dit is de geruisloze of gefacilieerde methode en heeft vaak de voorkeur. Aandeelhouders en de vennootschappen zelf hebben namelijk ten tijde van de reorganisatie mogelijk niet de liquiditeiten om de heffing te betalen, aangezien er niet altijd opbrengsten worden gerealiseerd.<sup>7</sup>

De Wet IB en de Wet VPB samen faciliteren vijf soorten reorganisaties: de aandelenfusie, de bedrijfsfusie, de juridische fusie, de splitsing en de bestuurlijke herindeling. Met uitzondering van de bestuurlijke herindeling (deze faciliteit kent immers geen ontgaanstoets en is verder dus niet relevant voor dit onderzoek) zal ik deze hier in vogelvlucht behandelen. De onderstaande situaties zijn basisvormen van dergelijke reorganisaties en in de praktijk zijn er complexere vormen mogelijk (bijvoorbeeld als meer dan twee ondernemingen betrokken zijn in de reorganisatie). Met het oog op het bieden van achtergrond beperk ik mij tot de basisvormen.

Een aandelenfusie is een fusie die tot stand komt door een aandelenruil bij de aandeelhouders. De aandeelhouders van de verworven vennootschap dragen hun

---

<sup>7</sup> Heithuis, Van den Dool, De Graaf, Kampschoër, Nieuweboer & De Smit 2023, par 7.1.

aandelen over aan de verwervende vennootschap in ruil voor nieuw uitgegeven aandelen in de verwervende vennootschap.

Bij een bedrijfsfusie brengt de inbrengende vennootschap (een gedeelte van) haar onderneming, in de vorm van activa en passiva, in in de ontvangende vennootschap in ruil voor aandelen in de ontvangende vennootschap.

Een juridische fusie speelt zich net zo af als een bedrijfsfusie, alleen houdt de inbrengende vennootschap op te bestaan. Soms wordt er ook een nieuwe vennootschap opgericht waardoor er twee inbrengende vennootschappen zijn die al hun vermogen (activa en passiva) onder algemene titel over laten gaan in de nieuwe vennootschap. De aandeelhouders van de inbrengende vennootschap(pen) leveren hun aandelen in in ruil voor aandelen in de ontvangende vennootschap.

Een splitsing kent doorgaans twee vormen: de zuivere splitsing en de afsplitsing. Bij een zuivere splitsing houdt de splitsende vennootschap op te bestaan en ontstaan er twee of meer nieuwe entiteiten. Bij de afsplitsing blijft de splitsende vennootschap bestaan en ontstaat er mogelijk één of meer entiteiten, maar er kan ook worden afgesplitst naar een bestaande entiteit. De splitsende vennootschap brengt vermogen in in de ontvangende vennootschap(pen) en de aandeelhouders in de splitsende vennootschap ontvangen aandelen in de ontvangende vennootschap(pen). Bij een zuivere splitsing houdt hierna de splitsende vennootschap op met bestaan.

De bovenstaande vier vormen kennen allemaal een grotendeels aan elkaar gelijke ontgaanstoets, voor zowel de faciliteiten voor de deelnemende rechtspersonen als de aandeelhouders. Deze wordt verder toegelicht in paragraaf 2.4.

## **2.2 De reorganisatiefaciliteiten voor de deelnemende rechtspersonen**

### *2.2.1 Aandelenfusie*

Er is in de Wet VPB geen expliciete faciliteit om heffing bij de vennootschappen zelf ingeval van een aandelenfusie uit te stellen. Dit komt omdat er bij een aandelenfusie geen heffing optreedt bij de verwervende en verworven vennootschappen. In het voorbeeld uit paragraaf 2.1 ontvangt de verwervende vennootschap aandelen in de verworven vennootschap in ruil waarvoor zij aandelen uitgeeft aan de aandeelhouders van de verworven vennootschap. De verwervende vennootschap ontvangt een deelneming in de verworven vennootschap en de verworven vennootschap heeft nu andere aandeelhouders. Op het moment van de fusie vindt de heffing dus enkel plaats bij de aandeelhouders.

### *2.2.2 Bedrijfsfusie*

Voor de bedrijfsfusie is er wel een faciliteit in de Wet VPB, namelijk in artikel 14 Wet VPB. Dit artikel definieert ook specifiek wanneer er sprake is van een bedrijfsfusie, namelijk wanneer een belastingplichtige zijn gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel van zijn onderneming overdraagt aan een ander lichaam tegen uitreiking van aandelen. Het andere lichaam moet ook belastingplichtig zijn of wel belastingplichtig

worden door de fusie. Hier is het van belang dat er een materiële onderneming wordt overgedragen. Het gevolg van toepassing van de faciliteit is dat de belastingplichtige de winst behaald door de overdracht niet in aanmerking hoeft te nemen.<sup>8</sup> Hiertegenover staat dan wel dat bij toepassing van de faciliteit, als een deelneming is ontstaan, het opgeofferde bedrag voor de deelneming gelijk moet zijn aan de fiscale boekwaarde van de overgedragen onderneming verminderd met de fiscale reserves<sup>9</sup>. Als er geen deelneming ontstaat zullen de aandelen bij de inbrengende vennootschap ook tegen de boekwaarde verminderd met fiscale reserves gewaardeerd worden. Dus ingeval van vervreemding van de deelneming/aandelen wordt er belasting geheven over de stille reserves vermeerderd met de fiscale reserves. Bij de ruisende methode wordt er over dezelfde onderdelen geheven, alleen tegen de waarde die zij hebben op het moment van de bedrijfsfusie. De belastingclaim blijft dus behouden, waardoor deze faciliteit dus een uitstelfaciliteit is en geen vrijstelling.

Er is bij een bedrijfsfusie sprake van fiscale indeplaatsstreding, dat wil zeggen dat de overnemer ten aanzien van alle vermogensbestanddelen die zijn verkregen door de bedrijfsfusie in de plaats van de overdrager treedt voor de fiscus.<sup>10</sup> Dit leidt ertoe dat de boekwaarden, fiscale reserves en allerlei andere kenmerken worden overgenomen door de overnemer.<sup>11</sup>

Er zijn echter twee manieren om de faciliteit toe te passen, namelijk van rechtswege en op verzoek. De toepassing van rechtswege heeft strenge eisen die zien op claimbehoud. Als niet aan deze eisen is voldaan is een bedrijfsfusie op verzoek nog mogelijk, echter moet er nu rekening gehouden worden met de zogeheten standaardvoorwaarden die terug te vinden zijn in het Besluit bedrijfsfusie<sup>12</sup>. Dit zijn extra voorwaarden die als doel hebben claimbehoud te garanderen. Als de faciliteit op verzoek en via rechtswege onmogelijk blijkt, zal de ruisende methode moeten worden toegepast.

### 2.2.3 Juridische fusie

Bij een juridische fusie is er sprake van een verkrijging onder algemene titel en de overdragende vennootschap houdt op met bestaan. Zonder toepassing van de faciliteit zou er in beginsel geen heffing plaats vinden, immers hoe hef je van een entiteit die niet meer bestaat? Daarom heeft de wetgever twee ficties bedacht, namelijk dat de verdwijnende rechtspersoon wordt geacht ten tijde van de fusie al zijn vermogensbestanddelen te hebben vervreemd aan de verkrijgende rechtspersoon en dat de verdwijnende vennootschap ophoudt met het genieten van in Nederland belastbare winst uit onderneming.<sup>13</sup> Hierdoor kan er dus geheven worden over de stille reserves en fiscale reserves.

---

<sup>8</sup> Art. 14 lid 1 Wet VPB.

<sup>9</sup> Art. 14 lid 3 Wet VPB.

<sup>10</sup> Art. 14 lid 1 en lid 2 Wet VPB.

<sup>11</sup> Van der Burgt 2009, par. 3.12.1.0.

<sup>12</sup> Besluit bedrijfsfusie 2022.

<sup>13</sup> Art. 14b lid 1 Wet VPB.

De faciliteit voor de juridische fusie die heffing uitstelt, volgt in grote lijnen dezelfde systematiek als de faciliteit voor bedrijfsfusie, dat wil zeggen dat ook hier heffing uitgesloten wordt bij de overdrager, dat er sprake is van fiscale indeplaatstreding en dat toepassing van rechtswege en op verzoek<sup>14</sup> mogelijk is. Daarentegen ontstaat er echter geen deelneming bij de overdragende vennootschap en verkrijgen juist de aandeelhouders van de overdragende vennootschap(en) de aandelen in de ontvangende vennootschap.

#### *2.2.4 Splitsing*

Er zijn twee soorten splitsingen die allebei anders behandeld worden. Er is de zuivere splitsing, die veel gelijkenis vertoont met de juridische fusie, en de afsplitsing, die veel gelijkenis vertoont met de bedrijfsfusie<sup>15</sup>. Voor beide splitsingen zijn ook weer ficties opgesteld. Bij een zuivere splitsing wordt de splitsende rechtspersoon geacht al zijn vermogensbestanddelen ten tijde van de splitsing te hebben overgedragen aan de rechtspersonen waarop deze vermogensbestanddelen onder algemene titel overgaan en wordt de splitsende vennootschap geacht op te houden met het in Nederland genieten van belastbare winst uit onderneming.<sup>16</sup> Bij de afsplitsing valt de tweede fictie weg en is de eerste fictie beperkt tot de vermogensbestanddelen die overgaan. Er vindt dus zonder toepassing van de faciliteit heffing over de stille reserves en fiscale reserves plaats bij de splitsende vennootschap, voor zover deze reserves overgaan ingeval van een afsplitsing.

De faciliteit in de vennootschapsbelasting die de heffing uitstelt bij splitsingen vindt op dezelfde manier plaats als bij de juridische fusie en de bedrijfsfusie. Dat wil zeggen dat er geen heffing plaatsvindt bij de splitsende vennootschap, dat er sprake is van fiscale indeplaatstreding en dat toepassing van de faciliteit van rechtswege en op verzoek<sup>17</sup> mogelijk is. Ook wordt hier net als bij de juridische fusie de deelneming verkregen door de aandeelhouders.

### **2.3 De reorganisatiefaciliteiten voor de aandeelhouders**

De betreffende faciliteiten zijn terug te vinden in de artikelen 3.55-3.57 Wet IB en werken door in de Wet VPB op basis van artikel 8 van de Wet VPB. Daarnaast zijn er enkele bepalingen binnen de Wet VPB die ook zien op de aandeelhouders, zolang deze VPB-plichtig zijn. De bepalingen in box 1 van de Wet IB zijn in de praktijk niet heel relevant voor ondernemers die in de IB vallen. Immers, er zijn vrijwel geen natuurlijke personen die aandelen hebben in een bij een reorganisatie betrokken vennootschap die ze ook tot hun ondernemingsvermogen kunnen rekenen. De effecten van deze bepalingen zie je daarom met name terug in de Wet VPB en het aanmerkelijk belang-regime.<sup>18</sup> Bevinden

---

<sup>14</sup> Hier zijn ook weer standaardvoorwaarden van toepassing, terug te vinden in het Besluit juridische fusie 2022.

<sup>15</sup> Specifieke definities terug te vinden in art. 2:334a Burgerlijk Wetboek.

<sup>16</sup> Art. 14a lid 1 onder a Wet VPB.

<sup>17</sup> Zie opnieuw voor de standaardvoorwaarden Besluit juridische afsplitsing 2022 en Besluit zuivere splitsing 2022.

<sup>18</sup> Heithuis, Kavelaars, Schuver 2022, par. 3.2.26.

de aandelen in een bij een reorganisatie betrokken vennootschap zich in box 3 van de Wet IB, dan ontstaat er volgens het huidige systeem van box 3 geen acute heffing op het moment van reorganisatie en is er dus ook geen faciliteit voor.

### 2.3.1 Aandelenfusie

In artikel 3.55 lid 1 Wet IB is bepaald dat bij het bepalen van de jaarwinst het voordeel uit vervreemding van aandelen of winstbewijzen in het kader van een aandelenfusie niet in aanmerking hoeft te worden genomen. Hiertegenover staat dat, als gebruik gemaakt is van de faciliteit, de aandelen en winstbewijzen voor dezelfde waarde als waartegen zij voor de fusie te boek gesteld waren ook na de fusie te boek gesteld moeten worden<sup>19</sup>. Op deze manier gaat de fiscale claim niet verloren, omdat bij vervreemding het verschil tussen de boekwaarde en de verkoopprijs belast wordt op grond van het totaalwinstbeginsel. Echter valt een eventuele bijbetaling niet binnen de faciliteit. Binnen artikel 3.55 worden een aantal definities gegeven voor wanneer er sprake is van een kwalificerende aandelenfusie. Je moet afhankelijk van waar de vennootschappen zijn gevestigd de helft of nagenoeg alle stemrechten verkrijgen. Als de bijbetaling meer dan 10% is van de nominale waarde van de aandelen in de verworven vennootschap of als de ontgaanstoets van toepassing is is er geen sprake meer van een kwalificerende aandelenfusie.

Op basis van artikel 3.55 lid 1 Wet IB vindt voor belastingplichtigen in box 1 geen heffing plaats bij een kwalificerende aandelenfusie. Echter kan er nog wel heffing optreden in box 2. Daarom zijn daar ook faciliteiten opgenomen. Als er sprake is van aanmerkelijk belang (meer dan 5% aandelenbezit in een betrokken vennootschap) wordt er bij de vervreemding van aandelen geheven over de overdrachtprijs verminderd met de verkrijgingsprijs van de aandelen<sup>20</sup>. Op verzoek wordt het bij een kwalificerende aandelenfusie verkregen vervreemdingsvoordeel (met uitzondering van een bijbetaling) niet in aanmerking genomen<sup>21</sup>. Bovendien wordt bij toepassing van de bovengenoemde faciliteit de verkrijgingsprijs doorgeschoven, zodat de fiscale claim behouden wordt<sup>22</sup>.

Er zijn verder nog bijzondere bepalingen voor toepassing van de faciliteit als één van de aandeelhouders een VPB-plichtig lichaam is, met name voor de samenloop tussen de deelnemingsvrijstelling en de faciliteiten in de artikelen 3.55-3.57 Wet IB. Deze zijn onder andere gegeven in artikel 13h Wet VPB, waar gesteld wordt dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is op vervreemdingsvoordelen van aandelen en dat de verkrijgingsprijs wordt doorgeschoven ingeval er door een fusie of splitsing een deelneming is ontstaan<sup>23</sup>. Er zijn bovendien nog bepalingen<sup>24</sup> opgenomen voor de aandelenfusie die doorschuiving van het opgeofferde bedrag/boekwaarde ingeval van

---

<sup>19</sup> Art. 3.55 lid 6 Wet IB.

<sup>20</sup> Art 4.19 lid 1 Wet IB.

<sup>21</sup> Art 4.41 lid 1 en lid 4 Wet IB.

<sup>22</sup> Art 4.42 lid 1 Wet IB.

<sup>23</sup> Art. 13h onder a & b Wet VPB.

<sup>24</sup> Art. 13i Wet VPB.



een deelneming, waardering indien er geen deelneming ontstaat en indeplaatstreding van de aandelen regelen.

### 2.3.2 *Bedrijfsfusie*

Er is geen faciliteit voor de aandeelhouder ingeval van een bedrijfsfusie. Immers de inbrengende vennootschap ontvangt nieuw uitgereikte aandelen en de winst die hierop gerealiseerd wordt valt al onder de faciliteit van artikel 14 Wet VPB. De fiscale positie van de aandeelhouders van de inbrengende en de ontvangende vennootschap veranderen niet. Er zijn ook geen bepalingen over de samenloop tussen de bedrijfsfusiefaciliteit en de deelnemingsvrijstelling, aangezien de bepaling voor de vaststelling van het opgeofferde bedrag al in artikel 14 Wet VPB is opgenomen.

### 2.3.3 *Juridische fusie*

De juridische fusiefaciliteit voor de aandeelhouders lijkt op die van de aandelenfusie. Echter worden er weer ficties opgesteld voor de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap(en) en ziet deze faciliteit ook op schuldvorderingen. Deze worden geacht al hun aandelen in en schuldvorderingen op de verdwijnende vennootschap te hebben vervreemd (vervreemdingsfictie)<sup>25</sup>. Het voordeel wat hierbij ontstaat hoeft niet in aanmerking te worden. Dit geldt niet voor een bijbetaling<sup>26</sup>. Voorts worden de verworven aandelen bij de verkrijgende vennootschap na de fusie te boek gesteld op de waarde die de aandelen in de verdwijnende vennootschap hadden voor de fusie. Bovendien richten de bepalingen van artikel 3.57 Wet IB zich bovendien op schuldeisers. Daarnaast treden de aandelen en de schuldvorderingen die de aandeelhouders en schuldeisers hebben in de verkrijgende vennootschap in de plaats van aandelen en schuldvorderingen die zij hadden in de verdwijnende rechtspersoon.

Ook zijn er net als bij de aandelenfusie bepalingen voor de aanmerkelijkbelanghouders<sup>27</sup>. Er is voor aanmerkelijkbelanghouders namelijk sprake van een fictieve vervreemding van aandelen als bedoeld in artikel 4.16 lid 1 onder d Wet IB, waarbij op verzoek de hierbij behaalde winst niet in aanmerking hoeft te worden genomen<sup>28</sup>. Ook wordt hier de verkrijgingsprijs van de aandelen in de verdwijnende rechtspersoon doorgeschoven<sup>29</sup>. Daarnaast zijn er net als bij de aandelenfusiefaciliteit ook bepalingen voor VPB-plichtige lichamen over de deelnemingsvrijstelling.

### 2.3.4 *Splitsing*

De splitsingsfaciliteit in artikel 3.56 Wet IB ziet alleen op zuivere splitsingen. Bij een afsplitsing wordt een gedeelte van een onderneming onder algemene titel overgedragen in ruil voor nieuw uitgegeven aandelen. Hierbij wordt geen winst gerealiseerd, omdat de nieuw uitgegeven aandelen opwegen tegen de daling in waarde in de overdragende

---

<sup>25</sup> Art. 3.57 lid 1 Wet IB.

<sup>26</sup> Art. 3.57 lid 2 Wet IB.

<sup>27</sup> Art. 13k Wet VPB.

<sup>28</sup> Art. 4.41 lid 3 Wet IB.

<sup>29</sup> Art. 4.42 lid 3 Wet IB.

vennootschap. De boekwaardes van de overgedragen vermogensbestanddelen worden immers doorgeschoven.

De faciliteit voor de juridische splitsing deelt veel kenmerken van die voor de juridische fusie. Er is weer sprake van een vervreemdingsfictie, waarbij het fictieve voordeel niet in aanmerking hoeft worden genomen. Ook vallen schuldvorderingen weer binnen de reikwijdte van de faciliteit en is er sprake van indeplaatstreding voor de aandelen en schuldvorderingen. Echter is er één toevoeging bij de splitsingsfaciliteit, namelijk dat de boekwaarde van de aandelen en schuldvorderingen voor een evenredig deel worden doorgeschoven naar de nieuwe vennootschappen naargelang de verdeling van de vermogensbestanddelen<sup>30</sup>.

Voorts zijn dezelfde bepalingen als bij de juridische fusie hier ook van toepassing voor aanmerkelijkbelanghouders, echter wordt de verkrijgingsprijs evenredig verdeeld over de ontstane vennootschappen naargelang de verdeling van de vermogensbestanddelen.<sup>31</sup> Voor VPB-plichtige lichamen zijn dezelfde soort bepalingen van toepassing als bij de aandelen- en juridische fusies.<sup>32</sup>

#### **2.4 De ontgaanstoets**

De reorganisatie mag niet in overwegende mate gericht zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Blijkt dit wel zo, dan is er sprake van een niet-kwalificerende reorganisatie en is toepassing van de artikelen 3.55-3.57 in samenhang met de artikelen 4.41-4.42 Wet IB en de artikelen 14-14b Wet VPB niet mogelijk. Voor de toepassing van de ontgaanstoets zijn er in de wet één of twee vermoedens opgenomen, afhankelijk van de faciliteit. De reorganisatie wordt geacht in overwegende mate gericht te zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing als deze niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering en rationalisering van actieve werkzaamheden van de overdrager/splitsende rechtspersoon/verdwijnende rechtspersoon en de overnemer/verkrijgende rechtspersoon/bij de fusie betrokken rechtspersonen (vanaf nu: het eerste bewijsvermoeden). Voor de faciliteiten in de vennootschapsbelasting, specifiek ingeval van de bedrijfsfusie en de splitsing, is er een tweede vermoeden, waarbij een afwezigheid van zakelijke overwegingen wordt aangenomen ingeval de aandelen in de overdrager/splitsende rechtspersoon dan wel overnemer/verkrijgende rechtspersoon binnen 3 jaar geheel of ten dele, direct of indirect vervreemd zijn aan een lichaam wat niet met de hierboven genoemde rechtspersonen is verbonden als bedoeld in artikel 10a lid 4 van de Wet VPB (dit betekent dat één van de rechtspersonen een derde belang moet hebben in de ander of dat er een rechtspersoon is met een derde belang in beiden) (vanaf nu: het tweede bewijsvermoeden). Bij beide van deze vermoedens verschuift de bewijslast naar de belastingplichtige en moet deze nu aannemelijk maken dat de reorganisatie toch niet in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, of dat er

---

<sup>30</sup> Art. 3.56 Wet IB.

<sup>31</sup> Art. 4.41 en 4.42 Wet IB.

<sup>32</sup> Art. 13j Wet VPB.

toch zakelijke overwegingen aanwezig zijn. In beginsel ligt de bewijslast namelijk bij de inspecteur.<sup>33</sup> In de jurisprudentie zijn er ook veel discussies over aspecten van de bewijsvermoedens, zoals bij de vraag of een reorganisatie plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Als een vermoeden namelijk in werking treedt maakt dat de procedure aanzienlijk lastiger voor de belastingplichtige.

De ontgaanstoets kan opgesplitst worden in vier elementen:

- In overwegende mate
- Gericht zijn op
- Het ontgaan of uitstellen
- Van belastingheffing

Een problematisch aspect van de ontgaanstoets is dat geen van deze begrippen in de wet zijn gedefinieerd. Zoals het begrip “in overwegende mate”, wat doorgaans ook wel wordt gedefinieerd “in beslissende mate”. Dit zou dan kunnen betekenen dat “in overwegende mate” overeenkomt met meer dan 50%, aangezien bij (minder dan) 50% er geen sprake is van beslissend<sup>34</sup>. Bij deze benadering volgt nog een lastige vraag, namelijk hoe ga je het gewicht van motieven omzetten naar percentages? Echter kan de faciliteit ook geweigerd worden indien belastinguitstel op zichzelf gezien een van de hoofddoelen is.<sup>35</sup> Deze toepassing haakt meer aan bij de definitie in artikel 15 lid 1 sub b van de Fusierichtlijn, welke stelt dat de lidstaten de faciliteit kunnen weigeren als blijkt dat de reorganisatie “als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft;”.

Een gedetailleerdere invulling van wanneer er sprake is van zakelijke overwegingen, ontgaan of uitstellen van belastingheffing, herstructurering en rationalisering van actieve werkzaamheden, et cetera, zal in het volgende hoofdstuk aan de hand van jurisprudentie aan de orde komen.

### **3. De ontgaanstoets in de jurisprudentie**

#### **3.1 Inleiding**

Het grootste gedeelte van de onderstaande jurisprudentie zal bestaan uit uitspraken van de Hoge Raad over de ontgaanstoets in de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. Deze jurisprudentie is doorgaans richtinggevend en bezit de meeste rechtskracht. Soms zijn er echter ook interessante conclusies getrokken door gerechtshoven en lagere rechtbanken. Voorts zijn er een aantal zaken behandeld door het Hof van Justitie die ook richtinggevend zijn voor de toepassing van de ontgaanstoets. Deze zien met name op de beantwoording van préjudiciële vragen over

---

<sup>33</sup> Heithuis, Van den Dool, De Graaf, Kampschoër, Nieuweboer & De Smit 2023, par. 7.7.

<sup>34</sup> Van der Burgt 2009, par. 6.1.1.

<sup>35</sup> *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 14a Wet VPB 1969, aant. 13.4.1 (online, bijgewerkt 1 juni 2024).

de Nederlandse rechtspraak. Eveneens zullen er ook een aantal zaken behandeld worden die zich richten op de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting. Deze faciliteit kent namelijk dezelfde ontgaanstoets als de Wet IB en de Wet VPB en deze moet dus ook conform de Fusierichtlijn worden geïnterpreteerd<sup>36</sup> ondanks dat de overdrachtsbelasting daar niet onder valt. In de uitspraak van de Hoge Raad op 13 september 2019<sup>37</sup> werd duidelijk dat voor de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden van de overdrachtsbelasting aangesloten moet worden bij de voorwaarden voor de faciliteit in de vennootschapsbelasting.

Een gedeelte van de te behandelen jurisprudentie dateert uit de tijd voor de introductie van de Wet Inkomstenbelasting 2001. Het is daarom van belang voor ogen te houden dat de ontgaanstoets pas bij de Wet Inkomstenbelasting 2001 is ingevoerd en dat hiervoor de Wet een zakelijkheidstoets kende. Deze toets hield in dat een fusie of splitsing geen faciliteit kreeg als aan de fusie/splitsing niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag lagen<sup>38</sup>. Voorts kende de zakelijkheidstoets ook nog een bewijsvermoeden waarbij zakelijke overwegingen afwezig werden geacht bij een vervreemding van de aandelen binnen drie jaar, wat het tweede bewijsvermoeden is voor de ontgaanstoets. De zakelijkheidstoets gold echter alleen voor de splitsing en de juridische fusie. De aandelenfusie en de bedrijfsfusie hadden beiden eigen eisen. Bij de aandelenfusie moest het doel van de fusie zijn om twee ondernemingen in financieel en economisch opzicht duurzaam in eenheid samen te brengen<sup>39</sup>. Na het arrest Leur-Bloem is de toets voor de aandelenfusie echter in enige mate gesneuveld.

Tot slot is het van belang om op te merken dat de tekst van de Fusierichtlijn leidend is en dat er dus in een zaak een beroep kan worden gedaan op die tekst. Daarom is in sommige jurisprudentie in geschil of belastingfraude of -ontwijking het hoofddoel is.

### **3.2 Hof van Justitie uitspraken**

#### **3.2.1 Leur-Bloem**

Het gerechtshof in Amsterdam heeft met betrekking tot een casus in 1995 préjudiciële vragen gesteld over een aandelenfusie<sup>40</sup>. A. Leur-Bloem was enig aandeelhouder in twee bv's en wilde een derde bv kopen door middel van een aandelenfusie, waarbij zij alle aandelen in de derde bv verkreeg in ruil voor aandelen in haar twee bv's. Het probleem was dat, ten tijde van dit arrest, de Nederlandse Wet Inkomstenbelasting 1964 binnen de definitie van een aandelenfusie stelde dat er alleen sprake was van een aandelenfusie als er een onderneming gedreven werd door de verwervende onderneming (de derde bv). De derde bv was een holding en dreef in dit geval geen onderneming. Op basis van de wettekst in de Wet Inkomstenbelasting 1964 was er dus geen sprake van een aandelenfusie. Het Hof van Justitie stelde dat het feit, dat de derde

---

<sup>36</sup> Concl. A-G P. Wattel 18 augustus 2020, ECLI:NL:PHR:2020:715.

<sup>37</sup> HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297.

<sup>38</sup> Art. 14a lid 9 Wet VPB (oud).

<sup>39</sup> Art. 14 lid 2 Wet IB 1964 (oud).

<sup>40</sup> HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (Leur-Bloem).

bv geen onderneming dreef, niet eraan in de weg staat dat de rechtshandeling als aandelenruil kan worden aangemerkt.

Voorts was er nog een vraag gesteld rondom de zakelijkheidstoets en of deze toets conform de Fusierichtlijn was. Het Hof van Justitie oordeelde hier dat als belastingvoordeel wordt uitgesloten op basis van vooraf vastgestelde criteria, ongeacht of er werkelijk sprake is van belastingfraude of -ontwijking, de toets verder zou gaan dan noodzakelijk is om dergelijke fraude/ontwijking te voorkomen. Dit zou dan afbreuk doen aan het doel van de Richtlijn. De eis van de aandelenfusie dat de fusie als doel moest hebben om “ten einde de onderneming van die vennootschap en die van een andere in financieel en economisch opzicht duurzaam in eenheid samen te brengen” is na dit arrest dus vervangen met de toets in de Fusierichtlijn en moest zo ook geïnterpreteerd worden, aldus de staatssecretaris<sup>41</sup>.

Bovendien heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat er altijd gekeken moet worden naar het geheel van de rechtshandeling. Het gerechtshof had een aantal vragen gesteld over specifieke elementen en of deze de aanwezigheid van een (gefacilieerde) aandelenfusie uitsloten. Het Hof van Justitie had hier geoordeeld dat de elementen niet op zichzelf bezien mogen worden en dat de rechtshandeling in het geheel moet worden onderzocht.

Tot slot heeft het Hof van Justitie ook invulling gegeven aan het begrip “zakelijke overwegingen”. Een zakelijke overweging is ruimer dan het nastreven van een zuiver fiscaal voordeel.

### 3.2.3 *Zwijnenburg*

De *Zwijnenburg* casus<sup>42</sup> heeft belangrijke invulling gegeven aan de ontgaanstoets. Hier is er door de Hoge Raad een préjudiciële vraag gesteld of het begrip “belastingheffing” in de ontgaanstoets ook ziet op andere belastingen dan de belastingen waarop de in die Richtlijn opgenomen faciliteiten betrekking hebben.

In deze casus exploiteerde *Zwijnenburg* een modezaak in twee panden die naast elkaar lagen. *Zwijnenburg* bezat één van de panden en huurde het andere pand van een bv die zijn vader samen met zijn vrouw bezat. De aandelen in *Zwijnenburg* werden via een holding gehouden door *Zwijnenburg* en zijn vrouw. *Zwijnenburg* was van plan om de modezaak in te brengen in de bv van zijn ouders tegen uitreiking van aandelen. Hierbij hoopte hij aanspraak te kunnen maken op de bedrijfsfusiefaciliteit in artikel 14 van de Wet VPB. Hij zou in een later stadium de resterende aandelen in de bv van zijn ouders verkrijgen door middel van een koopoptie. Echter bleek in de behandeling dat het middel fusie gekozen was om overdrachtsbelasting te ontgaan en vennootschapsbelasting uit te stellen<sup>43</sup>. Daarom wilde de Hoge Raad weten of het

---

<sup>41</sup> *Vakstudie Inkomstenbelasting*, art. 3.55 Wet IB 2001, aant. 6.2.3 (online, bijgewerkt 2 oktober 2022).

<sup>42</sup> HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282 (Modehuis *Zwijnenburg*).

<sup>43</sup> Concl. A-G P. Wattel 22 december 2006, ECLI:NL:PHR:2008:AZ8524.

ontgaan van overdrachtsbelasting ook onder “ontgaan van belastingheffing” valt in de ontgaanstoets.

Het Hof van Justitie heeft deze vraag ontkennend beantwoord. Enkel belastingen waarop de Richtlijn uitdrukkelijk betrekking heeft, kunnen in aanmerking voor de daarbij ingevoerde faciliteiten komen en kunnen dus binnen de werkingssfeer van de ontgaanstoets vallen. De Richtlijn richt zich er immers op om bepaalde fiscale nadelen die met grensoverschrijdende herstructureringen verbonden zijn te verhelpen. Aangezien de overdrachtsbelasting een belasting is die niet in veel lidstaten voorkomt, strekt inclusie van overdrachtsbelasting niet tot het doel van de Richtlijn.

Na beantwoording van de préjudiciële vraag is de procedure bij de Hoge Raad voortgezet<sup>44</sup>. Nu het ontgaan van overdrachtsbelasting geen rol meer speelde, speelt nog wel de kwestie of Zwijnenburg als doel had om met toepassing van de faciliteit vennootschapsbelasting uit te stellen. De Hoge Raad oordeelde dat de bedrijfsfusie niet gericht was op overdracht van een pand, maar op overdracht van aandelen in de vennootschap die dat pand in haar bezit had. Een alternatief voor de bedrijfsfusie was dan om de aandelen rechtstreeks over te dragen, waarbij de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. De bedrijfsfusie kon dus niet gericht zijn op het vermijden van de heffing van vennootschapsbelasting, aangezien het alternatief ook niet leidde tot heffing.

### 3.2.2 *Foggia*

Bij het arrest *Foggia*<sup>45</sup> kwam er geen Nederlandse wetgeving aan te pas. Wel is het arrest richtinggevend voor de toepassing van de antimisbruiktoets in de Fusierichtlijn en daarmee ook voor de toepassing van de ontgaanstoets. Bij toepassing van de ontgaanstoets moet de rechter namelijk, op basis van dit arrest, gelet op alle omstandigheden van het geding, nagaan of alle bestanddelen van het vermoeden van belastingfraude of -ontwijking, in het kader van dit geding, zijn vervuld. “Het vermoeden” slaat op de vraag of de reorganisatie plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering en rationalisering van de actieve werkzaamheden van de bij de reorganisatie betrokken rechtspersonen. Voorts kan een fusie waaraan fiscale overwegingen ten grondslag liggen, op grond van zakelijke overwegingen plaatsvinden, mits fiscale overwegingen niet doorslaggevend zijn.

Ook worden de begrippen herstructurering en rationalisering zo beschreven dat zij een ruimere invulling hebben dan het louter nastreven van zuiver fiscaal voordeel en kan een herstructurering of rationalisering die alleen een dergelijk doel nastreeft niet als zakelijke overweging worden aangemerkt. Verder wordt gesteld dat in beginsel niets zich ertegen verzet dat een reorganisatie plaatsvindt op basis van zakelijke overwegingen, tenzij de bij een reorganisatie genoten structurele kostenbesparing volstrekt marginaal is in vergelijking met het verwachte fiscale voordeel. De structurele kostenbesparing ziet in dit geval op administratieve kosten en beheerskosten.

---

<sup>44</sup> HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN8066.

<sup>45</sup> HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*).

### 3.3 Invulling door de jurisprudentie

#### 3.3.1 In overwegende mate gericht op

“In overwegende mate” en “gericht op” zijn twee elementen van de ontgaanstoets die nauw samenhangen. De tegenhanger in de antimisbruiktoets van de Fusierichtlijn is namelijk ook “hoofddoel of één der hoofddoelen”<sup>46</sup>, waarbij “in overwegende mate” slaat op het element “hoofd- en “gericht op” ziet op de aanwezigheid van een doel.

Een richtinggevend arrest voor de term “in overwegende mate” is een vrij recent arrest van de Hoge Raad van 14 januari 2022<sup>47</sup>. Dit is een arrest over de splitsingsfaciliteit van de overdrachtsbelasting. Het is van belang om op te merken dat overdrachtsbelasting geheven wordt van de verkrijger in plaats van de vervreemder en dat geheven wordt bij de overdracht van een in Nederland gelegen onroerende zaak. Claimbehoud is niet een probleem voor deze belasting, waardoor de faciliteit als een vrijstelling aan te merken is en niet als uitstelfaciliteit.

In het arrest is er een pensioenfonds dat aan bepaalde eisen moet voldoen. Om hieraan te voldoen ging zij onderhandelen met een andere vennootschap inzake een ruil van vermogensbestanddelen, wat zij via een juridische afsplitsing wilde doen. De inspecteur had bij het Hof aannemelijk gemaakt dat de juridische afsplitsing als hoofddoel heeft het ontwijken van overdrachtsbelasting, waarbij belanghebbende vervolgens niet het tegendeel heeft bewezen. De belanghebbende stelt dat het Hof niet had mogen oordelen dat de juridische afsplitsing als hoofddoel het ontwijken van overdrachtsbelasting had. Immers het uiteindelijke doel was inbreng van vermogensbestanddelen en dat was zakelijk. Echter bleek dat de keuze voor de juridische afsplitsing in overwegende mate ingegeven was door fiscale motieven<sup>48</sup>. Belanghebbende had namelijk als enige niet-fiscale reden aangevoerd voor de splitsing dat haar bestaande aandeelhouders voorrang kregen bij de uitgifte van aandelen. Dit bleek echter niet uit schriftelijke documenten van voor de datum van de afsplitsing. Daarentegen bleek uit meerdere schriftelijke documenten dat het vermijden van overdrachtsbelasting een reden was voor de gekozen route. Vandaar werd dit fiscale motief als overwegend gezien.

In dit arrest was het dus vrij snel duidelijk dat er sprake was van een reorganisatie die in overwegende mate gericht was op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De niet-fiscale reden was nauwelijks aannemelijk gemaakt, terwijl de fiscale redenen door de inspecteur uitvoerig aannemelijk zijn gemaakt. Als het dus aannemelijk is dat er meer fiscale redenen (naar mate van gewicht) zijn voor de keuze voor of het doel van de reorganisatie, is er sprake van “in overwegende mate”. Voorts zit in dit arrest nog betekenis voor het begrip “gericht op”, namelijk dat een reorganisatie die niet

---

<sup>46</sup> *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 14a Wet VPB 1969, aant. 13.4.1 (online, bijgewerkt 1 juni 2024).

<sup>47</sup> HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:17.

<sup>48</sup> De Vries 2022.

belastingfraude of -ontwijking als uiteindelijk doel heeft, hier nog steeds gericht op kan zijn ingeval de keuze voor de reorganisatie is ingegeven door fiscale motieven.

In een arrest van de Hoge Raad van 1 december 1999<sup>49</sup> wilde een advocaat door middel van een aandelenruil zijn aandelen in zijn bv overdragen aan een nieuw op te richten houdstervennootschap. Dit was in de tijd voor de introductie van de ontgaanstoets, echter na het arrest Leur-Bloem. De zakelijkheidstoets voor de aandelenfusie moest toen worden geïnterpreteerd zoals deze in de Fusierichtlijn stond. De Hoge Raad heeft in dit arrest gesteld dat het Hof moest onderzoeken of de aandelenruil ook zou worden uitgevoerd, als het niet-fiscale doel niet zou bestaan. In casu had deze ruil dan naar alle waarschijnlijkheid niet meer plaatsgevonden, mede waardoor hier werd geoordeeld dat het hoofddoel of één der hoofddoelen van de aandelenruil niet belastingfraude of -ontwijking was.

De zienswijze van dit arrest slaat weer op allebei de elementen van de ontgaanstoets. Als de reorganisatie nog steeds zou worden uitgevoerd bij afwezigheid van een niet-fiscaal doel, zou dat een aanwijzing kunnen zijn voor een antifiscaal motief, maar het betekent niet dat er automatisch sprake is van een dergelijk motief<sup>50</sup>. Immers als ondanks deze aanwijzing, toch blijkt dat de reorganisatie niet als hoofddoel of één der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft, kan de belastingplichtige alsnog de faciliteit krijgen. Voor de ontgaanstoets betekent dit arrest dat het een aanwijzing is voor de elementen “in overwegende mate gericht op” als de reorganisatie nog steeds zou worden uitgevoerd bij afwezigheid van een niet-fiscaal doel.

### 3.3.2 *Ontgaan of uitstel*

De begrippen ontgaan en uitstel zijn een vertaling van het begrip belastingontwijking als bedoeld in de Fusierichtlijn<sup>51</sup>. Belastingfraude is nooit gefacilieerd en in een dergelijke situatie wordt de faciliteit altijd teruggenomen<sup>52</sup>, waardoor dit begrip geen betekenis vindt in de ontgaanstoets.

Het begrip “ontgaan” ziet op het compleet vermijden van belastingheffing. Hier is sprake van als de reorganisatie ertoe leidt dat de Belastingdienst haar claim verliest op de stille en fiscale reserves. De besproken (standaard)voorwaarden in hoofdstuk 2 zorgen er al voor dat claimverlies vrijwel niet optreedt. Echter is een (constructie bevattende een) reorganisatie waarbij belaste winst wordt omgezet in onbelaste winst met behulp van de deelnemingsvrijstelling wel een vorm van ontgaan, waar de ontgaanstoets aan te pas komt. In het arrest van de Hoge Raad van 11 februari 2011<sup>53</sup> kwam een dergelijke situatie aan de orde, want hier werd door middel van een bedrijfsfusie heffing van vennootschapsbelasting vermeden door toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Echter was geconcludeerd dat het doel van de rechtshandelingen zag op overdracht van

---

<sup>49</sup> HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3829.

<sup>50</sup> Heithuis, Van den Dool, De Graaf, Kampschoër, Nieuweboer & De Smit 2023, par. 7.7.2.

<sup>51</sup> *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 14a Wet VPB 1969, aant. 13.3 (online, bijgewerkt 8 juni 2024).

<sup>52</sup> *Kamerstukken II 1998/99*, 26 727, nr. 3, p. 115.

<sup>53</sup> HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN8066.



de aandelen, waardoor er ook zonder gebruikmaking van een bedrijfsfusie er geen heffing zou optreden. Er werd hier dus geen belaste winst omgezet in onbelaste winst, omdat er de ‘gerealiseerde’ winst bij de overdracht ook zonder toepassing van de faciliteit onbelast was. Verder bleek in een uitspraak van het Hof Amsterdam van 24 juli 1998<sup>54</sup> dat het oogmerk om horizontaal verlies te verrekenen binnen een fiscale eenheid geen vorm van belastingontwijking is en naar mijn mening ook geen vorm van ontgaan.

Het begrip uitstel kan eenzelfde effect hebben als ontgaan<sup>55</sup> maar hier is doorgaans altijd sprake van, omdat met toepassing van de faciliteit belastingheffing wordt uitgesteld. De vraag is dan wanneer er sprake is van uitstel in de zin van de ontgaanstoets. Het Hof Amsterdam heeft in haar uitspraak van 30 januari 2002<sup>56</sup> gesteld dat onder uitstel moet worden verstaan “het zodanig uitstellen van belasting dat dit als belastingfraude of belastingontwijking moet worden aangemerkt.”

Het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2012<sup>57</sup> geeft hier meer duidelijkheid aan. In casu hebben twee broers aandelen in een lichaam, dat zij willen splitsen in de vorm van een zuivere splitsing. De Hoge Raad stelt in dit arrest dat “ontwijking van belastingheffing slechts onder het anti-misbruikvoorbehoud [van de Fusierichtlijn] valt indien de (voorgenomen) splitsing een volstrekt overheersend anti-fiscaal motief heeft en toepassing van de geboden fiscale faciliteiten zou leiden tot strijd met doel en strekking van de Richtlijn. Dit motief kan ook gelegen zijn in een uitstel van belastingheffing,”. Voorts bleek niet dat eventuele conflicten tussen de broers de continuïteit van het lichaam beïnvloedde of dat in het kader van de splitsing op korte termijn bedrijfsopvolging wordt verwacht, wat in sommige gevallen als zakelijke overwegingen kan worden aangemerkt. In de voorgaande uitspraak<sup>58</sup> werd namelijk gesteld dat een uiteindelijke bedrijfsopvolging plaats zou vinden. Dit is voor de Hoge Raad kennelijk te abstract. Het enige doel van de splitsing bleek de feitelijke uitkoop van een aandeelhouder, waardoor zakelijke overwegingen niet aanwezig bleken (zie par. 4.2.4). Het lichaam van de broers kreeg dus geen faciliteit.

Het begrip uitstel kan op basis van de voorgaande twee arresten mijns inziens dus worden aangemerkt als belastingontwijking als het achterliggende motief een volstrekt overheersend anti-fiscaal karakter heeft.

### 3.3.3 *Belastingheffing*

Het essentiële arrest, wat de betekenis van het element “belastingheffing” voor de ontgaanstoets van de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting toelicht, is het Zwijnenburg arrest<sup>59</sup> (zie paragraaf 3.2.2). Hieruit is gebleken dat overdrachtsbelasting er niet onder valt. Als reactie<sup>60</sup> op dit arrest heeft de Minister van Financiën bevestigd dat

---

<sup>54</sup> Gerechtshof Amsterdam 24 juli 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AV2661.

<sup>55</sup> Brummer & Thijssen 2003, par. 2.2.1.

<sup>56</sup> Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD9549.

<sup>57</sup> HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629.

<sup>58</sup> Gerechtshof Arnhem 19 januari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL0970.

<sup>59</sup> HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282 (Modehuis Zwijnenburg).

<sup>60</sup> Concl. A-G P. Wattel 11 februari 2011, ECLI:NL:PHR:BN8066, par. 3.4.

de heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting er wel onder valt. Er is nog geen jurisprudentie waaruit blijkt dat er nog andere belastingen binnen dit begrip vallen.

### 3.3.4 Zakelijke overwegingen

Het begrip “zakelijke overwegingen” was de kern van de zakelijkheidstoets bij de juridische fusie en de splitsing. Ook is het begrip van belang voor beide bewijsvermoedens van de ontgaanstoets. Als er namelijk geen zakelijke overwegingen geconstateerd worden en dit wordt niet of onvoldoende betwist, verschuift de bewijslast naar de belastingplichtige.

In een uitspraak van de Hoge Raad van 18 december 2020<sup>61</sup> wordt het een en ander duidelijk gemaakt over de samenhang tussen rationalisering/herstructurering en het begrip “zakelijke overwegingen”. Het arrest gaat over een broer en een zus die de bedrijfsvoering willen vereenvoudigen en flexibiliseren door hun bv in tweeën te splitsen. Dit was onder andere nodig wegens een langdurige ruzie tussen de broer en zus<sup>62</sup>. Het Hof Arnhem-Leeuwarden had hier overwogen dat er geen sprake was van zakelijke overwegingen, omdat de gesplitste en nieuw opgerichte vennootschappen alle drie geen actieve werkzaamheden uitvoerden. Zij hielden zich bezig met passief vermogensbeheer. Onder andere op basis van het arrest Leur-Bloem en het arrest Foggia heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het enkele gegeven dat de bij de reorganisatie betrokken vennootschappen geen onderneming drijven niet in de weg staat aan de mogelijkheid dat de reorganisatie berust op zakelijke overwegingen. Daarom zijn de in de ontgaanstoets genoemde herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden niet meer dan voorbeelden van zakelijke overwegingen. Vandaar sneuvelde het oordeel van het Hof.

Op basis van dit arrest blijkt dus dat het begrip “zakelijke overwegingen” ruimer is dan enkel herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden. Echter bleek uit het arrest Foggia<sup>63</sup>, dat rationalisering of herstructurering niet altijd een zakelijke overweging is. Immers als de rationalisering of herstructurering alleen louter fiscaal voordeel nastreeft is het geen zakelijke overweging. Het begrip “zakelijke overwegingen” is dus tegelijkertijd ruimer en strikter dan “rationalisering” en “herstructurering”. Dit is echter te verklaren aan de hand van het arrest van de Hoge Raad van 14 januari 2022<sup>64</sup>. De Hoge Raad heeft hier gesteld dat in ieder geval bij splitsingen voor de toepassing van de splitsingsvrijstelling zowel het doel als de keuze voor de splitsing overwegend moeten zijn ingegeven door zakelijke motieven. Naar mijn mening zijn de begrippen “herstructurering en rationalisering van actieve werkzaamheden” zoals deze vermeld zijn in de wettekst voorbeelden van zakelijke uiteindelijke doelen van een reorganisatie

---

<sup>61</sup> HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2078.

<sup>62</sup> Concl. A-G P. Wattel 18 augustus 2020, ECLI:NL:PHR:2020:715.

<sup>63</sup> HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (Foggia).

<sup>64</sup> HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:17.

en moet de keuze om deze doelen te realiseren door middel van een reorganisatie voorts ook door zakelijke overwegingen zijn ingegeven.

Een andere uitspraak die een uitbreiding biedt op het begrip zakelijke overwegingen is van het Hof Den Bosch van 4 mei 2022<sup>65</sup>. Hier hadden een broer en zus samen een bv die een werkmaatschappij had en had de broer daarnaast nog een eigen holding en werkmaatschappij met schulden aan de eerstgenoemde holding en werkmaatschappij. Wegens ruzie wilden ze de gedeelde holding splitsen, door de vorderingen aan de andere bv's over te laten gaan in ruil voor de aandelen van de broer. Hierna hadden zij allebei een eigen holding en werkmaatschappij zonder onderlinge vorderingen. De inspecteur stelt dat er geen zakelijke overwegingen zijn, omdat de keuze voor een overgang door middel van een splitsing geen niet-fiscale voordelen biedt ten opzichte van een overgang onder bijzondere titel. Ook bestrijdt de inspecteur de zakelijkheid van het einddoel, omdat hier aandeelhoudersmotieven aan ten grondslag liggen. Belanghebbende stelt dat de reden voor de splitsing zakelijk is, omdat er een ruzie wordt beëindigd die bedreigend kan zijn voor de onderneming en dat er geen sprake is van ontgaan van overdrachtsbelasting. Het Hof twijfelt niet aan het einddoel en vindt het oplossen van een ruzie die de bedrijfscontinuïteit bedreigt een zakelijk einddoel. Met betrekking tot de keuze voor splitsing geldt als uitgangspunt dat als er meerdere alternatieven zijn om hetzelfde zakelijke einddoel te bereiken, je de fiscaal meest gunstige weg mag kiezen, zonder dat die keuze ertoe leidt dat de gekozen route als anti-fiscale omweg of kunstgreep wordt gekwalificeerd. Van een anti-fiscale omweg of kunstgreep is pas sprake als de desbetreffende route afgezien van de fiscaliteit niet of minder voor de hand ligt dan een alternatief. De splitsing werd hier gezien als een logische route naar het zakelijke einddoel.

De reorganisatie moet dus een logische route zijn naar een zakelijk einddoel, voordat de gekozen weg ingegeven is door zakelijke overwegingen.

Inzake zakelijke overwegingen in het tweede bewijsvermoeden is de uitspraak van de Hoge Raad van 2 juni 2006<sup>66</sup> interessant. Dit arrest houdt zich nog bezig met de zakelijkheidstoets en het bewijsvermoeden in de zakelijkheidstoets. In de casus moest de belastingplichtige een deel van haar activiteiten afstoten van de Europese Commissie, omdat de groep waar zij tot hoorde anders een te dominante positie zou hebben. Zij wilde dit doen door de activiteiten eerst af te splitsen naar een nieuwe vennootschap om vervolgens deze vennootschap te verkopen. Er werden dus geen zakelijke overwegingen aanwezig geacht. De belastingplichtige heeft bij het Hof aannemelijk gemaakt dat er commerciële motieven achter de splitsing zaten, immers door de Europese Commissie gestelde eisen maakten de gekozen weg een goede en wellicht de enige mogelijke weg. Ondanks dat belaste winst werd omgezet in onbelaste winst door middel van de deelnemingsvrijstelling en dat de liquiditeiten door de verkoop vrijkwamen om de belasting te voldaan, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er sprake was van zakelijke overwegingen. Voorts werd in dit arrest duidelijk dat zakelijke

---

<sup>65</sup> Gerechtshof s'-Hertogenbosch 4 mei 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1477.

<sup>66</sup> HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8201.

overwegingen ook aanwezig kunnen zijn als er een voornemen tot vervreemding bestond ten tijde van de reorganisatie.

De belastingontwijking die plaatsvond was dus kennelijk geen hoofddoel. Eveneens kunnen er dus zakelijke overwegingen aanwezig zijn ondanks dat de aandelen worden verkocht. Hier werd er ook afgesplitst met het oog op verkoop. In de praktijk kan dit een voordelige manier zijn om een (deel van) je onderneming te verkopen. Het kan een hoop administratieve kosten besparen en contracten blijven in stand. Dus vaak kunnen er toch zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan een reorganisatie met het oog op verkoop, ondanks het tweede bewijsvermoeden.

Een dergelijk geval deed zich voor in een uitspraak van de Hoge Raad van 10 oktober 2008<sup>67</sup>, echter nu bij een aandelenfusie. Belanghebbende bracht aandelen in een van zijn bv's in in een andere bv van hem. Na het overeenkomen van de aandelenfusie, maar voor het passeren van de notariële akte heeft hij besloten de aandelen in de ingebrachte bv verkopen aan een ander. Het Hof oordeelde dat er gekeken moest worden naar het moment van totstandkoming van de obligatoire overeenkomst over de vraag of belastingontwijking een hoofddoel is, wat dus voor het passeren van de notariële akte plaatsvond. De Hoge Raad ging hierin mee en vond het oordeel, dat de aandelenfusie dus geen samenstel van rechtshandelingen was dat gericht was op vervreemding, niet onbegrijpelijk. Belastingontwijking was dus geen hoofddoel van de aandelenfusie.

Voor de vraag of zakelijke overwegingen aanwezig zijn moet er dus gekeken worden naar het moment van totstandkoming van de obligatoire overeenkomst. Als een voornemen tot vervreemding op dat moment niet aanwezig is treedt het tweede bewijsvermoeden niet in werking.

In een uitspraak van de Hoge Raad van 13 september 2019<sup>68</sup> was er echter een voornemen tot vervreemding van aandelen in een door splitsing nieuw op te richten vennootschap, een aantal maanden voordat de splitsing werd geëffectueerd. De overdracht vond dan ook een dag na de splitsing plaats. Echter was bij het Hof al aannemelijk gemaakt dat de splitsing heeft plaatsgevonden in verband met puur op bedrijfseconomische en marktstrategische gronden genomen ondernemingsbeslissingen die (moeten) leiden tot herstructurering en rationalisering van de bedrijfsvoering. Er waren dus alsnog zakelijke overwegingen aanwezig. Het voornemen tot vervreemding zegt dus lang niet alles.

Tot slot laat de wettekst naar mijn mening een element achterwege in het eerste bewijsvermoeden wat werd toegelicht in het arrest Foggia. Hieruit volgde dat een reorganisatie op grond van zakelijke overwegingen kan plaatsvinden, terwijl er ook fiscale overwegingen aanwezig zijn, mits deze fiscale overwegingen niet doorslaggevend zijn. Een betere beschrijving voor het vereiste in het eerste bewijsvermoeden zou naar mijn mening dus zijn: “in overwegende mate zakelijke overwegingen”. Dit strookt ook

---

<sup>67</sup> HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8531.

<sup>68</sup> HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297.

met de zakelijkheidstoets, dus zie ik niet in waarom deze tekst niet in het eerste bewijsvermoeden voorkomt.

### 3.4 *Overige casussen*

Voorts volgen nog een aantal casussen van lagere rechtsinstanties die enkele nog niet besproken aspecten belichten.

In een uitspraak van het Hof Amsterdam van 30 januari 2002<sup>69</sup> hebben drie broers samen belang in een bv en splitsen zij deze in drieën zodat elke broer een eigen holding heeft. Elke broer wilde eigen beleggingsbeleid invoering inzake pensioenverplichtingen. Ten tijde van deze zaak was de ontgaanstoets net ingevoerd, echter was de originele beschikking nog op basis van de zakelijkheidstoets opgesteld. In geschil was dus ook welke toets leidend was. Aangezien de splitsing voor het eerst in 2001 of 2002 zou kunnen worden geëffectueerd, was volgens het Hof Amsterdam de ontgaanstoets van toepassing. Overigens stond namelijk vast dat de splitsing niet op grond van zakelijke overwegingen plaatsvond, omdat de splitsing enkel op basis van aandeelhoudersmotieven werd uitgevoerd. Echter was de splitsing niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

Een dergelijke splitsing vond plaats in een uitspraak van het Hof Den Haag van 1 mei 2002<sup>70</sup>. Wegens meningsverschillen splitsen twee broers hun bv. Binnen dit arrest werd de parlementaire geschiedenis aangehaald, waaruit voortkwam dat een ernstig verstoorde relatie tussen aandeelhouders een zakelijke overweging kan zijn. Hierbij moet dan worden beoordeeld of de verstoring en de mate van deze verstoring een reële bedreiging vormt voor de continuïteit van de bedrijfsvoering. In dit geval was er een patstelling bereikt over het benutten van liquiditeiten door de broers, omdat zij beiden 50% van de zeggenschap in de bv hadden. De keuze om vervolgens te splitsen berust volgens het Hof op overwegend zakelijke overwegingen.

Een reorganisatie komt ook wel eens in het kader van een bedrijfsopvolging voor. Uit parlementaire behandeling blijkt dat er een vorm denkbaar is waarin de faciliteit gegeven wordt bij een bedrijfsopvolging<sup>71</sup>. In een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 25 november 2021<sup>72</sup> wil eiser zijn 4 kinderen mee laten doen in zijn onderneming waar een aandelenruil aan te pas komt. Hier bleken geen zakelijke overwegingen aanwezig te zijn, omdat er een onzakelijke waardeverschuiving plaatsvond tussen de oude aandeelhouder en de toetreders. Immers de risico's lagen hoofdzakelijk bij de oude aandeelhouder en het rendement hoofdzakelijk bij de kinderen. Van zakelijke overwegingen was dus geen sprake. Voorts bleek dat de door eiser aangevoerde zakelijke argumenten volstrekt marginaal zijn ten opzichte van het voordeel van het ontgaan of uitstellen van inkomstenbelasting, waardoor geoordeeld werd dat de aandelenfusie in overwegende mate gericht was op het ontgaan of uitstellen van

---

<sup>69</sup> Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD9549.

<sup>70</sup> Gerechtshof 's-Gravenhage 1 mei 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE6131.

<sup>71</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 64-65.

<sup>72</sup> Rechtbank Gelderland 25 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6268.

belastingheffing. Het ligt dus aan de manier waarop je de bedrijfsopvolging vormgeeft of een reorganisatie in het kader van bedrijfsopvolging gefacilieerd wordt.

Een uitspraak van het Hof Amsterdam van 31 maart 2004<sup>73</sup> gaat over een zaak waarin onder andere in geschil was of het drijven van een onderneming van belang is voor de aanwezigheid van zakelijke overwegingen. Dit kwam eerder al aan bod in de zaak Leur-Bloem, echter werd hier bevestigd dat de faciliteit wel degelijk voor beleggingsvennootschappen bedoeld is. In casu wilde belanghebbende een aandelenfusie uitvoeren tussen vennootschappen die zich bezighielden met beheer van bezittingen, die voornamelijk bestaan uit effecten en liquide middelen. Ook bezitten de vennootschappen geen onroerende zaken. Uit de aard en omvang van de activiteiten van de betrokken vennootschappen op zichzelf kan niet worden afgeleid dat er geen zakelijke overwegingen aanwezig zijn. De aandelenfusie bood namelijk een beter (beleggings)resultaat voor de vennootschappen en zou leiden tot kostenbesparingen. Voorts werd duidelijk dat belanghebbende niet over zou gaan tot aandelenfusie als de faciliteit niet gegeven werd. Dit betekent echter niet dat het hoofddoel van de fusie belastingontwijking was, ook al was het wel het uitstellen van belastingheffing. Voordat er op basis van het bovenstaande mogelijk sprake van belastingontwijking is, is een voornemen tot vervreemding in de nabije toekomst nodig. Immers als de faciliteit niet werd gegeven, wilde belanghebbende ook niet via een andere route vermogensbestanddelen overdragen.

Dit lijkt dus een aanvulling op de uitspraak van de Hoge Raad van 1 december 1999<sup>74</sup>, waar gesteld werd dat indien de reorganisatie toch plaatsvindt indien het niet-fiscale doel niet bestaat, dat dat een aanwijzing kan zijn voor belastingontwijking. Hierboven wordt juist gesteld dat indien de reorganisatie niet plaatsvindt indien het fiscale doel niet bestaat, dat dit alleen een aanwijzing kan zijn voor belastingontwijking indien een voornemen tot vervreemding in de nabije toekomst bestaat.

In de uitspraak van het Hof Den Haag van 2 juni 2015<sup>75</sup> was er sprake van een bedrijfsfusie met het oog op verkoop. Hier was er een voornemen tot vervreemding aanwezig voorafgaand aan het besluit om een bedrijfsfusie uit te voeren. Belastingplichtige heeft niet aannemelijk gemaakt dat er zakelijke overwegingen aanwezig waren, wat zij wel had moeten doen op basis van het tweede bewijsvermoeden. Van een gelijksoortig geval was sprake in de uitspraak van het Hof Den Haag van 26 april 2023<sup>76</sup>, alleen dit keer met een splitsing in de overdrachtsbelasting. Belanghebbende had niet aannemelijk gemaakt dat er zakelijke overwegingen aan de splitsing ten grondslag lagen. Het Hof stelde dan ook dat het op de weg van de eiseres gelegen had om meer inzicht te verschaffen in de door haar gestelde complexiteiten en risico's bij een overdracht in plaats van een afsplitsing, bijvoorbeeld

---

<sup>73</sup> Gerechtshof Amsterdam 31 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AV3543.

<sup>74</sup> HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3829.

<sup>75</sup> Gerechtshof Den Haag 2 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1720.

<sup>76</sup> Gerechtshof Den Haag 26 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:860.

door aktes van vestiging en eventuele correspondentie met de grondeigenaren te overleggen.

Voorts was in een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 26 januari 2021<sup>77</sup> sprake van een aandelenfusie met het oog op verkoop. Bij de verkoop zou een acute heffing van inkomstenbelasting plaatsvinden, echter deze wilde belanghebbende voorkomen met een aandelenfusie. Belanghebbende heeft geen andere zakelijke overwegingen aannemelijk gemaakt, waardoor het Hof oordeelde dat de aandelenfusie in overwegende mate gericht was op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

In een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 11 maart 2022<sup>78</sup> wilde belastingplichtige zendmasten afsplitsen om deze vervolgens te verkopen. Een voornemen tot vervreemding stond dus vast voorafgaand aan de afsplitsing. De rechtbank heeft geoordeeld dat er strategische, bedrijfseconomische en daarmee zakelijke overwegingen ten grondslag lagen aan de afsplitsing. Het enkele feit dat de afsplitsing gevolg werd door een verkoop zou geen afbreuk doen aan de zakelijkheid. Voorts werd op grond van andere overwegingen dan de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting heffing vermeden en werd er hoe dan ook vennootschapsbelasting geheven vanwege een tax-ruling-verzoek. Er was dus geen fiscaal belang bij de afsplitsingen, waardoor de vrijstelling in de overdrachtsbelasting gegeven werd.

In een uitspraak van het Hof Den Haag van 5 oktober 2018<sup>79</sup> wilde een concern een deel van haar activiteiten afsplitsen met toepassing van de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting. Het Hof Den Haag oordeelde dat een afsplitsing met het oog op verkoop is gebaseerd op aandeelhoudersmotieven en dus niet op zakelijke overwegingen. In casu bleek de keuze om de activiteiten af te stoten door middel van een afsplitsing ingegeven door aandeelhoudersmotieven. Het Hof vond verder de aangevoerde nadelen van een activa-passiva transactie slechts praktische problemen, waardoor die zakelijke overwegingen kennelijk niet aannemelijk maakten. Opmerkelijk was ook dat het feit dat belastingplichtige had aangevoerd dat zij belastingheffing ook op een andere manier had kunnen voorkomen, niet voldoende was om aannemelijk te maken dat de splitsing niet gericht was op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Op zichzelf bezien was dit volgens het Hof onvoldoende.

De uitspraak van het Hof Den Bosch van 1 november 2018<sup>80</sup> brengt hier wel nuancering aan. Hier was ook sprake van een afsplitsing met het oog op verkoop en wilde de belastingplichtige gebruik maken van de faciliteit in de overdrachtsbelasting. Hier werd ook een alternatief wat niet leidde tot heffing geschetst en dit bleek weer onvoldoende. Elke vrijgestelde route zou ingegeven zijn door het motief om de onroerende zaken onbelast te verkrijgen.

---

<sup>77</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:763.

<sup>78</sup> Rechtbank Gelderland 11 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1297.

<sup>79</sup> Gerechtshof Den Haag 5 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3798.

<sup>80</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4542.

Deze uitspraken staan haaks op de uitspraak van de Hoge Raad van 11 februari 2011<sup>81</sup>, waar het doorslaggevende argument voor de omstandigheid dat de reorganisatie niet was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing was, dat een alternatief ook niet tot heffing zou leiden. Naar mijn mening is dit te verklaren doordat deze zaak op de overdrachtsbelasting ziet, voordat er bij de voorwaarden van splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting aangesloten werd bij die van de vennootschapsbelasting.

Tot slot bleek uit de uitspraak van de Hoge Raad op 25 oktober 2000<sup>82</sup> dat een aandelenfusie waarbij er sprake is van een onzakelijke ruilverhouding tussen de oude en de nieuwe aandeelhouders niet op zakelijke overwegingen berust.

## **4. Is er een lijn te trekken?**

### **4.1 *Inleiding***

Voor de vraag of er een lijn is te trekken over de invulling van de ontgaanstoets zal ik op basis van de eerder besproken jurisprudentie kijken naar de meest voorkomende situaties om te zien of de faciliteit in een dergelijk geval gegeven wordt. Deze situaties zijn als volgt:

- Herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden
- Herstructurering of rationalisering van passieve werkzaamheden
- Aandeelhoudersmotieven, zoals verkoopmotieven en ruzies
- Bedrijfsopvolging
- Uitkoop

In beginsel zijn dit allemaal situaties (met uitzondering van het herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden) waar het onduidelijk kan zijn of er zakelijke overwegingen aanwezig zijn. Ik zal dus toelichten wanneer er wel sprake is van zakelijke overwegingen en of een dergelijke situatie eventueel in de weg staat voor toepassing van de faciliteit.

### **4.2 *Een lijn in specifieke situaties***

#### **4.2.1 *Herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden***

In de meeste gevallen is er in een dergelijke situatie sprake van zakelijke overwegingen, zo is dit immers in de wettekst vastgelegd. Toch, zoals besproken in de uitspraak van de Hoge Raad van 18 december 2020<sup>83</sup>, zijn dit slechts voorbeelden van zakelijke overwegingen. Verder heeft het Hof van Justitie in de zaak Foggia<sup>84</sup> en de zaak Leur-

---

<sup>81</sup> HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN8066.

<sup>82</sup> HR 25 oktober 2000, ECLI:NL:HR:AA7846.

<sup>83</sup> HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2078.

<sup>84</sup> HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (Foggia).



Bloem<sup>85</sup> nog een nuancering aangebracht aan een dergelijke situatie. Er kan namelijk geen sprake zijn van zakelijke overwegingen als de herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden slechts zuiver fiscaal voordeel nastreven. In het vervolg van de zaak Leur-Bloem<sup>86</sup> werd duidelijk dat “het onderbrengen van de besloten vennootschappen in een fiscale eenheid [door middel van een aandelenfusie] weliswaar berust op het nastreven van zuiver fiscaal voordeel, maar dat zulks niet als een vorm van belastingontwijking kan worden gekwalificeerd”. Het enkel nastreven van zuiver fiscaal voordeel staat dus altijd in de weg voor de aanwezigheid van zakelijke overwegingen, echter staat het alleen in de weg voor toepassing van de faciliteit indien er sprake is van belastingontwijking (of belastingfraude). Het hoofddoel is dan immers belastingfraude of -ontwijking.

Dit betekent echter niet dat er geen zakelijke overwegingen aanwezig kunnen zijn indien de reorganisatie in overwegende mate gericht is op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Deze twee elementen staan los van elkaar.

Voorts kwam er in een uitspraak van de Hoge Raad<sup>87</sup> nog een aanwijzing voor onzakelijke overwegingen naar voren. Als de reorganisatie namelijk niet zou worden uitgevoerd als het niet-fiscale doel niet meer bestaat, dan is het waarschijnlijk dat anti-fiscale motieven aan de reorganisatie ten grondslag liggen.

#### 4.2.2 *Herstructurering of rationalisering van passieve werkzaamheden*

De staatssecretaris en de minister van Financiën hebben bij de invoering van de ontgaanstoets wat duidelijkheid geboden rondom het de begrippen actieve en passieve werkzaamheden<sup>88</sup>. Actieve werkzaamheden komen overeen met ondernemingsactiviteiten en passieve werkzaamheden komen overeen met beleggingsactiviteiten. Verder stellen zij dat de term “activiteiten” in de Fusierichtlijn (de tegenhanger van het begrip “actieve werkzaamheden”) ziet op werkzaamheden die normaal vermogensbeheer te boven gaan. Voorts stellen zij dat bedrijfsmatig vermogensbeheer geen vorm van beleggen is. Hieruit is af te leiden dat herstructurering of rationalisering van passieve werkzaamheden geen zakelijke overweging is.

Bij de invoering van de ontgaanstoets was het volgens de staatssecretaris de bedoeling dat herstructurering van beleggingen geen zakelijke overweging vormde, omdat beleggen geen actieve werkzaamheid is. De aandelenfusiefaciliteit zou niet bedoeld zijn voor het reorganiseren van beleggingen. De rechter denkt hier anders over. Uit het eerder besproken arrest van het Gerechtshof Amsterdam<sup>89</sup> bleek dat uit de aard en de omvang van de activiteiten van de betrokken vennootschappen op zichzelf niet kan worden geconcludeerd dat aan een reorganisatie geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Zij zagen geen aanleiding om de faciliteit te weigeren als een

---

<sup>85</sup> HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (Leur-Bloem).

<sup>86</sup> Gerechtshof Amsterdam 24 juli 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AV2661.

<sup>87</sup> HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3829.

<sup>88</sup> *Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 7, p. 150.

<sup>89</sup> Gerechtshof Amsterdam 31 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO8903.

betrokken vennootschap geen materiële onderneming dreef. De staatssecretaris meende rondom deze uitspraak dat er sprake was van onjuiste rechtsopvatting en wilde hierop in cassatie gaan, maar heeft dit uiteindelijk niet gedaan<sup>90</sup>. De Hoge Raad heeft in december 2020<sup>91</sup> ook bevestigd dat het begrip “zakelijke overwegingen” inderdaad meer omvat dan slechts herstructurering en rationalisering van actieve werkzaamheden. Voorts bleek uit het arrest Leur-Bloem<sup>92</sup> dat toepassing van de faciliteit niet mag worden uitgesloten op basis van het enkele gegeven dat er geen materiële onderneming wordt gedreven. Er kan dus worden geconcludeerd dat de omstandigheid dat betrokken vennootschappen slechts passieve werkzaamheden, zoals het aanhouden van beleggingen, verrichten niet in de weg staat voor de aanwezigheid van zakelijke overwegingen en evenmin voor de toepassing van de faciliteit.

#### 4.2.3 Aandeelhoudersmotieven

Volgens de staatssecretaris dragen aandeelhoudersmotieven niet bij aan de zakelijke overwegingen<sup>93</sup>. Echter hoeven zij niet in de weg te staan bij fiscale begeleiding bij reorganisaties. Bij een reorganisatie die zowel in het belang is van de splitsende vennootschap als in het belang is van de aandeelhouders moet er een afweging gemaakt worden om te bepalen welk gewicht het aandeelhoudersmotief heeft gehad.

Kennelijk moeten de zakelijke motieven op kunnen wegen tegen zowel de fiscale motieven als de aandeelhoudersmotieven, voordat er sprake kan zijn van in overwegende mate zakelijke overwegingen. Een goed voorbeeld van een zaak waar aandeelhoudersbelangen voorop stonden is de uitspraak van het Hof Amsterdam<sup>94</sup>, waar het primaire oogmerk van een splitsing was zodat de aandeelhouders hun eigen pensioenbeleid konden voeren. Zakelijke overwegingen waren daarom ook niet aanwezig, al werd de faciliteit wel gegeven.

Veel voorkomende gevallen van reorganisaties ingegeven door aandeelhoudersmotieven zijn reorganisaties gericht op verkoop en ruziesplitsingen. Deze zullen hieronder nader toegelicht worden.

##### 4.2.3.1 Verkoop

Een gefacilieerde reorganisatie (veelal een afsplitsing) met het oog op verkoop draagt een aanzienlijk risico op claimverlies bij de Belastingdienst met zich mee. Met behulp van de deelnemingsvrijstelling kan de verkopende partij een beduidend belastingvoordeel verkrijgen. Daarnaast hebben de aandeelhouders bij een reorganisatie met het oog op verkoop in veel gevallen meer belang bij de reorganisatie dan de betrokken vennootschappen. De staatssecretaris van Financiën heeft een

---

<sup>90</sup> Gerechtshof Amsterdam 31 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO8903, m.nt Redactie Vakstudie Nieuws.

<sup>91</sup> HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2078.

<sup>92</sup> HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (Leur-Bloem).

<sup>93</sup> *Handelingen II* bijvoegsel van de staatssecretaris van Financiën, 7 april 1998, p. 70-5271.

<sup>94</sup> Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD9549.

toelichting<sup>95</sup> gegeven op een dergelijk geval: “Indien belanghebbende reeds voor de splitsing voornemens is een divisie af te stoten zal de splitsing niet zijn ingegeven door zakelijke overwegingen maar veeleer vanwege het fiscale voordeel.” Voorts stelde hij dat indien het voornemen tot vervreemding na de splitsing opkwam, dat de mogelijkheid bestaat om aannemelijk te maken dat er ten tijde van de splitsing sprake was van in overwegende mate zakelijke overwegingen.

De Hoge Raad<sup>96</sup> heeft hier echter een ander oordeel over geveld, namelijk dat de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren tegen het tweede bewijsvermoeden niet beperkt is naar gelang het tijdstip van vervreemding. Voorts stelt de Hoge Raad dat de omstandigheid dat aan de splitsing in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen niet uitsluit dat er ten tijde van de splitsing een voornemen tot vervreemding van de aandelen bestaat. Kennelijk is de aanwezigheid van een voornemen tot vervreemding voorafgaand aan de reorganisatie niet een absolute indicator van een gebrek aan zakelijke overwegingen. In casu werd afstoting van een deel van de bedrijfsactiviteiten geforceerd door de Europese Commissie. De keuze om eerst af te splitsen en vervolgens te verkopen bleek op zakelijke overwegingen te berusten, omdat het wellicht de enige goede manier was om aan de eisen van de Europese Commissie te voldoen. Naar mijn mening blijkt uit dit arrest dat voldoen aan de voorwaarden gesteld door een mededingingsautoriteit een zakelijke overweging vormt.

Voorts heeft de Hoge Raad<sup>97</sup> toegelicht dat eveneens zakelijke overwegingen aanwezig kunnen zijn indien er een voornemen tot vervreemding bestond ten tijde van een afsplitsing gericht op verkoop. Toch lijkt de aanwezigheid van een voornemen tot vervreemding ten tijde van de reorganisatie wel een aanwijzing te zijn voor een gebrek aan zakelijke overwegingen. Er is namelijk niet voor niets een bewijsvermoeden op gebaseerd. In de uitspraak in 2015 oordeelde het Hof Den Haag<sup>98</sup> dat belanghebbende niet aannemelijk had gemaakt dat zij zakelijke overwegingen had om in het licht van een aanstaande verkoop een bedrijfsfusie te laten plaatsvinden. In een soortgelijk geval bij het Hof Arnhem-Leeuwarden<sup>99</sup>, bleek het enkele aannemelijk gemaakte motief het voorkomen van de heffing van inkomstenbelasting. In een uitspraak van de rechtbank Gelderland in 2022<sup>100</sup> was er daarentegen geen fiscaal voordeel bij de reorganisatie met het oog op verkoop. De faciliteit werd in dit geval dus wel gegeven. Interessant zijn ook nog twee arresten van het Hof Den Haag<sup>101</sup> en het Hof Den Bosch<sup>102</sup> in het kader van de overdrachtsbelasting. In deze arresten was er geen fiscaal voordeel ten opzichte van een andere route en toch werd de faciliteit niet gegeven. Immers oordeelde de Hoven dat elke vrijgestelde route ingegeven zou zijn door het motief om de onroerende zaken

---

<sup>95</sup> *Handelingen II* bijvoegsel van de staatssecretaris van Financiën, 7 april 1998, p. 70-5272.

<sup>96</sup> HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8201.

<sup>97</sup> HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297.

<sup>98</sup> Gerechtshof Den Haag 2 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1720.

<sup>99</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:763.

<sup>100</sup> Rechtbank Gelderland 11 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1297.

<sup>101</sup> Gerechtshof Den Haag 5 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3798.

<sup>102</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4542.

onbelast te verkrijgen en dus om belasting te ontwijken. Zoals al eerder is toegelicht ben ik van mening dat dit verschil is ontstaan doordat ten tijde van deze twee arresten de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden van de faciliteit in de overdrachtsbelasting nog niet aangesloten waren op die van de vennootschapsbelasting.

Al met al lijken de besproken gevallen de gedachten van de staatssecretaris te echoën, namelijk dat een reorganisatie gericht op verkoop niet door zakelijke overwegingen is ingegeven veeleer vanwege het fiscale voordeel. De Hoge Raad lijkt echter minder gewicht te hechten aan het tijdstip van totstandkoming van een voornemen tot vervreemding. Het voorafgaand aan de reorganisatie aanwezig zijn van een dergelijk voornemen kan doen veronderstellen dat fiscaal voordeel verkrijgen een wezenlijk doel is van de reorganisatie en dus dat de zakelijkheid onwaarschijnlijk is. Voor de aanwezigheid van zakelijke overwegingen zul je dus aannemelijk moeten maken dat er geen of gering fiscaal voordeel is. Eveneens is het mogelijk om aannemelijk te maken dat bepaalde zakelijke voordelen komen kijken bij de gekozen route, dan wel dat er bepaalde nadelen komen kijken bij alternatieve routes, zoals het Hof Den Haag in ECLI:NL:GHDHA:2023:860<sup>103</sup> heeft voorgesteld.

#### 4.2.3.2 Ruziesplitsingen

De staatssecretaris heeft over ruziesplitsingen gesteld dat: “fiscale begeleiding ... aan de orde kan komen indien de zakelijke redenen voor de splitsing is gelegen in het verzekeren van de continuïteit van de bedrijfsvoering van de vennootschap.” In een uitspraak van het Hof Den Haag<sup>104</sup> was kennelijk het feit dat er een patstelling bereikt was voldoende bedreiging voor de continuïteit van de bedrijfsvoering en was een splitsing gerechtvaardigd. Deze gedachte werd in de eerder besproken uitspraak van het Hof Den Bosch<sup>105</sup> herhaald in de zin dat het oplossen van een patstelling een zakelijk uiteindelijk doel is.

#### 4.2.4 Uitkoop

Toepassing van de faciliteit kan ook als doel hebben om een (minderheids)aandeelhouder uit te kopen. Dit is bijvoorbeeld te doen door een splitsing aan te gaan waarbij de onderneming en enkele liquiditeiten worden gesplitst. Deze liquiditeiten dienen als uitkoopprijs en komen dan terecht in een nieuwe vennootschap met als enig aandeelhouder, de aandeelhouder die uitgekocht wordt. De onderneming gaat voorts verder zonder die ene aandeelhouder. De meest voor de hand liggende route om een aandeelhouder uit te kopen is om de aandelen van deze aandeelhouder over te kopen tegen een uitkoopprijs. Hierbij komt echter wel aanmerkelijkbelangheffing kijken bij natuurlijke personen en vennootschapsbelasting bij VPB-plichtige lichamen die geen aanspraak kunnen maken op de deelnemingsvrijstelling. Deze heffingen kunnen uitgesteld worden indien de faciliteit wordt toegepast. Daarom heeft de staatssecretaris toegelicht dat naar zijn oordeel reorganisaties waarin de facto sprake is van een

---

<sup>103</sup> Gerechtshof Den Haag 26 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:860.

<sup>104</sup> Gerechtshof 's-Gravenhage 1 mei 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE6131.

<sup>105</sup> Gerechtshof s'-Hertogenbosch 4 mei 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1477.

(gedeeltelijke) uitkoop, al dan niet in het kader van een bedrijfsopvolging, niet fiscaal gefacilieerd worden<sup>106</sup>.

Een uitspraak van de Hoge Raad in 2012<sup>107</sup> is hier een goed voorbeeld van. Hier was sprake van een juridische splitsing waarbij de ene aandeelhouder de onroerende zaak verkreeg en de andere aandeelhouder enkele liquiditeiten. Dit moet dus haast wel een uitkoop zijn. Belanghebbende heeft geprobeerd de zaak de kant van een bedrijfsopvolging of een ruziesplitsing op te sturen, maar is hier niet in geslaagd. Zakelijke overwegingen bleken niet aanwezig en de faciliteit werd niet gegeven.

In een uitspraak van het Hof Den Haag<sup>108</sup> bleek, in het kader van een ruziesplitsing, dat de omstandigheid dat de dochter van één van de twee aandeelhouders in de splitsende vennootschap, aan wie voor de splitsing een onderneming werd overgedragen, middellijk belang heeft in die overgedragen onderneming onvoldoende om te oordelen dat de splitsing in feite slechts de uitkoop in het kader van een bedrijfsopvolging ten doel heeft. Het besluit tot splitsing (het meningsverschil) vond immers plaats nadat de onderneming was overgedragen aan de dochter. Volgens het Hof Den Haag zou betekenen dat overwegend zakelijke overwegingen niet aanwezig zouden zijn als er sprake was van een uitkoop.

De gedachte van de staatssecretaris wordt dus bevestigd door de jurisprudentie. Situaties waarin materiële uitkoop blijkt zullen dus niet kunnen rekenen op fiscale begeleiding, noch zullen uitkoopmotieven gezien kunnen worden als zakelijke overwegingen.

#### 4.2.5 *Bedrijfsopvolging*

De staatssecretaris heeft gesteld<sup>109</sup> dat er bij een bedrijfsopvolging bedrijfseconomische belangen komen kijken, omdat er in dit kader een wezenlijk belang is om de continuïteit van de onderneming te verzekeren. Echter moet hierbij nog wel de afweging worden gemaakt of de bedrijfseconomische belangen opwegen tegen de aandeelhoudersbelangen en fiscale overwegingen. Voorts heeft de staatssecretaris een voorbeeld geschetst<sup>110</sup> waarin ontgaan of uitstellen van belastingheffing niet het primaire oogmerk kan zijn. Een splitsing van het beleggingsvermogen en het ondernemingsvermogen gevolgd door een schenking van de aandelen in de vennootschap die het ondernemingsvermogen bevat, met toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet, wordt fiscaal gefacilieerd, mits deze splitsing slechts gericht is op een reële bedrijfsopvolging. Het doet er hier eveneens niet toe dat een bedrijfsopvolging primair de aandeelhouders dient. Dit voorbeeld is echter een vorm van uitkoop en dus betekent dit naar mijn mening niet dat anders

---

<sup>106</sup> *Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 5, p. 7.

<sup>107</sup> HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629.

<sup>108</sup> Gerechtshof 's-Gravenhage 1 mei 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE6131.

<sup>109</sup> *Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 9, p. 5.

<sup>110</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 64-65.

vormgegeven uitkopen in het kader van een bedrijfsopvolging gefacilieerd zullen worden.

In een uitspraak van de rechtbank Gelderland<sup>111</sup> werd de bedrijfsopvolging op zo'n andere manier vormgegeven. Dit ging immers via een aandelenfusie en verlettering van aandelen. Hier was sprake van een onzakelijke ruilverhouding, wat in zijn algemeenheid meebrengt dat de aandelenfusiefaciliteit niet kan worden toegepast<sup>112</sup>, ongeacht of er sprake is van een bedrijfsopvolging of niet. Er waren dus onvoldoende zakelijke overwegingen en ook werd de faciliteit niet gegeven. Het besluit van 4 september 2012, nr. BLKB 2012/101M<sup>113</sup> laat toe dat een dergelijke aandelenfusie onder voorwaarden goedgekeurd kan worden ingeval belanghebbende alle aandelen in de verwervende en verworven vennootschap bezit.

Voorts volgt uit een uitspraak van de Hoge Raad in 2012<sup>114</sup> dat de omstandigheid dat een bedrijfsopvolging op korte termijn niet wordt verwacht voldoende aannemelijk maakt dat de reorganisatie hier niet op is gericht, ondanks dat hier wel een voornemen voor kan zijn.

## 5. Conclusie

In deze scriptie zijn de hoofdlijnen van de fusie- en splitsingsfaciliteiten in de Wet IB en de Wet VPB besproken en is er gezocht naar hoe de ontgaanstoets voorkomt in jurisprudentie en de lijn die uit deze jurisprudentie te trekken valt. Mijn onderzoeksvraag was:

*Is er een lijn te trekken uit de jurisprudentie wat betreft de invulling van de ontgaanstoets van de reorganisatiefaciliteiten in de Wet IB en de Wet VPB en wat houdt deze lijn eventueel in?*

Inmiddels is uit deze scriptie gebleken dat er wel een aantal lijnen getrokken kunnen worden uit de jurisprudentie en met name over het begrip “zakelijke overwegingen” is inmiddels veel invulling gegeven. Daarom is hieronder in tabelvorm toegelicht wat voor invloed bepaalde omstandigheden hebben op de aanwezigheid van zakelijke overwegingen.

---

<sup>111</sup> Rechtbank Gelderland 25 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6268.

<sup>112</sup> HR 25 oktober 2000, ECLI:NL:HR:AA7846.

<sup>113</sup> Besluit van 4 september 2012, nr. BLKB 2012/101M.

<sup>114</sup> HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629.

In overwegende mate zakelijke overwegingen	Aanwijzing voor zakelijke overwegingen	Aanwijzing voor onzakelijke overwegingen	In overwegende mate onzakelijke overwegingen
<p>De reorganisatie is in overwegende mate gericht op het voldoen aan de voorwaarden gesteld door een mededingingsautoriteit</p> <p>De reorganisatie is in overwegende mate gericht op het verzekeren van de continuïteit van één van de betrokken vennootschappen (in het kader van ruziesplitsingen en bedrijfsopvolgingen)</p>	De reorganisatie is een logische route om een zakelijk einddoel te bereiken	<p>De aanwezigheid van een voornemen tot vervreemding ten tijde van de totstandkoming van de obligatoire overeenkomst tot reorganisatie</p> <p>De reorganisatie wordt ook uitgevoerd indien het niet-fiscale doel niet bestaat</p> <p>De reorganisatie wordt niet uitgevoerd als de faciliteit niet gegeven wordt en er is een voornemen tot vervreemding in de nabije toekomst</p>	<p>Het uiteindelijke doel of de keuze om dit doel door middel van een reorganisatie te bereiken is niet ingegeven door zakelijke overwegingen</p> <p>De reorganisatie is een anti-fiscale omweg of kunstgreep</p> <p>De reorganisatie is gericht op enkel het nastreven van fiscaal voordeel</p> <p>De reorganisatie is in overwegende mate gericht op uitkoop, al dan niet in het kader van een bedrijfsopvolging*</p> <p>De aanwezigheid van een onzakelijke ruilverhouding (in het kader van een aandelenfusie)**</p>

\*Hierop is een uitzondering, namelijk een splitsing in beleggings- en ondernemingsactiviteiten waarna de ondernemingsactiviteiten worden geschonken met toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet.

\*\*Hierop is ook een uitzondering, immers als voldaan is aan de voorwaarden als bedoeld in het besluit van 4 september 2012, nr. BLKB 2012/101M, onderdeel 5.6.

Ook is het van belang om op te merken dat de aard en omvang van de activiteiten van de betrokken vennootschappen geen invloed hebben op de zakelijkheid van de reorganisatie.

Over de vraag of de faciliteit wel of niet gegeven wordt is het lastiger om een lijn te trekken. Mits aannemelijk gemaakt wordt of geacht wordt dat er sprake is van elk van de vier elementen in de ontgaanstoets (“in overwegende mate”, “gericht op”, “het ontgaan of uitstellen”, “van belastingheffing”) zal de faciliteit geweigerd kunnen worden. De jurisprudentie heeft veel invulling gegeven aan wat al deze elementen inhouden, zoals dat de faciliteiten in de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting alleen zien op die twee belastingen (en buitenlandse tegenhangers hiervan, mits vermeld in de Fusierichtlijn) en dat de reorganisatie niet gericht kan zijn op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien er geen fiscaal voordeel optreedt ten opzichte van een alternatief.

In de rechtszaal hangt het echter voor de vraag of van elk van de vier elementen sprake is af van wat beide partijen aanvoeren, wat er in geschil is en hoe de belangen door de rechters afgewogen worden. Elk geval is anders en moet op zichzelf beoordeeld worden, waardoor het in de praktijk altijd afhangt van de feiten en omstandigheden.

## **6. Bronvermelding**

### **6.1 Literatuurlijst**

#### **Brummer & Thijssen 2003**

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

#### **Van der Burgt 2009**

G.C. van der Burgt, *De bedrijfsfusie in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2009 (online).

#### **Heithuis, Van den Dool, De Graaf, Kampschoër, Nieuweboer & De Smit 2023**

E.J.W. Heithuis, R.P. van den Dool, M.C. de Graaf, G.W.J.M. Kampschoër, M. Nieuweboer & R.C. de Smit, *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

#### **Heithuis, Kavelaars & Schuver 2022**

E.J.W. Heithuis, P. Kavelaars & B.F. Schuver, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

#### **Vakstudie Inkomstenbelasting**

Vakstudie Inkomstenbelasting, *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

#### **Vakstudie Vennootschapsbelasting**

Vakstudie Vennootschapsbelasting, *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer (online).



## **De Vries 2022**

R.J. de Vries, 'Wederom een arrest van de Hoge Raad over de heffing van overdrachtsbelasting in relatie tot een (juridische) (af)splitsing', *BNB* 2022/38, p. 894-897.

## **6.2 Jurisprudentie**

HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369 (Leur-Bloem).

HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282 (Modehuis Zwijnenburg).

HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718 (Foggia).

HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3829.

HR 25 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7846.

HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8201.

HR 10 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:AZ8531.

HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN8066.

HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629.

HR 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297.

HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2078.

HR 14 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:17.

Gerechtshof Amsterdam 24 juli 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AV2661.

Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD9549.

Gerechtshof 's-Gravenhage 1 mei 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE6131.

Gerechtshof Amsterdam 31 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AV3543.

Gerechtshof Arnhem 19 januari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL0970.

Gerechtshof Den Haag 2 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1720.

Gerechtshof Den Haag 5 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3798.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4542.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:763.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 mei 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1477.

Gerechtshof Den Haag 26 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:860.

Rechtbank Gelderland 25 november 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6268.

Rechtbank Gelderland 11 maart 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:1297.

Concl. A-G P. Wattel 22 december 2006, ECLI:NL:PHR:2008:AZ8524.

Concl. A-G P. Wattel 18 augustus 2020, ECLI:NL:PHR:2020:715.

### **6.3 *Parlementaire behandeling***

*Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 5, p. 7.

*Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, nr. 9, p. 5.

*Handelingen II* bijvoegsel van de staatssecretaris van Financiën, 7 april 1998, p. 70-5271.

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

*Kamerstukken II* 1999/00, 26 727, nr. 7, p. 150.

*Kamerstukken II* 2009/10, 32 129, nr. 8, p. 64-65.