

Onroerende zaken

[< Terug](#)

Vastgoed en (besparing van) overdrachtsbelasting

Het verkrijgen (meestal door middel van het kopen) van onroerende zaken is, zoals u weet, belast met overdrachtsbelasting. Dit zou eenvoudig te ontwijken zijn door geen onroerende zaken, maar aandelen in een vennootschap te kopen. Als in die vennootschap zich alleen onroerende zaken bevinden, bent u toch per saldo eigenaar geworden van die onroerende zaken. Deze mogelijke ontwijking heeft de wetgever reeds lang geleden trachten te voorkomen. Bij de verkrijging van aandelen in BV (of NV), moet u er dan ook op bedacht zijn dat er overdrachtsbelasting verschuldigd kan zijn. Dit is het geval als er sprake is van de verkrijging van aandelen in een zogenaamd "vastgoedlichaam". In het vervolg spreek ik over vastgoed BV of vastgoed vennootschap.

Als de bezittingen van zo'n BV (de activazijde van de balans) voor 70% of meer bestaan uit onroerende zaken, dan zal naar de overdrachtsbelasting gekeken moeten worden. U moet hierbij alle activa herwaarderen naar de werkelijke waarde. De boekwaarde op de balans is dus niet relevant. Voor deze bezitseijs moet niet alleen gekeken worden naar het moment van verkrijging van de aandelen, maar ook naar een periode van 12 maanden voorafgaande aan de verkrijging.

Praktijkmogelijkheden

De kwalificatie als vastgoed BV, en daarmee de heffing van overdrachtsbelasting, kan worden voorkomen door bij een BV vanaf het begin de bezittingen zodanig te structureren dat onder de hierboven genoemde 70%-grens wordt gebleven. Bij bestaande structuren is het wijzigen van de bezittingen eveneens een oplossing. Als gevolg van de referentieperiode van 12 maanden moet daarmee wel tijdig worden begonnen.

Een mogelijkheid om onder de overdrachtsbelasting uit te komen, zou dus kunnen zijn een wijziging van de samenstelling van bezittingen. U kunt daarbij denken aan buitenlands vastgoed (is niet in Nederland gelegen), beleggingen in panden afstoten ten gunste van effecten (voorzover dat geen aandelen in andere vastgoed B.V.'s zijn). Let wel: na de wijziging van de samenstelling van de bezittingen moet u minimaal één jaar wachten om te voorkomen dat het lichaam nog steeds als vastgoed vennootschap kwalificeert.

In een andere variant worden twee takken van vennootschappen gevormd, waarbij de ene tak de aankoop van de onroerende zaken in andere tak financiert (kruislingse financiering). Deze kruislingse financieringen voorkomen dat de B.V. aan de 70%-eis voldoet.

U bent ook geen overdrachtsbelasting verschuldigd bij het verkrijgen van aandelen in een vastgoed B.V. als er geen substantieel belang (tenminste 1/3) wordt verkregen.

In de praktijk is de gedachte opgekomen om aan dit criterium te ontkomen door soort aandelen uit te geven, bijvoorbeeld cumulatief preferente aandelen of prioriteitsaandelen. Het substantieel-belangcriterium van 1/3 voor de overdrachtsbelasting is ontleend aan de aanmerkelijk-belangregeling in de inkomstenbelasting, zoals deze gold tot eind 1996. In de inkomstenbelasting is echter vanaf 1997 een 5%-belang voldoende en geldt er een speciale regeling voor verschillende soorten van aandelen om te bepalen of er sprake is van een aanmerkelijk belang. Voor de overdrachtsbelasting heeft deze aanpassing (nog steeds) niet plaatsgevonden, zodat dit soort verwateringsconstructies in de overdrachtsbelasting in beginsel nog steeds mogelijk zijn.

Mocht u eens wat meer willen weten over de "ins en outs" over de mogelijkheden om de heffing van overdrachtsbelasting te vermijden, dan sta ik u graag te woord.

Auteur: Mr Gerrit J. den Hartog

[↑ terug naar boven](#)

B.III - nr. 1

Fusie bij lichamen met in aandelen verdeeld kapitaal

1.3. Overdrachtsbelasting

1.3.1. Aandelenfusie

Bij een aandelenfusie zal doorgaans geen overdrachtsbelasting worden geheven. Een uitzondering geldt bij aandelenfusies waarbij de overgenomen vennootschap een zogenoemd onroerendgoedlichaam in de zin van art. 4 Wet BRV is. Alsdan geldt geen vrijstelling.

Zie voor de heffing in dit geval onderdeel B.I, nr. 1.16.

1.3.2. Bedrijfsfusie

Voor bedrijfsfusies geldt onder bepaalde voorwaarden een vrijstelling: art. 15, eerste lid, onderdeel h, Wet BRV.

Bij deze voorwaarden valt in de eerste plaats te wijzen op de algemene voorwaarden voor vrijstellingen, opgenomen in art. 15, laatste lid, van de wet, waarover nader onderdeel A.III, nr. 4.1.a. Dit betreft een bijzonder geval van samenloop van heffing van omzetbelasting en een vrijstellingsbepaling voor de overdrachtsbelasting. Bij een bedrijfsfusie zal echter in beginsel geen omzetbelasting verschuldigd zijn (zie onderdeel 1.2. hiervoor). De overige voorwaarden vindt men in art. 5a Uitvoeringsbesluit BRV, ingevoerd bij het Koninklijk Besluit van 27 februari 1996, *Stb.* 1996, 144. Het artikel werkt in beginsel terug tot 31 maart 1995, 18.00 uur. Zie voor een overgangsregeling onderdeel 1.4 hierna.

De tekst van art. 5a is opgenomen in onderdeel D.II, nr. 2A.

1.3.2.a. Omschrijving bedrijfsfusie in art. 5a Uitvoeringsbesluit BRV

Art. 5a, eerste lid, Uitvoeringsbesluit BRV, omschrijft de fusie als de verkrijging van uitsluitend de gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel van een vennootschap door een andere vennootschap tegen toekenning van aandelen. Hoewel in de toelichting bij het Uitvoeringsbesluit BRV niet wordt ingegaan op het begrip zelfstandig onderdeel zoals dat in art. 5a is gebruikt, gaan wij ervan uit dat dit begrip de betekenis heeft die daaraan ook toekomt voor de toepassing van art. 14 Wet Vpb. 1969. Zie onderdeel 1.3.2.d hierna. Onder zelfstandig onderdeel valt derhalve ook het aandeel van een vennootschap in een vennootschap onder firma of een maatschap. Zie hierbij de Resolutie van 1 juli 1993, gewijzigd bij de Resolutie van 11 januari 1994 inzake de toepassing van art. 14 Wet Vpb. 1969. In deze zin ook *mr. K.R. de Vries*, De herziene vrijstellingen voor inbreng, fusie en interne reorganisatie in de overdrachtsbelasting, *FED* 1996/336, onderdeel 3.2.

Duurzaam samenbrengen met andere onderneming niet vereist

Het Uitvoeringsbesluit BRV eist voor een vrijstelling bij fusie niet dat de overgedragen onderneming wordt samengevoegd met een onderneming van de overnemer. Van een vrijgestelde fusie kan ook sprake zijn indien de overnemer geen onderneming (direct of indirect) uitoefent.

1.3.2.b. Begrip vennootschap

Blijkens art. 5a, zevende lid, Uitvoeringsbesluit BRV, omvat het begrip vennootschap:

- de naamloze vennootschap (NV);
- de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV);
- de open commanditaire vennootschap;
- andere vennootschappen waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij met een in aandelen verdeeld kapitaal;
- een lichaam opgericht naar het recht van een andere staat en naar aard en inrichting vergelijkbaar met een hiervoor aangeduid lichaam. De betreffende andere staat kan ook een staat zijn buiten de Europese Gemeenschap. De voor uitbreiding van de groep in aanmerking komende lichamen mochten gezien worden tegen de achtergrond van de non-discriminatiebepalingen in zowel het EC-verdrag als in een aantal belastingverdragen.

In de opsomming ontbreken stichtingen, alsmede coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en verenigingen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal. Zie hiervoor onderdeel B.111. nr. 2.

1.3.2.c. Begrip onderneming

Zie voor het begrip onderneming onderdeel A.111, nr. 4.7. Wij merken op dat ook beleggingsmaatschappijen en onroerend-goedlichamen een onderneming kunnen hebben.

1.3.2.d. Zelfstandig onderdeel van een onderneming

Hieronder zal men hebben te verstaan zowel een onderdeel dat reeds geheel zelfstandig is georganiseerd als een samenstel van activa en passiva dat weliswaar nog niet afzonderlijk is georganiseerd, maar dat wel een onderneming kan vormen.

Zoals wij reeds hiervoor onder 1.3.2.a opmerkten, zal aansluiting gezocht kunnen worden bij het begrip zelfstandig onderdeel zoals dat wordt geïnterpreteerd voor de toepassing van art. 14 Wet Vpb. 1969.

1.3.2.e. Uitsluitend

Blijkens de Toelichting bij art. 5a Uitvoeringsbesluit BRV, is met de opneming van het woord uitsluitend beoogd om aan te geven dat het niet mag gaan om de overdracht van losse vermogensbestanddelen van een onderneming.

1.3.2.f. Toekenning van aandelen

Van verkrijging krachtens een vrijgestelde fusie is slechts sprake indien, behoudens de in onderdeel 1.3.2.g hierna te bespreken creditering, tegenover de verkregen onderneming of het zelfstandig onderdeel daarvan eigen aandelen worden uitgegeven door de verkrijger. Er zijn geen eisen gesteld aan de soort aandelen. Dit kunnen dus bijvoorbeeld ook preferente aandelen zijn. Ook kunnen aandelen met agio worden uitgegeven. Voor de goede orde wijzen wij erop dat de eis, dat de fusie geschiedt door inbreng van een onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan tegen uitreiking van aandelen, tot gevolg

B.III - nr. 1

Fusie bij lichamen met in aandelen verdeeld kapitaal

heeft dat het inbrengende lichaam aandeelhoudster wordt van het overnemende lichaam.

Als bij een bedrijfsfusie de partij die vastgoed inbrengt meer dan 1/3 van de aandelen in een vastgoedvennootschap verkrijgt, doen zich twee verkrijgingen voor. De vennootschap die het vastgoed verkrijgt en de inbrengende vennootschap die een aanmerkelijke belang van de aandelen verkrijgt in de vennootschap waarin wordt ingebracht. Beide verkrijgingen zullen naar onze mening onder de bedrijfsfusievrijstelling moeten vallen omdat die beide het gevolg zijn de bedrijfsfusie.

1.3.2.g. Creditering

Niet de gehele tegenprestatie hoeft uit aandelen te bestaan. Een klein deel kan gegoten worden in de vorm van een bijbetaling of creditering, namelijk 10% van de waarde van hetgeen op de toegekende aandelen wordt gestort. (NB: anders dan voor de kapitaalsbelasting - art. 37, derde lid, Wet BRV - is de creditering dus niet beperkt tot 10% van de nominale waarde van de uitgereikte aandelen maar ruimer, namelijk 10% van de waarde van hetgeen op de aandelen is gestort).

1.3.2.h. Voorwaarden

Er is in art. 5a Uitvoeringsbesluit BRV, een aantal voorwaarden opgenomen, welke in feite de vorm van een sanctie hebben. Het betreft:

Sanctie I

De vrijstelling vervalt alsnog - dat wil zeggen: er is alsnog overdrachtsbelasting verschuldigd - indien de vennootschap die haar onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan heeft overgedragen (de inbrenger) binnen drie jaar (= $3 \times 365/366$ dagen) na de fusie niet meer in het bezit is van alle bij of in verband met de fusie verkregen aandelen. Deze bepaling beoogt om te voorkomen dat een overdracht van een onderneming met het daarbij behorende onroerend goed c.q. een zelfstandig onderdeel daarvan wordt gegoten in de vorm van een vrijgestelde fusie.

Niet geheel duidelijk is hoever het voortgezet aandeelhouderschap gedurende de driejaarsperiode zich uitstrekt. Zie voor de juridische fusie in dit verband 1.3.3 hierna. Voor het overige dunkt het ons dat bijvoorbeeld de vervreemding van claimrechten moet worden aangemerkt als een vervreemding van een deel van de in de verkregen aandelen besloten rechten en mitsdien onder de sanctiebepaling valt. Ten aanzien van het verlenen van een koopoptie, uit te oefenen op een tijdstip gelegen drie jaar na de fusie, kan men van mening verschillen. Ons inziens is het verlenen van een optie geen vervreemding.

Sanctie II

Ook vervalt de vrijstelling - en is de niet geheven belasting alsnog verschuldigd - indien de verkrijgende vennootschap de onderneming, die zij bij de fusie verkreeg, niet gedurende ten minste drie jaar na de fusie voortzet. Het Uitvoeringsbesluit BRV spreekt niet over voortzetting van een overgenomen zelfstandig onderdeel van de onderneming, maar wij zouden op redelijkheidsgronden willen aannemen dat de voortzettingseis ook geldt ten aanzien van een dergelijk overgenomen zelfstandig onderdeel.

In een aantal gevallen gelden de sancties niet. Zij worden hierna besproken.

1.3.2.i. Geen sanctie I bij vervreemding van de verkregen aandelen in het kader van een fusie of splitsing in de zin van de kapitaalsbelasting

Voor de kapitaalsbelasting geldt een vrijstelling voor uitgifte van aandelen in het kader van een fusie (art. 37, tweede lid, Wet BRV). Onder fusie is hier zowel de aandelenfusie als de bedrijfsfusie begrepen. Art. 5a, vijfde lid, Uitvoeringsbesluit BRV, laat bij een opvolgende aandelenfusie of bedrijfsfusie die valt onder de vrijstelling van art. 37 Wet BRV de bij de oorspronkelijke bedrijfsfusie verleende vrijstelling van overdrachtsbelasting in stand. Daarbij geldt wel dat de bij de tweede fusie verkregen aandelen de plaats innemen van de oorspronkelijk met vrijstelling van overdrachtsbelasting verkregen aandelen. Dit houdt feitelijk in dat op deze aandelen ook het vervreemdingsverbod komt te rusten, zij het beperkt tot een periode welke correspondeert met de oorspronkelijke drie-jaarsperiode.

Voorbeelden

1. BV A draagt op 15 oktober 1996 haar gehele onderneming, waartoe onroerende zaken behoren, over aan de BV B tegen uitreiking van aandelen B. Deze overdracht is vrijgesteld van overdrachtsbelasting op grond van art. 5a, eerste lid, Uitvoeringsbesluit BRV. Op 1 januari 1998 - dus nog binnen de drie-jaarstermijn - worden alle aandelen BV B overgenomen door de NV X tegen uitreiking van aandelen X. Dit is een aandelenfusie in de zin van art. 37 Wet BRV. Op de door de BV A verworven aandelen NV X rust nu een vervreemdingsverbod tot 15 oktober 1999, behoudens bij een nieuwe fusie.

2. De BV A draagt op 15 oktober 1996 haar gehele onderneming, waartoe onroerende zaken behoren, over aan de BV B tegen uitreiking van aandelen B. De BV A start vervolgens een nieuwe activiteit. Op 1 januari 1998 draagt de BV A haar gehele vermogen over aan de NV Y tegen uitreiking van aandelen Y. Dit is een vrijgestelde bedrijfsfusie in de zin van de kapitaalsbelasting. Op de door de BV A verkregen aandelen NV Y rust een vervreemdingsverbod tot 15 oktober 1999, behoudens bij een nieuwe fusie.

3. De BV A en de BV B die elk onroerende zaken bezitten, gaan op 15 oktober 1996 een juridische fusie aan via een nieuw opgerichte BV C. Hoewel art. 5a Uitvoeringsbesluit BRV niet spreekt over de juridische fusie, gaan wij ervan uit dat niettemin dit artikel ook toepassing kan vinden bij een juridische fusie. Zie ook hierna. Op grond van de juridische fusie worden de aandeelhouders van de BV A en de BV B aandeelhouders van de BV C. Op 1 januari 1998 gaat de BV C een juridische fusie aan met de NV Z, waarbij de NV Z de voortzettende vennootschap is. Ook deze fusie is, althans naar ons oordeel, een vrijgestelde bedrijfsfusie in de zin van de Wet BRV. Uitgaande van het standpunt dat ook de juridische fusie onder art. 5a Uitvoeringsbesluit BRV valt, moet de conclusie zijn dat de oorspronkelijke vrijstelling (juridische fusie via BV C) in stand blijft, maar de sanctiebepaling wordt nu overgezet op de aandelen NV Z, zij het dat de sanctie vervalt op 15 oktober 1999.

Splitsing

Ook bij een opvolgende splitsing die valt onder art. 37 van de Wet BRV blijft de

B.III - nr. 1

Fusie bij lichamen met in aandelen verdeeld kapitaal

oorspronkelijke vrijstelling in stand, waarbij evenals bij een opvolgende fusie de verkregen aandelen de plaats innemen van de oude aandelen.

1.3.2.j. Geen sanctie 1 bij vervreemding van de verkregen aandelen in het kader van een interne reorganisatie in de zin van de kapitaalsbelasting

Voor de kapitaalsbelasting geldt ook een vrijstelling bij uitgifte van aandelen in het kader van een interne reorganisatie. Interne reorganisatie omvat sinds 1 maart 1989 zowel de bedrijfsfusie binnen concernverband als het concentreren van alle bedrijfsmiddelen van gelijke aard van tot een concern behorende lichamen in één andere concernvennootschap. Voor wat betreft de bedrijfsfusie wordt sinds de genoemde datum van 1 maart 1989 geen onderscheid gemaakt tussen bedrijfsfusies binnen en buiten concernverband. Dat ligt anders bij bedrijfsmiddelen van gelijke aard. Zie voor bedrijfsfusies onderdeel 1.3.2.i hiervoor. Worden bij de oorspronkelijke, voor de overdrachtsbelasting vrijgestelde, bedrijfsfusie derhalve aandelen verkregen welke vervolgens in het kader van een interne reorganisatie van het desbetreffende concern worden overgedragen aan een andere vennootschap, dan zal dit niet leiden tot verschuldigdheid van overdrachtsbelasting, met dien verstande dat de drie-jaarsklem nu komt te rusten op de van de desbetreffende concernvennootschap verkregen aandelen.

Voorbeeld

De BV A draagt een zelfstandig onderdeel van haar onderneming, waartoe onroerende zaken behoren, op 15 oktober 1996 over aan de BV B tegen uitreiking van aandelen B. Op 1 januari 1998 draagt de BV A de deelneming BV B te zamen met andere deelnemingen over aan dochtermaatschappij BV C tegen uitreiking van aandelen C. Dit is aan te merken als een concentratie van bedrijfsmiddelen van gelijke aard in de zin van art. 37 Wet BRV. De oorspronkelijke vrijstelling van overdrachtsbelasting blijft derhalve in stand, maar op de door de BV A verkregen aandelen BV C rust tot 15 oktober 1999 een doorgeschoven vervreemdingsverbod, met dien verstande dat:

- dit vervreemdingsverbod naar ons oordeel slechts geldt voor zover de verkregen aandelen BV C staan tegenover de ingebrachte aandelen BV B;
- bij een eventuele opvolgende fusie of een interne reorganisatie wederom een doorschuiving van de claim mogelijk is.

Informeel kapitaal

Het Uitvoeringsbesluit BRV spreekt over uitreiking van aandelen. Met name bij een bedrijfsfusie in concernverband zal niet altijd de behoefte bestaan om aandelen uit te reiken. Hoewel het op het eerste gezicht voor de hand ligt om ook bij een informele inbreng, dat wil zeggen: zonder uitreiking van aandelen, althans binnen concernverband de vrijstelling toe te passen, achten wij voorzichtigheid op z'n plaats. Immers, een van de voorwaarden is dat de bij de bedrijfsfusie verkregen aandelen niet worden vervreemd. Door een informele kapitaalbreng zou men aan dit vervreemdingsverbod kunnen ontkomen. Derhalve zijn wij van oordeel dat bij een bedrijfsfusie, gepaard gaande met informele kapitaalbreng, alleen aan de heffing van overdrachtsbelasting kan worden ontkomen met behulp van kwijtschelding.

1.3.2.k. Geen sanctie II bij vervreemding van de onderneming in het kader van een fusie, interne reorganisatie of splitsing in de zin van art. 5a respectievelijk 5b respectievelijk 5c Uitvoeringsbesluit BRV

Terwijl het vervreemdingsverbod ter zake van de bij de bedrijfsfusie verkregen aandelen (sanctie I; zie de onderdelen 1.3.2.i en 1.3.2.j hiervoor) buiten aanmerking blijft bij een opvolgende fusie, splitsing of interne reorganisatie in de zin van de *kapitaalsbelasting*, geldt bij vervreemding van de onderneming binnen de drie-jaars-termijn een ontheffing van het vervreemdingsverbod bij een opvolgende vrijgestelde fusie, splitsing of interne reorganisatie in de zin van het Uitvoeringsbesluit BRV.

De voor de overdrachtsbelasting vrijgestelde fusie is hiervoor in onderdeel 1.3.2 beschreven.

Voor de vrijgestelde interne reorganisatie verwijzen wij naar onderdeel B.IV.

Zie voor de vrijgestelde splitsing onderdeel B.III, nr. 4 hierna.

Voorbeeld

De BV A draagt op 15 oktober 1996 haar gehele onderneming, waartoe onroerende zaken behoren, over aan de BV B tegen uitreiking van aandelen B. De BV B draagt op 1 januari 1998 haar gehele onderneming over aan de NV X tegen uitreiking van aandelen X. Deze laatste overdracht is op zich een vrijgestelde fusie voor de overdrachtsbelasting. De voor de bedrijfsfusie A-B toegepaste vrijstelling blijft nu gehandhaafd, met dien verstande dat uiteraard voor de fusie B-X opnieuw een termijn van drie jaar gaat lopen.

Zie voor opvolgende reorganisatie in de zin van de overdrachtsbelasting onderdeel B.IV, nr. 3.8.

1.3.2.l. Fusie als vorm van interne reorganisatie

Wij wozen er reeds op dat een bedrijfsfusie ook binnen concernverband mogelijk is, zodat een dergelijke fusie een alternatief kan vormen voor een vrijgestelde interne reorganisatie in de zin van art. 5b Uitvoeringsbesluit BRV. Met name is dit van belang vanwege de verschillen in voorwaarden. Wij verwijzen in dit verband naar onderdeel B.IV. Wij merken nog het volgende op. In bepaalde gevallen bestaat de behoefte om bepaalde bedrijfsonderdelen die niet als zelfstandig onderdeel van een onderneming kunnen worden aangemerkt niettemin zoveel mogelijk met vrijstelling van overdrachtsbelasting te doen overgaan. Een oplossing kan dan zijn om eerst de gehele onderneming in een nieuwe dochter onder te brengen en vervolgens de diverse onderdelen via een interne reorganisatie naar afzonderlijke vennootschappen over te brengen.

1.3.2.m. Diversen

De in art. 5a Uitvoeringsbesluit BRV opgenomen vrijstelling voor bedrijfsfusie geldt ook bij fusie van onroerendgoedlichamen, indien althans bij deze lichamen sprake is van het drijven van een onderneming.

B.III - nr. 1

Fusie bij lichamen met in aandelen verdeeld kapitaal

1.3.2.n. Overgangsregeling

In beginsel werkt de vrijstelling van overdrachtsbelasting bij een bedrijfsfusie vanaf 31 maart 1995, 18.00 uur. Op verzoek van de belastingplichtige kan echter, voorzover dit van belang is, tot 1 maart 1996 nog een beroep gedaan worden op de oude vrijstellingsbepaling, welke voorzag in een vrijstelling ter zake van de inbreng van een in haar geheel ingebrachte onderneming in een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal (art. 15, eerste lid, letter e (oud)). Deze vrijstelling gold destijds niet voor een zelfstandig onderdeel van een onderneming. De overgangsregeling heeft (had) betekenis voor gevallen waarin bijvoorbeeld de verkregen aandelen binnen de driejaarsperiode werden vervreemd, of de verkregen onderneming binnen drie jaar werd vervreemd.

1.3.3. Juridische fusie

1.3.3.a. Toepasselijkheid bepalingen bedrijfsfusie

De tekst van art. 5a Uitvoeringsbesluit BRV is weliswaar primair toegespitst op de bedrijfsfusie (*overdracht* van een onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan tegen uitreiking van aandelen), maar zij geldt ons inziens ook voor de juridische fusie. Ook de vroegere vrijstelling van art. 15, eerste lid, letter e (oud), kon immers toepassing vinden bij een juridische fusie. Bovendien is ons niet gebleken dat het Ministerie van Financiën thans een andere interpretatie voorstaat. Bij een juridische fusie wordt niet het vermogen overgedragen, maar gaat het vermogen over. Wel zouden wij willen aannemen dat de vrijstelling bij een juridische fusie alleen geldt indien sprake is van een onderneming. Voor de oude regeling verwijzen wij nog naar de Toelichting (paragraaf 29a) bij de Wet BRV.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 11 maart 1998, *V-N* 16 april 1998, pt. 25, *PW* 20 921, gewezen onder de oude bepalingen inzake interne reorganisatie, blijkt onderzussen dat de Hoge Raad zich ten aanzien van een juridische fusie op het standpunt stelt dat onder het oude regime naar de letter van de wet een juridische fusie niet voor een vrijstelling kwalificeerde. Een goedkeurend beleid zoals neergelegd in § 29a van de Toelichting overdrachtsbelasting doet daaraan niet af. Aangezien ook onder de huidige regeling geen speciale wettelijke voorziening is getroffen voor een juridische fusie, heeft het arrest ook thans nog betekenis (aldus ook de a-g in zijn conclusie voor het arrest, alsmede de commentator in het Vakstudie Nieuws).

Door de goedkeuring als neergelegd in de Toelichting – welke goedkeuring niet is ingetrokken – heeft het arrest voor de heffing van overdrachtsbelasting bij een juridische fusie als zodanig geen betekenis. Wel dus voor een opvolgende interne reorganisatie. Zie onderdeel B.IV, onderdeel A, nr. 3.9.

Opmerking verdient dat noch in de Wet BRV noch in het Uitvoeringsbesluit BRV de eis wordt gesteld dat aan de juridische fusie overwegend zakelijke motieven ten grondslag liggen (vergelijk art. 14b, vijfde lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969).

1.3.3.b. Kring van lichamen

Zie voor de kring van lichamen die kunnen deelnemen aan een juridische fusie onderdeel 1.1.b hiervoor. Voor de overdrachtsbelasting is echter de mogelijkheid van een

vrijstelling beperkt door het feit dat daarvoor alleen lichamen met een in aandelen verdeeld kapitaal in aanmerking komen (zie onderdeel 1.3.2.b hiervoor).

1.3.3.c. Toekenning van aandelen

Bij een juridische fusie zal niet altijd sprake behoeven te zijn van uitreiking van aandelen, althans zeker niet van aandelen in de verkrijgende vennootschap. Zie onderdeel 1.1.b hiervoor.

Drie gevallen moeten worden onderscheiden:

(i) er worden in het geheel geen aandelen uitgereikt (bijvoorbeeld omdat een moedervenootschap fuseert met een 100% dochter of eenzelfde persoon aandeelhouder is van zowel de verkrijgende als de verdwijnende vennootschap);

(ii) er worden aandelen uitgereikt door een andere vennootschap dan de verkrijgende vennootschap (bijvoorbeeld aandelen van de moedermaatschappij van de verkrijgende vennootschap);

(iii) er worden weliswaar aandelen uitgereikt maar sommige aandeelhouders krijgen slechts contanten (met name omdat zij een te klein bezit aan aandelen hebben; hiervoor kan de 10%-marge benut worden).

De onder (i) en (ii) genoemde situaties worden met zoveel woorden gedekt door § 29a Toelichting overdrachtsbelasting. Het onder (iii) genoemde geval is niet in § 29a Toelichting genoemd. Aannemende echter, dat niet beoogd is deze vorm van juridische fusie onmogelijk te maken, zouden wij willen betogen dat deze de facto eveneens is vrijgesteld.

Toepassing sancties indien geen aandelen worden uitgereikt

In onderdeel B.III, nr. 1.3.2.h en 1.3.2.i, is ingegaan op de sanctie, die bij een vrijgestelde bedrijfsfusie is gesteld op vervreemding van de bij de fusie verkregen aandelen en de uitzondering daarop. Indien geen aandelen worden uitgegeven, rijst de vraag of er wel een sanctie kan worden toegepast. Ons inziens is dit niet het geval. Het gaat ons inziens te ver om de claim dan te leggen op de reeds eerder uitgegeven aandelen. Hier wreekt zich het ontbreken van een wettelijke regeling.

1.3.3.d. Creditering

Zoals vermeld in onderdeel 1.1.b hiervoor mag bij een juridische fusie een bijbetaling plaatshebben van maximaal 10% van de *nominale* waarde van de toegekende aandelen. Dit percentage is lager dan het maximum van de toegelaten creditering voor de overdrachtsbelasting. Bij een juridische fusie zal het laagste maximum bepalend zijn.

1.3.3.e. Overgangsregeling

Zie onderdeel 1.3.2.n hiervoor.