
VERMOGEN

GAAT VREEMD

- Payback time?

Naam: S. Kroon

Studentnummer: 312203

Begeleider: drs. M. Nieuweboer

Rotterdam, 17 juli 2012

zich te-rug-be-ta-len₂

(wederkerend werkwoord; betaalde zich terug; heeft zich terugbetaald)

1.de moeite lonen¹

¹ Van Dale woordenboek

Inhoudsopgave

| | |
|---|--------------|
| 1. Inleiding en probleemstelling | p. 1 |
| 1.1 Vermogen gaat vreemd | p. 1 |
| 1.2 Onderzoeksvraag en toetsingskader | p. 2 |
| 1.3 Afbakening onderzoek | p. 3 |
| 2. Deelnemingsvrijstelling en behandeling van eigen en vreemd vermogen | p. 5 |
| 2.1 Inleiding | p. 5 |
| 2.2 Fiscale behandeling van vermogen | p. 5 |
| 2.2.1 Achtergrond | p. 5 |
| 2.2.2 Verschil in behandeling | p. 6 |
| 2.3 Toepassing binnen de deelnemingsvrijstelling | p. 6 |
| 2.3.1 Inleiding | p. 6 |
| 2.3.2 Achtergrond | p. 6 |
| 2.3.3 Voorwaarden deelnemingsvrijstelling | p. 7 |
| 2.3.3.1 Eisen aan moeder en dochter | p. 7 |
| 2.3.3.2 Bezitseis | p. 8 |
| 2.3.3.3 Juridisch en economisch eigendom | p. 8 |
| 2.3.4 Voordeel | p. 9 |
| 2.3.5 Causaliteit, voordeel uit hoofde van een deelneming | p. 10 |
| 2.3.5.1 Hoedanigheidseis | p. 11 |
| 2.3.5.2 Causaliteit | p. 11 |
| 2.4 Conclusie | p. 11 |
| 3. Financieringsinstrumenten | p. 13 |
| 3.1 Inleiding | p. 13 |
| 3.2 Eigen vermogen | p. 13 |
| 3.3 Vreemd vermogen | p. 14 |
| 3.4 Onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen | p. 14 |
| 3.5 Hybride vermogensinstrumenten | p. 15 |
| 2.6 Conclusie | p. 16 |
| 4. Fiscale kwalificatie vermogen | p. 18 |
| 4.1 Inleiding | p. 18 |
| 4.2 Fiscaal onderscheid van vermogen | p. 18 |
| 4.3 Door de HR geformuleerde uitzondering op de hoofdregel | p. 19 |
| 4.4 Van eigen naar vreemd vermogen | p. 20 |
| 4.4.1 Inleiding | p. 20 |
| 4.4.2 Geldverstrekking in wezen een lening | p. 21 |
| 4.4.3 Strijdigheid met doel en strekking van de wet | p. 22 |
| 4.4.3.1 Algemeen | p. 22 |
| 4.4.3.2 Fraus legis in de deelnemingsvrijstelling | p. 23 |
| 4.5 Conclusie | p. 23 |
| 5. Kwalificatievraagstuk voor de commerciële jaarrekening | p. 25 |
| 5.1 Inleiding | p. 25 |
| 5.2 Richtlijnen voor de jaarverslaggeving | p. 25 |
| 5.2.1 Inleiding in de Richtlijnen | p. 25 |
| 5.2.2 Onderscheid eigen en vreemd vermogen op grond van de Richtlijnen | p. 25 |
| 5.3 International Financial Reporting Standards | p. 26 |
| 5.3.1. Inleiding in de IFRS | p. 26 |
| 5.3.2 Onderscheid eigen en vreemd vermogen op grond | p. 27 |

| | |
|---|--------------|
| van IFRS | |
| 5.4 Conclusie | p. 28 |
| 6. Conclusie en toepassing | p. 29 |
| 6.1 Inleiding | p. 29 |
| 6.2 Payback time | p. 29 |
| 6.3 Rechtbank 's-Gravenhage, 21 november 2011 | p. 30 |
| 5.3 Rechtbank Haarlem, 25 januari 2011 en Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012 | p. 31 |
| Literatuurlijst | p. 34 |

Lijst van gebruikte afkortingen

| | |
|--------------|---|
| A-G | Advocaat-generaal |
| Art. | Artikel |
| Blz. | Bladzijde |
| BNB | Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak |
| BV | Besloten Vennootschap |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| Diss. | Dissertatie |
| EU | Europese Unie |
| FASB | Financial Standards Board |
| FED | Fiscaal weekblad FED |
| HR | Hoge Raad |
| IAS | International Accounting Standards |
| IASB | International Accounting Standards Board |
| IASC | International Accounting Standards Committee |
| IFRS | International Financial Reporting Standards |
| NV | Naamloze Vennootschap |
| Par. | Paragraaf |
| RJ | Raad voor de Jaarverslaggeving |
| US GAAP | Amerikaanse Generally Accepted Accounting Principles |
| VN | Vakstudie Nieuws |
| VPB | Vennootschapsbelasting |
| Wet VPB 1969 | Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 |
| WFR | Weekblad voor Fiscaal Recht |

1 Inleiding en probleemstelling

1.1. Vermogen gaat vreemd

Onlangs zijn in lagere rechtspraak opvallende uitspraken gedaan met betrekking tot de kwalificatie van geldverstrekkingen. In deze gevallen was volgens belastingplichtige sprake van een geldverstrekking in de vorm van aandelenkapitaal. Echter oordeelde de Rechtbank anders, deze was van mening dat de geldverstrekkingen niet tot het eigen vermogen behoorde. In deze situaties was volgens de Rechtbank geen sprake van een voordeel genoten uit hoofde van een deelneming, waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was.

Zo was bij de uitspraak van Rechtbank 's-Gravenhage² sprake van rechtshandelingen waarbij naar het oordeel van de Rechtbank een situatie was gecreëerd die gelijk was aan het verstrekken van een geldlening. In deze situatie was sprake van een samenstel van transacties waarbij belastingplichtige de zekerheid had dat het door haar geïnvesteerde bedrag binnen drie jaar terug ontvangen zou worden. Door deze samenstel van transacties verkreeg belastingplichtige rente in de vorm van opbrengsten van B-aandelen. De rente was gelijk aan de marktrente en was onafhankelijk van de winst. Rechtbank 's-Gravenhage oordeelde dat de voordelen derhalve niet gekwalificeerd konden worden als voordelen uit hoofde van een deelneming, met als gevolg dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is.

Een andere opvallende uitspraak deed zich voor bij Rechtbank Haarlem³. In geding was of redeemable preference shares konden worden aangemerkt als aandelenkapitaal. Redeemable preference shares zijn een bijzondere vorm van aandelen in Australië. Het betreft preferente aandelen die aflosbaar zijn, waarop een vaste vergoeding wordt ontvangen. Vanwege deze kenmerken hadden de aandelen volgens Rechtbank Haarlem meer weg van vreemd vermogen, derhalve konden ze niet als aandelenkapitaal worden aangemerkt. Als gevolg van deze uitspraak konden de voordelen uit deze redeemable preference shares niet gekwalificeerd worden als voordelen uit hoofde van een deelneming, waardoor de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Nadat door belanghebbende op de uitspraak in hoger beroep is gegaan bij Rechtbank Haarlem verklaarde Gerechtshof Amsterdam het beroep gegrond⁴. Het Hof stelt dat de aandelen voldoende vergelijkbaar zijn met aandelen die naar Nederlands recht onder de deelnemingsvrijstelling vallen⁵, het verschil met Nederlandse aandelen was te gering om tot een andere kwalificatie te komen⁶. Het belastbare bedrag werd verminderd en de deelnemingsvrijstelling was alsnog van toepassing.

²Rechtbank 's-Gravenhage, 21 november 2011, AWB 10/9097.

³Rechtbank Haarlem, 25 januari 2011, AWB 09/3391.

⁴Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012, AWB 11/00174

⁵Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012, AWB 11/00174, r.o. 4.10

⁶Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012, AWB 11/00174, r.o. 4.12.

De Hoge Raad heeft reeds in 1954⁷ aangegeven dat in beginsel de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking tevens fiscaalrechtelijk gezien een beslissende rol speelt. Hierop zijn door de Hoge Raad drie uitzonderingssituaties aangegeven. Onder andere in 2011⁸ is dit standpunt bevestigd. Deze drie situaties zien, kort gezegd, op leningen die feitelijk functioneren als vreemd vermogen, hybride leningen. De uitzonderingssituaties van de Hoge Raad zijn limitatief gesteld, er is binnen de huidige jurisprudentie geen ruimte voor andere uitzonderingen.

Het belang van de kwalificatie van een geldverstrekking voor bovengenoemde uitspraken ligt in de mogelijkheid tot toepassing van de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VPB 1969. In beginsel vallen de voordelen uit hoofde van een deelneming onder de deelnemingsvrijstelling, waardoor deze voordelen vrijgesteld zijn voor de fiscale winstbepaling. Voordelen genoten uit een verstrekte geldlening vallen in beginsel niet onder de deelnemingsvrijstelling en worden in de winstbepaling betrokken.

1.2 Onderzoeksvraag en toetsingskader

Deze bachelorscriptie heeft als doel te kunnen bepalen of de redenering van de Hoge Raad ook toepassing heeft op een omgekeerde situatie. Hierin van belang wat de reikwijdte zou moeten zijn van de uitzonderingssituaties. De aanwezigheid van een deelneming is een belangrijke vereiste van de deelnemingsvrijstelling, deze scriptie onderzoekt de reikwijdte van de uitzonderingssituaties door te onderzoeken wat kwalificeert als deelneming. Hierin staat de grootte van het belang alsmede de kwalificatie van een fiscale beleggingsinstelling niet ter discussie. Om dit te onderzoeken is de volgende probleemstelling opgesteld:

Onder welke omstandigheden en voorwaarden dient een aandelenkapitaal voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling te worden aangemerkt als geldlening?

Teneinde op een goede beantwoording van de deelvraag te komen wordt de hoofdvraag onderverdeeld in een aantal deelvragen. Aan de hand van de deelvragen wordt beoogd op een logische en coherente wijze tot een conclusie te komen.

In hoofdstuk twee wordt de eerste deelvraag behandeld: *Wat is het belang van het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling?* Hierbij wordt ingegaan op de verschillen in behandeling van eigen en vreemd vermogen voor de fiscaliteit. Dit hoofdstuk behandelt de fiscale winstbepaling en de rol die eigen en vreemd vermogen hierin speelt. Daarna wordt de deelnemingsvrijstelling besproken, waarbij wordt ingegaan op de rechtsgrond en de werking van de vrijstelling.

Hierna wordt in hoofdstuk drie ingegaan op de algemene kenmerken van eigen en vreemd vermogen. De deelvraag die hierin wordt beantwoord luidt: *Wat kenmerkt eigen- en vreemd vermogen?* Hierin

⁷HR 3 november 1954, BNB 1954/357

⁸HR 25 november 2011, BNB 2012/37

wordt gekeken naar de meest basale vormen van vermogen, de reguliere varianten. Voor deze reguliere varianten wordt aangegeven wat de onderscheidende kenmerken tussen deze varianten zijn. Daarna wordt verder ingegaan op varianten van vermogen die kenmerken bezit van eigen en vreemd vermogen, de hybride financieringsinstrumenten.

In hoofdstuk vier wordt ingegaan op de kwalificatie van vermogen in fiscale zin. Hierbij wordt de volgende vraag beantwoord: *Hoe dient vermogen in fiscale zijn te worden gekwalificeerd?* Teneinde tot een antwoord te komen wordt het fiscale onderscheid van vermogen gekwalificeerd. Hierbij wordt ingegaan op de hoofdregel en de uitzonderingen op deze hoofdregel. Daarna wordt beoordeeld of het leerstuk van de schijnhandeling en fraus legis op het kwalificatievraagstuk van toepassing kunnen zijn op basis van de materiële werkelijkheid die het vermogen kenmerkt.

Hierna wordt in hoofdstuk vijf een kleine uitstap gemaakt naar de bedrijfseconomie. Zowel de commerciële jaarrekening als de fiscale jaarrekening dienen een onderscheid te maken in de kwalificatie van vermogen, mogelijk zou kennis uit de bedrijfseconomie kunnen bijdragen aan een juiste kwalificatie van vermogen. De deelvraag hierbij luidt: *Op welke wijze wordt een vermogensverstrekking bedrijfseconomisch gekwalificeerd?* Er wordt ingegaan op de vraag hoe vermogen wordt gekwalificeerd binnen de bedrijfseconomische jaarrekening onder zowel de Richtlijnen van de RJ als onder de IFRS.

In hoofdstuk zes volgt een conclusie op de hoofdvraag van de scriptie op basis van de beantwoording van de losse deelvragen. Deze conclusie wordt toegepast op de uitspraken van Rechtbank 's-Gravenhage, Rechtbank Haarlem en Gerechtshof Amsterdam.

1.3 Afbakening onderzoek

Deze scriptie beperkt zich tot de kwalificatie van een geldverstrekking onder Nederlands recht. Niet alleen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, maar ook voor andere problematiek in de vennootschapsbelasting is de kwalificatie van vermogen relevant⁹. Het doel van deze scriptie is echter de kwalificatie van vermogen te behandelen waarbij casuïstisch wordt ingegaan op de deelnemingsvrijstelling. De aanleiding van de scriptie is gelegen in de uitspraken van de Rechtbank waarbij kwalificatie van vermogen voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling centraal stond. Om een weloverwogen mening te kunnen vormen wordt ingegaan op de context van de deelnemingsvrijstelling. Andere problematiek in de vennootschapsbelasting, zoals de renteaftrekbepalingen of toepassing van totaalwinst waarbij de kwalificatie van vermogen ook een belangrijke rol speelt, wordt enkel zijdelings aangehaald.

De probleemstelling van deze scriptie wordt besproken in nationale context. Internationale problemen en aspecten vallen buiten het bestek van deze scriptie. Een voorbeeld hierin betreft redeemable preference shares, deze aandelen worden als zijnde een financieringsvorm behandeld, echter wordt

⁹ Voor de toepassing van totaalwinst, de thin-capitalisation van art. 10d Wet VPB, de problematiek omtrent de renteaftrekbepalingen.

niet ingegaan op het vraagstuk hoe een dergelijke financieringsvorm in andere landen wordt gekwalificeerd. Onder IFRS kunnen dergelijke preferente aandelen bijvoorbeeld als vreemd vermogen gekwalificeerd worden¹⁰. Als een ander land deze waarderingsregels of dit waarderingsprincipe ook toepast op de fiscale jaarrekening kan dit mogelijk een double dip mogelijkheid creëren¹¹. Een ander voorbeeld van verschillende kwalificaties van geldverstrekking in internationale context is de deelnemerschapslening. Deze geldverstrekking valt in Nederland onder het eigen vermogen maar in Frankrijk onder het vreemd vermogen. Dergelijke problematiek wordt in deze scriptie niet besproken daar dit niet binnen de nationale context valt. Binnen het kader van deze scriptie wordt ingegaan op de kwalificatie van het vermogensinstrument binnen de IFRS, er wordt niet ingegaan op het toepassingsbereik van deze kwalificatie in internationale context.

¹⁰ IAS 39

¹¹ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de ‘rentelasten’ in het ene land als vreemd vermogen aftrekbaar zijn en in het andere land de voordelen als zijnde eigen vermogen onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

2. Deelnemingsvrijstelling en behandeling van eigen en vreemd vermogen

2.1 Inleiding

De deelnemingsvrijstelling is een kenmerkend onderdeel van de Nederlandse vennootschapsbelasting. Binnen de deelnemingsvrijstelling kunnen alleen voordelen uit hoofde van een deelneming worden vrijgesteld voor de heffing van vennootschapsbelasting, voordelen ontvangen uit ter beschikking gesteld vreemd vermogen worden echter wel in de heffing betrokken.

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de verschillen in behandeling van eigen en vreemd vermogen waarbij van belang is hoe dit verschil zich manifesteert in de deelnemingsvrijstelling. De deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat luidt: *Wat is het belang van het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling?* Teneinde op een beantwoording van deze deelvraag te komen wordt ten eerste besproken hoe vermogen in fiscale zin behandeld wordt, tevens wordt kort ingegaan op totaalwinst. Daarna wordt dieper ingegaan op de deelnemingsvrijstelling. Hier wordt de achtergrond en de rechtsgrond van de vrijstelling besproken, waarna de voorwaarden voor toepassing van de vrijstelling worden behandeld.

2.2 Fiscale behandeling van vermogen

2.2.1 Achtergrond

Een belangrijk kenmerk van de vennootschapsbelasting in de huidige vorm is een strikt onderscheid in de behandeling tussen het eigen en vreemd vermogen. Volgens de Hoge Raad ligt de oorzaak van het verschil in behandeling in de verschillende relaties die bestaan tussen de onderneming en de vermogensverschaffers: waar de vergoeding voor vreemd vermogen wordt gezien als aftrekbare last vergoed aan een derden-geldschieder, wordt een vergoeding van eigen vermogen gezien als een niet-aftrekbare uitkering aan hen die dermate nauw verbonden zijn dat ze niet kunnen worden gezien als derden-geldschieder¹².

Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen komt tot uiting in het totaalwinstbegrip. Dit begrip is in art. 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001 gedefinieerd als ‘het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming’. Het totaalwinstbegrip is het fundament van de fiscale winstbepalingen, en vindt zijn toepassing in zowel de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting¹³. Ingeval sprake is van een aandeelhoudersrelatie omlaag, van een moedermaatschappij onderneming naar haar dochtervennootschap, behoren voordelen wel tot de winstsfeer. Deze winst is echter vrijgesteld indien de voordelen onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Voor totaalwinst dient sprake te zijn van winstbepaling en niet van winstaanwending¹⁴.

¹² HR 7 februari 1951, B. 8939 aangehaald door J. Vleggeert, ‘Aftrekbeperkingen in het internationale belastingrecht’, Diss. Universiteit Leiden, juni 2009.

¹³ NTFR 2012/292, drs. M. Nieuweboer, Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!

¹⁴ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, ‘Cursus belastingrecht studenteneditie vennootschapsbelasting’, Kluwer, Deventer, 2011, p. 90.

2.2.2 Verschil in behandeling

De fiscale kwalificatie van vermogen is van groot belang vanwege de verschillen in behandeling van eigen en vreemd vermogen. Op vier punten kan een verschil in behandeling worden onderscheiden, enerzijds uit zich dit in de betaalde of ontvangen vergoeding van het vermogen, anderzijds komt het verschil tot uiting bij waardeveranderingen die het vermogen ondergaat¹⁵.

Betaalde vergoedingen van een vermogensverstrekking zijn niet aftrekbaar indien de vergoeding op eigen vermogen ziet. Dergelijke vergoedingen worden gezien als een uitkering van de winst bijvoorbeeld in de vorm van dividend. Wanneer de vergoeding ziet op vreemd vermogen is deze echter wel aftrekbaar. Dit wordt gezien als een rentelast welke binnen de winstsfeer valt.¹⁶ Ontvangen vergoedingen op vermogensverstrekkingen zijn niet belast indien deze zien op eigen vermogen, vooropgesteld dat deze vergoedingen kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling. Indien de vergoeding niet kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling wordt deze alsnog in de winst betrokken. Indien de vergoeding ziet op vreemd vermogen, bijvoorbeeld in geval van rentebaten, is deze vergoeding in beginsel wel belast.¹⁷

Waardemutaties op ontvangen vermogen hebben uitsluitend invloed op de belaste winst indien deze mutaties zien op vreemd vermogen, dit is bijvoorbeeld het geval indien de waardemutatie is ontstaan als gevolg van valutaverschillen waardoor een hoger of lager bedrag terug moet worden betaald.¹⁸ Waardemutaties op verschaft kapitaal hebben in beginsel uitsluitend invloed op de winst indien sprake is van vreemd vermogen. Indien sprake is van eigen vermogen heeft een waardemutatie geen invloed op de winst, vooropgesteld dat waardemutaties op aandelenkapitaal onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Resultaten als gevolg van waardemutaties komen namelijk uitsluitend tot uiting bij de verstrekker van dit vermogen.¹⁹

2.3 Toepassing binnen de deelnemingsvrijstelling

2.3.1 Inleiding

Zoals hiervoor kort aan bod is gekomen, hebben waardemutaties op aandelenkapitaal geen invloed op de winst indien de waardemutaties op aandelenkapitaal onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Daarnaast worden ontvangen vergoedingen op aandelenkapitaal niet belast tenzij het aandelenkapitaal onder de deelnemingsvrijstelling valt. De deelnemingsvrijstelling kan een interessante vrijstelling zijn voor behaalde voordelen maar kan niet zonder meer worden toegepast. Hierna zal kort de achtergrond en werking van de deelnemingsvrijstelling worden behandeld.

2.3.2 Achtergrond

De deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969 is een belangrijk onderdeel van de Nederlandse vennootschapsbelasting. De vennootschapsbelasting is gebaseerd op het klassieke stelsel. In een

¹⁵ J. van Strien, 'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting', Kluwer, Deventer, 2007, p. 3.

¹⁶ J. van Strien, 'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting', Kluwer, Deventer, 2007, p. 3, onder punt 3.

¹⁷ J. van Strien, 'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting', Kluwer, Deventer, 2007, p. 3, onder punt 4.

¹⁸ J. van Strien, 'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting', Kluwer, Deventer, 2007, p. 3, onder punt 1.

¹⁹ J. van Strien, 'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting', Kluwer, Deventer, 2007, p. 3, onder punt 2.

dergelijk stelsel worden resultaten van juridisch zelfstandige entiteiten zelfstandig belast. Een gevolg van dit stelsel in geval van concernvennootschappen is cumulatie van belastingen. Winsten worden bij een dochtermaatschappij belast, ingeval van uitdeling aan een bovenliggende maatschappij worden deze uitdelingen hier wederom belast. Een grotere gelaagdheid binnen een dergelijke concernvennootschap zorgt voor een grotere belastingdruk. In dit geval is sprake van economische dubbele heffing, dezelfde winst wordt meerdere malen belast. De deelnemingsvrijstelling ziet op een voorkoming van economisch dubbele heffing, binnen concernverband worden dezelfde inkomensbestanddelen vanwege de werking van de vrijstelling eenmaal in de belastingheffing betrokken. De vrijstelling is in art. 13 lid 1 Wet VPB 1969 opgenomen. Indien sprake is van een deelneming en tevens sprake is van een voordeel dat voortvloeit uit hoofde van de deelneming is in beginsel de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Deelnemingsresultaten moeten op grond van deze vrijstelling bij de bepaling van de winst buiten aanmerking blijven.

Er zijn twee visies waarop het bestaansrecht van de deelnemingsvrijstelling rust. Het heersende rechtskarakter achter de vrijstelling is het “ne bis in idem”-beginsel, bekend vanuit het art. 68 Wetboek van Strafrecht, niemand kan andermaal vervolgd worden wegens een feit waarover de rechter reeds heeft beslist. Je kunt niet tweemaal worden gestraft voor hetzelfde vergrijp. Ten aanzien van de vennootschapsbelasting kunnen voordelen die reeds bij een dochtermaatschappij in de heffing zijn betrokken worden niet voor een tweede maal bij een bovenliggend concern in de heffing betrokken worden door dezelfde belasting. In dit beginsel ligt de gedachte van voorkoming van economisch dubbele belasting duidelijk besloten. De tweede visie ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling is de verlengstukgedachte. Deze gedachte gaat er vanuit dat de dochter een verlengstuk is van de activiteiten van de moedervernootschap, er is sprake een soort groep. De relaties tussen de dochter en de moeder zijn onderling verweven. Het rechtskarakter is van invloed op beslissingen die door de Hoge Raad zijn genomen, deze beslissingen komen nader aan de orde, echter vanuit deze beslissingen komt voort dat de Hoge Raad het ne bis in idem beginsel aanhangt.

Voor toepassing van de vrijstelling zijn drie vragen van belang. Een tweede voorwaarde is dat een deelneming aanwezig moet zijn. Tevens moet het voordeel uit de deelneming te vloeien. Ten derde dient sprake te zijn van causaliteit, de voordelen dienen uit hoofde van de deelneming te zijn. Indien wordt voldaan aan deze drie voorwaarden de toepassing van de vrijstelling verplicht, er is geen keuzemogelijkheid. In de volgende paragrafen vindt een nadere uitleg van de drie voorwaarden plaats.

2.3.3 Voorwaarden deelnemingsvrijstelling

2.3.3.1 Eisen aan moeder en dochter

Een vereiste voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling is dat sprake moet zijn van een deelneming. Betreffende deze vereiste worden zowel aan de moeder als aan de dochtermaatschappij eisen gesteld. Mits een deelneming tot het ondernemingsvermogen van de moeder behoort kunnen in beginsel alle vennootschapsbelastingplichtige lichamen de deelnemingsvrijstelling genieten. Een

uitzondering hierop is de fiscale beleggingsinstelling, deze is middels art. 13 lid 8 Wet VPB 1969 uitgesloten.

De vereisten aan de dochter staan nader gespecificeerd in art. 13 lid 2 Wet VPB 1969. Een dochtermaatschappij kan onder de vrijstelling vallen indien deze in een van de in het artikel genoemde categorieën valt. Onder deze categorieën valt een aandelenvennootschap. De kwalificatie van een al dan niet in Nederland gevestigde aandelenvennootschap vindt plaats aan de hand van het Besluit van 11 december 2009 (hierna: Kwalificatiebesluit). Kenmerkend voor een aandelenvennootschap is dat deze zelfstandig het juridisch eigendom van vermogensbestanddelen kan bezitten. Daarnaast zijn achterliggende participanten beperkt aansprakelijk voor de verplichtingen die het samenwerkingsverband is aangegaan. Het kapitaal dient in aandelen verdeeld te zijn en toetreding van participanten is mogelijk zonder toestemming van alle participanten. Middels het kwalificatiebesluit kan aan de hand van een viertal vragen worden bepaald of de entiteit voldoende van voorgenoemde kenmerken bezit om te kwalificeren als aandelenvennootschap. Hierbij moet aan minimaal drie van de vier kenmerken voldaan worden. Naast de aandelenvennootschap behoren ook een fonds voor gemene rekening, de coöperatie, de nijvere vereniging of onderlinge waarborgmaatschappij en de open commanditaire vennootschap tot de dochtermaatschappijen die de vrijstelling kunnen genieten.

2.3.3.2 Bezitseis

Betreffende de aandelenvennootschap, de deelgerechtigdheid in een fonds voor gemene rekening en de open commanditaire vennootschap geldt een minimaal bezit van 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal²⁰. Hierin wordt geen onderscheid gemaakt voor wat betreft de soorten aandelen. Zowel prioriteitsaandelen, preferente aandelen als letteraandelen vallen onder het gestorte aandelenkapitaal, er wordt aansluiting gevonden bij het civielrechtelijk begrip van gestort kapitaal²¹. Indien de moeder minimaal een volledig jaar een kwalificerende deelneming heeft gehad en er wordt niet meer voldaan aan voorwaarde van ten minste 5% dan is de moeder voor de opvolgende drie jaren verplicht de deelnemingsvrijstelling toe te passen.

2.3.3.3 Juridisch en economisch eigendom

Niet in alle gevallen is eenduidig aan te geven of er sprake is van deelname in het nominaal gestorte aandelenkapitaal. Naast het reguliere gestorte aandelenkapitaal kunnen ook afgeleide rechten op aandelen voorkomen. In dit geval is het voor de toepassing van de deelneming belangrijk om onderscheid tussen juridisch en economisch eigendom te maken. Er zijn drie mogelijkheden, ofwel er is sprake van enkel economisch of juridisch eigendom, ofwel er is sprake van zowel economisch als juridisch eigendom. Van aandelenbezit is in ieder geval sprake indien zowel het economisch als het juridisch eigendom van de aandelen in handen van de moeder is. Het is echter mogelijk dat een entiteit houder is van een aandeel, maar dat een andere entiteit de uiteindelijke belanghebbende van hetzelfde

²⁰ Art. 13 lid 2 Wet VPB 1969.

²¹ HR 28 januari 1988, BNB 1988/217

aandeel is²². Om te kunnen spreken van economisch eigendom dient aan drie eisen te worden voldaan. Er dient sprake te zijn van een recht op vruchtgebruik, risico op waardeverandering en tenietgaan. Er zijn een aantal situaties geweest waarin sprake was van een grijs gebied. Over deze situaties heeft de Hoge Raad een oordeel moeten vellen. In het geval er geen sprake is van juridisch eigendom van aandelen maar wel van een volledig economisch eigendom is geoordeeld dat er sprake is van aandeelhouderschap²³, al dan niet middellijk²⁴. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer deelgerechtigdheid wordt gehouden in de vorm van certificaten in een stichting aandelenkapitaal. Desalniettemin is geoordeeld dat in het geval geen sprake is van het gehele economisch eigendom tevens sprake kan zijn van aandeelhouderschap. Bij opties is namelijk geen sprake van aandeelhouderschap, maar als optiehouder sta je wel in dezelfde soort relatie als aandeelhouder²⁵. Kenmerkend aan opties is dat meerdere partijen een deel van het economisch belang vertegenwoordigen. Indien niet het volledig economisch belang aan een partij toekomt, dient dit aan beide partijen te worden toegerekend en kunnen beide partijen kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling²⁶. De lijn die de Hoge Raad heeft uitgezet voor opties is doorgetrokken naar converteerbare obligaties, een eigenaar van converteerbare obligaties is gelijkgesteld met de eigenaar van opties²⁷. De voordelen voortvloeiend uit conversierecht kunnen vallen onder de voordelen uit hoofde van een deelneming, hierbij is niet van belang of de optie of converteerbare obligatie ziet op reeds bestaande aandelen of dat de aandelen nog moeten worden uitgegeven²⁸. Naast vrijgestelde voordelen op toekomstig en reeds bestaand aandeelhouderschap kunnen ook voordelen uit voormalig aandeelhouderschap vrijgesteld zijn²⁹.

Een aanwezige intentie tot doorverkopen van de aandelen is niet van belang. Indien de aandelen direct worden doorverkocht doet dit niet af aan de aanwezigheid van een deelneming³⁰. De kwalificatie van het moment waarop sprake is van aandelenbezit, in het geval van een gesplitst moment van levering en verkoop, wordt gevonden in de aanmerkelijk belang rechtspraak: indien de aandelen reeds verkocht zijn, maar nog geen levering heeft plaatsgevonden, is sprake van aandelenbezit wanneer de overeenkomst perfect is geworden³¹.

2.3.4 Voordeel

Indien een deelneming wordt geacht aanwezig te zijn, dient voor de toepassing van de vrijstelling tevens een voordeel aanwezig te zijn. Het begrip voordelen heeft in de vrijstelling een brede invulling. Zowel positieve als negatieve voordelen worden bij de winstbepaling niet in aanmerking genomen bij

²² HR 22 augustus 1955, BNB 1955/377

²³ HR 16 oktober 1985, BNB 1986/118

²⁴ HR 13 november 1985, BNB 1986/4

²⁵ HR 21 februari 2001, BNB 2001/161

²⁶ HR 22 november 2002, BNB 2003/34

²⁷ HR 20 mei 2005, BNB 2005/260

²⁸ HR 12 oktober 2007, BNB 2008/6

²⁹ HR 14 oktober 2005, BNB 2006/7

³⁰ HR 13 oktober 2006, BNB 2007/61

³¹ Idem noot 30.

de bepaling van de winst. De deelnemingsvrijstelling is een bruto vrijstelling, alleen het voordeel dat direct uit de deelneming vloeit valt hiermee onder de deelnemingsvrijstelling. Direct toerekenbare kosten worden niet meegerekend onder de vrijstelling.

Hierna vindt een korte uiteenzetting plaats van voordelen die onder de deelnemingsvrijstelling vallen. *Dividend* is de meest primaire vorm waarin een voordeel uit een deelneming kan worden genoten. Indien in de kostprijs van een deelneming een dividendcomponent zit, valt dit *meegekocht dividend* niet onder de deelnemingsvrijstelling bij uitkering. Er is geen sprake van een voordeel aangezien de dividenduitkering in mindering op de waarde van de deelneming wordt gebracht op basis van goed koopmansgebruik. In geval van *uitkering van open en stille reserves* vindt eenzelfde situatie plaats, de uitkering van de reserves leidt tot een vermindering van de waarde van de deelneming. Indien een aandeelhouder als zodanig op bewuste wijze is bevooroordeeld, in de vorm van *verkappt dividend*, valt deze bevoordeling tevens onder de voordelen. Rentevergoedingen in geval van *hybride leningen* vallen tevens onder voordelen indien de crediteur een deelneming houdt in de debiteur³². Betreffende de voordelen uit dergelijke hybride leningen vindt een herkwalificatie plaats waardoor de voordelen die hieruit ontstaan kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling. Indien een afdekking van valutarisico op deelnemingen plaatsvindt valt dit, nadat een beschikking is verkregen bij de inspecteur, onder de deelnemingsvrijstelling op grond van art. 13 lid 7. Indien sprake is van een *earn-out of balansgarantie*, de vervreemding of verkrijging van een deelneming geschiedt tegen een vergoeding in een of meer termijnen, waarvan het aantal of de omvang nog niet vaststaat vallen deze voordelen tevens onder de deelnemingsvrijstelling op grond van art. 13 lid 6 Wet VPB. *Koersverschillen en waardeveranderingen op deelnemingen* vallen op grond van de letter van de wet in art. 13 lid 1 Wet VPB tevens onder de deelnemingsvrijstelling.

Hoewel de Hoge Raad heeft aangegeven dat kosten ter zake van de vervreemding van een deelneming theoretisch gezien niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen op grond van *ne bis in idem*³³ worden deze met ingang van de Wet werken aan winst³⁴ deze kosten buiten de winstbepaling gelaten.

Liquidatieverliezen zijn overigens wel aftrekbaar, de deelnemingsvrijstelling is voor deze verliezen buiten werking gesteld middels art. 13d Wet VPB 1969. Dit voorkomt dat geleden verliezen bij de liquidatie van de dochter zowel bij de moeder als bij de dochtermaatschappij niet meer verrekenbaar zijn.

2.3.5 Causaliteit, voordeel uit hoofde van een deelneming

Wanneer sprake is van zowel een voordeel als een deelneming blijft er nog een belangrijke vraag over, is het ontstane voordeel ontstaan uit hoofde van een deelneming? Er moet sprake zijn van causaliteit om een voordeel onder de deelnemingsvrijstelling te kunnen scharen, het voordeel dient voort te

³² HR 28 juni 1995, BNB 1995/271

³³ HR 24 mei 2002, BNB 2002/262.

³⁴ Per 1 januari 2007, J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik, 'Cursus belastingrecht studenteneditie vennootschapsbelasting', Kluwer, Deventer, 2011, p. 369.

komen uit hoofde van een deelneming op grond van de relatie van een aandeelhouder als zodanig. Enerzijds is hierbij van belang wat de relatie is van de aandeelhouder tot de deelneming, de hoedanigheid speelt hierin een grote rol. Anderzijds zijn de aard van de voordelen in relatie tot de deelneming van belang, de voordelen dienen nog wel een rechtstreeks verband hebben met de deelneming.

2.3.5.1 Hoedanigheids

De oorsprong van het voordeel ligt in totaalwinst, indien een waardeverandering plaatsheeft in de kapitaalsfeer van de dochter dan vindt deze waardeverandering tevens plaats in de deelnemingsfeer van de moedermaatschappij. Het voordeel dat voortvloeit uit de deelneming moet zijn ontstaan uit een aandeelhoudersrelatie, deze komt daarmee uit de kapitaalsfeer van de dochtermaatschappij en hiermee corresponderend uit de deelnemingsfeer van de moedermaatschappij. Indien een deel van het voordeel niet voortvloeit uit de deelnemingsrelatie dan dient dit ook buiten de deelnemingsvrijstelling gehouden te worden.

Een voorbeeld van een voordeel dat niet voortvloeit uit een deelnemingsrelatie is wanneer een moedermaatschappij zowel als aandeelhouder en als verhuurder van goederen optreedt. In een dergelijke situatie dienen de voordelen die ontstaan uit de verhuur buiten de deelnemingsrelatie gehouden worden, deze vallen niet onder de voordelen uit hoofde van een deelneming. Een ander voorbeeld hierin is een lening met een onzakelijk hoog rentepercentage waarvan een gedeelte een ontvangen verkapt dividend is. Dit verkapt dividend valt onder een voordeel uit hoofde van een deelneming en is niet belast, de zakelijke ontvangen rente is echter ontvangen door de moeder als zijnde kapitaalverstrekker en dient bij de winstbepaling in aanmerking genomen worden.

Voordeel behaald uit een servicevergoeding valt niet onder de voordelen uit hoofde van een deelneming³⁵. Hieronder vallen tevens voordelen behaald met aandelen die als voorraad worden gehouden. De voordelen die voortvloeien uit deze voorraadaandelen worden geacht voort te vloeien uit de diensten en handelingen die verricht zijn ter zake van de onderliggende onderneming en niet zozeer te zijn ontstaan uit vermogensvermeerderingen.

2.3.5.2 Causaliteit

Er dient een rechtstreeks verband te zijn tussen het houden van de deelneming en het aanwezige voordeel³⁶. De voordelen die ontstaan vanwege het houden van een deelneming moeten toerekenbaar zijn aan de deelneming maar deze voordelen mogen niet dusdanig ver verwijderd zijn dat deze niet meer tot de voordelen uit de deelneming gerekend kunnen worden.

2.4 Conclusie

³⁵ HR 13 oktober 2006, BNB 2007/61

³⁶ Zie HR 17 november 1993, BNB 1994/273, waarin een te ver verwijderd verband lag tussen de deelneming en het valutaresultaat ter financiering van de deelneming, het valutaresultaat was ontstaan uit een schuld ter financiering van de verwerving van de deelneming.

In dit hoofdstuk stond de behandeling van eigen en vreemd vermogen centraal, met toepassing in de deelnemingsvrijstelling. De deelvraag die hierbij centraal stond luidt als volgt: *Wat is het belang van het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling?*

Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen vindt zijn oorsprong in de winstbepaling op basis van totaalwinst. Dit fundament van de vennootschapsbelasting leidt ertoe dat sprake is van kapitaalsfeer ofwel van winstsfeer. Op basis van dit fundament is een tussenweg voor de winstbepaling niet denkbaar.

Een verschil in behandeling van eigen of vreemd vermogen uit zich enerzijds in betaald of ontvangen vergoeding van het vermogen, anderzijds komt het tot verschil in uiting bij waardeveranderingen van het vermogen.

De deelnemingsvrijstelling is in beginsel van toepassing op voordelen uit hoofde van een deelneming. De heersende rechtsgrond hierachter is het ne bis in idem beginsel, eenzelfde winst wordt niet tweemaal in de heffing betrokken. Binnen de drie aanwezige vereisten voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is voor beantwoording van de hoofdvraag met name de aanwezigheid van een kwalificerende deelneming van belang. De kwalificatie van een geldverstrekking wordt binnen de deelnemingsvrijstelling met name teruggevonden in de vrijgestelde voordelen uit deelneming, waarbij voor het begrip deelneming aangesloten wordt bij het civielrechtelijk begrip van aandelenkapitaal.

3. Financieringsinstrumenten

3.1 Inleiding

Alvorens kan worden gezien of een voordeel de fiscale gevolgen van eigen of vreemd vermogen dient te ondergaan, dient ten eerste te worden bepaald of de last ziet op eigen of vreemd vermogen. Om te kunnen bepalen wanneer vermogen wordt aangemerkt als eigen of als vreemd vermogen is het allereerst van belang te zien wat wordt verstaan onder dit vermogen. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de deelvraag: *Wat kenmerkt eigen- en vreemd vermogen?* Eerst wordt gekeken naar de meest basale vormen van dit vermogen, het reguliere eigen en vreemd vermogen. Dan wordt ingegaan op de onderscheidende kenmerken tussen deze twee vermogensinstrumenten. Vervolgens worden hybride financieringsinstrumenten besproken, deze instrumenten hebben kenmerken van zowel eigen als vreemd vermogen.

3.2 Eigen vermogen

Middels een combinatie van eigen en vreemd vermogen vindt de financiering van een onderneming plaats. Eigen vermogen kan op basis van het Burgerlijk Wetboek³⁷ worden verdeeld in verschillende onderdelen. Kort gezegd valt hieronder aandelenkapitaal, agio en reserves. Dit aandelenkapitaal wordt bij het oprichten van een onderneming aangetrokken bij aandeelhouders in een vennootschap. Een of meerdere personen nemen deel in het kapitaal van een vennootschap door het op zich nemen van een verplichting vermogen te storten in de vennootschap³⁸. Tegenover het storten van een aandeel staat een deelgerechtigdheid in de onderneming. Een vergoeding op dit ter beschikking gestelde vermogen uit zich in beginsel in de vorm van dividend.

Het agio wordt gevormd door het bedrag dat de onderneming ontvangt bovenop de nominale waarde van het aandeel. De reserves omvatten vermogensbestanddelen die nog niet tot uitkering zijn gekomen aan de aandeelhouders in de vorm van winst. In sommige gevallen worden deze vermogensbestanddelen aangehouden vanwege een verplichte wettelijke reserve of vanwege fiscale faciliteiten³⁹.

Binnen het civiele recht wordt de mogelijkheid geboden om verschillende soorten aandelen uit te geven⁴⁰. Binnen de statuten van een vennootschap moet worden aangegeven welke rechten en verplichtingen aan aandelen worden verbonden⁴¹. Grof gezegd vallen drie soorten aandelen te onderscheiden. In beginsel zijn er reguliere aandelen, deze komen zowel zeggenschap als financiële rechten toe. Daarnaast bestaan ook varianten die ofwel een bijzondere mate van zeggenschap⁴² ofwel een grotere mate van financiële rechten toekomen, respectievelijk prioriteitsaandelen en preferente

³⁷ Art. 2:373 BW

³⁸ Van Schilfgaarde, P; (bewerkt door Winter, J) Van de NV en de BV, Kluwer, Deventer, 2009, p. 71.

³⁹ In de vorm van een herkwaaarderingsreserve.

⁴⁰ Art. 2:178 BW

⁴¹ Art. 2:201 lid 1 BW

⁴² Art. 2:201 lid 3 BW

aandelen. Naast aandelen die meer rechten toekomen is het tevens mogelijk om aandelen uit te geven met minder rechten, bijvoorbeeld achtergestelde aandelen of stemrechtloze aandelen⁴³.

Het ter beschikking gestelde vermogen is gebruikt ter financiering van de ondernemingsactiviteiten. In beginsel zal dit vermogen ter beschikking gesteld worden voor de gehele levensduur van de onderneming, van een terugbetalingsverplichting is geen sprake. Enkel wanneer bij liquidatie een positief liquidatiesaldo overblijft is het mogelijk dat het vermogen terugvloeit naar de kapitaalverschaffers.

3.3 Vreemd vermogen

Wanneer de gehele onderneming niet volledig gefinancierd wordt met eigen vermogen bestaat in de passiva van een onderneming ook een vreemd vermogenscomponent. Vreemd vermogen kan uiteenvallen in kort- en langlopende elementen. Indien voor een langere termijn, in de regel langer dan een jaar, een lening aangegaan wordt, valt het vreemd vermogen onder het langlopend vreemd vermogen. Korte termijn schulden zijn korter dan een jaar en zijn niet altijd rentedragend.

Tegenover de verstrekking van langlopend vreemd vermogen wordt meestal een vergoeding verstrekt in de vorm van rente. De rente is in principe een vast percentage van de geleende geldsom.

In beginsel wordt vreemd vermogen gekenmerkt door een terugbetalingsverplichting. Dit vermogen is niet ter beschikking gesteld voor de gehele levensduur van de onderneming. Leningen worden in principe overeengekomen met een aflossingsverplichting en een vaste looptijd.

3.4 Onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen

Van Strien⁴⁴ bespreekt een viertal kenmerken waarop een algemeen onderscheid kan worden gemaakt tussen eigen en vreemd vermogen, namelijk zeggenschap en eigendom, de tijdsduur, de vergoeding en het risico van het vermogen.

Zoals tevens hiervoor ter sprake is gekomen is de eigendom en zeggenschap van vermogen een belangrijk kenmerk. Bij eigen vermogen is de verstrekker geen eigenaar meer van het verstrekte kapitaal, in ruil voor het verstrekte vermogen komt een deelgerechtigdheid in onderneming terug. De beschikkingsbevoegdheid over het vermogen is niet meer aanwezig, hiervoor komt in beginsel beschikkingsbevoegdheid over de onderneming in de plaats. Vreemd vermogen blijft echter eigendom van de verstrekker. Hierbij is geen sprake van zeggenschap in de onderneming, de verschaffer van vreemd vermogen heeft geen tot beperkte invloed op de wijze van aanwending.

De tijdsduur van de vermogensverstrekking is ook een onderscheidend kenmerk. Bij eigen vermogen heeft de vermogensoverdracht veelal een permanent karakter. Het vermogen vloeit niet meer terug naar de verschaffer. Vreemd vermogen kent een terugbetalingsverplichting: het vermogen dient, al dan

⁴³ Een BV heeft conform art. 2:228 lid vijf BW (nieuw) de mogelijkheid om stemrechtloze aandelen uit te geven.

⁴⁴ J. van Strien, 'Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', Kluwer, Deventer, 2007, p. 17

niet na een voorafgestelde termijn, terug te vloeien naar de verschaffer. Vermogen wordt permanent⁴⁵ aan de onderneming verstrekt, ofwel er is sprake van een invorderingsrecht.

Een derde onderscheidend kenmerk is de vergoeding op het vermogen. De vergoeding op eigen vermogen wordt verstrekt in de vorm van dividend. Een dividenduitkering vindt plaats indien hiertoe binnen de winst van de onderneming ruimte voor is, in de vorm van contanten of aandelen. Het is echter mogelijk om geen dividend uit te keren, bijvoorbeeld omdat geen winst is behaald of omdat er geen ruimte voor bestaat binnen de huidige vermogenspositie van een onderneming. De vergoeding van vreemd vermogen wordt verstrekt in de vorm van rente, die in beginsel onafhankelijk is van de winst. Het is echter ook mogelijk om na verloop van tijd de vordering om te zetten in aandelen, bijvoorbeeld in de vorm van converteerbare obligatieleningen.

Het laatst genoemde onderscheidende kenmerk tussen eigen en vreemd vermogen is het risico dat wordt gelopen op de vermogensverstrekking. In de regel wordt minder risico gelopen op de verschaffing van vreemd vermogen dan op verschaffing van eigen vermogen. Eigen vermogen verschaffers mogen als het ware als laatste in de rij aansluiten, in geval van liquidatie van een onderneming zijn de vreemd vermogensverschaffers eerder gerechtigd tot een batig liquidatiesaldo. Desalniettemin zijn er alsnog partijen die meer voorrang krijgen ten opzichte van vreemd vermogen verschaffers. De de curator en de belastingdienst ontvangen eerder hun fair share. Verschaffers van eigen vermogen hebben enkel recht op een deel van het vermogen indien sprake is van een positief liquidatie overschot.

| | Eigen vermogen | Vreemd vermogen |
|--------------------------------|---|--|
| Zeggenschap en eigendom | Zeggenschap over de onderneming in ruil voor vermogen | Geen zeggenschap over aanwending van vermogen, vermogen vloeit terug |
| Tijdsduur | Onbepaalde tijd | Vooraf vastgestelde periode |
| Vergoeding | Dividend | Rente |
| Risico | Als laatste gerechtigd | Voorrang op eigen vermogen |

Tabel 1: Een kort overzicht van de hierboven genoemde kenmerkende factoren van eigen en vreemd vermogen

3.5 Hybride vermogensinstrumenten

Naast reguliere leningen met een terugbetalingsverplichting en een afgesproken vast rentepercentage en regulier aandelenkapitaal met een winstafhankelijke dividendvergoeding bestaan ook hybride

⁴⁵ Voor zover de vennootschap waarin het aandelenkapitaal niet geliquideerd wordt, in geval van liquidatie en een positief liquidatiesaldo vloeit mogelijk een deel van het verstrekte vermogen weer terug naar de vermogensverschaffer.

varianten van vermogen. Door te spelen met de verschillende kenmerken kunnen financieringsvormen worden gecreëerd die tekort gedaan zouden worden als ze eigen vermogen worden genoemd, maar waarbij vreemd vermogen ook niet het juiste naamplaatje zou zijn. Deze hybride vermogensinstrumenten bevatten kenmerken van zowel eigen als vreemd vermogen waardoor de vermogensinstrumenten inhoudelijk bezien niet eenduidig aandelenkapitaal of lening meer zijn.

Zo is het mogelijk om een lening af te speken in de vorm van een converteerbare obligatielening. Een dergelijke lening heeft een conversierecht waarop bij uitoefening van dit recht de lening kan worden omgezet in aandelenkapitaal. De hoofdsom van de lening wordt dan niet terugbetaald in contanten maar in aandelen. Indien de waarde van de aandelen na conversie lager zijn dan het terug te ontvangen vermogen is het echter mogelijk om geen gebruik te maken van het conversierecht. Deze lening is een bijzondere variant omdat het in beginsel eerst een vreemd vermogensinstrument is, echter na conversie is het een eigen vermogensinstrument. Naast converteerbare obligatieleningen is het ook mogelijk om een warrantlening aan te gaan. Deze lening heeft veel overeenkomstige kenmerken met de converteerbare obligatielening. Een belangrijk verschil tussen deze twee instrumenten is echter dat de warrant een conversierecht heeft dat los verhandelbaar is van het aandeel. De warrant wordt hybride door dat de naast een rentevergoeding de waarde van het aandeel ook afhankelijk wordt van het koersverloop⁴⁶.

Een andere bekende hybride variant van vermogen, welke veel kenmerken heeft van zowel eigen als vreemd vermogen, zijn preferente aandelen. Door middel van specifieke aandelen worden aan bepaalde aandeelhouders extra financiële rechten toegekend. Preferente aandelen zijn aandelen die een extra financiële uitkering toekomen, zoals bijvoorbeeld extra dividenduitkeringen of voorrangrechten op de winstverdeling.

Als gevolg van het ontstaan van deze hybride varianten wordt het steeds lastiger, zometen onmogelijk, om een eenduidige juiste stempel te drukken op het vermogen. Het vermogen is noch vreemd noch eigen vermogen, beide 'stempels' zouden het vermogen een verkeerde naam geven. Bij het ontstaan van hybride financieringen is een tussenweg gecreëerd tussen eigen en vreemd vermogen.

3.6 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de algemene behandeling van eigen en vreemd vermogen centraal. De deelvraag die hierbij centraal stond luidde: *Wat kenmerkt eigen en vreemd vermogen?* Hierbij is ingegaan op de wat onder een geldlening en onder aandelenkapitaal dient te worden verstaan.

Op basis van zeggenschap en eigendom, tijdsduur, vergoeding en het risico van het vermogen kan een algemeen onderscheid gemaakt worden tussen aandelenkapitaal en een geldlening.

⁴⁶ J. van Strien, 'Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', Kluwer, Deventer, 2007, p. 19

Belangrijk in het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen is de terugbetalingsverplichting. In beginsel wordt eigen vermogen permanent aan de onderneming verschaft, vreemd vermogen wordt daarentegen verschaft voor een voorafgesteld tijdsduur waarna het kapitaal geheel terug wordt betaald.

Niet elk vermogensinstrument bezit alle kenmerkende factoren. Een aandeel hoeft niet perse over zeggenschap te beschikken en wordt mogelijk afgelost na een bepaalde tijdsduur. Een lening kan mogelijk na verloop van tijd overgaan in aandelenkapitaal. Wanneer instrumenten zowel kenmerken van vreemd als eigen vermogen bezitten, wordt het extra lastig om een naamkaartje te geven aan een vermogensinstrument. Deze instrumenten worden in dergelijke gevallen hybride vermogensinstrumenten genoemd. Als gevolg van het ontstaan van deze instrumenten wordt het steeds lastiger een juiste naam aan het vermogen te geven.

4. Fiscale kwalificatie vermogen

4.1 Inleiding

Nu duidelijk is wat onderscheidende kenmerken zijn van eigen en vreemd vermogen, en wat over het algemeen kan worden verstaan onder deze twee vormen van vermogen, kan nader worden ingegaan op de vraag op hoe deze varianten dienen te worden gekwalificeerd in fiscale zin. De hoofdvraag hiertoe luidt: *Hoe dient vermogen in fiscale zin te worden gekwalificeerd?*

In hoofdstuk drie is benadrukt dat eigen en vreemd vermogen verschillend wordt behandeld. In dit hoofdstuk wordt het fiscale onderscheid tussen vreemd en eigen vermogen besproken, waarbij de mogelijkheid voor herkwalificatie aan bod komt. Bovendien wordt bezien of, naast de hoofdregel en de uitzonderingen op de hoofdregel op basis van realiteit van vermogensinstrumenten, ruimte bestaat tot kwalificeren van aandelenkapitaal als zijnde een lening.

4.2 Fiscaal onderscheid van vermogen

Zoals reeds in het voorgaande hoofdstuk is geschetst, blijkt het niet altijd gemakkelijk om een onderscheid te maken tussen eigen en vreemd vermogen. Door de huidige verschijningsvormen waarop financieringen in ondernemingen plaatshebben, waarin financieringsvormen een hybride karakter dragen, vervaagt het onderscheid tussen de houder van een aandelenbelang en de leningverstrekker. Over het kwalificatievraagstuk van vermogen heeft de Hoge Raad zich meermaals⁴⁷ uitgesproken. Voor de vraag of een vermogensverstrekking voor de vennootschapsbelasting onder het eigen of vreemd vermogen moet vallen geldt de hoofdregel dat de civielrechtelijke vorm leidend is⁴⁸.

Deze civielrechtelijke vorm zou kunnen duiden op enerzijds de naamgeving van de vermogensverstrekking en anderzijds op de inhoudelijke invulling die is gegeven aan de vermogensverstrekking⁴⁹. Binnen de literatuur komt naar voren dat niet duidelijk is wat voor invulling hieraan gegeven moet worden. Duidelijkheid wordt hierin verschaft wanneer de arresten van de Hoge Raad goed worden gelezen, te allen tijde is de civielrechtelijke vorm leidend, er is sprake van een formeel criterium. In slechts drie gevallen wordt gekeken naar de materiële invulling van een kapitaalverstrekking⁵⁰.

De civielrechtelijke kwalificatie van een geldlening in het BW staat uitgedrukt in boek 7A:1793 BW: “De schuld, uit leening van geld voortspuitende, bestaat alleen in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt”. Binnen dit civielrechtelijke begrip is geen eis neergelegd voor een rentevergoeding op het geleende vermogen. Belangrijk in het onderscheid met eigen vermogen is dat een teruggave van

⁴⁷ Zie hiervoor onder andere HR 18 mei 1949, nr. B 8648, HR 3 november 1954, BNB 1954/357 en HR 28 januari 1988, BNB 1988/217 en HR 25 november 2011, BNB 2012/37

⁴⁸ Idem noot 47.

⁴⁹ WFR 2009/1582, Mr. R. Snoeij, De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekkingsvormen voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm.

⁵⁰ Zoals eerder naar voren is gekomen is hiervan sprake ingeval van een schijnlening, deelnemerschapslening en bodemloze put lening. Dit blijkt uit meerdere uitspraken, laatstelijk bevestigd in HR 25 november 2012, BNB 2012/37

het uitgeleende geld verschuldigd is^{51,52}, de verstrekker van het geleende geld blijft eigenaar het geld⁵³. Het kapitaal zal dus te zijner tijd terug moeten vloeien naar de verstrekker.

Overigens dienen aandelen in een vennootschap die is opgericht naar niet Nederlands recht voor de toepassing in de Nederlandse vennootschapsbelasting te worden vergeleken met aandelen van naar Nederlands recht opgerichte BV of NV. De kwalificatie van een al dan niet in Nederland gevestigde aandelenvennootschap vindt plaats aan de hand van het Besluit van 11 december 2009⁵⁴ (hierna: Kwalificatiebesluit). Kenmerkend voor een aandelenvennootschap is dat deze zelfstandig het juridisch eigendom van vermogensbestanddelen kan bezitten, de achterliggende participanten beperkt aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die het samenwerkingsverband is aangegaan, het kapitaal in aandelen verdeeld is en dat toetreding van participanten mogelijk is zonder toestemming van alle participanten. Middels het kwalificatiebesluit kan aan de hand van een viertal vragen worden bepaald of de entiteit voldoende van voorgenoemde kenmerken bezit om te kwalificeren als aandelenvennootschap. Aandelen van naar niet Nederlands recht opgerichte vennootschappen komen mogelijk niet een op een overeen met aandelen die in Nederland gangbaar zijn. Voor de bepaling van de nominale waarde van deze aandelen dient voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling te worden getoetst aan een vergelijkbaarheidstoets⁵⁵. De Hoge Raad heeft in BNB 1998/265⁵⁶ overwogen dat voor deze situaties “moet worden gezocht naar de grootheid of de grootheden in het toepasselijke vennootschapsrecht die het Nederlandsrechtelijke begrip nominaal gestorte kapitaal zo dicht mogelijk benaderen”.

4.3 Door de HR geformuleerde uitzondering op de hoofdregel

Te allen tijden is de civielrechtelijke vorm leidend, hierbij is sprake van een formele toetsing. Slechts in uitzonderingssituaties vindt kwalificatie van een kapitaalverstrekking plaats op grond van de materiële invulling van de kapitaalverstrekking. Van een dergelijke herkwalificatie is sprake in de volgende drie gevallen:

- Indien een lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat de schuldeiser in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar voor het uitgeleende bedrag⁵⁷, een deelnemerschapslening.
- Indien een lening aangegaan is terwijl aanstonds duidelijk is geweest dat het verstrekte bedrag niet voor het geheel of ten dele terug betaald zou worden⁵⁸, een bodemloze put lening.

⁵¹ Art. 7A:1791 BW: “Verbruikleenning is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekerhe hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve.”

⁵² HR 8 september 2006, BNB 2007/104, ro. 3.4

⁵³ Art. 7A:1778 BW

⁵⁴ Kwalificatiebesluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M

⁵⁵ Term ontleend aan Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012, AWB 11/00174, r.o. 4.9.

⁵⁶ HR 11 maart 1998, BNB 1998/265, r.o. 3.3.2

⁵⁷ HR 28 januari 1988, BNB 1988/217, ro. 4.3

⁵⁸ HR 28 januari 1988, BNB 1988/217, ro. 4.4

- Indien naar schijn sprake is van een lening terwijl in werkelijkheid door partijen beoogd is een kapitaalverstrekking tot stand te brengen, een schijnlening⁵⁹.

Voor de fiscale kwalificatie is de terugbetalingsverplichting van groot belang voor de het al dan niet aanwezig zijn van een herkwalificatie. Een herkwalificatie van vreemd naar eigen vermogen vindt plaats indien het aanstonds duidelijk is dat het uitgeleende bedrag niet geheel of gedeeltelijk zal worden terugbetaald⁶⁰. Wanneer niet aanstonds duidelijk is dat het verstrekte bedrag niet terugbetaald zal worden, dan is volgens A-G Wattel geen sprake van kapitaal⁶¹.

In dit kader valt een converteerbare obligatielening in beginsel onder het vreemd vermogen omdat bij het aangaan van een dergelijke lening niet vanzelfsprekend is dat gebruik gemaakt zal worden van het conversierecht. Hieromtrent merkt Snoeij⁶² op dat de terugbetaling in geval van conversie zal worden voldaan in aandelen. In een dergelijk geval vindt dus een terugbetaling plaats, echter niet in de vorm van contanten maar in de vorm van aandelen. In geval sprake is van een verplicht converteerbare obligatielening of een lening waarbij het conversierecht bij de schuldenaar ligt, is het echter niet zeker of, en wanneer, vermogen terug zal vloeien naar de verstrekker.

4.4 Van eigen vermogen naar vreemd vermogen

4.4.1 Inleiding

De opsomming van de Hoge Raad ten aanzien van de drie bovenstaande uitzonderingssituaties is limitatief gesteld, er is geen ruimte voor andere mogelijkheden. Binnen de rechtsoverweging waarbij de drie uitzonderingssituaties werden gesteld, is evenwel het volgende toegevoegd: “Het past niet in het wettelijk systeem in een geval waarin naar de vorm sprake is van een geldlening en zich niet één van bovenvermelde uitzonderingen voordoet, voor de fiscale winstberekening niettemin ervan uit te gaan dat eigen vermogen is verstrekt.”⁶³. Deze uitspraak zorgt binnen de context van de probleemstelling in deze scriptie voor vraagtekens. Op grond van deze uitspraak is het dus uitgesloten om buiten de drie uitzonderingssituaties een geldlening te herkwalificeren naar aandelenkapitaal. Vanuit de limitatieve opsomming ten aanzien van de uitzonderingssituaties valt op te maken dat een omgekeerde situatie, waarbij een herkwalificatie is van aandelenkapitaal naar een geldlening, niet mogelijk is. Niettemin wordt deze situatie binnen de voormelde toevoeging door de Hoge Raad op de uitzonderingssituaties niet uitgezonderd. Overigens valt te betwijfelen of een dergelijke toevoeging nodig was de omstandigheid had zich niet reeds had voorgedaan.

In BNB 1992/185 werd de mogelijkheid van fraud legi en schijnhandeling onderkend bij een vraagstuk omtrent kwalificatievraagstuk van aandelenkapitaal. Hierin motiveerde de Hoge Raad dat “de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder de kapitaalverstrekking plaatsvond zodanig

⁵⁹ HR 28 januari 1988, BNB 1988/217, r.o. 4.3

⁶⁰ Idem noot 60.

⁶¹ Conclusie A-G Wattel bij BNB 2012/37

⁶² WFR 2009/1582, Mr. R. Snoeij, De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekkings voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm. Par. 5.1

⁶³ HR 25 november 2011, BNB 2012/37, r.o. 3.3.1.

waren dat hetzij in wezen geen sprake was van een storting van kapitaal door de aandeelhouders, hetzij doel en strekking van de Wet zouden worden miskend”⁶⁴. In de uitspraak van Rechtbank Haarlem en het hoger beroep hierop bij Gerechtshof Amsterdam stond eenzelfde standpunt ter discussie. Gevallen waarin in wezen geen sprake is van een storting van kapitaal en de situaties waarbij doel en strekking van de Wet zouden worden miskend, worden in de volgende paragrafen behandeld.

4.4.2 Geldverstrekking in wezen een lening

De vraag die op de uitspraak van de Hoge Raad rijst is of, gespiegeld ten opzichte van een schijnlening, niet mogelijk ook een vorm van schijnaandelenkapitaal kan bestaan. De schijnlening is een verschijningsvorm van de schijnhandeling⁶⁵. Bon en Cornelisse concluderen tevens dat “naar huidig recht geen ruimte bestaat om een kapitaalverstrekking in de vorm van (bijzondere) aandelen – anders dan op basis van het constateren van een schijnhandeling – te herkwalficeren in een (achtergestelde) lening”⁶⁶.

Na BNB 1988/217 gaf van Strien in zijn proefschrift⁶⁷ aan dat na de woorden van de Hoge Raad tevens een situatie van schijn en wezen kan voorkomen waarin naar civielrechtelijke vorm sprake zou zijn van eigen vermogen, terwijl de overeengekomen geldverstrekking in wezen kwalificeert als een lening. De geschetste situaties in de drie uitspraken uit de inleiding lijken te wijzen op een dergelijke uitzonderingssituatie.

In oude rechtspraak is het ook mogelijk gebleken dat een werkelijke bedoeling van partijen een beslissende rol kan spelen. In BNB 1954/357 oordeelde de Hoge Raad “dat als regel geldt, dat niet beslissend is de schijn, dat is de naam, waarmede een transactie wordt uitgedost en de vorm waarin zij wordt gegoten, doch dat het aankomt op wat in werkelijkheid tussen partijen is verhandeld, dat is op de verhoudingen, welke naar burgerlijk recht beoordeeld in werkelijkheid tussen partijen bestaan”⁶⁸. In BNB 1973/187 is de toepasselijkheid op het belastingrecht verklaard⁶⁹. Voor het fiscale onderscheid zouden de werkelijke verhoudingen naar burgerlijk recht prevaleren. Het wezen van de kapitaalsverstrekking is beslissend boven de naam die de transactie heeft gekregen. De reële betekenis die partijen toekennen aan een kapitaalverstrekking is van belang in de kwalificatie van een geldverstrekking, waardoor het kan voorkomen dat niet de naam, de schijn van de verstrekking, maar deze reële betekenis beslissend is voor de toepassing van belastingwetten.

De schijnhandeling is een begrip dat voortkomt uit het verbintenissenrecht, naar buiten wordt schijn gewekt van een bepaalde overeenkomst terwijl in het geheim afgesproken wordt dat de overeenkomst

⁶⁴ HR 18 maart 1992, BNB 1992/185, overigens is in de voortzetting van deze zaak in HR 9 maart 1994, BNB 1994/142 in de toelichting opgenomen dat niet blijkt dat van een dergelijke situatie sprake was.

⁶⁵ Conclusie A-G Van Ballegooijen, 12 januari 2006, nr. 42 015 onder 2.3.

⁶⁶ Mr. W. Bon en prof. dr. R.P.C. Cornelisse, Weekblad voor Fiscaal Recht, Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen, WFR 2008/137

⁶⁷ J. van Strien, ‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’, Kluwer, Deventer, 2007, p. 435.

⁶⁸ HR 3 november 1954, BNB 1954/357

⁶⁹ HR 27 juni 1973, BNB 1973/187

niet zal gelden. De wil van partijen en wat voor derden waarneembaar is komt niet overeen⁷⁰. Er wordt binnen de schijnhandeling onderscheid gemaakt in absolute en relatieve simulatie. Van absolute simulatie is sprake indien alleen naar uiterlijke schijn een wijziging wordt aangebracht op een initiële overeenkomst⁷¹. In de context van deze scriptie is de relatieve situatie van belang. Hiervan is sprake indien de aanwezige overeenkomst ten doel heeft om een andere werkelijke overeenkomst te verbergen⁷². De overeenkomst die gesloten is, de gedissimuleerde overeenkomst, stemt niet overeen met de overeenkomst die de partijen in werkelijkheid zijn aangegaan⁷³.

In een conclusie van A-G Wattel⁷⁴ wordt omtrent de schijnhandeling Langereis aangehaald. Het aannemen van een schijnhandeling en de fiscaalrechtelijke kwalificatie van feiten of rechtshandelingen komen niet met elkaar overeen omdat het fiscale recht op grond van de strekking van de belastingwet een eigen weg gaat. Hierbij werd aangegeven dat de relatieve schijnhandeling niet van toepassing kan worden verklaard op de fiscaalrechtelijke kwalificatie van feiten of rechtshandelingen. De belastingheffing volgt niet per definitie de civielrechtelijke kwalificatie van feiten of rechtshandelingen. In een conclusie van A-G van Ballegooien wordt Geppaart aangehaald, die de toepassing van de schijnhandeling binnen de fiscaliteit niet van toepassing verklaart: “Dat voor de toepassing van het belastingrecht een schijnhandeling in het algemeen terzijde moet worden gesteld, vindt in de heersende leer steun. Ook het algemene recht laat gewoonlijk schijnhandelingen terzijde; van een specifiek fiscaalrechtelijke figuur is hier derhalve geen sprake”⁷⁵. De schijnhandeling wordt over het algemeen in het belastingrecht naast zich neergelegd. De schijnhandeling wordt uitsluitend in een van bovengenoemde civielrechtelijke mogelijkheden voor herkwalificatie van toepassing verklaard: indien naar schijn sprake is van een lening terwijl in werkelijkheid door partijen beoogd is een kapitaalsverstrekking tot stand te komen.

4.4.3 Strijdigheid met doel en strekking van de wet

4.4.3.1 Algemeen

Binnen de problematiek waarbij een geldverstrekking meer kenmerken heeft van vreemd vermogen, maar op basis van de civielrechtelijke vorm als eigen vermogen wordt gekwalificeerd, komt tevens de vraag naar voren of dit in strijd is met doel en strekking van de wet. Van *fraus legis* is sprake ingeval een handeling strijdig is met doel en strekking van de wet⁷⁶. Voor toepassing van *fraus legis* dient te worden voldaan aan het normvereiste en aan het motiefvereiste. Er wordt voldaan aan het motiefvereiste indien in doorslaggevende mate fiscale beweegredenen ten grondslag liggen aan een

⁷⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010 nr. 3 Verbintenissenrecht: Algemeen overeenkomstenrecht, Kluwer Deventer, p. 124.

⁷¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010 nr. 3 Verbintenissenrecht: Algemeen overeenkomstenrecht, Kluwer Deventer, p. 125.

⁷² Idem noot 71.

⁷³ Idem noot 71.

⁷⁴ Conclusie A-G Wattel 30 december 2011 inz. Hoge Raad nr. 11/02194

⁷⁵ Ch.P.A. Geppaart, *Fiscale rechtsvinding*, diss. NV Uitgeverij FED Amsterdam 1965, blz. 180.

⁷⁶ HR 26 mei 1926, NJ 1926, 723.

handeling. Aan het normvereiste is voldaan wanneer het doel en strekking van de wet zouden worden miskend⁷⁷.

Tussen een regulier kwalificatievraagstuk en *fraus legis* dient een onderscheid te worden onderkend, zo motiveert A-G Wattel. *Fraus legis* gaat een stap verder dan kwalificatie van vermogen, dit leerstuk zou enkel toegepast kunnen worden in gevallen waarbij sprake is van herkwalificatie⁷⁸. Het initiële kwalificatievraagstuk kan derhalve niet worden uitgewerkt met behulp van *fraus legis*. A-G Wattel geeft hierbij aan dat er wel mogelijkheid voor herkwalificatie. Dit kan echter uitsluitend wanneer beweegredenen van de handeling een grondslag hadden in de fiscaliteit⁷⁹.

4.4.3.2 *Fraus legis* in de deelnemingsvrijstelling

De vraag of fiscale motieven ten grondslag liggen aan een handeling kenmerkt zich door een sterk casuïstisch karakter. De beweegredenen en de exacte situatie zijn bepalend of deze vraag bevestigend of ontkennend moet worden beantwoord, dit is situatiespecifiek.

Zoals reeds aangehaald is het “*ne bis in idem*”-beginsel de heersende rechtsgrond achter de deelnemingsvrijstelling. Middels deze vrijstelling wordt economisch dubbele heffing binnen concernverhoudingen voorkomen. Wordt derhalve voldaan aan het normvereiste indien een voordeel niet reeds in de heffing is betrokken? De wetgever heeft reeds aanvaard dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing blijft indien een vergoeding op een instrument ergens anders niet in de heffing wordt betrokken, dit is bijvoorbeeld het geval bij deelnemerschapsleningen^{80,81}. Het onbelast blijven van een vergoeding is dan ook niet in strijd met doel en strekking van de wet, aan het normvereiste wordt niet voldaan.

4.5 Conclusie

De hoofdvraag die in dit hoofdstuk centraal stond duidde: *Hoe dient vermogen in fiscale zin te worden gekwalificeerd?*

Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen wordt in beginsel gemaakt op basis van de civielrechtelijke vorm van vermogen welke ziet op de formele realiteit. Het belangrijkste kenmerk van de civielrechtelijke kwalificatie is de terugbetalingsverplichting. Op basis van deze terugbetalingsverplichting valt te betogen dat verplicht converteerbare obligatieleningen en verplicht aflosbaar aandelenkapitaal gekwalificeerd dienen te worden als respectievelijk eigen en vreemd vermogen. Met een dergelijke kwalificatie wordt voldaan aan de civielrechtelijk kwalificatie waarbij tevens aansluiting wordt gevonden met de realiteit.

⁷⁷ HR 20 maart 1985, BNB 1985/171, ro. 4.3.

⁷⁸ Conclusie A-G Wattel van 30 december 2011 bij HR 15 juni 2012 nr. 11/02194, onderdeel 9.

⁷⁹ Idem noot 78.

⁸⁰ Dit volgt uit art. 13 jo. art. 10 lid 1 onderdeel d Wet VPB 1969

⁸¹ VN 2012-32.12: Australisch financieringsinstrument vormt geen kapitaalverstrekking, maar lening.

Op dit onderscheid naar formele realiteit zijn drie uitzonderingssituaties die zien op de herkwalficatie van aandelenkapitaal naar eigen vermogen waarbij wordt gekeken naar de materiële werkelijkheid, te weten in geval van een schijnlening, deelnemerschapslening en een bodemloze put lening.

Naar mijn mening biedt het huidige fiscale stelsel geen ruimte voor een schijnhandeling waarbij eigen vermogen dient te worden gekwalificeerd als vreemd vermogen, enkel de aanwezigheid schijnlening als verschijningsvorm van een schijnhandeling wordt onderkend. Wanneer ruimte zou zijn voor schijnhandelingen zou dit betekenen dat niet de civielrechtelijke vorm maar de materiële werkelijkheid leidend zou zijn voor de kwalificatie van vermogen. Echter wordt herhaaldelijk bevestigd dat juist deze civielrechtelijke vorm - de formele werkelijkheid - de leidende rol heeft.

Ruimte voor herkwalficatie van vermogen naar aanleiding van rechtshandelingen die in strijd zijn met doel en strekking van de wet is echter aanwezig. Het is mijns inziens lastig is om vermogensinstrumenten op deze grond te herkwalficeren daar binnen het huidige kader van de wet veel ruimte geboden wordt om vermogensinstrumenten vorm te geven. Deze ruimte zal overigens groter worden nadat de Flex BV is ingevoerd, wat er mogelijk ertoe leidt dat het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen voor de fiscaliteit verder zal vervagen. Ruimte voor een kwalificatie van hybride vermogen als vreemd vermogen, terwijl het vermogen civielrechtelijk kenmerkt als aandelenkapitaal op basis van *fraus legis*, is echter niet aanwezig. Toepassing van *fraus legis* is enkel mogelijk voor een herkwalficatie.

5. Kwalificatievraagstuk voor de commerciële jaarrekening

5.1 Inleiding

Zoals geschetst in de voorgaande hoofdstukken is het niet altijd gemakkelijk een onderscheid te maken tussen eigen en vreemd vermogen. Voor de vennootschapsbelasting is de formele kwalificatie van vermogensverstrekkingen leidend, de materiële invulling doet in beginsel niet ter zake. Voor de commerciële jaarrekening en binnen de bedrijfseconomie wordt het onderscheid echter vaak gemaakt op basis van het adagium 'substance over form'. In deze wijze van onderscheid is de materiële, economische werkelijkheid leidend. Daar de commerciële jaarrekening hetzelfde kwalificatieprobleem ondervindt als de fiscale jaarrekening kan het nuttig zijn om voor een juist onderscheid te kijken naar de regels die binnen deze tak van sport leidend zijn.

Mogelijk kan de kennis bijdragen aan een juiste kwalificatiewijze voor de fiscaliteit. Dit hoofdstuk zal dan ook ingaan op de deelvraag: *Op welke wijze wordt een vermogensverstrekking bedrijfseconomisch gekwalificeerd?* Voor het beantwoorden van deze vraag wordt het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen op grond van toepassing van de Richtlijnen van de RJ alsmede op grond van de IFRS besproken.

5.2 Richtlijnen voor de jaarverslaggeving

5.2.1 Inleiding in de Richtlijnen

De Richtlijnen zijn door de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ) opgestelde verslaggevingstandaarden voor de commerciële jaarrekening. Art. 2:362 lid 1 BW bepaalt dat de jaarrekening moet worden opgesteld volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Er dient een zodanig inzicht te worden gegeven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd over het vermogen en resultaat en, voor zover dat toelaatbaar is naar de aard van de jaarrekening, een oordeel kan worden gevormd omtrent de solvabiliteit en liquiditeit van de rechtspersoon. De genoemde normen worden geformuleerd door de Raad voor de Jaarverslaggeving in Richtlijnen. Deze Richtlijnen hebben geen kracht van wet en mogen niet in strijd zijn met wettelijke bepalingen. Uit uitspraken van de Hoge Raad blijkt echter het belang van de richtlijnen. De Ondernemingskamer heeft meermaals het gezag van de Richtlijnen bevestigd.⁸² De Richtlijnen dragen bij aan het in art. 2:362 BW vereiste inzicht, zodanig dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd over het vermogen en resultaat.

5.2.2 Onderscheid eigen en vreemd vermogen op grond van de Richtlijnen

Binnen de Richtlijnen worden in RJ 290 regels gesteld voor de classificatie van financiële instrumenten. Op grond van de RJ 290.801⁸³ dienen financiële instrumenten in de geconsolideerde jaarrekening geclassificeerd te worden als eigen vermogen of financiële verplichting op basis van de

⁸² Hoogendoorn, M.N. (2009). Ernst & Young Handboek jaarrekening 2009. Kluwer business, p 53.

⁸³ RJ 290.801: De rechtspersoon die een financieel instrument uitgeeft, dient in de geconsolideerde jaarrekening het financiële instrument, of de afzonderlijke componenten van het financiële instrument, als een financiële verplichting of als eigen vermogen te classificeren. Deze classificatie dient in overeenstemming te zijn met de economische realiteit van de contractuele bepalingen en de bepalingen in alinea 802 tot en met 813 van deze paragraaf.

economische realiteit van de contractuele bepalingen, de juridische vorm van een financieel instrument is dus niet bepalend voor de kwalificatie. De aanwezigheid van substance over form is een belangrijk onderscheid tussen de fiscale en geconsolideerde commerciële jaarrekening. In de enkelvoudige jaarrekening wordt vermogen echter geëvalueerd op basis van de juridische realiteit⁸⁴.

Financiële verplichtingen onderscheiden zich op grond van de Richtlijnen 290.803⁸⁵ van eigen vermogen op basis van ‘een contractuele verplichting die kan leiden tot het betalen van liquide middelen of het leveren van andere activa of tot gevolgen die nadelig zijn voor de rechtspersoon die het financiële instrument uitgeeft.’. Wanneer dergelijke contractuele verplichtingen aanwezig zijn, is sprake van een financiële verplichting. Onder verplichtingen om liquide middelen of andere activa over te dragen vallen bijvoorbeeld de verplichting preferente aandelen in te kopen of een eeuwigdurende vaste of bepaalde dividendbetaling te doen. Indien een dergelijke inkoopverplichting ontbreekt of indien een verplichting tot uitkering van dividend ter discretie van de onderneming is, kwalificeert het instrument als eigen vermogen, er is geen sprake meer van een financiële verplichting. Deze contractuele verplichting is het kenmerk dat met name voor preferente aandelen en prioriteitsaandelen het onderscheid bepaalt tussen eigen en vreemd vermogen. Vanuit dit onderscheidend kenmerk volgt ook dat aflosbare aandelen, waarbij het initiatief tot aflossing bij de emittent ligt, in beginsel sprake is van eigen vermogen^{86,87}.

Financiële instrumenten met kenmerken van zowel eigen als vreemd vermogen, zoals de converteerbare obligatielening, kunnen op basis van RJ 290.813 in afzonderlijke componenten worden gesplitst. De instrumenten worden op basis van de afzonderlijke componenten gekwalificeerd. De onderscheiding dient te worden vermeld in de toelichting op de jaarrekening. Indien het niet mogelijk is om de componenten afzonderlijk te onderscheiden kan kwalificatie plaatsvinden aan de hand van de overheersende kenmerken.

Betreffende de converteerbare obligatielening wordt deze conform RJ 209.815 opgesplitst in een vreemd vermogen component voor wat betreft de verplichting tot leveren van kapitaal. Het eigen vermogen component bestaat uit het recht om een conversierecht uit te oefenen en regulier aandelenkapitaal te houden in de onderneming.

5.3 International Financial Reporting Standards

5.3.1. Inleiding in de IFRS

De International Financial Reporting Standards (IFRS) worden opgesteld door de International Accounting Standards Board (IASB). Met ingang van 1 januari 2005 is toepassing van de IFRS

⁸⁴ RJ 240.207: Indien een financieel instrument per balansdatum de juridische vorm van eigen vermogen heeft, dient het in de enkelvoudige jaarrekening te worden verantwoord onder het eigen vermogen. (...)

⁸⁵ RJ 290.803: Een financiële verplichting wordt onderscheiden van een eigen-vermogensinstrument door een contractuele verplichting die kan leiden tot het betalen van liquide middelen of het leveren van andere activa of tot gevolgen die nadelig zijn voor de rechtspersoon die het financiële instrument uitgeeft. Als een dergelijke verplichting bestaat, is het instrument een financiële verplichting en niet een eigen-vermogensinstrument.

⁸⁶ J. van Strien, ‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’, Kluwer, Deventer, 2007, p. 30.

⁸⁷ Idem noot 87.

verplicht voor beursgenoteerde ondernemingen binnen de EU op grond van de IAS-Verordening⁸⁸. De Richtlijnen hebben geen toepassing op Nederlandse ondernemingen die de IFRS toepassen.

De standaarden die door de IASB worden uitgegeven staan onder verantwoordelijkheid van de IASB. Deze IASB is de opvolger van de International Accounting Standards Committee (IASC). De IASC heeft sinds haar oprichting in 1973 standaarden en interpretaties ontwikkeld die onder de naam International Accounting Standards (IAS) worden uitgegeven. Met de komst van de opvolger van de IASC zijn de IAS overgenomen, deze standaarden blijven van kracht totdat deze worden ingetrokken of gewijzigd. Nieuwe standaarden en interpretaties die uitgegeven worden door de IASB worden gepubliceerd onder de naam IFRS. Met de invoering van de IFRS is beoogd een mondiale standaard te creëren. Op veel beurzen kunnen ondernemingen terecht met een jaarrekening die gebaseerd is op IFRS⁸⁹. De Amerikaanse markt is nog niet toegankelijk. Er is wel een akkoord gesloten door de IASB en de Financial Standards Board (FASB) om op termijn een grotere overeenkomst te bereiken tussen de IFRS en de Amerikaanse Generally Accepted Accounting Principles (US GAAP).

Vanwege de grote reikwijdte van de IFRS hebben de standaarden sociale en economische invloed op verschillende partijen en culturen. Aan de invoering en wijziging van standaarden gaat een lang proces vooraf, wat zich kenmerkt door lobbying van verschillende partijen. Deze lobby door belanghebbenden heeft invloed op IFRS. De verslaggeving wordt mogelijk ten gunste van deze belanghebbenden⁹⁰ beïnvloed. Dit heeft bijvoorbeeld voor de implementatie van IAS 39 geleid tot substantiële wijzigingen naar aanleiding van een lobby van banken tegen de wijziging van de opname van voorzieningen⁹¹.

5.3.2 Onderscheid eigen en vreemd vermogen op grond van IFRS

Binnen de IFRS is IAS 39 de huidige standaard voor opname en waardering van financiële instrumenten⁹². De IAS 32 behandelt de informatieverschaffing en financiële presentatie van financiële instrumenten. IAS kenmerken zich door het verplichtende karakter, deze standaarden worden strikter opgelegd. De Richtlijnen zijn in hun mogelijkheden minder dwingend, deze geven vaak meerdere opties en stellen bij deze opties minder vaak een optie verplicht. Er zijn grote overeenkomsten tussen de IAS 32 en RJ 290, de vereisten worden daarom hier niet meer per onderdeel toegelicht. Hierna worden deze verschillen kort toegelicht:

- Zowel voor de enkelvoudige als geconsolideerde jaarrekening vindt waardering plaats op grond van de economische realiteit.

⁸⁸ Verordening nr. 1606/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 19 juli 2002 betreffende de toepassing van internationale standaarden voor jaarrekeningen.

⁸⁹ Hoogendoorn, M.N. (2009). Ernst & Young Handboek jaarrekening 2009. Kluwer business, p 97.

⁹⁰ Deegan, C. and Unerman, J., (2006), Financial Accounting Theory, Mc Graw Hill Education, p. 71.

⁹¹ Deegan, C. and Unerman, J., (2006), Financial Accounting Theory, Mc Graw Hill Education, p. 72.

⁹² Per 1 januari 2015 is de vervanging van IAS 39 voor IFRS 9 gepland. Overigens stond de geplande ingangsdatum voorheen op 1 januari 2013.

- Preferente aandelen met een winstafhankelijke winstuitkering dienen in de geconsolideerde jaarrekening volgens IFRS als verplichting opgenomen te worden, terwijl de Richtlijnen tevens kwalificatie als eigen vermogen binnen de mogelijkheden opnemen.
- Samengestelde financiële instrumenten moeten afzonderlijk opgenomen worden voor wat betreft de eigen en vreemd vermogen componenten. Hierin zijn de Richtlijnen tevens minder strikt, de losse componenten mogen afzonderlijk opgenomen worden.

Met name voor de enkelvoudige jaarrekening heeft de IFRS een andere standaard. Dat kan leiden tot een verschil in het enkelvoudig en geconsolideerd resultaat en in het eigen vermogen⁹³. Voor beursfondsen die rapporteren volgens IFRS is het sinds kort ook mogelijk om hun enkelvoudige jaarrekening ook op te stellen op basis van IFRS op grond van combinatie 3⁹⁴, waardoor dit verschil niet meer aanwezig is.

5.4 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn bedrijfseconomische vormen besproken waarop een geldverstrekking kan kwalificeren met als doel alternatieven te verkennen voor het huidige kapitaalbegrip binnen de deelnemingsvrijstelling. De deelvraag die hierbij centraal stond luidde: *Op welke wijze wordt een vermogensverstrekking bedrijfseconomisch gekwalificeerd?*

Enkel in de enkelvoudige jaarrekening op basis van de Richtlijnen van de RJ volgt de kwalificatie van financiële instrumenten de civiele vorm. Voor de geconsolideerde jaarrekening op grond van zowel de Richtlijnen als de IFRS wordt de economische realiteit als uitgangspunt gekozen voor kwalificatie van financiële instrumenten. In geval sprake is van financiële instrumenten die kenmerken hebben van zowel eigen als vreemd vermogen is het voor de jaarrekening op basis van de Richtlijnen evenals op basis van IFRS mogelijk om de vermogenscomponenten op te splitsen, mits de instrumenten dit toelaten. Wanneer dit niet mogelijk is voor deze instrumenten worden deze gekwalificeerd op basis van de overheersende kenmerken.

Wanneer we iets willen leren uit de bedrijfseconomische standaarden is mijn inziens voorzichtigheid geboden. Vanwege de verschillende belanghebbende partijen die druk uitoefenen op de totstandkoming van de standaarden kunnen subjectieve invloeden tot uiting komen in de standaarden, wat niet per definitie zal leiden tot een betere verslaggevingstandaard. Daarnaast heeft de bedrijfseconomische jaarrekening een ander doel, de benadering van vermogen kan niet onverkort toegepast worden op de fiscale jaarrekening. Dit neemt niet weg dat het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen op een vergelijkbare wijze als in dit hoofdstuk genoemd op basis van IFRS, met stringente regels en op basis van economische realiteit, minder ruimte over zou laten voor een dispariteit tussen de formele en materiële werkelijkheid.

⁹³ Dit verschil ontstaat door het verschil in rapporteringgrondslag. De enkelvoudige jaarrekening wordt gewaardeerd tegen netto vermogenswaarde en de geconsolideerde jaarrekening wordt gewaardeerd op basis van IFRS (IAS 27.38) tegen kostprijs of reële waarde.

⁹⁴ Antwerp-alinea 107 van hoofdstuk 100 Inleiding van de RJ.

6. Conclusie en toepassing

6.1 Inleiding

Deze bachelorscriptie heeft in de inleiding als doel gesteld te kunnen bepalen of de redenering van de Hoge Raad, waarbij het mogelijk was dat vreemd vermogen fiscaal gezien kwalificeerde als eigen vermogen, ook toepassing zou hebben op situaties waarbij eigen vermogen fiscaal zou moeten worden gezien als vreemd vermogen. De hoofdvraag die hierbij centraal stond luidde als volgt: *Onder welke omstandigheden en voorwaarden dient een aandelenkapitaal voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling te worden aangemerkt als geldlening?*

Dit hoofdstuk zal aan de hand van de beantwoording van de deelvragen een antwoord op de hoofdvraag geven. Daarna wordt aan de hand van de conclusie een mening gevormd over de uitspraken van Rechtbank 's-Gravenhage, Rechtbank Haarlem en Gerechtshof Amsterdam.

6.2 Payback time

Binnen de fiscaliteit wordt een strikt onderscheid gehanteerd tussen eigen en vreemd vermogen. Op basis van dit onderscheid vindt de bepaling van de winst plaats. Voordelen verkregen uit aandeelhoudersrelaties behoren niet tot de winstsfeer, deze behoren tot de kapitaalsfeer. Onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen is belangrijk voor het bepalen van de totaalwinst, vermogensveranderingen waarbij sprake is van een aandeelhoudersrelatie behoren niet tot de totaalwinst en vallen onder de kapitaalsfeer.

Het doel van de deelnemingsvrijstelling is voorkoming van economisch dubbele heffing van voordelen die reeds bij een dochtermaatschappij in de heffing zijn betrokken. Het is echter niet noodzakelijk dat voordelen reeds in de heffing zijn betrokken.

Kenmerkend voor een algemeen onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen zijn zeggenschap en eigendom, de tijdsduur, de vergoeding en het risico. Niet alle vermogensinstrumenten bezitten alle kenmerkende factoren, als gevolg van een grote vrijheid binnen het civiele recht ontstaan hybride vermogensinstrumenten welke niet eenduidig kunnen worden gekwalificeerd. Op basis van totaalwinst is geen tussenweg tussen de aandeelhouderssfeer en kapitaalsfeer denkbaar, ondanks dat het lastig is om vermogensinstrumenten eenduidig te kwalificeren dient er een strikt onderscheid te worden gehanteerd.

Voor de fiscale kwalificatie van vermogen wordt als hoofdregel gehanteerd dat de civielrechtelijke vorm van het vermogen leidend is. Op deze hoofdregel worden drie uitzonderingssituaties gevormd welke zien op een herkwalificatie van vreemd naar eigen vermogen, in geval sprake is van een schijnlening, een bodemloze putlening of een deelnemerschaplening. Kenmerkend voor de civielrechtelijke vorm van het vermogen is de terugbetalingsverplichting. Het dient aanstonds duidelijk te zijn dat het vermogen niet terug zal vloeien naar de verstrekker. Op het moment dat een terugbetalingsverplichting aanwezig is kwalificeert het vermogen als vreemd vermogen. Bij het

ontbreken van een dergelijke verplichting dient dan ook te worden geconcludeerd dat sprake is van eigen vermogen.

Binnen de huidige rechtspraak is noch voor toepassing van *fraus legis*, noch voor toepassing van een schijnhandeling ruimte wanneer het een kwalificatie van vermogen betreft. Desalniettemin ben ik van mening dat het vraagstuk binnen de huidige jurisprudentie kan worden opgelost. Indien aandelenkapitaal wordt gekenmerkt door een terugbetalingsverplichting dient te worden geconcludeerd dat sprake is van een geldlening. De vraag of een geldlening voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling kan kwalificeren als aandelenkapitaal dient bevestigend te worden beantwoord, hiervan is namelijk sprake onder de voorwaarde dat het aandelenkapitaal zich kenmerkt door een terugbetalingsverplichting waardoor civielrechtelijk gezien sprake is van een lening.

Overigens zorgt dit uitgangspunt voor een aansluiting bij de materiële werkelijkheid, met als leidend kenmerk de terugbetalingsverplichting. Hierbij kunnen tevens overeenkomsten worden gevonden met de commerciële jaarrekening, waarbij *substance over form* de basis is waarop het onderscheid wordt bepaald. Binnen het jaarrekeningenrecht zijn contractuele verplichtingen tot het betalen van een geldsom die nadelig kunnen zijn voor de uitgever van het financiële instrument. De commerciële jaarrekening gaat echter een grote stap verder, er bestaat namelijk een mogelijkheid tot opsplitsen van vermogenscomponenten in geval sprake is van samengestelde financiële instrumenten.

6.3 Rechtbank 's-Gravenhage, 21 november 2011

Binnen de uitspraak van Rechtbank 's-Gravenhage⁹⁵ was in geding of belastingplichtige de deelnemingsvrijstelling al dan niet terecht had toegepast. Belastingplichtige stelde dat sprake was van een civielrechtelijk aandelenbelang van minimaal 5% in het nominaal aandelenkapitaal. Volgens de inspecteur was naar civielrechtelijke vorm sprake van een aandelenbelang, echter naar vorm was in feite een geldlening overeengekomen. Er was volgens de inspecteur sprake van *fraus legis*.

Naar het oordeel van de Rechtbank was een situatie gecreëerd die gelijk is aan het verstrekken van een geldlening. Volgens de Rechtbank had de houder van de aandelen, afgezien van de aanwezigheid van een regulier kredietrisico, zekerheid dat het geïnvesteerde bedrag na een bepaalde tijd terug zou worden ontvangen. Het samenstel van rechtshandelingen was gericht op het terug ontvangen van het verstrekte kapitaal, de vergoeding op de kapitaalverstrekking was gelijk aan de rente die op de kapitaalmarkt gangbaar was, en de vergoeding was niet afhankelijk van de winst⁹⁶.

In de overweging van de Rechtbank komt naar voren dat een zekerheid bestond dat het geïnvesteerde bedrag in de aandelen na een bepaalde tijd terug zou vloeien naar de verstrekker. In de situatie was echter geen sprake van een verplichting om de aandelen terug te kopen. Een verplichting ontbrak bij zowel de vermogensnemers als de vermogensverschaffers. In de context van de conclusie van

⁹⁵Rechtbank 's-Gravenhage, 21 november 2011, AWB 10/9097.

⁹⁶Rechtbank 's-Gravenhage, 21 november 2011, AWB 10/9097, r.o. 4.3.1.

voorgaande paragraaf kunnen we oordelen dat, op basis van het ontbreken van de terugbetalingsverplichting, de aandelen niet dienen te worden gekwalificeerd als vreemd vermogen.

De Rechtbank oordeelde dat sprake was van een samenstel van transacties, het uitoefenen van een optie en het terugkopen van aandelen, waardoor sprake was van vreemd vermogen. In dit oordeel kan ik mij vinden. Initieel is geen sprake van een terugbetalingsverplichting, echter vanwege de rechtshandelingen die gepleegd zijn is de terugbetalingsverplichting als het ware ‘ontstaan’. Van een kwalificatie van vreemd vermogen is volgens mij dan ook geen sprake, echter op grond van een schijnhandeling kan geoordeeld worden dat een herkwalificatie moet plaatsvinden.

De Rechtbank oordeelde dat het in strijd met doel en strekking van de wet zou zijn om voordelen, die economisch bezien kenmerken van rente hebben, vrij te stellen van vennootschapsbelasting⁹⁷. De strekking van de deelnemingsvrijstelling is om te voorkomen dat eenzelfde winst tweemaal in een belasting wordt betrokken. Ik ben echter van mening dat het leerstuk van *fraus legis* in deze situatie niet van toepassing hoeft te zijn, zoals naar voren is gekomen in paragraaf 4.4.3.2 hoeft een voordeel niet reeds in de heffing betrokken te zijn om te kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling. Er is derhalve niet voldaan aan het normvereiste waarop *fraus legis* niet van toepassing is.

Aldus ben ik van mening dat vanwege het ontbreken van een terugbetalingsverplichting geen grond aanwezig voor een kwalificatie van vreemd vermogen. In het geding dient geoordeeld te worden dat op basis van de aanwezigheid van een schijnhandeling een herkwalificatie dient plaats te vinden. Hoewel civielrechtelijk sprake is van aandelenkapitaal, is in feite sprake van een vermogensverstrekking.

6.4 Rechtbank Haarlem, 25 januari 2011 en Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012

Bij Rechtbank Haarlem⁹⁸ was in geding of *redeemable preference shares* konden worden aangemerkt als aandelenkapitaal. Deze uitgegeven aandelen dragen een winstonafhankelijke cumulatieve vergoeding, waarbij de aandelen op ieder moment aflosbaar zijn maar uiterlijk na tien jaar worden afgelost. Naar oordeel van de Rechtbank was sprake van vermogensverstrekking waarbij de aandelen zowel kenmerken van eigen als vreemd vermogen droegen. Er was sprake van een hybride financieringsinstrument⁹⁹.

Vanwege de voorwaarden waarop de aandelen waren uitgegeven was volgens de Rechtbank feitelijk sprake van een lening. De vaste vergoeding, de vaste looptijd en het gebrek aan stemrechten waren omstandigheden welke kenmerkend zijn voor een lening. Daarnaast werden de aandelen in de jaarrekening opgenomen als vordering: de partijen hebben in werkelijkheid beoogd een leningsverstrekking tot stand te brengen. Volgens de Rechtbank bevestigt dit het primaire standpunt van de inspecteur, dat in wezen sprake is van een lening.

⁹⁷ Rechtbank 's-Gravenhage, 21 november 2011, AWB 10/9097, r.o. 4.3.2.

⁹⁸ Rechtbank Haarlem, 25 januari 2011, AWB 09/3391.

⁹⁹ Rechtbank Haarlem, 25 januari 2011, AWB 09/3391, r.o. 4.3.

Subsidiar heeft de inspecteur als standpunt dat sprake is van frauduleus legis, doel en strekking van de wet zouden worden miskend indien de deelnemingsvrijstelling op onderhavige situatie van toepassing zou zijn. Er was sprake van een wijziging van de financieringsstructuur als gevolg van wetswijzigingen, waarop de redeemable preference shares waren uitgegeven. Omdat belastingplichtige niet kon uitleggen wat het verband was tussen de wetswijziging en de financieringsstructuur ging de Rechtbank ook betreffende het subsidiaire standpunt mee met de stelling van de inspecteur. Het onbelast blijven van de vergoeding was in strijd met doel en strekking van de wet omdat enerzijds een belastingaftrek aanwezig was en anderzijds sprake was van een onbelaste bate.

In hoger beroep werd door Gerechtshof Amsterdam beperkt ingegaan op het oordeel van de Rechtbank¹⁰⁰: “Het Hof komt vanuit een ander toetsingskader tot een andere beoordeling dan de rechtbank”.

Het Hof vergelijkt de uitgegeven aandelen met aandelen die naar Nederlands recht onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Naar het oordeel van het Hof zijn de uitgegeven aandelen voldoende vergelijkbaar zijn met naar Nederlands recht uitgegeven cumulatief preferente aandelen¹⁰¹. Betreffende het standpunt van de inspecteur, dat de vergelijking niet opgaat vanwege de terugbetalingsverplichting, oordeelt het Hof dat het verschil te klein is ten opzichte van de Nederlandse situatie waardoor niet tot een andere kwalificatie kan worden gekomen¹⁰². Het Hof erkent de mogelijkheid dat een recht bestaat om het verstrekte kapitaal na tien jaar terug te ontvangen, maar dat dit mogelijk gepaard gaat met een sanctie aan bestuurders. Van een sanctie is sprake indien het kapitaal terugbetaald anders dan uit winstreserves of opbrengsten van nieuw uitgegeven aandelenkapitaal. Naar het oordeel van het Hof is het primaire standpunt van de inspecteur niet gegrond.

Naar mijn mening is in deze situatie sprake van aandelenkapitaal wat enkel de naam draagt van eigen vermogen. Echter op basis van de terugbetalingsverplichting dient te worden geoordeeld dat in deze situatie sprake is van vreemd vermogen. Redeemable preference shares zijn volgens de Rechtbank hybride financieringsinstrumenten. Ik vind de kenmerken van eigen vermogen echter beperkt, mijns inziens is eerder sprake van een achtergestelde lening. Indien hiertoe verzocht wordt door de verstrekker van het vermogen dient een terugbetaling plaats te vinden, van een terugbetalingsverplichting is mijns inziens in deze situatie sprake. Dat een sanctiebeleid aanwezig is met betrekking tot het terugbetalen van het kapitaal doet hier mijns inziens niets aan af.

Het Hof verwerpt tevens het subsidiaire standpunt van de inspecteur. Belastingplichtige heeft de vrijheid om de onderneming middels shares te financieren. Hieraan doet niet af dat de shares eerder in de vorm van een aandeelhouderslening waren gefinancierd, dit is niet in strijd met doel en strekking

¹⁰⁰Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012, AWB 11/00174, r.o. 4.3.

¹⁰¹Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012, AWB 11/00174, r.o. 4.10.

¹⁰²Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012, AWB 11/00174, r.o. 4.12.

van de wet. Het is derhalve niet nodig om te beoordelen of aan de handeling in meer dan bijkomstige mate fiscale beweegredenen ten grondslag lagen.¹⁰³ Ik ben het met dit standpunt van het Hof eens. Zoals tevens bij Rechtbank 's-Gravenhage het geval was, is niet van belang of de voordelen reeds in de heffing zijn betrokken. Eveneens is hier niet voldaan aan het normvereiste, het is niet nodig om te toetsen aan het motiefvereiste.

Hoewel in deze situatie geen sprake is van *fraus legis* ben ik van mening dat hier wel sprake is van vreemd vermogen. Ik acht een terugbetalingsverplichting aanwezig, waardoor de aandelen op basis van het civiele recht dienen te worden gekwalificeerd als vreemd vermogen. In dit geval dienen de aandelen te worden gekwalificeerd als vreemd vermogen.

¹⁰³ Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012, AWB 11/00174, r.o. 4.16.

Literatuurlijst

Jurisprudentie

- HR 26 mei 1926, NJ 1926, 723.
- HR 18 mei 1949, nr. B 8648
- HR 7 februari 1951, B. 8939
- HR 3 november 1954, BNB 1954/357
- HR 22 augustus 1955, BNB 1955/377
- HR 27 juni 1973, BNB 1973/187
- HR 20 maart 1985, BNB 1985/171
- HR 16 oktober 1985, BNB 1986/118
- HR 13 november 1985, BNB 1986/4
- HR 28 januari 1988, BNB 1988/217
- HR 18 maart 1992, BNB 1992/185
- HR 17 november 1993, BNB 1994/273
- HR 9 maart 1994, BNB 1994/142
- HR 28 juni 1995, BNB 1995/271
- HR 11 maart 1998, BNB 1998/265
- HR 21 februari 2001, BNB 2001/161
- HR 24 mei 2002, BNB 2002/262
- HR 22 november 2002, BNB 2003/34
- HR 20 mei 2005, BNB 2005/260
- HR 14 oktober 2005, BNB 2006/7
- HR 13 oktober 2006, BNB 2007/61
- HR 12 oktober 2007, BNB 2008/6
- HR 25 november 2011, BNB 2012/37

Uitspraken lagere rechtscolleges

- Rechtbank 's-Gravenhage, 21 november 2011, AWB 10/9097.
- Rechtbank Haarlem, 25 januari 2011, AWB 09/3391.
- Gerechtshof Amsterdam, 7 juni 2012, AWB 11/00174

Boeken

- Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010 nr. 3 *Verbintenissenrecht: Algemeen overeenkomstenrecht*, Kluwer Deventer.
- Deegan, C. and Unerman, J., (2006), *Financial Accounting Theory*, Mc Graw Hill Education.
- Geppaart, Ch.P.A., *Fiscale rechtsvinding*, diss. NV Uitgeverij FED Amsterdam 1965.
- Hoogendoorn, M.N. (2009). *Ernst & Young Handboek jaarrekening 2009*. Kluwer busines.
- Schilfgaarde, P van; (bewerkt door Winter, J) *Van de NV en de BV*, Kluwer, Deventer, 2009.
- Streek, J.L. van de en Strik, S.A.W.J., *Cursus belastingrecht studenteneditie vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 2011.
- Strien, J. van, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 2007.
- Van Dale onlinewoordenboek, 2011, Van Dale Uitgevers, Utrecht
- Vleggeert, J., *Aftrekbepalingen in het internationale belastingrecht*, Diss. Universiteit Leiden, juni 2009.

Tijdschriften

- Mr. W. Bon en prof. dr. R.P.C. Cornelisse, Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen, WFR 2008/137
- Drs. M. Nieuweboer, Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!, NTFR 2012/292
- Redactie vakstudie nieuws, Australisch financieringsinstrument vormt geen kapitaalverstrekking, maar lening, VN 2012-32.12:
- Mr. R. Snoeij, De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekkingen voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm, WFR 2009/1582

Besluiten

- Kwalificatiebesluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M