
Fiscale kwalificatie van eigen vermogen

Fiscaalrechtelijke gevolgen van een civielrechtelijke benadering

ABSTRACT: Dit onderzoek gaat in op de materie omtrent het fiscaal kwalificeren en herkwalificeren van vermogen. De recentelijk door de Hoge Raad gewezen arresten van 7 februari 2014 staan hierin centraal. Zoals bekend kan een vennootschap worden gefinancierd door het aantrekken van eigen- of vreemd vermogen. Deze beide soorten geldverstrekkingen hebben haar eigen afzonderlijke civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke karakteristieken. Voor de kwalificering van vermogen is voor fiscaalrechtelijke doeleinden de civielrechtelijke vorm beslissend. Om tegemoet te komen aan wat fiscaalrechtelijk door de wetgever wordt beoogd, zijn er echter enkele uitzonderingen ontstaan. Vermogen wordt daarbij aan de hand van een zelfstandige fiscale kwalificatie getoetst en vervolgens gekwalificeerd. Ten opzichte van het civiele recht kan er daardoor sprake zijn van een zogenaamde herkwalificering. De arresten van 7 februari 2014 gaan in op het geval waarbij eigen vermogen feitelijk zodanige eigenschappen heeft van vreemd vermogen, dat deze mogelijk fiscaalrechtelijk als zodanig gekwalificeerd moet worden. De Hoge Raad houdt echter vast aan de hoofdregel waarbij de civielrechtelijke vorm de doorslag geeft en creëert dan ook geen uitzonderingen op de hoofdregel. Vandaag de dag bestaan er echter zodanig in elkaar verweven hybride financieringsinstrumenten dat men zich kan afvragen of het civiele recht nog voldoende onderscheidend is? Zo niet, is er dan een alternatief? En wat zijn de consequenties van dit alternatief?

Auteur: L.C. van Sluijs
Studentnummer: 350578
Scriptiebegeleider: Dhr. R.C. de Smit
Datum van inleveren: 07-2014

Inhoud

1. Inleiding	1
2. Het civielrechtelijk vermogen	3
2.1 Inleiding	3
2.2 Eigen vermogen	3
2.3 Vreemd vermogen	5
2.4 Conclusie.....	6
3. Het fiscaalrechtelijk vermogen	7
3.1 Inleiding	7
3.2 Kapitaal	7
3.3 De civielrechtelijke vorm van vermogen	7
3.4 Fiscale behandeling van eigen- en vreemd vermogen	9
3.5 Conclusie.....	11
4. Herkwalificeren van vermogen	12
4.1 Inleiding	12
4.2 Herkwalificering	12
4.3 Herkwalificering van vreemd- naar eigen vermogen.....	13
4.4 Herkwalificering van eigen- naar vreemd vermogen.....	17
4.4.1 Bankensyndicaat-arrest	17
4.4.2 Redeemable preference shares-arrest	20
4.5 Conclusie.....	25
5. Een alternatieve kwalificeringsmaatstaf	25
5.1 Inleiding	25
5.2 Korte terugblik op de gewezen 7 februari 2014 arresten.....	26
5.3 De maatstaven van de IFRS.....	27
5.4 De gevolgen van een dergelijke maatstaf.....	30
5.5 Overige consequenties	31
5.6 Conclusie.....	32
Conclusie en samenvatting	33
Referenties	35
Appendix	38

Lijst met afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
Art.	artikel
AVA	Algemene Vergadering van Aandeelhouders
B.V.	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
HR	Hoge Raad
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
N.V.	Naamloze Vennootschap
Rb.	Rechtbank
RPS	Redeemable Preference Shares
V.O.F.	Vennootschap Onder Firma
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Lijst met tabellen en figuren

Tabel 1: de klassieke eigenschappen van eigen- en vreemd vermogen.	6
Tabel 2: Onderscheid kapitaalsfeer en winstsfeer.	11
Tabel 3: Voorbeelden van fiscaalrechtelijk afwijkende kwalificaties.	13
Figuur 1: Schema Bankensyndicaat-arrest deel 1	38
Figuur 2: Schema Bankensyndicaat-arrest deel 2	38
Figuur 3: Schema RPS-arrest deel 1 (1997 t/m 2003).	39
Figuur 4: Schema RPS-arrest deel 2 (2004).	39

1. Inleiding

Dit onderzoek gaat in op de materie omtrent het fiscaal kwalificeren en herkwalificeren van vermogen. De recentelijk door de Hoge Raad gewezen arresten van 7 februari 2014¹ staan hierin centraal. Het fiscaalrechtelijk herkwalificeren van vermogen komt veelal voort uit de pogingen van belastingplichtigen om optimaal gebruik te maken van de wet en de daarbij behorende faciliteiten. Zoals bekend kan een vennootschap worden gefinancierd door het aantrekken van eigen- of vreemd vermogen². Deze beide soorten vermogen hebben haar eigen afzonderlijke civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke karakteristieken. Zo zijn dividenduitkeringen op een aandeel bijvoorbeeld, in tegenstelling tot de rentevergoeding op een lening, op grond van artikel (art.) 10(1)(a) van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB 1969) niet ten laste van het resultaat te brengen. Dit terwijl op dividendontvangsten ten opzichte van rentebaten de fiscaal aantrekkelijke deelnemingsvrijstelling³ van toepassing kan zijn. Hieruit blijkt dat de beide opties ter financiering van een vennootschap de interesse kunnen wekken van potentiële vermogensverstrekkers. Dit heeft geresulteerd in de verstrekking van financiële instrumenten die op basis van het civiele recht kwalificeren als lening terwijl de feitelijke omstandigheden erop duiden dat er sprake is van aandelenkapitaal. De geldverstrekking bevat bijvoorbeeld feitelijk een winstafhankelijke vergoeding en een onbepaalde looptijd. Dit terwijl de geldverstrekker ten opzichte van andere vermogensverstrekkers niét is achtergesteld zodat deze op het moment van faillissement als een der eersten aanspraak kan maken op de eventueel resterende liquiditeiten. Enkele van deze fiscaalrechtelijk attractieve hybride constructies heeft de Hoge Raad doormiddel van in de jurisprudentie ontwikkelde criteria willen voorkomen⁴.

Met betrekking tot de omgekeerde situatie -waar sprake is van civielrechtelijk eigen vermogen met de feitelijke kenmerken van vreemd vermogen- heeft de Hoge Raad op 7 februari 2014 een tweetal belangrijke arresten gewezen. De Hoge Raad stelt in beide arresten dat wanneer er in civielrechtelijke zin sprake is van eigen vermogen, dit fiscaalrechtelijk ook zo is. Het civiele recht is terug te vinden in het Burgerlijk Wetboek(BW). Hierin wordt eigen vermogen kortweg gedefinieerd als zijnde *'vermogen dat voor onbepaalde tijd ter beschikking wordt gesteld'*⁵. Voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van vermogen wordt de civielrechtelijke definitie dus gevolgd. Dit kan een gat creëren tussen wat blijkens het civiele recht als eigen vermogen wordt gekwalificeerd, en wat de economische werkelijkheid doet denken. De Hoge Raad heeft het arrest omwille van het waarborgen van de rechtszekerheid van belastingplichtigen als zodanig gewezen. Er heerst naar mijn mening echter een resterende onduidelijkheid over waarom de Hoge Raad hiertoe heeft beslist en of er wellicht betere alternatieven mogelijk zijn.

¹ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 & HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

² Onder vennootschap wordt verstaan een lichaam overeenkomstig art. 2:64(1) BW. Een dergelijke vennootschap is een juridisch zelfstandig lichaam met eigen rechten en plichten.

³ De werking van de deelnemingsvrijstelling wordt in hoofdstuk 3.4 bondig uiteen gezet.

⁴ Bodemloze put (HR 27 januari 1988, nr. 23 919 BNB 1988/217), deelnemerschapslening (HR 11 maart 1998, nr. 32 240 BNB 1998/208) en de schijnlening (HR 8 september 2006, nr. 42 015 BNB 2007/104)

⁵ S. IJsselmuiden (2010). Groene Serie Rechtspersonen, *Artikelsgewijs commentaar bij artikel 2:373 BW aantekening 1*, Deventer: Kluwer.

De hierboven omschreven afwegingen en onduidelijkheden worden in dit onderzoek tegen het licht gehouden aan de hand van de volgende onderzoeksvraag:

- *Dient de civielrechtelijke kwalificering van kapitaal voor de vennootschapsbelasting meer op de achtergrond te treden ten gunste van een alternatieve fiscaalrechtelijke benadering?*

De onderzoeksvraag wordt met behulp van de onderstaande deelvragen beantwoord:

- *Wanneer is er civielrechtelijk sprake van kapitaal?*
- *Wanneer is er fiscaalrechtelijk sprake van kapitaal?*
- *Wat is het herkwalficeren van vermogen?*
- *Wat is een mogelijke andere fiscaalrechtelijke benadering en wat zijn de gevolgen van een dergelijke benadering?*

In het tweede hoofdstuk van deze studie wordt ingegaan op de huidige definiëring van civielrechtelijk kapitaal. Het derde hoofdstuk omschrijft de betekenis van kapitaal vanuit een fiscaalrechtelijk oogpunt. Vervolgens gaat het vierde hoofdstuk in op het herkwalficeren van vermogen. De recentelijk gewezen arresten vervullen hierin een hoofdrol. Het vijfde hoofdstuk gaat in op een alternatieve fiscale kwalificeringsmaatstaf. Tevens worden de gevolgen van het gebruik van een dergelijke maatstaf in kaart gebracht. Het onderzoek sluit af met een algemene samenvatting en conclusie. Ten slotte is er ruimte voor de referenties en een appendix. De appendix bevat een tweetal schema's van de situaties zoals deze zijn in de gewezen arresten van 7 februari 2014.

2. Het civielrechtelijk vermogen

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat in op de civielrechtelijke kwalificering van vermogen. Dit ter beantwoording van de vraag wanneer er sprake is van civielrechtelijk kapitaal. Vermogen is kortweg op te splitsen in eigen- en vreemd vermogen. Civielrechtelijk hebben zij elk verschillende eigenschappen en vereisten waaraan moet worden voldaan. Veel belangrijke civielrechtelijke vermogensbegrippen, -feiten en -regels zijn terug te vinden in hoofdstuk 2 en hoofdstuk 7A van het Burgerlijk wetboek(BW). De volgende paragrafen gaan in op de civielrechtelijke eigenschappen, de totstandkoming en de verschillen van zowel eigen- als vreemd vermogen.

2.2 Eigen vermogen

Een vennootschap wordt opgericht bij notariële akte⁶. Veelal is ook een bankverklaring benodigd⁷. De oprichtingsakte dient getekend te worden door iedere oprichter en bevat tevens de statuten. In de statuten wordt zowel het doel, de naam alsook het bedrag van het maatschappelijk aandelenkapitaal vermeld⁸. Civielrechtelijk is kapitaal⁹ datgeen dat bij een vennootschap *geheel of ten dele in aandelen is verdeeld*¹⁰. De statuten kunnen verschillende soorten aandelen bevatten welke kunnen worden uitgegeven. Denk daarbij aan de normale aandelen, (cumulatief) preferente aandelen of prioriteitsaandelen¹¹. Het maatschappelijk aandelenkapitaal geeft het plafond aan van het bedrag waarvoor de vennootschap aandelen kan emitteren¹². Na de goedkeuring van de algemene vergadering (AVA) kan het maatschappelijk aandelenkapitaal via een statutenwijziging worden gewijzigd. Het maatschappelijk aandelenkapitaal kan worden aangewend om aandelen uit te geven. Er kunnen aandelen worden geëmitteerd welke op naam staan geregistreerd maar er kan ook voor worden gekozen om zogenaamde aandelen ‘aan toonder’ uit te geven¹³. Een B.V. kan echter enkel aandelen op naam uitgeven. Het geplaatste aandelenkapitaal is dat deel van het maatschappelijk kapitaal dat daadwerkelijk is uitgegeven en welke in het bezit is van de aandeelhouders. Het geëmitteerde deel kan verder worden opgesplitst in een deel dat wordt gestort en een deel dat op een later moment door de vennootschap kan worden opgevraagd¹⁴. Een vennootschap heeft namelijk niet in alle situaties een onmiddellijke liquiditeitsbehoefte¹⁵. Het onmiddellijk volstorten van de aandelen is daarom niet altijd vereist. Het aandelenkapitaal kan civielrechtelijk worden gezien als *“een onaflosbare schuld van de vennootschap aan de aandeelhouder”* ter grootte van het gestorte bedrag van het aandeel¹⁶. Een andere aangedragen betekenis van aandelenkapitaal is een *“aan risico onderhevig financieringsmiddel waarbij de waardevorming afhankelijk is van de prestaties van de onderneming”*¹⁷.

⁶ Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Kluwer. & art. 2:66 BW.

⁷ art. 2:93a BW.

⁸ Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Kluwer.

⁹ Buiten beschouwing latende de bij de wet omschreven uitzonderingen.

¹⁰ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79.

¹¹ Sikkelerus, W.P. (1972). *Aandelenkapitaal of lening*, WFR 1972/77.

¹² Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Kluwer.

¹³ Dit blijkt uit art. 2:82 BW. Aandelen ‘aan toonder’ worden in tegenstelling tot ‘aandelen op naam’ niet geregistreerd en zijn daardoor vrij overdraagbaar.

¹⁴ De storting van geld op aandelen resulteert in een toestroom van liquide middelen naar de vennootschap welke ter ondersteuning van de bedrijfsvoering kunnen dienen.

¹⁵ Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Kluwer.

¹⁶ Snoeij R. (2009). *De kunst van het kwalificeren van geldverstrekkingen voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm*, WFR 2009/1582.

¹⁷ Mendel, M.M., Oostwouder W.J. (2007). *Hoofdzaken NV en BV*. Deventer: Kluwer.

Aandelenkapitaal kan worden opgedeeld in een nominaal deel en een gedeelte dat wordt aangemerkt als agio¹⁸. Het nominale bedrag is het bedrag waarvoor het aandeel in beginsel is uitgegeven. Dit bedrag is terug te vinden op het aandelenbewijs. Agio is het verschil tussen wat de aandeelhouder voor het aandeel heeft betaald en de nominale waarde van het aandeel. Wanneer er minder wordt betaald dan de nominale waarde, dan wordt het verschil geboekt als zijnde disagio. De waarde van een aandeel is economisch gezien het verdisconteerde bedrag van alle toekomstige dividenduitkeringen. Bij een goed presterende vennootschap is de kans op dividenduitkeringen groter. Deze uitkeringen komen voort uit het winstrecht dat rust op het aandeel¹⁹. Aandeelhouders zijn daarom enorm gebaat bij een goed georganiseerde onderneming met een doeltreffend bestuur²⁰.

Als vennootschap heeft men de volledige beschikkingsmacht over het vermogen dat door de aandeelhouder is gestort²¹. Dit blijkt met name uit art. 2:5 BW waarin staat aangegeven dat een rechtspersoon met betrekking tot het vermogensrecht gelijk wordt gesteld aan een natuurlijk persoon. Pas bij ontbinding van de vennootschap kan de aandeelhouder zijn gestorte vermogen (voor een deel) terug kunnen krijgen in de vorm van een liquidatiesaldo²². Verstrekkers van vreemd vermogen hebben in het geval van een faillissement echter het eerste recht op resterende liquiditeiten²³. Aandeelhouders komen hiervoor pas in aanmerking nádat de schuldeisers hun verstrekking (gedeeltelijk) hebben ontvangen. Hieruit blijkt dat aandelen een zogenaamde 'garantiefunctie' vervullen. Preferente aandelen bieden overigens wel de mogelijkheid om als aandeelhouder met betrekking tot dividenduitkeringen als eerste in de rij te staan. Uit het bovenstaande blijkt de aandeelhouder een zekere mate van risico loopt. Dit (neerwaartse) risico is beperkt tot het bedrag dat de aandeelhouder in de vennootschap heeft gestort als gevolg van zijn aandelenbezit²⁴. De aandeelhouder is in tegenstelling tot bijvoorbeeld de ondernemer binnen een vennootschap onder firma (V.O.F.) dus slechts beperkt aansprakelijk. Het vermogen dat de aandeelhouder heeft ingebracht is afgescheiden van zijn privévermogen. Schuldeisers van de rechtspersoon zullen daarom geen beroep kunnen doen op het privévermogen van een aandeelhouder. Bij een V.O.F. is de ondernemer hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden en verbintenissen die binnen de onderneming worden aangegaan. Dit kan ertoe leiden dat schuldeisers een beroep doen op het privévermogen van de vennoot op het moment dat het ondernemingsvermogen ontoereikend is.

Een andere belangrijke eigenschap van aandelenvermogen is het feit dat aandeelhouders *stemrecht* hebben²⁵. Naast het stemrecht is er ook het vergaderrecht, het agenderingsrecht, het enquêterecht en het hiervoor besproken dividendrecht²⁶. Elke aandeelhouder heeft minstens één stem welke tijdens de AVA kan worden

¹⁸ Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Kluwer.

¹⁹ art. 2:105(1) BW.

²⁰ Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Kluwer.

²¹ Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Kluwer.

²² Sikkelerus, W.P. (1972). *Aandelenkapitaal of lening*, WFR 1972/77.

²³ art. 2:23b BW.

²⁴ art. 2:64 BW & art. 2:175 BW.

²⁵ art. 2:118 BW.

²⁶ Bon, W., & Cornelisse, R.P.C. (2008). *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137.

uitgeoefend. Een dergelijke vergadering vindt minstens eenmaal per jaar plaats²⁷. Uit art. 2:107 BW blijkt dat de bevoegdheden welke de algemene vergadering heeft de bevoegdheden zijn die niet zijn uitbesteed aan het bestuur van de vennootschap²⁸.

Het hiervoor besproken winstrecht en stemrecht zijn niet onlosmakelijk met elkaar verbonden. Artikel 2:216(7) BW biedt namelijk de mogelijkheid om aandelen uit te geven waarbij niet of slechts in beperkte mate in de winst wordt gedeeld. Daarnaast biedt art. 2:228(5) BW onder voorwaarden juist de mogelijkheid om aan een aandeel het stemrecht te onttrekken. In beide gevallen dient dit bij de statuten te worden bepaald. Aandelen zonder stemrecht kunnen interessant zijn wanneer men iemand wil laten delen in de winst zonder dat er invloed kan worden uitgeoefend op de wijze waarop de onderneming wordt gedreven²⁹. Een voorbeeld hiervan is het uitgeven van een winstrecht aan het eigen personeel. Het winstrecht is afhankelijk van de prestaties van de onderneming waarin het personeel zelf in dienstbetrekking staat. Dit kan –zo is de gedachte– zorgen voor extra motivatie op de werkvloer om als onderneming goed te presteren.

2.3 Vreemd vermogen

Het aantrekken van vreemd vermogen is hét alternatief om als vennootschap aan aanwendbaar kapitaal te komen. Bij vreemd vermogen kan men denken aan obligatieleningen, schulden aan banken, schulden aan leveranciers en handelskredieten of schulden door pensioenverplichtingen³⁰. Meer voorbeelden van vreemd vermogen zijn terug te vinden in art. 2:375 BW. De obligatielening is net zoals een aandeel een verhandelbare vorm van een lening. De schuldeiser en schuldnemer zullen in mindere mate direct met elkaar in contact treden. Dit terwijl bij een onderhandse lening wel direct met elkaar in contact wordt getreden. Zodoende kan er in dat geval worden onderhandeld over de voorwaarden. De voorwaarden kunnen betrekking hebben op de vergoeding, de looptijd, de mogelijkheid tot omzetting, de wijze van aflossing en natuurlijk de omvang van de leningsovereenkomst³¹. Ook de verwachte prestaties van de onderneming spelen een rol bij het aantrekken van vreemd vermogen³². Er is civielrechtelijk pas sprake van een lening wanneer er een meerzijdige rechtshandeling plaatsvindt welke tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan³³.

In het Burgerlijk Wetboek komt het vreemd vermogen terug als verbruiklening³⁴. Deze staat gedefinieerd in art. 7A:1791 BW en kan omschreven worden als de overeenkomst waarbij de ene partij een geldbedrag geeft aan de andere partij, onder de voorwaarde dat dit geldbedrag volledig terug wordt terugbetaald. Deze zogenaamde ‘terugbetalingsverplichting’ is een zeer belangrijk kenmerk van een geldlening dat zich onderscheidt van eigen vermogen. Snoeij³⁵ haalt in verband met het begrip terugbetalingsverplichting de volgende door de Hoge Raad uitgesproken frase aan: “... voor het aanmerken van een overeenkomst als een overeenkomst van geldlening in

²⁷ art. 2:108 BW.

²⁸ HR 21 januari 1955, nr. 1955-01-21/NJ, 49979 (Forumbank-arrest).

²⁹ Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Kluwer.

³⁰ Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Kluwer.

³¹ Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). De kern van het ondernemingsrecht. Deventer: Kluwer.

³² Sikkelerus, W.P. (1972). *Aandelenkapitaal of lening*, WFR 1972/77.

³³ art. 6:217 BW.

³⁴ Bon, W., & Cornelisse, R.P.C. (2008). *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137.

³⁵ Snoeij R. (2009). *De kunst van het kwalificeren van geldverstrekkingen voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm*, WFR 2009/1582.

de zin van Art. 7A:1791 BW voldoende is dat een verplichting tot teruggave bestaat. Deze verplichting kan zeer wel voorwaardelijk zijn aangegaan³⁶”.

Vreemd vermogen is in tegenstelling tot aandelenvermogen een tijdelijke ter beschikkingstelling aan de vennootschap. Veelal is een lening na bepaalde tijd opeisbaar en is de vennootschap verplicht het nominale bedrag van de lening terug te betalen. Hierbij is onderscheid te maken tussen vermogen dat voor een periode van minder dan een jaar ter beschikking wordt gesteld (kort vreemd vermogen) en vermogen dat voor langer dan een jaar aan een onderneming wordt uitgeleend (lang vreemd vermogen)³⁷.

De vergoeding over het geldbedrag dient schriftelijk te worden vastgelegd³⁸. De overeenkomst in het algemeen is gedefinieerd in art. 6:213 BW. De klassieke vergoeding over vreemd vermogen bestaat uit de rente die berekenend wordt over het uitgeleende bedrag. Deze rente is veelal een vast percentage. In tegenstelling tot aandelenvermogen is de vergoeding niet afhankelijk van de winst. Tevens zullen schuldeisers deze rentevergoeding krijgen vóórdat de aandeelhouders recht hebben op een dividend. Dit is ook zo in het geval van faillissement van de vennootschap. Schuldeisers zullen vóór de aandeelhouders in de rij staan om een bepaald bedrag terug te kunnen krijgen³⁹. Hieruit blijkt dat vreemd vermogen in die zin minder risico met zich meebrengt dan aandelen⁴⁰.

2.4 Conclusie

In de voorgaande twee paragrafen zijn de eigenschappen en verschillen van zowel eigen- als vreemd vermogen uiteen gezet. In de onderstaande tabel zijn de meest evidente klassieke verschillen opgenomen. Belastingplichtigen hebben in de afgelopen decennia geprobeerd diverse eigenschappen te combineren om tot een optimale verhouding van risico en rendement te komen. Dit resulteerde bijvoorbeeld in leningen met een onbeperkte looptijd en een winstafhankelijke vergoeding. Zoals al eerder is vermeld is de civielrechtelijke definitie van vermogen de maatstaf wanneer men fiscaalrechtelijk wil weten of men spreekt van eigenvermogen of vreemd vermogen. In de loop der tijd zijn er echter enkele uitzonderingen op de hoofdregel ontstaan. Deze uitzonderingen en meer worden besproken in Hoofdstuk 4.

Eigen vermogen	Vreemd vermogen
Onbeperkte looptijd (geen terugbetalingsverplichting)	Beperkte looptijd (terugbetalingsverplichting)
Stemrecht	Geen stemrecht
Winstafhankelijke vergoeding	Vaste vergoeding
Achtergesteld (Garantiefunctie)	Niet achtergesteld

Tabel 1: de klassieke eigenschappen van eigen- en vreemd vermogen.

³⁶ HR 29 november 2002, nr. C01/011HR (NJ 2003, 50).

³⁷ Bakker, A.A., (2010), *Kennis Bedrijfseconomie*. Amsterdam: Brinkman uitgeverij. & art. 2:375(2) BW.

³⁸ art. 7A:1804 BW.

³⁹ Geld, J. A. G. van der (2013). *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer. & art. 2:23b BW.

⁴⁰ Sikkelerus, W.P. (1972). *Aandelenkapitaal of lening*, WFR 1972/77.

3. Het fiscaalrechtelijk vermogen

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt getracht een antwoord te vinden op de vraag wanneer fiscaalrechtelijk sprake is van vermogen. Voor de fiscale kwalificering van vermogen zal blijken dat voornamelijk de zogenaamde 'civielrechtelijke vorm' een hoofdrol speelt. In de literatuur is lang de discussie geweest over de vraag wat deze 'civielrechtelijke vorm' betekent en hoe dit precies geïnterpreteerd dient te worden. Na het voorgaande wordt ingegaan op de fiscaalrechtelijke behandeling van vermogen.

3.2 Kapitaal

Al in 1950 is aan bod gekomen wat de Hoge Raad fiscaalrechtelijk verstaat onder kapitaal: *“hetgeen door leden aan de vereniging aldus wordt afgestaan, dat het gaat behoren tot het voor de schulden van het lichaam aansprakelijke en in het risico van het bedrijf der vereniging delende vermogen, zonder dat daartegenover voor het lid aanspraken ontstaan, die het karakter hebben van vorderingen, welke met die van andere schuldeisers op een lijn kunnen worden gesteld en waarvan het bedrag ook door eventuele door het lichaam te lijden verliezen niet wordt aangetast.”*⁴¹.

Deze zaak had evenwel betrekking op coöperaties, maar door Advocaat-Generaal (A-G) Wattel wordt in zijn recentelijke conclusie⁴² teruggegrepen op deze zaak. Hij geeft daarbij aan de hand van diverse verwijzingen aan dat het voorgaande citaat ook van toepassing is op andere soorten rechtspersonen. Een algemeen fiscaalrechtelijk kapitaalbegrip is dan ook volgens A-G-Wattel het volgende: *“Naar Nederlands fiscaal recht is in elk geval sprake van kapitaal indien hetgeen de vennootschap ter beschikking wordt gesteld, gaat behoren tot het voor de vennootschapsschulden aansprakelijke en in het risico van haar onderneming delende vermogen dat bij verliezen wordt aangetast”*⁴³. Wolvers⁴⁴ benadrukt dat dit geen zelfstandig fiscaalrechtelijk kapitaalbegrip is maar dat dit in lijn ligt met het civiele recht.

3.3 De civielrechtelijke vorm van vermogen

De Hoge Raad heeft al in een oud arrest aangegeven dat wanneer een verstrekking van vermogen gedefinieerd moet worden, de 'civielrechtelijke vorm'⁴⁵ achterhaald dient te worden: *“ter beantwoording van de vraag of voor de toepassing van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 een geldverstrekking door een moedervennootschap aan haar dochtervennootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel een formeel criterium moet worden aangelegd, zodat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen”*⁴⁶.

⁴¹ HR 18 oktober 1950, 1950-10-18 BNB B 8843.

⁴² HR(A-G) 9 januari 2013, nr. 12/03540 BNB 2014/79.

⁴³ HR 18 oktober 1950, 1950-10-18 BNB B 8843.

⁴⁴ Wolvers, S. (2013). *Hernieuwde discussie over fiscale kwalificatie van civielrechtelijke geldleningen?*, NTFR 2013-486.

⁴⁵ Zie HR 18 mei 1949, Beslissingen in belastingzaken (B.) 8648, HR 3 november 1954, nr. 11 928 BNB 1954/357, HR 29 juni 1955 nr. 12 404 BNB 1955/302 & HR 4 juni 1975 nr. 17 526 BNB 1975/152.

⁴⁶ HR 27 januari 1988, nr. 23 919 BNB 1988/217 (Unilever-arrest).

Tot voorkort bestond over de invulling van *'de civielrechtelijke vorm'* nog enige onduidelijkheid. Snoeij⁴⁷ gaf aan dat vermogen in puur civielrechtelijke vorm wel eigen- of vreemd vermogen kan zijn, maar dat dit in de ogen van fiscaalrechtelijke vraagstukken toch anders kan worden geïnterpreteerd. Er zijn daarbij volgens Snoeij twee keuzes te maken, namelijk:

1. Men kan vermogen toetsen op basis van wat civielrechtelijk inhoudelijk overeen is gekomen, of
2. Men kijkt in plaats van de feiten naar welke civielrechtelijke stempel er door de belanghebbende op het vermogen is gedrukt.

Tussen deze twee opties bestond in de vakliteratuur nog wel eens wat discussie. Snoeij was er met betrekking tot vreemd vermogen van overtuigd dat de civielrechtelijke inhoud de doorslag geeft. Hij beargumenteerde zijn standpunt aan de hand van het zogenaamde Kaspische Zeeboringen-arrest⁴⁸. In dit arrest gaat het om een belanghebbende die een zeker geldbedrag heeft ontvangen. De belanghebbende is een Nederlandse B.V. welke onder andere gespecialiseerd is in het lokaliseren en het naar boven halen van grondstoffen. De geldverstrekking vond plaats voordat daadwerkelijke productie en het omhoog halen van de grondstoffen een feit was. Eerst moesten de grondstoffen namelijk nog gelokaliseerd worden. Betrokken partijen hadden afgesproken dat aflossing mogelijk werd wanneer de productie meer dan zes maanden in gang was gezet. Terwijl het hof in verband hiermee had geoordeeld dat er van een terugbetalingsverplichting voorlopig nog geen sprake was, keek de Hoge Raad naar het volledige plaatje en oordeelde dat niet van invloed is dat de terugbetalingsverplichting pas op een later moment van reële betekenis was⁴⁹. Diverse samenhangende aspecten door de tijd heen werden dus als één constructie aangemerkt. De Hoge Raad stelt dat een onbekende looptijd en een terugbetaling van een voor nu onbekend geldbedrag geen invloed heeft op de kwalificatie als lening⁵⁰. Zoals eerder duidelijk is geworden, is de terugbetalingsverplichting binnen het Burgerlijk Wetboek een belangrijke eigenschap van een geldlening. Uit het Kaspische Zeeboringen-arrest is dan ook gebleken dat de civielrechtelijke terugbetalingsverplichting fiscaalrechtelijk de doorslag geeft: *"Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening."*⁵¹

In overeenstemming met wat de Hoge Raad in een oud arrest heeft gewezen, sluit Snoeij zich aan bij de volgende overweging: *"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"*⁵². Aardema⁵³ geeft in zijn artikel aan dat dit neerkomt op wat men *"in juridische zin overeen is gekomen"*. Dit wil volgens hem niet zeggen dat wat juridisch overeen is gekomen ook de werkelijkheid is. Hier sluit ik mij volledig bij aan. Dit wordt duidelijker in het volgende hoofdstuk. Het volgende hoofdstuk gaat namelijk in op de soms voorkomende aanwezigheid van 'een gat' bij een gekozen juridische vorm. Dit gat wil

⁴⁷ Snoeij R. (2009). *De kunst van het kwalificeren van geldverstrekingen voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm*, WFR 2009/1582.

⁴⁸ HR 8 september 2006, nr. 42 015 BNB 2007/104.

⁴⁹ HR 8 september 2006, nr. 42 015 BNB 2007/104.

⁵⁰ Zie 3.4 e.v. HR 8 september 2006, nr. 42 015 BNB 2007/104.

⁵¹ Zie 3.4 e.v. HR 8 september 2006, nr. 42 015 BNB 2007/104.

⁵² HR 3 november 1954, nr. 11 928 BNB 1954/357.

⁵³ Aardema, E. (1986). *Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbegrip in enige belastingen*, WFR 1986/817.

zeggen dat de werkelijkheid afwijkt van wat men als werkelijkheid had mogen verwachten bij het kiezen van een zodanige juridische vorm. In een dergelijke situatie heeft de Hoge Raad besloten om in een aantal gevallen af te wijken van de in beginsel leidende civielrechtelijke vorm⁵⁴.

In het Bankensyndicaat-arrest is meer duidelijkheid verschaft: *“...in een geval waarin de geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld – al dan niet in overeenstemming met de vorm die door de partijen daaraan gegeven is – geldt als een verstrekking van aandelenkapitaal, ook voor de toepassing van artikel 13⁵⁵ van de wet daarvan worden uitgegaan⁵⁶”*. In het daarmee in lijn liggende arrest over *Redeemable Preference Shares* (RPS) wordt het volgende voorop gesteld: *“...dat ter beantwoording van de vraag of voor de toepassing van artikel 13 van de Wet een geldverstrekking door een moedervennootschap aan haar dochtervennootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden in beginsel beslissend is de civielrechtelijke vorm die partijen aan de geldverstrekking hebben gegeven⁵⁷”*. Dit is in overeenstemming met hetgeen eerder in het Unilever-arrest⁵⁸ is gewezen omtrent de kwalificering van vermogen.

3.4 Fiscale behandeling van eigen- en vreemd vermogen

De kwalificatie als zijnde ‘eigen vermogen’ kent andere fiscaalrechtelijke gevolgen dan wanneer het vermogen wordt aangemerkt als ‘vreemd vermogen’. Dit geldt voor de ontvanger van het vermogen alsook voor de verstrekker⁵⁹. Afhankelijk van de preferenties van de belastingplichtige is dit onderscheid in fiscale behandeling daarom belangrijk om goed te onderkennen.

Allereerst is het van belang om het verschil tussen de *kapitaalsfeer* en de *winstsfeer* te begrijpen⁶⁰. Om de totaalwinst overeenkomstig art. 8 Wet VPB 1969 juncto art. 3.8 Wet op de Inkomstenbelasting 2001⁶¹ (Wet IB 2001) te bepalen, zullen de zogenaamde onttrekkingen en stortingen worden uitgesloten van de winst. Deze vinden namelijk plaats in de kapitaalsfeer en zijn zodoende niet aftrekbaar of belast⁶². Mutaties in de winstsfeer zullen resulteren in de mogelijkheid om iets af te trekken- of juist toe te voegen aan de belastbare winst⁶³. Onttrekkingen en stortingen vinden veelal plaats in de hoedanigheid van de aandeelhouder. Deze onzakelijke invloeden dienen uit de winst te worden verwijderd⁶⁴. Hierbij is de dubbele bewustheidseis van belang. Deze eis houdt in dat pas sprake is van een onttrekking of storting welke uit de totaalwinstberekening moet worden verwijderd wanneer de beide partijen zich bewust zijn van het feit dat hier sprake is van aandeelhoudersinvloeden⁶⁵. Een andere wijze om de zakelijkheid van een transactie te toetsen is de

⁵⁴ Zie alvast HR 27 januari 1988, nr. 23 919 BNB 1988/217 & HR 15 december 1999, nr. 33 830 BNB 2000/126.

⁵⁵ Deelnemingsvrijstelling (zie paragraaf 3.3).

⁵⁶ HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

⁵⁷ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79.

⁵⁸ HR 27 januari 1988, nr. 23 919 BNB 1988/217 (Unilever-arrest).

⁵⁹ Sikkelerus, W.P. (1972). *Aandelenkapitaal of lening*, WFR 1972/77.

⁶⁰ Geld, J. A. G. van der (2013). *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer

⁶¹ art. 3.8 IB: *‘Winst uit onderneming is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm dan ook worden verkregen uit een onderneming.’*

⁶² Geld, J. A. G. van der (2013). *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer

⁶³ Geld, J. A. G. van der (2013). *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer

⁶⁴ Om een voorbeeld te geven: een storting van geld in een vennootschap door een aandeelhouder resulteert niet in een hogere winst.

⁶⁵ Geld, J. A. G. van der (2013). *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer

redelijkheidstoets. Zal een willekeurig redelijk denkend persoon eenzelfde transactie aangaan⁶⁶? De totaalwinst wordt bepaald aan de hand van de volgende formule:

$$\text{Totaalwinst} = \text{Eindvermogen} - \text{Beginvermogen} + \text{Onttrekkingen} - \text{Storting}$$

Op de verstrekking van een geldlening wordt door de schuldeiser veelal een periodieke interestvergoeding ontvangen. De betaalde interestvergoeding kan de schuldenaar ten laste van de winst brengen. De schuldeiser ontvangt deze rentevergoeding welke belast is als rentebate. Deze bate vergroot de fiscaal belastbare winst van de schuldeiser. Ter voorkoming van misbruik zijn in de vennootschapsbelasting overigens diverse renteaftrekbeperkingen opgenomen⁶⁷.

In het geval van aandelenkapitaal is de beloning dividend. Dividend is de uitkering van een deel van de winst die door de vennootschap gedurende een bepaald tijdvak is gemaakt. In tegenstelling tot rente is het uitgekeerde dividend niet aftrekbaar van de winst. Een dividenduitkering vindt plaats buiten de winstfeer. Dit is tevens terug te vinden in art. 10(1) Wet VPB 1969 waarin staat dat alle uitdelingen die niet onder art. 9 Wet VPB 1969 vallen niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst. Overigens is een uitdeling van de winst die samenhangt met het verrichten van arbeid wel aftrekbaar⁶⁸.

De ontvanger van dividend wordt normaliter belast in Box 2 of 3 van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 wanneer de aandeelhouder een natuurlijk persoon is⁶⁹. Zodoende is er sprake van een dubbele belastingheffing aangezien de vennootschap vennootschapsbelasting verschuldigd is over de winst. Dit terwijl de vergoeding op een lening slechts eenmaal wordt belast, namelijk bij de ontvanger⁷⁰. Een vennootschapsbelastingplichtig lichaam is over het te ontvangen dividend vennootschapsbelasting verschuldigd. Bij een aandelenbelang van 5% of meer vindt de deelnemingsvrijstelling plaats. Het is voor de belastingplichtige niet mogelijk om van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969 af te zien. Naast aandelen valt het bezit van winstbewijzen ook onder de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling⁷¹. De deelnemingsvrijstelling stelt de ontvanger voordelen als aandeelhouder vrij van de belaste winst.

Wanneer een aandeelhouder een lening verstrekt aan de vennootschap die onder zakelijke voorwaarden overeen is gekomen, dan wordt de lening ook als zodanig behandeld. Echter, op het moment dat een aandeelhouder in de hoedanigheid als aandeelhouder een geldlening overeen is gekomen, dan wordt de geldverstrekking behandeld als zijnde een storting in de vennootschap⁷². Deze storting wordt fiscaalrechtelijk aangemerkt als zogenaamd informeel kapitaal. Van der Geldt⁷³ stelt dat In formeel kapitaal als zodanig wordt geboekt omdat geen sprake is van een ontvangen lening en er ook geen sprake is van gewone aandelen. De

⁶⁶ HR 8 maart 2002, nr. 36 292 BNB 2002/210 (Cessna II-arrest).

⁶⁷ art. 10a Wet VPB 1969, art. 10b Wet VPB 1969, art. 10(1)d Wet VPB 1969, art. 13l Wet VPB 1969 & art. 15ad Wet VPB 1969 & *Fraus Legis* (Dit onderzoek gaat niet in op de verdere inhoud van deze artikelen.)

⁶⁸ Zie art. 9(1)(a) Wet VPB 1969.

⁶⁹ Zie art. 1.1 Wet IB 2001.

⁷⁰ Aardema, E. (1986). *Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbegrip in enige belastingen*, WFR 1986/817. (geschreven ten tijde van Wet IB 1964 waarbij het klassieke kasstelsel nog onverkort van toepassing was)

⁷¹ art. 13(2)(b) Wet VPB 1969.

⁷² Geld, J. A. G. van der (2013). *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer

⁷³ Geld, J. A. G. van der (2013). *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer

kwalificering als informeel kapitaal valt binnen de kapitaalsfeer valt waardoor rentekosten niet langer aftrekbaar zijn. Tevens zijn de rentebaten bij de ontvanger dan ook niet belast, omdat deze niet langer worden aangemerkt als rentebate.

Ten slotte is de wijze van afwaardering van een lening anders ten opzichte van de afwaardering van aandelenkapitaal⁷⁴. In het algemeen kan een afwaardering plaatsvinden indien een vermogensinstrument duurzaam in waarde is gedaald. De balanswaarde van het instrument is dan niet langer in overeenstemming met wat de huidige daadwerkelijke waarde van het instrument is. Dit kan bijvoorbeeld zo zijn wanneer een onderneming over onvoldoende liquiditeiten beschikt om te kunnen voldoen aan zijn verplichtingen. De verstrekker van een lening kan de afwaardering ten laste van zijn winst boeken. In het geval van een aandeelhouder kan hij bijvoorbeeld zijn deelneming ook afwaarderen. De werkelijke waarde is namelijk niet in overeenstemming met de balanswaarde. Deze afwaardering vindt echter plaats in de kapitaalsfeer en is daarom niet aftrekbaar. Een verstrekte lening die onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat een willekeurige derde deze niet zou accepteren, wordt aangemerkt als een onzakelijke lening⁷⁵. Door deze hoedanigheid valt deze lening net zoals aandelen binnen de kapitaalsfeer.

3.5 Conclusie

Fiscaaltechnisch is het belangrijk om te weten hoe een vermogensbestanddeel gekwalificeerd moet worden. Om te bepalen of er sprake is van eigen- of vreemd vermogen is de civielrechtelijke vorm doorslaggevend. Zodoende wordt binnen het belastingrecht bij de kwalificering van vermogen uitgegaan van de beginselen in het civiele recht. De civielrechtelijke vorm wordt naar civielrechtelijke maatstaven bepaald.

De kwalificatie als zijnde eigen vermogen resulteert in belaste ontvangsten bij de aandeelhouder. Bij een aandelenbezit van 5% of meer is in het geval van rechtspersonen de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969 verplicht van toepassing. Dit resulteert in vrijgestelde winstuitkeringen bij de ontvanger. De kwalificatie als zijnde vreemd vermogen brengt met zich mee dat de rentebaten in de meeste gevallen belast zijn bij de ontvanger. De rentekosten kunnen in tegenstelling tot uitgekeerd dividend echter wel ten laste van de winst worden gebracht. De fiscaalrechtelijke consequenties bij het houden en verstrekken van aandelenkapitaal vinden plaats binnen de kapitaalsfeer. De consequenties van het ontvangen of verstrekken van vreemd vermogen (lening) vinden fiscaalrechtelijk veelal plaats binnen de winstsfeer.

Het bovenstaande staat in verbinding met het bepalen van de totaalwinst. De totaalwinst bepaalt de hoedanigheid en geldigheid van uitgekeerde of ontvangen vermogensbestanddelen. Hierbij is onderscheid te maken in transacties die zich afspelen binnen de kapitaalsfeer en de winstsfeer.

Kapitaalsfeer	Winstsfeer
Onttrekkingen niet aftrekbaar	Kosten aftrekbaar
Storting niet belast	Inkomsten belast
Afwaardering niet ten laste van de winst	Afwaardering ten laste van de winst

Tabel 2: Onderscheid kapitaalsfeer en winstsfeer.

⁷⁴ Geld, J. A. G. van der (2013). Hoofdzaken Vennootschapsbelasting. Deventer: Kluwer

⁷⁵ HR 9 mei 2008, nr. 43 849 BNB 2008/191.

4. Herkwalificeren van vermogen

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal allereerst uiteen worden gezet wanneer en waarom kan worden overgegaan tot een zogenaamde 'fiscale herkwalificering'. Dit teneinde antwoord te geven op de overeenkomstige derde deelvraag. Tevens worden de huidige uitzonderingen betreffende de herkwalificering van vreemd vermogen in beeld gebracht. Ten slotte worden de arresten van 7 februari 2014⁷⁶ aangehaald.

4.2 Herkwalificering

In de voorgaande hoofdstukken is gesproken over de civielrechtelijke- en fiscaalrechtelijke definiëring van vermogen. De vraag is echter of de kwalificatie aan de hand van het civiele recht wel altijd resulteert in een fiscaaltechnisch gezien juist resultaat. Hetgeen dat in overeenstemming met het civiele recht wordt beoogd kan namelijk afwijken van wat er in het belastingrecht juist wordt bevonden. In BNB 2000/126⁷⁷ is met diverse verwijzingen aan bod gekomen wat een 'zelfstandige fiscale kwalificatie' inhoudt en wanneer de fiscale herkwalificering van een vermogensbestanddeel terecht kan zijn. Geppaart geeft aan dat bij een volledig op zichzelf staande fiscale kwalificatie niet langer wordt uitgegaan van wat civielrechtelijk gezien wordt aangemerkt als eigen- of vreemd vermogen. Het belastingrecht beredeneert in dit geval volledig en naar eigen inzicht hoe een bepaald vermogensbestanddeel wordt gekwalificeerd⁷⁸. In de iets mildere vorm houdt een zelfstandige kwalificatie volgens Geppaart in dat het civiele recht wel kan bijdragen aan de begripsvorming binnen het belastingrecht, maar dat de daadwerkelijke kwalificatie wordt gebaseerd op wat binnen het belastingrecht juist wordt geacht⁷⁹. Deze laatste vorm sluit naar mijn mening in het geval van herkwalificering aan op wat er momenteel ten aanzien van geldverstrekkingen binnen het Nederlandse belastingrecht wordt gehanteerd. Voor de fiscaalrechtelijke kwalificering van vermogen wordt namelijk gebruik gemaakt van de in het civiele recht bestaande definities.

De Hoge Raad geeft aan dat de herkwalificering van vermogen op grond van het belastingrecht mogelijk is wanneer "de aan de gekozen rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn gezien het economische resultaat ervan en gelet op de strekking van de belastingwet"⁸⁰. Geppaart omschrijft dit als een "divergentie tussen de rechtsvorm en de economische werkelijkheid"⁸¹. Met een juist gekozen rechtsvorm wordt, naar aanleiding van het lezen van BNB 2000/126, naar mijn mening een gekozen civielrechtelijke constructie/opzet van rechtshandelingen⁸² bedoeld, die in juridische zin overeenkomt met de wet. De (afwijkende) economische werkelijkheid botst vervolgens met wat de gevolgen van het kiezen van die rechtsvorm in de juridische werkelijkheid hadden moeten zijn. De economische werkelijkheid is naar mijn mening hetgeen dat feitelijk gebeurt terwijl de juridische werkelijkheid hetgeen is dat op papier zou moeten gebeuren naar aanleiding van de naar het civiele recht gecreëerde overeenkomst. Geppaart geeft aan dat het van belang is om dergelijke gevallen te onderscheiden van wat kan worden aangemerkt als wetsontduiking

⁷⁶ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 (RPS-arrest) & HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80 (Bankensyndicaat-arrest).

⁷⁷ HR 15 december 1999, nr. 33 830 BNB 2000/126.

⁷⁸ Geppaart, P.A. (1965). Fiscale rechtsvinding, FED 1965. 149.

⁷⁹ Geppaart, P.A. (1965). Fiscale rechtsvinding, FED 1965. 149.

⁸⁰ HR 15 december 1999, nr. 33 830 BNB 2000/126.

⁸¹ Geppaart, P.A. (1965). Fiscale rechtsvinding, FED 1965. 149.

⁸² Een rechtshandeling is een stap die wordt genomen en welke vervolgens resulteert in bepaalde daarmee samenhangende gevolgen.

(Fraus legis⁸³) of de zogenaamde schijnhandelingen. Bij wetsontduiking wordt kortweg een andere rechtsvorm gekozen dan wat in die situatie redelijkerwijs als rechtsvorm gekozen zou moeten worden. Bij wetsontduiking sluit de gekozen rechtsvorm dus volledig aan op de daarbij behorende economische gevolgen en werkelijkheid⁸⁴. De gekozen rechtsvorm is echter niet de juiste/niet toegestaan wanneer in juridische zin naar de kern en eigenschappen van het te belasten object wordt gekeken. Bij een schijnhandeling wordt een zodanige civiele rechtsvorm gekozen en gepresenteerd dat derden deze op zouden kunnen vatten als zijnde correct. Dit terwijl de feitelijke economische werkelijkheid anders doet geloven⁸⁵.

In het algemeen kan tot herkwalificering worden overgegaan op het moment dat de economische werkelijkheid, gegeven een juist gekozen rechtsvorm, afwijkt van wat gezien door een ‘fiscaalrechtelijke bril’ juist wordt geacht. Ter onderbouwing worden door Geppaart een aantal (bekende) voorbeelden aangehaald:

Gebeurtenis	Civielrechtelijk	Fiscaalrechtelijk
Salaris uit dienstbetrekking genoten door directeur	Loon	Dividend
Werkzaamheden aan woning door aannemer ⁸⁶	Onderhoud	Verbetering
Verkoop van goederen door de vennootschap	Verkoop	Onttrekking
Financiering door aandeelhouder aan vennootschap	Lening	Informeel kapitaal

Tabel 3: Voorbeelden van fiscaalrechtelijk afwijkende kwalificaties.

IJzerman⁸⁷ stelt dat om in sommige situaties de economische werkelijkheid te bepalen, alle bijbehorende relevante feiten en handelingen moeten worden gezien als één coherent geheel. Daardoor kan het eindresultaat (hetgeen is beoogd) fiscaalrechtelijk gezien door de belastingrechter anders wordt geïnterpreteerd dan wanneer de feiten afzonderlijk worden gekwalificeerd. Op zichzelf staande kleine rechtshandelingen kunnen dus onderdeel zijn van een groter doel waardoor deze samen genomen dienen te worden en op basis daarvan worden gekwalificeerd. Van den Berg en ten Bokkel⁸⁸ stellen dat herkwalificatie *“een interpretatiemethode is waarbij, gebaseerd op een aantal feitelijke omstandigheden in onderling verband, rechtshandelingen opnieuw – en anders- benoemd worden. Door de herkwalificatie ontstaan andere gevolgen dan partijen oorspronkelijk voor ogen stonden”*. Dit sluit aan op wat IJzerman stelt.

4.3 Herkwalificering van vreemd- naar eigen vermogen

Het antwoord op de vraag wat herkwalificering of een zelfstandige fiscale kwalificatie inhoudt, is in de voorgaande paragraaf aan bod gekomen. Om de genoemde ‘*divergentie*’ te lijf te gaan, zijn er met betrekking tot de kwalificatie van vermogen vanuit de jurisprudentie een aantal uitzonderingen ontstaan. De civielrechtelijke vorm wordt in de volgende gevallen geacht niet overeen te komen met de economische werkelijkheid. Ook worden ze binnen het kader en doel van de belastingwetgeving niet voldoende rechtmatig geacht:

⁸³ De vaststelling van Fraus legis kan worden getoetst aan de hand van het motief van de belanghebbende en door antwoord te geven op de vraag of iets in strijd is met doel en strekking van de wet.

⁸⁴ Geppaart, P.A. (1965). Fiscale rechtsvinding, FED 1965. 149..

⁸⁵ Geppaart, P.A. (1965). Fiscale rechtsvinding, FED 1965. 149.

⁸⁶ Onderhoud is fiscaal direct ten laste van de winst te brengen in het jaar van de werkzaamheden. Een verbetering dient echter geactiveerd- en jaarlijks afgeschreven te worden.

⁸⁷ IJzerman, R.L.H., *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*. Deventer: Kluwer.

⁸⁸ Van den Berg, J.E., ten Bokkel, C.S.G. (1997). *Herkwalificatie: de nieuwste ontwikkeling*, WFR 1997, p. 1416-1421 (afl. 6263).

- Deelnemerschapslening⁸⁹;
- Bodemloze putlening⁹⁰
- Schijnlening⁹¹;

Het Unilever-arrest⁹² heeft deze uitzonderingen nadrukkelijk bevestigd⁹³. Er werd benadrukt dat slechts in deze situaties van de civielrechtelijke vorm wordt afgeweken. Elk zullen ze één voor één beknopt aan bod komen om een beeld te krijgen van hoe de jurisprudentie zich met betrekking tot deze uitzonderingen heeft ontwikkeld. Bij elk van de drie uitzonderingsgevallen wordt tevens getoetst aan de volgende voorwaarden waaraan moet worden voldaan eer er sprake kan zijn van herkwalificering⁹⁴:

- *De aan de gekozen (juiste) rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen zijn niet aanvaardbaar:*
- *gezien het economische resultaat (de economische werkelijkheid) ervan;*
- *gelet op de strekking van de belastingwet (fiscaalrechtelijke normen en hetgeen door de wetgever is beoogd).*

Allereerst is de **deelnemerschapslening** een uitzondering op de hoofdregel. De voorwaarden die hier door de jurisprudentie aan zijn gegeven, zijn in de loop der jaren geconcretiseerd. Momenteel is sprake van een deelnemerschapslening wanneer wordt voldaan aan de volgende drie kenmerken⁹⁵:

1. *De vergoeding is (bijna) volledig afhankelijk van de winst, en*
2. *De looptijd bedraagt meer dan 50 jaar, en*
3. *Het bestanddeel is achtergesteld ten opzichte van andere crediteuren.*

Bij een deelnemerschapslening kan men denken aan een schuldeiser die dermate nauw is betrokken bij de bedrijfsvoering, dat deze geldverstrekker eigenlijk handelt in de hoedanigheid als zijnde een aandeelhouder⁹⁶. De eerste significante zet hiertoe is gemaakt in BNB 1957/239 waarbij een overeengekomen 'winstaandeel' volgens de Hoge Raad niet langer kon worden aangemerkt als voor in aftrek in aanmerking komende kosten.

De nu bestaande voorwaarden vinden hun oorsprong in BNB 1998/208. Hier kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat de '*achtergestelde winstdelende obligaties*', welke gedeeltelijk afhankelijk waren van de winst en overeenkomsten hadden met de door dezelfde organisatie uitgegeven cumulatief preferente aandelen, niet aangemerkt konden worden als deelnemerschapslening omdat de obligaties een vaste looptijd hadden. Vanaf dat moment was sprake van een 'deelname in' wanneer de: "*...vergoeding afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie.*". Een jaar later vroeg een beleggingsmaatschappij (de belanghebbende) zich in BNB 1999/176 af of de vergoeding op de van een bank overgenomen lening (perpetuele cumulatieve achtergestelde

⁸⁹ HR 5 juni 1957, nr. 13 127 BNB 1957/239; HR 17 februari 1999, nr. 34 151 BNB 1999/176; HR 25 november 2005, nr. 40 989 BNB 2006/82 & HR 25 november 2005, nr. 40 991 BNB 2006/83.

⁹⁰ HR 21 oktober 1992, nr. 27 476 BNB 1993/32; HR 29 oktober 2004, nr. 40 296 BNB 2005/64.

⁹¹ HR 3 november 1954, nr. 11 928 BNB 1954/357; HR 24 februari 1972, nr. 16 460 BNB 1971/74.

⁹² HR 27 januari 1988, nr. 23 919 BNB 1988/217.

⁹³ Zie ook HR 25 november 2011, nr. 08/05323 BNB 2012/37.

⁹⁴ HR (A-G) 26 juli 2013, nr. 12/04640 BNB 2014/80 & HR 15 december 1999, nr. 33 830 BNB 2000/126.

⁹⁵ HR 11 maart 1998, nr. 32 240 BNB 1998/208 en later HR 25 november 2005, nr. 40 989 BNB 2006/82.

⁹⁶ HR 5 juni 1957, nr. 13 127 BNB 1957/239.

obligaties⁹⁷) aangemerkt moest worden als rente of als dividend. De vergoeding was in deze casus afhankelijk van de uitgekeerde dividenden. Nadat de Hoge Raad aan de in BNB 1998/206 ontstane voorwaarden had getoetst bleek dat van een 'deelname in' echter geen sprake was aangezien toch niet werd voldaan aan de voorwaarde van (volledige) 'winstafhankelijkheid'.

De voorwaarden zoals ze nu bestaan zijn gevormd in de zaak BNB 2006/82. De looptijd betrof in deze casus 95 jaar waardoor deze in combinatie met de oorspronkelijke voorwaarden wordt aangemerkt als zijnde een vaste looptijd. De Hoge Raad heeft daarom vervolgens gesteld dat sprake is van een vaste looptijd wanneer het vermogensbestanddeel een looptijd heeft van minder dan 50 jaar. Ook wordt gesteld dat een overeengekomen vergoeding die *bijna* geheel afhankelijk is van de winst ook voldoet om in aanmerking te komen voor herkwalificering.

De eigenschappen van de deelnemerschapslening komen overeen met de voorwaarden waaraan moet worden voldaan wil men kunnen spreken van een mogelijke herkwalificering. De gekozen rechtsvorm (lening) is namelijk breed bezien de juiste omdat deze overeenkomt met de eigenschappen van een lening zoals omschreven in het tweede hoofdstuk: er is een terugbetalingsverplichting (vaste looptijd), voorrang op de uitkeringen ten opzichte van aandeelhouders, er is geen stemrecht én er is sprake van een vaste vergoeding. De economische werkelijkheid is echter dat er sprake is van achterstelling ten opzichte van (alle) andere crediteuren, er een looptijd is van meer dan 50 jaar (wat tegen het onbepaalde aanhikt) en er een vaste jaarlijkse vergoeding wordt verkregen die (bijvoorbeeld) naar mate de winst stijgt, jaarlijks omhoog wordt bijgesteld. De vergoeding is daardoor feitelijk winstafhankelijk in plaats van vast. Dit is zo ontzettend afwijkend van met wat de beoogde werkelijkheid dient te zijn wanneer wordt gekozen voor deze rechtsvorm (de leningsovereenkomst), dat om deze divergentie op te heffen moet worden overgegaan tot herkwalificering van het vermogensbestanddeel.

Ten tweede kan er sprake zijn van een **bodemloze-putlening**. Deze uitzondering is in verschillende zaken aan bod gekomen. Het Unilever-arrest⁹⁸ is echter de meest bekende en daarom wordt de bodemloze putlening aan de hand van dit arrest omschreven. In het Unilever-arrest betrof het een moedermaatschappij die een verlieslijdende dochter een lening verschafte. Dit terwijl op voorhand al sprake was van een onbegonnen zaak en de lening vanaf het moment van uitgifte al geen waarde meer had. De dochter kon deze namelijk nooit terugbetalen. Geconcludeerd werd dat het vermogen de onderneming van de moedermaatschappij '*blijvend heeft verlaten*'. In een dergelijke onbegonnen zaak spreekt men kortom van een bodemloze put. Als gevolg hiervan wordt het vermogensbestanddeel aangemerkt als eigen vermogen en als zodanig worden behandeld. Een onmiddellijke afwaardering die ten laste van de winst wordt gebracht kan hiermee worden voorkomen. Naast dit voorbeeld is ook in andere gevallen vaak sprake van concernverhoudingen.

⁹⁷ Dit zijn obligaties die ten opzichte van andere schuldeisers zijn achtergesteld en daardoor als laatste (van de schuldeisers) aan de beurt zijn om een vergoeding te ontvangen. Daarnaast hoeven dit soort obligaties niet afgelost te worden (er is geen vaste looptijd). Wanneer een financieel product cumulatief is, dan kan dit resulteren in een latere inhaalsessie van een dividend of in dit geval een coupon. Dit komt voor wanneer er op een eerder moment geen liquide middelen voorhanden waren om de vergoeding te voldoen.

⁹⁸ HR 27 januari 1988, nr. 23 919 BNB 1988/217

Ook in het geval van de bodemloze putlening is gekozen voor een rechtsvorm die de bekende eigenschappen van een lening bezit. Er kan dan ook in civielrechtelijk opzicht worden gesproken van een geldlening. De juridische kwalificatie als geldlening bevat echter niet de toets of er al dan niet op voorhand al sprake is van een economische werkelijkheid die (bijvoorbeeld) willekeurige derden niet met elkaar zouden aangaan. Om de genoemde divergentie tussen de rechtsvorm en de economische werkelijkheid te overbruggen wordt in deze situatie over gegaan tot de herkwalificering van het vermogensbestanddeel. Het op deze wijze gebruik maken van de wet is niet hetgeen dat wordt beoogd. De A-G stelt voorafgaand aan HR 7 februari 2014, nr. 12/04640⁹⁹ dat getwijfeld kan worden aan de vraag of de gekozen civielrechtelijke vorm bij de bodemloze putlening wel de juiste is. Dit omdat voor het aangaan van de overeenkomst al bekend is dat het bedrag niet wordt terugbetaald. Dit gaat in wezen in tegen de civielrechtelijke terugbetalingsverplichting zoals staat vermeld in Art. 7A:1791 BW. Hetgeen contractueel is overeengekomen bevat naar mijn mening echter wel een terugbetalingsverplichting en daarom kan bij een bodemloze putlening gewoon sprake zijn van herkwalificering. De constatering dat er sprake is van een bodemloze putlening komt in wezen in grote mate overeen met een aanpassing at arm's length. De aanpassing at arm's length wil zeggen dat een transactie wordt gecorrigeerd totdat kan worden gesproken van een transactie die ook tussen willekeurige derden plaats kan vinden. Pas vanaf dat moment is de transactie als zakelijk aan te merken en is de transactie in lijn met de strekking van de belastingwetgeving.

Ten slotte betreft de *schijnlening*¹⁰⁰ een vermogensbestanddeel dat op zo een manier is 'aangekleed' dat deze doet denken dat er sprake is van een lening, terwijl zich onder die vermomming in werkelijkheid een vermogensbestanddeel bevindt dat meer overeenkomsten heeft met eigen vermogen. Zo was in BNB 1971/73¹⁰¹ sprake van een renteloze obligatielening waarbij de wil van de partijen niet overeenkwam met de werkelijkheid. Het volgende wordt hierin overwogen: "*denkbaar is, dat uit de omstandigheden van het geval moet worden afgeleid, dat datgene, wat de partijen bij een overeenkomst aandienen als een obligatielening, voor het geheel of ten dele niet als zodanig kan worden aanvaard*". De zaak zette zich voort in BNB 1971/74 waarin het Hof 'naar feitelijke aard' overwoog dat: "*...in werkelijkheid geen geldlening is tot stand gekomen, daar de wil van partijen niet werkelijk op het ter leen verstrekken en ontvangen van geld was gericht*". Redactie Vakstudie Nieuws stelt ten aanzien van dit arrest dat het wezen (dus datgeen wat het in werkelijkheid is) voor gaat op dat waar het op het eerste gezicht op lijkt¹⁰². De Redactie stelt daarnaast dat met betrekking tot de schijnlening de uit het civiel recht afkomstige '*relatieve simulatie*' van belang is¹⁰³. Bij relatieve simulatie is de gesloten wilsovereenkomst niet hetgeen de partijen daadwerkelijk hebben gewild. '*Absolute simulatie*¹⁰⁴' is daarentegen een naar de buitenwereld geopperde gesloten overeenkomst die voor de partijen feitelijk geen gevolgen heeft. Dit hebben de partijen ook als zodanig in onderling verband met elkaar afgesproken.

De schijnlening betreft een gekozen rechtsvorm die zich wil laten voordoen als zijnde correct. Dit komt echter niet overeen met wat de economische werkelijkheid als gevolg van een dergelijk gekozen rechtsvorm zou

⁹⁹ HR(A-G) 26 juli 2013, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

¹⁰⁰ Geppart, P.A. (1965). *Fiscale rechtsvinding*, FED 1965. 149.. & HR(A-G) 26 juli 2013, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

¹⁰¹ HR 6 november 1968, nr. 15 958 BNB 1971/73 & HR 24 februari 1971, nr. 16 460 BNB 1971/74.

¹⁰² Ook wel de 'substance over form' benadering.

¹⁰³ HR 24 februari 1971, nr. 16 460 BNB 1971/74

¹⁰⁴ HR 24 februari 1971, nr. 16 460 BNB 1971/74

moeten zijn. Feitelijk komt dit niet volledig overeen met de bovenstaande definitie van ‘herkwalificering’. Dit omdat de gekozen rechtsvorm, in tegenstelling tot de twee voorgaande uitzonderingen, niet de juiste is. De economische werkelijkheid sluit daardoor niet aan op wat deze bij een dergelijk gekozen rechtsvorm had moeten zijn. Van een echte herkwalificering kan bij de schijnlening dan ook niet worden gesproken. Zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk vindt herkwalificering plaats. In het geval van een deelnemerschapslening of bodemloze putlening vindt alleen op fiscaal gebied een herkwalificering plaats. De civielrechtelijk gekozen rechtsvorm is namelijk al de juiste. De schijnlening komt wel overeen met de eerder gegeven betekenis van een schijnhandeling.

4.4 Herkwalificering van eigen- naar vreemd vermogen

In tegenstelling tot de uitzonderingen die in de voorgaande paragraaf zijn besproken, is een eventuele herkwalificering van eigen- naar vreemd vermogen een zeer recente aangelegenheid waarover de Hoge Raad op 7 februari 2014 twee arresten¹⁰⁵ heeft gewezen. De uitkomsten van de twee arresten sluiten erg veel op elkaar aan en komen er simpelweg op neer dat de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking -gemeten aan de hand van civielrechtelijke maatstaven- beslissend is¹⁰⁶. Daarbij worden in tegenstelling tot de voorgaande paragraaf geen fiscaalrechtelijke uitzonderingen gemaakt die kunnen resulteren in de herkwalificering van kapitaal in een vreemd vermogensverstrekking. Dit omwille van het in stand houden van de rechtszekerheid zoals die wordt ervaren door belastingplichtigen¹⁰⁷. Wanneer civielrechtelijk gesproken kan worden van kapitaal, dan is dit ongeacht een afwijking met de economische werkelijkheid dus ook zo. In deze paragraaf ga ik in op de verschillen tussen de hiervoor behandelde arresten en de arresten van 7 februari 2014. De literatuurstroom die daarbij in gang is gezet wordt eveneens in aanmerking genomen. Dit met als doel om de beargumentering en gedachtegang van de rechtsgang te kunnen volgen en te begrijpen. Voor het gemak is er van de te bespreken arresten in de appendix een tweetal schema's met stappenplan te vinden.

4.4.1 Bankensyndicaat-arrest (HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80)¹⁰⁸

In het Bankensyndicaat-arrest is er initieel sprake van een geldlening welke is uitgegeven door een syndicaat van zes banken, waaronder Bank (S). Deze geldlening à €500 miljoen is ontvangen door een Nederlandse Holding N.V. (NL). De lening werd door (NL) aangewend om een belang van meer dan vijf procent in een willekeurige vennootschap (BEURS) te verkrijgen. In verband met belastingtechnische overwegingen¹⁰⁹ is dit aangekochte belang ingebracht in een nieuwe vennootschap (NIEUW) tegen uitkering aan (NL) van naar Nederlands recht ontstane cumulatief preferente aandelen (cumprefs) welke werd opgesplitst in twee soorten: Aandeel 1 en Aandeel 2. De onderliggende voorwaarden van Aandeel 2 kwamen overeen met de voorwaarden van de eerder verstrekte geldlening. (NL) heeft de verkregen Aandelen 2 verkocht aan een Equity Fonds. De eigenaren van het Equity Fonds waren drie van de zes banken die onderdeel uitmaakten van een nieuw syndicaat (waaronder Bank (S)). Met het verkregen vervreemdingsvoordeel is de schuld aan het syndicaat van zes banken, die vanwege eerdere aflossingen nog ongeveer €375 miljoen bedroeg, definitief afgelost. Het resultaat is dat Bank (S) in plaats van de lening een aandelenbezit heeft verkregen. De vergoeding op dit

¹⁰⁵ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 (RPS-arrest) & HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80 (Bankensyndicaat-arrest).

¹⁰⁶ Zie 3.3.1 e.v. in HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79

¹⁰⁷ Zie 3.4.3 e.v. in HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

¹⁰⁸ De kern van dit arrest is geschreven aan de hand van HR(A-G) 26 juli 2013, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

¹⁰⁹ Holding N.V. beschikte niet over winst: men kwam dus wel in aanmerking voor aftrek, maar dit was echter niet mogelijk.

aandelenbezit is zodanig gespecificeerd dat het uiteindelijk grotendeels overeenkomt met de rentevergoeding die over de lening werd betaald.

De voorwaarden van Aandeel 2 hebben betrekking op onder andere de mate van risico, de vergoeding en de wijze van terugbetaling¹¹⁰:

- Mogelijke looptijd van drie jaar (Na drie jaar heeft het fonds naar eigen inzicht de mogelijkheid om (NIEUW) volledig te liquideren);
- Vergoeding niet afhankelijk van de winst en gerelateerd aan de Euribor¹¹¹. Bij een gebrek aan winst werd het reserve van Aandeel 1 aangewend. Was dit reserve niet toereikend genoeg, dan wordt ten laste van Aandeel 1 een tekort gecreëerd zodat de vergoeding op Aandeel 2 altijd kon worden voldaan.
- Gegarandeerde terugbetaling¹¹².
- Tussentijdse uitkeringen op de aandelen zijn toegestaan en heeft daadwerkelijk plaatsgevonden.
- Overige bepalingen die resulteerden in extra zekerheid voor het Fonds (En daarmee ook Bank (S)).

Op het belang van de Aandelen 2 is de deelnemingsvrijstelling van toepassing. In geschil is of de deelnemingsvrijstelling überhaupt kan worden toegepast.

De Rechtbank¹¹³ stelt dat de economische werkelijkheid bij de Aandelen 2 d ermate grote overeenkomsten heeft met de veronderstelde economische werkelijkheid van een geldlening, dat deze fiscaalrechtelijk als zodanig moet worden aangemerkt. Ook al is dus civielrechtelijk sprake van aandelenkapitaal (juiste rechtsvorm). De Rechtbank oordeelt dit door de toetsen aan de in paragraaf 4.2 genoemde criteria. De Rechtbank beoordeelt het door te kijken naar het grotere geheel. De afzonderlijke transacties moeten ge interpreteerd worden als zijnde   n transactie. Het doel wat betrokken partijen voor ogen hadden was om het geheel fiscaaltechnisch zo te structureren dat het opgelopen nadeel door de niet voor aftrek in aanmerking komende rentevergoeding zou verdwijnen. De Rechtbank is van oordeel dat de deelnemingsvrijstelling niet bestaat omwille van dergelijke constructies. De deelnemingsvrijstelling beoogt volgens de Rechtbank te voorkomen dat behaalde winsten bij een belang van 5% of meer niet twee keer worden belast. Dit is tevens aan bod gekomen in het Falcons-arrest¹¹⁴. Dit komt niet overeen met wat de Aandelen 2 beogen.

Het Hof¹¹⁵ komt echter tot de conclusie dat er sprake is van een schijnhandeling. Dit omdat feitelijk en civielrechtelijk geen omzetting van vreemd- naar eigen vermogen heeft plaatsgevonden, ook al wordt dit door de partijen wel zo gepresenteerd. Dit betekent dat volgens het Hof civielrechtelijk al geen sprake is van aandelenkapitaal (onjuiste rechtsvorm). Zowel de mening van de A-G als diverse literatuur waar door de A-G naar wordt gerefereerd¹¹⁶ is echter verbaasd over het door het Hof ingenomen standpunt. Er wordt namelijk

¹¹⁰ Lindonk, C.L. (2013). *Geldverstrekking in de vorm van Australische redeemable preference shares: lening of kapitaal?*, NTFR 2013-36.

¹¹¹ De Euribor is het tussen de banken in aanmerking genomen rentetarief.

¹¹² Bouwman J.N., Boer, M.J. (2014). *Kapitaal is toch geen geldlening!*, NTFRB 2014/9.

¹¹³ Rb. 's-Gravenhage 21 november 2011, nr. AWB 10/9097 BNB 2014/79.

¹¹⁴ HR 22 november 2002, nr. 36 272 BNB 2003/34.

¹¹⁵ Hof 's-Gravenhage 14 augustus 2012 nr. BK-11/00969 BNB 2014/79.

¹¹⁶ Bruijsten, C. (2013). *Civilrechtelijk geschapen rechtsverhoudingen niet beoogd; kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt als geldlening*, NTFR 2013-70. & Redactie V-N (2012). *Hof merkt geldverstrekking ondanks vormgeving door middel van o.a. aandelenbelang aan als geldlening en opbrengst als belaste rente*, V-N 2012/54.10.

gesteld dat civielrechtelijk wel degelijk sprake is van een kapitaalverstrekking. Ook de Hoge Raad stelt dat van een dergelijke situatie geen sprake is en dat civielrechtelijk kan worden gesproken van aandelen.

Naar aanleiding van zowel dit- als het RPS-arrest refereert de **A-G**¹¹⁷ naar de in de voorgaande paragraaf besproken uitzonderingen. Daarbij is dus civielrechtelijk sprake van een lening, terwijl voor de belastingwetgeving wordt uitgegaan van een kapitaalverstrekking. De criteria waaraan moet worden voldaan wil er sprake zijn van een deelnemerschapslening kunnen volgens de A-G echter niet worden gebruikt in de situatie dat civielrechtelijk sprake is van aandelenkapitaal. De A-G ziet liever dat de nadruk in deze situatie enkel wordt gelegd op *waar de geldverstrekker in de rij staat op het moment dat de vennootschap onverhoopt wordt opgeheven*. Dit is volgens de A-G het enige element dat een kapitaalverstrekking écht doet afwijken van een leningsovereenkomst. Ik maak hieruit op dat dit moet worden beoordeeld op het moment dat er dus nog geen sprake is van een faillissement. Het is dus een soort ..stel dat.. toets. Een dergelijke toets is naar mijn mening een lastige aangezien deze toets tracht te kijken naar een economische werkelijkheid die zich op het moment waarop de toets plaatsvindt nog niet heeft voltrokken. Op het moment van ontbinding is van een garantiefunctie wellicht helemaal geen sprake. Stel bijvoorbeeld dat de schulden van de vennootschap zodanig zijn dat deze niet allen worden terugbetaald. Dat er civielrechtelijk sprake is van een garantiefunctie is dan in strijd met wat de economische werkelijkheid doet geloven! Ik geef de AG echter wel gelijk betreffende zijn standpunt dat de door de Staatssecretaris aangehaalde toetsen met betrekking tot de herkwalificering van het instrument niet meer op zichzelf de doorslag kunnen geven. De staatssecretaris wijst¹¹⁸ op de terugbetalingsverplichting, het markt- of koersrisico en of er sprake is van een winstonafhankelijke vergoeding. De terugbetalingsverplichting is volgens de A-G overeenkomstig het Kaspische Zeeboringen-arrest wel kenmerkend voor een geldlening maar níét doorslaggevend bij de kwalificering van vermogen.

De **Hoge Raad** schuift de beslissing van het Hof terzijde en gaat in op het kwalificatievraagstuk die werd overwogen door de Rechtbank. De Hoge Raad herhaalt het bekende recept waarbij voor de kwalificatie van vermogen in beginsel aan de civielrechtelijke vorm moet worden getoetst. De Hoge Raad stelt dat er in dit geval dus getoetst moet worden of er civielrechtelijk sprake is van aandelenkapitaal, overeenkomstig art. 2:175 BW en art. 2:178 BW. De Hoge Raad refereert naar art. 2:23b BW en stelt de door de A-G genoemde vraag *“waar een geldverstrekker op het moment van faillissement in de rij staat”* voorop. Artikel 2:23b BW wijst erop dat aandeelhouders civielrechtelijk zijn achtergesteld ten opzichte van vreemd vermogen verschaffers. Ook de kapitaalbeschermingsregels met betrekking tot de uitkering van dividend wijzen erop dat de vergoeding die een aandeelhouder ontvangt, afhankelijk is van de beschikbare en uitkeerbare winstreserves¹¹⁹. Daarbij wordt toegevoegd dat schuldeisers te allen tijde (dus ook bij preferente aandelen) voorrang hebben op de aandeelhouders wanneer het gaat om de (interest)vergoeding op het vreemd vermogen dat is ingebracht.

Het feit dat een vermogensbestanddeel, zoals Aandeel 2, slechts voor een bepaalde tijd ter beschikking wordt gesteld, heeft geen invloed op de kwalificering als aandelenkapitaal. Ook een afgesproken vergoeding die de feitelijke overeenkomsten heeft met een lening is niet van invloed op de kwalificering als zijnde eigen

¹¹⁷ HR(A-G) 26 juli 2013, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

¹¹⁸ Zie 6.9 e.v. HR(A-G) 26 juli 2013, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

¹¹⁹ De Hoge Raad verwijst naar art. 2:207 BW, art. 2:209 BW en art. 2:216 BW.

vermogen¹²⁰. Tevens maakt het volgens de Hoge Raad niet uit dat de garantiefunctie op het moment van het aangaan van de overeenkomst feitelijk bezien verwaarloosbaar is. Dit is gek omdat in de economische werkelijkheid dus geen sprake is van een garantiefunctie. Dit wijkt af van hetgeen men op basis van de gekozen rechtsvorm moet verwachten! De rechtszekerheid van vermogensverstrekking kan volgens de Hoge Raad in het gedrang komen wanneer er een uitzondering wordt gemaakt welke afhankelijk is van de vraag in welke mate het vermogensbestanddeel risicodragend is¹²¹.

4.4.2 Redeemable preference shares-arrest (HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79.)

Dit arrest heeft betrekking op een Nederlandse dochtermaatschappij welke deel uitmaakt van een fiscale eenheid¹²². Onder de Nederlandse B.V. bevinden zich diverse vennootschappen die, met uitzondering van de onderste Australische Corporation Ltd. waarin het belang 16% bedraagt, allen opeenvolgend een 100% belang in elkaar hebben. Corporation Ltd. ontvangt van aandeelhouder Australia Pty. Ltd. in 1997 zogenaamde 'shareholder loans' naar rato van het aandelenbezit die men in Corporation Ltd.(16%) houdt. Deze worden feitelijk via een verstrekte lening à \$53.000.000¹²³ gefinancierd door de Nederlandse B.V.. De door de Nederlandse B.V. ontvangen rente wordt gedurende zes jaar binnen de fiscale eenheid als belaste rentebate aangemerkt. Een herstructurering in 2004 resulteert in de aflossing van de 'shareholder loans'. Een inmiddels gecreëerde tussenholding (welke vanaf nu het 16% belang in Corporation Ltd. heeft) geeft aan de oorspronkelijke moeder van Corporation Ltd. zogenaamde Redeemable Preference Shares uit. Deze oorspronkelijke moeder van Corporation Ltd. geeft vervolgens ook RPS aandelen uit aan zijn (Belgische) moeder. De Nederlandse vennootschap neemt de RPS én de gewone aandelen over van de Belgische moeder (100%). De vergoeding afkomstig uit het RPS-belang wordt door de Nederlandse B.V. aangemerkt als dividend waarop de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB 1969 van toepassing is.

De naar Australisch recht uitgegeven RPS hebben de volgende specifieke eigenschappen¹²⁴:

- worden na tien jaar afgelost;
- een jaarlijkse vaste cumulatieve vergoeding welke oploopt van 8% naar 12%;
- hebben geen stemrecht;
- voorrang op gewone aandelen als het aankomt op de vergoeding en terugbetaling van de hoofdsom.

Het bijzondere aan deze casus is het feit dat er sprake is van een naar Australisch recht ontworpen instrument (de RPS) welke is uitgegeven door een naar Australisch recht opgerichte vennootschap. Dit in tegenstelling tot het Bankensyndicaat-arrest welke zich volledig afspeelde binnen Nederland. Toch sluit de Hoge Raad zich grotendeels aan bij wat er in het Bankensyndicaat-arrest is geweest.

Allereerst refereert **Rechtbank Haarlem** naar de algemene kenmerken van zowel aandelenvermogen als een lening. De conclusie van de Rechtbank is dat hier sprake is van een zogenaamd hybride instrument is. Kortom: het bevat kenmerken van zowel een lening als van aandelen. In haar overwegingen (4.4) wordt tevens

¹²⁰Zie 3.4.3 in HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

¹²¹Zie 3.4.3 in HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

¹²²De kern van dit arrest is ontleend aan de vaststaande feiten in HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79.

¹²³Australische munteenheid.

¹²⁴Zie 3.1.4. in HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 & Lindonk, C.L. (2013). *Geldverstrekking in de vorm van Australische redeemable preference shares: lening of kapitaal?*, NTFR 2013-36.

gerefereerd naar het bekende Unilever- arrest (BNB 1988/217) waarin zowel de hoofdregel (kijken naar de civielrechtelijke vorm) als de drie eerder besproken uitzonderingen¹²⁵ nadrukkelijk werden bevestigd. De rechtbank focust zich op de condities die de RPS heeft. Dit met het blik gericht op de economische werkelijkheid en wat er zich “feitelijk” afspeelt: “...duidt er eveneens op dat alleen naar de vorm sprake is van een kapitaalverstrekking, terwijl belanghebbende in werkelijkheid heeft beoogd een lening tot stand te brengen.”¹²⁶ Een gegronde toets om antwoord te geven op de vraag welke rechtsvorm de RPS civielrechtelijk heeft blijkt niet uit het arrest. Dit is echter zoals eerder gezien een belangrijk element om te toetsen of wordt voldaan aan de criteria voor zelfstandige kwalificering.

De Redactie Vakstudie Nieuws¹²⁷ merkt op dat niet al de eigenschappen duiden op een lening. Zo blijkt de jaarlijkse vaste cumulatieve vergoeding in Nederlandse kringen vaker voor te komen, en dan met name bij (cumulatief) preferente aandelen. Ook het feit dat de vergoeding stijgt van 8% naar 12% doet de Redactie twijfelen aangezien dit enige winstafhankelijkheid suggereert. Mijn inziens is hiervan geen sprake aangezien men bij verlies ook in aanmerking kan komen voor een vergoeding ter grootte van het oplopende percentage. Van een vaste vergoeding is -zeker bezien vanuit de economische werkelijkheid- daarom wel degelijk sprake.

De terugbetalingsverplichting (*‘redeemable’*) die blijkt uit de looptijd van tien jaar is wel een echt kenmerk van een lening. Dit is onder andere gebleken uit het eerder omschreven Kaspische Zee-arrest en blijkt civielrechtelijk tevens uit Art. 7A:1791. Opmerkelijk is daarbij dat een vennootschap tot en met het jaar 1994 wel voor een vastgestelde periode kon worden opgericht¹²⁸. De Redactie Vakstudie Nieuws wil hiermee aantonen dat de vaste looptijd in Nederland tot voor kort ook als eigenschap van eigen vermogen kon gelden. Wat de Redactie Vakstudie Nieuws¹²⁹ eigenlijk terug had willen zien in de overwegingen van de rechtbank is de laatstgenoemde eigenschap van de RPS. Dit is het risico-element dat een geldverstrekking met zich meedraagt. Is de geldverstrekker met betrekking tot de hoofdsom achtergesteld ten opzichte van andere geldverstrekkers? De Redactie Vakstudie Nieuws¹³⁰ haalt het arrest van de eerder besproken deelnemerschapslening (BNB 1998/208) daarbij aan waarin de achterstelling van een geldverstrekking (garantiefunctie) door de Hoge Raad als belangrijk element werd benoemd om te komen tot een juiste kwalificatie.

De zaak zet zich voort bij **Hof Amsterdam**¹³¹. Het Hof gaat uit van een andere benadering dan Rechtbank Haarlem en zodoende komt men dan ook tot een andere conclusie. Het Hof refereert naar de hoofdregel en de uitzonderingen daarop. In beginsel wordt dus aangesloten bij het civiele recht. Zodoende wordt kapitaal van een vennootschap dat in civielrechtelijke zin kwalificeert als kapitaal, ook fiscaalrechtelijk als zodanig gekwalificeerd. Een aantal feiten zijn volgens het Hof van ondergeschikt belang. Zo speelt het opvallende feit dat volgens zowel het Nederlands als het Australische jaarrekeningenrecht sprake was van vreemd vermogen geen rol. Andere aspecten die niet relevant bleken: de vaste looptijd, de jaarlijkse cumulatieve vergoedingen en

¹²⁵ Deelnemerschapslening, Schijnlening, Bodemloze putlening.

¹²⁶ Rb. Haarlem 25 januari 2011, nr. 09/3391 BNB 2014/80.

¹²⁷ Redactie V-N (2011). *Australisch financieringsinstrument vormt geen kapitaalverstrekking, maar lening*, V-N 2011/32.12.

¹²⁸ Redactie V-N (2011). *Australisch financieringsinstrument vormt geen kapitaalverstrekking, maar lening*, V-N 2011/32.12.

¹²⁹ Redactie V-N (2011). *Australisch financieringsinstrument vormt geen kapitaalverstrekking, maar lening*, V-N 2011/32.12.

¹³⁰ Redactie V-N (2011). *Australisch financieringsinstrument vormt geen kapitaalverstrekking, maar lening*, V-N 2011/32.12.

¹³¹ Hof Amsterdam 7 juni 2012, nr. 11/00174 BNB 2014/80.

het feit dat in bedrijfseconomische zin sprake zou zijn van een lening. De Redactie Vakstudie Nieuws¹³² merkt op dat het Hof de nadruk lijkt te leggen op hoe het bestanddeel gekwalificeerd moet worden. Zo blijkt ook niet van belang dat de RPS in Australië worden aangemerkt als vreemd vermogen waardoor de vergoeding wordt aangemerkt als rente en daardoor aftrekbaar is. Dit is volgens de Redactie Vakstudie Nieuws niet in overeenstemming met wat de deelnemingsvrijstelling beoogd waardoor nu simpelweg sprake is van een double dip¹³³.

Het Hof komt tot haar conclusie dat sprake is van kapitaal doormiddel van een vergelijkbaarheidsstoets¹³⁴ die moet bepalen of de naar buitenlands recht ontstane RPS in aanmerking komen voor de deelnemingsvrijstelling van art. 13 wet VPB 1969. Deze analyse houdt in dat het Hof op zoek gaat naar een in Nederland bekend financieel instrument met eigenschappen welke (bijna) geheel overeenkomen met de eigenschappen die de RPS met zich meedragen¹³⁵. Een dergelijke analyse wordt ook vaak gebruikt om te toetsen of een in het buitenland gevestigde vennootschap kan worden aangemerkt als een rechtspersoon overeenkomstig het Nederlandse Civiele recht¹³⁶. Het Hof geeft aan dat de RPS voldoende overeenkomt met de in Nederland bekende cumulatief preferente aandelen en zodoende moet worden gesproken van eigen vermogen. Het tegenargument van de Inspecteur, dat de terugbetaling bij aanvang al vaststaat en dat er bovendien sprake is van beperkte stemrechten, wordt opgevangen door het Hof aan de hand van een onderbouwing via het Nederlandse vennootschapsrecht¹³⁷. In hoofdstuk 2 hebben we onder andere al kunnen zien dat stemrecht loze aandelen binnen het Nederlands civiele recht bij de statuten kunnen worden gecreëerd.

(A-G) Wattel¹³⁸ geeft in zijn conclusie aan dat de civielrechtelijke kwalificatie bepalend is wanneer onduidelijk is hoe een vermogensbestanddeel fiscaalrechtelijk aangemerkt moet worden. De A-G stelt echter dat niet altijd blijkt wat de civielrechtelijke kwalificatie behoort te zijn. Ook in dit arrest is hiervan sprake. Het is een vermogensbestanddeel welke binnen het Nederlandse recht onbekend is en waarvoor op basis van civielrecht geen vergelijkbaar instrument kan worden gevonden. De A-G refereert tevens naar een verstrekking door de leden van een coöperatie¹³⁹. De A-G gaat in op hetgeen hij later ook in de conclusie van het Bankensyndicaat-arrest heeft aangegeven: de definitie van kapitaal welke gegeven is in het arrest over de coöperatiegelden¹⁴⁰. De A-G concludeert vervolgens dat hét onderscheidende zwaartepunt met betrekking tot de kwalificatie van kapitaal in zijn algemeenheid¹⁴¹ ligt in de volgende cumulatieve toetsbare criteria¹⁴²:

- Het aansprakelijk zijn voor schulden;
- Onderhevig is aan het ondernemingsrisico.

¹³² Redactie V-N (2012). *Deelnemingsvrijstelling voor op Australische shares ontvangen vergoeding*, V-N 2012/40.11.

¹³³ Double dip: In Australië wordt aftrek genoten terwijl de ontvangen vergoeding in Nederland is vrijgesteld.

¹³⁴ HR 11 maart 1998, nr. 30 936 BNB 1998/265.

¹³⁵ Hesselberth, G.J., Grabarz J. (2013). *Fiscale herkwalificatie van eigen in vreemd vermogen*, WFR 2013/628.

¹³⁶ Zie Art. 2(1)(a) Wet VPB 1969 voor de kwalificering van 'andere vennootschappen'.

¹³⁷ Zie 4.10 e.v. in Hof Amsterdam 7 juni 2012, nr. 11/00174 BNB 2014/80.

¹³⁸ HR (A-G) 9 januari 2013, nr. 12/03540 BNB 2014/79.

¹³⁹ Zie 6.1 e.v. in HR(A-G) 9 januari 2013, nr. 12/03540 BNB 2014/79.

¹⁴⁰ HR 18 oktober 1950, 1950-10-18 BNB B 8843.

¹⁴¹ De A-G refereert diverse zaken en literatuur waaruit blijkt dat dit ook bij andere vennootschappen kan worden gebruikt: o.a. HR 8 oktober 1952 nr. 11 023, BNB B. 9259. Meer recent: Bouwman J.N (2002). 'Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting', Fiscale geschriften: FED.

¹⁴² Zie 6.4 e.v. in HR(A-G) 9 januari 2013, nr. 12/03540 BNB 2014/79.

Wanneer van te voren al bekend is dat er sprake is van terugbetaling van de hoofdsom, wil dit volgens de A-G niet betekenen dat het vermogen tot het moment suprême niét voldoet aan bovenstaande criteria.

Vervolgens schenkt de A-G aandacht aan het feit dat volgens de staatssecretaris gekeken moet worden naar de deelnemerschapslening en vanuit die casus een omgekeerde beredenering gemaakt kan worden met betrekking tot de herkwalificering van vreemd vermogen. De A-G ziet hierin geen heil en geeft, met verwijzingen aan dat *“...er met civielrechtelijk kapitaal altijd in een zekere mate deel wordt genomen in het bedrijfsrisico, nu kenmerk van civielrechtelijk kapitaal is dat het niet als schuldvordering opeisbaar is geval van tussentijds faillissement, surseance van betaling of liquidatie van het belastingplichtige lichaam, hoezeer de geldverstrekking ook ‘redeemable’ zou zijn geweest, zodat het tot dat tijdstip garantievermogen vormt voor de crediteuren, ook voor achtergestelde crediteuren”*. Dit komt erop neer dat bij kapitaal altijd wel in een zekere zin wordt voldaan aan de bovengenoemde twee criteria. Bij een goedlopende gezonde onderneming is er naar mijn mening in de economische werkelijkheid echter geen significant ondernemingsrisico. Ook de aansprakelijkheid voor schulden is hier niet significant aangezien deze aansprakelijkheid door de financieel gezonde onderneming nooit tot uiting zal komen.

De A-G legt vervolgens de nadruk op de vergelijking die de staatssecretaris maakt tussen de RPS en een achtergestelde lening. De A-G stelt dat de feiten die over de RPS bekend zijn de suggestie wekken dat er wel degelijk sprake is van achterstelling ten opzichte van alle schuldeisers en daarmee de eigenschap van een eigen vermogensbestanddeel met zich meedragen. Echter, het Hof is volgens de A-G niet nadrukkelijk ingegaan op de eerder door de A-G vermelde cumulatieve criteria. De A-G is het met de staatssecretaris eens dat de maatstaf die is gekozen door het Hof niet kan resulteren in een voldoende onderbouwde conclusie¹⁴³. Een goede vergelijking met een naar Nederlands recht bestaand instrument is daarmee niet mogelijk. Deze vergelijking, waarbij het buitenlandse recht een rol speelt, is hetgeen de A-G voor ogen heeft. Dit in combinatie met de voormelde cumulatieve criteria. Het in aanmerking nemen van het buitenlandse recht sluit aan op de wijze waarop ‘andere vennootschappen’ voor de vennootschapsbelasting als belastingplichtig lichaam worden gekwalificeerd.

Hesselberth en Grabarz geven in hun reactie¹⁴⁴ op de A-G dat de toets van de A-G te ingewikkeld is omdat van belanghebbenden niet verwacht kan worden om een dergelijke vergelijking eenvoudig en objectief uit te voeren. Ze vinden de redenering erachter echter wel logisch omdat de wijze waarop de aansprakelijkheid zich uit per land verschilt.

De Hoge Raad stelt dat in beginsel de civielrechtelijke vorm moet worden aangehouden, welk moet gebeuren aan de hand van de *–kennelijk*¹⁴⁵ door het Hof getoetste civielrechtelijke maatstaven die voortkwamen uit de vergelijkbaarheidstoets¹⁴⁶. Uit het Bankensyndicaat-arrest is al gebleken dat het waarborgen van de rechtszekerheid voor de Hoge Raad een belangrijk argument is om niet over te gaan tot een eventuele herkwalificering van vreemd vermogen in eigen vermogen. Wat de gevolgen of inhoud van die rechtsonzekerheid zijn, wordt door de Hoge Raad niet kenbaar gemaakt.

¹⁴³ Zie 8.3 e.v. in HR(A-G) 9 januari 2013, nr. 12/03540 BNB 2014/79.

¹⁴⁴ Hesselberth, G.J., Grabarz J. (2013). *Fiscale herkwalificatie van eigen in vreemd vermogen*, WFR 2013/628.

¹⁴⁵ Hiermee wordt bedoeld dat de Hoge Raad de rechtsregel/motivering bijbuigt.

¹⁴⁶ Zie 3.3.3 in HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79.

De 'civielrechtelijke maatstaven' die de Hoge Raad aanhaalt zijn volgens *Bouwman en Boer*¹⁴⁷ onder te verdelen in de garantiefunctie van vermogen, en de terugbetalingsverplichting die blijkens het Kaspische Zeeboringen-arrest inherent is aan een lening. Deze garantiefunctie is eerder benadrukt door de A-G als hét onderscheidende kenmerk van aandelenvermogen. De Hoge Raad lijkt daarmee dus aan te sluiten bij hetgeen de A-G heeft gesteld. De Hoge Raad verwijst naar het Bankensyndicaat-arrest¹⁴⁸. Ten slotte geeft de Hoge Raad aan dat wanneer het feitelijke risico van de vermogensstorting nihil bedraagt, dit niets afdoet aan de kwalificering als eigen vermogen. Dat deze verstrekking met betrekking tot het gedragen risico overeenkomsten heeft met een geldlening is daarbij irrelevant. *Bouwman en Boer*¹⁴⁹ zijn van mening dat hetgeen de Hoge Raad bedoelt met 'civielrechtelijk' wellicht te strikt is afgebakend en dat in tegenstelling tot de materiele toets, die is bevestigd in BNB 1988/217, voor de kwalificatie van eigen vermogen sprake is van een meer formele toets. Ze refereren naar het feit dat de RPS binnen de Nederlandse (en Australische) jaarrekening onder het kopje vreemd vermogen zou worden geplaatst. *Bouwman en Boer* geven daarnaast aan dat het voor belastingplichtigen door deze uitspraak erg gemakkelijk wordt om naar civielrechtelijke maatstaven te beschikken over een eigen vermogensbestanddeel, daar het feitelijke risico dat wordt gedragen niet langer essentieel is en sprake kan zijn van een beperkte (vaste) looptijd¹⁵⁰.

Rompen gaat in zijn artikel¹⁵¹ specifiek in op de verschillen tussen de arresten welke zijn geweest op 7 februari 2014¹⁵², en het Kaspische Zeeboringen-arrest¹⁵³. De stappen die de Hoge Raad maakt zijn in wezen vergelijkbaar met elkaar. Zo wordt eerst civielrechtelijk bepaald of er sprake is van eigen- of vreemd vermogen om vervolgens de fiscaalrechtelijke behandeling te duiden. In het Kaspische Zeeboringen-arrest bleek voor de kwalificatie van een geldlening de terugbetalingsverplichting de meest onderscheidende eigenschap¹⁵⁴ om het bestanddeel, overeenkomstig de civielrechtelijke vorm, als zodanig te kunnen kwalificeren. De mogelijke voorwaardelijkheid of het ontbreken van zekerheden doet daar niets aan af. De wijze waarop (en aan de hand van welke maatstaven) de Hoge Raad tot de conclusie is gekomen wanneer er sprake is van kapitaal dan wel een geldlening, wijkt volgens *Rompen*¹⁵⁵ echter af van het Kaspische-Zee arrest. De nadruk wordt niet langer gelegd op de terugbetalingsverplichting, maar op de vraag of het vermogen een garantiefunctie omvat. De terugbetalingsverplichting is dus wel een belangrijk eigenschap van de lening, maar niet doorslaggevend. De garantiefunctie van het aandelenvermogen zorgt ervoor dat schuldeisers op de eerste plaats staan als het aankomt op de vergoeding op het vermogen. Ook zorgt de garantiefunctie ervoor dat schuldeisers een soort beschermende status hebben in het geval van liquidatie van de vennootschap. Zo zullen schuldeisers als eerste recht hebben op een eventueel liquidatiesaldo om zo de hoofdsom (grotendeels) terug te krijgen.

¹⁴⁷ Bouwman J.N., Boer, M.J. (2014). *Kapitaal is toch geen geldlening!*, NTFRB 2014/9..

¹⁴⁸ Zie 3.4 e.v. in HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

¹⁴⁹ Bouwman J.N., Boer, M.J. (2014). *Kapitaal is toch geen geldlening!*, NTFRB 2014/9.

¹⁵⁰ Bouwman J.N., Boer, M.J. (2014). *Kapitaal is toch geen geldlening!*, NTFRB 2014/9.

¹⁵¹ Rompen, J.W., *Geldverstrekingen: drie arresten, een brief en een verzoek*, NTFR 2014/13.

¹⁵² HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 (RPS-arrest) & HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80 (Bankensyndicaat-arrest).

¹⁵³ HR 8 september 2006, nr. 42 015 BNB 2007/104.

¹⁵⁴ art. 7A:1791 BW.

¹⁵⁵ Rompen, J.W., *Geldverstrekingen: drie arresten, een brief en een verzoek*, NTFR 2014/13.

Heithuis¹⁵⁶ is van mening dat de Hoge Raad niet de juiste middelen heeft om tot een juiste maatstaf en conclusie te komen. Het is wat hem betreft dweilen met de kraan open. Hij refereert naar de concretisering van de deelnemerschapslening die jaren heeft geduurd. Dergelijke vraagstukken dienen volgens hem daarom overgelaten te worden aan de wetgever. Heithuis is dan ook blij dat er wordt aangesloten bij het civiele recht. Heithuis had het liefst gezien dat hetgeen dat in het Unilever-arrest is bevestigd kon worden teruggedraaid om vervolgens via de fiscale wetgeving duidelijkheid te verschaffen. Hij refereert naar verschillende arresten waar de wetgever ten aanzien van een gat in de wet zeer consequent optrad. Of de RPS via de een aanpassing van de fiscale wetgeving dan als vreemd vermogen worden aangemerkt blijkt niet uit zijn artikel.

4.5 Conclusie

Op het moment dat het fiscaalrechtelijk volgen van de civielrechtelijke kwalificatie niet voldoet aan wat binnen het kader en doel van het belastingrecht past, kan wanneer dat gewenst is een beroep worden gedaan op de zelfstandige fiscale kwalificatie daarvan. Daarbij is de hoofdregel echter wel dat -getoetst naar civielrechtelijke maatstaven- initieel wordt aangesloten bij het civiele recht. De Hoge Raad stelde in BNB 2000/126 dat herkwalificering pas op zijn plaats is op het moment dat de gehanteerde civielrechtelijke rechtsvorm resulteert in een economische werkelijkheid die daarmee niet op dezelfde lijn ligt als wat men zou kunnen verwachten op basis van die rechtsvorm. Fiscaal gezien is dit daarom onaanvaardbaar wanneer men het doel en strekking van de belastingwet in ogenschouw neemt. Binnen de jurisprudentie is met betrekking tot de herkwalificering van vreemd vermogen een drietal geconcretiseerde situaties omschreven: de schijnlening, de bodemloze putlening en de deelnemerschapslening. Bij de deelnemerschapslening wordt aan drie vaste cumulatieve criteria getoetst welke in het kort omvatten: looptijd meer dan 50 jaar, vrijwel geheel winstafhankelijk en achterstelling ten opzichte van andere crediteuren. Op 7 februari 2014 zijn twee arresten gewezen waar het ging om de omgekeerde situatie. Aandelenkapitaal in civielrechtelijke zin, maar met een economische werkelijkheid die daarmee nauwelijks in lijn ligt en daarnaast mogelijk niet overeenkomt met wat binnen het belastingrecht wordt beoogd. Met name de garantiefunctie van eigen vermogen blijkt een interessante maatstaf voor de kwalificering van eigen vermogen. Deze meet in welke mate het vermogen, gegeven een voortijdig faillissement/opheffing, fungeert als compensatie ten aanzien van lopende crediteuren. De vraag is echter of binnen de economische werkelijkheid na het kiezen van een dergelijke rechtsvorm wel sprake is van een garantiefunctie. De eindconclusie van deze arresten is echter dat, om de rechtszekerheid van belastingplichtigen te waarborgen, niet wordt overgegaan tot de herkwalificering van eigen vermogen. Wanneer in civielrechtelijke zin sprake is van aandelenkapitaal dan wordt dit, ongeacht wat de economische werkelijkheid is en ongeacht of dit in strijd is met doel en strekking van de wet, fiscaalrechtelijk dus ook als zodanig gekwalificeerd.

5. Een alternatieve kwalificeringsmaatstaf

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de Hoge Raad de herkwalificering van eigen vermogen niet mogelijk acht. De civielrechtelijke maatstaven geven de doorslag en zullen in geen geval tot de herkwalificering van kapitaal kunnen leiden. Dit is ongeacht het feit dat de economische werkelijkheid, hetgeen de feitelijke

¹⁵⁶ Heithuis, E.J.W. (2014). *Wettelijk ingrijpen geboden?*, NTFR 2014/766.

consequenties en gevolgen zijn, niet strookt met wat deze op basis van de gekozen civiele rechtsvorm had moeten zijn. Tevens is dit ongeacht of sprake is van strijdigheid met het doel en de strekking van het belastingrecht. In de 7 februari 2014 arresten¹⁵⁷ is gebleken dat het in de hedendaagse werkelijkheid lastig is om op basis van het civiele recht een toetsingsmaatstaf te vinden dat eigen vermogen grondig onderscheid van vreemd vermogen. Slechts de garantiefunctie van civielrechtelijk kapitaal bleek nog écht onderscheidend te zijn van een civielrechtelijke lening. Mijn conclusie is daarom dat het civiele recht onvoldoende daadkracht heeft om de tegenwoordig bestaande hybride instrumenten op een juiste, praktische en toetsbare manier te kwalificeren. Dit hoofdstuk gaat daarom in op een naar mijn mening betere maatstaf om vermogen voor fiscale doeleinden te kwalificeren. Dit teneinde te komen tot een antwoord op de laatste deelvraag. Vervolgens worden de gevolgen van een andere maatstaf in kaart gebracht. Eerst wordt er echter nog een korte blik geworpen op het RPS- en het Bankensyndicaat-arrest.

5.2 Korte terugblik op de gewezen 7 februari 2014 arresten¹⁵⁸

Voor de kwalificering van vermogen had de Hoge Raad naar mijn mening allereerst moeten toetsen wanneer er sprake kan zijn van een zelfstandige fiscale kwalificatie. De Hoge Raad heeft hier in BNB 2000/126 duidelijke criteria aan verbonden en ook de A-G heeft er in zijn conclusie naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank naar gerefereerd¹⁵⁹:

- *De aan de gekozen (juiste) rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen zijn niet aanvaardbaar;*
- *gezien het economische resultaat ervan;*
- *gelet op de strekking van de belastingwet (fiscaalrechtelijke normen).*

Nu het er daadwerkelijk op aankomt, wordt er door de Hoge Raad geen beroep gedaan op deze rechtsregel. De economische werkelijkheid wijkt naar mijn mening echter wel af met de werkelijkheid die bij civielrechtelijk kapitaal gebruikelijk is. De fiscale gevolgen in deze economische werkelijkheid (vaste vergoeding, beperkte looptijd, terugbetalingsverplichting) zijn onaanvaardbaar en komen niet overeen met de strekking van het belastingrecht (toepassing deelnemingsvrijstelling). Het doel van de deelnemingsvrijstelling is namelijk niet om vermogen dat in de economische werkelijkheid als vreemd vermogen wordt aangemerkt bij de ontvanger van de vergoeding onbelast te laten. Dit alles past volledig binnen het toetsingskader van zelfstandige fiscale herkwalificering zoals deze is geformuleerd in BNB 2000/126.

Ook Van den Bos¹⁶⁰ is van mening dat het argument van de Hoge Raad niet duidelijk genoeg is onderbouwd. Hij stelt dat aandeelhouders na fiscale herkwalificering in civielrechtelijke zin nog steeds delen in het risico van de bedrijfsvoering (garantiefunctie). Slechts fiscaalrechtelijk resulteert dit in een andere kwalificatie. De A-G en de Hoge Raad lijken aan te geven dat omdat de garantiefunctie er na een mogelijke herkwalificering nog steeds is, er geen sprake kan zijn van herkwalificering. Echter, de herkwalificering van een lening in een deelnemerschapslening resulteert toch ook niet in het feit dat de lening opeens fungeert als

¹⁵⁷ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 & HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

¹⁵⁸ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 (RPS-arrest) & HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80 (Bankensyndicaat-arrest).

¹⁵⁹ Ook de A-G is ingegaan op deze definitie.

¹⁶⁰ Van den Bos, A.J. (2014). *De civielrechtelijke vorm en de uitzonderingen*, NTFR 2014/1115.

garantievermogen¹⁶¹? Nee, slechts fiscaalrechtelijk heeft dit gevolgen met betrekking tot het onderscheid van de eerder besproken kapitaal- en winstsfeer. Civielrechtelijk is nog steeds sprake van een lening.

Ongeacht het feit dat er een terugbetalingsverplichting zoals in art. 7A:1791 bestaat, er geen stemrecht is en er sprake is van een vaste vergoeding, kan het vermogen civielrechtelijk fungeren als zijnde kapitaal. Naar mijn mening kan worden aangesloten bij de stellingname dat de garantiefunctie bij de verstrekking van aandelenkapitaal een belangrijk element is. De economische werkelijkheid kan echter aangeven dat van een dergelijke functie helemaal geen sprake is. De onderneming is bijvoorbeeld dermate gezond dat deze garantiefunctie helemaal geen waarde heeft. Het civiele recht heeft daarmee onvoldoende onderscheidend vermogen om de in elkaar verweven hybride instrumenten van vandaag de dag op een juiste wijze te kwalificeren. Wat resteert is de garantiefunctie die hét scharnierpunt zou moeten zijn om vermogen te kwalificeren. Het civiele recht dient daarom te worden vervangen door een andere graadmeter die wél een concreet onderscheid weet te maken tussen eigen- en vreemd vermogen.

Een reeds door andere auteurs¹⁶² aangehaalde maatstaf zijn de bedrijfseconomisch georiënteerde *International Financial Reporting Standards* (IFRS). De IFRS zijn voor het samenstellen van jaarrekeningen binnen de accountancy al jaren een bekend én erkend fenomeen. De volgende paragraaf gaat, aan de hand van een drietal bronnen¹⁶³, in op de karakteristieken die door de IFRS aan vermogen worden meegegeven. Uit het RPS-arrest bleek eerder dat blijkens het Australische- en Nederlandse jaarrekeningenrecht sprake was van een langlopende schuld/vordering. Dit betreft een andere kwalificering dan waartoe Hoge Raad heeft beslist waardoor dit aanzet tot nadenken. Binnen de jaarwinstbepaling wordt voor het goedkoopmansgebruik al langer gebruik gemaakt van een bedrijfseconomische benadering¹⁶⁴. Binnen de Wet VPB 1969 is 13d(3)(b) Wet VPB 1969 een artikel welk verwijst naar het jaarrekeningenrecht¹⁶⁵. Dit artikel heeft betrekking op een geliquideerde verliesgevende deelneming. Eventuele uitkeringen ten gevolge van de liquidatie worden aan de hand van dit lid vastgesteld. In het geval van een niet in Nederland gevestigde deelneming dient daarbij gekeken te worden naar jaarrekeningenrecht welke in lijn ligt met Titel 9 Boek 2 BW. Ook al wordt hiermee niet direct naar IFRS verwezen, binnen het belastingrecht is men er dus niet geheel mee onbekend.

5.3 De maatstaven van de IFRS

De International Accounting Standards Board (IASB) beoogt binnen het jaarrekeningenrecht een internationale standaard te creëren die breed en praktisch toepasbaar is en welke plaatsvindt aan de hand van logische en

¹⁶¹ Van den Bos, A.J. (2014). De civielrechtelijke vorm en de uitzonderingen, NTFR 2014/1115.

¹⁶² Bon, W., & Cornelisse, R.P.C. (2008). *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137.

¹⁶³ Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons. & IFRS (2013). *Technical Summary IAS3*. Afkomstig van <http://www.ifrs.org/IFRSs/IFRS-technical-summaries/Documents/English%20Web%20Summaries%202013/IAS%2032.pdf>. Geraadpleegd op 14 juli 2014. & Ernst & Young Accountants LLP (Directoraat Vaktechniek). (2011). *Vergelijking IFRS met Nederlandse wet- en regelgeving 2011*. Rotterdam: Ernst & Young Accountants LLP.

¹⁶⁴ Heithuis, E. J. W., Kavelaars, P., & Schuver, B. F. (2013). *Inkomstenbelasting: alsmede hoofdzaken loonbelasting*, Deventer: Kluwer.

¹⁶⁵ Kampschoer, G.W.J.M. (2004). IFRS en de verhouding tot het Nederlandse fiscale winstbegrip, WFR 2004/1228.

duidelijke principes¹⁶⁶. Dit resulteert in een over de hele wereld bekende vaststaande opzet van de jaarrekening van een vennootschap. Hierdoor wordt het op internationaal gebied eenvoudiger om een jaarrekening te lezen¹⁶⁷. De principes van de International Financial Reporting Standards (IFRS) zijn al in velen landen breeduit toegepast en zijn soms zelfs verwerkt in de nationale wetgeving. Ook speelt de IFRS binnen de Europese Unie een grote rol. Beursgenoteerde vennootschappen zijn door de Europese Commissie per 2005 verplicht om de jaarrekening op te stellen volgens de principes van de IFRS. Voor niet beursgenoteerde vennootschappen kan in Nederland tevens facultatief worden aangesloten bij Titel 9 Boek 2¹⁶⁸. De definiëring van eigen- en vreemd vermogen binnen de IFRS sluit naadloos aan op wat bij toepassing van Titel 9 Boek 2 als eigen- en vreemd vermogen wordt aangemerkt.

Vermogen wordt in zijn algemeenheid gekenmerkt door de aanwezigheid van een overeenkomst waarin een partij zich verplicht tot het leveren van liquide middelen aan de andere partij¹⁶⁹. Deze overeenkomst wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van risico op verliezen¹⁷⁰. Binnen de IFRS is ter kwalificering van vermogen de zogenaamde '*substance over form approach*'¹⁷¹ erg belangrijk. Dit houdt in dat bij de kwalificering van het vermogen de economische werkelijkheid in ogenschouw moet worden genomen in plaats van wat in juridische zin overeen is gekomen. Dit is ten opzichte van het huidige fiscale kwalificeringssysteem dus al enorm afwijkend aangezien daar juist de civielrechtelijke vorm in beginsel de doorslag geeft. Deze economische werkelijkheid kan bij toepassing van de IFRS resulteren in de opsplitsing van een financieel instrument. Een laagrentende converteerbare obligatie wordt bijvoorbeeld verhoudingsgewijs gekwalificeerd als zowel eigen- als vreemd vermogen¹⁷².

Eigen vermogen wordt in beginsel gekenmerkt door het feit dat ingevolge het overeengekomen contract blijkt dat deze deelt in het verschil tussen de bezittingen en de schulden van de onderneming¹⁷³. Ter kwalificering van eigen vermogen dient binnen de IAS32 aan een aantal criteria cumulatief te worden voldaan¹⁷⁴:

- De overeenkomst betreft *geen* verplichtingen met betrekking tot betalingen (dividend)¹⁷⁵:
 - in de vorm van geld of in de vorm van andere soorten liquide middelen/vermogensbestanddelen waaraan mogelijk neerwaarts risico kleeft.

De overeenkomst tot het leveren van aandelen bevat de voorwaarde dat dit aantal voorafgaand aan de levering is vastgelegd. Het aantal dat geleverd wordt mag dus niet onderhevig zijn aan fluctuaties die aan de

¹⁶⁶ Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.

¹⁶⁷ Men noemt dit "accounting risk" waarvan sprake is als de principes om jaarrekeningen samen te stellen tussen landen verschillen. Hierdoor is het minder eenvoudig om op internationaal gebied te opereren via investeringen.

¹⁶⁸ Klaassen, J., Hoogendoorn, M.N., Vergoossen, R.G.A. (2008), Externe verslaggeving. Groningen: Wolters-Noordhoff.

¹⁶⁹ Bon, W., & Cornelisse, R.P.C. (2008). *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137.

¹⁷⁰ Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.

¹⁷¹ Klaassen, J., Hoogendoorn, M.N., Vergoossen, R.G.A. (2008), Externe verslaggeving. Groningen: Wolters-Noordhoff.

¹⁷² Klaassen, J., Hoogendoorn, M.N., Vergoossen, R.G.A. (2008), Externe verslaggeving. Groningen: Wolters-Noordhoff.

¹⁷³ Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.

¹⁷⁴ Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.

¹⁷⁵ Klaassen, J., Hoogendoorn, M.N., Vergoossen, R.G.A. (2008), Externe verslaggeving. Groningen: Wolters-Noordhoff.

hand van een variabele maatstaf zijn opgenomen in de overeenkomst¹⁷⁶. Hiermee wordt bedoeld dat de uitgegeven aandelen niet op zichzelf staande contracten mogen zijn ter verkrijging of ter afgeving van de aandelen van de vennootschap¹⁷⁷. Het gevolg van deze criteria is onder meer dat een vaste overeengekomen vergoeding op een (preferent) aandeel ertoe leidt dat er sprake is van een vreemd vermogensbestanddeel¹⁷⁸.

Vreemd vermogen blijkt binnen de IFRS in eerste instantie het tegenovergestelde te zijn van eigen vermogen. In tegenstelling tot eigen vermogen kan er bij bijvoorbeeld een lening niet worden gekozen om de rentevergoeding niet te betalen. Bij eigen vermogen heeft de vennootschap zelf de keuze om al dan niet dividend te verstrekken aan zijn aandeelhouders. Ten slotte wordt vreemd vermogen binnen de IAS32 gekenmerkt door de zogenaamde terugbetalingsverplichting die ontstaat op het moment van uitgeven

- En wordt voldaan op een vooraf afgesproken wijze gebeuren, of
- Het de vennootschap verplicht het vermogen op verzoek terug te betalen of af te lossen.

Uit het bovenstaande blijkt al dat RPS, doordat zij 'redeemable' zijn en een vaste vergoeding hebben, een grote kans hebben om aangemerkt te worden vreemd vermogen. Op het moment dat de keuze van de terugbetaling bij de aandeelhouder ligt, wordt het aangemerkt als zijnde een schuld. Hieruit blijkt al dat de RPS binnen het RPS-arrest aangemerkt worden als schuld. Deze kon namelijk op elk moment worden afgelost.

Een ander voorbeeld dat in het door John Wiley & Sons uitgegeven boek wordt gegeven is een Preferent aandeel met een vooraf overeengekomen optie tot verkoop. Denk daarbij aan een aandeelhouder die bij zijn overlijden zijn aandeel terugkrijgt in de vorm van geld. Bij een dergelijk aandeel is er een grote kans dat dit zich in de toekomst gaat voordoen. Daarom wordt deze als vreemd vermogen aangemerkt. Wanneer wordt voldaan aan de voorwaarden van de '*Puttable financial instruments*' wordt het echter aangemerkt als eigen vermogen. Omtrent de zogenaamde '*Puttable financial instruments*' is pas sinds een paar jaar meer duidelijkheid ontstaan. De term puttable¹⁷⁹ betekent dat de aandeelhouder onder eerder overeengekomen voorwaarden zijn aandeel op een later moment op verzoek kan verkopen aan de onderneming en er daardoor feitelijk een terugbetalingsverplichting bestaat¹⁸⁰. Dit is niet in overeenstemming met de bovenstaande criteria voor eigen vermogen. Hierdoor zou het vermogensbestanddeel als vreemd vermogen worden aangemerkt. Een voorbeeld hiervan betrof een aandeel dat in geval van liquidatie, bij een vennootschap met vaste looptijd¹⁸¹, omgewisseld kon worden voor liquide middelen. Vanaf nu moet aan alle voorwaarden worden voldaan wil men een dergelijk instrument met terugbetalingsverplichting (via een optie) toch kwalificeren als eigen vermogen:¹⁸²

- Op moment van liquidatie bestaat het recht op een ontvangst van resterend vermogen. Dit naar verhouding van het aandelenbezit;

¹⁷⁶ Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.

¹⁷⁷ Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.

¹⁷⁸ Klaassen, J., Hoogendoorn, M.N., Vergoossen, R.G.A. (2008), Externe verslaggeving. Groningen: Wolters-Noordhoff.

¹⁷⁹ Een calloptie heeft de mogelijkheid om iets tegen een vooraf afgesproken prijs op een vooraf overeengekomen datum in de toekomst te kopen. Een putoptie heeft mogelijkheid om iets tegen een vooraf afgesproken prijs op een vooraf overeengekomen datum in de toekomst te verkopen.

¹⁸⁰ Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.

¹⁸¹ Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.

¹⁸² Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.

- Het instrument valt binnen de categorie van de meest achtergestelde instrumenten. Binnen deze categorie bezitten alle instrumenten identieke kenmerken;
- Het instrument heeft op geen enkele andere wijze overeenkomsten met een lening
- De waarde die het aandeel representeert, is als enig financieel instrument binnen de vennootschap afhankelijk van de geboekte resultaten of de nettowaarde van de in de vennootschap bestaande vermogensbestanddelen

Ook de Aandelen 2 van het Bankensyndicaat-arrest zullen volgens de IFRS worden aangemerkt als vreemd vermogen. De kwalificering als eigen vermogen verbiedt de verplichting om uitbetalingen te moeten doen waaraan een neerwaarts risico kleeft. Hiervan is in dit geval sprake. Ongeacht of er winst is gemaakt dient er uitbetaald te worden op de Aandelen 2. Dit gebeurt ten laste van de Aandelen 1. Feitelijk heeft het Equity Fonds zelf de keuze om het geld terug te krijgen doormiddel van een liquidatie die na drie jaar kan plaatsvinden. Aan de kwalificering als *'puttable instrument'* niet voldaan (zie onder andere bullet nr. 3).

5.4 De gevolgen van een dergelijke maatstaf

De *'substance over form'* benadering is binnen de IFRS van grote betekenis¹⁸³. Een eventuele divergentie tussen wat juridisch overeen is gekomen en wat de economische werkelijkheid is naar aanleiding van deze overeenkomst dan niet langer van belang. Dit omdat ten alle tijden aan wordt gesloten bij de economische werkelijkheid. Het mooie van de IFRS is de daadwerkelijke mogelijkheid hiertoe. Dit komt mede omdat de IFRS een dynamische maatstaf is die in ontwikkeling blijft en zich aanpast aan de economische werkelijkheid. Het civiele recht is daarentegen niet langer opgewassen om de financiële instrumenten van vandaag de dag voor fiscaalrechtelijke doeleinden te kwalificeren.

De Hoge Raad heeft in zijn arresten van herkwalificering afgezien zodat de rechtszekerheid van belastingplichtigen gewaarborgd kan worden. De vraag is wat de Hoge Raad onder deze rechtszekerheid verstaat en wat de daadwerkelijke consequenties van de herkwalificering van eigen vermogen zullen zijn. Deze gevolgen zullen zich tevens kunnen voordoen op het moment dat de IFRS de onderliggende maatstaf wordt. Dit komt omdat vermogen dan op een andere wijze wordt gekwalificeerd. Deze op het eerste oog nadelige gevolgen kunnen worden opgevangen door het invoeren van een overgangsrecht.

- *Internationale assimilatie van vennootschappen (art. 2 Wet VPB 1969)*

De erkenning van rechtspersonen niet zijnde de in Nederland erkende rechtspersonen worden voor de bepaling van de belastingplicht getoetst aan de hand van civielrechtelijke maatstaven. Een lichaam voor de vennootschapsbelasting is een vennootschap *"welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld"*¹⁸⁴. In artikel 2(1)(a) Wet VPB 1969 staat dat naast de bekende rechtspersonen ook *"andere vennootschappen"* belastingplichtig zijn voor de Vennootschapsbelasting. In het besluit van 11 december 2009¹⁸⁵ zijn de eisen die hieraan worden verbonden uitgebreid toegelicht. Essentieel is het onderscheid tussen transparante en non-transparante 'samenwerkingsverbanden'. Bij transparante vennootschappen worden de achterliggende

¹⁸³ Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.

¹⁸⁴ Zie art. 2(1)(a) Wet VPB 1969. & art. 3(1)(b) Wet VPB 1969.

¹⁸⁵ Besluit van 11 december 2009 BNB 2010/58 in navolging op het Besluit van 18 december 2004 BNB 2005/88.

personen of rechtspersonen belast voor de winst uit die vennootschap. Een non-transparante vennootschap is echter zelfstandig belastingplichtig¹⁸⁶. Het kan voorkomen dat, net zoals een hybride financieringsinstrument, onduidelijk is tot welke groep een vennootschap behoort. Dit wordt getoetst via een vergelijking tussen wat de Wet in het land van herkomst stelt en wat het Nederlandse Civiele recht hierover zegt. Een aantal kernelementen kunnen daarbij de doorslag geven¹⁸⁷:

- Kan het samenwerkingsverband over bezittingen beschikken (eigen rechten en plichten)?
- In hoeverre kan het samenwerkingsverband aansprakelijk worden gesteld?
- Wordt naar maatschappelijk inzicht voldaan aan “*welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld*”?
- Zijn deze ‘aandelen’, zonder de tussenkomst van met dit samenwerkingsverband verbonden personen of lichamen, over te dragen (toetsen vindt plaats aan de hand van de statuten)?

Op het moment dat wordt voldaan aan minstens drie¹⁸⁸ van de voorgaande elementen dan wordt de vennootschap gekwalificeerd als een lichaam welk belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting.

Omdat de toetsing van de aanwezigheid van “*een in aandelen verdeeld kapitaal*” plaatsvindt naar civielrechtelijke maatstaven, ontstaat er na het dichtens van de ene divergentie nu een andere. Dit omdat eigen vermogen wordt getoetst aan de hand van de IFRS terwijl de aandelen voor de kwalificering van een belastingplichtig rechtspersoon aan de hand van het civiele recht worden getoetst.

5.5 Overige consequenties

Bon & Cornelisse hebben in hun artikel diverse andere gevolgen omschreven¹⁸⁹. Herkwalificering van eigen vermogen via de nieuwe benadering van de IFRS kan ertoe leiden dat er een sfeerovergang plaatsvindt van de kapitaalsfeer naar de winstsfeer, of juist andersom. Andere mogelijke gevolgen zijn:

- *Toepasbaarheid deelnemingsvrijstelling art. 13 Wet VPB 1969 mogelijk in het gedrang*

De vraag is of na herkwalificering of toepassing van de IFRS nog wel aan het 5% criterium wordt voldaan. Kapitaal dat fiscaalrechtelijk niet langer als zodanig wordt behandeld, zorgt voor een reductie in het aandelenbezit waardoor men buiten de toepassing van de deelnemingsvrijstelling kan vallen. Toepassing van de IFRS kan het aandelenbezit zowel verkleinen als vergroten. Op de korte termijn kan dit resulteren in onevenwichtigheden die weinig steun zullen krijgen van belastingplichtigen.

- *Kwalificering als Beleggingdeelneming art. 13(10) Wet VPB 1969*

De beleggingsdeelneming is een vennootschap waarop de deelnemingsvrijstelling, wanneer wordt voldaan aan de voorwaarden, niet van toepassing kan zijn. In het geval dat vermogensbestanddelen, die initieel zijn aangemerkt als eigen vermogen, vanwege zijn kenmerken door toepassing van de IFRS als eigen vermogen wordt aangemerkt, kan dit ertoe leiden dat van een beleggingsinstelling niet langer sprake is. Hierdoor zou de deelnemingsvrijstelling op dergelijke deelnemingen weer van toepassing kunnen zijn. De vraag is of dit wenselijk is.

- *Fiscale eenheid art. 15 Wet VPB 1969.*

¹⁸⁶ Besluit van 11 december 2009 BNB 2010/58 in navolging op het Besluit van 18 december 2004 BNB 2005/88.

¹⁸⁷ Besluit van 11 december 2009 BNB 2010/58 in navolging op het Besluit van 18 december 2004 BNB 2005/88.

¹⁸⁸ Besluit van 11 december 2009 BNB 2010/58 ter vervanging van het Besluit van 18 december 2004 BNB 2005/88.

¹⁸⁹ Bon, W., & Cornelisse, R.P.C. (2008). *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137.

Eén van de voorwaarden om een fiscale eenheid aan te kunnen gaan is het bezitten van economisch en juridisch aandelenbelang in de dochteronderneming van gelijk of meer dan 95%. Ook dienen 95% van de stemrechten en de winstrechten in het bezit te zijn van de moedermaatschappij. Op het moment dat wordt overgegaan op een ander kwalificeringsregime voor vermogen, kan dit resulteren in een afwijkend aandelenbezit en recht op inspraak waardoor overeenkomstig art. 15(6) Wet VPB 1969 niet langer aan de voorwaarden wordt voldaan. Dit resulteert in een mogelijke ontbinding van de fiscale eenheid. Hieraan kunnen vervelende consequenties kleven op het moment dat er bijvoorbeeld vermogensbestanddelen van de ene naar de andere vennootschap zijn overgebracht. Bij ontbinding van de fiscale eenheid treedt daardoor art. 15ai Wet VPB 1969 in werking. Deze belast de winst die eigenlijk in aanmerking genomen had moeten worden alsnog.

- *Sfeerovergang Inkomstenbelasting*

Op het moment dat een natuurlijk persoon een aandelenbezit in een bepaalde rechtspersoon van meer dan 5% heeft, leidt dit ertoe dat de voordelen afkomstig uit deze aandelen in Box 2 tegen een tarief van 25% worden belast. Deze heffing wordt verrekend met de voorheffing van dividendbelasting. Wanneer de aandelen niet langer als zodanig worden aangemerkt kan dit ertoe leiden dat het wordt aangemerkt als vordering. Een vordering hoort thuis in Box 3 waar deze wordt belast tegen een forfaitair effectief tarief van 1,2%. De sfeerovergang naar box 3 resulteert volgens art. 4.23 Wet IB 2001 echter ook in een afrekening over het verschil tussen de verkrijgingsprijs en de waarde in het economisch verkeer van de 'aandelen' op het moment van overgang.

5.6 Conclusie

De gewezen arresten van 7 februari 2014 hebben naar mijn mening niet geresulteerd in een bevredigend besluit. Bij de betreffende vermogensbestanddelen is sprake van een divergentie tussen wat de economische realiteit is en tussen wat deze zou moeten zijn bij de juist gekozen civielrechtelijke rechtsvorm. Tevens gaat het in tegen wat men met de toepassing van de deelnemingsvrijstelling binnen het belastingrecht beoogd. Deze divergentie kan overkomen worden door over te gaan op herkwalificering. Uit de arresten is naar mijn mening echter gebleken dat de civielrechtelijke maatstaven onvoldoende onderscheid teweeg brengen tussen wat eigen- en vreemd vermogen is. Slechts de garantiefunctie bleek dermate onderscheidenlijk om eigen vermogen als zodanig te kunnen kwalificeren. Mijn standpunt is dat er gekeken dient te worden naar het gebruik van een andere maatstaf. De maatstaf waar ik op doel is de internationaal bekende en erkende IFRS welke binnen de accountancy grote populariteit genieten. De dynamische werking van de IFRS zorgt ervoor dat de hedendaagse hybride instrumenten op een gedegen manier gekwalificeerd kunnen worden. Dit komt doordat beide vermogenstypen duidelijke specificaties hebben binnen de IFRS. De gevolgen van de toepassing van de IFRS zijn in beginsel echter vrij groot. Zo resulteert dit in een divergentie tussen hoe een vennootschap binnen de vennootschapsbelasting gekwalificeerd wordt en hoe eigen vermogen op zich zelf wordt gekwalificeerd. Andere gevolgen zijn te vinden binnen de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, het behouden van een fiscale eenheid en de sfeerovergang binnen de inkomstenbelasting. In tegenstelling tot het huidige regime is de IFRS echter klaar voor de toekomst waardoor het over de langere termijn zeker een gewenst systeem is. Ter oplossing van oneffenheden op de korte termijn kan er een overgangsrecht worden ingevoerd.

Conclusie en samenvatting

De klassieke eigenschappen van zowel een aandeel als een lening kunnen worden gevonden in het Burgerlijk Wetboek. Daaruit blijkt dat civielrechtelijk wordt gesproken van een aandeel wanneer deze winstafhankelijk, achtergesteld, stemrecht bezit en een onbeperkte looptijd heeft. Dit terwijl een lening civielrechtelijk veelal een vaste looptijd, een vaste vergoeding en een terugbetalingsverplichting bevat. De financiële wereld heeft in internationaal opzicht de afgelopen decennia een enorme groei doorgemaakt wat heeft geresulteerd in diverse financiële instrumenten. De klassieke eigenschappen zijn daardoor dermate met elkaar verweven geraakt dat het eerst zo duidelijke onderscheid tussen eigen- en vreemd vermogen vervlogen is. Dit terwijl het civiele recht voor de fiscale kwalificering van vermogen in beginsel als uitgangspunt wordt genomen. De zogenaamde civielrechtelijke vorm is namelijk, getoetst naar civielrechtelijke maatstaven, beslissend omtrent de fiscale kwalificering van vermogensbestanddelen. In de afgelopen jaren is er echter in verschillende gevallen sprake geweest van een divergentie tussen de civielrechtelijk gekozen rechtsvorm en de economische werkelijkheid die op basis van die keuze zou moeten bestaan. Dit heeft binnen het belastingrecht geresulteerd in een drietal uitzonderingsgevallen, te weten de deelnemerschapslening, de bodemloze putlening en de schijnlening. De economische werkelijkheid week dus dermate af van wat civielrechtelijk correct was overeengekomen dat een kwalificering op basis daarvan totaal niet in lijn was met het doel en strekking van de belastingwetgeving. In alle drie de gevallen was civielrechtelijk sprake van vreemd vermogen. Via herkwalificering werden ze echter fiscaalrechtelijk aangemerkt als zijnde eigen vermogen. Enkel op fiscaalrechtelijk gebied resulteert dit dus in een andere kwalificering. Civielrechtelijk is nog steeds sprake van een lening.

Onlangs zijn een tweetal arresten¹⁹⁰ gewezen waarin de vraag centraal stond of een naar civielrechtelijke maatstaven gekwalificeerd eigen-vermogensbestanddeel, fiscaalrechtelijk aangemerkt moet worden als vreemd vermogen. De ene zaak betrof zogenaamde Redeemable Preference Shares welke werden gehouden door een Nederlandse vennootschap en welke de feitelijke kenmerken hadden van een geldlening. De andere zaak betrof aandelen welke, gezien in samenhang van de ondernomen transacties, diende ter vervanging van een lening. De voorwaarden van de aandelen hadden grote overeenkomsten met de eerdere lening. De Hoge Raad oordeelde in cassatie dat in beginsel de civielrechtelijke vorm – bepaald naar civielrechtelijke maatstaven- beslissend is. De garantiefunctie van kapitaal bleek daarbij hét civielrechtelijke onderscheid tussen eigen- en vreemd vermogen te zijn. De garantiefunctie betekent dat houders van aandelen, ten opzichte van schuldeisers, altijd zullen delen in de verliezen van de onderneming en onderhevig zijn aan het te lopen bedrijfsrisico. Omdat deze garantiefunctie inherent is aan eigen vermogen kan civielrechtelijk gesproken worden van eigen vermogen. Ongeacht het feit dat de economische werkelijkheid niet in overeenstemming is met de civielrechtelijke kwalificatie. Herkwalificering op basis van een onderscheid naar het te lopen bedrijfsrisico doorbreekt volgens de Hoge Raad de rechtszekerheid van belastingplichtigen.

Fiscaalrechtelijk is een juiste kwalificering van vermogen van groot belang. Door het verschil tussen de kapitaalsfeer en de winstsfeer wordt eigen vermogen fiscaalrechtelijk op een aparte wijze in de belasting betrokken dan vreemd vermogen. De kwalificering als zijnde eigen vermogen valt binnen de kapitaalsfeer. Hierdoor zijn winstuitkeringen niet aftrekbaar bij de verstrekker en belast bij de ontvanger. Vreemd vermogen

¹⁹⁰ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 & HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80.

valt daarentegen in de winstsfeer waardoor de verstrekte vergoeding bij de verstrekker ten laste van de winst kan worden gebracht. Bij de ontvanger wordt deze belast als (rente)bate.

Uit de twee recentelijk gewezen arresten is gebleken dat het civielrecht tekortkomingen heeft om als leidraad te kunnen fungeren bij de fiscale kwalificering van vermogen. Slechts de garantiefunctie bleek nog een dermate onderscheid te kunnen maken tussen eigen- en vreemd vermogen. En dat terwijl deze functie veelal pas tot uiting komt op het moment van faillissement of liquidatie. De garantiefunctie kan daarom lastig worden getoetst aan de economische werkelijkheid. Daarom behoort, naar mijn mening, het gebruik van een andere benadering waaraan het belastingrecht zijn vermogenskwalificering ontleent tot de mogelijkheden.

De IFRS is door zijn dynamische, praktische en goed toetsbare karakter een interessante mogelijkheid. Binnen de accountancy is de IFRS een belangrijke maatstaf om de jaarrekening op te maken. De IFRS hanteert de zogenaamde "*substance over form*" benadering als uitgangspunt. Voor de kwalificering van vermogensbestanddelen wordt in dat geval aangesloten bij de economische werkelijkheid. Dit in tegenstelling tot wat de kwalificering van vermogen aan de hand van het civiele recht nastreeft. Door altijd aan te sluiten bij de economische werkelijkheid is niet langer sprake van een divergentie tussen wat civielrechtelijk overeen is gekomen en de economische werkelijkheid die naar aanleiding van de civielrechtelijke vorm verwacht zou mogen worden. Vermogensbestanddelen zullen aan de hand van de duidelijk gespecificeerde kenmerken van de IFRS op een juiste wijze gekwalificeerd kunnen worden.

De invoering van de IFRS brengt echter wel met zich mee dat de op dit moment gekwalificeerde vermogensbestanddelen, wellicht te maken krijgen met een sfeerovergang. Met deze sfeerovergang wordt bedoeld dat een naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld eigen vermogensbestanddeel met toepassing van de IFRS niet langer als zodanig wordt gekwalificeerd. Fiscaalrechtelijk aandelenkapitaal wordt daarom in het vervolg als vreemd vermogen aangemerkt. Ook voor vermogen dat in het huidige systeem gekwalificeerd is als vreemd vermogen kan bij toepassing van de IFRS een sfeerovergang plaatsvinden. De toepassing van de IFRS kan daarnaast in strijd zijn met de manier waarop voor het Nederlands recht onbekende vennootschappen worden gekwalificeerd. Voor de vraag of sprake is van een rechtspersoon die belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting sluit men namelijk aan bij het civiele recht. Dit resulteert in een nieuwe divergentie. Namelijk tussen de wijze waarop een "*vennootschap welke kapitaal in aandelen is verdeeld*" wordt gekwalificeerd en de wijze waarop een op zich zelf staand vermogensbestanddeel wordt gekwalificeerd. Bovenstaande gevolgen en divergenties kunnen wellicht worden opgelost door de IFRS geleidelijk in te voeren via overgangsrecht.

Vervolgonderzoek zou zich kunnen focussen op de totstandkoming van een degelijk en maatschappelijk geaccepteerd overgangsrecht. De gevolgen van de invoering van de IFRS kunnen daarbij tevens extra in kaart worden gebracht. Dit teneinde een verwachte sfeerovergang zo goed mogelijk op te vangen. Ook kan vervolgonderzoek ingaan op de wijze waarop de zogenaamde 'andere vennootschappen' voor de vennootschapsbelasting worden gekwalificeerd. Deze kwalificering leunt momenteel grotendeels op het civiele recht. Door de invoering van de IFRS kan daardoor zoals eerder vermeld een divergentie ontstaan.

Referenties

Boeken

- Bakker, A.A., (2010), *Kennis Bedrijfseconomie*. Amsterdam: Brinkman uitgeverij.
- Bouwman J.N. (2002). *'Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting'*, Fiscale geschriften: FED.
- Ernst & Young Accountants LLP (Directoraat Vaktechniek). (2011). *Vergelijking IFRS met Nederlandse wet- en regelgeving 2011*. Rotterdam: Ernst& Young Accountants LLP.
- Geld, J. A. G. van der (2013). *Hoofdzaken Vennootschapsbelasting*. Deventer: Kluwer.
- Heithuis, E. J. W., Kavelaars, P., & Schuver, B. F. (2013). *Inkomstenbelasting: alsmede hoofdzaken loonbelasting*, Deventer: Kluwer.
- IJzerman, R.L.H., *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*. Deventer: Kluwer.
- Klaassen, J., Hoogendoorn, M.N., Vergoossen, R.G.A, (2008), *Externe verslaggeving*. Groningen: Wolters-Noordhoff.
- Kroeze, M. J., Timmerman, L., & Wezeman, J. B. (2013). *De kern van het ondernemingsrecht*. Deventer: Kluwer.
- Mackenzie, B., Coetsee, D., Njikizana, T., Chamboko, R., Colyvas, B., & Hanekom, B. (2012). *Wiley IFRS 2013: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards*. John Wiley & Sons: Hoboken.
- Mendel, M.M., Oostwouder W.J. (2007). *Hoofdzaken NV en BV*. Deventer: Kluwer.
- S. IJsselmuiden (2010). Groene Serie Rechtspersonen, *Artikelsgewijs commentaar bij artikel 2:373 BW aantekening 1*, Deventer: Kluwer.

Artikelen

- Aardema, E. (1986). *Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbegrip in enige belastingen*, WFR 1986/817.
- Bon, W., & Cornelisse, R.P.C. (2008). *Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen*, WFR 2008/137.
- Bouwman J.N., Boer, M.J. (2014). *Kapitaal is toch geen geldlening!*, NTFRB 2014/9.
- Bruijsten, C. (2013). *Civilrechtelijk geschapen rechtsverhoudingen niet beoogd; kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt als geldlening*, NTFR 2013-70.
- Geppart, P.A. (1965). *Fiscale rechtsvinding*, FED 1965. 149.
- Heithuis, E.J.W. (2014). *Wettelijk ingrijpen geboden?*, NTFR 2014/766.
- Hesselberth, G.J., Grabarz J. (2013). *Fiscale herkwalficatie van eigen in vreemd vermogen*, WFR 2013/628.
- Kampschoer, G.W.J.M. (2004). *IFRS en de verhouding tot het Nederlandse fiscale winstbegrip*, WFR 2004/1228.

- Lindonk, C.L. (2013). *Geldverstrekking in de vorm van Australische redeemable preference shares: lening of kapitaal?*, NTFR 2013-36.
- Lindonk, C.L. (2014). *Kapitaalverstrekking naar civielrechtelijke normen kan fiscaal niet worden aangemerkt als een geldlening*, NTFR 2014/738.
- Monteiro, W.W. (2011). *Redeemable Preference Shares aangemerkt als lening*, NTFR 2011/1548.
- Redactie V-N (2011). *Australisch financieringsinstrument vormt geen kapitaalverstrekking, maar lening*, V-N 2011/32.12.
- Redactie V-N (2012). *Deelnemingsvrijstelling voor op Australische shares ontvangen vergoeding*, V-N 2012/40.11.
- Redactie V-N (2012). *Hof merkt geldverstrekking ondanks vormgeving door middel van o.a. aandelenbelang aan als geldlening en opbrengst als belaste rente*, V-N 2012/54.10.
- Rompen, J.W. (2014). *Geldverstrekkings: drie arresten, een brief en een verzoek*, NTFR 2014/13
- Sikkelerus, W.P. (1972). *Aandelenkapitaal of lening*, WFR 1972/77.
- Snoeij R. (2009). *De kunst van het kwalificeren van geldverstrekkings voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm*, WFR 2009/1582.
- Van den Berg, J.E., ten Bokkel, C.S.G. (1997). *'Herkwalificatie: de nieuwste ontwikkeling'*, WFR 1997, p. 1416-1421 (afl. 6263).
- Van den Bos, A.J. (2014). *De civielrechtelijke vorm en de uitzonderingen*, NTFR 2014/1115.
- Wolvers, S. (2013). *Hernieuwde discussie over fiscale kwalificatie van civielrechtelijke geldleningen?*, NTFR 2013-486.

Arresten

- HR 18 mei 1949, Beslissingen in belastingzaken (B.) 8648
- HR 18 oktober 1950, 1950-10-18 BNB B 8843
- HR 8 oktober 1952 nr. 11 023, BNB B. 9259
- HR 3 november 1954, nr. 11 928 BNB 1954/357
- HR 5 juni 1957, nr. 13 127 BNB 1957/239
- HR 29 juni 1955 nr. 12 404 BNB 1955/302
- HR 6 november 1968, nr. 15 958 BNB 1971/73
- HR 24 februari 1971, nr. 16 460 BNB 1971/74
- HR 24 februari 1972, nr. 16 460 BNB1971/74
- HR 4 juni 1975 nr. 17 526 BNB 1975/152
- HR 27 januari 1988, nr. 23 919 BNB 1988/217
- HR, 11 maart 1998, nr. 32 240 BNB 1998/208
- HR 21 oktober 1992, nr. 27 476 BNB 1993/32
- HR 17 februari 1999, nr. 34 151 BNB 1999/176
- HR 15 december 1999, nr. 33 830 BNB 2000/126
- HR, 8 maart 2002, nr. 36 292 BNB 2002/210 (Cessna II-arrest).
- HR 22 november 2002, nr. 36 272 BNB 2003/34
- HR 29 november 2002, nr. C01/011HR (NJ 2003, 50)
- HR 29 oktober 2004, nr. 40 296 BNB 2005/64
- HR 25 november 2005, nr. 40 989 BNB 2006/82
- HR 25 november 2005, nr. 40 991 BNB 2006/83

- HR 8 september 2006, nr. 42 015 BNB 2007/104
- HR 9 mei 2008, nr. 43 849 BNB 2008/191
- HR 25 november 2011, nr. 08/05323 BNB 2012/37
- HR(A-G) 9 januari 2013, nr. 12/03540 BNB 2014/79
- HR (A-G) 26 juli 2013, nr. 12/04640 BNB 2014/80
- HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 (Bankensyndicaat-arrest)
- HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80 (RPS-arrest)
- HR 21 januari 1955, nr. 1955-01-21/NJ, 49979

- Hof 's-Gravenhage, 14 augustus 2012 nr. BK-11/00969 BNB 2014/79
- Hof Amsterdam 7 juni 2012, nr. 11/00174 BNB 2014/80

- Rb. Haarlem, 25 januari 2011, nr. 09/3391 BNB 2014/80
- Rb. 's-Gravenhage 21 november 2011, nr. AWB 10/9097 BNB 2014/79

Besluiten

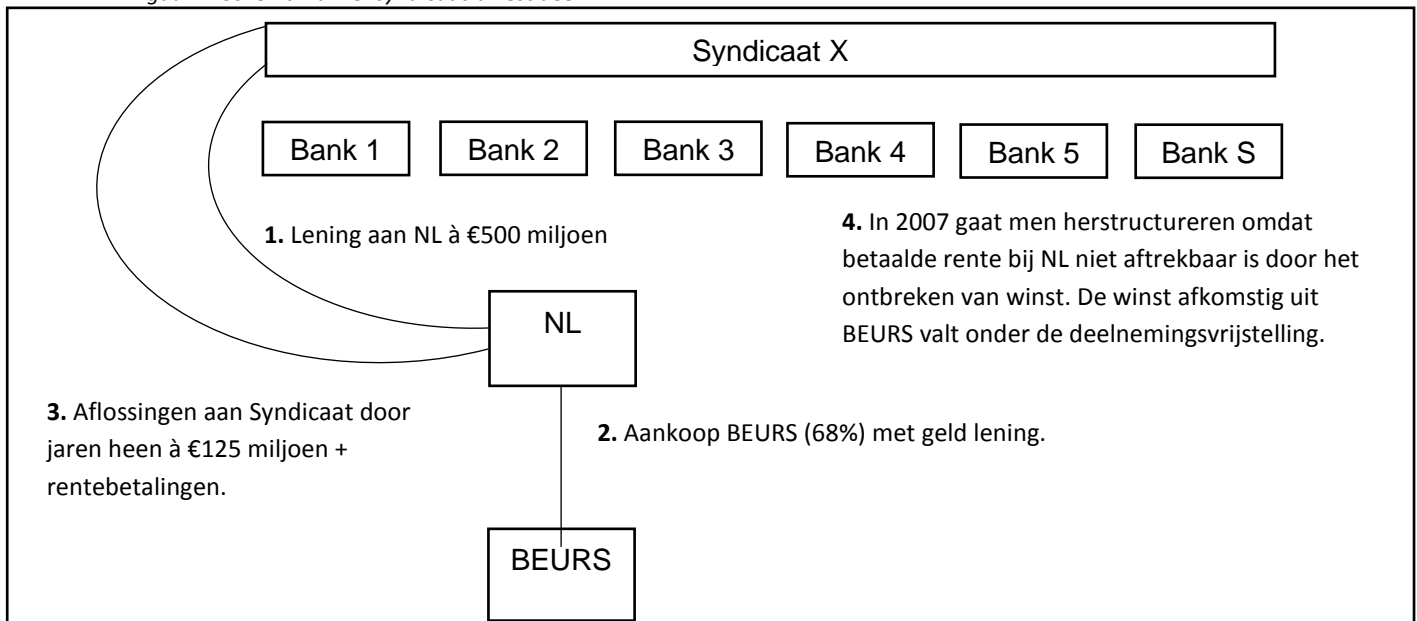
- Besluit van 18 december 2004 BNB 2005/88
- Besluit van 11 december 2009 BNB 2010/58

Internetdocument

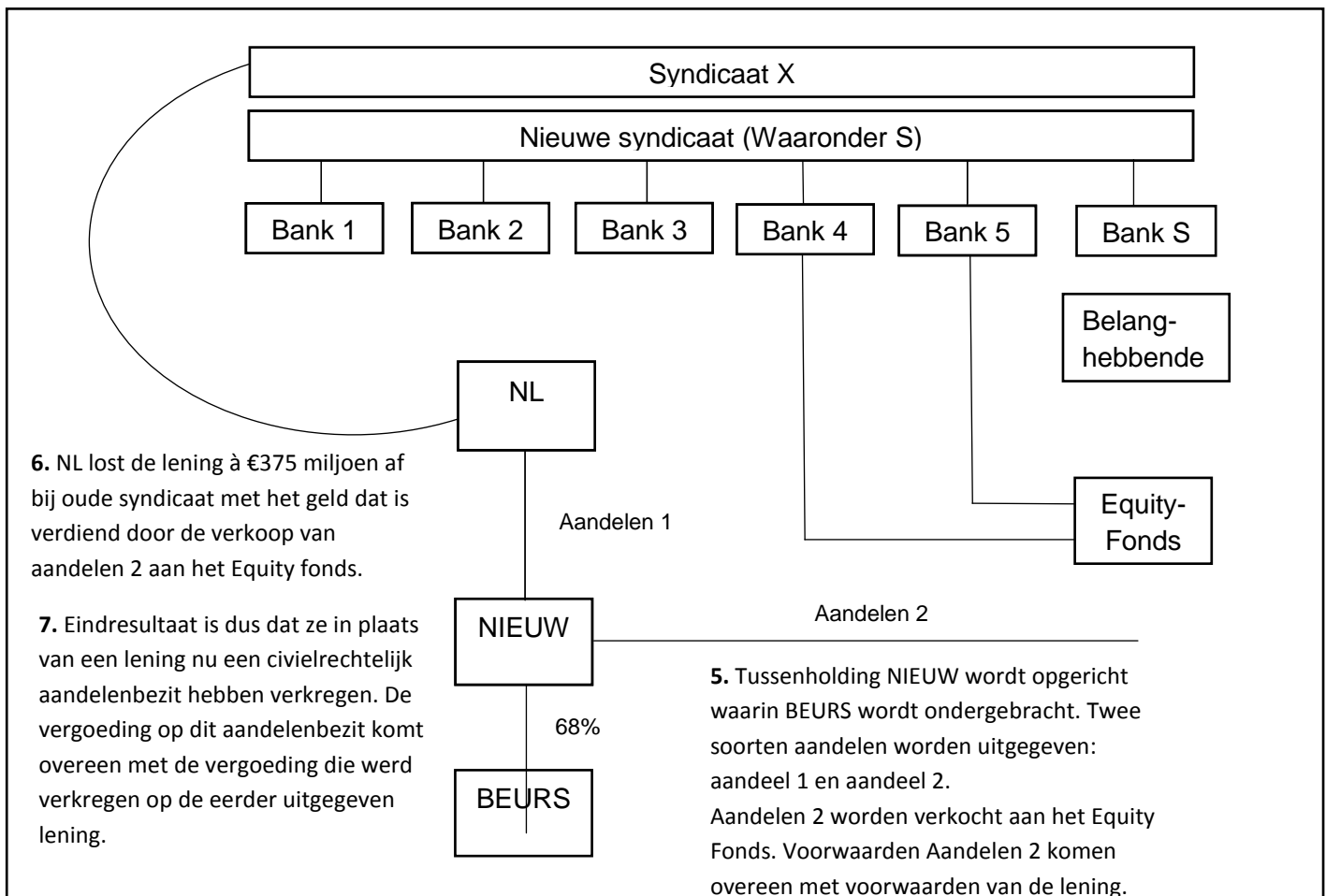
- IFRS (2013). *Technical Summary IAS3*. Afkomstig van <http://www.ifrs.org/IFRSs/IFRS-technical-summaries/Documents/English%20Web%20Summaries%202013/IAS%2032.pdf>. Geraadpleegd op 11 juli 2014.

Appendix

Figuur 1: Schema Bankensyndicaat-arrest deel 1¹⁹¹:



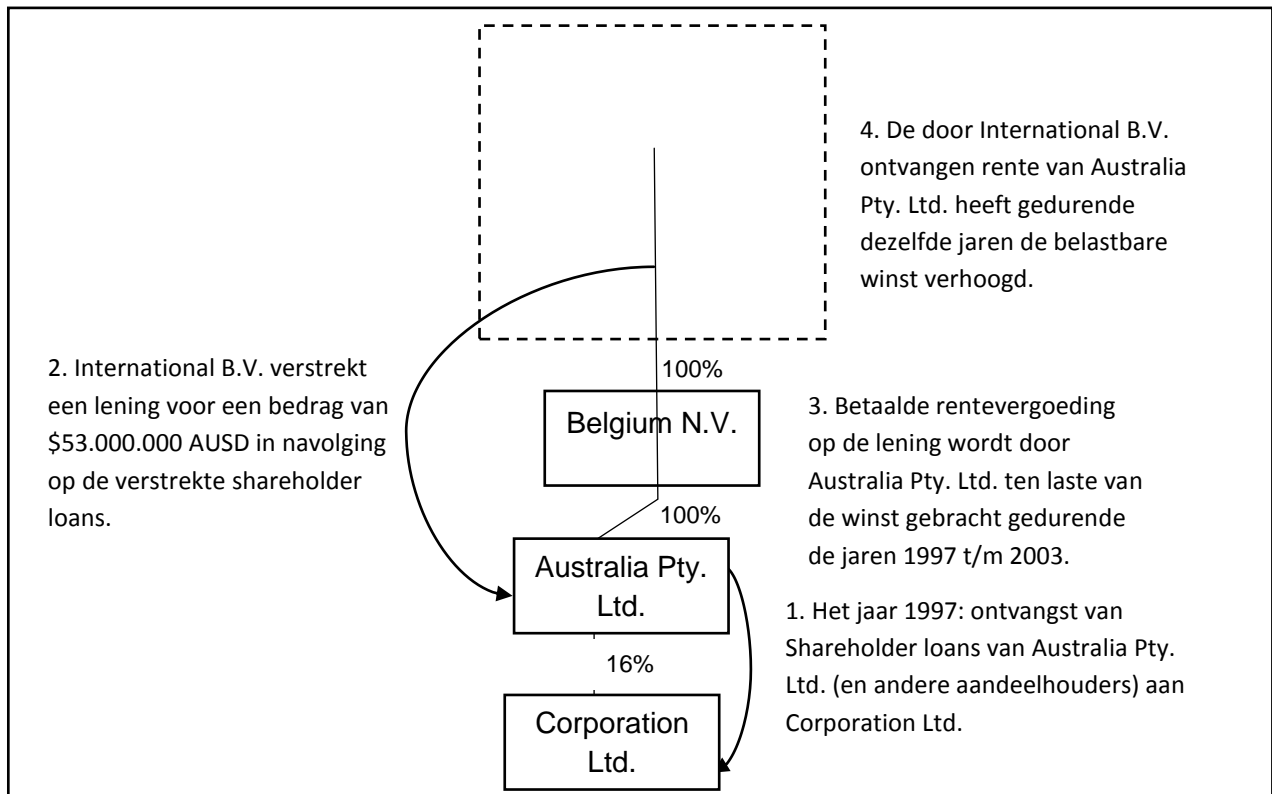
Figuur 2: Schema Bankensyndicaat-arrest deel 2¹⁹²:



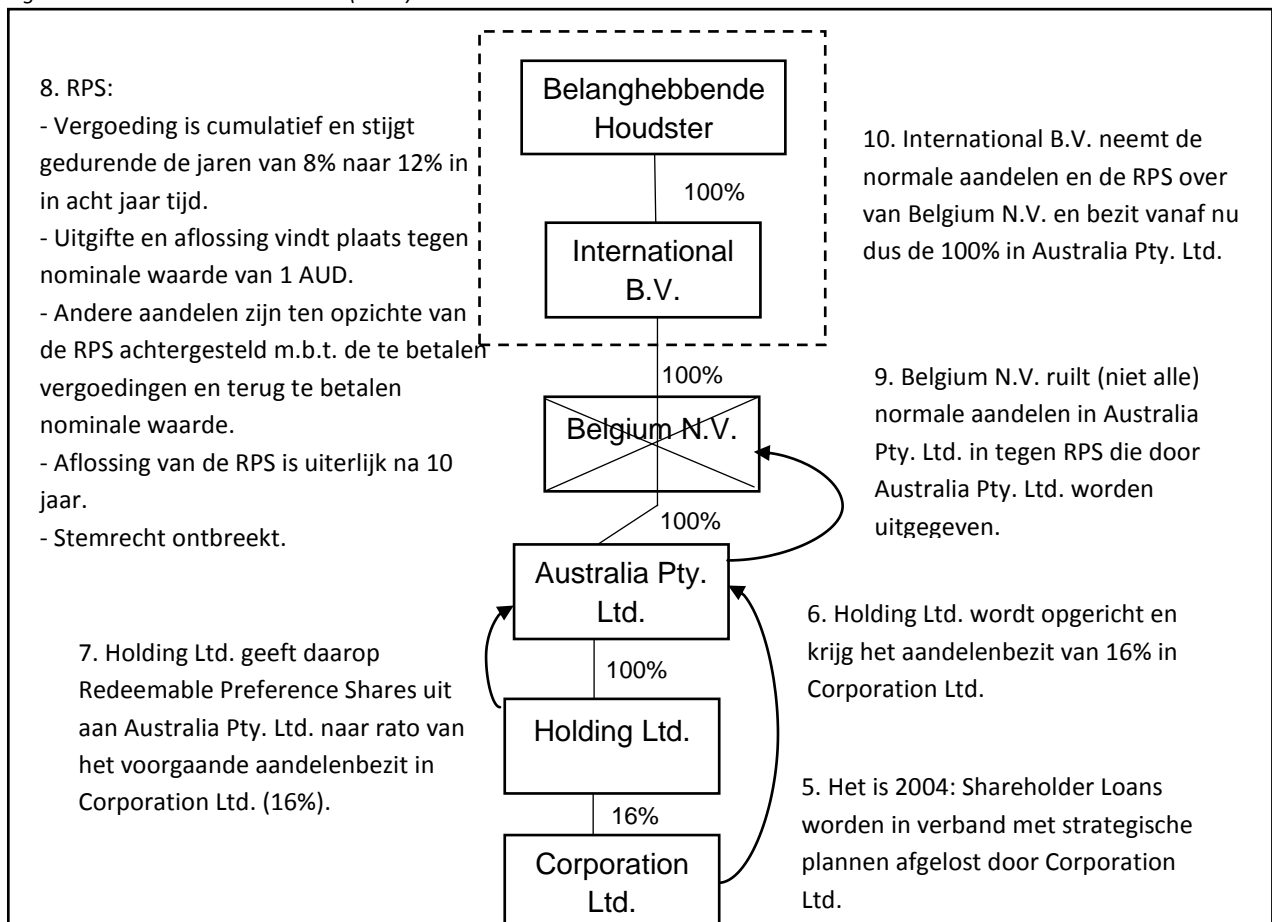
¹⁹¹ Ontleend aan HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 (Bankensyndicaat-arrest).

¹⁹² Ontleend aan HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 BNB 2014/79 (Bankensyndicaat-arrest).

Figuur 3: Schema RPS-arrest deel 1 (1997 t/m 2003)¹⁹³.



Figuur 4: Schema RPS-arrest deel 2 (2004)¹⁹⁴.



¹⁹³ Ontleend aan HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80 (RPS-arrest).

¹⁹⁴ Ontleend aan HR 7 februari 2014, nr. 12/04640 BNB 2014/80 (RPS-arrest).