

BACHELORSRIPTIE

# De kwalificatie van kapitaal na een herfinanciering

---

Naam: Guus Baak

Studentnummer: 360356

Begeleider: R.B.N. van Ovest

Rotterdam, 17 juli 2014

## Inhoudsopgave

1. Inleiding .....	3
2. Fraus legis .....	4
2.1 Inleiding .....	4
2.2 Richtige heffing.....	5
2.3 Fraus legis .....	5
2.4 Het subjectieve vereiste .....	6
2.5 Het objectieve vereiste.....	7
2.6 Gevolgen van fraus legis.....	7
2.7 Conclusie .....	8
3. Kwalificatie van vermogen .....	9
3.1 Inleiding .....	9
3.2 Eigen vermogen.....	9
3.3 Herkwalificatie vreemd vermogen .....	10
3.4 Herkwalificatie kapitaal .....	11
3.5 Conclusie .....	11
4. Deelnemingsvrijstelling .....	12
4.1 Inleiding .....	12
4.2 Kwalificerende deelneming.....	12
4.3 Niet-kwalificerende beleggingsdeelneming .....	13
4.4 Oogmerktoets.....	13
4.5 Bezittingentoets .....	13
4.6 Onderworpenheidstoets .....	14
4.7 Conclusie .....	14
5. Arresten van 7 februari .....	15
5.1 Inleiding .....	15
5.2 HR, 07-02-2014, nr 12/03540, BNB 2014/79 .....	15
5.3 HR, 07-02-2014, nr 12/04640, BNB 2014/80 .....	20
6. Winstdrainage .....	25
6.1 Inleiding .....	25
6.2 Winstdrainage-arrest tot invoering Artikel 10a Wet Vpb .....	25
6.3 Artikel 10a Wet Vpb .....	26
6.4 Fraus legis .....	28
6.5 Conclusie .....	29

7. Conclusie .....	31
8. Bronvermelding .....	34
8.1 Literatuurlijst .....	34
8.2 Kamerstukken.....	34
8.3 Jurisprudentie.....	35
8.4 Staatscourant .....	35

## 1. Inleiding

Op 7 februari 2014 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen HR, 07-02-2014, nr 12/03540, BNB 2014/79 en HR, 07-02-2014, nr 12/04640, BNB 2014/80 (hierna: arresten 7 februari) inzake de herfinanciering van een geldlening door middel van preferente aandelen en de fiscale kwalificatie van deze preferente aandelen voor de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 van de Wet op vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb). De deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb voorkomt dat winsten in deelnemingsverhoudingen meerdere malen worden belast, dit gebeurt door winsten uit een deelneming vrij te stellen bij de moedervenootschap.<sup>1</sup> De inspecteur stelde in beide arresten dat de vermogensverstrekking door middel van preferente aandelen een herfinanciering van een eerder verstrekte lening was, waardoor deze vermogensverstrekking moest worden aangemerkt als vreemd vermogen en er geen sprake was van de deelnemingsvrijstelling artikel 13 Wet Vpb. De inspecteur stelde verder in beide arresten dat de herfinanciering op zodanige wijze was vormgegeven dat er sprake was van *fraus legis*. Door het toepassen van *fraus legis* probeerde de inspecteur de inkomsten niet te laten vrijstellen onder de deelnemingsvrijstelling, maar de inkomsten in de heffing te betrekken. Bij de fiscale kwalificatie van vreemd vermogen is een aantal uitzonderingen gemaakt, waardoor vreemd vermogen wordt geherkwalificeerd, bijvoorbeeld door de bodemloze put lening. In de wet zijn er daarnaast een aantal renteaftrekbeperkingen opgenomen, zoals in artikel 10a Wet Vpb. De vraag die hierbij ontstaat is of door de arresten van 7 februari verschillen zijn ontstaan voor de kwalificatie van het vermogen en de kwalificatie met betrekking tot *fraus legis*.

De hoofdvraag luidt:

***Is de mogelijkheid groter geworden om kapitaal te herkwalificeren door het niet toestaan van *fraus legis* in de arresten van 07-02-2014?***<sup>2</sup>

Om de hoofdvraag te beantwoorden worden in hoofdstuk 2 het begrip *fraus legis* en de gevolgen van het toepassen van *fraus legis* behandeld. In hoofdstuk 3 worden de kwalificatie van vermogen en de fiscale gevolgen van de kwalificatie uitgewerkt. In hoofdstuk 4 zal de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb worden behandeld. In hoofdstuk 5 zullen de arresten van de Hoge Raad van 7 februari worden uitgewerkt. In hoofdstuk 6 zal worden ingegaan op de bestrijding van winstdrainage door middel van Artikel 10a Wet Vpb en *fraus legis*. In dit hoofdstuk zal de behandeling van *fraus legis* bij winstdrainage vergeleken worden met de behandeling van *fraus legis* in de arresten van de Hoge Raad op 7 februari 2014. In hoofdstuk 7 zal er een samenvatting worden gegeven waarna er een conclusie wordt getrokken over de uitspraak van de Hoge Raad. Daarmee wordt antwoord gegeven op de hoofdvraag.

---

<sup>1</sup> Streek, J.L. van de, *Cursus Belastingrecht, Vpb.2.4.0.A.a1 Inleiding*, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>2</sup> HR, 07-02-2014, nr 12/03540, BNB 2014/79, HR, 07-02-2014, nr 12/04640, BNB 2014/80.

## 2. Fraus legis

### 2.1 Inleiding

De herfinanciering van de lening in preferente aandelen in de arresten van 7 februari zorgde ervoor dat er niet langer rentebaten werden ontvangen, maar dat de uitgekeerde vergoedingen werden vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb. Deze herfinanciering zorgde ervoor dat er sprake was van het ontgaan van belasting. Als de wetgever en de belastingplichtige het niet eens zijn over de fiscale behandeling van deze herfinanciering zal de rechter moeten beslissen hoe de preferente aandelen fiscaal moeten worden behandeld. De rechter zal in zijn beoordeling worden gezien als wetstoepasser. Hiervoor gebruikt hij de interpretatiemethode waarbij hij kijkt naar de letter van de wet. Op het moment dat de wet geen duidelijkheid geeft zal de rechter bij het doen van zijn uitspraak zich oriënteren op de bedoeling van de wetgever (de historische methode), de systematiek van de wet (de systematische methode) of de eisen van het maatschappelijk verkeer (de teleologische methode).<sup>3</sup> De rechter heeft daarnaast de mogelijkheid om de wetsbepaling door middel van extensieve interpretatie op te rekken of door middel van de restrictieve interpretatie de wetsbepaling in te perken. Als een rechtshandeling niet rechtstreeks onder de wet valt is er de mogelijkheid om één van de bijzondere rechtsmiddelen toe te passen: fraus legis en richtige heffing. Deze bijzondere rechtsmiddelen komen pas aan bod als het eerder genoemde proces door de rechter is doorlopen en hij tot een oordeel is gekomen dat in strijd is met doel en strekking van de wet en er sprake is van belastingverijdeling. Door de bijzondere rechtsmiddelen zullen de feiten een andere kwalificatie krijgen, waardoor ze wel aanvaardbaar worden voor doel en strekking van de wet.<sup>4</sup>

Bij het bepalen of het ontgaan van belasting geoorloofd of ongeoorloofd is, moet volgens de Hoge Raad gekeken worden of de rechtshandeling is gebeurd met toelaatbare middelen en op normale wijze. 'Normaal is alles wat niet abnormaal is en toelaatbaar alles wat niet ontoelaatbaar is'.<sup>5</sup> Doordat dit geen duidelijke definities zijn zal dit voor veel rechtsonzekerheid zorgen.<sup>6</sup>

Voordat een bijzondere rechtsmiddel toegepast kan worden zal beoordeeld moeten worden of er sprake is van een schijnhandeling. Er is sprake van een schijnhandeling als de belastingplichtige met de rechtshandeling in werkelijkheid iets anders had beoogd. Bij een schijnhandeling gaat het om de interpretatie van de feiten, waardoor er niet is voldaan aan het subjectieve vereiste. Dit komt omdat belastingverijdeling niet het doorslaggevende motief is voor de rechtshandeling. De belastingplichtige heeft in werkelijkheid iets anders gewild, dan het verijdelen van belasting. Doordat niet voldaan is aan het subjectieve vereiste zal er geen sprake zijn van fraus legis of richtige heffing. De belastingplichtige zal bij een schijnhandeling moeten bewijzen wat hij werkelijk voor ogen had met de rechtshandeling. Juridisch zal bij een schijnhandeling niets tot stand komen, omdat door de

---

<sup>3</sup> Chin-Oldenziel, M. en Belkaid-Koubia, M., Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd, WFR 2013/1492.

<sup>4</sup> Blieck, L.A. de, Amersfoort, P.J. van, Blieck, J. de, Ouderaa, E.A.G. van der, Koopman, R.J., Algemene wet inzake rijksbelastingen, Deventer: Kluwer 2011, blz. 352-353.

<sup>5</sup> Verburg, Tussen de regels door, inaugurele rede, Deventer: Kluwer 1973, blz. 10.

<sup>6</sup> Blieck, L.A. de, Amersfoort, P.J. van, Blieck, J. de, Ouderaa, E.A.G. van der, Koopman, R.J., Algemene wet inzake rijksbelastingen, Deventer: Kluwer 2011, blz. 351.

belastingplichtige een andere rechtshandeling of uitkomst is bedoeld. Bij een schijnhandeling zal de beoogde rechtshandeling meegenomen worden in de belastingheffing.<sup>7</sup>

## 2.2 Richtige heffing

Het bijzondere rechtsmiddel, richtige heffing is opgenomen in artikel 31 algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) in 1925 en stond oorspronkelijk in wet tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen. De aanleiding voor het opnemen van richtige heffing was belastingverrijdeling met behulp van N.V. 's, door het niet uitkeren van de behaalde winst.<sup>8</sup> Door het niet uitkeren van de winst werd de belastingheffing door middel van dividend- en tantième belasting voorkomen en omdat er nog geen winstbelasting was, werd over de niet uitgekeerde winst niets geheven. Om nieuwe constructies te voorkomen werd gekozen voor een algemene formule in plaats van een wet(sbepaling) speciaal gericht op de bovenstaande constructie.<sup>9</sup>

De richtige heffing van artikel 31 AWR was net als *fraus legis* gericht op rechtshandelingen die in strijd waren met doel en strekking van de wet. Uit artikel 31 volgt dat richtige heffing alleen van toepassing kan zijn op directe belastingen in tegenstelling tot *fraus legis* dat op alle belastingen van toepassing kan zijn.<sup>10</sup> Bij het invoeren van zowel richtige heffing als *fraus legis* wordt gekeken naar het object- en subjectvereiste (zoals hieronder verder wordt besproken) om te beoordelen of richtige heffing of *fraus legis* toegepast kan worden.<sup>11</sup> Voor het invoeren van richtige heffing zal toestemming moeten worden gegeven door de minister op grond van artikel 32 AWR. De toestemming van de minister is sinds de jaren tachtig niet meer afgegeven. Door de Staatssecretaris is aangegeven dat er geen machtigingen meer worden afgegeven, omdat uit de jurisprudentie bleek dat de toepassing van het leerstuk van *fraus legis* was verruimd. Door deze verruiming valt richtige heffing binnen het toepassingsbereik van *fraus legis*. De Staatssecretaris gaf aan dat er geen wetwijziging zou volgen op het gebied van richtige heffing, omdat niet duidelijk was of er sprake zou zijn van een structurele verruiming van *fraus legis*.<sup>12</sup> Als sprake is van een rechtshandeling die onder richtige heffing valt, zal deze rechtshandeling worden genegeerd voor de belastingheffing, maar blijft de rechtshandeling civielrechtelijk wel bestaan.<sup>13</sup>

## 2.3 *Fraus legis*

Naast het bijzondere rechtsmiddel richtige heffing is het voor de inspecteur ook mogelijk om rechtshandelingen te bestrijden met *fraus legis*, mits die rechtshandeling in strijd zijn met doel en strekking van de wet en waarbij er sprake is van belastingverrijdeling. *Fraus legis* is in tegenstelling tot richtige heffing niet opgenomen in de wet. Het bijzondere rechtsmiddel *fraus legis* is ontstaan in het driedagenarrest van de Hoge Raad.<sup>14</sup> In het driedagenarrest was er sprake van een periodieke schenking die drie dagen voor het overlijden van de schenker stopte. Door drie dagen voor het

---

<sup>7</sup> Blieck, L.A. de, Amersfoort, P.J. van, Blieck, J. de, Ouderaa, E.A.G. van der, Koopman, R.J., Algemene wet inzake rijksbelastingen, Deventer: Kluwer 2011, blz. 351-354.

<sup>8</sup> Vermeulen, H., Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht, 7.3.1 Richtige heffing, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>9</sup> Blieck, L.A. de, Amersfoort, P.J. van, Blieck, J. de, Ouderaa, E.A.G. van der, Koopman, R.J., Algemene wet inzake rijksbelastingen, Deventer: Kluwer 2011, blz 356.

<sup>10</sup> Kooiman, W.R., De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, Tijdschrift Formeel Belastingrecht 2012/06.

<sup>11</sup> Blieck, L.A. de, Amersfoort, P.J. van, Blieck, J. de, Ouderaa, E.A.G. van der, Koopman, R.J., Algemene wet inzake rijksbelastingen, Deventer: Kluwer 2011, blz 352-354.

<sup>12</sup> Persbericht Ministerie van Financiën van 29 juli 1987, nr. 87/222, V-N 1987, Blz. 1768.

<sup>13</sup> Blieck, L.A. de, Amersfoort, P.J. van, Blieck, J. de, Ouderaa, E.A.G. van der, Koopman, R.J., Algemene wet inzake rijksbelastingen, Deventer: Kluwer 2011, blz 364.

<sup>14</sup> HR, 26-05-1926, NJ 1926, 723.

overlijden te stoppen werd voorkomen dat de schenking werd aangemerkt als verkrijging ten gunste van overlijden, waardoor minder belasting hoefde te worden afgedragen. Door de Hoge Raad werd geoordeeld dat de beëindiging drie dagen voor het overlijden enkel als doel had om de werking van het wetsvoorschrift te verijdelen, waardoor doel en strekking van de wet werden miskend. Hierdoor werd geoordeeld dat er sprake was van *fraus legis* en werd de rechtshandeling niet meegenomen in de belastingheffing.<sup>15</sup>

Doordat *fraus legis* pas na de gewone manier van rechtsvinding plaatsvindt en er geen sprake is van overeenstemming met doel en strekking van de wet wordt door IJzerman wel gesproken van 'ultimum remedium' ofwel het laatste redmiddel. Dit middel kan worden gebruikt om de rechtshandeling onder doel en strekking van de wet te brengen.<sup>16</sup>

De Hoge Raad heeft in een arrest in 1984 twee cumulatieve voorwaarden gesteld voor toepassing van *fraus legis*:<sup>17 18</sup>

- Het subjectieve vereiste (motiefvereiste): de doorslaggevende beweegreden voor het aangaan van de rechtshandeling is verijdeling van de belastingheffing.
- Het objectieve vereiste (normvereiste): de gekozen wijze van belastingverijdeling is strijdig met doel en strekking van de wet als de gewenste resultaat van de belastingplichtige wordt toegestaan.

#### 2.4 Het subjectieve vereiste

Aan het subjectieve vereiste wordt voldaan als de doorslaggevende reden voor het aangaan van de rechtshandeling of het complex van rechtshandelingen verijdeling van belastingheffing is. De bewijslast voor het subjectieve vereiste ligt bij de inspecteur. Als de inspecteur aannemelijk maakt dat verijdeling van belastingheffing de doorslaggevende beweegreden is voor het aangaan van de rechtshandeling, dan heeft de belastingplichtige vervolgens de mogelijkheid om aan te tonen dat er sprake is van een niet fiscale beweegreden.<sup>19</sup> In HR, 21-09-1983, nr. 22 060, BNB 1983/316 wordt beslissend geacht voor het subjectieve vereiste of er een meer dan bijkomstige rol is geweest voor de niet fiscale overwegingen. Uit dit arrest blijkt dat is voldaan aan het subjectieve vereiste als belastingverijdeling de doorslaggevende beweegreden is.

Niessen betoogt over het subjectieve vereiste dat dit de belastingplichtige extra waarborg biedt op het gebied van wetstoepassing, omdat de belastingplichtige zelf kan beslissen met welk oogmerk hij een transactie aangaat.<sup>20</sup> Dit geeft de belastingplichtige dus zelf de mogelijkheid om de toepassing van *fraus legis* te voorkomen. Ook Wattel geeft aan dat als aan het subjectieve vereiste wordt voldaan, 'dan verspeelt de belastingplichtige als het ware zijn recht op rechtsvinding aan de hand van de toepassing van de normale interpretatiemethoden en wordt een *ultimum remedium* ingezet om tot een door de rechter gewenst rechtsgevolg te komen'.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Vermeulen, H., *Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht*, 7.3.2 *Fraus legis*, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>16</sup> IJzerman, R.L.H., *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1990, blz. 47.

<sup>17</sup> HR, 21-11-1984, nr. 22.092, BNB 1985/32, HR, 20-03-1985, nr 23 003, BNB 1985/171.

<sup>18</sup> Blicck, L.A. de, Amersfoort, P.J. van, Blicck, J. de, Ouderaa, E.A.G. van der, Koopman, R.J., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2011, blz 366.

<sup>19</sup> Niessen, R.E.C.M., *Fraus legis in de 21e eeuw*, NTFRB, 2011/6.

<sup>20</sup> Niessen, R.E.C.M., *Fraus legis in de 21e eeuw*, NTFRB, 2011/6.

<sup>21</sup> Wattel, P.J., *Algemeen belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1999, blz. 63.

## 2.5 Het objectieve vereiste

Bij het objectieve vereiste is de gekozen wijze van belastingverrijdeling strijdig met doel en strekking van de wet als het gewenste resultaat van de belastingplichtige wordt toegestaan. Het gaat hierbij om een rechtshandeling of een complex van rechtshandelingen, die ervoor zorgen dat geen of gedeeltelijke belastingheffing plaatsvindt ten opzichte van de situatie zonder de rechtshandeling of een complex van rechtshandelingen en waarbij de gewone rechtsvinding geen uitkomst biedt. Het resultaat dat door de rechtshandeling van de belastingplichtige wordt behaald is niet zo bedoeld door de wetgever, waardoor dit resultaat in strijd is met doel en strekking van de wet. Opgemerkt dient te worden dat het objectieve vereiste voor de belastingplichtig niet direct van toepassing hoeft te zijn, als er gekozen wordt voor de aantrekkelijkste weg.<sup>22</sup> Uit het arrest HR, 13-03-2009, nr. 43 946, BNB 2009/123 blijkt dat de vrijheid om de aantrekkelijkste weg te kiezen wordt overschreden als er sprake is van een rechtshandeling zonder reëel belang en deze rechtshandeling kunstmatig wordt vormgegeven met als doel belastingverrijdeling en in strijd is met doel en strekking van de wet.

Chin-Oldenziel en Belkaid-Koubia hebben in hun onderzoek naar de beoordeling van de Hoge Raad op het gebied van het normvereiste (ook wel het subjectieve vereiste genoemd) twee methodes van beoordeling vastgesteld: de wetshistorische methode en de wetssystematische methode. Bij de wetshistorische methode wordt gekeken naar achtergrond en doelstelling van de wet om te beoordelen wat het doel en de strekking van de wet is. Daarbij wordt gekeken naar of de wetgever zich bewust was van de mogelijkheid van geheel of gedeeltelijk ontgaan van belastingheffing en of hiervoor een regeling is getroffen bij het opstellen van de wet. Als hier geen sprake van is zal fraus legis niet kunnen worden toegepast.<sup>23</sup> Bij de wetssystematische methode wordt gekeken naar wat de plaats en functie van een wetsbepaling binnen het systeem is en wat het doel en strekking van deze wetsbepaling is.<sup>24</sup>

## 2.6 Gevolgen van fraus legis

Als door de rechtbank wordt geoordeeld dat er sprake is van fraus legis zal het gevolg zijn dat de werkelijk gedane rechtshandeling niet wordt meegenomen in de belastingheffing. Er zal in dat geval substitutie plaatsvinden naar het naastbij gelegen binnen de regels, wat zorgt voor heffing, geen aftrek of geen vrijstelling. De rechtshandeling valt als er sprake is van fraus legis niet rechtstreeks onder toepassing van de wet. Daarom is substitutie nodig om de rechtshandeling te verplaatsten naar een plek binnen de wet.<sup>25</sup>

De wijziging als gevolg van de substitutie zal alleen gelden voor de fiscale behandeling van de rechtshandeling, civielrechtelijk zal er voor de rechtshandeling geen verandering plaatsvinden.<sup>26</sup> Als fraus legis ontstaat tijdens de rechtshandeling, zal substitutie plaatsvinden vanaf het moment dat fraus legis optreedt. Dit is besloten door de Hoge Raad in een zaak waarin de verplaatsing van een bv

---

<sup>22</sup> Niessen, R.E.C.M., *Fraus legis in de 21e eeuw*, NTFRB, 2011/6.

<sup>23</sup> Blieck, L.A. de, Amersfoort, P.J. van, Blieck, J. de, Ouderaa, E.A.G. van der, Koopman, R.J., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2011, blz 361.

<sup>24</sup> Chin-Oldenziel, M. en Belkaid-Koubia, M., *Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd* WFR 2013/1492.

<sup>25</sup> Vermeulen, H., *Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht*, 7.4.1 Rechtsvinding en fraus legis, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>26</sup> Niessen, R.E.C.M., *Fraus legis in de 21e eeuw*, NTFRB, 2011/6.



naar de Nederlandse Antillen ervoor zorgde dat voor de lening sprake was van fraus legis. Op het moment dat er sprake was van fraus legis werd de aftrek van de rente door substitutie voorkomen.<sup>27</sup>

Bij fraus legis zullen de rechtshandelingen worden gesubstitueerd als ze in strijd zijn met doel en strekking van de wet. Niesen geeft aan dat hierdoor fraus legis 'niet strookt met uitgangspunten van de liberale rechtsstaat', omdat de rechtshandelingen door de substitutie niet meer worden beoordeeld onder de wet.<sup>28</sup>

## 2.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is het bijzondere leerstuk fraus legis besproken. Fraus legis komt aan de orde als het proces van normale rechtsvinding is doorlopen en er is voldaan aan de twee vereiste: het resultaat van de rechtshandeling is in strijd met doel en strekking met de wet en de doorslaggevende reden voor het aangaan van de rechtshandeling is belastingverijdeling. Fraus legis kan worden gezien als laatste redmiddel voor de inspecteur. Het gevolg van fraus legis is dat door middel van substitutie de rechtshandeling wel aanvaardbaar wordt voor doel en strekking van de wet. De inspecteur heeft op het leerstuk fraus legis in de arresten van 7 februari willen toepassen op het moment dat door gewone rechtsvinding de inkomsten niet konden worden belast.

Als bij de arresten van 7 februari het leerstuk fraus legis wordt toegepast zal dit ervoor zorgen dat door substitutie de financiering niet meer wordt aangemerkt als kapitaal, maar als vreemd vermogen. Door de toepassing van het leerstuk fraus legis worden de inkomsten niet meer vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling, maar worden de inkomsten als rentenbaten belast. Daarnaast worden de rentenkosten in het geval van substitutie aftrekbaar. De vraag is of door de Hoge Raad in beide arresten geoordeeld moet worden dat sprake is van fraus legis waardoor de inkomsten moeten worden belast.

---

<sup>27</sup> Visser, Tarief na zetelverplaatsing bepaalt of sprake is van redelijke heffing, NTFR, 2002/1900.

<sup>28</sup> Niessen, R.E.C.M., Fraus legis in de 21e eeuw, NTFRB, 2011/6.

## 3. Kwalificatie van vermogen

### 3.1 Inleiding

Een vennootschap is in 2:64 BW jo. 2:175 BW beschreven als een rechtspersoon met overdraagbare aandelen verdeeld in maatschappelijk kapitaal. Het kapitaal is verdeeld in aandelen van de vennootschap en vormt het eigen vermogen van de vennootschap. Naast een vermogensverstrekking met kapitaal kan er ook een vermogensverstrekking worden gedaan door middel van een lening (vreemd vermogen). Voor de fiscale kwalificatie van vermogen heeft de Hoge Raad in het Unilever-arrest besloten dat de civielrechtelijke vorm beslissend is. Dit arrest wordt later in dit hoofdstuk besproken.<sup>29</sup>

De vergoeding die wordt betaald voor vreemd vermogen zal in veel gevallen aftrekbaar zijn als rentekosten op basis van artikel 8 Wet Vpb jo. artikel 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001. De vergoeding voor eigen vermogen (dividend) is in tegenstelling tot rente niet aftrekbaar op basis van artikel 10 lid 1 onderdeel a en c Wet Vpb. Het is voor vennootschappen aantrekkelijk om een financiering te laten plaatsvinden met vreemd vermogen, omdat de betaalde rente voor een aftrekpost zorgt.

### 3.2 Eigen vermogen

Uit de artikel 2:190 BW valt op te maken dat aandelen aanspraak moeten kunnen maken op een uitkering van de winst of een reserve dan wel stemrecht met zich mee moeten brengen.<sup>30</sup>

Eigen vermogen onderscheidt zich van vreemd vermogen op de volgende punten:<sup>31</sup>

- Voor de kapitaalverstrekker is de mate van achtergesteldheid van belang op het moment dat de vennootschap niet meer in staat is om te voldoen aan zijn verplichtingen. Dit is een risico dat zowel gelopen wordt bij het verstrekken van eigen vermogen als van vreemd vermogen, maar hierbij heeft de verstrekker van vreemd vermogen een preferente positie ten opzichte van een kapitaalvertrekker. Terwijl de verstrekker van vreemd vermogen direct aanspraak kan maken op zijn vordering, is een aandeelhouder achtergesteld op alle crediteuren.
- De looptijd van eigen vermogen is onbeperkt, omdat dit niet wordt afgelost door de vennootschap. Vreemd vermogen zal door de verplichting tot aflossen wel een beperkte looptijd hebben.
- Eigen vermogen kent een vergoeding die afhankelijk is van de winst van de vennootschap, omdat de winst het object is waaruit dividend wordt uitgekeerd. Bij vreemd vermogen wordt een vaste rentevergoeding afgesproken die niet afhankelijk is van de winstgevendheid van de onderneming.
- Aan eigen vermogen is zeggenschap in de onderneming verbonden door middel van stemrecht, terwijl de verschaffer van vreemd vermogen geen inspraak heeft in de onderneming.

---

<sup>29</sup> HR, 27-01-1988, nr 23 919, BNB 1988/217.

<sup>30</sup> 2:190 BW: 'Rechten die stemrecht noch aanspraak op uitkering van winst of reserves omvatten, worden niet als aandeel aangemerkt.'

<sup>31</sup> Geld, J.A.G. van der, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2013, blz. 77-78.

### 3.3 Herkwalificatie vreemd vermogen

De Hoge Raad heeft bij de civielrechtelijke kwalificatie van vreemd vermogen drie uitzonderingen gemaakt voor de fiscale kwalificatie: de schijnlening, de bodemloze put lening en de deelnemerschapslening.

#### *Schijnlening*

Een schijnlening is een lening die alleen naar uiterlijke schijn kan worden gezien als een lening, terwijl er eigenlijk een kapitaalvertrekking is beoogd. Op het moment dat er sprake is van een schijnlening zal deze lening fiscaal worden gezien als kapitaal, op basis van 'substance over form'(wezen voor schijn). Door de fiscale kwalificatie als kapitaal is de deelnemingsvrijstelling van toepassing, waardoor de kapitaalkosten en baten niet worden meegenomen in de vennootschapsbelasting.<sup>32</sup>

#### *Bodemloze put lening*

In het Unilever-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld over een zaak waar door de moedervenootschap vermogen was verstrekt aan de noodlijdende dochtervenootschap.<sup>33</sup> De Hoge Raad oordeelde in deze zaak over de situatie, waarin de moedervenootschap een lening verstrekte aan een dochtervenootschap onder zodanige voorwaarden, dat duidelijk was bij het aangaan van de lening dat deze lening geheel of gedeeltelijk niet zou worden terugbetaald. Hierbij gaf de Hoge Raad aan dat bij de fiscale kwalificatie van vermogen in beginsel moet worden aangesloten bij de civielrechtelijke vorm. De Hoge Raad gaf aan dat een willekeurige derde de lening niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn aangegaan en oordeelde dat er sprake was een informele kapitaalstorting. Deze lening kreeg de naam 'bodemloze put lening'. De uitspraak van de Hoge Raad zorgde ervoor dat als bij een bodemloze put lening civielrechtelijk aan de voorwaarden van een lening is voldaan, deze lening fiscaalrechtelijk kan worden aangemerkt als kapitaal.

#### *Deelnemerschapslening (artikel 10 lid 1 onderdeel d Wet Vpb)*

In het arrest HR, 11-03-1998, nr 32 240 BNB 1998/208 heeft de Hoge Raad een aantal cumulatieve voorwaarden gesteld aan de kwalificatie van een lening als kapitaal door middel van de deelnemerschapslening:

- De lening heeft een winstafhankelijke vergoeding.
- De lening is achtergesteld op concurrente schuldeisers.
- De schuld heeft geen vaste looptijd; dit is het geval bij een looptijd langer dan 50 jaar.

Als er sprake is van een deelnemerschapslening zal de lening fiscaal worden aangemerkt als kapitaal en kunnen de betaalde vergoedingen en de waardemutaties niet in aftrek worden gebracht van de winst. Door toepassing van de deelnemerschapslening wordt afgeweken van de civielrechtelijke kwalificatie als lening en wordt de lening fiscaal aangemerkt als kapitaal. De reden hiervoor is dat de lening veel eigenschappen heeft die overeenkomen met kapitaal.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Kluwer, Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Aantekening 7.3 Schijnlening bij: Wet inkomstenbelasting 2001, Artikel 3.8, Deventer: Kluwer, 2014.

<sup>33</sup> HR, 27-01-1988, nr 23 919, BNB 1988/217

<sup>34</sup> Vermeulen, H., Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, 2.2.2.D.a Inleiding, Deventer: Kluwer, 2014.

### 3.4 Herkwalificatie kapitaal

In het Unilever arrest is aangegeven dat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de kwalificatie van vermogen.<sup>35</sup> De drie uitzonderingen op deze regel die eerder in dit hoofdstuk worden besproken zorgen voor herkwalificatie van vreemd vermogen. Bon en Cornelisse geven aan dat herkwalificatie van een kapitaalverstrekking in een geldlening alleen mogelijk is op basis van het constateren van een schijnhandeling. Zij geven aan dat de aflossingsverplichting en/of een vastgestelde duur niet van belang zijn voor herkwalificatie. Voor de herkwalificatie van kapitaal wordt door beiden aangegeven dat doorslaggevend is of het kapitaal risicodragend is door de mogelijkheid van aantasting van de terugbetaling aan de aandeelhouders door eventuele verliezen. Beiden maken echter uit de uitspraken van de fiscale rechter op dat als hij had willen afwijken van de civielrechtelijke kwalificatie, hij dit al lang zou hebben gedaan.<sup>36</sup> Dit standpunt wordt ook bevestigd door Snoeij.<sup>37</sup>

### 3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is kwalificatie van zowel kapitaal als vreemd vermogen besproken. In de arresten van 7 februari hebben de herfinancieringen veel eigenschappen van vreemd vermogen. Uit de uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat voor de fiscale kwalificatie de civielrechtelijke vorm beslissend is. Uit de literatuur blijkt dat de terugbetalingsverplichting bij eventuele verliezen van belang is bij het beoordelen of er sprake is van vreemd vermogen of kapitaal, maar dat als de fiscale rechter dit als doorslaggevend punt had willen gebruiken, hij dit al lang zou hebben gedaan. Door geen uitzonderingen te maken op de civielrechtelijke kwalificatie zorgt de rechter ervoor dat er sprake is van rechtszekerheid voor de belastingplichtige.

De herkwalificatie van vreemd vermogen heeft drie uitzonderingen (schijnlening, bodemloze put lening en deelnemerschapslening) om af te wijken van de civielrechtelijke vorm. Er kan bij de herkwalificatie van kapitaal alleen afgeweken worden van de civielrechtelijke vorm als er sprake is van een schijnhandeling. Bij de arresten van 7 februari lijkt in mijn opinie de kans op toepassing van een schijnhandeling klein, omdat de belastingplichtigen er juist voor willen zorgen dat de inkomsten worden vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. Aangezien de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale kwalificatie zal in beide arresten sprake zijn van kapitaal, waardoor er sprake is van de deelnemingsvrijstelling. De belastingplichtige heeft deze kwalificatie in werkelijkheid ook beoogd, waardoor geen sprake is van een schijnhandeling.

---

<sup>35</sup> HR, 27-01-1988, nr 23 919, BNB 1988/217, ook aangegeven in: HR, 11-03-1998, nr 32 240, BNB 1998/208 en HR, 08-09-2006, nr 42 015, BNB 2007/104.

<sup>36</sup> Bon, W., en Cornelisse, R.P.C., Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen, WFR 2008/137.

<sup>37</sup> R. Snoeij, R., De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekingen voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm, WFR 2009/1582.

## 4. Deelnemingsvrijstelling

### 4.1 Inleiding

De deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Vpb heeft als doel om in een concernverhouding winst en verlies slechts één keer in de heffing te betrekken. Dit wordt bewerkstelligd door bij de winst van de moeder vennootschap alle voordelen uit hoofde van een deelneming (kwalificerende deelneming) vrij te stellen. Onder voordelen uit hoofde van een deelneming vallen zowel dividenden als koersresultaten, maar niet winsten en verliezen bij liquidatie. De deelnemingsvrijstelling geldt zowel voor binnenlandse als buitenlandse deelnemingen en is daarnaast verplicht van toepassing als aan de eisen wordt voldaan. Beleggingsinstellingen zijn hier van uitgezonderd.<sup>38</sup>

### 4.2 Kwalificerende deelneming

Voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling worden alle voordelen uit hoofde van een kwalificerende deelnemingen vrijgesteld. Zoals in lid 2 is beschreven zullen deelnemingen waarin de moeder vennootschap ten minste 5 procent van het nominaal gestorte aandelenkapitaal bezit, worden aangemerkt als kwalificerende deelnemingen. Hieronder valt ook bezit in een fonds voor gemene rekening, coöperatie, vereniging of commanditaire vennootschap.<sup>39</sup> Sinds de invoering van de flex-bv regels in 01-10-2012 vallen stemrechtloze aandelen en winstloze aandelen ook onder de deelnemingsvrijstelling.<sup>40</sup> Preferente aandelen zullen ook worden gezien als kwalificerende deelneming voor artikel 13 lid 2 Wet Vpb als ze ten minste 5 procent van het nominale aandelenkapitaal vormen. Hierbij is stemrecht niet van belang.<sup>41</sup> Op basis van artikel 13 lid 3 Wet Vpb is er bij vennootschappen binnen de EU ook sprake van een kwalificerende deelneming als de aandelen ten minste 5 procent van de stemrechten vertegenwoordigen en aan de voorwaarden wordt voldaan. Om aan deze voorwaarden te voldoen zal het land (binnen de EU) waar de deelneming is gevestigd met Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting moeten hebben gesloten dat voorziet in een verlaging van belastingheffing op dividenden op grond van het aantal stemrechten.

In artikel 13 Wet Vpb is de deelnemingsvrijstelling uitgebreid door de meesleepregeling in lid 4. De meesleepregeling is van toepassing als de moeder vennootschap een kwalificerende deelneming bezit, zoals beschreven in lid 2 en lid 3. Door de meesleepregeling zullen winstbewijzen en deelnemerschapsleningen (artikel 10 lid 1 onderdeel d) ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen. In lid 5 is een meetrekregeling opgenomen voor deelnemingen met een belang van minder dan 5 procent in concernverband van de belastingplichtige. Als een kwalificerende deelneming of een verbonden lichaam een kwalificerend belang heeft, zoals beschreven in artikel 13 lid 2 en 3 Wet Vpb, zullen de voordelen uit hoofde van een deelneming ook zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. De definitie van een verbonden lichaam is opgenomen in artikel 10a lid 4 Wet Vpb. Er is op basis van artikel 10a lid 4 Wet Vpb sprake van een verbonden lichaam als: de belastingplichtige een belang heeft van een derde gedeelte of meer in een lichaam, een lichaam in de belastingplichtige een belang heeft van een derde gedeelte of meer of een lichaam waarin een derde

---

<sup>38</sup> Geld, J.A.G. van der, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2013, blz. 145-153.

<sup>39</sup> Bij een commanditaire vennootschap gaat het om gerechtigdheid tot de winst in plaats van ten minste 5% om als kwalificerende deelneming te gelden.

<sup>40</sup> Geld, J.A.G. van der, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2013, blz. 161.

<sup>41</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën, 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, Strct. nr. 47, onderdeel 1.2, BNB 2008/121.

een belang heeft voor een derde of meer, terwijl deze derde tevens een belang heeft van een derde of meer in de belastingplichtige. Onder de meetregelgeving vallen aandelen, deelnemerschapsleningen en winstbewijzen van de belastingplichtige.

#### 4.3 Niet-kwalificerende beleggingsdeelneming

De deelnemingsvrijstelling kent een uitzondering in artikel 13 lid 9 Wet Vpb voor deelnemingen die worden gehouden als belegging. Om te bepalen of deelnemingsvrijstelling van toepassing is moet gekeken worden of er sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming. Er is sprake van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming als aan de oogmerktoets, bezittingentoets en de onderworpenheidstoets wordt voldaan. Als aan één of meerdere toetsen niet wordt voldaan zal er sprake zijn van de deelnemingsvrijstelling als aan de eisen van artikel 13 lid 2 of 3 Wet Vpb wordt voldaan.

Er worden in artikel 13 lid 10 Wet Vpb nog twee ficties gegeven voor een beleggingsdeelneming. Op basis van lid 10 onderdeel a is er sprake van een beleggingsdeelneming als de bezittingen van een lichaam waarin de belastingplichtige een deelneming heeft pro rata geconsolideerd gezien, grotendeels bestaan uit beleggingen van minder dan 5 procent. Deze uitzondering wordt gemaakt om te voorkomen dat door middel van het tussenschuiven van een buitenlandse tussenholding alsnog gebruik kan worden gemaakt van de deelnemingsvrijstelling. In lid 10 onderdeel b wordt ook geacht dat er sprake is van een beleggingsdeelneming als de belastingplichtige een belang heeft van ten minste 5 procent en de deelneming grotendeels een financieringsfunctie of terbeschikkingstellingsfunctie vervult aan de belastingplichtige of een verbonden lichaam van de belastingplichtige. Als aan de ficties van lid 10 wordt voldaan kan er nog steeds sprake zijn van de deelnemingsvrijstelling door te voldoen aan de bezittingentoets en/of de onderworpenheidstoets.<sup>42</sup>

#### 4.4 Oogmerktoets

De oogmerktoets bekijkt met welk doel een deelneming wordt gehouden. Aan de oogmerktoets zal worden voldaan als de deelneming wordt gehouden met een beleggingsoogmerk. Uit de Kamerstukken kan worden opgemaakt dat een deelneming als belegging wordt gehouden als dit gebeurt met het oog op het verkrijgen van rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht.<sup>43</sup> Als er sprake is van zowel een bedrijfsoogmerk als een beleggingsoogmerk zal het zwaartepunt van de belegging doorslaggevend zijn.<sup>44</sup>

#### 4.5 Bezittingentoets

Als is voldaan aan de oogmerktoets of als een fictie van artikel 13 lid 10 van toepassing is, is er sprake van een beleggingendeelneming. Er zal nu voor toepassing de deelnemingsvrijstelling moeten worden getoetst of dit een kwalificerende beleggingsdeelneming is. Bij de bezittingentoets van artikel 13 lid 11 onderdeel b Wet Vpb zal gekeken worden of de beleggingen voor minder dan 50% bestaan uit vrije beleggingen. Voor de bezittingentoets worden zowel de directe als indirecte beleggingen meegenomen in de berekening tegen waarde economische verkeer. Hiertoe zal een

---

<sup>42</sup> Kluwer, *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting*, Aantekening 15 Beleggingsdeelneming bij wetsfictie (tiende lid) bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 13 [Deelnemingsvrijstelling], Deventer: Kluwer 2014.

<sup>43</sup> Kamerstukken II 2009-10, 32 129, nr. 3, p. 58–59.

<sup>44</sup> *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting*, Aantekening 14.1.8 Gemengd oogmerk bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 13, Deventer: Kluwer 2014.

geconsolideerde balans moeten worden gemaakt van het hele concern.<sup>45</sup> In de tweede volzin van artikel 13 lid 11 onderdeel b wordt de rotte appel-benadering vastgelegd. Deze benadering houdt in dat bezittingen niet in aanmerking worden genomen als een vrije belegging voor de bezittingentoets als de bezittingen van een lichaam hoofdzakelijk (>70 procent) bestaan uit niet vrije belegging. Als de bezittingen van een lichaam voor minder dan 30 procent bestaan uit vrije beleggingen zal de gehele deelneming inclusief vrije belegging worden meegenomen als goede belegging voor de bezittingentoets.<sup>46</sup> Er wordt voldaan aan de bezittingentoets als de bezittingen van het lichaam voor minder dan de helft bestaan uit vrije beleggingen, waardoor sprake zal zijn van de deelnemingsvrijstelling.

#### 4.6 Onderworpenheidstoets

Om te voldoen aan de onderworpenheidstoets wordt in artikel 13 lid 11 onderdeel a de eis gesteld dat het lichaam onderworpen moet zijn aan heffing over de winst die reëel is naar Nederlandse maatstaven. Naar Nederlandse maatstaven reële heffing houdt in dat er sprake moet zijn van een winstbelastingdruk van minimaal 10 procent over een grondslag die gelijk is aan Nederlandse maatstaven. Niet alleen het tarief is van belang, maar ook de grondslag en uitvoering van de heffing.<sup>47</sup> Als wordt voldaan aan de onderworpenheidstoets zal sprake zijn van de deelnemingsvrijstelling.

#### 4.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is de deelnemingsvrijstelling besproken. Door gebruik te maken van de deelnemingsvrijstelling worden bij de winst van de moedervenootschap alle voordelen uit hoofde van een deelneming vrijgesteld. In beide arresten van 7 februari was voor de herfinanciering sprake van vreemd vermogen waardoor de rente inkomsten waren belast. Na de herfinanciering door middel van kapitaal werden de inkomsten vrijgesteld door middel van de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling kan worden gezien als de reden voor het herfinancieren van de leningen door beide belastingplichtigen.

In het arrest HR, 07-02-2014, nr 12/03540, BNB 2014/79 (hierna: RPS-arrest) was sprake van een vergoeding die vanuit Australië was betaald. De deelnemingsvrijstelling is ook van toepassing op buitenlandse deelnemingen. De vergoedingen voor de 'redeemable preference shares' (hierna: RPS) worden naar Australische wetgeving gezien als vreemd vermogen en geven recht op aftrek in Australië. Voor de deelnemingsvrijstelling moet naar Nederlands civiel recht worden geoordeeld of er sprake is van kapitaal. Het buitenlandse recht is hierbij niet van belang. De Australische kwalificatie en het kunnen aftrekken van de betaalde vergoeding is niet van belang voor het beoordelen of de deelnemingsvrijstelling kan worden toegepast. In mijn opinie zou de strekking van de deelnemingsvrijstelling moeten zijn dat deze alleen van toepassing is als in het buitenland er geen mogelijkheid bestaat om kosten af te trekken die tegenover inkomsten staan die in Nederland zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. Deze maatregel zou er bij het RPS-arrest voor zorgen dat de inkomsten in Nederland zullen worden belast. Door deze eis aan de deelnemingsvrijstelling te stellen zal misbruik door middel van mismatches beter kunnen worden voorkomen.

---

<sup>45</sup> Geld, J.A.G. van der, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2013, blz. 172-173.

<sup>46</sup> Kok, Q.W.J.C.H., Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2.4.3.B.f9 Rotte appel-benadering, Deventer: Kluwer 2014.

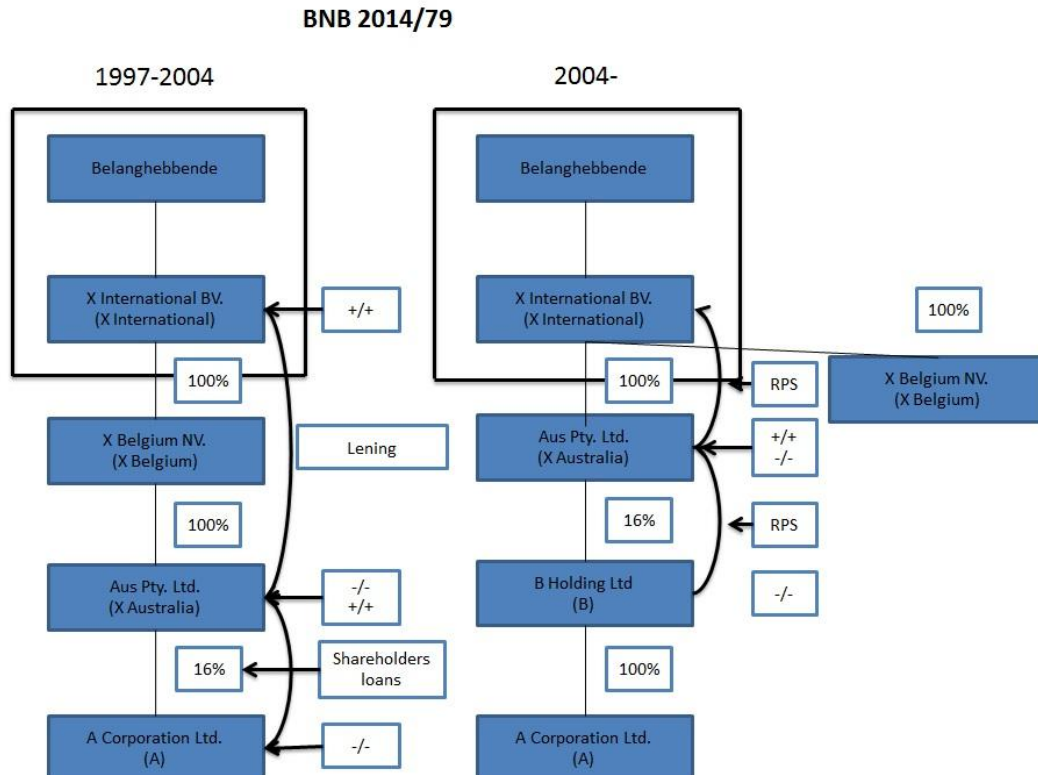
<sup>47</sup> Geld, J.A.G. van der, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2013, blz. 176-179.

## 5. Arresten van 7 februari

### 5.1 Inleiding

Op 7 februari 2014 zijn door de Hoge Raad arresten BNB 2014/79 en 2014/80 gewezen over de herfinanciering van een geldlening door middel van kapitaal en over de kwalificatie van deze vermogensversterking. In beide arresten was er voor de herfinanciering sprake van een lening, waardoor de rente-inkomsten van deze lening waren belast. Door de herfinanciering door middel van kapitaalvertrekking zijn de inkomsten vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb. In het arrest HR, 07-02-2014, nr 12/03540, BNB 2014/79 was er sprake van een internationale situatie waarbij de lening werd vervangen door RPS, waardoor de vergoeding van de vermogensverstrekking na de herfinanciering in Australië nog steeds in aftrek gebracht kon worden, terwijl de vergoeding in Nederland was vrijgesteld. Deze situatie zorgde voor een mismatch in het voordeel van de belastingplichtige. In het andere arrest HR, 07-02-2014, nr 12/04640, BNB 2014/80 (hierna: cum pref arrest) was er sprake van een binnenlandse situatie waarbij de lening van een banksyndicaat werd hergefinancierd door aandelenkapitaal dat bestond uit cumulatief preferente aandelen. In beide arresten is in geschil of de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale kwalificatie als kapitaal, of dat de vermogensverstrekking moet worden geherkwalificeerd als lening. Bij beoordeling van beide arresten is van belang welk toetsingskader de Hoge Raad aanlegt om in andere situaties in de toekomst eventueel wel toe te kunnen komen aan herkwalificatie van kapitaal al dan niet door middel van toepassing van *fraus legis*.

### 5.2 HR, 07-02-2014, nr 12/03540, BNB 2014/79





Het eerste arrest dat besproken zal worden is het RPS-arrest (zie voorgaande afbeelding), waarin een de belanghebbenden in 2004 alle aandelen bezat in X International B.V. (hierna: X International), waarmee zij een fiscale eenheid was aangegaan. X International bezat alle aandelen in X Belgium N.V. (hierna X Belgium), die alle aandelen bezat in Australia Pty. Ltd. (hierna: X Australia). X Australia was houdster van 16% van de aandelen in A Corporation Ltd. (hierna: A). Door A zijn aan alle aandeelhouders in 1997 tot en met 2003 'shareholders loans' uitgegeven naar rato van hun aandelenbezit. Door X International heeft X Australia een lening vertrekt om aan de 'shareholders loans' te voldoen. In Nederland worden de rente-inkomsten van deze lening tot de belastbare winst van de fiscale eenheid gerekend. De door X Australia betaalde vergoeding is in Australië afgetrokken van de fiscale winst.

In 2004 zijn de 'shareholders loans' afgelost, is B Holding Ltd. (hierna: B) door de aandeelhouders van A opgericht en verkrijgt B alle aandelen in A. B heeft naar rato van het aandelenbezit in A 'Redeemable Preference Shares' (hierna: RPS) uitgegeven. De RPS hebben de volgende voorwaarden:

- De RPS dragen een jaarlijkse, cumulatieve vergoeding van acht procent in de eerste twee jaar waarna ze oplopen met een procent tot maximaal twaalf procent.
- De uitgifte en aflossing is tegen de nominale waarde van 1 AUD.
- Bij terugbetaling en financieringsvergoeding hebben de RPS voorrang boven gewone aandelen.
- De RPS kunnen elke moment worden afgelost, maar moeten uiterlijk na tien jaar zijn afgelost.
- De houders van de RPS hebben geen stemrecht, behalve bij bedrijfsbeëindiging of besluiten die invloed hebben op de RPS.

Na de bovenstaande herstructurering heeft X Belgium besloten gewoon aandelenkapitaal te verminderen in X Australia en door X Australia RPS te laten uitgeven onder dezelfde voorwaarden als door B. Na deze omzetting verkoopt X Belgium op 4 oktober 2004 de gewone aandelen en de RPS in X Australia aan X International. Door X Australia worden de RPS in B en de eigen uitgegeven RPS aangemerkt als belaste vordering. Dit betekent dat de vergoeding van RPS in B in de heffing van de vennootschapsbelasting wordt betrokken en de vergoeding van de verstrekte RPS in aftrek wordt gebracht van de vennootschapsbelasting. In de aangifte voor de Wet Vpb van de belanghebbende wordt de vergoeding van de RPS in X Australia aangemerkt als kapitaal dat onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Vpb valt, waardoor de inkomsten zijn vrijgesteld. De Hoge Raad moest zich in dit arrest uitspreken over de vraag of de vergoeding van de RPS van X Australia tot de winst moet worden gerekend.

De rechtbank oordeelde dat gekeken moet worden onder welke voorwaarde de RPS werkelijk zijn uitgegeven. Gezien de niet-winstafhankelijke rente, vaste looptijd en het beperkte stemrecht oordeelde de rechtbank dat met de vermogensverstrekking feitelijk een lening was beoogd, waardoor sprake was van een schijnhandeling. De rechtbank oordeelde daarnaast dat er sprake was van *fraus legis*. De rechtbank gaf aan dat de herfinanciering als doorslaggevende beweegreden verijdeling van belasting had (subjectieve vereiste), omdat de belastingplichtige niet aannemelijk kon maken dat er een zakelijk oogmerk aan de herfinanciering ten grondslag lag. Het onbelast blijven zorgde voor strijd met doel en strekking van de wet (objectieve vereiste), omdat zonder de

herfinanciering de vergoeding belast zou zijn geworden. Als gevolg van deze uitspraken zouden de baten van de RPS moeten worden belast.

Het hof oordeelde in tegenstelling tot de rechtbank dat RPS wel kunnen worden aangemerkt als kapitaal voor deelnemingsvrijstelling zoals beschreven in artikel 13 lid 2 onderdeel Wet Vpb, omdat bij de fiscale kwalificatie moet worden aangesloten bij de civielrechtelijke vorm. Dit komt volgens het hof door de grote overeenkomsten die de RPS vertonen met cumulatief preferente aandelen zoals deze door Nederlandse vennootschappen uitgegeven worden. Het hof stelde dat de baten van de RPS moesten worden vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb. Het oordeel van de rechtbank dat er sprake zou zijn van *fraus legis* verwerpt het hof, omdat er geen sprake was van strijd met doel en strekking van de wet door de herfinanciering (objectieve vereiste). Het hof beargumenteert dit door aan te geven dat: het voor de belastingplichtige mogelijk was om vanaf het begin de financiering door middel van RPS te laten plaatsvinden en de keuzevrijheid de belastingplichtige niet kan worden ontzegd, omdat er eerst een lening is verstrekt. Over het subjectieve vereiste doet het hof geen uitspraak.

De Staatssecretaris was in cassatie net als bij de rechtbank en het hof van mening dat er bij de RPS sprake was van lening, omdat de RPS veel kenmerken van vreemd vermogen hebben. De Staatssecretaris onderbouwt zijn mening door aan te geven dat als naar Nederlands civiel recht wordt gekeken, door de terugbetalingsverplichting sprake is van een lening. De Staatssecretaris geeft daarnaast aan dat hij van mening is dat de RPS niet met cumulatief preferent aandelenkapitaal moeten worden vergeleken, maar met een achtergestelde lening. Als de RPS civielrechtelijk niet als een lening worden gezien, dan zullen zij volgens de Staatssecretaris fiscaal alsnog als lening moeten worden beschouwd op basis van het leerstuk 'schijn en wezen'.

De Hoge Raad verwerpt het argument van het leerstuk schijn en wezen door aan te geven dat de civielrechtelijke vorm die de partijen hieraan willen geven doorslaggevend is voor artikel 13 Wet Vpb op basis van het arrest HR, 27-01-1988, nr 23 919, BNB 1988/217. Voor het beoordelen van de civielrechtelijke vorm moet naar de eerdergenoemde eigenschappen van de RPS worden gekeken. De Hoge Raad gaat hier mee met het hof dat eerder oordeelde dat de RPS te vergelijken zijn met cumulatief preferente aandelen met beperkt stemrecht op basis van HR, 11-03-1998, nr. 30 936, BNB 1998/265. Cumulatief preferente aandelen vallen voor de deelnemingsvrijstelling onder artikel 13 lid 2 onderdeel a en worden daarom aangemerkt als kapitaal. De Hoge Raad geeft daarnaast aan dat de aftrekbaarheid van de kosten van de RPS in Australië niet van belang is voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, omdat de vrijstelling van de kosten geen eis is voor de toepassing voor de deelnemingsvrijstelling.

De Hoge Raad laat in dit arrest duidelijk zien dat hij voor de fiscale kwalificatie uitgaat van de civielrechtelijke vorm van vermogen en dat hij in tegenstelling tot herkwalificatie van vreemd vermogen geen uitzondering wil maken op de hoofdregel. Dit zorgt ervoor dat de grote overeenkomsten met eigen vermogen geen verschil maken voor de fiscale kwalificatie. Het blijven volgen van de hoofdregel geeft rechtszekerheid en duidelijkheid, maar zorgt er wel voor dat er mogelijkheden blijven bestaan op mismatches. In dit geval maakt de belastingplichtige gebruik van deze mogelijkheid door een mismatch door dispariteit tussen het Nederlandse en het Australische belastingstelsel. Door deze dispariteit heeft de belastingplichtige recht op aftrek in Australië en blijft de vergoeding in Nederland onbelast.

De Staatssecretaris heeft ook een beroep op *fraus legis* gedaan met betrekking tot de herfinanciering door middel van RPS. Hij gaf aan dat het oordeel van het hof dat de vermogensverstrekking vanaf het begin had kunnen plaatsvinden met RPS niet van belang is, omdat dan vanaf meet af aan sprake zou zijn geweest van *fraus legis*. De A-G geeft aan dat het argument van het hof *fraus legis* niet in de weg staat, omdat op een later moment *fraus legis* ook kan optreden.

De A-G geeft aan dat er door de herfinanciering geen sprake is van strijd met doel en strekking van de wet, omdat gebruik wordt gemaakt van de dispariteit tussen twee belastingstelsels. Hij geeft aan dat de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb niet als doel en strekking heeft ongewenste gevolgen van mismatches die zijn ontstaan door dispariteiten weg te nemen. Dit blijkt volgens de A-G uit de Prêt participatif-arresten waarin werd geoordeeld dat de toepassing van de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb mogelijk is bij mismatches.<sup>48</sup> In deze arresten was sprake van een vermogensverstrekking die in Frankrijk werd gekwalificeerd als vreemd vermogen en in Nederland fiscaal werd gekwalificeerd als kapitaal. Door de verschillende kwalificaties was er sprake van aftrek van de kosten in Frankrijk en oordeelde de Hoge Raad dat de inkomsten waren vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling.

De Hoge Raad oordeelde dat bij de omzetting van de lening in de RPS geen sprake is van *fraus legis*, omdat de rechtshandeling niet in strijd zou zijn met doel en strekking van de wet. De Hoge Raad oordeelde dat de rechtshandeling van de belanghebbende valt onder de keuzevrijheid van financiering. Daardoor heeft de belanghebbende de vrijheid om de inkomsten uit de RPS na de herfinanciering onder de deelnemingsvrijstelling te laten vrijstellen. Het gebruiken van een mismatch doet hier niets aan af, omdat gebruik maken van de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb niet in strijd is met doel en strekking van de Nederlandse wet, ook al wordt er in Australië aftrek genoten. De Hoge Raad gaat hierin mee met de mening van de A-G.

### *Conclusie*

De rechtbank heeft geoordeeld dat in het RPS-arrest bij de herfinanciering van een lening door middel van RPS sprake was van *fraus legis*. Voor de toepassing van *fraus legis* zal er voldaan moeten zijn aan twee vereisten. Het eerste vereiste houdt in dat verijdeling van belasting de doorslaggevende beweegreden voor de rechtshandeling is geweest. Volgens de rechtbank was aan dit vereiste voldaan, omdat er geen sprake was van een zakelijk motief voor de herfinanciering. Het tweede vereiste voor *fraus legis* is dat de gekozen rechtshandeling zorgt voor een resultaat dat strijdig met doel en strekking van de wet. De rechtbank oordeelde dat het resultaat is in strijd was met doel en strekking van de wet, omdat er voor de herfinanciering sprake was van belaste vermogensverstrekking, terwijl de vermogensverstrekking na de herfinanciering was vrijgesteld.

Met het oordeel van de rechtbank op het gebied van strijd met doel en strekking van de wet ben ik het niet eens, omdat het niet meer belast zijn na een omzetting niet zorgt voor strijd met doel en strekking van de wet. Het staat een belastingplichtige vrij om te kiezen welke financieringsvorm hij gebruikt binnen de kaders van de wet. Het kiezen voor een bepaalde vorm van financiering brengt fiscale gevolgen met zich mee, maar zorgt bij een kapitaalverstrekking niet direct voor *fraus legis*, omdat er eerder sprake was van vreemd vermogen, dat belast was.

---

<sup>48</sup> HR, 25-11-2005, nr. 40989, BNB 2006/82, HR, 25-11-2005, nr. 40991, BNB 2006/83.

Het hof oordeelde dat er geen sprake was van *fraus legis*, omdat de financiering door middel van RPS vanaf het begin in deze financieringsvorm had kunnen plaatsvinden. In het oordeel van het hof kan ik mij niet direct vinden. De A-G heeft aangegeven dat bij vervanging van de financiering *fraus legis* ook kan optreden. Op dit punt ben ik het eens met de A-G, want het moment van het aangaan van een rechtshandeling doet niets af aan het feit dat er sprake kan zijn van *fraus legis* bij herfinanciering. In mijn opinie is *fraus legis* zowel toepasbaar op het moment van het aangaan van de financiering dan wel na herfinanciering als wordt voldaan aan de voorwaarden van *fraus legis*. In beide gevallen is *fraus legis* toepasbaar.

De Hoge Raad oordeelde dat er geen sprake was van *fraus legis*, omdat er voor de belastingplichtige keuzevrijheid is op het gebied van financiering en dat er daarom geen sprake is van strijd met doel en strekking van de wet. Het is opvallend dat de Hoge Raad deze uitspraak doet, omdat de deelnemingsvrijstelling is bedoeld om winst uit een deelneming niet tweemaal in de heffing te betrekken. Door de situatie van aftrek in Australië is er geen sprake van dubbele heffing, maar van de situatie van aftrek voor de uitkering en vrijstelling van de inkomsten door de deelnemingsvrijstelling.

Uit de uitspraak van de Hoge Raad wordt duidelijk dat de kwalificatie van RPS onder de Australische belastingwet geen invloed heeft op de Nederlandse behandeling van RPS. De deelnemingsvrijstelling zal van toepassing moeten zijn, omdat volgens de Hoge Raad het vermogen vanuit Nederlands oogpunt moet worden gekwalificeerd. Dat er sprake is van een mismatch is niet van belang voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De A-G heeft in zijn conclusie aangegeven dat het op basis van de Prêt participatif-arresten mogelijk is om bij mismatches de deelnemingsvrijstelling toe te passen en dat er op dit punt geen sprake is van strijd met doel en strekking van de wet.<sup>49</sup> In de Prêt participatif-arresten werd door de Hoge Raad geoordeeld dat er geen strijd met doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling ontstaat als er sprake is van een mismatch. In het RPS-arrest is ook sprake van een mismatch doordat in Australië de vergoeding in aftrek wordt gebracht op de winst, terwijl op basis van de Prêt participatif-arresten op de ontvangen vergoeding in Nederland de deelnemingsvrijstelling worden toegepast. Bij de herfinanciering is in mijn opinie sprake van het doorslaggevend motief van belastingverijdeling (subjectieve vereiste), omdat door de herfinancierig vreemd vermogen wordt omgezet in kapitaal. Zo worden belaste inkomsten omgezet in onbelaste inkomsten door toepassing van de een deelnemingsvrijstelling. Door het niet voldoen aan het objectvereiste zal *fraus legis* niet kunnen worden toegepast volgens de Hoge Raad.

Van Liedonk geeft in haar commentaar op de arresten van 7 februari aan dat over de invoering van de deelnemingsvrijstelling bij de wet 'werken aan winst' is opgemerkt dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is op het moment dat er sprake is van rente die in het buitenland in aftrek wordt gebracht.<sup>50 51</sup> Ook uit de Prêt participatif-arresten kan ik opmaken dat de Hoge Raad voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling alleen de Nederlandse fiscale kwalificatie van belang acht. De Hoge Raad heeft naar mijn mening *fraus legis* correct toegepast bij het RPS-arrest. Naar mijn mening is na de herfinanciering vanuit de Nederlandse belastingwet geen sprake van strijd met doel en strekking van de wet, omdat er naar Nederlandse fiscale kwalificatie sprake is van kapitaal. Doordat de wetgever zelf heeft aangegeven dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is als er

---

<sup>49</sup> HR, 25-11-2005, nr. 40989, BNB 2006/82, HR, 25-11-2005, nr. 40991, BNB 2006/83.

<sup>50</sup> Lindonk, C.L. van, Redeemable Preference Shares vormen aandelen voor toepassing deelnemingsvrijstelling, NTFR 2014/738.

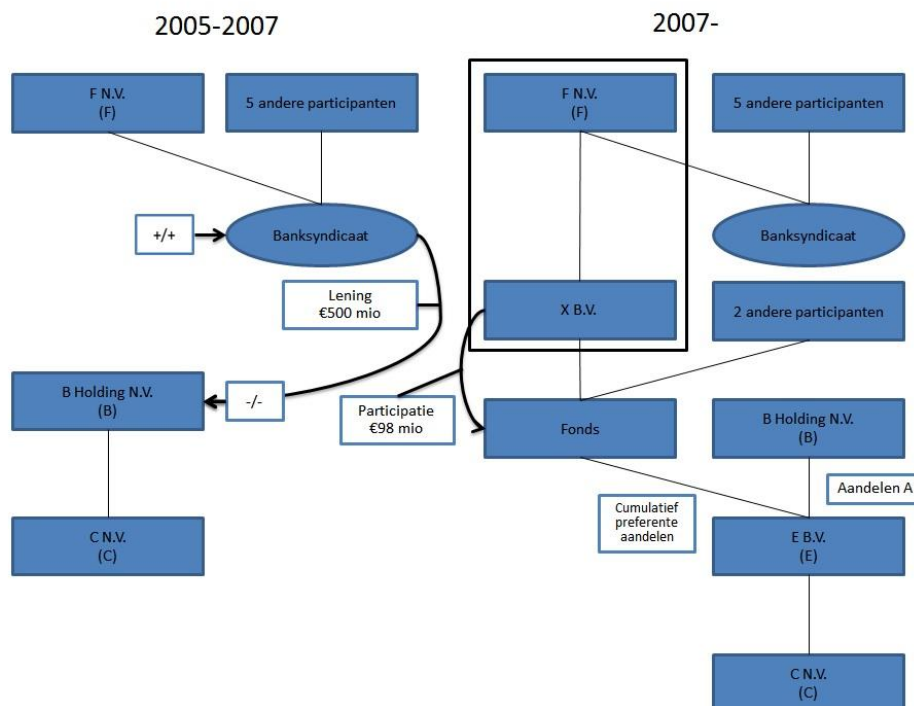
<sup>51</sup> Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 89

sprake is van aftrek van de winst in het buitenland, is er geen sprake strijd met van doel en strekking van de wet door de inkomsten in Nederland vrij te stellen.

De vraag of mismatches niet vaker voorkomen zouden moeten worden, omdat deze zorgen voor het uithollen van de belastinggrondslag, is een heel andere kwestie. Voor bestrijding van mismatches zouden hele andere (internationale) maatregelen moeten worden genomen, omdat door de fiscale kwalificatie naar Nederlands recht er steeds mogelijkheden zullen blijven om mismatches te laten ontstaan. Hierbij moet worden aangegeven dat er ook sprake kan zijn van de omgekeerde situatie, waarbij dubbele heffing kan ontstaan door beoordeling naar Nederlands recht.

### 5.3 HR, 07-02-2014, nr 12/04640, BNB 2014/80

#### BNB 2014/80



In het cum pref arrest van 7 februari 2014 (zie voorgaande afbeelding), waarin de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan over herkwalificatie, is de belanghebbende X B.V. (hierna: X) die op 9 november 2007 is opgericht. X zit in de fiscale eenheid met F N.V. (hierna: F) dat deel uitmaakt van een syndicaat van zes banken. Dit banksyndicaat heeft een lening verstrekt van 500 miljoen aan B holding N.V. (hierna: B). B heeft deze lening gebruikt om aandelen te kopen in het beursgenoteerde C N.V. (hierna: C). In 2007 is overleg gevoerd tussen F en B over een vervangende vorm van financiering van de lening met een actuele waarde van 375 miljoen, omdat B niet voldoende winst had om de rentekosten geheel in aftrek te brengen. B richt hierna een nieuwe B.V. op, E B.V. (hierna: E). B brengt na de oprichting door middel van een agiostorting de aandelen C in bij E. Daarnaast wordt er een fonds (geen lichaam voor de vennootschapsbelasting) voor gemene rekening opgerichte waar X voor 98 miljoen in participeert, met daarnaast nog twee andere banken uit het banksyndicaat. Er zijn tussen het fonds en B en G call-opties en zekerheidsrechten op het gebied van liquidatie en dividend aangegaan. B verkoopt cumulatief preferente aandelen met een vaste vergoeding in E voor 375 miljoen aan het fonds, waarna B de resterende schuld aflost bij het

banksyndicaat. In het geding is of de inkomsten van X uit de cumulatief preferente aandelen van E vallen onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb.

De inspecteur heeft gesteld dat de inkomsten van belanghebbende X in 2007 niet onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb vallen, maar rentebaten zijn. Hierbij geeft de inspecteur aan dat de lening weliswaar civielrechtelijk is omgezet in een kapitaalbreng in E, maar dat dit fiscaal moet worden gezien als vreemd vermogen, omdat de vorm van vermogensverstrekking veel overeenkomsten vertoont met een lening. Hierdoor zouden de inkomsten van X moeten worden belast.

De rechtbank en het hof oordeelden beide dat er sprake was van belaste inkomsten, maar kwamen op verschillende gronden tot dit oordeel. De rechtbank gaf aan dat de rechtshandelingen zorgden voor een situatie die feitelijk en economisch kenmerken heeft van rente. Door de grote overeenkomsten met een lening oordeelde de rechtbank dat de kapitaalverstrekking moet worden geherkwalificeerd, omdat de gekozen rechtsvorm in strijd is met doel en strekking van de wet als deze voordelen worden vrijgesteld door de deelnemingsvrijstelling. De inkomsten uit de aandelen van E moeten hierdoor in de heffing worden betrokken en niet worden vrijgesteld op basis van de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb.

Over het oordeel van de rechtbank geeft de A-G aan dat door de rechtbank niet de juiste maatstaf is gebruikt. De A-G geeft aan dat er geen sprake is van een mismatch bij een rechtshandeling die vreemd vermogen omzet in kapitaal, maar dat de belastingplichtige juist probeert te zorgen voor een fiscale match door zowel de baten als de kosten vrij te stellen door middel van de deelnemingsvrijstelling. De A-G geeft verder aan dat de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Vpb alleen kan worden onthouden door middel van *fraus legis* als vanuit fiscale normen gezien er geen sprake is van eigen vermogen. Volgens de A-G is hier geen sprake van een resultaat dat in strijd is met doel en strekking van de wet, omdat de rechtbank niet heeft vastgesteld dat er sprake is van achtergesteldheid ten opzichte van de andere schuldeisers bij voortijdig faillissement en er daarom niet van vreemd vermogen gesproken kan worden. Hij ziet door het niet kunnen vaststellen van deze eigenschap geen resultaat dat voor doel en strekking van de wet onaanvaardbaar is.

Het hof oordeelde net als de rechtbank dat er geen sprake was van deelnemingsvrijstelling, maar deed dit op basis van een andere argumentatie. Volgens het hof was er sprake van een schijnhandeling, omdat met de herfinanciering feitelijk iets anders was beoogd. Daarom zal de vermogensverstrekking volgens het hof als lening moeten worden aangemerkt en zal de rente moeten worden belast. In het commentaar op deze uitspraak door de redactie van Vakstudie Nieuws wordt de vraag gesteld of het hof niet te gemakkelijk tot de conclusie van een schijnhandeling komt op basis van door het hof vastgestelde bedoeling van de partijen.<sup>52</sup> De redactie geeft daarnaast aan dat zij zich meer kan vinden in de uitspraak van de rechtbank op het gebied van de benaderwijze, ook al onderschrijft ze de conclusie niet geheel. De redactie geeft ook aan dat de herkwalificatie mogelijk was geweest via het leerstuk van *fraus legis*, maar dan had het hof naast strijd met doel en strekking van de wet ook aandacht moeten geven aan de vraag of er sprake was van belastingverijdeling als doorslaggevend motief. Uit dit commentaar valt op te maken dat beide uitspraken niet geheel

---

<sup>52</sup> Vakstudie Nieuws, Hof merkt geldverstrekking ondanks vormgeving door middel van o.a. aandelenbelang aan als geldlening en opbrengst als belaste rente, V-N 2012/54.10.

voldoen volgens de redactie. Ook Bruijsten geeft aan dat de stap van herkwalificatie door het hof te makkelijk wordt genomen op basis van leerstuk van schijn en wezen.<sup>53</sup>

De A-G trok de herkwalificatie van het hof op basis van een schijnhandeling ook in twijfel, omdat volgens de A-G onvoldoende is onderbouwd dat de partijen wat anders wilden bereiken dan ze werkelijk zijn overeengekomen. Hij geeft zelfs aan dat de partijen juist wel zijn overeengekomen wat ze wilden. De Hoge Raad sloot zich aan bij de A-G en gaf aan dat op basis van de feiten kan worden geoordeeld dat er geen sprake is van een schijnhandeling.

De A-G geeft verder aan dat niet uitgesloten moet worden dat er wel een scheidslijn op het punt van herkwalificatie van eigen vermogen en vreemd vermogen is: de achtergesteldheid. Dit in tegenstelling tot Bon en Cornelisse<sup>54</sup> en Snoeij<sup>55</sup> die aangeven dat herkwalificatie van kapitaal niet mogelijk is. De A-G baseert zijn mening aan de hand van de jurisprudentie op het gebied van coöperatieve verenigingen die ook kan worden gebruikt voor B.V.'s en N.V.'s.<sup>56</sup> In deze jurisprudentie wordt aangegeven dat als er geen sprake is van 'aantastbaarheid door verliezen' en delen in het bedrijfsrisico, dat de vermogensverstrekking tot de schulden behoort. Daarnaast geeft de A-G ook aan dat verplichting tot terugbetaling, markt- of koersrisico en vergoeding op rentepercentage niet van belang zijn voor de beoordeling van de herkwalificatie.

De A-G geeft aan dat in deze casus geen sprake is van een mismatch, maar dat partijen streven naar een fiscale match door de herfinanciering. De belastingplichtige probeert te voorkomen dat belastingheffing bij het banksyndicaat tegenover rentekosten staat die effectief niet afgetrokken kunnen worden. Het is daarnaast duidelijk dat dit met fiscale redenen gebeurt volgens de A-G. A-G concludeert verder dat er geen herkwalificatie hoeft plaats te vinden, omdat niet is vastgesteld is dat bij voortijdig faillissement de kapitaalverstrekker een gelijke of betere positie heeft ten opzichte van andere schuldeisers.

De Hoge Raad oordeelde dat net als bij het RPS-arrest dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale kwalificatie. De Hoge Raad geeft daarbij aan dat voor belanghebbende X er sprake is van een kapitaalverstrekking en dat de vergoeding onder de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb is vrijgesteld. De Hoge Raad geeft aan dat het verschaft kapitaal als risicodragend wordt beschouwd en de geldverstrekker bij voortijdig faillissement na de andere schuldeisers komt. De Hoge Raad geeft daarbij aan dat hij geen uitzondering maakt op de hoofdregel en dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale kwalificatie. De Hoge Raad geeft verder aan dat het maken van een uitzondering zorgt voor rechtsonzekerheid voor de belastingplichtige over de vraag waar de grens ligt voor de kwalificatie van vermogen.

De Hoge Raad oordeelde dat er geen sprake was van *fraus legis*, omdat net als bij BNB2014/79 de herfinanciering van een dochtervennootschap onder de keuzevrijheid valt en niet in strijd is met doel

---

<sup>53</sup> Bruijsten, C. Civielrechtelijk geschapen rechtsverhoudingen niet beoogd; kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt als geldlening, NTFR 2013/70.

<sup>54</sup> Bon, W. en Cornelisse, R.P.C., Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen, WFR 2008/137.

<sup>55</sup> Snoeij, R. De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekkings voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm, WFR 2009/1582.

<sup>56</sup> HR, 08-10-1952, nr. 11 023 en HR, 04-07-1961, nr. 14 566, BNB 1961/285.

en strekking van de wet. De mogelijkheid voor de belastingplichtige om deze financiering te doen door middel van kapitaal is daarom niet in strijd met de strekking van de deelnemingsvrijstelling.

### *Conclusie*

De rechtbank heeft geoordeeld dat door de feitelijke en economische gevolgen van de herfinanciering sprake was van strijd met doel en strekking van de wet. Dit kwam volgens de rechtbank door de vele overeenkomsten met vreemd vermogen. De A-G gaf aan dat de enige overeenkomst die mogelijk van belang zou kunnen zijn voor herkwalificatie van vermogen de achtergesteldheid is. De rechtbank heeft deze eigenschap volgens de A-G niet vastgesteld waardoor de rechtbank niet tot het oordeel kon komen dat het resultaat van de rechtshandeling in strijd is met doel en strekking van wet. Op het gebied van strijd met doel en strekking kan ik mij niet vinden in het oordeel van de rechtbank, omdat de herfinanciering door middel cumulatief preferente aandelen onder de keuzevrijheid van de belastingplichtige valt. Dat de beweegreden voor deze herfinanciering van de belangplichtige het effectief niet kunnen aftrekken van de rente is, doet hier in mijn opinie niks aan af. Om deze reden is er in mijn visie geen strijd met doel en strekking van de wet. Door de Staatssecretaris is daarnaast aangegeven dat cumulatief preferente aandelen ook onder de deelnemingsvrijstelling vallen (zie 4.2), waardoor er in mijn opinie geen strijd is met doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling. Ik ben het eens met de A-G dat door ontbreken van achtergesteldheid kan zorgen voor een onaanvaardbaar resultaat. Dit ook met het oog op vreemd vermogensvertrekkers die een deel van hun claim door deze situatie kunnen verliezen. Ik ben het daarnaast op eens met Bon en Cornelisse<sup>57</sup> dat als de Hoge Raad die als scheidslijn willen opleggen bij de fiscale kwalificatie van vermogen dan de Hoge Raad dit al eerder gedaan.

Het oordeel van het hof dat er sprake is van een schijnhandeling lijkt mij niet juist. Ik ben het op dit punt eens met de A-G, omdat de herfinanciering als doel heeft om te zorgen dat er geen sprake meer is van de situatie dat de rentekosten niet geheel kunnen worden afgetrokken en dat de rentekosten wel belast zijn. De belastingplichtige heeft dit bereikt door te herfinancieren door middel van kapitaal dat is vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. Dit zorgt ervoor dat de belastingplichtige in werkelijkheid heeft bereikt wat hij beoogd heeft.

De Hoge Raad oordeelde dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale kwalificatie en dat er geen uitzonderingen bestaan voor de herkwalificatie van kapitaal. Door geen uitzonderingen te maken zorgt de Hoge Raad voor rechtszekerheid en duidelijkheid op het gebied van kwalificatie van kapitaal voor de belastingplichtige. De Hoge Raad oordeelde daarnaast dat er geen sprake was van *fraus legis*, omdat de keuzevrijheid op het gebied van financiering niet zorgt voor strijd met doel en strekking van de wet. Ik ben eens met het oordeel van de Hoge Raad, omdat de belastingplichtige de keuze moet hebben op welke manier hij zijn onderneming financiert. In mijn opinie is het voorkomen van het niet in aftrek kunnen brengen van verlies niet in strijd met doel en strekking van de wet. Aangezien beide vennootschappen in Nederland zijn gevestigd zullen de cumulatief preferente aandelen in beide gevallen naar Nederlands recht worden behandeld waardoor ook geen mismatch ontstaat. Het resultaat van de financiering door middel van deze cumulatief preferente aandelen valt naar mijn mening ook binnen doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling. Naar mijn oordeel hebben zowel de herfinanciering als de herstructurering wel een doorslaggevend motief van belastingverrijdeling, omdat ze zijn aangegaan om ze onder de deelnemingsvrijstelling te brengen. De

---

<sup>57</sup> Bon, W. en Cornelisse, R.P.C., Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen, WFR 2008/137.



Hoge Raad heeft dus in mijn opinie correct geoordeeld op het gebied van fiscale kwalificatie en fraus legis.

## 6. Winstdrainage

### 6.1 Inleiding

Financieringsvormen hebben voor een vennootschap verschillende fiscale uitwerkingen. Zoals eerder is aangegeven is bij financiering met eigen vermogen in de meeste gevallen sprake van de deelnemingsvrijstelling en is de uitkering niet aftrekbaar. Daarentegen zorgt financiering met vreemd vermogen wel voor belaste inkomsten en in veel gevallen voor aftrekbare kosten. In de toelichting op het wetvoorstel 'Werken aan winst' wordt aangegeven dat artikel 10a Wet Vpb is opgenomen ter bestrijding van winstdrainage en gericht is tegen constructies binnen concernverband, met gekunstelde rentelasten die ten koste gaan van de Nederlandse belastbare winst en waar tegenover een onzakelijke verschuiving staat van de rentebaten van de crediteur naar een laag belast land.<sup>58 59</sup> Winstdrainage heeft als doel om de belastingdruk binnen het concern te verminderen door de rentekosten van de Nederlandse grondslag af te trekken en de tegenoverstaande rentebaten naar een laag belast of onbelast land te verschuiven. Door middel van fraus legis en artikel 10a Wet Vpb wordt door de belastingdienst geprobeerd winstdrainage te voorkomen door de aftrek van de rente te weigeren.

In dit hoofdstuk zal gekeken worden of de behandeling bij winstdrainage door middel van fraus legis zich verhoudt tot de uitspraken van de Hoge Raad van 7 februari. Hierbij zal aan de hand van de bestrijding van winstdrainage door middel van fraus legis gekeken worden of de Hoge Raad een goed onderbouwde en correcte uitspraak heeft gedaan op het gebied van herkwalificatie van eigen vermogen.

### 6.2 Winstdrainage-arrest tot invoering Artikel 10a Wet Vpb

Winstdrainage kon tot 1997 alleen worden voorkomen door de bijzondere rechtsmiddelen fraus legis of richtige heffing toe te passen. Door toepassing van fraus legis en richtige heffing was het niet mogelijk om de rentekosten af te trekken van de Nederlandse belastinggrondslag, waardoor winstdrainage kon worden voorkomen. De Hoge Raad heeft zowel fraus legis als richtige heffing een aantal keer toegepast bij een rechtshandeling die geen financieringsfunctie had, maar waar het fiscale motief van het creëren van renteaftrek de reden was voor het aangaan van de rechtshandeling.<sup>60</sup>

In het winstdrainage-arrest HR, 26-04-1989, BNB 1989/217 werd door een Antilliaanse moedervenootschap haar Nederlandse dochtervenootschap B verkocht aan een andere Nederlandse dochtervenootschap A. Voor deze aankoop kreeg de Nederlandse dochtervenootschap B een lening van de Antilliaanse moedervenootschap. Door vennootschap A en vennootschap B werd een fiscale eenheid aangegaan, waardoor de rentekosten konden worden afgetrokken van zowel de winst van vennootschap A als vennootschap B. De inspecteur deed een beroep op het bijzondere rechtsmiddel richtige heffing om de aftrek van de rente te weigeren. De Hoge Raad oordeelde dat de rechtshandelingen niet zorgden voor een wezenlijk verandering, waardoor de rente niet in aftrek kon worden gebracht. Dit kwam volgens de Hoge Raad doordat de vermogenspositie van beide vennootschappen niet wezenlijk was veranderd en er ook geen

---

<sup>58</sup> Vleggeert, J., Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2.2.3.A.a Plaats en functie van de antiwinstdrainageregeling, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>59</sup> Kamerstukken II 2005-2006, 30 572, nr. 3.

<sup>60</sup> Marres, O.C.R., Winstdrainage door renteaftrek, Deventer: Kluwer, 2005, blz. 31-32.

wezenlijke verandering was van het belang of de zeggenschap van de Antilliaanse moedervennootschap. De Hoge Raad gaf verder aan dat het toestaan van deze rechtshandeling zou leiden tot een mogelijkheid van het willekeurig en herhaaldelijk geheel of gedeeltelijk vrijdelen van belastingheffing, waardoor de renteaftrek in strijd was met doel en strekking van de wet. De wetgever had volgens de Hoge Raad niet beoogd rente af te trekken die geen functie heeft, waardoor de Hoge Raad oordeelde dat er geen sprake kon zijn van aftrek van deze rente van de winst.<sup>61</sup>

In het arrest HR, 10-03-1993, nr 27 295, BNB 1993/194 werd het begrip compenserende heffing geïntroduceerd. In dit arrest was de belastingplichtige een naar Antilliaans recht opgerichte vennootschap die in Nederland was gevestigd. Volgens de Hoge Raad was er geen sprake van richtige heffing, omdat de rente in Nederland was onderworpen aan belasting. De Hoge Raad oordeelde dat er door de heffing geen sprake was van strijd met doel en strekking van de wet (objectieve vereiste), waardoor de rente in aftrek mocht worden gebracht en er niet werd voldaan aan richtige heffing. Hieruit kan worden opgemaakt dat richtige heffing niet kan worden toegepast als er sprake is van compenserende heffing. De Hoge Raad oordeelde daarnaast in de zaak HR, 10 maart 1993, BNB 1993/196 dat er geen sprake was van *fraus legis*, omdat de rentebaten waren onderworpen aan vennootschapsbelasting en er daarom geen sprake was van strijd met doel en strekking van de wet. Het maakte voor het oordeel van de Hoge Raad niet uit dat de rechtshandelingen waren bedoeld om te voorkomen dat er verliezen zouden verdampen, waardoor er geen sprake was van heffing. Als er sprake is van compenserende heffing is de vraag of er wordt voldaan aan het subjectieve vereiste, omdat heffing plaatsvindt op de rentebaten. Door de heffing op rentebaten kan de vraag worden gesteld of er sprake is van vrijdeling van belastingheffing.<sup>62</sup>

Door de verschillen tussen belastingstelsels is het voor grensoverschrijdenden situaties lastiger om te oordelen of er sprake is van compenserende heffing. Er moet voor de compenserende heffing beoordeeld worden of de heffing over de winst naar Nederlandse maatstaven redelijk is. In arrest HR, 20-09-1995, nr 29737, BNB 1996/5 oordeelde de Hoge Raad dat als er sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing, er voor uitkomst van de rechtshandeling geen strijd is met doel en strekking van de wet. Door deze uitspraak kan op het moment dat dat sprake is van compenserende heffing niet meer worden toegekomen aan de renteaftrekbeperking, ook al is er sprake van belastingvrijdeling.<sup>63</sup>

De vraag blijft vanaf welk tarief de belastingheffing als redelijk kan worden beschouwd. In het arrest HR, 08-02-2002, nr 36 358, BNB 2002/118 waren de rentebaten onderworpen aan de Ierse winstbelasting van 10 procent. De Hoge Raad vergeleek dit belastingtarief met het destijds geldende Artikel 15b Wet Vpb waarin stond dat een financieringsmaatschappij naar omstandigheden belast kon worden tegen een 7 procent percentage, waardoor de Hoge Raad oordeelde dat de 10 procent heffing als redelijk kon worden beschouwd.

### 6.3 Artikel 10a Wet Vpb

Artikel 10a Wet Vpb is opgenomen in de wet naar aanleiding van HR, 20-09-1995, nr 29737, BNB 1996/5. De staatssecretaris was niet tevreden over de jurisprudentie ten aanzien van de bijzondere

---

<sup>61</sup> HR, 26-04-1989, nr 24 446, BNB 1989/217.

<sup>62</sup> Kooiman, W.R., De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, Tijdschrift Formeel Belastingrecht 2012/06.

<sup>63</sup> Marres, O.C.R., *Winstdrainage door renteaftrek*, Deventer: Kluwer 2005, blz. 47.

rechtsmiddelen *fraus legis* en richtige heffing tot en met september 1995 op het gebied van redelijke heffing en verrekening van verliezen. Het ging hierbij om situaties waarin geen sprake was van feitelijke belastingheffing. Door het opstellen van wetgeving probeerde de Staatssecretaris te voorkomen dat deze situaties zouden zorgen voor uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door middel van constructies die net buiten de jurisprudentie vallen.<sup>64</sup> Op 26 december 1996 werd daarom artikel 10a Wet Vpb opgenomen in de wet ter voorkoming van winstdrainage.

Op 1 januari 2007 is artikel 10a Wet Vpb aangepast bij de wet 'werken aan winst'. Door toepassing van artikel 10a Wet Vpb wordt renteaftrek (kosten en valutaresultaten) voorkomen in situaties waar sprake is van een lening die direct of indirect verschuldigd is aan een verbonden persoon die verband houdt met de volgende rechtshandeling (artikel 10a lid1 Wet Vpb):

- Een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal door de belastingplichtige of door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen, aan een met hem verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon;
- Een kapitaalstorting door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een met hem verbonden lichaam;
- De verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is.

Als gekeken wordt naar het eerste lid van artikel 10a Wet Vpb zijn voor de aftrekbeperking twee definities van belang. Ten eerste zal er sprake moeten zijn van een verbonden lichaam waarmee een schuld is aangegaan. Daarnaast zal er ook sprake moeten zijn van een verband tussen de lening en een van de drie rechtshandelingen zoals opgenomen in artikel 10a lid 1 Wet Vpb. In tweede lid van artikel 10a Wet Vpb is deze verbondenheid nog uitgebreid, zodat ook sprake is van verbondenheid als de rechtshandeling voor het aangaan van de schuld plaatsvindt.

In artikel 10a lid 3 Wet Vpb is verder nog een tegenbewijsregeling opgenomen om eventueel toch renteaftrek toe te staan als is voldaan aan het eerste lid. De eerste tegenbewijsregeling van artikel 13 lid 3 onderdeel a Wet Vpb om te ontkomen aan de aftrekbeperking is de dubbele zakelijkheidstoets: het aannemelijk maken dat zowel de lening als de rechtshandeling in overwegende mate zakelijk zijn. Volgens de Staatssecretaris is aan deze tegenbewijsregeling van artikel 10a lid 3 onderdeel a Wet Vpb voldaan als voor de groep beschouwd sprake is van een lening van een derde.<sup>65</sup> Bij het beoordelen of iets zakelijk is moet vooral gekeken worden naar fiscale en niet fiscale motieven voor de rechtshandelingen. De Staatssecretaris vergelijkt de dubbele zakelijkheidstoets met de *fraus legis* jurisprudentie en het daarin opgenomen criterium van strijd met doel en strekking van de wet op het moment dat de rechtshandeling overwegend fiscale belastingbesparende motieven heeft. De Staatssecretaris geeft daarnaast aan dat de regeling er niet op is gericht niet fiscaal gemotiveerde rechtshandelingen onder de renteaftrekbeperking te laten vallen.<sup>66 67</sup>

---

<sup>64</sup> Marres, O.C.R., *Winstdrainage door renteaftrek*, Deventer: Kluwer 2005, blz. 75.

<sup>65</sup> Kamerstukken I 2006-2007, 30 572, nr. C (MvA), p. 22.

<sup>66</sup> Kamerstukken I 1996-1997, 24 696, nr. 52b (MvA), p. 4.

De tweede tegenbewijsmogelijkheid ziet op compenserende heffing over de rente. Bij beoordeling of er sprake is van compenserende heffing moet gekeken worden naar de belasting die over de rentebaten geheven wordt en of deze naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Deze mogelijkheid is geïntroduceerd naar aanleiding van het eerder besproken arrest HR, 20-09-1995, nr 29737, BNB 1996/5 met de aanpassing dat geen sprake kan zijn van redelijke heffing als er geen effectieve heffing plaatsvindt door verrekening van belasting of verliezen. Er is sprake van redelijke heffing als een tarief van 10 procent van de naar Nederlandse maatstaven bepaalde winst over de rentebaten wordt geheven.<sup>68</sup>

#### 6.4 Fraus legis

Door de invoering van Artikel 10a Wet Vpb die onder de hierboven beschreven omstandigheden renteaftrek verbiedt, is de vraag of *fraus legis* nog naast dit wetsartikel kan worden toegepast. Deze kwestie zal relevant worden op het moment dat winstdrainage niet door artikel 10a Wet Vpb voorkomen kan worden. Hierbij is de vraag of de rechter toepassing van *fraus legis* toestaat, omdat de wetgever ter voorkoming van winstdrainage beperkingen heeft gecodificeerd in de wet en omdat door toepassing van *fraus legis* inbreuk gemaakt zou kunnen worden op de rechtszekerheid van de belastingplichtige.

Volgens de parlementaire geschiedenis van de in 2007 ingevoerde wet 'werken aan winst' beantwoordde de Staatssecretaris een vraag van de VVD fractie over de toepassing van *fraus legis* in de situatie dat artikel 10a, 10d (vervallen op 01-01-2013) of een andere renteaftrekbeperking niet van toepassing is. De Staatssecretaris gaf hierbij aan dat toepassing van *fraus legis* niet uitgesloten wordt bij andere renteaftrekbeperkingen, maar dat hiervan alleen sprake is bij uitzonderlijke situaties, zoals ongeoorloofde belastingbesparing. De Staatssecretaris geeft ook aan dat door de duidelijke codificatie van artikel 10a Wet Vpb toepassing van *fraus legis* in de praktijk niet snel zal voorkomen.<sup>69</sup> De Soeten geeft in zijn commentaar op de wet 'werken aan winst' in het Weekblad voor Fiscaal Recht aan dat hij ook van mening is dat *fraus legis* toepast kan worden, maar dat dit slechts een theoretisch mogelijkheid is. Hij geeft verder aan dat hij van mening is dat wanneer een feitencomplex valt binnen de toepassing van artikel 10a Wet Vpb, het niet voorstelbaar is dat *fraus legis* nog kan worden toegepast, omdat de wetgever deze situaties bewust heeft aanvaard.<sup>70</sup>

Wat De Soeten in tegenstelling tot de Staatssecretaris aangeeft, is dat niet aan *fraus legis* wordt toegekomen op het moment dat sprake is van een feitencomplex dat onder artikel 10a Wet Vpb valt en dat *fraus legis* alleen mogelijk is als het feitencomplex buiten de wet valt. De Staatssecretaris maakt dit onderscheid niet. Beide zijn het er over eens dat de toepassing van *fraus legis* uitzonderlijk zal zijn door artikel 10a Wet Vpb.

De Hoge Raad heeft zich in de zaak HR, 11-07-2008, nr. 43 376, BNB 2008/266 uitgesproken over de toepassing van *fraus legis* op het moment dat de rechtshandelingen zijn gericht op het voorkomen van de renteaftrekbeperking van Artikel 10a Wet Vpb (Wet Vpb voor 01-01-2007). In dit arrest ging het om de aankoop van aandelen waarbij de koopsom schuldig werd gebleven. Door een latere omzetting van de aandelen in een lijfrenteverplichting kon de rente in aftrek worden gebracht van de

---

<sup>67</sup> Vleggeert, J., *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, 2.2.3.E.b1 De dubbele zakelijkheidstoets, Deventer: Kluwer 2014.

<sup>68</sup> Geld, J.A.G. van der, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, blz. 127-128.

<sup>69</sup> Kamerstukken II 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 45.

<sup>70</sup> Soeten, G.H. de, *Winstdrainage na 1 januari 2007*, *WFR* 2007/459.

winst. De Hoge Raad gaf aan dat als de koopsom schuldig is gebleven en de rente niet in aftrek zou kunnen worden gebracht op grond van het oude Artikel 10a lid 2 onderdeel b Wet Vpb. Doordat de omzetting in de lijfrente verplichting gericht was om deze aftrekbeperking van artikel 10a Wet Vpb te voorkomen was dit resultaat in strijd met doel en strekking van de wet, waardoor sprake was van *fraus legis*. De renteaftrek werd door toepassing van *fraus legis* weer onder artikel 10a Wet Vpb gebracht waardoor renteaftrek niet mogelijk was.

## 6.5 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de verschillende mogelijkheden tot bestrijding van winstdrainage besproken. Winstdrainage kan worden omschreven als een constructie binnen concernverband waarbij gekunstelde rentelasten ten koste gaan van de Nederlandse belastbare winst en waar tegenover een onzakelijke verschuiving staat van de rentebaten van de crediteur naar een laag belast of onbelast land. Winstdrainage wordt bestreden door zowel artikel 10a Wet Vpb als *fraus legis*. Aan de toepassing van de renteaftrekbeperking kan worden ontkomen door middel van compenserende heffing over de rentebaten of het aantonen van de zakelijkheid van zowel de lening als de rechtshandeling.

Bij de bestrijding van winstdrainage speelt zowel bij de *fraus legis* jurisprudentie als in artikel 10a Wet Vpb de naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing een belangrijke rol om aan de renteaftrekbeperking te ontkomen. In het RPS-arrest, waar de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is de onderworpenheidstoets opgenomen als een van de drie mogelijke toetsen om de deelnemingsvrijstelling toe te passen in het geval sprake is van een beleggingsdeelneming. In tegenstelling tot artikel 10a Wet Vpb is de onderworpenheidstoets opgenomen op het niveau van de winst van de deelneming en niet over de rentebaten. Als de toets bij het RPS-arrest zou worden toegepast op de rente, zou door de aftrek niet worden voldaan aan de onderworpenheidstoets, omdat er sprake is van aftrek van vergoeding voor de RPS in plaats van onderworpenheid. De onderworpenheidstoets is in artikel 13 Wet Vpb opgenomen op het niveau van de deelneming, waardoor hier wel de mogelijkheid bestaat om aan de onderworpenheidstoets te voldoen. Bij de deelnemingsvrijstelling moet nog aan twee andere toetsen worden voldaan voordat de vrijstelling niet van toepassing is. De Hoge Raad gaf aan dat de aftrek in Australië niet zorgde voor een resultaat dat in strijd is met doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling, terwijl er sprake is van een aftrekpost en de deelnemingsvrijstelling dubbele heffing bij de moedervennootschap voor de winst probeert te voorkomen. Zoals ik ook in 4.7 heb aangegeven zou deze situatie door de wetgever kunnen worden voorkomen door in de deelnemingsvrijstelling een soort omgekeerde compenserende heffingstoets op te nemen. Dit zou de wetgever kunnen doen door de deelnemingsvrijstelling alleen toe te staan als er geen recht bestaat op aftrek voor de vergoeding van kapitaal.

Door toepassing van artikel 10a Wet Vpb kan de renteaftrek bij winstdrainage worden voorkomen. Artikel 10a Wet Vpb wordt toegepast als een lening binnen een concern verband houdt met één van de drie eerder genoemde rechtshandelingen. Dit werd voorafgaand aan de invoering van dit wetsartikel voorkomen door middel van *fraus legis*. Bij de arresten van 7 februari is sprake van herfinanciering met als doel om te zorgen dat er aftrek staat tegenover vrijgestelde inkomsten of de situatie dat niet in aftrek te kunnen brengen rente dat tegenover belast rente inkomsten staat wordt omgezet in een vrijgestelde situatie van zowel de kosten als de inkomsten door de deelnemingsvrijstelling. Duidelijk is dat in beide situaties door de belastingplichtige opzettelijk

situaties gecreëerd worden uit fiscale beweegredenen. In mijn opinie ligt het verschil tussen de arresten van 7 februari en winstdrainage in het punt dat bij winstdrainage een nieuwe lening en rechtshandeling wordt aangegaan met een onzakelijke reden die puur is gericht op het verijdelen van belastingheffing. Daarentegen is bij de arresten van 7 februari sprake van een bestaande financiering die wordt omgezet in een fiscaal meer positieve situatie. De reden tot herfinanciering kan hierbij niet zakelijk zijn, maar de vermogensverstrekking zelf in deze situatie wel. De belastingplichtige moet in mijn opinie de vrijheid krijgen om een vorm van financiering te kiezen en of dit direct gebeurt door middel van kapitaal of later door middel van een herfinanciering, maakt niet uit voor de toepassing van *fraus legis*.

## 7. Conclusie

In deze scriptie is onderzocht of de mogelijkheid tot herkwalificatie van kapitaal groter is geworden door het niet toestaand van *fraus legis* in de arresten van de Hoge Raad van 7 februari 2014. In deze arresten ging het om een herfinanciering van vreemd vermogen door middel van cumulatief preferente aandelen en RPS. De Hoge Raad moest beoordelen of de inkomsten die werden genoten na de herfinanciering door middel van kapitaal moeten worden geherkwalificeerd als vreemd vermogen of door middel van *fraus legis* moeten worden betrokken in de heffing. De hoofdvraag zal verder in deze conclusie worden beantwoord aan de hand van het onderzoek dat is gedaan in deze scriptie.

Bij de herfinanciering door middel van cumulatief preferente aandelen kapitaal en RPS is de vraag of deelnemingsvrijstelling toegepast kan worden, waardoor de inkomsten uit de deelneming zijn vrijgesteld. Daarentegen zullen inkomsten en kosten worden belast als er sprake is van vreemd vermogen. In het RPS-arrest was toepassing van de deelnemingsvrijstelling voor de belastingplichtige fiscaal voordelig, omdat de kosten in Australië konden worden afgetrokken en de inkomsten in Nederland waren vrijgesteld. In het cum pref arrest was de toepassing van de deelnemingsvrijstelling voor de belastingplichtige fiscaal voordelig, omdat de rentekosten effectief niet geheel konden worden afgetrokken van de winst.

In beide arresten had het verstrekte vermogen veel eigenschappen van vreemd vermogen. De Hoge Raad oordeelde op basis van het Unilever-arrest dat de civielrechtelijke vorm ook beslissend is voor de fiscale kwalificatie.<sup>71</sup> Er zijn drie uitzonderingen bij de herkwalificatie van vreemd vermogen: de schijnlening, de bodemloze put lening en de deelnemerschapslening. Het is alleen mogelijk om kapitaal te herkwalificeren als er sprake is van een schijnhandeling, maar daar was volgens de Hoge Raad in beide arresten geen sprake van. Ik ben het op dit punt met de Hoge Raad eens, omdat de belastingplichtige de vermogensverstrekking onder de deelnemingsvrijstelling wilde brengen en dit door middel van de herfinanciering is gelukt.

In het RPS-arrest was sprake van een Nederlandse vennootschap die na een herstructurering zijn verstrekte lening aan een Australische vennootschap herfinancierde door middel van RPS. Het hof oordeelde dat RPS veel eigenschappen had die overeenkomen met Nederlandse cumulatief preferent aandelenkapitaal. De Hoge Raad ging in deze uitspraak mee en omdat voor de fiscale kwalificatie naar civielrechtelijke kenmerken moet worden gekeken, werden de RPS aangemerkt als kapitaal.

In het cum pref arrest was er sprake van een banksyndicaat dat een lening had verstrekt. Na een herstructurering werden de cumulatief preferente aandelen verkocht aan een fonds van het banksyndicaat en werd met het daarmee verkregen bedrag de schuld afgelost. De belastingplichtige probeerde met de herfinanciering te zorgen voor een situatie waarbij geen sprake meer was van aftrekbare rentekosten tegenover belaste rente-inkomsten, maar van een situatie waar er geen sprake was van aftrek en belaste inkomsten door middel van de deelnemingsvrijstelling. De reden voor de herfinanciering was dat de belastingplichtige de rentekosten niet geheel in aftrek kon brengen van de winst. Er was voor de belastingplichtige een fiscale reden voor de omzetting. De Hoge Raad oordeelde dat voor de cumulatief preferente aandelen de civielrechtelijke vorm beslissend

---

<sup>71</sup> HR, 27-01-1988, nr 23 919, BNB 1988/217



was voor de fiscale kwalificatie. De cumulatief preferente aandelen werden voor de deelnemingsvrijstelling aangemerkt als kapitaal. Door in beide arresten te oordelen dat de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale kwalificatie en dat op deze regel er geen uitzonderingen worden gemaakt, zorgt de Hoge Raad voor rechtszekerheid voor de belastingplichtige.

Fraus legis wordt toegepast als laatste redmiddel en komt dus pas aan de orde na gewone rechtsvinding. Voor de toepassing van fraus legis zijn twee cumulatieve voorwaarden gesteld. Ten eerste het subjectieve vereiste waarbij de doorslaggevende reden voor de rechtshandeling belastingverijdeling moet zijn. Ten tweede moet het resultaat van de rechtshandeling in strijd zijn met doel en strekking van de wet. Indien is voldaan aan beide vereisten van fraus legis zal de rechtshandeling worden gesubstitueerd, waardoor de rechtshandeling onder doel en strekking van de wet wordt gebracht. Dit betekent dat als de vermogensverstrekking in beide arresten wordt aangemerkt als fraus legis, substitutie naar vreemd vermogen plaatsvindt en de rente-inkomsten worden betrokken in de winst.

De inspecteur heeft in beide arresten geprobeerd fraus legis toe te passen om te voorkomen dat de inkomsten zouden worden vrijgesteld. In beide arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er geen sprake was van fraus legis. De Hoge Raad gaf aan dat de belastingplichtige keuzevrijheid heeft bij het verstrekken van een financiering en dat het hierbij niet uitmaakt dat er eerder is gefinancierd door middel van vreemd vermogen. Dit is volgens de Hoge Raad niet in strijd met doel en strekking van de wet.

Bij het RPS-arrest gaf de Hoge Raad aan dat het niet van belang was of er sprake is van aftrek van de vergoeding in Australië, terwijl het doel van de deelnemingsvrijstelling is om dubbele heffing voor de winst van de moedervernootschap te voorkomen. Van Liedonk geeft in haar commentaar op de arresten van 7 februari aan dat bij de invoering van de deelnemingsvrijstelling in de wet 'werken aan winst' is opgemerkt dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is ook op het moment dat er sprake is van rente die in het buitenland in aftrek wordt gebracht.<sup>72 73</sup> Ook uit de Prêt participatif-arresten blijkt dat als er sprake is van aftrek in het buitenland, de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.<sup>74</sup> De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak in het RPS-arrest opnieuw bevestigd dat een mismatch de deelnemingsvrijstelling niet in de weg staat.

Als de bestrijding van winstdrainage door middel van fraus legis en artikel 10a Wet Vpb vergeleken wordt met de arresten van 7 februari valt op dat er sprake is van een omgekeerde situatie. Bij winstdrainage wordt door de belastingdienst geprobeerd renteaftrek te voorkomen, terwijl bij de arresten van 7 februari wordt geprobeerd de inkomsten te belasten door deze niet vrij te stellen onder de deelnemingsvrijstelling. Winstdrainage heeft als doel om de belastingdruk binnen het concern te verminderen door de rentekosten van de Nederlandse grondslag af te trekken en tegenoverstaande de rentebaten in een laag belast of onbelast land in de winst te betrekken. De belastingplichtigen bij de arresten van 7 februari hadden juist als doel om door middel van deelnemingsvrijstelling de inkomsten vrij te stellen. Bij bestrijding van winstdrainage kan de

---

<sup>72</sup> Lindonk, C.L. van, Redeemable Preference Shares vormen aandelen voor toepassing deelnemingsvrijstelling, NTFR 2014/738.

<sup>73</sup> Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 89

<sup>74</sup> HR, 25-11-2005, nr. 40989, BNB 2006/82, HR, 25-11-2005, nr. 40991, BNB 2006/83.

renteafrekbepanking van fraus legis en artikel 10a Wet Vpb niet worden toegepast als er sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Bij het oordeel van het RPS-arrest was voor de toepassing van fraus legis niet van belang dat er sprake was van aftrek van de winst in Australië voor de betaalde vergoeding. De Hoge Raad gaf aan dat dit beoordeeld wordt naar Nederlandse maatstaven en dat dit niet zorgt voor strijd met doel en strekking van de wet. De deelnemingsvrijstelling zorgt in deze situatie niet voor voorkoming van dubbele belasting bij de moedervenootschap door voordelen uit de deelneming vrij te stellen, maar voor een situatie waarin aftrek was in Australië en vrijstelling in Nederland. Opvallend is dat bij winstdrainage renteaftrek wordt beperkt als er geen sprake is van naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing, terwijl bij de arresten van 7 februari de aftrek in Australië niet van belang is voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Door het niet van belang achten van de Australische aftrek voor doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling waarin de Nederlandse fiscale kwalificatie wordt aangehouden, kan de belastingplichtige gebruik maken van mismatches.

Om mismatches te voorkomen voor de deelnemingsvrijstelling zal de wetgever de eis moet stellen dat de inkomsten alleen zijn vrijgesteld als er geen sprake is van aftrek. Voor de deelnemingsvrijstelling zal bij deze aanpassing de Nederlandse kwalificatie van belang blijven, maar zullen veel mismatches worden voorkomen door de vrijstelling te weigeren op het moment dat er sprake is van aftrek bij de deelneming.

Tot slot het antwoord op de hoofdvraag van mijn scriptie of de mogelijkheid tot herkwalificatie van kapitaal groter is geworden door het niet toestaan van fraus legis in de arresten van 7 februari. Deze vraag moet ontkennend beantwoord worden. De Hoge Raad heeft aangegeven dat er geen mogelijkheid is tot herkwalificatie van kapitaal door het niet toepassen van fraus legis. De Hoge Raad heeft daarnaast geen uitzonderingen gemaakt op de bij de fiscale kwalificatie van kapitaal op basis van de civielrechtelijke vorm. De Hoge Raad heeft in beide arresten aangegeven dat er geen sprake is van fraus legis bij de herfinanciering door middel van kapitaal, maar dat dit valt onder de keuzevrijheid van de belastingplichtige. Uit de uitspraak in het RPS-arrest valt op te maken dat de Hoge Raad de aftrek van kosten in het buitenland niet van belang acht voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Dit is opvallend aangezien de deelnemingsvrijstelling als doel heeft om dubbele heffing in deelnemingsverhoudingen te voorkomen. Naar mijn mening zou door het doel van de deelnemingsvrijstelling de wetgever voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling de eis moeten stellen dat er geen recht op aftrek is bij de dochter, om te voorkomen dat de deelnemingsvrijstelling zijn doel voorbij streeft. Onder de strekking van de deelnemingsvrijstelling, zoals deze op dit moment geldt, zal de situatie van mismatches niet kunnen worden voorkomen.

## 8. Bronvermelding

### 8.1 Literatuurlijst

- Blieck, L.A. de, Amersfoort, P.J. van, Blieck, J. de, Ouderaa, E.A.G. van der, Koopman, R.J., Algemene wet inzake rijksbelastingen, Deventer: Kluwer 2011.
- Bon, W., en Cornelisse, R.P.C., Aandelen kunnen feitelijk [fiscaal] niet functioneren als vreemd vermogen, WFR 2008/137.
- Bruijsten, C. Civielrechtelijk geschapen rechtsverhoudingen niet beoogd; kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt als geldlening, NTFR 2013/70.
- Chin-Oldenziel, M. en Belkaid-Koubia, M., Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd, WFR 2013/1492.
- Geld, J.A.G. van der, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2013.
- IJzerman, R.L.H., Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Deventer: Kluwer 1990.
- Kluwer, Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer, 2014.
- Kok, Q.W.J.C.H., Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2.4.3.B.f9 Rotte appelbenadering, Deventer: Kluwer 2014.
- Kooiman, W.R., De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, Tijdschrift Formeel Belastingrecht 2012/06.
- Lindonk, C.L. van, Redeemable Preference Shares vormen aandelen voor toepassing deelnemingsvrijstelling, NTFR 2014/738.
- Marres, O.C.R., Winstdrainage door renteaftrek, Deventer: Kluwer, 2005.
- Niessen, R.E.C.M., Fraus legis in de 21e eeuw, NTFRB, 2011/6.
- R. Snoeij, R., De Kunst van het kwalificeren van geldverstrekkings voor fiscale doeleinden op basis van de civielrechtelijke vorm, WFR 2009/1582.
- Soeten, G.H. de, Winstdrainage na 1 januari 2007, WFR 2007/459.
- Streek, J.L. van de, Cursus Belastingrecht, Vpb.2.4.0.A.a1 Inleiding, Deventer: Kluwer 2014.
- Vakstudie Nieuws, Hof merkt geldverstrekking ondanks vormgeving door middel van o.a. aandelenbelang aan als geldlening en opbrengst als belaste rente, V-N 2012/54.10.
- Verburg, Tussen de regels door, inaugurele rede, Deventer: Kluwer 1973.
- Vermeulen, H., Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht, Deventer: Kluwer 2014.
- Vermeulen, H., Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer, 2014.
- Visser, Tarief na zetelverplaatsing bepaalt of sprake is van redelijke heffing, NTFR, 2002/1900.
- Vleggeert, J., Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2.2.3.A.a Plaats en functie van de antiwinstdrainageregeling, Deventer: Kluwer 2014.
- Wattel, P.J., Algemeen belastingrecht, Deventer: Kluwer 1999.

### 8.2 Kamerstukken

- Kamerstukken I 1996-1997, 24 696,
- Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572
- Kamerstukken I 2006-2007, 30 572
- Kamerstukken II 2009-10, 32 129.

### 8.3 Jurisprudentie

- HR, 26-05-1926, NJ 1926, 723
- HR, 08-10-1952, nr. 11 023
- HR, 04-07-1961, nr. 14 566, BNB 1961/285
- HR, 21-09- 1983, nr. 22 060, BNB 1983/316
- HR, 21-11-1984, nr. 22.092, BNB 1985/32
- HR, 20-03-1985, nr 23 003, BNB 1985/171
- HR, 27-01-1988, nr 23 919, BNB 1988/217
- HR, 26-04-1989, nr 24 446, BNB 1989/217
- HR, 10-03-1993, nr 27 295, BNB 1993/194
- HR, 20-09-1995, nr 29737, BNB 1996/5
- HR, 11-03-1998, nr 32 240, BNB 1998/208
- HR, 11-03-1998, nr. 30 936, BNB 1998/265
- HR, 08-02-2002, nr 36 358, BNB 2002/118
- HR, 25-11-2005, nr. 40989, BNB 2006/82
- HR, 25-11-2005, nr. 40991, BNB 2006/83
- HR, 08-09-2006, nr 42 015, BNB 2007/104
- HR, 11-07-2008, nr. 43 376, BNB 2008/266
- HR, 13-03-2009, nr. 43 946, BNB 2009/123
- HR, 07-02-2014, nr 12/03540, BNB 2014/79
- HR, 07-02-2014, nr 12/04640, BNB 2014/80

### 8.4 Staatscourant

- Persbericht Ministerie van Financiën van 29 juli 1987, nr. 87/222, V-N 1987, Blz. 1768.
- Besluit Staatssecretaris van Financiën, 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, Stcrt. nr. 47, BNB 2008/121.