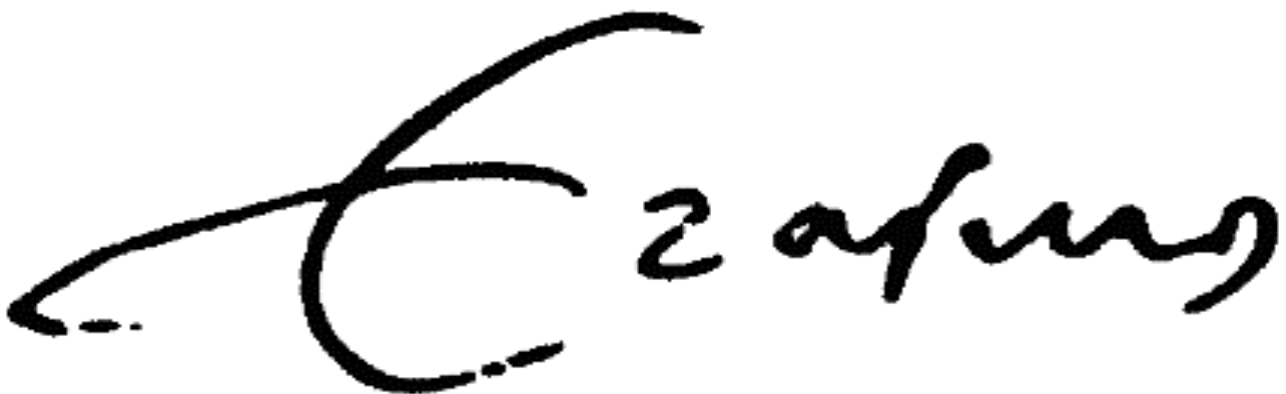


Het leerstuk van fraus legis; wel of geen verandering?

A large, stylized handwritten signature in black ink, which appears to read 'Luz Marina Rodrigues Pita'.

Naam: Luz Marina Rodrigues Pita

Studie: Fiscale economie

Studentnummer: 352379

Begeleider: Drs. M. Nieuweboer

Datum: 6 juli 2015

Erasmus Universiteit Rotterdam

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1 – INLEIDING	3
1.1 ALGEMEEN	3
1.2 DOEL EN PROBLEEMSTELLING.....	4
1.3 ONDERZOEKSOPZET.....	4
HOOFDSTUK 2 – HET BEGRIP FRAUS LEGIS	5
2.1 INLEIDING	5
2.2 HISTORIE VAN FRAUS LEGIS.....	5
2.3 DE CRITERIA VAN FRAUS LEGIS.....	8
2.3.1 HET MOTIEFVEREISTE	8
2.3.2 HET NORMVEREISTE	10
2.4 DE GEVOLGEN VAN FRAUS LEGIS	11
2.5 BEWIJSLAST	12
2.6 SAMENVATTING EN CONCLUSIE	12
HOOFDSTUK 3 – ONTWIKKELING VAN HET MOTIEFVEREISTE	14
3.1 INLEIDING	14
3.2 VERSCHILLENDE-WEGENLEER	14
3.3 AANWIJZINGEN VOOR MOTIEFVEREISTE	17
3.4 SAMENVATTING EN CONCLUSIE	19
HOOFDSTUK 4 – DE ONTWIKKELING VAN DE NORMVEREISTE	21
4.1 INLEIDING	21
4.2 INTERPRETATIEMETHODEN	21
4.3 HR 26 APRIL 1989.....	21
4.4 HR 6 SEPTEMBER 1995	22
4.5 HR 13 JULI 2001	23
4.6 HR 8 FEBRUARI 2002	23
4.7 HR 17 DECEMBER 2004	25
4.8 SAMENVATTING EN CONCLUSIE	25
HOOFDSTUK 5 – DE RECENTE FRAUS LEGISJURISPRUDENTIE	27
5.1 INLEIDING	27
5.2 HR 1 MAART 2013.....	27
5.2.1 DE FEITEN VAN DE CASUS.....	27
5.2.2 UITSpraak VAN HET HOF.....	28
5.2.3 ARREST VAN DE HOGE RAAD	29
5.3 HR 7 FEBRUARI 2014	29
5.3.1 DE FEITEN VAN DE CASUS	29
5.3.2 UITSpraak VAN HET HOF.....	30
5.3.3 ARREST VAN DE HOGE RAAD	31
5.4 HR 23 MEI 2014	31
5.4.1 DE FEITEN.....	31
5.4.2 UITSpraak VAN HET HOF.....	33
5.4.3 ARREST VAN DE HOGE RAAD	34
5.5 SAMENVATTING EN CONCLUSIE	35
HOOFDSTUK 6 – CONCLUSIE	37
LITERATUURLIJST	39

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Algemeen

Fraus legis is voor het eerst door de Hoge Raad in het belastingrecht geïntroduceerd in 1926 met het Driedagenarrest. Het gaat hier om het leerstuk van de wetsontduiking.¹ Sinds de eerste fraus legisjurisprudentie binnen de Wet op de vennootschapsbelasting is het de fiscus niet altijd gelukt om met succes een beroep te doen op fraus legis. Het is voornamelijk aantrekkelijk in concernverbanden om fiscale constructies te bedenken om zo min mogelijk belasting te betalen. In beginsel zou dit niet onwettig zijn, zolang het binnen de bandbreedte van de wettekst zit. Niettemin is het resultaat vaak in strijd met wat de wetgever heeft bedoeld. De wetgever heeft getracht dit te beperken door antimisbruikbepalingen in de wet te introduceren.

Of sprake is van fraus legis dient te worden nagegaan of aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan namelijk het motief- en het normvereiste. Bij het motiefvereiste moet belastingverijdeling het primaire doel zijn geweest voor het verrichten van bepaalde handelingen of het opmaken van bepaalde constructies. Volgens het normvereiste dienen deze handelingen te zijn verricht in strijd met doel en strekking van de wet. Het motiefvereiste is subjectief van aard, terwijl het normvereiste objectief bepaalbaar is.²

Aangezien het feit dat de wetgever de ontgaansmogelijkheid van belastingplichtigen heeft willen beperken door antimisbruikbepalingen in te voeren in de wet Vpb, is de Hoge Raad vaak terughoudend bij het uitspreken van fraus legis.³ Zo blijkt uit een arrest van 10 juli 2009⁴ dat de Hoge Raad niet zomaar de geldende wetgeving opzij legt om ruimte te geven aan fraus legis. De invoering van antimisbruikbepalingen betekent niet dat fraus legis niet meer toepasbaar is.⁵ De laatste paar jaar heeft de Hoge Raad in een aantal arresten het fraus legis-leerstuk toegepast op situaties die ook werden bestreken, of in elk geval sterk lijken op situaties in specifieke antimisbruikbepalingen. Het toepassingsbereik van fraus legis lijkt te zijn toegenomen ten opzichte van oudere jurisprudentie van de Hoge Raad. Echter is het door deze relatief recente arresten ook onduidelijker geworden waar de Hoge Raad de grens trekt. In 2013 heeft de Hoge Raad in een arrest geconcludeerd dat hoewel het einddoel van de belastingplichtige zakelijk was, dit niet uitsluit dat aan de onderlinge transacties om het einddoel te bereiken geen zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.⁶ Voor een aantal auteurs is dit merkwaardig, omdat in het Tweede-Ierse arrest de Hoge Raad juist het omgekeerde leek te hebben geconcludeerd.⁷ Eveneens in 2014 heeft de Hoge Raad in een

¹ W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB, 2012/06.

² R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van fraus legis – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 1), Forfaitair 2013/231.

³ W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB, 2012/06.

⁴ HR 10 juli 2009, nr. 43363, BNB 2009/237

⁵ W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB, 2012/06.

⁶ HR 1 maart 2013, nr 11/00675, BNB 2013/137

⁷ P.H.M. Flipsen, Financiering van derdentransacties in concernverband, MBB, 2005/7/8.

achtal arresten uiteindelijk fraus legis toegepast in situaties waarin belastingplichtigen de grenzen van de bepalingen tegen de handel in HIR-lichamen opzochten.⁸

1.2 Doel en probleemstelling

Deze scriptie zal gebaseerd zijn op de fraus legisjurisprudentie van de Hoge Raad, voor zover deze betrekking heeft op de vennootschapsbelasting. Het hoofddoel van deze scriptie is om te onderzoeken of een duidelijke lijn kan worden getrokken met betrekking tot de toepassing van fraus legis in de rechtspraak. Hierbij zal een beschrijving plaatsvinden van de relevante arresten en literatuur omtrent fraus legis. Bovendien zal een analyse worden gedaan over hoe bovengenoemde arresten zich verhouden ten opzichte van de oudere arresten van de Hoge Raad. Uit het vorengenoemde is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

Heeft de Hoge Raad de criteria voor toepassing van het fraus legis- leerstuk in de Wet VPB met de recente arresten gewijzigd, waardoor het toepassingsbereik ervan is toegenomen?

Om tot een conclusie te komen en de onderzoeksvraag te beantwoorden zijn de volgende deelvragen geformuleerd.

1. Wat wordt verstaan onder het leerstuk van fraus legis?
2. Hoe heeft het motiefvereiste zich in de rechtspraak ontwikkeld?
3. Hoe heeft het normvereiste zich in de rechtspraak ontwikkeld?
4. Wat zijn de criteria die de Hoge Raad vanaf 2013 handhaaft om fraus legis uit te spreken?

1.3 Onderzoekopzet

De deelvragen worden elk in één hoofdstuk behandeld. In hoofdstuk 2 zal het begrip fraus legis uitgebreid behandeld worden, waarbij wordt ingegaan op de historie van fraus legis, hoe het is ontstaan in de rechtspraak en wanneer fraus legis toegepast kan worden. In hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4 zullen respectievelijk het motiefvereiste en het normvereiste afzonderlijk behandeld worden. Het doel van beide hoofdstukken is om de ontwikkeling van de vereisten te analyseren aan de hand van jurisprudentie en relevante literatuur. Dit zal een beeld geven van hoe het begrip fraus legis zich in de rechtspraak heeft ontwikkeld. In hoofdstuk 5 zal de laatste deelvraag behandeld worden. In dit hoofdstuk zullen met behulp van drie arresten van de Hoge Raad van de laatste twee jaren de criteria voor toepassing van fraus legis uiteengezet worden. Tot slot zal in hoofdstuk 6 een samenvatting en conclusie komen met een antwoord op de onderzoeksvraag.

⁸ HR 23 mei 2014, BNB 2014/171-178

Hoofdstuk 2 – Het begrip fraus legis

2.1 Inleiding

Het leerstuk van de wetsontduiking, ofwel fraus legis, is afkomstig van het Romeinse recht. In Nederland wordt dit leerstuk gebruikt om wetsontduiking te voorkomen.⁹ Fraus legis is geen wettelijk leerstuk en is ontstaan en ontwikkeld aan de hand van rechtspraak en literatuur. De belastingplichtige moet in principe kunnen vertrouwen op de wet. De rechtszekerheid dient vast te staan zodat de belastingplichtige zelf de beste oplossing voor zichzelf kan kiezen zonder dat daar uitsluitend overwegend fiscale motieven aan verbonden zijn.¹⁰ Wetsontduiking komt pas aan bod wanneer het niet mogelijk is een interpretatie te vinden in de wettelijke voorschriften die belastingontwijking dienen te voorkomen.¹¹ De Hoge Raad legde de basis voor fraus legis vast in het Nederlandse fiscale recht in het Driedagenarrest in 1926 en pas eind jaren tachtig is het leerstuk voor het eerst in de vennootschapsbelasting toegepast.

In dit hoofdstuk zal fraus legis uitgebreid besproken worden. Eerst wordt er aandacht besteed aan de historie van fraus legis. Vervolgens wordt het begrip fraus legis gedefinieerd aan de hand van de gevonden jurisprudentie. In de volgende paragraaf wordt aandacht besteed aan de voorwaarden die van toepassing dienen te zijn volgens de Hoge Raad om fraus legis toe te passen. Verder zal kort besproken worden wat de gevolgen zijn voor de belastingplichtige als blijkt dat er sprake is van fraus legis. Bovendien wordt gesproken over wie de bewijslast draagt bij het leerstuk van de wetsontduiking en zal worden bekeken of er tegenbewijsmogelijkheden zijn. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een korte samenvatting en conclusie.

2.2 Historie van fraus legis

Fraus legis stamt af van het Romeinse recht en is, zoals eerder vermeld, een leerstuk dat afkomstig is uit het algemene recht.¹² Naast de leer van fraus legis bestaat er in het belastingrecht een andere manier om wetsontduiking tegen te gaan. In art. 31 AWR staat de leer van richtige heffing centraal.¹³ Dit is een wettelijke geregelde bepaling tegen wetsontwijking. In tegenstelling tot deze bepaling inzake de richtige heffing is de leer van de wetsontduiking niet in de Nederlandse wetgeving gecodificeerd. De voorwaarden voor het toepassen van richtige heffing en fraus legis hebben zich in de jurisprudentie zodanig ontwikkeld dat er geen verschillen meer bestaan tussen de twee. IJzerman zag dan ook geen behoefte meer aan de toepassing van richtige heffing aangezien het toepassingsbereik beperkter lag dan dat van de fraus legis.¹⁴ Zo kan de inspecteur richtige heffing niet toepassen

⁹ R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van fraus legis – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 1), Forfaitair 2013/231.

¹⁰ M.A. Ultee, fraus legis: binnenkort ook succesvol wapen bij de heffing van omzetbelasting?, Europese Fiscale Studies, 2004.

¹¹ Ch.P.A. Geppaart: Fiscale rechtsvinding. Proefschrift 1965, pag. 188.

¹² W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB, 2012/06

¹³ W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB, 2012/06

¹⁴ R.L.H. IJzerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën nr 54, Kluwer, Deventer, 1991, p. 21.

zonder toestemming van de minister van Financiën.¹⁵ Daarnaast volgt uit art. 31 AWR dat richtige heffing alleen betrekking heeft op de heffing van directe belastingen terwijl fraus legis in het gehele belastingrecht toepassing vindt. Bovendien kunnen de gevolgen anders uitpakken bij richtige heffing dan fraus legis. Zo wordt bij de toepassing van richtige heffing geen rekening gehouden met de rechtshandelingen. Daarentegen biedt fraus legis de mogelijkheid om de rechtshandelingen te vervangen door andere rechtshandelingen.¹⁶

Fraus legis is voor de eerste keer in het belastingrecht geïntroduceerd in 1926 in het driedagenarrest.¹⁷ De interpretatie van de wet is belangrijk om te bepalen of aan het leerstuk van fraus legis wordt toegekomen. Pas wanneer is gebleken dat interpretatie van de wet niet leidt tot een bevredigende oplossing van de zaak, kan fraus legis worden toegepast als laatste correctiemogelijkheid.¹⁸ Hierdoor heeft Scheltens (1959) terecht opgemerkt dat fraus legis geen interpretatiemethode is, maar juist tot werking komt als de interpretatiemethoden tekort schieten.¹⁹ De Vries (2010) definieert fraus legis als volgt: *'Fraus legis is een ultimum remedium waarmee wordt nagestreefd de strekking van regelgeving te waarborgen, dit met overschrijding van de grens in de vorm van de uiterste betekenis die aan de woorden van de te interpreteren rechtsregel kan worden toegekend.'*²⁰ Het probleem is dat belastingplichtigen transacties aangaan die - volgens de letter van de wet - de voor hen gunstige gevolgen hebben. Dus zij voldoen keurig aan de letter van de wet, maar niet aan het doel van de wet. Dat betekent dat bestrijding lastig is. Fraus legis biedt aan de rechter een laatste correctiemogelijkheid om de gepleegde rechtshandeling in lijn met het doel en de strekking van de wet te zetten.²¹

Uit het driedagenarrest in 1926 en enkele arresten uit de jaren tachtig is naar voren gekomen welke omstandigheden de Hoge Raad belangrijk acht bij de beoordeling of er sprake is van fraus legis. Het driedagenarrest had betrekking op art. 11 Successiewet 1895. In dit arrest had de Maastrichtse wijnhandelaar Van Oppen een som geld ontvangen ter waarde van f 50.000 uit hoofde van een verplichting van een periodieke uitkering van f 2.000 per jaar. De uitkering zou ophouden en vervallen drie dagen vóór het overlijden van de schenker. Op basis van de feiten en omstandigheden had de Hoge Raad geoordeeld dat de reden om genoemde rechtshandeling uit te voeren lag in het verijdelen van heffing van de successiewet waardoor doel en strekking van de wet zouden worden miskend. Hierdoor was fraus legis op deze casus van toepassing met als gevolg dat de rechtshandeling zou worden vervangen met een fiscaal nieuwe rechtshandeling, namelijk dat de uitkering eindigt op de dag van het overlijden van de schenker.²²

Uit het standaardarrest van HR 21 november 1984 (BNB 1985/32) werd duidelijk wat voor omstandigheden de Hoge Raad belangrijk achtte om fraus legis toe te passen. In deze casus ging het om belanghebbende, natuurlijk persoon, die meegekochte rente van obligaties in

¹⁵ W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB 2012/06

¹⁶ W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB 2012/06

¹⁷ E.C.C.M. van Kemmeren, Fraus legis in de vennootschapsbelasting, TFO, 1994/21.

¹⁸ R.L.H. IJzerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën nr 54, Kluwer, Deventer, 1991, p. 53.

¹⁹ R.L.H. IJzerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën nr 54, Kluwer, Deventer, 1991, p. 61.

²⁰ R.J. de Vries, Kwaliteit van fiscal rechtsvinding en fiscal regelgeving, WFR, 2010/114.

²¹ E.C.C.M. van Kemmeren, Fraus legis in de vennootschapsbelasting, TFO, 1994/21

²² HR 26 mei 1926, NJ 1926, 723.

afrek wilde brengen op haar aangifte inkomstenbelasting. Belanghebbende had een aantal pakket obligaties gekocht en deze voor een aanmerkelijk deel gefinancierd met een rekening courante krediet. Nadat zij is verhuisd naar België had zij alle pakketten obligaties verkocht en leed een verlies van f 212.000.²³ Hieruit is gebleken dat voor toepassing van *fraus legis* is vereist dat een belastingplichtige een fiscaal voordeel probeert te halen zonder dat de rechtshandeling enige verandering brengt in de economische positie van de belastingplichtige en betrokken partijen. Tevens dient er sprake te zijn van in strijd met doel en strekking van de wet. Indien *fraus legis* toepassing vindt dient er sprake te zijn aan een gebrek aan reële betekenis van de onderliggende transacties.²⁴

Allereerst dient belastingbesparing de doorslaggevende beweegreden te zijn voor het uitvoeren van de rechtshandeling. Vervolgens dient men met het behaalde resultaat uit de rechtshandeling in strijd met doel en strekking van de wet te handelen.²⁵ Deze arresten hebben de basis gelegd voor de formulering van de criteria van *fraus legis* die in de volgende paragraaf behandeld zullen worden.

In het arrest HR 26 april 1989 (BNB 1989/217) was het leerstuk van de wetsontduiking voor het eerste keer toegepast op de vennootschapsbelasting. In deze casus ging het om een interne verhangning. Belanghebbende is met moedervernootschap NV A een rentedragende lening aangegaan om alle aandelen in NV C over te nemen. Echter kwam er geen reële en feitelijke economische verandering in het concern, want moedervernootschap NV A bleef invloed uitoefenen in NV C en beschikte daarmee over alle reserves in NV C. In geschil was of belastingverijdeling de doorslaggevende beweegreden was geweest om de interne verhangning uit te voeren. De Hoge Raad heeft hier geoordeeld dat er inderdaad sprake was van *fraus legis*. In beginsel is een vennootschap vrij in het kiezen van de financieringswijze van een handeling. Echter is het volgens de Hoge Raad voor de aftrek van rente van belang of er sprake is van een samenstel van rechtshandelingen die binnen een concern een verandering in de vermogenspositie of de zeggenschap met zich meebrengen, en of de geldlening zich strekt tot het vervullen van een functie in het kader van de financiering van de onderneming.²⁶ Hierdoor kon met succes een beroep worden gedaan op *fraus legis*. In zijn noot bij het arrest van HR 26 april 1989 merkte P. den Boer op dat de uitspraak voornamelijk gelding heeft bij gevallen van interne verhangning die geen feitelijke verandering van de vermogensposities tot gevolg hebben.²⁷ Tevens kan geconcludeerd worden dat de uitspraak van dit arrest in strijd is met het legaliteitsbeginsel en de vrijheid die een vennootschap heeft in financieringskeuze. Dit heeft veel onzekerheid in de winstsfeer geschapt.

²³ HR 21 november 1984, nr. 22 092, BNB 1985/32

²⁴ R.A. de Boer, J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van *fraus legis* – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 1), *Forfaitair* 2013/231

²⁵ HR 26 mei 1926, NJ 1926, HR 22 juli 1982, BNB 1982/242-246, HR 21 november 1984, nr. 22092, BNB 1985/32.

²⁶ HR 26 april 1989, nr. 24446, BNB 1989/217

²⁷ HR 26 april 1989, nr. 24446, BNB 1989/217 met noot P. den Boer.

2.3 De criteria van *fraus legis*

Volgens jurisprudentie van de Hoge Raad en literatuur dient er cumulatief aan twee voorwaarden te worden voldaan voordat een rechtshandeling getroffen wordt door *fraus legis*. Zo is te halen uit BNB 1987/289²⁸, waarbij *fraus* niet kan worden toegepast omdat niet is gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet. Volgens de Hoge Raad doet daaraan echter niet af dat partijen belastingverijdeling als doorslaggevend motief hadden om de handeling uit te voeren.²⁹

Allereerst moet belastingverijdeling de doorslaggevend bewegegrede zijn geweest voor de belastingplichtige om die bepaalde belastingconstructie te kiezen.³⁰ Deze voorwaarde wordt het motiefvereiste genoemd. Ten tweede dient de belastingconstructie in strijd met doel en strekking van de wet te zijn. Dit wordt ook wel de normvereiste genoemd.³¹ Men dient cumulatief aan beide voorwaarden te voldoen zodat er geen strijd is met de rechtszekerheid van de belastingplichtige. Immers, toepassing van *fraus legis* komt in strijd met de rechtszekerheid van belastingplichtige. De belastingplichtige moet kunnen vertrouwen op de letter van de wettekst. Bij toepassing van *fraus legis* wordt de wettekst opzij gelegd. De voorwaarden hebben een samenhang met elkaar waardoor het niet altijd nuttig is de voorwaarden afzonderlijk te behandelen. Het motiefvereiste is niet alleen een voorwaarde van *fraus legis*, maar ook een omstandigheid die van belang kan zijn om te beoordelen of de rechtshandeling in strijd is met doel en strekking van de wet.³² Dit moet de Hoge Raad toetsen aan de omstandigheden waaronder de rechtshandeling werd uitgevoerd.³³

2.3.1 Het motiefvereiste

Het motiefvereiste zegt ons dat verijdeling van de belastingheffing de belangrijkste reden voor de belastingplichtige is geweest om voor een bepaalde rechtshandeling te kiezen. Met verijdeling van de belastingheffing wordt bedoeld op het ontgaan van belastingheffing, of om belastingbesparing te halen. Volgens de Hoge Raad wordt onder andere aan het motiefvereiste voldaan indien de overeenkomst, die was gesloten om heffing te ontgaan, niet zou zijn gesloten indien niet hetzelfde belastingresultaat zou zijn behaald.³⁴ Indien de belastingplichtige een meer dan bijkomstig zakelijk motief ten grondslag had, kan er geen sprake zijn van een oogmerk van belastingverijdeling. Daardoor kan er ook geen sprake zijn van *fraus legis*.³⁵ Zoals de Hoge Raad in een arrest had geoordeeld dient het belastingverijdelingsmotief te worden weggedacht om te bepalen of de rechtshandeling alsnog zou worden uitgevoerd.³⁶ Het geschil in bovengenoemd arrest was of belastingfraude of –ontwijking een van de hoofdoelen vormde voor de aandelenruil. Belanghebbende kon

²⁸ HR 17 juni 1987, nr. 24535, BNB 1987/289

²⁹ HR 17 juni 1987, nr. 24 535, BNB 1987/289.

³⁰ W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB, 2012/06.

³¹ F.J. Elswier en J.A.G. van der Geld, Renteaftrekbeperking in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering, TFO, 2012.

³² W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB, 2012/06.

³³ W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB, 2012/06.

³⁴ HR 26 april 1989, nr. 24446, BNB 1989/217,

³⁵ R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van *fraus legis* – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 1), *Forfaitair* 2013/231.

³⁶ HR 1 december 1999, nr. 34217, BNB 2000/111

gebruikmaken van de fusiefaciliteit mits belastingontwijking niet het hoofddoel was geweest.³⁷ Een van de hoofddoelen van de belanghebbende was om aandelen in A BV in te brengen in een houdstervennootschap en zodoende het uitstellen van belastingheffing over de dividenduitkering door A BV. Onderzocht moest worden of de aandelenruil zou zijn uitgevoerd indien er geen fiscaal motief aan ten grondslag lag. Dit arrest, en de samenhang met fraus legis, zal in het volgende hoofdstuk worden verduidelijkt.

Indien voor de belastingplichtige meerdere wegen openstaan om het zakelijk motief te bereiken, die minder gunstig kunnen zijn, zal de Hoge Raad niet tot fraus legis komen wanneer belastingplichtige de meeste gunstigste route kiest.³⁸ Het blijkt onduidelijk te zijn wanneer fraus legis wel van toepassing zou zijn.³⁹ Het gaat dan in dit kader om het zakelijke motief van een samenstel van rechtshandelingen.⁴⁰ Geconcludeerd kan worden dat een meer dan bijkomstig zakelijk motief de tegenbewijs vormt voor de belastingplichtige tegen de inspecteur.

De Hoge Raad heeft het criterium van de verschillende-wegenleer voor het eerst in HR 11 juli 1990⁴¹ geïntroduceerd waarbij het leerstuk later werd bevestigd in HR 6 september 1995 (BNB 1996/4). Dit laatste arrest werd bekend als het ‘Bovag-arrest’ waarbij binnen de vereniging Bovag een interne reorganisatie had plaatsgevonden. De Hoge Raad had in beide arresten de verschillende-wegenleer naar voren gebracht en had het volgende geoordeeld: *‘De omstandigheid dat een samenstel van rechtshandelingen, in zijn geheel gezien, strekt ter verwezenlijking van zakelijk gefundeerde doeleinden, sluit niet uit dat daarin rechtshandelingen zijn begrepen die voor het bereiken van die doeleinden niet noodzakelijk zijn en – indien zij voor de heffing van de vennootschapsbelasting zouden worden aanvaard – zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van deze heffing.’*⁴² De verschillende-wegenleer wordt ook wel het noodzakelijkheidscriterium genoemd en heeft tot gevolg dat een zakelijk einddoel toch achterwege wordt gelaten indien er tussenliggende transacties waren die niet noodzakelijk waren geweest om het einddoel te bereiken, ofwel indien de tussenliggende transacties op zichzelf onzakelijk zijn.

Het is nogal onduidelijk wanneer de verschillende-wegenleer van toepassing kan zijn. Zo heeft de Hoge Raad in BNB 2005/169⁴³ geoordeeld dat de renteloze concernlening ter financiering van een externe acquisitie niet in strijd met doel en strekking van de wet is en zodoende geen fraus legis is. De redenering hierachter zit in het feit dat een externe acquisitie een meer dan bijkomstig zakelijk motief is. De omstandigheid dat het concern een keuze had in een andere soort van financiering doet hier niet ter zake, aldus de Hoge Raad. Hierdoor lijkt het erop dat de Hoge Raad onderscheid maakt tussen zakelijke einddoelen, namelijk de interne reorganisatie enerzijds (Bovag-arrest) en de externe acquisitie anderzijds (Tweede

³⁷ R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van fraus legis – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 1), Forfaitair 2013/231.

³⁸ HR 11 juli 1990, nr. 26306, BNB 1990/293, HR 13 juli 1994, nr. 29673, BNB 1994/269

³⁹ HR 13 juli 2001, nr. 35595, BNB 2001/398, met noot van E. Aardema

⁴⁰ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Kluwer, beschouwing, aantekening 15.28.19. ‘Verschillende-wegenleer’ (of noodzakelijkheidscriterium).

⁴¹ HR 11 juli 1990, nr. 26306, BNB 1990/293

⁴² HR 11 juli 1990, nr. 26306, BNB 1990/293, HR 6 september 1995, nr. 27927, BNB 1996/4

⁴³ HR 17 december 2004, nr. 39080, BNB 2005/169

Ierland arrest). In zijn noot betoogt Van der Geld dat de Hoge Raad niet tot een aparte toetsing van de interne transactie hoeft te komen indien de zakelijkheid van het einddoel duidelijk is.⁴⁴

Volgens de Hoge Raad dient er getoetst te worden aan de noodzakelijkheid van het uitvoeren van de interne transacties om aan het einddoel te komen. Verder dient getoetst te worden of de interne transacties leiden tot willekeurige en voortdurende belastingverrijdeling.⁴⁵

Het is evident dat de verschillende-wegenleer van de Hoge Raad veel onduidelijkheid en onzekerheid met zich heeft meegebracht. Een aantal auteurs concluderen dat er sprake dient te zijn van een dubbele noodzakelijkheidstoets, terwijl anderen juist hebben gesteld dat de zakelijkheid van het einddoel genoeg dient te zijn om niet aan het motiefvereiste toe te komen. Toegespitst op dit onderzoek zal verder in het volgende hoofdstuk de ontwikkeling van het motiefvereiste bestudeerd worden.

2.3.2 *Het normvereiste*

Toepassing van *fraus legis* kan slechts aan de orde komen indien de gebruikelijke wetsinterpretatiemethodes voor de rechter niet tot het gewenste resultaat leiden.⁴⁶ Daarnaast dient te worden voldaan aan de twee vermelde criteria. Handelingen moeten zijn verricht in strijd met doel en strekking van de wet om aan *fraus legis* te kunnen toekomen. Dit wordt het normvereiste genoemd.⁴⁷ In strijd handelen met doel en strekking van de wet wordt geacht wanneer de artikelen van de wet achterwege worden gelaten. Het niet negeren van een bepaalde rechtshandeling zou tot gevolg hebben dat de doel en strekking van de wet worden miskend. Het normvereiste heeft betrekking op het recht en is derhalve objectief bepaalbaar.⁴⁸ Er is een gezegde in het Latijns waarvan de vertaling luidt: *‘de wet kennen betekent niet slechts de woorden ervan begrijpen, maar ook hun kracht en strekking.’*⁴⁹

De keuzevrijheid van belastingplichtige om de minst belastende fiscale rechtshandeling te kiezen is niet onbeperkt. Zij dient binnen de grens van de wet te blijven en tevens dient beoordeeld te worden of aan de rechtshandeling een reële betekenis ten grondslag ligt.⁵⁰ De belastingrechter gebruikt verschillende interpretatiemethoden om te achterhalen of *fraus legis* überhaupt van toepassing kan zijn. Hiermee wordt getracht de wet uit te leggen. Enkele van de interpretatiemethoden zijn bijvoorbeeld de grammaticale, de teleologische en de wetshistorische interpretatie.⁵¹ Uit onderzoek is gebleken dat de Hoge Raad vervolgens wetshistorische en wetssystematische methoden gebruikt om te beoordelen of aan het normvereiste is voldaan.⁵² De wetshistorische methode geeft aan wat de bedoeling van de wetgever was geweest tijdens de invoering van een wet terwijl het bij de wetssystematische

⁴⁴ HR 17 december 2004, nr. 39080, BNB 2005/169, met noot J.A.G. van der Geld.

⁴⁵ E.J.W. Heithuis, *Winstdrainage, externe acquisitive en de ‘verschillendewegen’-leer*, WFR, 1996/573, 1996.

⁴⁶ R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Fiscale monografieën nr 54, Kluwer, Deventer, p. 131

⁴⁷ M. Chin-Oldenziel en M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd*, WFR 2013/1492

⁴⁸ R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Fiscale monografieën nr 54, Kluwer, Deventer, p. 131

⁴⁹ *Ulpianus Digesta*, 1.3.17 “*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”.

⁵⁰ M. Chin-Oldenziel en M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd*, WFR, 2013/1492.

⁵¹ M. Chin-Oldenziel en M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd*, WFR, 2013/1492.

⁵² M. Chin-Oldenziel en M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd*, WFR 2013/1492.

methode gaat om de plaats en functie van een wet.⁵³ Een voorbeeld hiervan kan worden aangetroffen in het Bovag-arrest van de Hoge Raad in HR 6 september 1995. In dit arrest legt de Hoge Raad het systeem van de Wet Vennootschapsbelasting uit. Daarmee was beoordeeld dat de voorgelegde casus, de belastingconstructie, in strijd was met de functie en de systematiek van de wet, in dit geval artikel 15 van de wet Vpb. Volgens de Hoge Raad was dit artikel niet bedoeld om een deel van de winst geheel buiten de heffing van de vennootschapsbelasting te laten waardoor de handeling in strijd was met doel en strekking van de wet.⁵⁴ Dit arrest wordt in latere hoofdstukken uitgebreid besproken.

Verder wordt het doel en de strekking van de wet afgeleid uit de economische realiteit van de rechtshandeling.⁵⁵ De uitgangspunt van de belastingheffing ligt volgens de regel bij de reële gebeurtenissen in het economische verkeer.⁵⁶ Dit betekent dat een bepaalde rechtshandeling, ofwel belastingconstructie, een zo wezenlijke verandering veroorzaakt dat de economische realiteit veranderd is. Anders gezegd, wanneer niet op een kunstmatige wijze een einddoel wordt bereikt dat geen reële verandering heeft. Anders, kan volgens IJzerman gesproken worden van het handelen in strijd met doel en strekking van de wet.⁵⁷ Daarnaast is het bij de beoordeling of er sprake is van *fraus legis* voor de directe belastingen en met name bij de vennootschapsbelasting van belang of er sprake is van een compenserende heffing.⁵⁸ Van compenserende heffing is sprake indien tegenover het beoogde fiscale voordeel (bijvoorbeeld renteaftrek) een belaste bate staat. Is er geen sprake van compenserende heffing dan kan geconcludeerd worden dat er gehandeld is in strijd met doel en strekking van de wet.⁵⁹ Hiermee is de compenserende heffing een tegenbewijsmogelijkheid voor de belastingplichtige en is het alleen van belang voor het normvereiste. Immers, als tegenover de renteaftrek een belaste rentebate staat dan is er een compenserende heffing en is niet meer voldaan aan het normvereiste. Daardoor blijft *fraus legis* buiten toepassing.

2.4 De gevolgen van *fraus legis*

Indien in een bepaald geval aan de eerder genoemde voorwaarden wordt voldaan, vindt toepassing van *fraus legis* plaats. Bij het toepassen van *fraus legis* wordt de wet opzij gezet en betekent dat een inbreuk op de rechtszekerheid van belastingplichtige.⁶⁰ Het kan twee gevolgen met zich meebrengen, namelijk substitutie of eliminatie.⁶¹ Bij substitutie wordt de rechtshandeling vervangen door een vergelijkbare rechtshandeling die niet tot het beoogde belastingvoordeel leidt en die niet in strijd met doel en strekking van de wet is. Substitutie leidt ertoe dat de vervangende rechtshandeling helemaal wordt genegeerd en vervolgens binnen de wettelijke norm wordt gebracht.⁶² In geval van eliminatie wordt de rechtshandeling buiten beschouwing gelaten.⁶³ Indien de gepleegde rechtshandeling alleen tot doel had fiscaal

⁵³ M. Chin-Oldenzien en M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis*, het normvereiste geanalyseerd, WFR 2013/1492.

⁵⁴ HR 6 september 1995, nr 27927, BNB 1996/4

⁵⁵ E.C.C.M. van Kemmeren, *Fraus legis* in de vennootschapsbelasting, TFO 1994/21

⁵⁶ R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Fiscale monografieën nr 54, Kluwer, Deventer, p. 135.

⁵⁷ R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Fiscale monografieën nr 54, Kluwer, Deventer, p. 135.

⁵⁸ M. Chin-Oldenzien en M. Belkaid-Koubia, *Fraus legis*, het normvereiste geanalyseerd, WFR 2013/1492.

⁵⁹ E.C.C.M. van Kemmeren, *Fraus legis* in de vennootschapsbelasting, TFO 1994/21

⁶⁰ R.J. de Vries, *Kwaliteit van fiscal rechtsvinding en fiscale regelgeving*, WFR 2010/114.

⁶¹ W.R. Kooiman, *De toetsing van fraus legis naar omstandigheden*, TFB 2012/06.

⁶² H. Vermeulen, *Rechtsvinding en fraus legis*, *Cursus belastingrecht*, FBR 7.4.1. 2009.

⁶³ W.R. Kooiman, *De toetsing van fraus legis naar omstandigheden*, TFB 2012/06.

voordeel te behalen is het mogelijk om de rechtshandeling te elimineren.⁶⁴ Hierdoor dient men per geval te beoordelen welk gevolg het nuttigst is en wat het effect daarvan is voor zowel de belastingheffing als de belastingplichtige.

2.5 Bewijslast

Toepassing van *fraus legis*, als laatste correctiemogelijkheid, kan alleen aan de orde komen indien de fiscus een beroep op dit bijzondere rechtsmiddel heeft gedaan. Het maakt een inbreuk op het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid van de belastingplichtige. Het legaliteitsbeginsel geeft aan dat belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet. De grondwetgever heeft zich willen hechten aan de rechtszekerheid in het belastingrecht gebaseerd op de geldende wettekst.⁶⁵ Bij toepassing van *fraus legis* wordt de wet opzij gelegd, waardoor het een inbreuk kan zijn op het legaliteitsbeginsel. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 1983⁶⁶ de bewijslast verdeeld tussen de Inspecteur en de belastingplichtige. De inspecteur dient aannemelijk te maken dat belastingverijdeling de doorslaggevende beweegreden ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling was. Indien de Inspecteur hierin slaagt heeft de belastingplichtige tegenbewijsmogelijkheden. De belastingplichtige moet aannemelijk kunnen maken dat een zakelijk motief (niet-fiscaal motief) een meer dan bijkomstige beweegreden was ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling.

2.6 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk is het begrip *fraus legis* aan bod gekomen. Het leerstuk van de wetsontduiking werd in 1926 door de Hoge Raad in het belastingrecht geïntroduceerd. De voorganger van *fraus legis* was de richtige heffing die was gecodificeerd in artikel 31 van de AWR. Het toepassingsbereik van de richtige heffing was beperkt ten opzichte van *fraus legis* waardoor het uiteindelijk werd afgeschaft ten gunste van *fraus legis*.

Indien de Inspecteur van mening is dat een belastingplichtige op kunstmatige wijze belastingheffing heeft ontweken kan hij een beroep doen op *fraus legis*. *Fraus legis* is een bijzonder rechtsmiddel en wordt gebruikt door de rechter als de laatste correctiemogelijkheid om een gepleegde rechtshandeling te negeren en/of vervangen, namelijk het motiefvereiste en het normvereiste. Het motiefvereiste betekent dat belastingverijdeling de doorslaggevende beweegreden dient te zijn om een bepaalde rechtshandeling te hebben gepleegd. Daarnaast dient de rechtshandeling in strijd met doel en strekking van de wet te zijn, of wel het normvereiste. Indien de belastingplichtige een meer dan bijkomstig zakelijk motief heeft, wordt in principe niet voldaan aan het motiefvereiste. Hierbij heeft de Hoge Raad de verschillende-wegenleer geïntroduceerd in 1990. Daarmee wordt bedoeld dat indien een samenstel van rechtshandelingen een zakelijk motief verwezenlijkt, dit niet uitsluit dat dat ook geldt voor de transacties onderling. Anders gezegd, indien de onderlinge transacties niet bijdragen aan het zakelijk einddoel wordt aan het motiefvereiste voldaan.

⁶⁴ HR 20 maart 1985, nr. 20003, BNB 1985/171.

⁶⁵ R.L.H. Ijzerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, fiscale monografieën, nr. 54, Kluwer, Deventer, 1991.

⁶⁶ HR 7 december 1983, nr. 22 134, BNB 1984/12.

Naar mijn mening is dit een schending van het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid van de belastingplichtige.

Bij de fraus legisjurisprudentie heeft de inspecteur de bewijslast. De inspecteur dient aannemelijk te maken dat de belastingplichtige onzakelijk handelt door te bewijzen dat belastingverijdeling de belangrijkste reden was geweest voor de handeling. De belastingplichtige dient vervolgens te bewijzen dat hij een zakelijk motief had. Bovendien geldt de compenserende heffing als een tegenbewijsmogelijkheid. Indien tegenover de renteaftrek een belaste rentebate staat, handelt men niet in strijd met doel en strekking van de wet en geldt geen fraus legis.

Hoofdstuk 3 – Ontwikkeling van het motiefvereiste

3.1 Inleiding

De Hoge Raad benadert het leerstuk van *fraus legis* naar de omstandigheid van het geval en hieruit leidt de Hoge Raad af, of aan de voorwaarden is voldaan.⁶⁷ Een van de voorwaarden is het motiefvereiste waarbij belastingverijdeling de belangrijkste reden is om een bepaalde rechtshandeling uit te voeren. Het motiefvereiste is in de jurisprudentie geobjectiveerd. De Hoge Raad dient derhalve aan de hand van de feiten uit de omstandigheden het achterliggende motief van de belastingplichtige achterhalen. Bij het motiefvereiste is het van belang om vast te stellen of de rechtshandelingen een samenhang vertonen. Om *fraus legis* toe te passen dient er immers sprake te zijn van een samenstel van rechtshandelingen. Dit lijkt in verband te staan met de verschillende-wegenleer besproken in hoofdstuk 2. Tevens speelt bij de verschillende-wegenleer de reële betekenis van de rechtshandeling een belangrijke rol. Afgezien van het fiscale voordeel dient te worden beoordeeld of de gevolgen van de rechtshandeling enige verandering in de economische realiteit met zich meebrengen.

In dit hoofdstuk wordt het motiefvereiste verder onder de loep genomen. Hierbij wordt aandacht besteed aan de verschillende-wegenleer van de Hoge Raad en aan vereisten van een reële betekenis. Met behulp van deze vereisten wordt geprobeerd de ontwikkeling van het motiefvereiste te beschrijven aan de hand van relevante jurisprudentie. Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een conclusie.

3.2 Verschillende-wegenleer

Voor het belastingrecht zou men het motiefvereiste kunnen interpreteren als de wil van de belastingplichtige tot het behalen van een fiscaal voordeel dat niet bedoeld was door de wetgever.⁶⁸ Volgens IJzerman zullen het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid niet in de weg staan van *fraus legis* indien het fiscaal motief meer dan evident is. Fiscaal gemotiveerde tussenstappen zonder enig niet-fiscale functie kunnen de belastingplichtige alsnog risico doen lopen, ondanks dat er sprake is van een zakelijk einddoel.⁶⁹ Daardoor dient hier sprake te zijn van een samenhang van rechtshandelingen. Indien de rechtshandelingen geen samenhang vertonen kan niet van een verijdelingsmotief sprake zijn.⁷⁰ Derhalve dient, volgens Nieuwenhuizen, getoetst te worden of er sprake is van een samenstel van rechtshandelingen. Hij vond dat een samenstel van rechtshandelingen een apart vereiste voor *fraus legis* dient te zijn.⁷¹ Naar mijn mening valt dit min of meer onder de definitie van de verschillende-wegenleer.

⁶⁷ W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB 2012/06.

⁶⁸ R.L.H. IJzerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën, Kluwer, Deventer, 1991, p. 106.

⁶⁹ R.L.H. IJzerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën, Kluwer, Deventer, 1991, p. 108.

⁷⁰ W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB 2012/06.

⁷¹ J.H.M. Nieuwenhuizen, Vrije ontwikkelingen in de wetsontduiking, WFR 1999/159 en W.R. Kooiman, De toetsing naar omstandigheden, TFB 2012/06.

De Hoge Raad bevestigde de verschillende-wegenleer in het Bovag-arrest (BNB 1996/4) met het volgende: *'de omstandigheid dat een samenstel van rechtshandelingen, in zijn geheel bezien, strekt ter verwezenlijking van zakelijk gefundeerde doeleinden, sluit niet uit dat daarin rechtshandelingen zijn begrepen die voor het bereiken van die doeleinden niet noodzakelijk zijn en die – indien zij voor de heffing van vennootschapsbelasting zouden worden aanvaard – zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende vrijdeling van deze heffing.'* Hieruit heeft Hoogendoorn in zijn noot geconcludeerd dat voor de verschillende-wegenleer drie cumulatieve voorwaarden zijn, namelijk:

1. rechtshandelingen die niet noodzakelijk zijn voor de realisering van het zakelijke einddoel;
2. willekeurige vrijdeling van de belastingheffing en
3. voortdurende belastingvrijdeling.⁷²

In het Bovag-arrest was er namelijk sprake van een interne reorganisatie. De Bovag-vereniging, die niet onderworpen is aan vennootschapsbelasting, richtte een dochtervennootschap (D2) op en droeg vervolgens deze over aan een andere dochtervennootschap (D1). De overdracht had plaatsgevonden tegen schuldigerkenning van de overnemer (D1). De overnemer en de overgedragen dochtervennootschap vormden kort daarna een fiscale eenheid. De rente die D1 schuldig was gebleven aan de vereniging viel weg door de horizontale compensatie van winsten en verliezen binnen de fiscale eenheid.⁷³ Hierdoor was per saldo geen belasting verschuldigd van de fiscale eenheid. Aan de andere kant was de renteontvangst ook niet belast aangezien de vereniging niet onderworpen is aan belastingheffing. De Hoge Raad had geoordeeld dat de interne reorganisatie een zakelijk einddoel is. Echter was de interne verhangings- en interne financiering niet *noodzakelijk* om dat einddoel te bereiken. Door de werking van de fiscale eenheid was er volgens de Hoge Raad sprake van willekeur en voortdurende vrijdeling van belastingheffing. De Hoge Raad achtte de saldering binnen de fiscale eenheid niet in strijd met doel en strekking van de wet. Echter het loutere feit dat de rente toevloeit aan een lichaam dat niet onderworpen is aan de heffing, wordt geacht in strijd te zijn met doel en strekking van de wet.⁷⁴ Hieruit blijkt dat indien de verschillende-wegenleer van toepassing is, dit een rol kan spelen bij de beoordeling van het normvereiste. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de Hoge Raad van belang achtte, dat wel of geen sprake was van een noodzaak en willekeur en voortdurende belastingvrijdeling.

De verschillende-wegenleer doctrine werd meerdere malen toegepast om vast te stellen of aan het motiefvereiste is voldaan. De door de Hoge Raad gewezen *fraus legis* jurisprudentie geeft aan hoe leningconstructies binnen concernverbanden moeten worden beoordeeld. Wanneer er sprake is van een meer dan bijkomstig zakelijk motief om het einddoel te bereiken, kan het zijn dat er verschillende alternatieven open staan om dit zakelijke einddoel te bereiken. Hierbij dient de gekozen route getoetst te worden aan willekeurige en voortdurende vrijdeling van de belastingheffing. Indien dat het geval is, wordt voldaan aan het

⁷² HR 6 september 1995, nr 27927, BNB 1996/4 met noot Hoogendoorn en R.J. de Vries, *Kwaliteit van fiscal rechtsvinding en fiscale regelgeving*, WFR 2010/114.

⁷³ Artikel 15 Wet Vennootschapsbelasting 1969.

⁷⁴ R.J. de Vries, *Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving*, WFR 2010/114.

motiefvereiste. De noodzaak van de gekozen route kan een aanwijzing zijn dat er geen alternatieve route aanwezig was om het einddoel te bereiken. Is dit het geval, dan leidt de gekozen route niet tot willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing.⁷⁵ Volgens Heithuis is sprake van willekeur en voortduring bij eventueel vrij beschikbaar eigen vermogen binnen het concern waartoe de belastingplichtige behoort.

In BNB 2000/111⁷⁶ ging het om een advocaat die via zijn praktijk-bv participeerde in een advocatenmaatschap. Belanghebbende had een houdstervennootschap opgericht. Door middel van een aandelenruil wenste belanghebbende zijn praktijk-bv over te dragen aan de houdstervennootschap. Hierdoor had hij beroep gedaan op de aandelenfusiefaciliteit. De aandelenfusiefaciliteit kan worden gebruikt mits belastingverijdeling niet het hoofddoel is. Derhalve moest volgens de Hoge Raad worden onderzocht of de gekozen route ook zou plaatsvinden indien een fiscaal voordeel niet zou hebben bestaan (de aandelenfusievrijstelling). Volgens het Hof was de aandelenoverdracht wenselijk ter voorkoming dat de praktijk-bv met succes aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor de praktijkuitoefening. Derhalve was belastingfraude niet het hoofddoel geweest van belanghebbende. De Hoge Raad was het met het Hof eens. A-G Van den Berge kwam echter tot de conclusie⁷⁷ - door een oproep te doen op de verschillende-wegenleer - dat het tussenschuiven van een houdstermaatschappij (de rechtshandeling) niet noodzakelijk was om het zakelijk einddoel te bereiken. Hij was zelfs van mening dat de enige reden daarvoor was om een fiscaal voordeel te genieten. De Hoge Raad had dit verworpen zonder enige reden waarom. Kennelijk acht de Hoge Raad het voorkomen van aansprakelijkheid een goed genoeg zakelijk einddoel zonder beoordeling van de interne transacties waardoor er niet wordt toegekomen aan het motiefvereiste.⁷⁸

In BNB 2001/398 was sprake van een winstdrainageproblematiek. Belanghebbende had een groot pakket aandelen verworven en deze ten dele gefinancierd met een lening van een in Zwitserland gevestigde financieringsmaatschappij. Aan de financieringsmaatschappij waren in hetzelfde jaar dividenden uitgekeerd door een dochtermaatschappij van belanghebbende. De Staatssecretaris van Financien had het oordeel dat het enige motief voor de gekozen financiering belastingverijdeling was. In casu was volgens de Hoge Raad geen sprake van een samenstel van rechtshandelingen. Hierdoor vond de Hoge Raad het niet noodzakelijk om te onderzoeken of er andere alternatieven waren om het einddoel te bereiken, waardoor er niet is voldaan aan het motiefvereiste.⁷⁹

Een andere belangrijke uitspraak inzake de verschillende-wegenleer in concernverbanden was die gewezen op 17 december 2004.⁸⁰ Hierbij was er sprake van een externe acquisitie door een Nederlandse (holding)vennootschap welke tot een internationaal concern behoort. In deze procedure stond de vraag centraal of bij de externe acquisitie invloed uitgaat van het beschikbaar hebben dan wel aantrekken door het concern van eigen vermogen en de wijze

⁷⁵ HR 5 september 1995, BNB 1996/4 en E.J.W. Heithuis, Winstdrainage, externe acquisitive en de 'verschillendewegen'-leer, WFR, 1996/573.

⁷⁶ HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111

⁷⁷ HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111 met conclusie A.G. mr. Van den Berge.

⁷⁸ R.J. de Vries, Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving, WFR 2010/114.

⁷⁹ HR 13 juli 2001, nr. 35 595, BNB 2001/398.

⁸⁰ HR 17 december 2004, nr. 39 080, BNB 2005/169.

waarop de Nederlandse vennootschap deze acquisitie zou financieren.⁸¹ De Nederlandse vennootschap had de acquisitie deels gefinancierd met een renteloze lening van een in Ierland gevestigde concernmaatschappij en deels met een externe banklening. Wegens het Ierse kasstelsel was er geen sprake van belastingheffing bij de renteontvanger, dus was er geen sprake van een compenserende heffing. De fiscus had een beroep gedaan op de verschillende-wegenleer van de Hoge Raad.⁸² Hierbij gaat de Hoge Raad uit van de stand-alone benadering. De aftrekbaarheid van de rente dient vanuit de Nederlandse vennootschap te worden beoordeeld. Volgens de Hoge Raad is bij aankoop van aandelen van derden het aangaan van een schuld per definitie zakelijk. Het feit dat het een renteloze lening is en/of het concern over voldoende eigen vermogen beschikte om de acquisitie te financieren, doet hier niet aan af. A-G Overgaauw gaat in zijn conclusie ook uit van de stand-alone-benadering aangezien belanghebbende op zichzelf staat en als zodanig in de belastingheffing wordt betrokken.⁸³ Om fraus legis te kunnen toepassen dient sprake te zijn van een samenstel van rechtshandelingen. De omstandigheid dat de financiering met vreemd vermogen niet noodzakelijk was, kan naar zijn mening geen aanleiding zijn voor de toepassing van fraus legis.⁸⁴

Naar de mening van het Hof is er geen sprake van willekeurige en voortdurende vrijdeling van heffing geweest, aangezien binnen het concern geen vrij beschikbaar vermogen ter beschikking stond.⁸⁵ Hierdoor kwam de financieringsbehoefte naar voren. In onderhavige casus zag de Hoge Raad geen reden om de noodzakelijkheid van de financieringskeuze in zijn oordeel te nemen zoals het Hof in hoger beroep dat heeft gedaan. Vanwege de externe acquisitie is het zakelijke karakter van de lening gegeven, waardoor er geen renteaftrek wordt beperkt. Ongeacht het feit dat tegenover de renteaftrek geen corresponderende belastingheffing stond werd het beroep van de fiscus op de verschillende-wegenleer afgewezen.

3.3 Aanwijzingen voor motiefvereiste

Afgezien van het fiscaal beoogde voordeel kan een aanwijzing voor het motiefvereiste zijn dat de transactie geen reële betekenis heeft voor het einddoel. Is dat het geval, dan is dat volgens de Hoge Raad een aanwijzing voor het feit dat belastingvrijdeling het doorslaggevende motief was voor het verrichten van de rechtshandeling.⁸⁶ Hiervan is sprake wanneer de uiteindelijke situatie van de belastingplichtige ongewijzigd blijft en de gecreëerde rechtshandeling (bijvoorbeeld een schuldverhouding) bedrijfseconomisch de onderneming van belastingplichtige niet dient.⁸⁷

In BNB 2008/266⁸⁸ was er sprake van een interne verhangings. Natuurlijke persoon (A) gevestigd in Zwitserland had 100% belang in zowel B BV als X BV (belanghebbende). A had

⁸¹ P.H.M. Flipsen, Financiering van derdentransacties in concernverband, MBB 2005/7/8.

⁸² R.J. de Vries, Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving, WFR 2010/114.

⁸³ HR 17 december 2004, nr. 39 080, BNB 2005/169 met conclusie A-G Overgaauw.

⁸⁴ R.J. de Vries, Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving, WFR 2010/114.

⁸⁵ P.H.M. Flipsen, Financiering van derdentransacties in concernverband, MBB 2005/7/8.

⁸⁶ HR 8 februari 2002, nr. 36 358, BNB 2002/118, met noot Meussen.

⁸⁷ HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266, met conclusie A-G mr. Wattel

⁸⁸ HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266

zijn 100% belang in B BV verkocht aan X BV. X BV is de koopsom schuldig gebleven en heeft die omgezet in een geldlening. Kort daarna is de schuld omgezet in een lijfrenteverplichting aan A. In deze zaak was er geen wijziging aangebracht in het uiteindelijke belang dan wel de uiteindelijke zeggenschap in B BV. De lijfrente hield verband met de verwerving van een verbonden lichaam en voorts geschiedde het niet in het belang van de door belanghebbende gedreven onderneming. Het Hof oordeelde dat de rechtshandelingen slechts berustten op de privé-wensen van de aandeelhouder en dat de verkoop van de aandelen alleen zijn oorzaak vond in belanghebbende en zijn relatie met zijn aandeelhouder.⁸⁹ Als we de uitspraak van BNB 2002/118⁹⁰ moeten volgen is dit inderdaad een sterke aanwijzing voor het feit dat de doorslaggevende reden was om belasting te vrijdelen. Ongeacht het feit dat artikel 10a Wet vennootschapsbelasting 1969 (Vpb) in het leven is geroepen om winstdrainage te voorkomen, vindt *fraus legis* toch zijn toepassing indien dit niet staat geregeld in artikel 10a Vpb en/of indien in strijd met doel en strekking van dit artikel is gehandeld.⁹¹

Ook in BNB 2012/213⁹² is *fraus legis* toegepast. In deze situatie had belanghebbende rente in aftrek gebracht over een interne schuld naar aanleiding van verkrijging van onroerende zaken binnen de fiscale eenheid. De fiscale eenheid werd verbroken nadat aandeelhouder van belanghebbende zijn zetel heeft verplaatst naar Aruba.⁹³ Het Hof en de Hoge Raad namen in hun oordeel mee dat belanghebbende de mogelijkheid had om naar willekeur en desgewenst bij herhaling rentelasten te creëren om belasting te besparen.⁹⁴ Daarbovenop rustte het feit dat de rechtshandelingen geen wezenlijke verandering brachten in het uiteindelijke belang. De zeggenschap en de afwezigheid van een naar reële maatstaven compenserende heffing waren een aanwijzing voor belastingverijdeling als doorslaggevende motief. Dat de wetgever ervoor heeft gekozen om renteaftrek te beperken tot een aantal gevallen, betekent niet dat hij dit soort situatie wel heeft aanvaard. Dit arrest wijst uit dat er naast artikel 10a Vpb nog ruimte is voor toepassing voor *fraus legis*.⁹⁵

Het einddoel is weliswaar zakelijk maar daarbinnen is er sprake van een samenstel van rechtshandelingen die voor een onzakelijke omweg hebben gezorgd. Met een onzakelijke omweg wordt de situatie bedoeld wanneer een individuele rechtshandeling van elk reëel belang is ontbloot en op een kunstmatige wijze is opgezet om belastingverijdeling, waarmee de rechtshandeling niet noodzakelijk is, als het zakelijke einddoel te bereiken.⁹⁶ Verder merkt Heithuis op dat bij een verwerving de manier van financiering een aanwijzing kan zijn voor belastingverijdeling. Indien het een externe financiering betreft, is het volgens Heithuis een aanwijzing dat geen sprake is van willekeurige en voortdurende verijdeling van

⁸⁹ HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266, met conclusie A-G mr. Wattel.

⁹⁰ HR 8 februari 2002, nr. 36358, BNB 2002/118.

⁹¹ HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266, met noot O.C.R. Marres.

⁹² HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213.

⁹³ R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van *fraus legis* – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 2), *Forfaitair* 2013/232.

⁹⁴ R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van *fraus legis* – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 2), *Forfaitair* 2013/232.

⁹⁵ S.C.W. Douma, Rente aan verbonden lichaam niet aftrekbaar wegens *fraus legis*, *NFR* 2012-1432.

⁹⁶ J.J. van Dam, *Schijnhandeling, fiscale herkwalficatie en fraus legis in de directe belastingen*, *TFO* 2013/125.1.

belastingheffing.⁹⁷ Het ligt aan de belastingplichtige om aan te geven dat niet-fiscale motieven meer dan bijkomstige beweegredenen waren voor de rechtshandelingen.

3.4 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk is het motiefvereiste uitgebreid aan bod gekomen. Door middel van literatuur en jurisprudentie is getracht de ontwikkeling van het motiefvereiste te bestuderen. Het motiefvereiste en met name de verschillende-wegenleer heeft veel kritiek en onzekerheid opgeleverd. De verschillende-wegenleer werd geïntroduceerd in 1990 en vervolgens was zij bevestigd in 1994. In BNB 1994/6 had de Hoge Raad geoordeeld: *‘de omstandigheid dat een samenstel van rechtshandelingen, in zijn geheel bezien, strekt ter verwezenlijking van zakelijk gefundeerde doeleinden, sluit niet uit dat daarin rechtshandelingen zijn begrepen die voor het bereiken van die doeleinden niet noodzakelijk zijn en die – indien zij voor de heffing van vennootschapsbelasting zouden worden aanvaard – zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van deze heffing.’* Volgens Hoogendoorn zijn er drie criteria om de verschillende-wegenleer te kunnen toepassen, namelijk noodzakelijkheid van de rechtshandeling, willekeurigheid en voortduring van belastingverijdeling. Indien een samenstel van rechtshandelingen niet noodzakelijk is en leidt dit tot willekeur en voortduring van belastingheffing en wordt aan de verschillende-wegenleer en dus aan het motiefvereiste voldaan ongeacht het zakelijk einddoel.

Voor het motiefvereiste is het van belang dat er een samenstel van rechtshandelingen is verricht. Als de rechtshandelingen waarmee het fiscale voordeel wordt behaald geen samenhang vertonen, kan er geen sprake zijn van belastingverijdeling als hoofddoel. Daarbij dient van elke rechtshandeling te worden beoordeeld welke motief eraan ten grondslag lag.⁹⁸ Na het Bovag-arrest in 1994 is de Hoge Raad terughoudend geweest bij het gebruiken van de verschillende-wegenleer. Zo is te concluderen uit BNB 2000/111 en later in BNB 2005/169. In BNB 2000/111 achtte de Hoge Raad het einddoel om aansprakelijkheid te voorkomen zakelijk genoeg zonder de noodzaak van de gekozen route te onderzoeken. Bovendien is er een verschil tussen interne verhangingen en externe acquisities zoals in BNB 2005/169. Bij een externe financiering is de zakelijkheid van de financiering een gegeven waardoor renteaftrek niet kan worden beperkt door *fraus legis*. Uit deze twee arresten kan geconcludeerd worden dat de Hoge Raad heel terughoudend is bij toepassing van het leerstuk van de wetsontduiking om een bepaalde rechtshandeling te negeren. Het blijkt dat bij interne verhangingen eerder aan het motiefvereiste wordt gekomen dan bij externe acquisitie. Bij een externe acquisitie is er volgens de Hoge Raad geen noodzaak om de onderliggende rechtshandelingen te beoordelen. Immers, de zakelijkheid van de financiering staat vast terwijl bij een interne verhangings wel het stappenplan van de verschillende-wegenleer dient te worden nagegaan.

⁹⁷ E.J.W. Heithuis, *Winstdrainage, externe acquisitive en de ‘verschillende wegen’-leer*, WFR 1996/573.

⁹⁸ HR 13 juli 2001, nr. 35 595, BNB 2001/398.

Indien een rechtshandeling van enige reële betekenis is ontbloot, is dat een aanwijzing voor toepassing van het motiefvereiste. Hiervan is sprake wanneer economisch gezien geen verandering komt in de vermogenspositie van de belastingplichtige en wanneer de rechtshandeling niet in het belang van de ondernemingsactiviteiten is.

Hoofdstuk 4 – De ontwikkeling van de normvereiste

4.1 Inleiding

Toepassing van fraus legis heeft tot gevolg dat de inspecteur tot belastingheffing over kan gaan of dat hij een bepaalde rechtshandeling kan negeren ook al voldoet de belastingplichtige naar de letter van de wet eraan om een bepaalde rechtshandeling uit te voeren, wanneer er aan het motiefvereiste en het normvereiste wordt voldaan.⁹⁹ Het motiefvereiste is uitgebreid in het vorige hoofdstuk aan bod gekomen. In dit hoofdstuk staat het normvereiste centraal. Aan de hand van eerder besproken jurisprudentie zal het normvereiste verder geanalyseerd worden.

Zoals eerder vermeld, dient belastingplichtige in strijd te handelen met doel en strekking van de wet om aan het normvereiste te voldoen. Dit betekent niet dat belastingplichtige niet aan de voorwaarden voldoet van een bepaalde wet, maar dat hij in strijd handelt met wat de wetgever heeft willen bereiken met het invoeren van een bepaald wetsartikel. Het is nogal lastig om aan te geven wanneer iemand in strijd handelt met de wet. Uit de omstandigheden dient de Hoge Raad af te leiden wanneer belastingplichtige aan het normvereiste voldoet.

4.2 Interpretatiemethoden

De rechter heeft verschillende interpretatiemethoden tot zijn macht om in een bepaalde casus de wet uit te leggen. Volgens een onderzoek van Chin-Oldenziel en Belkaid-Koubia kan pas aan fraus legis worden toegekomen indien de normale interpretatiemethoden niet tot de gewenste resultaten leiden. Indien bijvoorbeeld een grammaticale interpretatie, dat betekent interpretatie naar de letter van de wet, leidt tot de conclusie dat een bepaalde rechtshandeling geweigerd moet worden, kan niet aan fraus legis worden toegekomen.¹⁰⁰ Pas wanneer deze interpretatiemethoden falen, zal de rechter moeten nagaan of aan de criteria van fraus legis wordt voldaan. Uit het onderzoek van Chin-Oldenziel en Belkaid-Koubia blijkt dat de Hoge Raad de wetshistorie en de wetssystematiek gebruikt bij de toetsing aan het normvereiste. Bij de wetshistorie methode wordt de wetsgeschiedenis gebruikt om een duidelijk beeld te geven van hetgeen de wetgever wilde bereiken bij het invoeren van een wetsartikel. De wetssystematische methode geeft aan de plaats en functie van een wettelijke bepaling in het systeem van de wet. De Hoge Raad gebruikt deze methode om de strekking van de wet te achterhalen.¹⁰¹

4.3 HR 26 april 1989

Belanghebbende, een dochter BV van NV A, had met een rentedragende lening van NV A alle aandelen gekocht van een andere dochter C van NV A. NV A, gevestigd op Curaçao, heeft haar belang in C verkocht aan dochter B. Houdster A heeft de aandelen in C omgezet in een belang omvattende alle aandelen in belanghebbende alsmede een rentedragende

⁹⁹ M. Chin-Oldenziel en M. Belkaid-Koubia, Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd, WFR 2013/1492.

¹⁰⁰ M. Chin-Oldenziel en M. Belkaid-Koubia, Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd, WFR 2013/1492.

¹⁰¹ M. Chin-Oldenziel en M. Belkaid-Koubia, Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd, WFR 2013/1492.

geldlening ten laste van belanghebbende. Verder is gegeven dat B BV vóór het overnemen van C BV geen onderneming uitoefende. C BV had verder alle aandelen in een werkmaatschappij G BV. Na de overname vormden B BV, C BV en G BV een fiscale eenheid op basis van artikel 15 Vpb. De Inspecteur heeft besloten, met machtiging van de Staatssecretaris van Financiën, voor de heffing van vennootschapsbelasting geen rekening te houden met rente betaald door B aan NV A met toepassing van artikel 31 AWR (richtige heffing). Met betrekking tot het normvereiste, was in deze casus in geschil als genoemde rechtshandelingen in strijd was met doel en strekking van artikel 15 Vpb 1969. Het opgaan van C in belanghebbende en vervolgens een fiscale eenheid vormen achtte het Hof strijdig met doel en strekking van dat artikel aangezien de rentelasten van belanghebbende verenigd konden worden met het resultaat van de andere maatschappijen waardoor de heffing tot nihil kon komen.

Volgens de Hoge Raad was dit een onbegrijpelijke rechtsopvatting door het Hof. Hierbij gebruikt de Hoge Raad de wetshistorische methode om artikel 15 Vpb te interpreteren. Het doel van genoemd artikel is om concerns te belasten alsof er één belastingplichtige is waardoor het juist bedoeld is om horizontale verrekening van positieve en negatieve resultaten mogelijk te maken. Derhalve was de aanvraag van belanghebbende om een fiscale eenheid te vormen niet strijdig met doel en strekking van de wet. Volgens het Hof vaststelling ligt hierin besloten dat de gevolgde constructie noch wezenlijke verandering heeft gebracht in de vermogenspositie van C, noch in het belang van A in C. Derhalve draagt de door belanghebbende aan A verschuldigde lening in geen enkele zin bij aan de financiering van de onderneming van C en dat de daarop betaalde rente geen verband hield met de uitoefening van de onderneming van belanghebbende. De Hoge Raad overwoog hierbij dat het Hof juist heeft beoordeeld. Het fiscaal accepteren van zulke constructie zou betekenen, volgens het Hof, dat een vennootschap naar willekeur aanzienlijke bedragen als rentelast zou kunnen aftrekken en zodoende de heffing geheel of gedeeltelijk verijdelen, zonder dat er een verandering komt in de vermogenspositie of zeggenschap van de onderneming. De Hoge Raad had daardoor geoordeeld dat het aanvaarden van zo'n renteaftrek, waarbij geen rechtvaardiging valt aan te wijzen, strijdig zou zijn met doel en strekking van de Wet Vpb 1969. Hierbij wordt aangegeven dat de wetgever met genoemd artikel niet voor ogen had een renteaftrek te verlenen op geldleningen die geen functie hebben in de normale bedrijfsuitoefeningen van een onderneming. Bovendien valt het niet in strekking van de wet een renteaftrek mogelijk te maken die naar doel en strekking niet in aftrek behoren te komen.¹⁰²

4.4 HR 6 september 1995

Zoals eerder besproken was er in dit arrest sprake van een interne reorganisatie waarbij er vervolgens sprake was van een fiscale eenheid. De Inspecteur heeft bij het opstellen van de aangifte geen rekening gehouden met de ontstane schuldverhouding.¹⁰³ De Hoge Raad nam in deze casus het oordeel van het Hof over dat de omzetting van een rechtsreeks belang in een

¹⁰² HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217.

¹⁰³ Voor een uitgebreide uitleg van dit arrest zie hoofdstuk 3.

middellijk belang plus een rentedragende vordering, geen wezenlijke verandering tot gevolg heeft gehad voor de vermogenspositie en/of de zeggenschap van de vereniging in belanghebbende. Bovendien overwoog het Hof dat de rente niet in samenhang was met de normale bedrijfsuitoefening van belanghebbende. In dit arrest was tevens de vraag of in strijd was gehandeld met doel en strekking van de Wet Vpb en met name artikel 15 Vpb. Bij een fiscale eenheid wordt een concern belast alsof er één belastingplichtige is. De rente die D2 aan de vereniging verschuldigd was, werd in feite ten laste van de winst gebracht bij D1. Dit is in principe verenigbaar met het doel en de strekking van het artikel. Het probleem hierbij was dat rente werd betaald aan een vereniging. Op grond van artikel 2 Vpb is een vereniging niet onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting. Hierdoor was het onmogelijk om de renteontvangst in de heffing te betrekken. Derhalve is deze compensatie niet verenigbaar met doel en strekking van artikel 15 Vpb, want dit artikel beoogt niet de mogelijkheid te openen een deel van de winst van de vennootschappen geheel buiten bereik van de vennootschapsbelasting te plaatsen.¹⁰⁴ Aangezien het feit dat genoemde rechtshandelingen geen reële betekenis hadden, dus geen wijziging was gekomen in de vermogenspositie van de vennootschappen, en bovendien een deel van de winst niet in de heffing kon worden betrokken werd voldaan aan het normvereiste. Hierbij is te zien dat de compenserende heffing ook een rol speelt bij het wel of niet voldoen aan het normvereiste.

4.5 HR 13 juli 2001¹⁰⁵

De belanghebbende in deze casus, een NV, had in 1987 een aandelenpakket verworven. Een gedeelte van de koopsom heeft zij gefinancierd met een lening van een Zwitserse dochtervennootschap. Derhalve was in geschil of de rente die belanghebbende betaalde aan de Zwitserse dochtervennootschap kon worden afgetrokken. Volgens het Hof was, zoals eerder vermeld, geen sprake van een samenstel van rechtshandelingen waardoor niet aan het motiefvereiste is toegekomen. Door het niet voldoen aan het motiefvereiste was er geen behoefte van het Hof om te beoordelen of in strijd is gehandeld met doel en strekking van de wet. Derhalve was er geen sprake van *fraus legis*.

4.6 HR 8 februari 2002¹⁰⁶

In deze casus was belanghebbende moedermaatschappij van een fiscale eenheid. Daarvan maakte, met ingang van 1989, A BV deel uit. In 1988 heeft A BV de aandelen in B BV verworven en in 1989 alle aandelen in E BV gekocht. Om deze aankopen te kunnen financieren heeft A BV geld geleend van een in Ierland gevestigde financieringsmaatschappij F Limited. F Limited behoort tot het concern van belanghebbende en A BV en ter zake van de schuld heeft A BV rente betaald aan F Limited. Belanghebbende heeft de door A BV betaalde rente ten laste van zijn winst gebracht. Verder is gegeven dat F Limited aan een belastingtarief van tien procent is onderworpen. De Inspecteur had de aftrek geweigerd. F Limited is onderworpen aan een fiscaal regime voor zogenoemde International Financial

¹⁰⁴ HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217.

¹⁰⁵ HR 13 juli 2001, nr. 35595, BNB 2001/398

¹⁰⁶ HR 8 februari 2002, nr. 36358, BNB 2002/118.

Service Companies (IFSC). Voor de in Nederland gevestigde maatschappijen gold de toen geldende artikel 15b VPB. Het Hof heeft echter geoordeeld dat het verlenen van de renteaftrek door belanghebbende niet leidt tot het handelen in strijd met doel en strekking van de wet. Hierbij heeft het Hof overwogen dat het gunstregime voor de IFSC's vergelijkbaar is naar aard en omvang met artikel 15b VPB. Derhalve kan het volgens het Hof moeilijk worden ontkend dat de rentebaten bij de ontvanger in Ierland aan een belasting zijn onderworpen die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Met behulp van artikel 15b wordt nagegaan wat als redelijke heffing geldt. Met dit artikel beoogde de wetgever een speciaal regime voor concernfinancieringsmaatschappijen in te voeren. Hierin staat geregeld dat een financieringsmaatschappij die rentebaten ontvangt in eerste instantie feitelijk belast dient te worden naar een tarief van zeven procent. Dit geldt voor zowel financieringsmaatschappijen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 15b VPB als voor financieringsmaatschappijen waarvan de werkzaamheden niet veel verschillen van wat onder artikel 15b wordt begrepen. Op grond hiervan heeft het Hof aangenomen dat een tarief van minimaal zeven procent als redelijk wordt aanvaard. Derhalve is F Limited voor de ontvangen rentebaten onderworpen aan een belastingtarief, namelijk tien procent, dat naar Nederlandse maatstaven als redelijk wordt gezien. In deze casus wordt niet aan het normvereiste voldaan waardoor fraus legis niet van toepassing kan zijn. Hieruit is af te leiden dat het normvereiste wordt beoordeeld vanuit de wetshistorische methode aangezien de doel van de wetgever is aangehaald. De Hoge Raad behandelt een externe acquisitie anders dan een interne verhangings. In dit arrest speelt daarnaast de compenserende heffing hier een rol. Uit het toen geldende artikel 15b is af te leiden dat een heffing van minimaal zeven procent als redelijk wordt aanvaard. Derhalve voldeed F Limited aan deze voorwaarde en was er genoeg compenserende heffing.¹⁰⁷ A-G Wattel had in zijn conclusie beoordeeld dat bij het vaststellen van de compenserende heffing niet slechts het tarief van belang is, maar bovendien de heffingsgrondslag.¹⁰⁸

De kwestie rondom de compenserende heffing is voor het eerst rond begin jaren negentig in de rechtspraak geïntroduceerd voor de vennootschapsbelasting. Een in Nederland gevestigde BV was een leningsovereenkomst aangegaan met naar het recht van de Nederlandse Antillen op Curaçao opgerichte NV. De Inspecteur had geen rekening gehouden met de rente bij de aangifte. Echter heeft het Hof besloten dat A NV in Nederland was gevestigd waardoor de afgetrokken rente tot de winst in Nederland bij A NV berekend moest worden.¹⁰⁹ Hieruit volgt dat als tegenover het behaalde fiscale voordeel, de renteaftrek, een belastbare bate staat, geen ruimte is voor toepassing van fraus legis. Door deze compenserende heffing wordt immers niet gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet.¹¹⁰ De compenserende heffing wordt in feite afgeleid uit de wetssystematiek van de wet.¹¹¹

¹⁰⁷ HR 8 februari 2002, nr. 36358, BNB 2002/118.

¹⁰⁸ HR 8 februari 2002, nr. 36358, BNB 2002/118, met conclusie A-G Wattel.

¹⁰⁹ HR 10 maart 1993, nr. 27295, BNB 1993/194

¹¹⁰ W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB 2012/06.

¹¹¹ M. Chin-Oldenziel en M. Belkaid-Koubia, Fraus legis, het normvereiste geanalyseerd, WFR 2013/1492.

4.7 HR 17 december 2004

Dit arrest van de Hoge Raad was van groot belang voor de concernfinancieringsproblematiek. Hierbij stond de vraag centraal of bij verkrijging van aandelen van derden door een Nederlandse vennootschap, die tot een internationaal concern behoort, er invloed uitgaat van het beschikbaar hebben dan wel aantrekken door het concern van eigen vermogen en de wijze waarop de Nederlandse vennootschap deze verwerving financiert.¹¹² Belanghebbende heeft de aankoop deels met een externe banklening gefinancierd en deels met een interne lening van haar Ierse moedervenootschap. Door de externe acquisitie staat het zakelijke karakter van de lening vast. Hierdoor heeft de lening een functie binnen de financiering van de onderneming. Bezien vanuit het wettelijk systeem kan de daarmee verband houdende rente op grond van artikel 7 en 8 Wet Vpb 1969 in aftrek worden gebracht. Wegens het zakelijke karakter van de lening was belanghebbende vrij in het kiezen van de financieringskeuze. Volgens A-G Overgaauw was het niet van belang dat er geen rente was verschuldigd en dus geen compenserende heffing aanwezig was.¹¹³ Echter deed, volgens de Hoge Raad, hieraan niet af dat het een renteloze schuld aan een andere buitenlandse concernvennootschap betrof. *'Noch de omstandigheid dat het concern waartoe de verwervende vennootschap behoort voor de uit de verwerving voortvloeiende financieringsbehoefte kon kiezen voor het daartoe aanwenden of aantrekken van eigen vermogen, zodat financiering met vreemd vermogen in die zin niet noodzakelijk was, noch de omstandigheid dat de fictieve rente bij de schuldeiser niet als zodanig in de heffing is betrokken, wettigt naar het oordeel van de Hoge Raad elk op zichzelf of in combinatie de gevolgtrekking dat in strijd met doel en strekking van de wet is gehandeld.'*¹¹⁴ Hieruit kan afgeleid worden dat bij de beoordeling van het normvereiste, de compenserende heffing alsnog een rol speelt ook al is het zakelijke karakter van de lening gegeven. Daarnaast vond de Hoge Raad de financieringskeuze niet noodzakelijk aangezien er vrij eigen vermogen binnen het concern aanwezig was, waardoor de lening niet functioneel was binnen de onderneming.

4.8 Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk is aan de hand van een aantal arresten de ontwikkeling van het normvereiste proberen te analyseren. Om aan het normvereiste te voldoen, dient belastingplichtige in strijd met doel en strekking van de wet te handelen. Het is een objectieve vereiste waar de Hoge Raad uit de feiten en omstandigheden dient te beoordelen of in strijd is gehandeld met de wet. De Hoge Raad gebruikt de wetshistorische en wetssystematische methode om te achterhalen of aan het normvereiste is voldaan. De wetshistorische methode wordt gebruikt om te kijken wat de wetgever heeft bedoeld en wilde bereiken bij het invoeren van een bepaalde wetsartikel. Daarnaast wordt de wetssystematische methode gebruikt om te achterhalen wat de plaats en functie van een wettelijke bepaling is, zodoende om inzicht te krijgen in de strekking van dat wetsartikel.

¹¹² P.H.M. Flipsen, Financiering van derdentransacties in concernverband, MBB 2005/78.

¹¹³ P.H.M. Flipsen, Financiering van derdentransacties in concernverband, MBB 2005/78.

¹¹⁴ Hemels, Bij overname aandelen van derde is geen sprake van *fraus legis*, commentaar, NTFR 2004-1863.

Uit de besproken arresten en literatuur acht de Hoge Raad van belang of de samenstel van rechtshandelingen reële betekenis hebben en of er sprake is van een compenserende heffing. Met een reële betekenis wordt bedoeld dat, afgezien van het behaalde fiscaal voordeel, er geen verandering is gekomen in de vermogenspositie en/of zeggenschap van belanghebbende en andere rechtspersonen binnen het concern. Wanneer de afgesloten lening overeenkomst geen rechtvaardiging heeft, zou het aanvaarden van de rente in strijd zijn met doel van wat de wetgever had willen bereiken met een bepaalde wetsartikel. Bovendien, indien de lening geen functie heeft in de normale bedrijfsuitoefening van een onderneming is het aanvaarden van de renteaftrek in strijd met doel en strekking van de wet. De wetgever heeft niet het doel gehad renteaftrek te accepteren die geen enige functie hebben in de onderneming.

Daarnaast speelt de compenserende heffing een grote rol bij de beoordeling van het normvereiste. Hiermee wordt bedoeld dat tegenover het fiscaal voordeel een belastbare bate dient te staan. Deze belastbare bate moet zijn onderworpen aan een belasting die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Indien een rechtspersoon niet subjectief onderworpen is aan de vennootschapsbelasting kan geen sprake zijn van een belastbare bate en zodoende geen compenserende heffing. Dit was het geval bij BNB 1996/4 waarbij de rente ontvangen werd door een vereniging die subjectief is vrijgesteld van belastingheffing. De Hoge Raad heeft hierbij geoordeeld dat het niet de bedoeling van de wetgever was geweest om een deel van de winst uit de heffing te halen waardoor in het in strijd was met doel en strekking van de wet.

Uit het vorenvermeld kan geconcludeerd worden dat de beoordeling van de Hoge Raad rondom het normvereiste niet veel ontwikkeling heeft gehad aangezien de Hoge Raad blijft aanhangen bij de reële betekenis van een rechtshandeling en de compenserende heffing. Hierbij ligt het dan aan de gevolgen die de samenstel van rechtshandelingen hebben. Naar mijn mening komt dit door het objectieve karakter van het normvereiste. Door de wet te analyseren kan de Hoge Raad achterhalen of aan het normvereiste is voldaan of niet. Indien door de wetshistorie en wetssystematiek blijkt dat het niet strijdig is met de wet wordt niet aan het normvereiste voldaan. Hierdoor is er naar mijn mening weinig verandering in de opvattingen van de Hoge Raad met betrekking tot het normvereiste.

Hoofdstuk 5 – De recente fraus legisjurisprudentie

5.1 Inleiding

De Hoge Raad heeft de laatste paar jaar een aantal indrukwekkende arresten gewezen over *fraus legis*. Uit jurisprudentie die tot nu toe is besproken, is naar voren gekomen dat *fraus legis* niet aanbod komt indien de wetgever de ontgaansmogelijkheid bewust heeft aanvaard.¹¹⁵ Hiermee wordt bedoeld dat de wetgever zich ervan bewust is dat met een bepaalde wetsartikel er een mogelijkheid is voor de belastingplichtige om belastingheffing te ontgaan. De belastingplichtige gebruikt dan de wet om belasting te ontwijken, wat in principe niet onwettig is. De Hoge Raad meent dat als de wetgever de ontgaansmogelijkheid had willen uitsluiten, hij een regeling daarvoor moest treffen. Echter betekent dit niet dat de invoering van een antimisbruikbepaling altijd de toepassing van *fraus legis* in de weg staat.¹¹⁶ Dit blijkt uit het arrest BNB 2012/213 waarin *fraus legis* werd toegepast aangezien er renteaftrek werd gecreëerd door een samenstel van rechtshandelingen die in strijd was met doel en strekking van de wet. Ondanks het feit dat voor zulke rechtshandelingen artikel 10a Wet Vpb 1969 in het leven is geroepen, is er nog ruimte voor toepassing van *fraus legis*.

Wegens het feit dat door toepassing van *fraus legis* de geldende wet opzij wordt gezet is de Hoge Raad vaak terughoudend geweest in het uitspreken van *fraus legis*. In dit laatste hoofdstuk zal geanalyseerd worden wat er veranderd is in de rechtspraak. Dit zal gedaan worden door de recente arresten van de Hoge Raad te bestuderen. Aan de hand van de arresten zal bestudeerd worden hoe de Hoge Raad de voorwaarden in elk van de arresten heeft beoordeeld, wat de Hoge Raad belangrijk acht etc. Het hoofdstuk zal afgesloten worden met een conclusie waarin wordt beantwoord wat de criteria zijn die de Hoge Raad handhaaft met deze recente arresten.

5.2 HR 1 maart 2013

5.2.1 De feiten van de casus

Op 1 maart 2013 heeft de Hoge Raad zich in dit arrest uitgesproken over de toepassing van artikel 10a, lid 2 en 3 Wet Vpb naast *fraus legis*. Hierbij is tevens aandacht besteed aan zowel het nationaal recht als het VwEU.¹¹⁷ Belanghebbende had gesteld dat in dit verband ten onrechte art. 10a lid 2 Wet Vpb is toegepast want dat artikel zou alleen gelding hebben in gevallen waarin zonder die bepaling *fraus legis* toepassing zou vinden. Het Hof had later deze stelling verworpen en gesteld dat *fraus legis* zich niet beperkt tot gevallen waar alleen art. 10a Vpb van toepassing zou zijn. Belanghebbende (A BV) hield alle aandelen in de in België gevestigde vennootschap B NV. Op zijn beurt hield B NV alle aandelen in de Belgische vennootschap C NV, een Belgische coördinatiecentrum. Dit concern hield zich bezig met de

¹¹⁵ W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB 2012/06.

¹¹⁶ W.R. Kooiman, De toetsing van *fraus legis* naar omstandigheden, TFB 2012/06.

¹¹⁷ W.F.E.M. Egelie, Winstdrainage in national- en EU-rechtelijk perspectief, NTFRB 2013-21.

fabricage van verpakkingen voor industrie en consument.¹¹⁸ In 2000 was vermeld dat het Amerikaanse F-concern over zou gaan tot overname van de industrietak van belanghebbende inclusief B NV en C NV. F zou dit concern overnemen van het D-concern, dat actief was op het gebied van verpakkingen. De consumententak zou derhalve achterblijven bij D-concern. De consumentenvorderingen van C NV werden verkocht aan een zustervereniging van A BV waarbij die vervolgens tegen een lening werd gecedeerd aan A BV. Daarnaast kocht A BV de consumentenvorderingen van C NV tegen schulderkenning waardoor A BV een schuld verkreeg aan C van in totaal 330 miljoen euro. Om de financiering van de overdracht van de aandelen in belanghebbende te vergemakkelijken is tot het besluit gekomen het vermogen te verkleinen.¹¹⁹ Teneinde dit doel te bereiken keerde A BV op 21 februari 2001 een dividend uit groot 523 miljoen euro. Deze som dividend bestond uit de concernvorderingen, de overgenomen consumentenvorderingen en de lening op de zustervereniging. Derhalve bleef A BV met de schuld achter aan C NV.¹²⁰ Bovendien had belanghebbende beroep gedaan op BNB 2005/169 waar het beroep op fraud legis door de Hoge Raad is verworpen. Volgens belanghebbende, enkel de aanwezigheid van zakelijke motieven voor de in verband met de geldlening verrichte rechtshandeling al het vereiste tegenbewijs oplevert.¹²¹ Voor het Hof was in geschil of de rente per 21 februari, na de dag van de beoogde dividenduitkering, niet voor aftrek in aanmerking komt.

5.2.2 Uitspraak van het Hof

Partijen verschilden niet van mening dat de aan het coördinatiecentrum verschuldigde rente verband houdt met een “winstuitdeling aan een verbonden lichaam” zoals bedoeld in artikel 10a, lid 2, letter a, Wet Vpb. Het Hof had geoordeeld dat ook al liggen aan de rechtshandeling zakelijke motieven ten grondslag, het lichter maken van de aandelen, dat nog niet betekent dat tevens aan de financiering van die rechtshandeling zakelijke motieven ten grondslag liggen. Hierdoor had het Hof geoordeeld dat de rente niet voor aftrek in aanmerking kon komen, tenzij belanghebbende aannemelijk kon maken dat aan de geldlening en de rechtshandeling zakelijke motieven ten grondslag liggen. De Inspecteur heeft eerder met succes aangevoerd dat belanghebbende fiscale motieven had bij het aangaan van de schuld bij het coördinatiecentrum. Dit was ingegeven door de daaruit resulterende uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag, aangezien de rentebaten bij het coördinatiecentrum, wegens het geldende fiscale regime, niet in de heffing werden betrokken. De Inspecteur stelde dat belanghebbende ook langs andere routes middelen had kunnen aantrekken om de dividenduitkering mogelijk te maken. Het lag dan aan de belanghebbende om aannemelijk te maken dat het aangaan van de schuld, in combinatie met de verrichte dividenduitkering, de enige mogelijke weg was om het zakelijke einddoel te realiseren.¹²² Het Hof had vervolgens geoordeeld dat de belanghebbende er niet in is geslaagd het tegenbewijs te leveren.¹²³ Het verschil van dit arrest met BNB 2005/169 ligt hem in het feit dat het laatste arrest betrekking

¹¹⁸ W.F.E.M. Egelie, Winstdrainage in national- en EU-rechtelijk perspectief, NTFRB 2013-21.

¹¹⁹ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/137.

¹²⁰ W.F.E.M. Egelie, Winstdrainage in national- en EU-rechtelijk perspectief, NTFRB 2013-21.

¹²¹ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/137, r.o. 4.7.3.

¹²² Artikel 10a, lid 3, onderdeel a Wet Vennootschapsbelasting 1969.

¹²³ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/137.

heeft op een belastingjaar waarin artikel 10a van de Wet nog niet was ingevoerd. In dit artikel is er immers sprake van een dubbele zakelijkheidstoets. Aan een rechtshandeling kunnen zakelijke motieven ten grondslag liggen, maar dat betekent niet dat aan de transacties die tussendoor zijn uitgevoerd een onbeperkte vrijheid openstaat.¹²⁴ Belanghebbende zou alsnog aan de tegenbewijsregeling kunnen voldoen indien die aannemelijk maakt dat per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is.¹²⁵ Ondanks het bijzondere fiscale regime van het coördinatiecentrum, waarbij dit op een cost-plus basis belastingplichtig is, voldoet belanghebbende evenmin aan de toepassingsvoorwaarde van de compenserende heffing. De Inspecteur heeft immers vastgesteld dat de rentebate geen deel uitmaakt van de cost-plus basis en dus niet in de heffing wordt betrokken.¹²⁶ Het Hof concludeert uit het overwogene dat het volledige bedrag van de rente, met ingang van 21 februari 2001, op grond van artikel 10a Vpb niet voor aftrek aanmerking kan komen.

5.2.3 Arrest van de Hoge Raad

Belanghebbende keerde zich tegen de uitspraak van het Hof met het betoog dat art. 10a, lid 2 van de Wet een codificatie van de fraus legisjurisprudentie en daarom alleen gelding heeft in gevallen waarin zonder die bepaling het leerstuk van fraus legis toepassing zou kunnen vinden. Door de bovengenoemde uitspraak van het Hof faalt dit betoog van belanghebbende, aldus de Hoge Raad. Dat artikel is in leven geroepen om de winstdrainage-arresten van de jaren negentig te codificeren. Echter noch uit de tekst van de bepaling, noch uit de in de parlementaire behandeling blijkt dat beoogd is uitsluitend gevallen te treffen die de inspecteur daarvoor alleen op grond van de winstdrainage-arresten had kunnen bestrijden. De Hoge Raad stemt in met het oordeel van het Hof dat de omstandigheid dat een dividenduitkering strekt ter verwezenlijking van een zakelijk gefundeerd doel, niet uitsluit dat dit geldt voor de wijze waarop de financiering is gedaan.¹²⁷ Verder heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het Hof terecht heeft beoordeeld dat belanghebbende niet is geslaagd in het leveren van een tegenbewijs met een goede onderbouwing. De Inspecteur heeft een aantal mogelijkheden aangedragen waarop de financiering zou kunnen zijn geschied waarvoor belanghebbende geen sterke onderbouwing had aangedragen. De Hoge Raad gaat uit van de veronderstelling dat het Hof terecht heeft geoordeeld dat bij art. 10a Vpb sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging.¹²⁸ Hiermee acht de Hoge Raad het oordeel van het Hof niet onbegrijpelijk en blijft de renteaftrek vanaf 21 februari 2001 beperkt door art. 10a Vpb.

5.3 HR 7 februari 2014

5.3.1 De feiten van de casus

In deze zaak is de term “Redeemable Preference Shares” (RPS) aan bod gekomen en de vraag of deze aandelen vormden voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

¹²⁴ Kamerstukken II 1995/06, 24696, nr. 3, blz. 16.

¹²⁵ HR 1 maart 2013, BNB 2013/137 en artikel 10a, lid 3, onderdeel b Wet Vennootschapsbelasting 1969.

¹²⁶ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/137.

¹²⁷ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/137.

¹²⁸ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/137.

Belanghebbende was op 1 januari 2004 100% aandeelhouder in X International BV (hierna: X International). Belanghebbende en X International vormden een fiscale eenheid voor de heffing van vennootschapsbelasting met belanghebbende als moedermaatschappij. X International was houdster van alle aandelen in X België NV (hierna: X België). Deze NV bezat op haar beurt alle aandelen in X Australia Pty. Ltd. (X Australia). Deze vennootschap bezat 16% van de aandelen in A Corporation Ltd. (Hierna: A). De aandeelhouders van A hadden in 1997 een ‘shareholders loans’ aan A verstrekt naar rato van hun aandelenbezit. Ter financiering van deze lening had X Australia geld geleend van X International. De vergoeding van deze lening was zowel belast bij X International als aftrekbaar bij X Australia. De ‘shareholders loans’ werden in 2004 afgelost ter zake een wijziging in de financieringsstructuur van A. Een nieuwe vennootschap B Holding Ltd (B) werd opgericht die alle aandelen in A verkreeg. B had RPS uitgegeven aan haar aandeelhouders naar rato van hun aandelen in A. In verband met de herstructurering heeft X België in X Australia het gewone aandelenkapitaal verminderd en RPS laten uitgeven. X International heeft vervolgens de gewone aandelen en RPS in X Australia overgenomen van X België. Bij belanghebbende wordt de vergoeding die ter zake RPS van X Australia wordt ontvangen als dividend aangemerkt. Dit valt dan op grond van art. 13 Vpb onder de deelnemingsvrijstelling en wordt derhalve niet belast. In geschil was of belanghebbende het bedrag dat zij als dividend heeft aangemerkt in feite tot haar belaste winst moet rekenen. Inspecteur doet een beroep op het leerstuk van *fraus legis*.¹²⁹

5.3.2 Uitspraak van het Hof

Tussen partijen bestaat geen verschil van mening dat X Australia gelet op het op haar toepasselijke wettelijke en statutaire regime is aan te merken als een ‘vennootschap waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld’ zoals beschreven staat in art. 13, lid 2 Vpb. Deze bepaling is ook bedoeld voor de naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen. De vraag is hierbij of de RPS op een lijn kunnen worden gesteld met aandelen zoals benoemd in art. 13 Vpb voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Op grond van het Nederlandse Vennootschapsrecht is het toegestaan voor een NV of BV rechtsgeldig cumulatief preferente aandelen uit te geven. Vervolgens kan bij de overeenkomst tot uitgifte een beding worden opgenomen waarin een vooraf vastgestelde termijn wordt afgesproken waarop aandelen kunnen worden ingetrokken tegen terugbetaling van een daarop gestort bedrag. Daarnaast staat het vennootschapsrecht toe beperkt stemrecht te verbinden aan deze aandelen. Deze kenmerken sluiten zich aan bij de voorwaarden afgesloten bij de RPS waardoor volgens het Hof de RPS voldoende vergelijkbaar zijn met cumulatief preferente aandelen.¹³⁰ Hierdoor oordeelt het Hof dat op de shares ontvangen dividend behoort tot de voordelen uit hoofde van een deelneming zoals bepaald in art. 13, lid 1 Vpb. Bovendien is volgens het Hof niet gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet door de aandeelhouderslening in te ruilen voor de RPS. Volgens het Hof mag de ondernemingsvrijheid van belanghebbende om de financieringswijze te kiezen niet worden ontnomen. Het Hof heeft echter niet geoordeeld of de vervanging van de aandeelhouderslening door de shares onderdeel is van een samenstel

¹²⁹ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79

¹³⁰ HR 7 februari 2014, BNB 2014/79, nr. 12/03540, r.o. 4.12

van rechtshandelingen met als doorslaggevend motief het ontgaan van Nederlandse belastingheffing. Hierbij heeft het Hof geoordeeld dat belanghebbende terecht de ontvangen rente als dividend heeft aangemerkt en het Hof verwerpt het beroep van de inspecteur op het leerstuk van *fraus legis*.¹³¹

5.3.3 Arrest van de Hoge Raad

De Hoge Raad stelt, bij de beoordeling van de middelen, ter beantwoording van de vraag of voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling de geldverstrekking als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking moet worden gezien in beginsel beslissend de civielrechtelijke vorm die de partijen aan de geldverstrekking hebben toegekend.¹³² De omstandigheid dat de rente volgens het Australische fiscale regime in aftrek kon worden gebracht, doet niet af dat de rente bij belanghebbende vrijgesteld is. De Hoge Raad stemt in met het Hof's oordeel dat de RPS grote gelijkheid vertonen met cumulatief preferente aandelen waaraan beperkte stemrechten zijn verbonden. Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is het de fiscale kwalificatie van het dividend bij de buitenlandse deelneming niet relevant.¹³³ De cumulatief preferente aandelen gelden civielrechtelijk als aandelen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Bovendien oordeelt de Hoge Raad dat een belastingplichtige een keuzevrijheid heeft bij de vorm van financiering. Volgens de Hoge Raad, gezien de strekking van de deelnemingsvrijstelling, is het toestemmen van keuzevrijheid van belastingplichtige niet in strijd met doel en strekking van de Wet. De Hoge Raad verwerpt het beroep op *fraus legis*.

5.4 HR 23 mei 2014

In 2014 heeft de Hoge Raad in een achttal arresten zich uitgesproken over de handel in lichamen met een herinvesteringsreserve (HIR-lichamen). De arresten wijzen op de toepassing van art. 15e (oud) en art. 12a (tekst tot 2013) Vpb.¹³⁴ De essentie van deze arresten wordt in het vervolg toegelicht.

5.4.1 De feiten

Belanghebbende is de moedermaatschappij van een fiscale eenheid.¹³⁵ Op 5 september 2001 heeft belanghebbende alle aandelen in I BV gekocht. Vervolgens heeft I BV op 6 september 2001 onroerende zaken verkocht en ter zake van deze verkoop heeft I BV een HIR gevormd. I BV is met ingang van 1 januari 2002 als dochtermaatschappij opgenomen in de fiscale eenheid met belanghebbende. Op 23 april 2004 heeft I BV de economische eigendom van een hotel in Zwitserland overgenomen. Kort daarna heeft belanghebbende alle aandelen in I BV aan BB BV geleverd waardoor I BV is ontvoegd van de fiscale eenheid. I BV wilde ten behoeve van de aankoop van het hotel de eerder gevormde HIR afboeken op de

¹³¹ HR 7 februari 2014, BNB 2014/79, nr. 12/03540, r.o. 4.16 en 4.17.

¹³² C.L. van Lindonk, Redeemable Preference Shares vormen aandelen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, NTFR 2014-739.

¹³³ C.L. van Lindonk, Redeemable Preference Shares vormen aandelen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, NTFR 2014-739.

¹³⁴ C. Bruijsten, Verplichte vrijval herinvesteringsreserve door toepassing *fraus legis* III, NTFR 2014-1487.

¹³⁵ HR 23 mei 2014, nr. 12/05645, BNB 2014/171

aankoopprijs.¹³⁶ Inspecteur heeft een beroep gedaan op *fraus legis* en de HIR aan de winst van belanghebbende toegevoegd. Derhalve is in geschil of de HIR aan de winst van belanghebbende dient te worden gerekend.

In een tweede arrest¹³⁷ had belanghebbende bij notariële akte winkel- en woonobjecten geleverd aan drie van de vier aandeelhouders. Op 28 september 2006 heeft belanghebbende bij notariële akte een kantoorpand van GA NV gekocht. Op dezelfde dag kort daarna was een overeenkomst gesloten waarbij alle aandelen in belanghebbende verkocht en geleverd zijn aan K BV (Holding BV). Belanghebbende kreeg op 29 september 2006 het kantoorpand geleverd. Voor het Hof was in geschil of de boekwinst behaald in mindering kon worden gebracht op de aanschaffingskosten van het kantoorpand.¹³⁸

In een ander arrest¹³⁹ had belanghebbende aan het eind van 2003 een HIR gevormd. Op 20 december hadden belanghebbende en N BV een koopovereenkomst getekend waarbij belanghebbende appartementsrechten overnam. Kort na de overeenkomst te hebben gesloten zijn de aandelen in belanghebbende verkocht aan N BV. Vervolgens werden de appartementsrechten daadwerkelijk geleverd aan belanghebbende. In geschil was of de HIR door de Inspecteur terecht aan de winst van belanghebbende was toegevoegd.

In de laatste reeks van deze HIR-arresten was er sprake van een fiscale eenheid tussen belanghebbende en Y BV. Op 1 augustus had Y BV een pand met boekwinst verkocht. Vervolgens had Y BV in september-oktober een herinvesteringsvoornemen in een aantal panden die in eigendom waren van W BV. Op 25 november is de koopovereenkomst voor de panden gesloten. Een half uur daarna zijn de aandelen in Y BV overgedragen aan W BV. Na de levering van de aandelen zijn de panden aan Y BV geleverd.¹⁴⁰ In casu was in geschil of de Inspecteur terecht de belastbare winst van belanghebbende heeft verhoogd en of de heffingsrente tot het juiste bedrag berekend is.¹⁴¹

Uit deze feiten kan worden uitgehaald dat de HIR-arresten allemaal vergelijkbaarheid vertonen met elkaar. Het gaat voornamelijk over het verkopen van panden gevolgd door herinvesteringsvoornemen waarbij vervolgens de aandelen binnen het lichaam die de HIR heeft gevormd, worden overgedragen. Pas na de aandelenoverdracht worden de panden geleverd aan de koper. Op grond van art. 3.54 Wet Inkomstenbelasting 2001 kan een vennootschap een HIR vormen als die een herinvesteringsvoornemen heeft in het jaar van vervreemding of in het daarop volgende drie jaren. Verder treffen deze arrest het problematiek rondom art. 15e en art. 12a Vpb. Het doel van art. 15e Vpb was om ongewenst uitstel van belastingheffing te voorkomen in gevallen waarin een aandeelhouder weinig voordeel er in ziet om de vennootschap te laten herinvesteren, terwijl een derde partij wel mogelijkheden ziet tot herinvestering en de aandelen in de vennootschap wenst over te nemen.¹⁴² Hierbij dient de HIR vrij te vallen ten laste van de winst. De tekst is vanaf 2007

¹³⁶ C. Bruijsten, *Verplichte vrijval herinvesteringsreserve door toepassing *fraus legis* III*, NTFR 2014-1486 en BNB 2014/171.

¹³⁷ HR 23 mei 2014, nr. 12/04575, BNB 2014/172.

¹³⁸ HR 23 mei 2014, nr. 12/04575, BNB 2014/172, r.o. 3.2.

¹³⁹ HR 23 mei 2014, nr. 13/00215, BNB 2014/173

¹⁴⁰ HR 23 mei 2014, nr. 13/02154, BNB 2014/178, r.o. 3.1. – 3.1.4.

¹⁴¹ HR 23 mei 2014, nr. 13/02154, BNB 2014/178, r.o. 3.2.

¹⁴² N.M. Ligthart, *HIR-arresten: over investeren, activeren en interpreteren*, NTFR Beschouwingen 2014-27.

veranderd in artikel 12a Vpb. In de tekst van dit artikel ligt een bepaalde volgorde besloten. De sanctie van artikel 12a is pas van toepassing wanneer eerst de HIR is gevormd en pas daarna een belangenwijziging plaatsvindt.¹⁴³ Als er geen HIR is op het moment van belangenwijziging, omdat de HIR al is aangewend dan kan er ook geen vrijval van de HIR zijn. De kenmerk van deze zaken is dan ook dat de herinvestering plaatsvindt voor de belangenwijziging zodat art. 12a Vpb wordt ontlopen.

5.4.2 Uitspraak van het Hof

De uitspraken van het Hof verschillen per arrest maar vertonen wel sommige gelijkenissen met elkaar. In de arresten BNB 2014/171 en BNB 2014/173 heeft het Hof geoordeeld dat *fraus legis* geen toepassing kan vinden, omdat er niet strijdig is gehandeld met doel en strekking van het toenmalige art. 15e Vpb. Artikel 15e en artikel 12a vertonen een bepaalde tijdsvolgorde. Het Hof heeft hierbij geoordeeld dat de HIR voorafgaand de belangenwijziging reeds is aangewend, waardoor gezien de feitelijke bewoordingen van art. 15e Vpb, de HIR niet aan de winst dient te worden berekend. Gelet op de duidelijke tijdsvolgorde die de wetgever heeft willen bereiken met dat artikel kan *fraus legis* geen toepassing vinden. Volgens het Hof dient de Inspecteur dit te accepteren. Aan dit oordeel heeft het Hof betoogd dat voor de uitleg van het begrip herinvestering aansluiting kan worden gezocht bij het bepaalde in art. 3.43 IB genoemde begrip investeren.¹⁴⁴ In dat artikel wordt immers bepaald dat onder investeren dient te worden verstaan het aangaan van verplichtingen ter zake de aanschaffing van een bedrijfsmiddel.¹⁴⁵ In het geval van de fiscale eenheid, oordeelt het Hof dat het herinvesteringsvoornemen dient te worden beoordeeld op niveau van de fiscale eenheid waardoor belanghebbende erin slaagt aan te tonen dat er een herinvesteringsvoornemen bestond.¹⁴⁶ De Inspecteur was echter van mening dat het belang in I BV is overgegaan voordat er sprake was van een herinvesteringsvoornemen. Echter was de Inspecteur, volgens Nieuweboer, achter de verkeerde belastingplichtige aan.¹⁴⁷ Op grond van art. 14 lid 1 Besluit fiscale eenheid wordt de vervreemding van de aandelen in de dochtermaatschappij geacht plaats te vinden na de ontvoering van die dochtermaatschappij. Vervolgens geldt op grond van art. 15aj lid 4 Vpb dat de HIR wordt toegerekend aan de maatschappij die het oorspronkelijke vermogensbestanddeel heeft vervreemd. In dit geval is het de ontvoegde dochtermaatschappij. Indien er dan een HIR aanwezig is op het moment van belangenwijziging, dan moet het tot een vrijval van de HIR leiden bij de dochtermaatschappij en dus niet bij de fiscale eenheid.

In de andere arresten, BNB 2014/172 en BNB 2014/178, had het Hof eveneens geoordeeld, dat gezien de letterlijke bewoording van art. 15e Vpb, dat artikel geen toepassing kon vinden aangezien de belangenwijziging plaatsvond na de aanwending van de HIR. Echter moet het artikel, gelet op de achterliggende gedachte ervan, naar het oordeel van het Hof toch toepassing vinden. Aan de hand van de wetsgeschiedenis heeft het Hof betoogd dat art. 15e

¹⁴³ N.M. Ligthart, HIR-arresten: over investeren, activeren en interpreteren, NTFR Beschouwingen 2014-27.

¹⁴⁴ C. Bruijsten, Verplichte vrijval herinvesteringsreserve door toepassing *fraus legis* III, NTFR 2014-1487.

¹⁴⁵ Artikel 3.43, lid 1, Wet IB 2001

¹⁴⁶ HR 23 mei 2014, nr. 12/05645, BNB 2014/171.

¹⁴⁷ M. Nieuweboer, Verplichte vrijval herinvesteringsreserve bij de fiscale eenheid niet terecht, NTFR 2012-2795.

zich mede uitstrekt tot gevallen waarin inderdaad op het onmiddellijke voorafgaande moment geen sprake is van een HIR in de vennootschap. Echter doet hieraan niet af dat er sprake is van een rechtsreeks verband tussen de aan die aandelenoverdracht voorafgaande herinvestering die tot aanwending van de HIR leidt en de belangenwijziging dat er zodanig formeel sprake is van benutting van de HIR door de oorspronkelijke aandeelhouders, maar materieel sprake is van benutting door de nieuwe aandeelhouders. Artikel 15e strekt zich juist uit tot het voorkomen van handel in de HIR-lichamen. Doordat er sprake is van een rechtstreekse samenhang tussen de HIR en de aandelenoverdracht, kan art. 15e wel toegepast worden.¹⁴⁸

5.4.3 Arrest van de Hoge Raad

De Hoge Raad gebruikt wetshistorische methode om de doel van art. 15e VPB te achterhalen. Hierbij heeft de wetgever beoogd handel in vennootschappen met een HIR tegen te gaan. De essentie van het artikel, dat herinvestering dient plaatsvinden op een later tijdstip dan het moment van belangenwijziging, sluit echter niet uit in onderhavige gevallen dat:

- het belang in de belastingplichtige met een HIR is gewijzigd;
- voorafgaand aan die wijziging de aanwending van de HIR vanuit materieel oogpunt heeft plaatsgevonden door de nieuwe aandeelhouders;
- er sprake is van een samenstel van rechtshandelingen waarbij de tijdsvolgorde van die rechtshandelingen zo is ingericht dat het herinvesteringstijdstip juist voor de wijziging in het belang in die belastingplichtige heeft plaatsgevonden, en
- het doorslaggevende oogmerk van dit samenstel van rechtshandelingen is de wettelijke regeling van artikel 15e van de Wet te ontgaan, waarbij strijdig wordt gehandeld met doel en strekking van art. 15e van de Wet doordat indien door samenstel van handelingen de vrijval van de HIR aan de winst kan worden voorkomen.¹⁴⁹

Hier ligt het oordeel van het Hof dat er een samenhang is tussen de herinvestering en de aandelenoverdracht waardoor de HIR vanuit materieel oogpunt is benut door de nieuwe aandeelhouder. Hierbij oordeelt de Hoge Raad dat vanuit economisch oogpunt geen relevant verschil bestaat tussen het de samenstel van rechtshandelingen en dat waarbij de aandelenoverdracht zou zijn voorafgegaan aan de op dezelfde dag plaatsvindende aankoop van het kantoorpand. Hieruit is af te leiden dat de Hoge Raad alsnog van belang acht dat de rechtshandelingen een reële betekenis hebben. In de afwezigheid van deze reële betekenis in onderhavige casus, dat vanuit economisch oogpunt wel een verandering is, ligt dan besloten dat de doorslaggevende beweegreden voor de keuze van de volgorde waarop de samenhangende rechtshandelingen hebben plaatsgevonden, derhalve gelegen was in de wens in de heffing van vennootschapsbelasting te verijdelen. Hieruit is het motiefvereiste van *fraus legis* af te leiden en derhalve ook het *normvereiste*. Immers, indien in deze gevallen de HIR

¹⁴⁸ HR 23 mei 2014, nr. 12/05645, BNB 2014/172.

¹⁴⁹ C. Bruijsten, Vrijval herinvesteringsreserve door belangenwijziging bij ontvoeging behoort tot winst fiscale eenheid, NTFR 2014-1484.

niet aan de winst zou worden berekend, zouden doel en strekking van het artikel totaal zijn doorkruist. Dit heeft de wetgever niet beoogd met de invoering van dit artikel in de vennootschapsbelasting waardoor fraus legis van toepassing is, aldus de Hoge Raad.

5.5 Samenvatting en conclusie

In dit laatste hoofdstuk zijn drie belangrijke arresten van de Hoge Raad van de laatste twee jaren uitgebreid gesproken. Hierbij is niet alleen aandacht besteed aan de uitspraak van de Hoge Raad maar ook die van het Hof. De centrale punt van dit laatste hoofdstuk is om met behulp van de arresten een beeld te krijgen van hoe de Hoge Raad nu omgaat met het leerstuk van fraus legis. In het eerste arrest van HR 1 maart 2013 was er sprake van een onzakelijke omleiding om een zakelijk einddoel te bereiken. Hierbij heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 10a VPB van toepassing is waardoor de rente niet in aftrek kan komen bij belanghebbende. In dit arrest heeft de Hoge Raad geen fraus legis willen uitspreken. Doel van art. 10a is om renteaftrek die op een kunstmatige manier tot stand is gekomen te beperken. Dit artikel is een codificatie van de winstdrainagearresten van de jaren negentig. De belanghebbende is niet in de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3 VPB geslaagd. Ongeacht het zakelijke einddoel had de Hoge Raad geoordeeld dat de renteaftrek alsnog niet mogelijk was wegens de wijze van financiering. Dit is dan af te leiden uit de verschillende-wegenleer van de Hoge Raad geformuleerd in eerdere jurisprudentie. Deze leer was dan ook gecodificeerd in art. 10a, lid 3, onderdeel a VPB. Het blijkt dan dat de verschillende-wegenleer via dit artikel nog steeds relevant wordt geacht. Dit is in tegenstelling met het Tweede Ierse arrest¹⁵⁰ want daar had de Hoge Raad geoordeeld dat het zakelijke karakter van de financiering was gegeven wegens het zakelijk einddoel. Hierdoor leek het er op dat de Hoge Raad afstand wilde nemen van de verschillende-wegenleer. De Hoge Raad wilde eigenlijk einddoelen zoals externe acquisitie en interne verhangingsverschillen behandelen, mede door het feit dat aan een interne verhangingsverschil vaak geen reële betekenis ten grondslag ligt. Naar mijn mening is dit dan ook een verschil met HR 1 maart 2013. Bovendien was het voor het Tweede Ierse arrest een belastingjaar dat art. 10a nog niet in werking was. In het onderhavige arrest duiden alle feiten op toepassing van art. 10a en geen fraus legis. Tevens wilde de Hoge Raad aansluiting vinden bij de wetgever aangezien art. 10a specifiek voor deze soort gevallen is ingevoerd.

In het tweede arrest besproken in dit hoofdstuk, HR 7 februari 2014, had de Hoge Raad eveneens geen fraus legis uitgesproken. In geschil was of de RPS zodanig als aandelen konden worden aangemerkt door toepassing van art. 13 van de Wet. De Hoge Raad had hierbij geoordeeld dat de RPS vergelijkbaar zijn met cumulatief preferente aandelen die wij binnen de Nederlandse belastingrecht kennen. Vervolgens had de Hoge Raad aangekondigd dat aan een belastingplichtige de keuzevrijheid open staat bij de keuze van financiering. Hierdoor wordt geacht dat niet in strijd is gehandeld met doel en strekking van het artikel. De Hoge Raad heeft hier echter niet geoordeeld of er sprake is van een samenstel van rechtshandelingen met doorslaggevende reden het verijdelend van belastingheffing. Hier heeft de Hoge Raad geen onderzoek naar gedaan en zonder argument aangekondigd dat niet aan

¹⁵⁰ HR 17 december 2004, nr. 39090, BNB 2005/169

het motiefvereiste van *fraus legis* is voldaan. De oprichting van een nieuwe vennootschap B die alle aandelen in A zou overnemen, lijkt mij op een interne verhangings. De uiteindelijke structuur is in principe niet veranderd waardoor er geen reële betekenis aan ten grondslag ligt. Dit zou kunnen duiden op een verder onderzoek van de Hoge Raad met betrekking tot het samenstel van rechtshandelingen. De uitspraak kan gezien worden als inconsistent, maar toepassing van *fraus legis* is een bijzonder rechtsmiddel waarbij de wet opzij wordt gezet. Naar mijn mening wilde de Hoge Raad aansluiten bij doel en strekking van art. 13 Vpb en de rechtszekerheid en het legaliteitsbeginsel waarborgen.

Fraus legis was wel uitgesproken in de HIR-arresten van 2014. Hiermee wilde de Hoge Raad oneigenlijk gebruik van art. 15e VPB in HIR-lichamen voorkomen. Naar de letterlijke bewoording van dat artikel zou de HIR niet tot de winst van belanghebbende moeten worden gerekend. Dit artikel bepaalt immers dat als het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate (lees: 30% of meer) is gewijzigd, een ten tijde van de wijziging reeds gevormde HIR direct voorafgaand aan die wijziging aan de winst wordt toegevoegd. Er was echter sprake van een samenstel van rechtshandelingen met de doorslaggevende beweegreden het vrijdelen van belastingheffing. Toestemming geven om zulke rechtshandelingen uit te voeren zou in strijd zijn met doel en strekking van art. 15e VPB. Het feit dat er een tijdsvolgorde zat in de handelingen, waarbij de rechtshandelingen slechts een aantal uren van elkaar gelegen waren, was alleen gedaan om de sanctie van art. 15e te ontgaan. Naar mijn mening is terecht *fraus legis* uitgesproken. Naar de letterlijke bewoording van het artikel zou de sanctie niet van toepassing zijn maar aangezien het feit dat er een rechtsreeks samenhang is tussen de levering van het pand, de aandelenoverdracht en vervolgens de koop van een vervangend pand wijzen erop dat er bewust is gekozen voor deze weg om te voorkomen dat de HIR aan de winst wordt toegevoegd.

Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de uiteindelijke criteria die de Hoge Raad handhaaft om *fraus legis* uit te spreken niet zijn veranderd. Het motiefvereiste en het normvereiste blijven de twee belangrijke criteria waaraan cumulatief voldaan dient te worden wil *fraus legis* van toepassing zijn. Het ligt echter aan de omstandigheden per geval hoe de Hoge Raad omgaat met beide vereisten. Om aan het motiefvereiste te voldoen dient er vooralsnog sprake te zijn van een samenstel van rechtshandelingen met de doorslaggevende beweegreden belastingverrijdeling. Daarnaast is het van belang dat de rechtshandelingen een samenhang met elkaar vertonen. Eveneens blijft van belang voor zowel het motiefvereiste als het normvereiste of aan de rechtshandelingen reële een betekenis ten grondslag ligt. Hiermee wordt bedoeld dat de uitgevoerde rechtshandelingen een economische betekenis, een functie, vervullen in de onderneming van de belastingplichtige. Als dit niet het geval is, is dat een aanwijzing dat de gekozen route niet noodzakelijk was om het einddoel te bereiken. Verder gebruikt de Hoge Raad wetshistorie en wetsystematiek om het doel en de strekking van een wet. Ongeacht het feit dat de twee belangrijke criteria van *fraus legis* niet zijn veranderd blijft het verschil per geval afhankelijk van de omstandigheden.

Hoofdstuk 6 – Conclusie

In deze scriptie werd verslag gedaan van een onderzoek naar de vraag of de voorwaarden voor de toepassing van *fraus legis* de laatste paar jaren door de Hoge Raad zijn veranderd. De onderzoeksvraag die centraal stond bij dit onderzoek is de volgende: **Heeft de Hoge Raad de criteria voor toepassing van het *fraus legis* leerstuk in de Wet Vpb met de recente arresten gewijzigd, waardoor het toepassingsbereik ervan is toegenomen?** Zoals uit de onderzoeksvraag kan worden afgeleid was deze scriptie gebaseerd op het analyseren en bestuderen van de *fraus legis* jurisprudentie van de Hoge Raad. Om deze onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden zijn er vier deelvragen in voorgaande hoofdstukken behandeld en beantwoord. Hierna volgt een samenvatting van de voorgaande hoofdstukken.

In hoofdstuk 2 is het begrip *fraus legis* uitgebreid besproken en uitgelegd en daarmee is het antwoord op de eerste deelvraag gegeven. De deelvraag luidde als volgt: *Wat wordt verstaan onder het leerstuk van *fraus legis*?* Dit leerstuk is voor het eerst in het belastingrecht geïntroduceerd in 1926 met het Driedagenarrest. De voorganger van *fraus legis* was de richtige heffing maar wegens de beperktere werking van de richtige heffing werd deze permanent vervangen door *fraus legis*. In 1989 was het de eerste keer dat *fraus legis* werd uitgesproken in de vennootschapsbelasting. In de arresten van de jaren tachtig was de basis gelegd voor de voorwaarden van *fraus legis*. Om *fraus legis* te kunnen toepassen dient aan zowel het motiefvereiste als aan het normvereiste te zijn voldaan. Om aan het motiefvereiste te kunnen voldoen dient de doorslaggevende beweegreden van de belastingplichtige te liggen bij de mogelijkheid om belasting te verijdelen. Daarnaast moet belastingplichtige hebben voldaan aan het normvereiste, waarbij de rechtshandeling in strijd is met doel en strekking van de wet. Bij *fraus legis* ligt de bewijslast in principe bij de inspecteur die aannemelijk moet maken dat de belastingplichtige een fiscaal motief had om die rechtshandeling uit te voeren.

Vervolgens werd in hoofdstuk 3 het motiefvereiste verder bestudeerd. De deelvraag was: *Hoe heeft het motiefvereiste zich in de rechtspraak ontwikkeld?* De verschillende-wegenleer, die in 1990 werd geïntroduceerd, was een belangrijke onderdeel van het motiefvereiste. Deze leer zegt ons, kort gezegd, dat hoewel het einddoel zakelijk is, dit niet betekent dat het samenstel van rechtshandelingen ook zakelijk is indien dit niet noodzakelijk is om het einddoel te bereiken. Derhalve is het van belang dat er een samenstel van rechtshandelingen is verricht. Als de rechtshandelingen waarmee het fiscale voordeel wordt behaald geen samenhang vertonen, kan er geen sprake zijn van belastingverijdeling als hoofddoel. Daarbij dient van elke rechtshandeling te worden beoordeeld welk motief eraan ten grondslag lag.

In hoofdstuk 4 stond het normvereiste centraal en de deelvraag hierbij luidde: *Hoe heeft het normvereiste zich in de rechtspraak ontwikkeld?* Om aan het normvereiste te voldoen, dient belastingplichtige in strijd met doel en strekking van de wet te handelen. Het is een objectief vereiste waar de Hoge Raad uit de feiten en omstandigheden dient te beoordelen of in strijd is gehandeld met de wet. Hierbij wordt van belang geacht of het samenstel van rechtshandelingen reële betekenis heeft of als er sprake is van een compenserende heffing.

Met een reële betekenis wordt bedoeld dat met het samenstel van rechtshandelingen er geen verandering is gekomen in de vermogenspositie en/of zeggenschap van belanghebbende en andere rechtspersonen binnen het concern. Met de compenserende heffing wordt bedoeld dat tegenover een renteaftrek, de rentebate bij de renteontvanger belast is naar een tarief dat naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Uit de analyse is geconcludeerd dat de manier waarop het normvereiste beoordeeld wordt niet veel is veranderd.

Verder zijn in hoofdstuk 5 drie arresten van de Hoge Raad vanaf 2013 geanalyseerd. De deelvraag hierbij luidt: *Wat zijn de criteria die de Hoge Raad vanaf 2013 handhaaft om fraus legis uit te spreken?* Hierbij is zowel het uitspraak van het Hof als die van de Hoge Raad bestudeerd. Hieruit is geconcludeerd dat de criteria voor fraus legis min of meer gelijk zijn gebleven ten opzicht van oudere jurisprudentie. Er dient alsnog aan het motiefvereiste en het normvereiste te zijn voldaan om fraus legis te kunnen toepassen. Daarnaast blijft nog van belang of aan de rechtshandelingen een reële betekenis ten grondslag ligt. Het ligt aan de omstandigheden hoe de Hoge Raad beide vereisten beoordeelt.

In hoofdstuk 5 is al min of meer een antwoord gevonden op de onderzoeksvraag. Het leerstuk van fraus legis blijft een complex leerstuk. Het is een bijzonder rechtsmiddel en wordt gebruikt als ultimum remedium. Met de laatste drie besproken arresten, namelijk, BNB 2013/137, BNB 2014/79 en de serie arresten BNB 2014/171-178, heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over het leerstuk van fraus legis. In de HIR-arresten (BNB 2014/171-178) is fraus legis uitgesproken. Hierbij is beoordeeld dat belanghebbenden als doorslaggevend motief hadden het verijdelen van belastingheffing door de aanwending van de HIR voor de aandelenoverdracht waardoor in strijd was gehandeld met genoemd art. 12a Vpb. In het arrest van BNB 2013/137 is het beroep op fraus legis verworpen en is de renteaftrekbeperking van art. 10a Vpb toegepast. Hieruit, en uit de vorige hoofdstukken, kan geconcludeerd worden dat de Hoge Raad de criteria voor toepassing van fraus legis in de wet Vpb niet heeft veranderd waardoor het toepassingsbereik niet is toegenomen. De primaire criteria blijven gelden, namelijk het motiefvereiste en het normvereiste. Wat wel kan veranderen is hoe de Hoge Raad tot beoordeling komt of wel of niet voldaan is aan de criteria. Uit de laatste arresten kan ik concluderen dat het nog steeds van belang wordt geacht of er sprake is van een samenstel van rechtshandelingen en als die een samenhang met elkaar vertonen. Daarnaast is het ook van belang voor de beoordeling ervan als aan de rechtshandelingen een reële betekenis ten grondslag ligt. Hiermee wordt bedoeld dat met de uitgevoerde rechtshandeling een functionele wijziging is gekomen in de economische zeggenschap van de belastingplichtige. Er is wel een verschil te zien tussen de beoordeling van einddoelen die een belastingplichtige heeft. Enerzijds kan bij een externe acquisitie de Hoge Raad terughoudender zijn bij het uitspreken van fraus legis aangezien een externe acquisitie vaak een zakelijk einddoel behartigt. Anderzijds wordt er anders tegenaan gekeken met betrekking tot een interne verhangning aangezien de uiteindelijke zeggenschap vaak niet is gewijzigd. Het hangt echter af van de omstandigheden per geval hoe de Hoge Raad er naar kijkt, waardoor er moeilijk een lijn te trekken is bij de fraus legisjurisprudentie.

Literatuurlijst

Literatuur

R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van fraus legis – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 1), Forfaitair 2013/231

R.A. de Boer en J.C.J.G.M. Naalden, Het leerstuk van fraus legis – een overzicht en enkele recente ontwikkelingen (deel 2), Forfaitair 2013/232

C. Bruijsten, Vrijval herinvesteringsreserve door belangwijziging bij ontvoeging behoort tot winst fiscale eenheid, NTFR 2014-1484.

C. Bruijsten, Verplichte vrijval herinvesteringsreserve door toepassing fraus legis II, NTFR 2014-1486 en BNB 2014/171.

C. Bruijsten, Verplichte vrijval herinvesteringsreserve door toepassing fraus legis III, NTFR 2014-1487, commentaar door C. Bruijsten.

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

J.J. van Dam, Schijnhandeling, fiscale herkwalficatie en fraus legis in de directe belastingen, TFO 2013/125.1

S.C.W. Douma, Rente aan verbonden lichaam niet aftrekbaar wegens fraus legis, NTFR 2012-1432

W.F.E.M. Egelie, Winstdrainage in national- en EU-rechtelijk perspectief, NTFRB 2013-21

F.J. Elswelier en J.A.G. van der Geld, Renteaftrekbeperking in de Nederlandse vennootschapsbelasting: tijd voor sanering, TFO, 2012

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Kluwer, beschouwing, aantekening 15.28.19. ‘Verschillende-wegenleer’ (of noodzakelijkheids criterium)

P.H.M. Flipsen, Financiering van derdentransacties in concernverband, Maandblad Belasting Beschouwingen 2005/7/8

Ch.P.A. Geppart: Fiscale rechtsvinding. Proefschrift 1965, pag. 188

E.J.W. Heithuis, Winstdrainage, externe acquisitive en de ‘verschillendewegen’-leer, Weekblad voor Fiscaal Recht 1996/573, 1996

Hemels, Bij overname aandelen van derde is geen sprake van fraus legis, commentaar, NTFR 2004-1863

R.L.H. IJzerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografieën nr 54, Kluwer, Deventer, 1991

E.C.C.M. van Kemmeren, Fraus legis in de vennootschapsbelasting, TFO, 1994/21

W.R. Kooiman, De toetsing van fraus legis naar omstandigheden, TFB, 2012/06

N.M. Ligthart, HIR-arresten: over investeren, activeren en interpreteren, NTFR Beschouwingen 2014-27

C.L. van Lindonk, Redeemable Preference Shares vormen aandelen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, NTFR 2014-739

M. Nieuweboer, Verplichte vrijval herinvesteringsreserve bij de fiscale eenheid niet terecht, NTFR 2012-2795

J.H.M. Nieuwenhuizen, Vrije ontwikkelingen in de wetsontduiking, WFR 1999/159

M.A. Ultee, fraus legis: binnenkort ook succesvol wapen bij de heffing van omzetbelasting?, Europese Fiscale Studies, 2004

H. Vermeulen, Rechtsvinding en fraus legis, Cursus belastingrecht, FBR 7.4.1. 2009

R.J. de Vries, Kwaliteit van fiscal rechtsvinding en fiscal regelgeving, WFR, 2010/114

Jurisprudentie

HR 26 mei 1926, NJ 1926, 723

HR 22 juli 1982, BNB 1982/242-246

HR 7 december 1983, nr. 22 134, BNB 1984/12

HR 21 november 1984, nr. 22 092, BNB 1985/32

HR 20 maart 1985, nr. 20003, BNB 1985/171

HR 17 juni 1987, nr. 24535, BNB 1987/289

HR 26 april 1989, nr. 24446, BNB 1989/217

HR 11 juli 1990, nr. 26306, BNB 1990/293

HR 10 maart 1993, nr. 27295, BNB 1993/194

HR 13 juli 1994, nr. 29673, BNB 1994/269

HR 6 september 1995, nr. 27927, BNB 1996/4

HR 1 december 1999, nr. 34217, BNB 2000/111

HR 13 juli 2001, nr. 35595, BNB 2001/398

HR 8 februari 2002, nr. 36 358, BNB 2002/118

HR 17 december 2004, nr. 39080, BNB 2005/169

HR 11 juli 2008, nr. 43 376, BNB 2008/266

HR 10 juli 2009, nr. 43363, BNB 2009/237

HR 1 juni 2012, nr. 11/00009, BNB 2012/213

HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, BNB 2013/137

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

HR 23 mei 2014, nr. 12/04575, BNB 2014/172-178

Kamerstukken

Kamerstukken II 1995/06, 24696, nr. 3

Overig

Ulpianus Digesta, 1.3.17 “Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem”.