

# *Fraus legis* bij concernfinanciering

---

Naam: Nanette Burger  
Studentnummer: 374231  
Begeleider: R.C. de Smit  
Rotterdam, 22 juli 2015

# Inhoudsopgave

## 1. Hoofdstuk 1 “Inleiding”

- *Fraus legis*
- Doel
- Probleemstelling en deelvragen
- Opzet
- Afbakening

## 2. Hoofdstuk 2 “Het leerstuk van *fraus legis*”

- Inleiding
- De richtige heffing
- *Fraus legis*
- Motiefvereiste
- Normvereiste
- Gevolgen van *fraus legis*
- De rol van de feitenrechter & Hoge Raad
- Conclusie

## 3. Hoofdstuk 3 “Winstdrainagejurisprudentie”

- Inleiding
- BNB 1989/217
- BNB 1996/4
- BNB 1993/197
- Conclusie

## 4. Hoofdstuk 4 “De 2014-arresten”

- Inleiding
- Deelnemingsvrijstelling
- BNB 2014/79
- BNB 2014/80
- Conclusie

## 5. Hoofdstuk 5 “De verhouding tussen eerdere winstdrainagejurisprudentie en de 2014-arresten”

- Inleiding
- De oordelen van de Hoge Raad
- Het resultaat
- Geen reële economische betekenis
- Compenserende heffing
- Financieringsvrijheid
- Conclusie

## 6. Conclusie

## 7. Literatuurlijst

# H1 Inleiding

## 1.1 *Fraus legis*

In een arrest van 16 april 1989<sup>1</sup> heeft de Hoge Raad voor het eerst het *fraus legis*-leerstuk toegepast bij concernfinanciering in de vennootschapsbelasting. De daadwerkelijke term *fraus legis*, leerstuk van de wetsontduiking, werd echter voor het eerst in dit kader gebruikt op 10 maart 1993<sup>2</sup> en heeft gezorgd voor veel opwinding in de fiscaliteit. *Fraus legis* betekent dat een belanghebbende een handeling uitvoert die in strijd is met doel en strekking van de wet waarvan het doorslaggevende oogmerk is om belasting te verijdelen. Als de rechter de rechtshandeling bestempelt als *fraus legis* is het gevolg dat de werkelijk gedane rechtshandeling niet wordt meegenomen voor de belastingheffing. Om toch te kunnen zorgen voor heffing, geen vrijstelling of geen aftrek, kan ook sprake zijn van substitutie. Op deze manier wordt een rechtshandeling ervoor in de plaats gesteld die wel leidt tot heffing, waardoor het resultaat past binnen doel en strekking van de wet<sup>3</sup>.

Indien er in de vennootschapsbelasting over *fraus legis* wordt gesproken, gaat het veelal om een beperking van de aftrek van rente. In BNB 1989/217<sup>4</sup> was er een geval van A NV, gevestigd op de Nederlandse Antillen, als moedervennootschap van B BV, gevestigd in Nederland. A BV heeft vervolgens een holdingvennootschap opgericht. Deze holdingvennootschap heeft door middel van een lening, verstrekt door A NV, B BV gekocht. Omdat de holdingvennootschap geen winst maakte, kon zij de rente op de lening niet aftrekken. Zij is daarom een fiscale eenheid voor de VPB aangegaan met B BV, zodat de winsten van B BV fiscaal opgingen in het resultaat van de holding en renteaftrek effectief mogelijk was. Deze rechtshandelingen heeft de Hoge Raad bestempeld als *fraus legis*, omdat sprake was van een samenstel van rechtshandelingen, met het oogmerk om belasting te ontwijken en die leiden tot een resultaat dat in strijd is met doel en strekking van de wet.

Deze twee vereisten, een oogmerk om belasting te ontwijken en een resultaat dat in strijd is met doel en strekking van de wet, worden respectievelijk het motiefvereiste en normvereiste genoemd<sup>5</sup>. In BNB 1989/217 was de tussenplaatsing van de holdingvennootschap door middel van een lening slechts tot stand gekomen met het motief van belastingverijdeling. Aan het motiefvereiste wordt dus voldaan. Bij de vraag of rechtshandelingen in strijd met doel en strekking van de wet zijn, richt men zich op rechtshandelingen die ervoor zorgen dat er geen/gedeeltelijke belastingheffing plaatsvindt, waarbij de wettekst geen uitkomst biedt. Er is dus niet in de wet aangegeven dat de rechtshandelingen verboden zijn, maar het resultaat dat door middel van deze handelingen behaald wordt is niet zo bedoeld door de wetgever. Voor de bepaling of iets in strijd met doel en strekking van de wet is, wordt bijvoorbeeld geprobeerd na te gaan of de wetgever niet wenst dat bepaalde rechtshandelingen een voordelig fiscaal resultaat opleveren of dat de wetgever bewust een bestaande opening in de wet heeft laten bestaan<sup>6</sup>. In BNB 1989/217 concludeerde de Hoge Raad echter dat eventuele herhaling van de rechtshandelingen ertoe zou leiden dat VPB-heffing onbeperkt onmogelijk zou worden gemaakt. Dit kan volgens de Hoge Raad nooit de bedoeling zijn van de wetgever en dus was het resultaat in strijd met doel en strekking van de wet.

---

<sup>1</sup> HR 16 april 1989, nr. 24446, BNB 1989/217.

<sup>2</sup> HR 10 maart 1993, nr. 27992, BNB 1993/195.

<sup>3</sup> J.H.M. Nieuwenhuizen, *Rechtsvinding en fiscale werkelijkheid*, Deventer: Kluwer 2010, p. 40.

<sup>4</sup> J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 117.

<sup>5</sup> J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014, p. 115.

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

In BNB 1996/4<sup>7</sup> was sprake van gelijksoortige rechtshandelingen als in BNB 1989/217. Hier ging het echter om een vereniging die zijn activiteiten over liet gaan naar een werkmaatschappij. Tussen de werkmaatschappij en de vereniging werd, net als in BNB 1989/217, een holdingvennootschap geplaast. Deze rechtshandelingen werden gefinancierd door middel van een lening met aftrekbare rente bij de holding. De werkmaatschappij en de holding gingen ook een fiscale eenheid aan. Bij de bepaling of sprake was van *fraus legis* introduceerde de Hoge Raad de zogeheten 'meerwegenleer'. De belanghebbende vond dat er geen sprake was van *fraus legis*, omdat een zakelijk einddoel beoogd werd. Het zakelijke einddoel stond in cassatie inderdaad vast. De Hoge Raad vond echter dat bepaalde transacties c.q. rechtshandelingen, die werden uitgevoerd om dat zakelijke einddoel te bereiken, niet bijdroegen aan het einddoel. Deze rechtshandelingen werden slechts gedaan met het oogmerk om de belastingdruk te verlagen. Op basis van deze meerwegenleer werd het samenstel van rechtshandelingen bestempeld als *fraus legis*.

Naast de zogenoemde 'interne verhangingen' van de arresten BNB 1989/217 en BNB 1996/4 zijn er ook andere vormen van winstdrainage die kunnen leiden tot een bestempeling als *fraus legis*. Een voorbeeld hiervan is een arrest van 10 maart 1993<sup>8</sup>, waarin een belanghebbende bij plaatsing van nieuwe aandelen in zijn dochtervennootschap agio heeft betaald. Dit agio werd in deze casus direct door de dochtervennootschap terug geleend aan belanghebbende. Eigen vermogen wordt dus omgezet in vreemd vermogen. Dit leidde tot een renteaftrek bij belanghebbende en belaste rentebaten bij de dochtervennootschap. Gezien het feit dat belanghebbende erkende dat zijn enige motief voor deze rechtshandelingen belastingverijdeling was, werd aan het motiefvereiste voldaan. Met betrekking tot het normvereiste oordeelde de Hoge Raad dat deze constructie leidde tot de mogelijkheid om eigen winsten van belanghebbende onbepaald en naar willekeur te verrekenen. De Hoge Raad was van mening dat renteaftrek zou leiden tot strijdigheid met doel en strekking van de wet. Deze vorm van winstdrainage kan dus ook worden bestempeld als *fraus legis*.

Op 7 februari 2014 heeft de Hoge Raad twee nieuwe arresten<sup>9</sup> gewezen waarin de strijdigheid met doel en strekking van de wet ook een belangrijke rol speelt. In deze arresten gaat het niet om de omzetting van ontvangen kapitaal in een ontvangen geldlening, maar om het omwisselen van een verstrekte geldlening in verstrekt kapitaal. Het fiscale gevolg is dat belaste rentebaten in vrijgestelde deelnemingsvoordelen worden omgezet. In BNB 2014/79 ging het om een lening die werd omgezet in Australische *Redeemable Preference Shares* (hierna: *RPS*). Deze *RPS* zijn, volgens de Hoge Raad, dusdanig vergelijkbaar met cumulatief preferente aandelen (hierna: *cumprefs*), waardoor deze kwalificeren als eigen vermogen. De baten die verkregen werden uit de *RPS* vielen dan ook onder de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Belangrijk om op te merken is dat in deze casus ook sprake is van een hybride *mismatch*. In Australië waren deze dividenduitkeringen namelijk fiscaal aftrekbaar. Dit betekent dus dat sprake is van een aftrek in Australië en van vrijgesteld dividend in Nederland, waardoor deze winst nergens belast wordt. BNB 2014/80 ging om een binnenlandse kwestie. In deze zaak werd een lening, verkregen van een bankensyndicaat, omgezet in *cumprefs*. Hierdoor gingen, net als bij BNB 2014/79, de eerder belaste rentebaten bij de banken (de belanghebbenden) over in baten die werden vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling. In beide arresten heeft de Hoge Raad bepaald dat geen sprake is van *fraus legis*, omdat de belastingplichtige zelf - kort gezegd - keuzevrijheid heeft over de financiering van een vennootschap. Het kiezen van een financieringswijze die belastingtechnisch gunstig is, is volgens de Hoge Raad niet in strijd met doel en strekking van de wet.

---

<sup>7</sup> HR 6 september 1995, nr. 27927, BNB 1996/4.

<sup>8</sup> HR 10 maart 1993, nr. 28484, BNB 1993/197.

<sup>9</sup> HR 7 februari 2014, nr. 12/03504, BNB 2014/79; HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80.

De arresten tot 2014, en de arresten die de Hoge Raad in 2014 heeft gewezen (hierna: 2014-arresten) lijken zich niet goed tot elkaar te verhouden. In de literatuur zijn de meningen over dit onderwerp verdeeld. In een column in Vakstudie Nieuws in de rubriek 'Uitvergroet' stelt *De Smit* dat het verhogen van de kosten, die leiden tot een renteaftrek, en het verlagen van belaste opbrengsten, door middel van de deelnemingsvrijstelling, leiden tot een – vanuit fiscaal-economisch perspectief - zelfde fiscaal resultaat<sup>10</sup>. Hiermee impliceert hij, mijns inziens, dat beide rechtshandelingen door de Hoge Raad hetzelfde moeten worden behandeld. *De Smit* laat in zijn column echter in het midden of deze behandeling in beide gevallen die van *fraus legis* moet zijn of juist niet. *Marres* is het daarentegen eens met het feit dat de Hoge Raad anders beslist over het verhogen van kosten die leiden tot renteaftrek en het verlagen van belaste opbrengsten door middel van de deelnemingsvrijstelling. In de 2014-arresten is, zijns inziens, inderdaad geen sprake van *fraus legis*<sup>11</sup>. Door het laten vervallen van art. 13 lid 3 onderdeel b (oud) Wet VPB<sup>12</sup> door de wetgever, is hij van mening, dat de wetgever onder ogen ziet dat hybride *mismatches* niet bestreden worden. Dit kan, zijns inziens, dus niet tot een resultaat leiden dat in strijd is met doel en strekking van de wet. Ten slotte vindt hij dat niet op gekunstelde wijze sprake is van belastingverijdeling, maar sprake is van een reële financieringsbehoefte, die niet, in verband met de financieringsvrijheid, tot *fraus legis* kan leiden. Ook *De Vries* is het eens met de uitspraak van de Hoge Raad<sup>13</sup>. Echter, hebben zijn argumenten meer betrekking op de hybride *mismatch* van BNB 2014/79. Hij vindt namelijk dat de Hoge Raad door middel van deze uitspraak consistent is gebleven ten opzichte van eerdere uitspraken, aangezien de Hoge Raad in grensoverschrijdende situaties vaker beslist dat de vraag of de winst in een ander land wel belast wordt, niet doorslaggevend is. Dit is, zijns inziens, goed voor de rechtszekerheid.

## 1.2 Doel

In deze bachelorscriptie tracht ik de vraag te beantwoorden waarom het omwisselen van belaste rentebaten voor vrijgestelde deelnemingsvoordelen onder geen beding bestempeld wordt als *fraus legis*, terwijl de omzetting van kapitaal in een geldlening op de passiefzijde van de balans soms wel bestempeld wordt als *fraus legis*. Aan de hand van de arresten die betrekking hebben op *fraus legis* wordt een beoordeling gemaakt in hoeverre hier sprake is van (on)gelijke gevallen en of eventuele verschillen tussen de casusposities een verschil in behandeling rechtvaardigen.

## 1.3 Probleemstelling en deelvragen

De hoofdvraag van deze scriptie luidt:

**Waarom is het omwisselen van belaste rentebaten voor vrijgestelde deelnemingsvoordelen geen *fraus legis*, terwijl de omzetting van kapitaal in een geldlening op de passiefzijde van de balans dat onder omstandigheden wel kan zijn?**

---

<sup>10</sup> R.C. de Smit, '*fraus legis*: bezint eer ge begint!', V-N 2015/7.0.

<sup>11</sup> O.C.R. Marres, 'Redeemable preference shares vormen kapitaal voor de toepassing van art. 13 Wet VPB 1969. Geen *fraus legis*', FED 2014/37.

<sup>12</sup> Dit was een bepaling die toezag op hybride *mismatches*.

<sup>13</sup> Zie de annotatie van De Vries in BNB 2014/79, onderdeel 11.

Om tot een antwoord op deze vraag te komen, zijn de volgende deelvragen opgesteld:

- Wat houdt het begrip *fraus legis* in?
- Wat zijn de overwegingen van de Hoge Raad om de rechtshandelingen in BNB 1989/217, BNB 1996/4 en BNB 1993/197 te bestempelen als *fraus legis*?
- Wat zijn de overwegingen van de Hoge Raad om de rechtshandelingen in BNB 2014/79 en BNB 2014/80 niet te bestempelen als *fraus legis*?
- Hoe verhouden de arresten BNB 1989/217 - BNB 1996/4 - BNB 1993/197 en BNB 2014/79-80 zich tot elkaar?

## 1.4 Opzet

In hoofdstuk 2 ga ik in op het begrip *fraus legis*. De totstandkoming van het begrip *fraus legis* komt hierbij aan de orde. Daarvoor wordt gekeken naar de 'richtige heffing' van art. 31 AWR. Daarnaast ga ik in op de twee vereisten, het motiefvereiste en het normvereiste, om een handeling te bestempelen als *fraus legis*. Vervolgens komen de gevolgen van een bestempeling als *fraus legis* aan bod. Tenslotte zal ik de rol van de feitenrechter en de Hoge Raad bij dit leerstuk nader toelichten. In hoofdstuk 3 bespreek ik de specifieke arresten, BNB 1989/217, BNB 1996/4 en BNB 1993/197. Per arrest zal eerst de exacte casus worden uitgelegd. Vervolgens staan de overwegingen van de Hoge Raad om rechtshandelingen als *fraus legis* te bestempelen centraal. In hoofdstuk 4 zal ik het begrip deelnemingsvrijstelling nader toelichten. Vervolgens richt het hoofdstuk zich op de arresten BNB 2014/79-80. Hierbij kijk ik weer naar de exacte casus en de handelingen die de Hoge Raad heeft bestempeld als *fraus legis*. Ten slotte kijk ik in hoofdstuk 5 naar de verhouding tussen de eerder besproken arresten. De vraag of de Hoge Raad hier een tegenstrijdige uitspraak heeft gedaan komt aan bod.

## 1.5 Afbakening

In deze bachelorscriptie wordt onderzocht waarom de handelingen in de arresten over winstdrainage tot 2014 wel bestempeld zijn als *fraus legis*, en de handelingen van de arresten over verstrekt (hybride) kapitaal in 2014 niet. Niet alle arresten vòòr 2014 over winstdrainage door middel van concernfinanciering worden besproken. Zoals eerder aangegeven zullen slechts BNB 1989/217, BNB 1996/4 en BNB 1993/197 uitgebreid aan bod komen. Deze keuze is gemaakt omdat BNB 1989/217, mijn inziens, de basis is van het *fraus legis* begrip. Daarnaast wordt in BNB 1996/4 een belangrijk aspect, de meerwegenleer, van *fraus legis* behandeld voor de bepaling van het motiefvereiste. BNB 1993/197 is van belang om te bespreken, omdat hier sprake is van winstdrainage door middel van het omzetten van eigen vermogen in vreemd vermogen. In de 2014-arresten wordt vreemd vermogen omgezet in eigen vermogen. Om een goede vergelijking te kunnen maken in hoofdstuk 5 is het dus van belang dat BNB 1993/197 aan bod komt.

In de arresten BNB 1989/217, BNB 1996/4 en BNB 1993/197 is zowel het motiefvereiste als het normvereiste in geschil. In hoofdstuk 3 worden, in verband met de volledigheid van het *fraus legis* begrip, beweegredenen van het hof en de Hoge Raad voor beide vereisten uitgebreid beschreven. In de 2014-arresten is het motiefvereiste echter niet in geschil. Daar rijst slechts de vraag of belanghebbende in strijd met doel en strekking van de wet heeft gehandeld. Om een uitspraak te doen over het verschil in behandeling door de Hoge Raad is het dus slechts noodzakelijk om het normvereiste mee te nemen. Ik heb er daarom voor gekozen om in hoofdstuk 4, hoofdstuk 5 en de conclusie slechts in te gaan op het normvereiste.

## H2 Het leerstuk van *fraus legis*

### 2.1 Inleiding

In de arresten BNB 1989/217, BNB 1996/4, BNB 1993/197 en BNB 2014-79/80 speelt elk het *fraus legis* leerstuk een belangrijke rol. De rechtshandelingen van BNB 1989/217, BNB 1996/4 en BNB 1993/197 worden in tegenstelling tot BNB 2014/79-80 met succes door de Hoge Raad bestempeld als *fraus legis*. Indien de belastingplichtige en de inspecteur het niet eens zijn over de fiscale behandeling van rechtshandelingen, moet de rechter beslissen hoe deze moeten worden behandeld. De inspecteur kan beroep doen op twee bijzondere rechtsmiddelen, te weten *fraus legis* en de richtige heffing van art. 31 AWR. Het *fraus legis* leerstuk heeft zich verder ontwikkeld door de richtige heffing-arresten. Dit hoofdstuk zal de richtige heffing slechts kort uiteenzetten, omdat tegenwoordig enkel nog wordt gesproken over *fraus legis*. Het leerstuk van *fraus legis* komt daarentegen uitgebreid aan bod. De deelvraag van dit hoofdstuk luidt dan ook als volgt: "Wat houdt het begrip *fraus legis* in?". De twee vereisten, het motiefvereiste en het normvereiste, voor een bestempeling van rechtshandelingen als *fraus legis*, worden nader uiteengezet. Daarna worden de gevolgen van een bestempeling als *fraus legis* behandeld. Ten slotte komt de rol van de feitenrechter en de Hoge Raad in dit hoofdstuk aan bod.

### 2.2 De richtige heffing

De richtige heffingsbepaling vindt zijn oorsprong in de twintiger jaren van de vorige eeuw. In die tijd bestond de vennootschapsbelasting zoals we die nu kennen nog niet, maar was slechts sprake van een dividend- en tantièmesbelasting. Dit heeft als resultaat dat enkel de winst die wordt uitgekeerd kan worden belast. Een belastingplichtige kon in die tijd dan ook gemakkelijk aan heffing van inkomstenbelasting ontkomen door zijn bedrijf in te brengen in een NV en geen of weinig dividend uit te keren<sup>14</sup>. De wetgever was hier niet van gediend en besloot tot nadere wetgeving om deze vormen van misbruik tegen te gaan. Hieruit resulteerde de Wet Richtige Heffing 1925 (hierna: Wet RH). In de Wet RH werd bepaald dat voor de heffing van directe belastingen en inkomstenbelasting geen rekening werd gehouden met rechtshandelingen die zijn verricht om de heffing van belasting geheel of ten dele onmogelijk te maken<sup>15</sup>.

Om te bepalen of de richtige heffing kan worden toegepast werd slechts gekeken naar het motiefvereiste. Het in strijd komen met doel en strekking van de wet, zoals we dat nu kennen, werd in de jaren twintig nog niet als vereiste gesteld, omdat dit volgens de Tweede Kamer tot rechtsonzekerheid zou leiden. Indien aan het motiefvereiste voldaan werd en de richtige heffing kon worden toegepast, leidde dit ertoe dat een rechtshandeling fiscaal werd geëlimineerd<sup>16</sup>. In het geval van een renteaftrek naar aanleiding van een lening, betekent dit dus dat de lening fiscaal niet bestaat.

In 1959 is de Wet RH vrijwel ongewijzigd overgenomen in de artt. 31 t/m 36 van de AWR. Dit veranderde niets aan de werking van de richtige heffing. In 1967 wijst de Hoge Raad een arrest<sup>17</sup> dat het begin betekent van de moderne rechtspraak op het gebied van de richtige heffing. Vòòr 1967 was het de fiscus nooit gelukt om zich met succes te beroepen op de richtige heffing. BNB 1968/80 bracht hier verandering in. In dit arrest wordt voor het eerst gebroken met de wetsgeschiedenis en ook het normvereiste meegenomen in de overwegingen van de Hoge Raad.

---

<sup>14</sup> R.E.C.M. Niessen, *richtige heffing en fraus legis*, Gouda Quint bv: Arnhem 1985, p. 15.

<sup>15</sup> R.E.C.M. Niessen, *richtige heffing en fraus legis*, Gouda Quint bv: Arnhem 1985, p. 16.

<sup>16</sup> R.E.C.M. Niessen, *richtige heffing en fraus legis*, Gouda Quint bv: Arnhem 1985, p. 50.

<sup>17</sup> HR 27 december 1967, nr. 15772, BNB 1968/80.

Uit jurisprudentie van de tachtiger jaren blijkt dat de Hoge Raad deze lijn doorzet. Naar aanleiding hiervan worden drie cumulatieve materiele voorwaarden gesteld voor de toepassing van de richtige heffing<sup>18</sup>:

1. De belastingplichtige verricht een handeling met als gevolg dat de belasting die zonder die rechtshandeling zou zijn geheven, geheel of gedeeltelijk niet kan worden geheven;
2. Het aangaan van de rechtshandeling heeft als doorslaggevend motief belastingverijdeling; en
3. De wijze waarop de belasting is ontgaan is in strijd met doel en strekking van de wet.

Hoewel de richtige heffing en het leerstuk van *fraus legis* in hun wetshistorie twee aparte bijzondere rechtsmiddelen zijn, wordt tegenwoordig geen beroep meer gedaan op de richtige heffing van art. 31 AWR<sup>19</sup>. De voorwaarden die hierboven zijn geschetst, zijn ook van toepassing bij het *fraus legis* leerstuk. *Fraus legis* ziet echter toe op het gehele recht en de richtige heffing slechts op de directe belastingen. Dit zorgt er vanzelfsprekend voor dat de richtige heffing binnen het bereik van het *fraus legis*-leerstuk valt.

### 2.3 *Fraus legis*

In tegenstelling tot de richtige heffing van art. 31 AWR, staat het leerstuk van *fraus legis* niet opgenomen in de wet. De oorsprong van dit leerstuk is te vinden in het zogenoemde 'driedagenarrest' dat de Hoge Raad in 1926 heeft gewezen<sup>20</sup>. In dit arrest gaat het om een periodieke uitkering die drie dagen voor het overlijden van de schenker eindigt. Indien een periodieke uitkering wordt uitgekeerd tot aan het overlijden van de schenker, zal deze op grond van art. 11 SW geacht zijn krachtens erfrecht te zijn verkregen. Doordat de uitkering in dit arrest drie dagen voor het overlijden eindigt, valt deze niet onder de werking van art. 11 SW en zal minder belasting kunnen worden geheven. De wetgever achtte de rechtshandeling in strijd met doel en strekking van de wet, omdat verijdelingen van de belasting het enige doel van deze handeling was.

Doordat de Wet RH in die tijd op de voorgrond stond, is in de jaren na het driedagenarrest weinig aandacht geschonken aan het *fraus legis* leerstuk. Pas in 1984 wijst de Hoge Raad opnieuw een arrest met betrekking tot *fraus legis*<sup>21</sup>. Hieruit volgen twee cumulatieve vereisten waaraan moet worden voldaan, om een rechtshandeling te bestempelen als *fraus legis*, namelijk:

- Het motiefvereiste: Belastingbesparing is het doorslaggevende motief van de belastingplichtige om rechtshandelingen uit te voeren.
- Het normvereiste: De rechtshandelingen leiden tot een resultaat dat in strijd is met doel en strekking van de wet.

### 2.4 Het motiefvereiste

Om te bepalen of het motiefvereiste van toepassing is, wordt beoordeeld of het doorslaggevende motief van de belastingplichtige voor de rechtshandeling belastingverijdeling is. De rechter en de Hoge Raad zullen dus gewicht moeten geven aan de motieven van de belastingplichtige. De bewijslast voor het motiefvereiste ligt bij de inspecteur. Indien hij aannemelijk heeft gemaakt dat het doorslaggevende motief van de belastingplichtige belastingverijdeling is, heeft de

---

<sup>18</sup> R.E.C.M. Niessen, *richtige heffing en fraus legis*, Gouda Quint bv: Arnhem 1985, p. 34.

<sup>19</sup> Persbericht Ministerie van Financiën van 29 juli 1987, nr. 87/222, V-N 1987, Blz. 1768.

<sup>20</sup> HR 26 mei 1926, NJ 1926, 723.

<sup>21</sup> HR 21 november 1984, nr. 22094, BNB 1985/32.



belastingplichtige de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren<sup>22</sup>. Het geschil tussen de inspecteur en de belastingplichtige gaat vaak om de vraag of belastingverijdeling doorslaggevend motief is, of van bijkomstige betekenis.

Het is vaak lastig vast te stellen wat het motief van de belastingplichtige is, omdat het gaat om persoonlijke beweegredenen van belastingplichtigen. De Hoge Raad heeft in de loop der jaren door middel van verschillende jurisprudentie een aantal omstandigheden bepaald, die indiceren dat sprake is van een doorslaggevend motief van belastingverijdeling. Uit BNB 1989/217 blijkt dat indien geen sprake is van wezenlijke veranderingen van de feiten, dit een indicatie kan zijn voor het motiefvereiste. In dit arrest was, voordat de rechtshandelingen hadden plaatsgevonden, sprake van een geheel direct belang in een vennootschap en nadat deze hadden plaatsgevonden sprake van een geheel indirect belang. Volgens de Hoge Raad kan dit gebrek aan wezenlijke verandering een indicatie zijn voor een doorslaggevend motief van belastingverijdeling.

Een andere indicatie voor het motiefvereiste kan zijn dat rechtshandelingen leiden tot een niet-fiscaal negatief resultaat van relatief grote omvang. In BNB 1982/245<sup>23</sup> was sprake van een belanghebbende die een groot bedrag leende bij de bank. Het geld dat hij ontving door middel van de lening heeft hij direct gestort in een vennootschap op de (voormalige) Nederlandse Antillen tegen uitreiking van aandelen. De rente die hij moest betalen op de lening was in deze casus hoger dan de rente die hij zou ontvangen op de aandelen. Van tevoren was dus duidelijk dat een niet-fiscaal negatief resultaat zou worden behaald. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de nadelige gevolgen van het aangaan van de geldlening, namelijk een negatief niet-fiscaal resultaat, indiceren dat de rechtshandelingen als doorslaggevend motief belastingverijdeling hebben.

Ten slotte kan de mate van gekunsteldheid een indicatie zijn voor een doorslaggevend motief van belastingverijdeling. In BNB 1982/246<sup>24</sup> creëert de belastingplichtige een aftrekpost bij het inkopen van zijn eigen aandelen. De rechtshandelingen die hij hiervoor deed waren technisch gezien eenvoudig en niet omslachtig. De Hoge Raad bepaalt in dit arrest dat de mate van gekunsteldheid een indicatie kan geven voor het motiefvereiste, maar dat het niet vereist is voor een geslaagd beroep op *fraus legis*. Eenvoudig uit te voeren rechtshandelingen hoeven dus niet te betekenen dat niet is voldaan aan het motiefvereiste.

Bovenstaande indicaties hoeven niet te leiden tot voldoening aan het motiefvereiste, indien de belastingplichtige aantoont dat sprake is van meer dan bijkomstige zakelijke motieven<sup>25</sup>. Echter, blijkt uit BNB 1996/4 dat een samenstel van rechtshandelingen die gezamenlijk een zakelijk einddoel hebben niet uitsluiten dat daarbinnen rechtshandelingen zijn gedaan die niet noodzakelijk waren voor het behalen van dit zakelijke doel. Deze rechtshandelingen kunnen zijn gedaan met het doorslaggevende motief van belastingverijdeling en kunnen, ondanks zakelijk einddoel, daarom bestempeld worden als *fraus legis*. Deze redenering van de Hoge Raad wordt de meerwegenleer genoemd.

Ten slotte acht ik het van belang om op te merken dat in verschillende arresten<sup>26</sup> is bepaald dat, indien sprake is van meerdere keuzes met betrekking tot financiering, belastingplichtigen vrij zijn in hun keuze van financiering. Zij hebben dus de mogelijkheid om fiscaal de voordeligste weg te kiezen, mits dit binnen de mogelijkheden van de wet valt.

---

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

<sup>23</sup> HR 22 juli 1982, nr. 20991, BNB 1982/245.

<sup>24</sup> HR 22 juli 1982, nr. 21106, BNB 1982/246.

<sup>25</sup> HR 21 september 1983, nr. 22060, BNB 1983/316.

<sup>26</sup> HR 13 juli 1994, nr. 29632, BNB 1994/296 ; HR 27 november 1996, nr. 31618, BNB 1997/98.

## 2.5 Het normvereiste

Het tweede vereiste voor het leerstuk van *fraus legis* is het normvereiste. Dit vereiste bepaalt dat het resultaat van de gedane rechtshandelingen in strijd moet zijn met doel en strekking van de wet. Het gaat hier om een resultaat dat de wetgever niet heeft gewild en waarbij de wet geen uitkomst biedt. Zo een resultaat houdt in dat sprake is van geen of gedeeltelijke belastingheffing die er zonder gedane rechtshandelingen wel was geweest.

Om vast te stellen of het resultaat van rechtshandelingen in strijd is met doel en strekking van de wet, kan worden gekeken naar verschillende interpretatiemethodes<sup>27</sup>. Ten eerste kan worden gekeken naar de systematische interpretatiemethode. De wettelijke bepaling waarop de belanghebbende een beroep doet wordt dan bekeken in relatie tot zijn omgeving. De plaats en functie van een wettelijke bepaling spelen dus een belangrijke rol. Hierbij kan worden gedacht aan de opbouw van een wet, het systeem van rangorde en de vraag of een bepaling toeziet op het subject, de grondslag of bijvoorbeeld een vrijstelling. Naast de systematische interpretatiemethode kan de wethistorische interpretatiemethode inzicht geven bij de vraag of het resultaat van rechtshandelingen in strijd is met doel en strekking van de wet. Bij deze methode speelt de bedoeling van de wetgever een grote rol. Deze bedoeling kan bijvoorbeeld naar voren zijn gekomen tijdens de parlementaire behandeling van de wet. Daarnaast speelt bij de wethistorische methode de vraag of de wetgever bepaalde 'openingen' in de wet heeft erkend. Toegespitst op het onderwerp van concernfinanciering kan worden afgevraagd of de wetgever bedacht was of kon zijn op constructies met excessieve renteaftrek en hier bewust niet op heeft ingespeeld of dat dit onvoorziene situaties zijn. Indien de wetgever deze 'openingen' in de wet bewust heeft laten bestaan, kan het resultaat van de rechtshandelingen niet in strijd zijn met doel en strekking van de wet. Tenslotte kan ook de teleologische interpretatiemethode worden gebruikt om strijdigheid met doel en strekking van de wet vast te stellen. Deze methode gaat uit van hetgeen gangbaar is in het maatschappelijk verkeer.

Naast deze interpretatiemethodes is met betrekking tot renteaftrekbepalingen in BNB 1993/194<sup>28</sup> bepaald dat de vraag of sprake is van compenserende heffing van belang is voor bestempeling van strijdigheid met doel en strekking van de wet. In dit arrest is sprake van een interne verhangings met bijbehorende lening van de in Nederland gevestigde moedermaatschappij. Daarmee is de rente die zij ontvangt dus belast tegen Nederlands tarief. De Hoge Raad heeft hier bepaald dat geen sprake is van strijdigheid met doel en strekking van de wet, omdat voldoende compenserende heffing aanwezig was bij de moedermaatschappij. Het doel van renteaftrek is dat de rente niet dubbel wordt belast. Doordat de dochtermaatschappij rente kan aftrekken en de moedermaatschappij voldoende belasting moet betalen over de rente is dit doel volgens de Hoge Raad nagestreefd. Hierbij acht ik het van belang om op te merken dat een gebrek aan compenserende heffing niet op zichzelf stand kan leiden tot een oordeel dat rechtshandelingen strijdig zijn met doel en strekking van de wet.

## 2.6 De gevolgen van *fraus legis*

Op het moment dat rechtshandelingen van de belastingplichtige voldoen aan zowel het motiefvereiste als het normvereiste is sprake van *fraus legis*. Om toch te kunnen zorgen voor heffing, geen vrijstelling of geen aftrek, kan sprake zijn van substitutie. Dit betekent dat andere rechtshandelingen in de plaats worden gesteld voor gedane rechtshandelingen. Deze andere rechtshandelingen leiden in dat geval wel tot heffing, waardoor het resultaat past binnen doel en

---

<sup>27</sup> J.H.M. Nieuwenhuizen, *rechtsvinding en fiscale werkelijkheid*, Kluwer: Deventer 2010, p. 30-33.

<sup>28</sup> HR 10 maart 1993, nr. 27295, BNB 1993/194.

strekking van de wet<sup>29</sup>. Indien sprake is van *fraus legis* in verband met concernfinanciering worden de rechtshandelingen vaak fiscaal geëlimineerd. Bij concernfinanciering houdt dit in dat, fiscaal gezien, de lening wordt genegeerd, met als gevolg dat de rente ook niet bestaat en renteaftrek niet mogelijk is<sup>30</sup>.

## 2.7 De rol van de feitenrechter en de Hoge Raad

Indien de belastingplichtige het niet eens is met de opgelegde aanslag vennootschapsbelasting door de inspecteur, kan hij besluiten bezwaar te maken. Na de bezwaarfase kan eventueel in beroep worden gegaan. Beroep wordt ingesteld bij de rechtbank<sup>31</sup>. Deze feitenrechter stelt de feiten vast die in geschil zijn. Hij oordeelt slechts over datgene dat in geschil is, echter is de rechter verplicht bij de beoordeling of een bepaalde regeling van toepassing is alle geldende voorwaarden betrekken<sup>32</sup>. Dit betekent dus dat, toegespitst op het onderwerp *fraus legis*, zowel naar het motiefvereiste als naar het normvereiste moet worden gekeken, terwijl het geschil eventueel slechts betrekking heeft op het motiefvereiste. De rechtbank zal uiteindelijk een uitspraak doen.

Indien de belastingplichtige of de inspecteur het niet eens is met deze uitspraak, kan hoger beroep worden ingesteld bij het gerechtshof (hierna: het hof)<sup>33</sup>. Ook in deze procedure betreft het feitenrechtters. De rechter zal de zaak zowel juridisch als feitelijk opnieuw beoordelen. Het voordeel hiervan is dat een onjuiste beslissing van de rechtbank kan worden herzien. Daarnaast geeft het de partijen de mogelijkheid om nieuw bewijsmateriaal in te brengen, waardoor eventueel een ander oordeel volgt. De partijen hebben dus de mogelijkheid om nieuwe argumenten, bewijsmiddelen en beroepsgronden in te dienen.

In tegenstelling tot de rechtters van de rechtbank en het hof zijn de raadsheren van de Hoge Raad geen feitenrechtters. Zij toetsen slechts of het recht op de juiste manier is geïnterpreteerd en of de uitspraak van het hof voldoende en begrijpelijk is gemotiveerd. De feiten staan dus naar aanleiding van het beroep en eventueel hoger beroep al vast. Op grond van art. 79 Wet op Rechterlijke Organisatie kan de Hoge Raad de uitspraak van het hof vernietigen. Er moet dan sprake zijn van 'verzuim' of 'schending van het recht'. Indien sprake is van verzuim wordt de uitspraak van het hof vernietigd, omdat de procesgang niet is gegaan zoals voorgeschreven in de wet. Hieronder valt ook de motiveringsplicht van het hof. De Hoge Raad kan dus slechts oordelen dat het hof op grond van vastgestelde feiten bepaalde conclusies wel of niet mocht trekken. Indien de uitspraak van het hof wordt vernietigd op grond van verzuim, volgt een verwijzing naar een ander gerechtshof om de zaak verder te behandelen. Indien sprake is van schending van het recht gaat het om de uitleg van bepaalde wetten en andere rechtsregels. De Hoge Raad kan de zaak dan zelf afdoen, omdat het voor het tot stand brengen van een oordeel niet noodzakelijk is dat de feiten verder worden onderzocht<sup>34</sup>. Met betrekking tot *fraus legis* en het motiefvereiste betekent dit dat de Hoge Raad op dit gebied, vanwege het feitelijke karakter van het motiefvereiste, slechts kan oordelen of het hof zijn uitspraak voldoende en begrijpelijk heeft gemotiveerd. De rol van de Hoge Raad is dus slechts marginaal op dat vlak. Om te oordelen of aan het normvereiste is voldaan, wordt van de Hoge Raad verwacht dat hij het recht uitlegt. De Hoge Raad zal hier dus zelf ingaan op wetten en rechtsregels.

---

<sup>29</sup> J.H.M. Nieuwenhuizen, *Rechtsvinding en fiscale werkelijkheid*, Deventer: Kluwer 2010, p. 40.

<sup>30</sup> R.E.C.M. Niessen, 'Fraus legis in de 21<sup>e</sup> eeuw', NTFR 2011/6.

<sup>31</sup> Art. 8:1 AWB resp. art. 26 AWR.

<sup>32</sup> M.W.C. Feteris, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 439.

<sup>33</sup> Art. 8:104 lid 1 resp. art. 27h AWR.

<sup>34</sup> O.C.R. Marres, *Hoofdzaken belastingrecht*, Boom fiscale uitgevers: Den Haag 2011, p. 53-54.

De uitspraak van de Hoge Raad kan een precedentwerking hebben. Dit betekent dat de Hoge Raad een rechtsregel op zodanige manier interpreteert, dat in de toekomst deze interpretatie kan worden gebruikt bij andere processen<sup>35</sup>. De Hoge Raad bevordert hiermee de rechtseenheid en rechtsontwikkeling. In hoeverre sprake is van precedentwerking hangt af van de interpretatie van de Hoge Raad. Indien deze zeer specifiek op de betreffende casus is gericht, is deze niet goed toepasbaar in andere gevallen. De Hoge Raad kan ook een algemene interpretatie geven. Dan is uiteraard wel sprake van precedentwerking. Belangrijk om op te merken is dat de arresten die in hoofdstuk 3 en 4 aan bod komen ook een precedentwerking hebben.

Naast de beroepsprocedures die de belanghebbende of inspecteur kunnen doorlopen, is het van belang om te bepalen wanneer *fraus legis* in deze procedures aan bod kan komen. Een beroep doen op *fraus legis* fungeert als ultimum remedium. In eerste instantie zal de rechter bij het doen van uitspraak namelijk altijd kijken naar de letter van de wet. Dit wordt de grammaticale interpretatiemethode genoemd. Vervolgens zal met name naar de casus worden gekeken aan de hand van wethistorische, systematische & teleologische interpretatiemethodes<sup>36</sup>. Door middel van deze methodes wordt respectievelijk gekeken naar de wetsgeschiedenis, het geheel van rechtsregels en of dit gangbaar is in het maatschappelijk verkeer. Ten slotte kan *fraus legis* aan bod komen. *Fraus legis* wordt dus slechts toegepast indien de verschillende interpretatiemethodes geen uitweg bieden. In de literatuur rijst nog de vraag of *fraus legis* ook ambtshalve door de rechter moet kunnen worden toegepast. Indien de mening van A-G Wattel moet worden gevolgd, zou een ambtshalve toepassing mogelijk zijn<sup>37</sup>. Mijn inziens is, ondanks dat het leerstuk van *fraus legis* een algemene vraag van rechtsvinding is, ambtshalve toepassing van *fraus legis* een te grote inbreuk op rechtszekerheid van belastingplichtigen.

## 2.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is het bijzondere rechtsmiddel, *fraus legis*, nader toegelicht. Het *fraus legis* leerstuk vindt zijn oorsprong in het driedagenarrest en heeft zich verder ontwikkeld door de richtige heffing-arresten. Sinds de jaren tachtig wordt slechts nog beroep gedaan op *fraus legis*, omdat de richtige heffing in de loop der jaren binnen het bereik van het leerstuk van *fraus legis* is gaan vallen.

Rechtshandelingen kunnen pas worden bestempeld als *fraus legis*, indien de wettekst en de interpretatiemethoden geen uitkomst bieden en fungeert dus als ultimum remedium. Indien de rechtshandelingen zijn gedaan met het doorslaggevende motief van belastingverrijdeling en leiden tot een resultaat dat in strijd is met doel en strekking van de wet is ook daadwerkelijk sprake van *fraus legis*. Deze bestempeling zal leiden tot een substitutie van de rechtshandelingen of een fiscale eliminatie van de lening. In het geval van concernfinanciering zal vaak worden gekozen om de lening, fiscaal gezien, te elimineren.

In hoofdstuk 3 zal de winstdrainagejurisprudentie tot 2014 nader worden toegelicht. In de arresten 1989/217 en 1996/4 is sprake van een zogenoemde 'interne verhangings', waarbij een holdingvennootschap tussen moeder en dochter wordt geplaatst door middel van een geldlening. Op deze manier wordt een renteaftrekpost gecreëerd, die volgens de Hoge Raad fiscaal genegeerd moet worden, omdat sprake is van *fraus legis*. In BNB 1993/217 is sprake van een andere vorm van winstdrainage, namelijk de omzetting van eigen vermogen in vreemd

---

<sup>35</sup> M.W.C. Feteris, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 514.

<sup>36</sup> O.C.R. Marres, *Hoofdzaken belastingrecht*, Boom fiscale uitgeverij: Den Haag 2011, p. 63-65.

<sup>37</sup> Optietransacties om verrekenbaar verlies te creëren zijn volgens A-G onzakelijk, 10 september 2014, nr. 14/486, V-N 2014/53.17.

vermogen. In hoofdstuk 3 zullen de beweegredenen van de Hoge Raad voor bestempeling van de rechtshandelingen als *fraus legis* centraal staan.

## H3 Winstdrainagejurisprudentie

### 3.1 Inleiding

Zowel in 1989 als in 1995 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarbij het gaat om een holdingvennootschap die tussen moeder en dochter wordt geplaatst, een zogenoemde 'interne verhangning'. Deze tussenplaatsing gaat in onderhavige gevallen gepaard met een lening van de moeder aan de holding. Daarnaast wordt, in beide gevallen, na tussenplaatsing een fiscale eenheid voor de VPB aangegaan tussen de holding en dochters. In 1993 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waar geen sprake was een 'interne verhangning', maar van winstdrainage in de vorm van een omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen. In ieder van bovengenoemde arresten is in geschil of sprake is van *fraus legis* en of daarmee de rente fiscaal moet worden geëlimineerd. Het is in dit hoofdstuk van belang welke argumentatie de Hoge Raad gebruikt om rechtshandelingen te bestempelen als *fraus legis*, omdat later in deze scriptie die argumentatie zal worden meegenomen in de bepaling van de verhouding tussen de arresten in dit hoofdstuk en de 2014-arresten. De deelvraag van dit hoofdstuk luidt als volgt: "Wat zijn de overwegingen van de Hoge Raad om de rechtshandelingen in BNB 1989/217, BNB 1996/4 en BNB 1993/197 te bestempelen als *fraus legis*?"

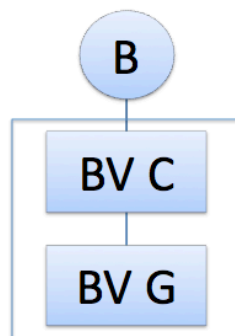
### 3.2 BNB 1989/217

Het eerste arrest dat ik bespreek is BNB 1989/217, waarin de heer B enig aandeelhouder is van BV C. BV C vormt sinds 1 januari 1978 een fiscale eenheid voor de VPB met dochter G. De heer B is in 1972 verhuisd naar België. Na het verstrijken van de vijfjaarstermijn vervreemd de heer B zijn aandelen C. Deze brengt hij in bij NV A te Curaçao ter volstorting van nominaal f 7.500.000 aandelen. NV A verkoopt op 20 december 1978 de aandelen C voor f 7.500.000 aan X BV, de belanghebbende. X BV is sinds 1977 geheel in handen van NV A en heeft in deze tijd nooit activiteiten ontplooid. De financiering van f 7.500.000 die X BV moet betalen aan NV A voor de aandelen C is als volgt opgebouwd:

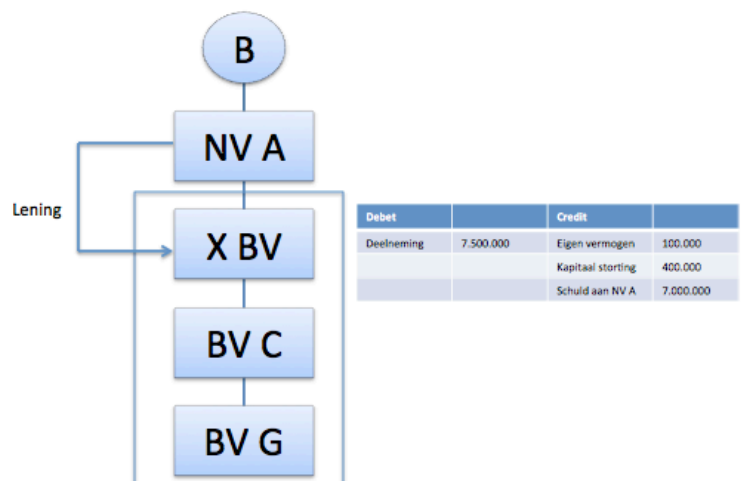
- Het EV van X BV van 100.000;
- Een kapitaalstorting van 400.000 van NV A naar X BV;
- Het overige bedrag, 7.000.000, blijft X BV schuldig aan NV A<sup>38</sup>.

Per 1 januari 1979 vormen X BV & BV C+G een fiscale eenheid voor de VPB.

Beginsituatie:



Eindsituatie:



<sup>38</sup> Het gaat hier om een 9% lening met 15 jaarlijkse gelijke termijnen van aflossing.

Belangrijk om op te merken is dat de heer B na overname betrokken blijft bij BV G en dat hij hier ook vergoedingen voor krijgt. Daarbij komt dat zijn vrouw en dochter deel uitmaken van de directie van BV G.

De staatssecretaris van Financiën heeft op grond van art. 32 AWR<sup>39</sup> een machtiging verleend om in het jaar 1981 voor de heffing van VPB geen rekening te houden met de overdracht van aandelen C BV naar X BV. Deze machtiging heeft betrekking op C BV. Een soortgelijke machtiging is met betrekking tot G BV verstrekt. Deze machtigingen leiden ertoe dat C BV en G BV ieder afzonderlijk moeten worden betrokken in de heffing van VPB. Daarnaast volgt dat voor de jaren '79 tot en met '81 bij de aanslagen VPB geen rekening is gehouden met de renteaftrek van X BV in verband met de lening. De Hoge Raad moet zich in dit arrest uitspreken over de vraag of belanghebbende, X BV, voor gedane rechtshandelingen als doorslaggevend motief belastingverijdeling had en of hij met deze rechtshandelingen in strijd met doel en strekking van de wet is gekomen.

Om vast te stellen of de belasting geheel of gedeeltelijk is vrijgesteld door gedane rechtshandelingen heeft het Hof het volgende overwogen: ten eerste stelt zij vast dat de heer B zijn belang in C middellijk heeft behouden, doordat de inbreng van aandelen C is gedaan ter volstorting van de aandelen A. Daarnaast neemt het Hof hier ook mee dat de heer B en zijn vrouw nog steeds actief inspraak hebben in BV G. Ten tweede concludeert zij dat vòòr de tussenplaatsing van BV X de fiscale eenheid C+G jaarlijks een belangrijk bedrag aan VPB is verschuldigd. Door de tussenplaatsing van BV X met renteaftrekmogelijkheden is dit bedrag in grote mate afgenomen. Ten slotte concludeert het Hof dat de tussenplaatsing van BV X geen wezenlijke verandering van de feiten tot gevolg heeft gehad en dat dit ook niet het doel was van belanghebbende. Hierbij wordt meegenomen dat BV X een 'lege' vennootschap is, die geen andere activiteiten ontplooit dan het houden van aandelen C. Op basis van deze drie argumenten oordeelt het Hof dat als gevolg van gedane rechtshandelingen de belastingheffing over de winst van C en G geheel of ten dele is vrijgesteld. Om te bepalen of het motief van belastingverijdeling doorslaggevend was voor BV X, worden de argumenten van belanghebbende voor tussenplaatsing van BV X beoordeeld. Belanghebbende argumenteert dat BV X is tussengeplaatst:

- Om het geïnvesteerde vermogen in C te beveiligen;
- Met het oog op eventueel in te voeren deviezenvoorschriften en dividendbeperkingen;
- Ter voorkoming van 2 à 3% heffing van Antilliaanse belasting over dividenden en eventuele heffing van Nederlandse dividendbelasting.

Het Hof beoordeelt dat het niet aannemelijk is dat het beveiligen van geïnvesteerd vermogen in C een rol heeft gespeeld. De andere twee argumenten zouden volgens het Hof inderdaad een rol kunnen hebben gespeeld bij de keuze van belastingplichtige om BV X tussen te plaatsen, maar hadden in 1978 nog relatief weinig betekenis. Daarbij vindt het Hof dat de combinatie met de aanzienlijke verijdeling van VPB genoeg indicatie weergeeft dat het motief van belastingverijdeling voor belanghebbende doorslaggevend is.

Om vast te stellen of belanghebbende door gedane rechtshandelingen in strijd is gekomen met doel en strekking van de wet heeft het Hof bekeken wat de gevolgen zijn van de rechtshandelingen. Het Hof heeft geconcludeerd dat indien belanghebbende de tussenplaatsing van een vennootschap keer op keer herhaalt, dit de heffing van VPB onbeperkt onmogelijk zou maken. Dit is vanzelfsprekend niet de bedoeling van de wetgever. Op basis hiervan concludeert het Hof dat het resultaat van de rechtshandelingen in strijd met doel en strekking van de wet is.

---

<sup>39</sup> De richtige heffingsbepaling.

Uit bovenstaande komt het Hof tot de conclusie dat de aanslag VPB zonder rekening te houden met de lening wordt gehonoreerd. Het Hof bevestigt daarmee de uitspraak van de inspecteur.

De Hoge Raad spreekt zich tijdens het beroep in cassatie vrijwel hetzelfde uit als het Hof. In verband met het motiefvereiste oordeelt de Hoge Raad dat het Hof zijn uitspraak voldoende en begrijpelijk heeft gemotiveerd. De uitspraak van het Hof blijft op dit gebied dus in stand.

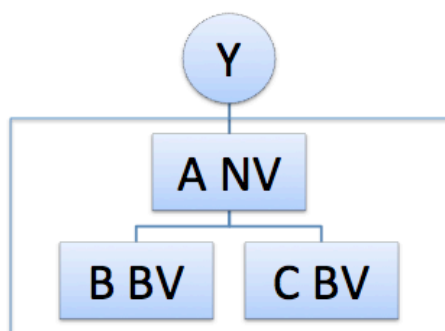
Met betrekking tot de strijdigheid met doel en strekking van de wet spreekt de Hoge Raad zich uitgebreider uit dan het Hof. Ten eerste geeft de Hoge Raad aan dat het uitgangspunt van de VPB is dat indien een onderneming wordt gefinancierd met behulp van schulden, de rente in aftrek van de winst mag worden gebracht. Vervolgens geeft de Hoge Raad aan dat aangezien in onderhavig geval geen sprake is van feitelijke veranderingen de lening er niet toe strekt om bij te dragen in de financiering van C. De rente houdt dus geen verband met de uitoefening van C en de Hoge Raad vindt dat deze dus niet mag worden afgetrokken van de winst van C<sup>40</sup>. Zij beredeneert, net als het Hof, dat indien dit wel wordt toegelaten de heffing van VPB onbeperkt onmogelijk wordt gemaakt. Op basis hiervan oordeelt de Hoge Raad dat het resultaat van rechtshandelingen in strijd is met doel en strekking van de wet.

De Hoge Raad verwerpt dus het beroep in cassatie. Dit betekent dat de inspecteur terecht heeft besloten dat voor de aanslagen VPB in de jaren '79 tot en met '81 geen rekening wordt gehouden met de renteaftrek van X BV in verband met de lening.

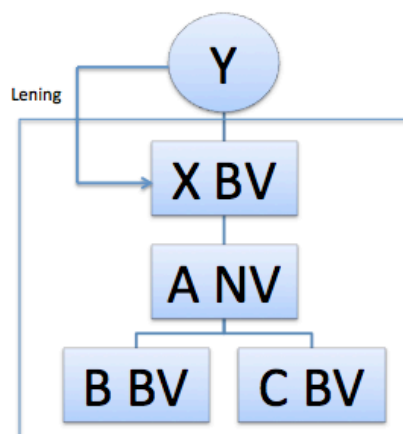
### 3.3 BNB 1996/4

In BNB 1996/4 gaat het om vereniging Y met dochtervennootschap A NV. A NV vormt een fiscale eenheid voor de VPB met haar beide dochters B BV en C BV. In 1983 richt vereniging Y een holdingvennootschap, BV X, op. Het aandelenkapitaal van BV X, de belanghebbende, bedraagt f 3.000.000. Deze aandelen worden door Y volgestort door middel van de inbreng van alle aandelen A NV. De meerwaarde, f 11.505.965, van de aandelen A NV wordt gecrediteerd op de balans van BV X. Per 1 januari 1984 zijn X BV, A NV, B BV en C BV een fiscale eenheid voor de VPB.

Beginsituatie:



Eindsituatie:



Debet		Credit	
Deelneming	14.505.965	Eigen vermogen	3.000.000
		Schuld aan Y	11.505.965

<sup>40</sup> Doordat sprake is van een fiscale eenheid X C G gebeurt dit wel.



Naast deze feiten en rechtshandelingen is het van belang om op te merken dat Y een vereniging met rechtspersoonlijkheid is en dat Y niet wordt onderworpen aan de heffing van VPB. Beide partijen, belanghebbende en inspecteur, zijn het hier over eens.

De Staatsecretaris van Financiën heeft op grond van art. 32 AWR een machtiging verleend om voor de heffing van VPB over het jaar 1984 geen rekening te houden met de gecreëerde schuld tussen belanghebbende en Y. Dit leidt ertoe dat X BV betaalde rente in verband met deze lening niet kan aftrekken. De Hoge Raad moet zich in dit arrest uitspreken over de vraag of de inspecteur terecht de juiste heffingsbepaling heeft toegepast. Om dit te bepalen moet worden vastgesteld of belanghebbende, X BV, voor gedane rechtshandelingen als doorslaggevend motief belastingverijdeling had en of hij met deze rechtshandelingen in strijd is gekomen met doel en strekking van de wet.

Ten eerste stelt het Hof Arnhem vast dat belanghebbende een meer dan bijkomstig zakelijk motief heeft om de rechtshandelingen uit te voeren. In casu was namelijk sprake van een reorganisatie. Naast dit vastgestelde zakelijke motief stelt het Hof dat belanghebbende in principe de vrijheid heeft om fiscaal de meest voordelige weg te kiezen om zakelijk doel te bereiken. Zij geeft echter wel aan dat dit niet betekent dat belanghebbende op meest uitzonderlijke manieren zonder enige fiscale beperking het einddoel mag bereiken. Het Hof is in dit geval van mening dat van het zakelijke einddoel gebruik is gemaakt om de lening tussen Y en X BV te creëren. Het Hof geeft drie argumenten om te verklaren dat rechtshandelingen slechts zijn gedaan met als doorslaggevend motief belastingverijdeling. Ten eerste vindt het Hof dat niet voldoende gemotiveerd kan worden waarom, behalve vanuit fiscaal oogpunt, er is gekozen voor de creditering bij inbreng van de aandelen NV A. Y had de aandelen NV A namelijk ook uitsluitend tegen uitreiking van aandelen X kunnen inbrengen. Ten tweede draagt de lening niet bij aan de uitoefening van de onderneming van belanghebbende, maar betekent deze slechts een verslechtering van de vermogenspositie van belanghebbende. Tenslotte beargumenteert het Hof dat de lening niet leidt tot een wezenlijke verandering van de feiten. Er is geen wijziging van de machtsverhoudingen, Y had eerst een direct volledig belang in A NV en na gedane rechtshandelingen een indirect volledig belang. Deze argumenten tezamen met het feit dat rente-inkomsten bij Y niet kunnen worden belast geven volgens het Hof voldoende aanleiding om te concluderen dat doorslaggevend motief van belanghebbende voor het aangaan van de lening belastingverijdeling is.

Om vast te stellen of belanghebbende door gedane rechtshandelingen in strijd is gekomen met doel en strekking van de wet, heeft het Hof gekeken naar de gevolgen die de renteaftrek van belanghebbende met zich meebrengt. Het Hof heeft vastgesteld dat de renteaftrek op een lening van een enig aandeelhouder die niet is onderworpen aan VPB, in combinatie met het gebrek aan wijziging binnen de zeggenschap en het werkzame vermogen van de fiscale eenheid, ertoe leidt dat VPB willekeurig en bij voortduring wordt verijdel. In deze redenering van het Hof weegt wederom mee dat rente-inkomsten bij de aandeelhouder niet kunnen leiden tot belastingheffing. Volgens het Hof is dit niet de bedoeling van de wetgever en is het resultaat van gedane rechtshandelingen dus in strijd met doel en strekking van de wet.

Uit voorgaande oordeelt het Hof dat de inspecteur terecht over het jaar 1984 geen rekening heeft gehouden met de gecreëerde schuld tussen belanghebbende en Y. Renteaftrek op deze lening is dus voor belanghebbende niet mogelijk. Het Hof verworpt hiermee het beroep.

Ook in dit arrest spreekt de Hoge Raad zich in cassatie vrijwel hetzelfde uit als het Hof Arnhem. In verband met het motiefvereiste oordeelt de Hoge Raad nogmaals dat het Hof zijn uitspraak voldoende en begrijpelijk heeft gemotiveerd. De uitspraak van het Hof blijft dus op dit gebied weer in stand.

De Hoge Raad gaat uitgebreider in op de combinatie tussen het meer dan bijkomstige zakelijke motief, de vrijheid om fiscaal de meest voordelige weg te kiezen en dat dit niet betekent dat op elke mogelijke manier, zonder enige fiscale beperking, het zakelijke einddoel mag worden bereikt. Zij zegt hierover: "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 die – indien zij voor de heffing van vennootschapsbelasting zouden worden aanvaard – zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van deze heffing."<sup>41</sup> Dit wordt de meerwegenleer genoemd. Met betrekking tot de casus betekent dit dat de Hoge Raad niet bewezen acht dat het aangaan van de lening noodzakelijk was om het zakelijke einddoel te bereiken en dat de keuze voor deze lening ertoe leidt dat sprake is van strijdigheid met doel en strekking van de wet. Ondanks het zakelijke doel wordt geoordeeld dat belanghebbende slechts gekozen heeft voor een geldlening met als doorslaggevend motief belastingverijdeling.

Met betrekking tot een resultaat dat strijdig is met doel en strekking van de wet, gaat de Hoge Raad in op de bedoeling van de fiscale eenheid van art. 15 VPB tezamen met de renteaftrek van BV X. De Hoge Raad constateert dat het aangaan van een lening tussen holdingvennootschap BV X en vereniging Y in combinatie met het aangaan van een fiscale eenheid tussen X, A, B en C ertoe leidt dat de rente feitelijk ten laste van de winst van A NV komt, terwijl deze is aangegaan door X. Daarnaast wordt geconstateerd dat de ten laste van de winst van A gekomen rente toevloeit aan Y en dat deze inkomsten niet kunnen worden belast. De renteaftrek van BV X die feitelijk ten laste komt van de winst van NV A berust volgens de Hoge Raad op werking van art. 15 VPB. Deze manier van horizontale compensatie is door de wetgever beoogd en daarmee niet strijdig met doel en strekking van de wet. De Hoge Raad is echter van mening dat horizontale compensatie niet door de wetgever is bedoeld, indien de rente-inkomsten niet aan belastingheffing zijn onderworpen. Art. 15 heeft als doel om meerdere vennootschappen als het ware één vennootschap te belasten en niet het doel om een opening te creëren in de wet waarmee vennootschappen een deel van de winst buiten het bereik van belastingheffing kunnen brengen. In de casus gebeurt dit wel en is het resultaat dus, volgens de Hoge Raad, in strijd met doel en strekking van de wet.

De Hoge Raad heeft dus geconcludeerd dat zowel aan het motiefvereiste als aan het normvereiste is voldaan en verwerpt dus het beroep in cassatie. Dit betekent dat voor het jaar 1984 geen rekening wordt gehouden met de gecreëerde schuld tussen Y en BV X en dat X de rentekosten dus ook niet kan aftrekken.

### 3.4 BNB 1993/197

In BNB 1993/197 is sprake van een andere vorm van winstdrainage. Niet de zogenoemde 'interne verhangings' komt hier aan de orde, maar in BNB 1993/197 wordt eigen vermogen omgezet in vreemd vermogen. In dit arrest is sprake van een belanghebbende, opgericht op 30 augustus 1984, die op 31 december 1984 alle aandelen in A BV verkrijgt. In 1985 heeft A BV een pand in zijn bezit met bijbehorende 8% hypothecaire lening van f 4.500.000. Op 1 september 1986 zijn voor nominaal f 1.000.000 nieuwe aandelen A bij belanghebbende geplaatst, met een vaststelling van f 5.000.000 agio. Belanghebbende betaalt dus f 6.000.000 aan A BV. Direct na het plaatsen van de nieuwe aandelen leent A BV f 5.000.000 terug aan belanghebbende. De rente op deze geldlening bedraagt 7%. BV A kan ontvangen rente compenseren met aanloopverliezen die zij uit de jaren '79-'84 heeft. In geschil is of de rente die belanghebbende in 1986 aan A BV heeft betaald ten aanzien van de lening mag aftrekken.

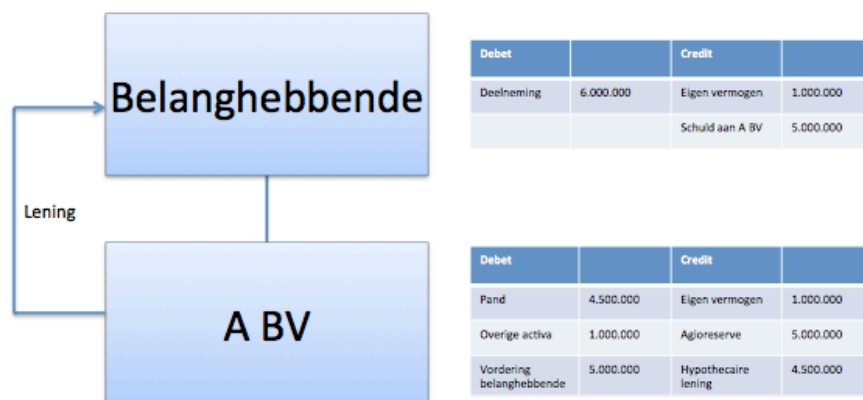
---

<sup>41</sup> HR 6 september 1995, nr. 27927, r.o. 3.2.4, BNB 1996/4.

### Situatie na agiostorting



### Situatie na uitgifte lening



Het Hof Arnhem oordeelt met betrekking tot het motiefvereiste dat belanghebbende een doorslaggevend motief van belastverijdeling heeft. Buiten het feit dat belanghebbende aan de inspecteur heeft erkend dat belastingverijdeling zijn enige motief is, beargumenteert het Hof dat de storting van het agio door belanghebbende het eigen vermogen van BV A niet in betekende mate goed komt. Er is dus, zijns inziens, geen wezenlijke verandering van de feiten. Dit is een indicatie, zoals beschreven in hoofdstuk 2, voor voldoening aan het motiefvereiste door belanghebbende. Het Hof is van mening dat dit niet afdoet aan de financieringsvrijheid van belanghebbende.

Met betrekking tot het normvereiste oordeelt het Hof dat, omdat geen sprake is van wezenlijke verandering van de feiten, de lening geen reële economische betekenis heeft. Renteaftrek is dan, volgens het Hof, strijdig met doel en strekking van de wet. Daarbij komt dat, volgens het Hof, de rechtshandelingen, het creëren van rentelasten en rentebaten, leiden tot een constructie die het mogelijk maakt om eigen winsten van belanghebbende onbepaald en naar willekeur te verrekenen met voorvoegingsverliezen van haar dochtervennootschap. Het is, volgens het Hof, daarom in strijd met doel en strekking van de wet als wordt toegestaan om rente af te trekken bij belanghebbende.

De Hoge Raad oordeelt met betrekking tot het motiefvereiste dat het Hof zijn uitspraak voldoende en begrijpelijk heeft gemotiveerd. De argumentatie die het Hof gegeven heeft blijft dus in stand. Belanghebbende heeft een doorslaggevend motief van belastingverijdeling.

Aangaande het normvereiste oordeelt de Hoge Raad, net zoals het Hof, dat belanghebbende in strijd is gekomen met doel en strekking van de wet. De argumentatie van de Hoge Raad is vrijwel hetzelfde, namelijk dat het in strijd is met doel en strekking van de wet om renteaftrek toe te staan als sprake is van een constructie die het mogelijk maakt om eigen winsten van belanghebbende onbeperkt en naar willekeur te verrekenen met verliezen van de dochtervennootschap. Zij oordeelt daarbij dat, zoals belanghebbende argumenteert, aanstonds sprake is van een voldoende Nederlandse compenserende heffing, maar dat rente te verrekenen is met compensabele verliezen van A BV uit een periode dat belanghebbende nog geen aandeelhouder was van de aandelen A. Het zou dus, volgens de Hoge Raad, strijdig zijn met doel en strekking van de wet als rente bij belanghebbende mag worden afgetrokken, terwijl belastbare rente wordt verrekend met verliezen die niet ten laste van de aandeelhouders van belanghebbende zijn gekomen.

De Hoge Raad heeft dus geoordeeld dat voldaan wordt aan zowel het motiefvereiste als het normvereiste, waardoor sprake is van *fraus legis*. Het beroep in cassatie wordt verworpen. Belanghebbende mag de rente verschuldigd aan A BV in 1986 niet ten laste van zijn winst brengen.

### 3.4 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de arresten BNB 1989/217, BNB 1996/4 en BNB 1993/197 nader uiteengezet. In deze drie arresten heeft de Hoge Raad geconcludeerd dat er sprake is van *fraus legis* en dat de lening fiscaal moet worden geëlimineerd. Hierdoor kunnen belanghebbenden de rentekosten van de lening niet aftrekken. Aan de argumentatie van de Hoge Raad, met betrekking tot het motiefvereiste, kan worden opgemerkt dat de indicaties voor een doorslaggevend motief van belastingverijdeling, behandeld in hoofdstuk 2, nadrukkelijk terugkomen. Het gebrek aan wezenlijke verandering en het gevolg van een niet-fiscaal negatief resultaat zijn hier voorbeelden van. Naast deze indicaties is in BNB 1996/4 de meerwegeneer geïntroduceerd. Deze houdt in dat indien sprake is van een meer dan bijkomstig zakelijk einddoel dit niet hoeft te betekenen dat alle rechtshandelingen noodzakelijk zijn om dit zakelijke einddoel te behalen. Deze rechtshandelingen kunnen dus toch zijn gedaan met als doorslaggevend motief belastingverijdeling.

Met betrekking tot het normvereiste speelt in de besproken arresten de teleologische interpretatiemethode een grote rol. Hierbij wordt uitgegaan van hetgeen gangbaar is in het economische verkeer. Het belangrijkste dat hieruit geconcludeerd kan worden is dat de wetgever een renteaftrek mogelijk heeft gemaakt, maar dat het wel de bedoeling is dat deze ergens anders is belast. De rechtshandelingen mogen dus niet leiden tot een resultaat dat VPB-heffing onmogelijk maakt. In het eerste arrest gaat het vooral om eventuele herhaling van de rechtshandelingen die ertoe zou kunnen leiden dat de heffing van VPB een vrijwillige aangelegenheid wordt. In het tweede arrest speelt daarentegen het gebrek aan compenserende heffing een grote rol, waardoor de rente-inkomsten niet worden belast. Het derde arrest legt minder de nadruk op het gebrek aan compenserende heffing, dan wel het feit dat winst van de belastingplichtige indirect, door middel van een geldlening, wordt verrekend met voorvoegingsverliezen van de dochter. De Hoge Raad vindt in deze arresten dat de financieringsvrijheid van belanghebbenden niet afdoet aan zijn oordeel.

In hoofdstuk 4 wordt dieper ingegaan op de 2014-arresten. In deze arresten is er sprake van herfinanciering door een belastingplichtige van VV voor EV aan de actiefzijde van de balans. De belaste rente-inkomsten worden op die manier omgewisseld voor vrijgestelde deelnemingsvoordelen. De Hoge Raad heeft dit niet bestempeld als *fraus legis*. In hoofdstuk 4 zullen, net als in hoofdstuk 3, de beweegredenen van de Hoge Raad centraal staan.

## H4 De 2014-arresten

### 4.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 hebben we gezien dat de Hoge Raad financieringsconstructies in verscheidene arresten in strijd achtte met het doel en strekking van de wet. In 2014 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen waarbij belanghebbende vreemd vermogen omzet in eigen vermogen dat, zijns inziens, kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling van art. 13 VPB en dus niet strijdig is met doel en strekking van de wet. Dit hoofdstuk zal aanvangen met een korte uiteenzetting van de deelnemingsvrijstelling. Slechts de werking van de deelnemingsvrijstelling die ik van belang acht voor het bespreken van de 2014-arresten komen aan bod. In beide 2014-arresten wordt de vraag opgeroepen of belanghebbende na omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen in aanmerking komt voor de deelnemingsvrijstelling, waardoor de voordelen uit hoofde van de deelneming mogen worden vrijgesteld.

De inspecteur stelt zich in beide arresten op het primaire standpunt dat het omgezette eigen vermogen fiscaal moet kwalificeren als vreemd vermogen. Ik ben van mening dat de oordelen met betrekking tot dit primaire standpunt niet noodzakelijk zijn om mee te nemen. Ik zal daarom slechts aangeven of de inspecteur in het gelijk wordt gesteld met betrekking tot dit primaire standpunt of dat hij geen gelijk krijgt. In BNB 2014/79 stelt de inspecteur zich subsidiair op het standpunt dat sprake is van *fraus legis*. In BNB 2014/80 stelt de inspecteur bij de rechtbank en het hof ook subsidiair dat sprake is van *fraus legis*, echter bij de Hoge Raad wordt dit niet aangedragen. Desondanks oordeelt de Hoge Raad wel of belanghebbende in strijd is gekomen met doel en trekking van de wet. Beide arresten worden uitgebreid besproken, waarbij de overwegingen van de rechtbank, het Hof en de Hoge Raad centraal staan. De deelvraag van dit hoofdstuk luidt als volgt: “Wat zijn de overwegingen van de Hoge Raad om de rechtshandelingen in BNB 2014/79 en BNB 2014/80 niet te bestempelen als *fraus legis*?”

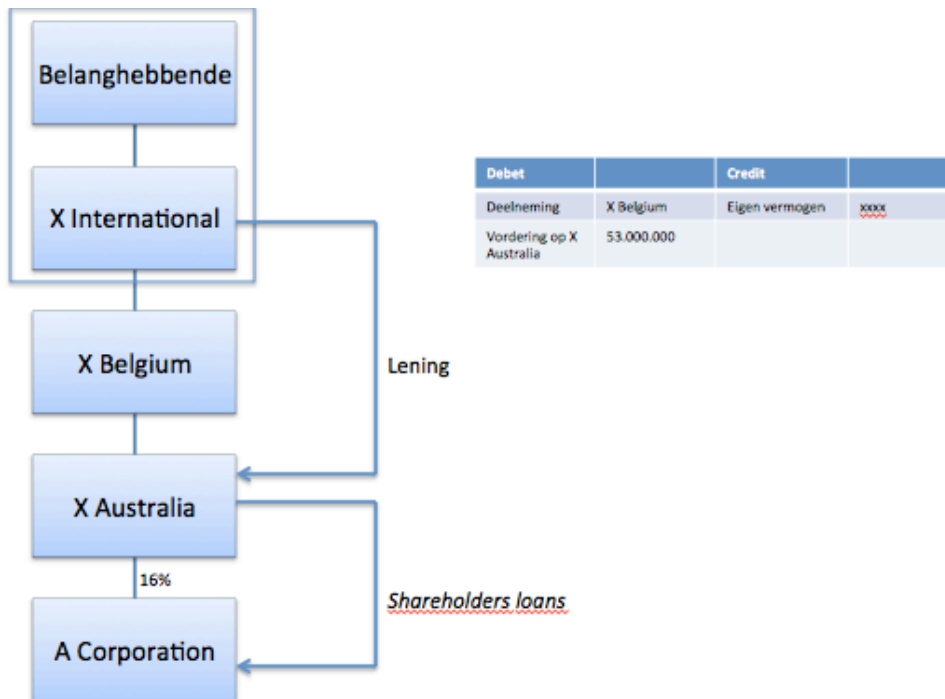
### 4.2 Deelnemingsvrijstelling

De bepaling van de deelnemingsvrijstelling van art. 13 VPB houdt, kort gezegd, in dat alle voordelen van de moedervenootschap uit hoofde van haar deelneming in een dochtermaatschappij worden vrijgesteld. De deelnemingsvrijstelling heeft dus betrekking op dividenden, maar ook op eventuele koersresultaten. In de literatuur zijn twee soorten rechtvaardigingsgronden voor de deelnemingsvrijstelling aangevoerd. Dit zijn het zogenoemde ‘ne-bis-in-idembeginsel’ en de ‘verlengstukgedachte’. Het ne-bis-in-idembeginsel gaat er vanuit dat het niet juist is om meerdere malen dezelfde (winst)belasting te heffen van dezelfde winst. De verlengstukgedachte daarentegen vindt dat dubbele heffing slechts ongewenst is als de dochtervenootschap kan worden gezien als verlengstuk van haar moedervenootschap. De Hoge Raad heeft zich nooit duidelijk uitgesproken over de vraag wat de ‘juiste’ rechtvaardigingsgrond is. Ten slotte belangrijk om op te merken is dat pas van de deelnemingsvrijstelling gebruik kan worden gemaakt indien de moedervenootschap ten minste 5% van het nominaal gestort aandelenkapitaal van de dochter bezit.

### 4.3 BNB 2014/79

In BNB 2014/79 betreft het een belanghebbende die samen met zijn dochtervenootschap, X International, een fiscale eenheid voor de wet VPB vormt. X International is houdster van alle aandelen X Belgium, die alle aandelen bezit van X Australia. X Australia is houdster van 16% van de aandelen in A Corporation. In 1997 hebben alle aandeelhouders van A Corporation

*shareholders loans*<sup>42</sup> verstrekt aan A Corporation naar rato van het aandelenbezit. Om deze *shareholders loan* te kunnen verstrekken is X Australia een lening van AUD 53.000.000 aangegaan bij X International. In de periode 1997-2003 is de verkregen rente uit de lening bij belanghebbende, in verband met de fiscale eenheid, tot de belastbare winst gerekend en bij X Australia van de belastbare winst afgetrokken. De situatie tot 2004 ziet er dus als volgt uit:

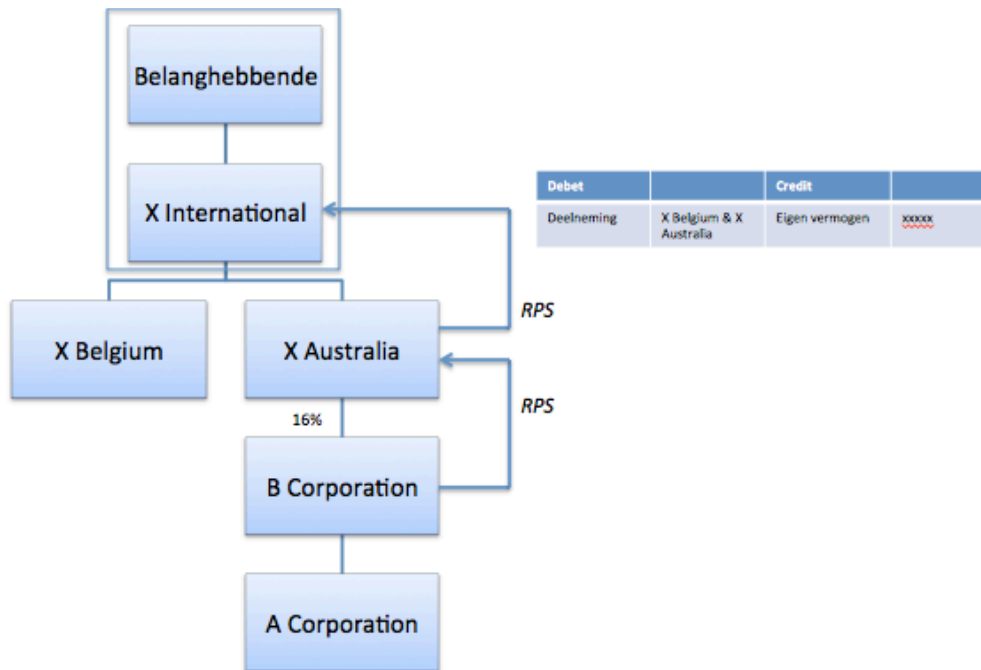


In 2004 worden de *shareholders loans* afgelost door A Corporation. De aandeelhouders van A Corporation richten gezamenlijk B Corporation op, die alle aandelen A verkrijgt. B Corporation geeft *redeemable preference shares*<sup>43</sup> (hierna: *RPS*) uit aan haar aandeelhouders naar rato van het bezit dat zij voorheen in A Corporation hadden.

Op 22 juni 2004 besluit X Belgium dat het gewone aandelenkapitaal van X Australia moet worden verminderd en laat X Australia voor het verminderde bedrag *RPS* uitreiken. Vervolgens, op 7 oktober 2004, koopt X International de gewone aandelen en *RPS* in X Australia van X Belgium. De uitgegeven *RPS* van B Corporation aan X Australia wordt aangemerkt als vreemd vermogen. Dit betekent dat de rentevergoeding bij B Corporation in aftrek komt en bij X Australia tot de winst wordt gerekend. De *RPS* uitgegeven door X Australia worden bij haar aangemerkt als langlopende rentedragende schuld, waardoor de rente in aftrek mag genomen. Deze kwalificatie van vreemd vermogen is in Australië goedgekeurd. In de aangifte VPB 2004 wordt door belanghebbende de ontvangen vergoeding op de *RPS* aangemerkt als dividend en valt daarmee onder de deelnemingsvrijstelling van art. 13 VPB. Concreet betekent dit dat de rentekosten bij X Australia kunnen worden afgetrokken en de rentebaten in Nederland niet zijn belast. De situatie vanaf 2004 ziet er dus als volgt uit:

<sup>42</sup> *Shareholders loans* is een schuld-achtige vorm van financiering door de aandeelhouders.

<sup>43</sup> *RPS* zijn preferente aandelen die door de vennootschap terug moeten worden gekocht op een overeengekomen datum en voor een overeengekomen prijs.



In dit arrest is in geschil of *RPS* kwalificeren als eigen vermogen of als vreemd vermogen. Subsidiar stelt de inspecteur zich op het standpunt dat belanghebbende in strijd handelt met doel en strekking van de wet en dat dus sprake is van *fraus legis*.

De rechtbank te Haarlem en het Hof Amsterdam komen met betrekking tot het primaire standpunt van de inspecteur tot een ander oordeel. Bij de rechtbank treft het primaire standpunt van de inspecteur dus zijn doel, maar het Hof vernietigt deze uitspraak.

Met betrekking tot het subsidiaire standpunt moeten de rechtbank en het Hof beoordelen of sprake is van *fraus legis*. De rechtbank is van mening dat belanghebbende niet aannemelijk kan maken dat sprake is van een ander motief dan belastingverrijdeling in Nederland. Aan het motiefvereiste is dus voldaan. Met betrekking tot het normvereiste oordeelt zij dat het onbelast blijven in Nederland met mogelijkheid tot aftrek in Australië niet past bij doel en strekking van art. 13 VPB, omdat deze tot stand is gekomen om dubbele belasting te voorkomen, niet om dubbele aftrek te geven. Het Hof is echter van mening dat aan het normvereiste niet voldaan is, omdat "niet valt in te zien waarom belanghebbende niet de vrijheid zou hebben gehad haar deelneming in X Australia van meet af aan door middel van de *RPS* te financieren, en waarom die vrijheid haar dan zou kunnen worden ontzegd na een – al dan niet door haar geïnstigeerde – aflossing van de aandeelhouderslening."<sup>44</sup> Het Hof hecht dus grote waarde aan financieringsvrijheid van belanghebbende. Voor het subsidiaire standpunt geldt dus dat de rechtbank meegaat met de inspecteur, maar het Hof deze uitspraak vernietigt, waardoor belanghebbende met betrekking tot het subsidiaire standpunt bij het Hof gelijk krijgt.

De Hoge Raad miskend het oordeel van het Hof met betrekking tot het primaire standpunt niet. De Hoge Raad sluit zich dus in dit geval aan bij het Hof.

Advocaat-Generaal Wattel geeft in zijn conclusie met betrekking tot het subsidiaire standpunt aan dat hij het niet eens is met het Hof dat, omdat belanghebbende van meet af aan zijn deelneming met *RPS* had kunnen financieren, dit ertoe leidt dat geen strijdigheid is met doel en strekking van de wet. Echter, is hij wel van mening dat belanghebbende niet in strijd met doel en strekking van de wet handelt, omdat art. 13 VPB niet als doel of strekking heeft om *mismatches*

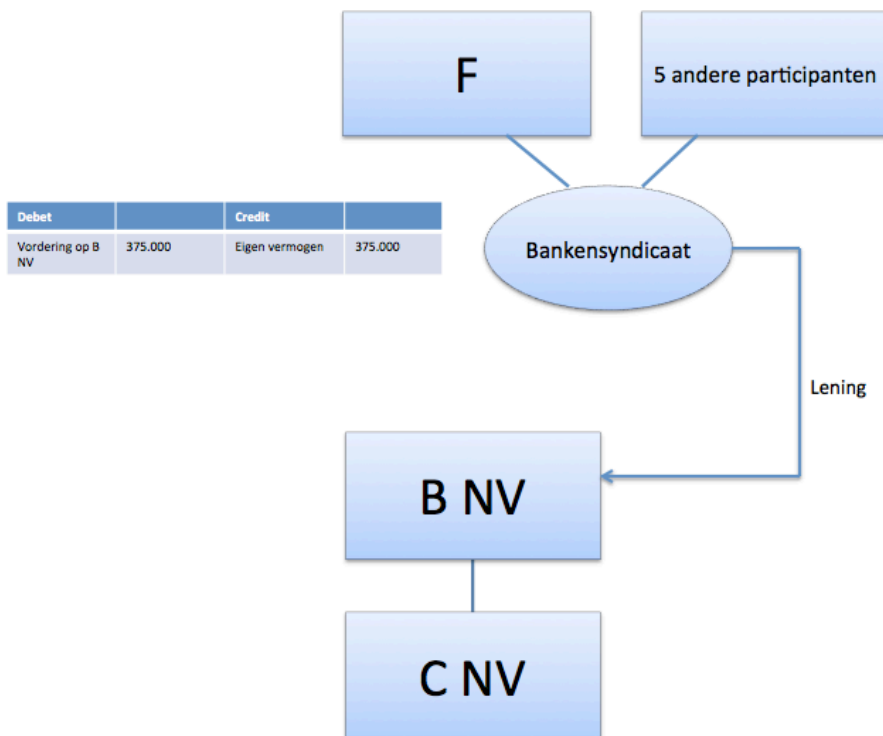
<sup>44</sup> HR 7 februari 2014, nr. 12/03504 r.o. 4.16, BNB 2014/79.

te voorkomen. Hij is het dus niet eens met de motivering van het Hof, maar is wel van mening dat aan het normvereiste niet voldaan is. Zijns inziens is er dus geen sprake van *fraus legis*.

Ondanks de conclusie van de A-G oordeelt de Hoge Raad met betrekking tot het subsidiaire standpunt in lijn met de uitspraak van het Hof. De financieringsvrijheid van belanghebbende wordt voorop gesteld. Benutting van deze financieringsvrijheid kan volgens de Hoge Raad niet leiden tot handelen in strijd met doel en strekking van de wet. Het feit dat een lek in belastingheffing ontstaat doet hier niet aan af. De Hoge Raad neemt het argument van *mismatches* dus wel mee in zijn oordeel, maar is kennelijk toch van mening dat financieringsvrijheid voldoende is om *fraus legis* uit te sluiten. De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie door de staatssecretaris dus ongegrond.

#### 4.4 BNB 2014/80

In BNB 2014/80 betreft het een syndicaat van zes banken, waaronder vennootschap F, die in 2005 een lening van 500 miljoen euro hebben verstrekt aan B NV. B gebruikt deze lening om aandelen C te verwerven. Door aflossingen bedraagt de lening in 2007 nog ongeveer 375 miljoen euro.



Daarnaast hebben B en F in dit jaar overleg gevoerd over een vervangende vorm van financiering, omdat B, door onvoldoende winst, verschuldigde rente op de lening niet volledig kon aftrekken. Op 9 november 2007 doen zich de volgende feiten voor:

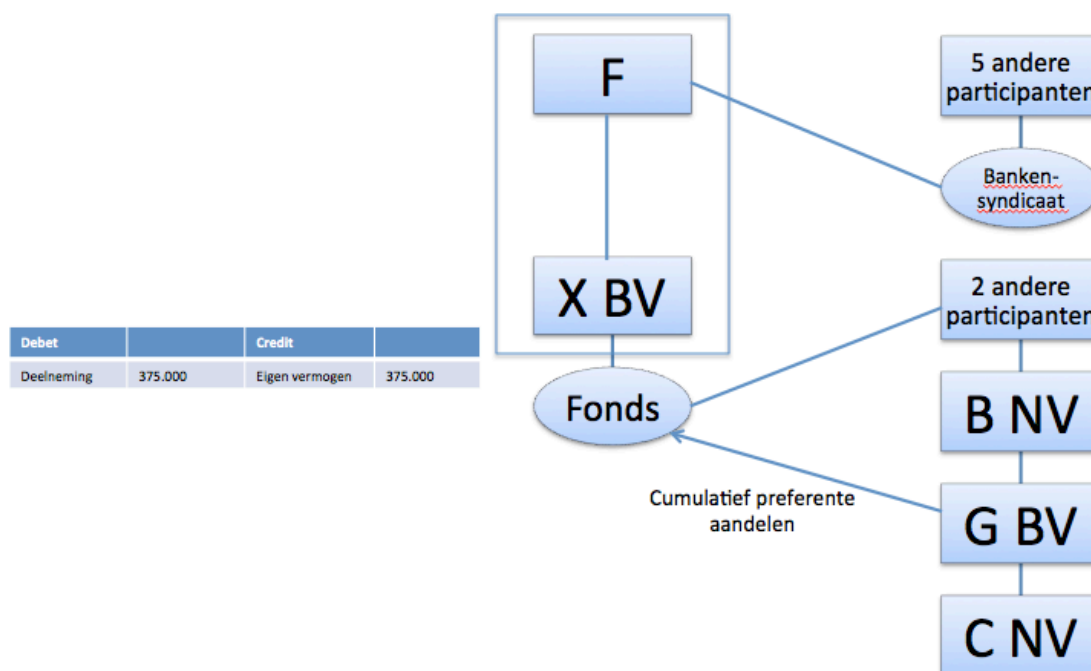
- Belanghebbende, X BV, wordt opgericht.
- B richt vennootschap G op. Deze heeft een geplaatst aandelenkapitaal van €20.000 bestaande uit nominaal €10.200 A-aandelen en €9.800 B-aandelen.



Daaropvolgend vinden de volgende rechtshandeling plaats op 15 november 2007:

- Een besloten fonds voor gemene rekening (hierna: het fonds) wordt opgericht. X BV participeert tezamen met twee anderen in dit fonds. Het fonds heeft 375 participaties van ieder €1.000 bij de participanten geplaatst. De participanten hebben €374.786.000 aan leningen verstrekt aan het fonds.
- B brengt bij vennootschap G 35,69% van de aandelen C in. Dit doet hij door middel van een agiostorting op de A-aandelen en B-aandelen van resp. €1.161.999.044 en €375.151.200<sup>45</sup>.
- G en B gaan callopties en zekerheidsrechten op het gebied van liquidatie en dividend aan. De calloptie heeft een looptijd van 3 jaar, waarbij B de mogelijkheid krijgt om de aandelen C van G te kopen tegen de waarde in het economische verkeer. Hierin is verder opgenomen dat B de A-aandelen moet aanbieden aan het fonds na uitoefening van de calloptie. Indien de calloptie binnen een jaar wordt uitgeoefend, dan moeten B & G een boete van 3 miljoen euro betalen aan het fonds.
- Het fonds verstrekt 20 miljoen euro aan krediet aan G, onder de restrictie dat deze slechts mag worden gebruikt voor het uitkeren van cumulatief preferent dividend op de B-aandelen.
- B verkoopt de B-aandelen in G aan het fonds voor €375.161.000. Met deze opbrengst lost B zijn lening aan het bankensyndicaat af. Dit aandelenbezit leidt ertoe dat X BV via het fonds een deelneming heeft in G.

Op 21 november 2011 gaan X en F een fiscale eenheid voor de wet VPB aan.



In dit arrest is in geschil of cumprefs kwalificeren als eigen vermogen of als vreemd vermogen. Subsidiar stelt de inspecteur zich bij de rechtbank en het Hof op het standpunt dat belanghebbende in strijd handelt met doel en strekking van de wet en dat dus sprake is van *fraus legis*.

<sup>45</sup> De beurswaarde van de aandelen C is dus 1.537.170.244.

De rechtbank en het Hof oordelen beiden met betrekking tot het primaire standpunt dat het eigen vermogen fiscaal moet worden gekwalificeerd als vreemd vermogen. De inspecteur wordt dus in het gelijk gesteld.

Met betrekking tot het subsidiaire standpunt oordeelt de rechtbank dat de deelnemingsvrijstelling als functie heeft om winsten niet tweemaal te belasten. Dividend dat al bij de dochter is meegenomen in de vennootschapsbelasting wordt daarom vrijgesteld bij de moeder. De rechtbank is van mening dat indien men voordelen gaat vrijstellen die feitelijk rente zijn, zoals bij de behandeling van het primaire standpunt is geconcludeerd, dit in strijd is met doel en strekking van de wet VPB. De inspecteur krijgt dus op beide standpunten gelijk. Het Hof gaat niet in op het subsidiaire standpunt.

De Hoge Raad verwerpt het primaire standpunt van de inspecteur.

Met betrekking tot het subsidiaire standpunt oordeelt de Hoge Raad hetzelfde als in BNB 2014/79. Volgens de Hoge Raad benut belastingplichtige slechts zijn financieringsvrijheid. Het benutten van deze vrijheid kan, zijns inziens, niet leiden tot strijdigheid met doel en strekking van de wet. Het subsidiaire standpunt van de inspecteur wordt dus ook verworpen. Dit betekent dat belastingplichtige gebruik mag maken van de deelnemingsvrijstelling van art. 13 wet VPB.

#### 4.5 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de arresten BNB 2014/79 en BNB 2014/80 nader uiteengezet. In beide arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat geen sprake is van *fraus legis* en dat belanghebbenden onder de deelnemingsvrijstelling van art. 13 VPB mogen vallen. Dit leidt ertoe dat alle voordelen uit hoofde van de deelneming zijn vrijgesteld.

De inspecteur heeft zich in beide gevallen op het primaire standpunt gesteld dat de kapitaalverstrekking door belanghebbende fiscaal gezien een geldlening is. De Hoge Raad gaat hier in beide gevallen niet in mee. Subsidiair komt het leerstuk van *fraus legis* aan bod. Het motiefvereiste is in deze arresten niet in geschil. Zowel in BNB 2014/79 en BNB 2014/80 hecht de Hoge Raad voornamelijk waarde aan de financieringsvrijheid van belanghebbende. Deze vrijheid zorgt er, zijns inziens, voor dat geen sprake kan zijn van strijdigheid met doel en strekking van de wet. In BNB 2014/79 gaat het om een buitenlandse situatie, waarbij door gedane rechtshandeling een *mismatch* in belastingheffing ontstaat. Niet de financieringsvrijheid maar deze door art. 13 VPB toegestane *mismatch* zou volgens A-G Wattel de reden moeten zijn dat belanghebbende niet handelt in strijd met doel en strekking van de wet. De Hoge Raad neemt de *mismatch* wel mee in zijn oordeel, maar baseert zich voornamelijk op de financieringsvrijheid van belanghebbende.

In hoofdstuk 5 zal ik mijn mening geven over de verhouding tussen de 2014-arresten en BNB 1989/217, BNB 2006/4 en BNB 1993/197. Ik zal beoordelen of sprake is van (on)gelijke gevallen en of eventuele verschillen moeten leiden tot een verschil in behandeling. De argumenten van de Hoge Raad met betrekking tot wezenlijke veranderingen, compenserende heffing en financieringsvrijheid zullen hierbij centraal staan.

## H5 De verhouding tussen eerdere winstdrainagejurisprudentie en de 2014-arresten

### 5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt gekeken naar de verhouding tussen de 2014-arresten en BNB 1989/217, BNB 1996/4 en BNB 1993/197. In de 2014-arresten worden, in tegenstelling tot de overige arresten, rechtshandelingen niet bestempeld als *fraus legis*. In de literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag of de Hoge Raad in de 2014-arresten een uitspraak heeft gedaan die niet in lijn is met voorgaande jurisprudentie. Zo stelt *De Smit* dat - vanuit fiscaal-economisch perspectief - het verhogen van de kosten, die leiden tot een renteaftrek en het verlagen van de opbrengsten, door middel van de deelnemingsvrijstelling, leiden tot eenzelfde fiscaal resultaat<sup>46</sup>. *Marres*<sup>47</sup> en *De Vries*<sup>48</sup> zijn echter van mening dat de Hoge Raad in de 2014-arresten juist geoordeeld heeft, omdat het niet bestrijden van *hybride mismatches* in lijn is met doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling. Daarnaast stelt *Marres* dat niet op gekunstelde wijze sprake is van belastingverijdeling, maar sprake is van een reële financieringsbehoefte en dat dit, in verband met de financieringsvrijheid van belanghebbende, niet tot *fraus legis* kan leiden. In dit hoofdstuk zal ik mijn visie geven op het oordeel van de Hoge Raad in de 2014-arresten. Daarbij zal slechts ingegaan worden op het normvereiste. Ik heb hiervoor de keuze gemaakt, omdat de oordelen van de Hoge Raad slechts zien op het normvereiste en dat deel ook alleen een zaakoverstijgend belang heeft. De deelvraag van dit hoofdstuk luidt: "Hoe verhouden de arresten BNB 1989/217 – BNB 1996/4 – BNB 1993/197 en BNB 2014/79-80 zich tot elkaar?"

### 5.2 De oordelen van de Hoge Raad

In BNB 1989/217 en BNB 1996/4 gaat het om een zogenoemde 'interne verhangings'. In BNB 1989/217 wordt geoordeeld dat belanghebbende voldoet aan het motiefvereiste, omdat onder andere geen sprake is van feitelijke veranderingen. Deze redenering wordt door de Hoge Raad 'doorgetrokken' naar het normvereiste. De Hoge Raad oordeelt dat, in verband met het gebrek aan feitelijke veranderingen, de schuld geen reële praktische betekenis heeft<sup>49</sup>. De Hoge Raad acht het strijdig met doel en strekking van de wet als de rente mag worden afgetrokken op een lening die niet bijdraagt aan financiering van een onderneming en bij herhaling van de rechtshandelingen belastingheffing onbepaald onmogelijk wordt gemaakt. In BNB 1996/4 gaat het om een vereniging die de lening uitgeeft aan belanghebbende. De vereniging is voor de VPB niet belastingplichtig. Het Hof oordeelt in dit arrest dat het gebrek aan feitelijke veranderingen ertoe leidt dat de VPB willekeurig en bij voortduring wordt vrijdeld en belanghebbende dus strijdig met doel en strekking van de wet handelt. De Hoge Raad voegt hier aan toe dat het in strijd is met doel en strekking van de wet om rente af te trekken op een lening waarvan de rente-inkomsten niet belast zijn. Het gebrek aan compenserende heffing is hier dus nog een reden om te oordelen dat belanghebbende aan het normvereiste voldoet.

BNB 1993/197 lijkt, feitelijk gezien, het meest op de 2014-arresten, omdat in deze zaak sprake is van winstdrainage door het omwisselen van eigen vermogen in vreemd vermogen. Belanghebbende stort agio in A BV, waarna A BV dit bedrag terug leent aan belanghebbende. Het Hof heeft vastgesteld, en is in cassatie onbestreden, dat de agiostorting geen reële economische

---

<sup>46</sup> R.C. de Smit, '*fraus legis*: bezint eer ge begint!', V-N 2015/7.0.

<sup>47</sup> O.C.R. Marres, 'Redeemable preference shares vormen kapitaal voor de toepassing van art. 13.

<sup>48</sup> Zie de annotatie van De Vries in BNB 2014/79, onderdeel 11.

<sup>49</sup> De schuld draagt in casu daarom niet bij aan de financiering van BV C.

betekenis heeft. Net zoals in BNB 1989/217 wordt het in strijd met doel en strekking geacht als rente dan toch mag worden afgetrokken<sup>50</sup>.

BNB 2014/79-80 betreffen situaties waarbij een vordering wordt omgezet in een deelneming in de vorm van respectievelijk *RPS* en *cumprefs*. In BNB 2014/79 is sprake van een buitenlandse situatie. Door gedane rechtshandelingen ontstaat een *mismatch* in belastingheffing<sup>51</sup>. De Hoge Raad oordeelt in BNB 2014/79 dat financieringsvrijheid van belanghebbende voorop staat en dat benutting van deze financieringsvrijheid niet kan leiden tot handelen in strijd met doel en strekking van de wet. De *mismatch* in belastingheffing doet hier volgens de Hoge Raad niet aan af. De voordelen uit *RPS* mogen dus inderdaad vrijgesteld worden met behulp van de deelnemingsvrijstelling. BNB 2014/80 betreft een binnenlandse situatie. De Hoge Raad oordeelt hetzelfde, namelijk dat financieringsvrijheid van belanghebbende voorop staat. Van een *mismatch* is hier geen sprake, omdat het uitgegeven dividend bij, in de casus G BV, wordt betrokken in belastingheffing.

### 5.3 Het resultaat

Zoals hierboven is vermeld, stelt *De Smit* in zijn column in Vakstudie Nieuws dat het verhogen van de kosten, die leiden tot een renteaftrek, en het verlagen van belaste opbrengsten, door middel van de deelnemingsvrijstelling, leiden tot een – vanuit fiscaal-economisch perspectief – zelfde fiscaal resultaat. Ik ben dat met hem eens. Ik illustreer dit aan de hand van een voorbeeld: Stel vennootschap 1 en 2 maken beide €100 winst. Vennootschap 1 heeft een lening verkregen van haar moedermaatschappij en heeft dat jaar €20 aan rente betaald. Vennootschap 2 heeft een deelneming in haar dochtervennootschap die kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling van art. 13 VPB. Uit hoofde van die deelneming heeft zijn €20 verkregen. Ingevolge art. 7 VPB ziet winstbepaling er als volgt uit:

Vennootschap 1:		Vennootschap 2:	
Jaarwinst:	€100	Jaarwinst:	€100
<u>-/-Kosten:</u>	<u>€ 20</u>	<u>-/- Vrijstellingen:</u>	<u>€ 20</u>
Belastbare winst:	€ 80	Belastbare winst:	€ 80

*De Smit* impliceert dat beide rechtshandelingen hetzelfde moeten worden behandeld, omdat fiscaal gezien het resultaat hetzelfde is. Ik ben echter van mening dat niet alleen het resultaat van belang is, maar dat de rechtshandelingen waarmee dit resultaat bereikt wordt een veel grotere rol spelen. Mijns inziens zou het kunnen dat het resultaat hetzelfde is, maar dat het niet beiden strijdig is met doel en strekking van de wet, omdat de rechtshandelingen verschillend zijn.

### 5.4 Geen reële economische betekenis

Zowel in BNB 1989/217 als in BNB 1993/197 oordeelt de Hoge Raad dat er geen wezenlijke verandering is van de feiten. In BNB 1989/217 heeft aandeelhouder B, voordat belanghebbende is tussengeplaatst, een volledig direct belang in BV C en daarna een volledig middellijk belang in

<sup>50</sup> Verliescompensatie wordt hier achterwege gelaten, omdat dit, mijns inziens, voor de vergelijking tussen de arresten niet ter zake doet.

<sup>51</sup> De *RPS* worden in Australië gezien als vreemd vermogen, waardoor de vergoeding aftrekbaar is. In Nederland worden deze gekwalificeerd als eigen vermogen, waardoor deelnemingsvoordelen onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

BV C. Belangrijk om hierbij op te merken is dat dit dus wordt beoordeeld vanuit de groep in zijn geheel, met daarin als belangrijkste persoon de uiteindelijke aandeelhouder<sup>52</sup>. In BNB 1993/197 heeft de toekenning van agio geen reële betekenis voor de financiering van belanghebbende of haar dochter.

In BNB 2014/79 draagt de staatssecretaris in middel II aan dat geen sprake is van een wezenlijke verandering. Hiermee impliceert hij dat de omzetting van de geldlening in een deelneming dus geen reële economische betekenis heeft. Hoewel de Hoge Raad hier niet expliciet op ingaat, ben ik van mening dat inderdaad geen sprake is van een wezenlijke verandering. De fiscale eenheid, belanghebbende en X International, die in casu uiteindelijke aandeelhouder is, heeft eerst een volledig middellijk belang in X Australia en na verrichte rechtshandelingen een volledig direct belang. Daarnaast voegt de omzetting van de geldlening in een kapitaalverstrekking, mijns inziens, niets toe voor de financiering van belanghebbende of X Australia. Ik ben van mening dat rechtshandelingen in BNB 2014/79 dus hetzelfde moeten worden beoordeeld als in BNB 1989/217 en BNB 1993/197. Het gebrek aan feitelijke verandering leidt er, mijns inziens, toe dat de omzetting van de geldlening in een kapitaalverstrekking geen reële economische betekenis heeft.

In BNB 2014/80 is ook geen sprake van een wezenlijke verandering van de feiten. Het bankensyndicaat, en daarmee F, verwerft dan wel een deelneming in BV G, maar deze deelneming gaat via het fonds met bijbehorende certificaten. Er is daardoor weinig verschil ten opzichte van de eerdere situatie. Daarnaast wordt de zeggenschap door de voorwaarden calloptie ook zeer beperkt. Tenslotte kun je, mijns inziens, uit het feit dat de Hoge Raad geen aandacht besteed aan een verandering van de zeggenschap opmaken dat het gaat om een verwaarloosbaar verschil. Daarnaast ben ik van mening dat de omzetting van de geldlening in een kapitaalverstrekking geen reële economische betekenis heeft voor de financiering van belanghebbende of BV G. De lening, verstrekt aan BV B, is namelijk doorgestort aan BV G door middel van een agiostorting. De kapitaalverstrekking gaat via het fonds naar BV G. Mijns inziens maakt dat voor de financiering van belanghebbende of BV G geen verschil en heeft de omzetting dus geen reële economische betekenis.

Hierbij wil ik opmerken dat ik slechts stel dat in de 2014-arresten de omzetting geen reële economische betekenis heeft. De Hoge Raad heeft in de arresten vòòr 2014 hieraan verbonden dat belanghebbende dan in strijd met doel en strekking van de wet handelt. Als de Hoge Raad dat in die arresten oordeelt, vind ik dat hij dat in de 2014-arresten ook moet doen. De vraag of het gebrek aan reële economische betekenis, mijns inziens, tot strijdigheid met doel en strekking van de wet zou moeten leiden, laat ik in het midden.

## 5.5 Compenserende heffing

Ondanks het feit dat ik van mening ben, dat belanghebbenden in de 2014-arresten al voldoen aan het normvereiste indien de Hoge Raad in lijn met voorgaande jurisprudentie zou oordelen<sup>53</sup>, vind ik het toch van belang om aandacht te besteden aan de compenserende heffing. De Hoge Raad heeft in BNB 2014/79 geoordeeld dat het ontstaan van een *mismatch* door gedane rechtshandelingen niet leidt tot strijdigheid met doel en strekking van de wet. Ik ben het in dit geval met de Hoge Raad eens. De Hoge Raad heeft meerdere malen in jurisprudentie laten blijken dat hij de vraag of deelnemingsvoordelen zijn vrijgesteld, niet laat afhangen van de fiscale kwalificatie in het buitenland. De A-G noemt in dit verband de zogenoemde 'prêt

---

<sup>52</sup> O.C.R. Marres, *winstdrainage door renteaftrek*, Kluwer: Deventer 2008, p. 43 resp. HR 6 december 2002, nr. 37072, BNB 2003/183.

<sup>53</sup> Ik ben namelijk van mening dat de omzetting geen reële economische betekenis heeft.

participatief arresten<sup>54</sup>, waarbij ook sprake is van een *hybride mismatch*, maar de Hoge Raad de fiscale kwalificatie in het buitenland niet van belang acht. Ik ben het met de A-G eens dat het niet gezegd is dat Nederland zich moet aanpassen aan de Australische fiscale kwalificatie of andersom. Overigens vind ik dat de Hoge Raad in uitsluitend binnenlandse situaties, zoals in BNB 1996/4, de mogelijkheid moet hebben om te zorgen voor een fiscaal evenwichtig geheel. Je hebt in dat geval dan ook slechts met Nederlands recht te maken.

Daarnaast wil ik nog aanstippen dat de onderworpenheidstoets van art. 13 lid 11 onderdeel a Wet VPB, zich richt op subjectief niveau. Het lichaam moet onderworpen zijn aan een winstbelasting die naar Nederlandse maatstaven reëel is. Ik ga er in de casus vanuit dat dit in Australië het geval is. Het is dus, mijns inziens, niet van belang of het feitelijke object is vrijgesteld of belast. De *mismatch* zorgt in BNB 2014/79 dus niet voor strijdigheid met doel en strekking van de wet.

In BNB 2014/80 speelt de vraag van de compenserende heffing in mindere mate. Je zou echter wel kunnen zeggen dat de belastingdienst in dit geval 'verliest' als de deelnemingsvrijstelling wordt toegestaan. De rentekosten van de lening konden namelijk eerst niet worden afgetrokken, omdat de vennootschap niet voldoende winst maakte. Bij toepassing van de deelnemingsvrijstelling kunnen deelnemingsvoordelen wel geheel worden vrijgesteld. Ik ben echter van mening dat deze omzetting leidt tot een resultaat dat beter past bij doel en strekking van de wet, namelijk het tegengaan van dubbele belastingheffing over de winst. Rentekosten in een binnenlandse situatie die niet kunnen worden afgetrokken, terwijl rente-inkomsten wel belast zijn, past naar mijn mening niet bij doel en strekking van de Nederlandse wet. Gezien het feit dat dit in het voordeel is van de belastingdienst, gaan zij hier natuurlijk niets aan doen. Het feit dat voordelen uit de deelneming nu zijn belast bij de dochtervennootschap en bij de moedervennootschap zijn vrijgesteld, rijmt, mijns inziens, dus beter met doel en strekking van de wet.

## 5.6 Financieringsvrijheid

Ten slotte acht ik het van belang om aandacht te besteden aan de financieringsvrijheid van een belanghebbende. De Hoge Raad oordeelt in de 2014-arresten dat belanghebbende niet in strijd met doel en strekking van de wet komt, omdat hij slechts zijn financieringsvrijheid benut. In BNB 1993/197 is, volgens de Hoge Raad, sprake van een betekenisloze omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen. In de 2014-arresten is, mijns inziens, sprake van een betekenisloze omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen. Dit zijn dus, feitelijk gezien, dezelfde situaties. Ik ben daarom ook van mening dat indien de Hoge Raad vindt dat de financieringsvrijheid van een belanghebbende zwaarder weegt dan de vraag of de omzetting van reële economische betekenis is, in BNB 1993/197 op dezelfde manier geoordeeld moet worden als in de 2014-arresten. Vindt de Hoge Raad dit niet, dan had, mijns inziens, de Hoge Raad in de 2014-arresten ook moeten concluderen dat, naar aanleiding van de betekenisloze omzetting, sprake was van strijdigheid met doel en strekking van de wet. De Hoge Raad heeft dus, mijns inziens, een tegenstrijdige uitspraak gedaan in de 2014-arresten ten opzichte van BNB 1993/197.

Ook in dit geval laat ik buiten beschouwing of ik persoonlijk van mening ben dat financieringsvrijheid belangrijker is dan een omzetting van reële economische betekenis.

---

<sup>54</sup> HR 25 november 2005, nr. 40989, BNB 2006/82; HR. 25 november 2005, nr. 40991, BNB 2006/83

## 5.7 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de vraag beantwoord hoe de 2014-arresten en BNB 1989/217, BNB 1996/4 en BNB 1993/197 zich tot elkaar verhouden. Ik ben van mening dat de 2014-arresten niet in lijn zijn met eerder gewezen arresten. Eerst heb ik geconcludeerd dat het feitelijke resultaat in de arresten hetzelfde is, maar dat dit er nog niet toe leidt dat in de 2014-arresten rechtshandelingen moeten worden bestempeld als *fraus legis*.

Vervolgens heb ik geconcludeerd dat, gezien het feit dat dit in BNB 1989/217 en BNB 1993/197 ook is geoordeeld, de Hoge Raad in de 2014-arresten had moeten oordelen dat de omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen geen reële economische betekenis had. Ondanks dat deze conclusie, mijns inziens, al voldoende was om te besluiten dat de Hoge Raad niet in lijn geoordeeld heeft met eerdere jurisprudentie, achtte ik het van belang de compenserende heffing aan bod te laten komen. Met betrekking tot de *mismatch* uit BNB 2014/79 ben ik van mening dat de Hoge Raad, door geen rekening te houden met het Australische recht, in lijn geoordeeld heeft met eerder gewezen jurisprudentie en dat de arresten zich op dit onderdeel dus goed tot elkaar verhouden. In BNB 2014/80 ben ik van mening dat, ondanks het feit dat de belastingdienst inkomsten 'verliest' doordat de deelnemingsvrijstelling wordt toegestaan, het resultaat van de rechtshandelingen beter rijmt met doel en strekking van de wet. Tenslotte heb ik aandacht besteed aan de financieringsvrijheid van belanghebbende. Ik vind dat de 2014-arresten en BNB 1993/197 op dusdanige manier vergelijkbaar zijn, dat de Hoge Raad in beide arresten hetzelfde had moeten besluiten. Ik laat hierbij in het midden of dat een bestempeling van *fraus legis* moet zijn of niet.

## H6 Conclusie

In deze scriptie is onderzocht waarom het omwisselen van belaste rentebaten voor vrijgestelde deelnemingsvoordelen geen *fraus legis* is, terwijl de omzetting van kapitaal in een geldlening op de passiefzijde van de balans dat onder omstandigheden wel kan zijn. Om tot een antwoord op deze hoofdvraag te komen is beoordeeld in hoeverre sprake is van (on)gelijke gevallen en of eventuele verschillen tussen de casusposities een verschil in behandeling rechtvaardigen.

Het *fraus legis* leerstuk vindt zijn oorsprong in het driedagenarrest uit 1926 en heeft zich verder ontwikkeld door de richtige heffing-arresten. De richtige heffingsbepaling, die slechts betrekking heeft op directe belastingen, valt tegenwoordig binnen het bereik van het *fraus legis* leerstuk en wordt daarom niet meer in gebruik genomen. Het *fraus legis* leerstuk kent, net als de richtige heffingsbepaling, twee vereisten: het motiefvereiste en het normvereiste. Voldoen aan het motiefvereiste houdt in dat belanghebbende rechtshandelingen heeft verricht met als doorslaggevend motief belastingverijdeling. Er zijn een aantal feiten die indiceren dat belanghebbende slechts uit is op belastingverijdeling. Voorbeelden hiervan zijn het gebrek aan wezenlijke veranderingen van de feiten, een door rechtshandelingen ontstaan niet-fiscaal negatief resultaat van relatief grote omvang en een gekunstelde manier van rechtshandelingen door belanghebbende.

Het normvereiste bepaalt dat het resultaat van de verrichte rechtshandelingen in strijd moet zijn met doel en strekking van de wet. Om strijdigheid vast te stellen kan worden gekeken naar verschillende interpretatiemethodes, te weten de systematische, wethistorische en teleologische interpretatiemethode. Bij deze interpretatiemethodes wordt respectievelijk gekeken naar het geheel van rechtsregels, de wetsgeschiedenis en of dit gangbaar is in het maatschappelijk verkeer. Naast deze interpretatiemethodes kan ook de vraag of sprake is van compenserende heffing van belang zijn.

Doordat de Hoge Raad geen feitenrechter is en het motiefvereiste een feitelijk karakter heeft, zal de Hoge Raad dit niet uitgebreid behandelen. De Hoge Raad zal in dit geval slechts oordelen of het hof de uitspraak voldoende en begrijpelijk heeft gemotiveerd. Bij het normvereiste wordt van de Hoge Raad verwacht dat hij het recht uitlegt. Hij zal hier dus wel zelf ingaan op wetten en rechtsregels.

Indien voldaan is aan beide vereisten en dus sprake is van *fraus legis*, is bij concernfinanciering het gevolg dat de lening fiscaal wordt geëlimineerd. Dit betekent dat de lening wordt genegeerd, met als gevolg dat de rente ook niet bestaat en renteaftrek niet mogelijk is.

In deze scriptie heb ik ervoor gekozen om drie *fraus legis*-arresten uit de jaren '80 en '90 te vergelijken met de arresten gewezen in 2014. De casusposities van BNB 1989/217 en BNB 1996/4 zijn vrijwel hetzelfde. Er is sprake van een moeder- en een dochtervennootschap. De moedervernootschap richt een holdingvennootschap, belanghebbende, op. Belanghebbende koopt de aandelen in de dochtervennootschap van moedervernootschap door middel van een lening verkregen door de moedervernootschap.

Met betrekking tot het normvereiste oordeelt de Hoge Raad in BNB 1989/217 dat, door het gebrek aan feitelijke veranderingen<sup>55</sup>, de lening er niet toe strekt om bij te dragen aan de financiering van een onderneming en dat deze lening dus geen reële economische betekenis heeft. De Hoge Raad is van mening dat dit noodzakelijk is om rente te mogen aftrekken. Belanghebbende handelt dus, zijns inziens, in strijd met doel en strekking van de wet. In BNB

---

<sup>55</sup> Vòòr gedane rechtshandelingen is sprake van een volledig direct belang en daarna van een volledig indirect belang.



1996/4 wordt geoordeeld dat het gebrek aan feitelijke veranderingen ertoe leidt dat de VPB willekeurig en bij voortduring wordt verijdeld en belanghebbende dus ook hier strijdig met doel en strekking van de wet handelt. Daarbij komt dat in BNB 1996/4 sprake is van een moedervenootschap die niet is onderworpen aan VPB en er dus geen compenserende heffing is.

BNB 1993/197 betreft een omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen. Belanghebbende stort agio in zijn dochtervenootschap, waarna de dochtervenootschap dit agio terug leent aan belanghebbende. Aangaande het normvereiste heeft het Hof vastgesteld, en is in cassatie onbestreden, dat de agiostorting geen reële economische betekenis heeft. Ook hier is dus sprake van strijdigheid met doel en strekking van de wet.

In deze drie arresten heeft de Hoge Raad dus geoordeeld dat sprake is van *fraus legis*. De rente op de lening is daarom niet aftrekbaar bij belanghebbende.

In BNB 2014/79 gaat het om een buitenlandse situatie waarbij een Nederlandse vennootschap een lening verstrekt aan een Australische kleindochter. Deze lening werd na herstructurering van het concern geherfinancierd door middel van *RPS*. Belangrijk hierbij is dat de *RPS* bij de Australische kleindochter worden gekwalificeerd als vreemd vermogen en rente dus in aftrek mocht worden genomen, terwijl de *RPS* in Nederland zijn gekwalificeerd als eigen vermogen dat onder de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB valt. De Hoge Raad heeft in dit arrest geoordeeld dat de benutting van financieringsvrijheid door belanghebbende er niet toe kan leiden dat wordt gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet. De *mismatch* die in dit arrest ontstaat doet hier, zijns inziens, niet aan af.

In BNB 2014/80 gaat het om een binnenlandse situatie waarbij een bankensyndicaat een lening verstrekt aan een concern. Na een herstructurering werden cumprefs door dit concern verkocht aan een fonds in handen van het bankensyndicaat. Met het geld ontvangen uit deze cumprefs werd de schuld aan het bankensyndicaat afgelost. Het vreemd vermogen is omgezet in eigen vermogen, omdat het concern, door onvoldoende winst, verschuldigde rente op de lening niet volledig in aftrek kon brengen. De Hoge Raad oordeelt hier, net als in BNB 2014/79, dat financieringsvrijheid van belanghebbende voorop staat. Benutting hiervan kan, zijns inziens, niet leiden tot handelen in strijd met doel en strekking van de wet.

In deze twee arresten heeft de Hoge Raad dus geoordeeld dat belanghebbende niet in strijd gekomen is met doel en strekking van de wet en dat dus geen sprake is van *fraus legis*. Dit betekent dat voor belanghebbende voordelen uit *RPS/cumprefs* onder de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet VPB vallen en daarmee zijn vrijgesteld.

Tot slot het antwoord op mijn hoofdvraag waarom het omwisselen van belaste rentebaten voor vrijgestelde deelnemingsvoordelen geen *fraus legis* is, terwijl de omzetting van kapitaal in een geldlening op de passiefzijde van de balans dat onder omstandigheden wel kan zijn. Uit deze scriptie kan ik concluderen dat de Hoge Raad in de 2014-arresten meer waarde hecht aan de financieringsvrijheid van belanghebbende, dan dat hij dat doet in de jurisprudentie vòòr 2014. Mijns inziens heeft hij hier echter geen reden toe. De omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen met bijbehorende renteaftrek leidt tot eenzelfde resultaat als de omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen dat onder de deelnemingsvrijstelling valt. Ik zie dan ook geen reden om te oordelen dat de financieringsvrijheid van belanghebbende bij de omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen minder belangrijk is dan bij de omzetting van vreemd vermogen in eigen vermogen. De Hoge Raad heeft in de 2014-arresten, mijns inziens, dus een tegenstrijdige uitspraak gedaan. Naar mijn mening wordt dit versterkt door het feit dat de omzetting in geen van de arresten die ik beschreven heb, een reële economische betekenis heeft, omdat deze omzetting geen feitelijke veranderingen tot gevolg heeft. De casusposities zijn dus ook in dit geval vergelijkbaar. Het is, mijns inziens, dus ook niet gerechtvaardigd dat de Hoge

Raad in de arresten vòòr 2014 door het gebrek aan reële economische betekenis oordeelt dat het resultaat in strijd is met doel en strekking van de wet, terwijl dat in de 2014-arresten door hem niet meegenomen wordt. Slechts op het gebied van de compenserende heffing ben ik het eens met de Hoge Raad. Dit leidt, mijns inziens, niet tot strijdigheid met doel en strekking van de wet, omdat de deelnemingsvrijstelling niet als doel heeft om *hybride mismatches* tegen te gaan.

## H7 Literatuurlijst

### Literatuur:

J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2014

J.H.M. Nieuwenhuizen, *Rechtsvinding en fiscale werkelijkheid*, Deventer: Kluwer 2010

M.W.C. Feteris, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007

O.C.R. Marres, *Hoofdzaken belastingrecht*, Boom fiscale uitgevers: Den Haag 2011, p. 63-65

O.C.R. Marres, 'Redeemable preference shares vormen kapitaal voor de toepassing van art. 13 Wet VPB 1969. Geen *fraus legis*', *FED 2014/37*

O.C.R. Marres, *winstdrainage door renteaftrek*, Kluwer: Deventer 2008

Persbericht Ministerie van Financiën van 29 juli 1987, nr. 87/222, V-N 1987

R.C. de Smit, '*fraus legis*: bezint eer ge begint!', V-N 2015/7.0.

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

R.E.C.M. Niessen, *richtige heffing en fraus legis*, Gouda Quint bv: Arnhem 1985

### Arresten:

- HR 26 mei 1926, NJ 1926, 723
- HR 27 december 1967, nr. 15772, BNB 1968/80
- HR 22 juli 1982, nr. 20651, BNB 1982/242
- HR 22 juli 1982, nr. 20991, BNB 1982/245
- HR 22 juli 1982, nr. 21106, BNB 1982/246
- HR 21 september 1983, nr. 22060, BNB 1983/316
- HR 21 november 1984, nr. 22094, BNB 1985/32
- HR 16 april 1989, nr. 24446, BNB 1989/217
- HR 10 maart 1993, nr. 27295, BNB 1993/194
- HR 10 maart 1993, nr. 27992, BNB 1993/195
- HR 10 maart 1993, nr. 28484, BNB 1993/197
- HR 13 juli 1994, nr. 29632, BNB 1994/296
- HR 6 september 1995, nr. 27927, BNB 1996/4
- HR 27 november 1996, nr. 31618, BNB 1997/98
- HR 15 december 1999, nr. 33830, BNB 2000/126
- HR 6 december 2002, nr. 37072, BNB 2003/183
- HR 25 november 2005, nr. 40989, BNB 2006/82
- HR. 25 november 2005, nr. 40991, BNB 2006/83
- HR 7 februari 2014, nr. 12/03504, BNB 2014/79
- HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80
- HR 10 september 2014, nr. 14/486, V-N 2014/53.17