

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Bestrijding van winstdrainage door middel van fraus legis en artikel 10a wet VPB 1969.

Wat is de rol van fraus legis en artikel 10a wet VpB 1969 bij bestrijding van winstdrainage en in hoeverre is dit doeltreffend, doelmatig en gewenst in het kader van de rechtszekerheid?

Naam student: Berfin Pekedis

Studentnummer: 362108

Begeleider: Drs. M.H.M. Smeets

Tweede beoordelaar: Dr. Y.M. Tigelaar-Klootwijk

Datum definitieve versie: 28 augustus 2023

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van de begeleider, tweede beoordelaar, Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoud

Afkortingenlijst	3
1. Inleiding	4
1.1 Introductie	4
1.2 Probleemstelling.....	5
1.3 Toetsingskader	5
1.4 Opzet	6
2. Toepassing van artikel 10a wet VpB 1969.....	7
2.1 Inleiding	7
2.2 Ontstaansgeschiedenis 10a wet VpB 1969	7
2.3 Wijzigingen	8
2.4 Doel van art 10a wet VpB 1969.....	9
2.5 Werking van artikel 10a wet VpB 1969	10
2.5.1 De terminologie van artikel 10a wet VpB 1969.....	11
2.5.2 Artikel 10a lid 3 wet VpB 1969	12
2.6 Deelconclusie.....	14
3. De doeltreffendheid en doelmatigheid van artikel 10a wet VpB 1969.....	15
3.1 Inleiding	15
3.2 Doeltreffendheid	15
3.2 Doelmatigheid	17
3.3 Deelconclusie.....	19
4. Fraus Legis en winstdrainage	20
4.1 Inleiding	20
4.2 Ontstaan van fraus legis	20
4.3 Fraus legis na invoering artikel 10a wet VpB 1969.....	22
4.4 Deelconclusie.....	24
5. Fraus legis en rechtszekerheid	26
5.1 Inleiding	26
5.2 De invloed van fraus legis op de rechtszekerheid.....	26
5.3 deelconclusie	28
6. Conclusie	29
Bijlage 1	31
Literatuur- en jurisprudentielijst.....	34

Afkortingenlijst

A.b.b.b.	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
HR	Hoge Raad
MvT	Memorie van Toelichting
NnaV	Nota naar aanleiding van het Verslag
VpB	Vennootschapsbelasting

1. Inleiding

1.1 Introductie

Het systeem van de Nederlandse vennootschapsbelasting stimuleert de financiering met vreemd vermogen.¹ De aftrek van de financieringsvergoeding is namelijk enkel mogelijk bij vreemd vermogen. Dit had in het verleden als gevolg dat onzakelijke constructies werden opgezet met verbonden lichamen en holdingstructuren. Vaak waren deze holdingstructuren ook grensoverschrijdend waarbij de winst werd verschoven naar laag belaste landen.² Het ging hier om constructies met als doel om gekunstelde rentelasten te creëren. De rente is daarbij in Nederland aftrekbaar tegen het vennootschapstarief van 25,8% (in 2023) terwijl de rentebate (vaak in het buitenland) niet of tegen een laag belastingtarief wordt belast. Dit wordt ook wel winstdrainage genoemd.³

In de jaren '80 van de vorige eeuw kwamen dit soort structuren veelvuldig voor. De fiscus bestreed deze structuren voornamelijk met *fraus legis* aangezien specifieke wetgeving destijds nog ontbrak.⁴ Na tal van winstdrainage arresten heeft de wetgever uiteindelijk in 1997 artikel 10a wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: wet VpB 1969) in het leven geroepen.⁵

Artikel 10a wet VpB 1969 is een antimisbruikbepaling die renteaftrek in renteaftrekconstructies aanpakt. Renteaftrek is niet mogelijk indien het een schuld aan een verbonden lichaam betreft voor zover die verband houdt met een 'besmette handeling'. Het doel hiervan was om de winstdrainage arresten enerzijds te codificeren en om anderzijds de jurisprudentie in een voor de fiscus meer gewenste richting bij te stellen.⁶

Er zijn echter nog mogelijkheden om de renteaftrekbeperking van artikel 10a wet VpB 1969 te voorkomen. De belastingplichtige kan namelijk aannemelijk maken dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De belastingplichtige kan ook nog aannemelijk maken dat over de rente per saldo een belasting wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Daarbij moet de belastingplichtige ook aannemelijk maken dat er geen sprake is van verliezen uit voorgaande jaren waardoor over de rente per saldo geen redelijke heffing is verschuldigd (artikel 10a wet VpB 1969).

Toch is het mogelijk dat de fiscus renteaftrek bestrijdt indien de belastingplichtige zich in een uitzonderingssituatie als beschreven in artikel 10a lid 3 wet VpB 1969 bevindt. Ook na invoering van artikel 10a wet VpB 1969 speelt *fraus legis* nog een rol. De Hoge Raad heeft bevestigd dat met toepassing van *fraus legis* tot een ruimere werking van art 10a VpB 1969 kan worden overgegaan.⁷ Daarmee is het ook mogelijk om *fraus legis* toe te passen in situaties die niet onder het bereik van

¹ Van den Dool e.a. 2021, p. 129.

² Van den Dool e.a. 2021, p. 53.

³ Van den Dool e.a. 2021, p. 154.

⁴ Nieuweboer, in: *Cursus Belastingrecht*, Vpb 2.2.3.A.a (online, bijgewerkt 20 april 2023).

⁵ HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5281, HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5286, HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8568 (*10 maart arresten*). HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682, HR 27 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1668.

⁶ Marres 2020, par. 1.3.

⁷ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195, HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073, HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638 (*bankensyndicaatarresten*).

artikel 10a VpB 1969 vallen.⁸ Indien een winstdrainage situatie met artikel 10a wet VpB 1969 bestreden kan worden, kan geen beroep gedaan worden op *fraus legis*.⁹

In het Hunkemöller arrest werd *fraus legis* naast artikel 10a wet VpB toegepast.¹⁰ Renteaftrek is in dit arrest met een beroep op *fraus legis* afgewezen omdat het in strijd zou zijn met doel en strekking van de wet. De belastingdienst heeft met het leerstuk van *fraus legis* dus nog steeds een krachtig middel in de strijd tegen winstdrainage. Je kunt je afvragen hoe de fiscus deze jurisprudentie zal gebruiken in situaties waarbij de feiten net anders zijn. Wat zijn nu de gevolgen voor de praktijk?

Het zal duidelijk zijn dat ook thans nog steeds fiscale (grensoverschrijdende) renteaftrekconstructies veelvuldig voorkomen. Met de toenemende globalisering lijkt dit ook niet af te nemen. Dit onderwerp heeft zijn relevantie dus zeker niet verloren.

1.2 Probleemstelling

De probleemstelling luidt als volgt:

Wat is de rol van *fraus legis* en artikel 10a wet VpB 1969 bij bestrijding van winstdrainage en in hoeverre is dit doeltreffend, doelmatig en gewenst in het kader van de rechtszekerheid?

De probleemstelling is opgedeeld in de volgende deelvragen:

1. Wanneer wordt artikel 10a wet VpB 1969 toegepast?
2. Is artikel 10a wet VpB 1969 doeltreffend en doelmatig?
3. Wanneer wordt *fraus legis* toegepast?
4. Wanneer wordt na invoering van artikel 10a wet VpB 1969, *fraus legis* nog toegepast?
5. Is er met de toepassing van *fraus legis* in de jurisprudentie nog sprake van een vergrote rechtszekerheid?

1.3 Toetsingskader

In deze scriptie maak ik gebruik van literatuuronderzoek en jurisprudentie onderzoek. Om artikel 10a wet VpB 1969 te beoordelen, gebruik ik de Nota Zicht op Wetgeving. Het toetsingskader van dit onderzoek bestaat uit de volgende kwaliteitseisen uit de nota Zicht op Wetgeving:

- Doeltreffendheid;
- Doelmatigheid.

Een wet is doeltreffend als deze tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen leidt. Een wet is doelmatig als de wet niet tot onnodige inefficiëntie in de samenleving of bij de overheid leidt. Er mag daarbij niet een te ongunstige verhouding ontstaan tussen de baten en lasten die uit de werking van de wet voortvloeien.¹¹

Om de doeltreffendheid en doelmatigheid van artikel 10a wet VpB 1969 te toetsen onderzoek ik de parlementaire geschiedenis. Het doel moet in de parlementaire stukken bij het artikel inzichtelijk in kaart zijn gebracht.¹² Aan de hand van deze stukken wordt het beoogde doel van het artikel uiteen gezet. Hierna is het mogelijk te onderzoeken in welke mate deze doelen zijn verwezenlijkt. In

⁸ Kamerstukken II 2005/6, 30 572, nr. 8, p.45.

⁹ HR 25-10-2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7846, ro. 4.3.

¹⁰ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152 (*Hunkemöller*).

¹¹ Kamerstukken II 1990/1, 22 008, nr. 2, p. 23.

¹² Kamerstukken II 1990/1, 22 008, nr. 2, p. 23.

Hoofdstuk 3 neem ik naar aanleiding van dit onderzoek naar de verwezenlijking een deelconclusie over de doeltreffendheid.

Vervolgens som ik de gevolgen, en de baten en lasten van artikel 10a wet VpB 1969 op. Op basis van deze opsomming is het mogelijk de efficiëntie van artikel 10a Wet VpB 1969 te beoordelen. Op deze beoordeling volgt een deelconclusie over de doelmatigheid.

Deze scriptie onderzoekt daarbij de rol van *fraus legis* in de bestrijding van winstdrainage. Het is niet mogelijk *fraus legis* te toetsen aan doeltreffendheid of doelmatigheid. Daarom wordt *fraus legis* getoetst aan het volgende algemene beginsel van behoorlijk bestuur (hierna: a.b.b.b.):¹³

- Rechtszekerheidsbeginsel.

A.b.b.b. zijn (deels) ongeschreven rechtsregels die een belangrijke rol spelen bij de uitvoering van diverse wetten.¹⁴ Een aantal van deze a.b.b.b. is neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht.¹⁵ De formele rechtszekerheid ziet erop dat wetgeving voor belastingplichtigen duidelijk en ondubbelzinnig kenbaar moet zijn.¹⁶ Volgens Poelmann zien de a.b.b.b. met name op de taak van de Belastingdienst om de fiscale voorschriften en het door haar ontwikkelde beleid niet-willekeurig en zorgvuldig uit te voeren.¹⁷

Ik onderzoek of het gewenst, dan wel nodig, is *fraus legis* naast artikel 10a wet VpB 1969 toe te passen. Vervolgens beantwoord ik de vraag of de toepassing van *fraus legis* naast artikel 10a wet VpB 1969, bijdraagt aan een vergrote rechtszekerheid.

1.4 Opzet

In hoofdstuk 2 wordt een introductie gegeven van artikel 10a wet VpB 1969. Vervolgens wordt beschreven wanneer dit wetsartikel wordt toegepast. Ten slotte komt de werking van artikel 10a wet VpB 1969 aan bod. Hiermee wordt deelvraag 1 beantwoord.

In hoofdstuk 3 wordt deelvraag 2 beantwoord. Artikel 10a wet VpB 1969 wordt getoetst aan de geselecteerde kwaliteitseisen uit de nota zicht op wetgeving. Hierop volgt een deelconclusie.

Deelvraag 3 komt aan bod in hoofdstuk 4, waar ten eerste de ontstaansgeschiedenis van *fraus legis* wordt beschreven. Ten tweede volgt een uiteenzetting van de toepassing van *fraus legis* voor invoering van artikel 10a wet VpB 1969. Deelvraag 4: de toepassing van *fraus legis* na invoering van artikel 10a wet VpB 1969, komt hierna aan bod.

In hoofdstuk 5 wordt deelvraag 5 beantwoord. Hierop volgt een deelconclusie.

In het zesde en laatste hoofdstuk som ik alle deelconclusies op en geef ik een slotconclusie waarin mijn standpunt naar voren komt.

¹³ Artikel 3:14 Burgerlijk Wetboek.

¹⁴ Poelman, in: *Cursus Belastingrecht* FBR.4.1.1.E (online, bijgewerkt 06-01-2023).

¹⁵ Bijvoorbeeld artikel 3:2 Awb. Zie hiervoor Poelman, in: *Cursus Belastingrecht* FBR 4.3.0.D.

¹⁶ Poelman, in: *Cursus Belastingrecht* FBR.4.1.1.B (online, bijgewerkt 06-01-2023).

¹⁷ Poelman, in: *Cursus Belastingrecht* FBR.4.1.0.B (online, bijgewerkt 06-01-2023).

2. Toepassing van artikel 10a wet VpB 1969

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt deelvraag 1 behandeld: wanneer wordt artikel 10a wet VpB 1969 toegepast? Na een beschrijving van de totstandkoming wordt allereerst het doel en de strekking van artikel 10a wet VpB 1969 behandeld. Vervolgens wordt het eerste lid behandeld. Hierna volgt een verduidelijking van de terminologie van het artikel. Tot slot komt de tegenbewijsregeling aan bod.

2.2 Ontstaansgeschiedenis 10a wet VpB 1969

Artikel 10a wet VpB 1969 is vanaf 1 januari 1997 van kracht.¹⁸ Dit artikel is een codificatie van *fraus legis* jurisprudentie van de Hoge Raad die zag op *winstdrainage*.¹⁹ Zie voor een uitgebreide behandeling van *fraus legis* hoofdstuk 4. Art 10a wet VpB 1969 is daarnaast ook een reparatie van de jurisprudentie. De wetgever was niet altijd tevreden met de uitspraken van de Hoge Raad.²⁰

De Hoge Raad bepaalde in het arrest van 20 september 1995 dat het geen strijd met doel en strekking van de wet betrof wanneer zakelijke overwegingen ontbraken, indien de rente in een redelijke heffing werd betrokken.²¹ In de uitleg van het begrip redelijke heffing werden mede begrepen de buitenlandse heffingen die als redelijk kunnen worden beschouwd, maar in werkelijkheid niet leiden tot belastingbetaling door de mogelijkheid van verrekening of *foreign tax credits*.

In HR 23 augustus 1995 besloot de Hoge Raad dat de rente op een schuldverhouding, die uitsluitend gecreëerd was om de heffing van vennootschapsbelasting te verijdelen, in aftrek mocht komen op de winst.²² In combinatie met het arrest van 20 september 1995 voorzag de Staatssecretaris van Financiën de mogelijkheid om Nederlands vermogen uit te keren onder schuldigerkenning aan de buitenlandse aandeelhouder om daar aanspraak op verrekening te maken.²³

De Staatssecretaris van Financiën wilde met de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 onder meer voorkomen dat naar aanleiding van deze arresten constructies werden opgezet om een dergelijke verrekening mogelijk te maken.²⁴

De Staatssecretaris van Financiën zag zich genoodzaakt de bestaande wetgeving aan te passen om een aantasting van de belastinggrondslag te voorkomen.²⁵ De problematiek van de aantasting van de Nederlandse belastinggrondslag staat bekend als *winstdrainage*.

Met de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 heeft de wetgever de *fraus legis* jurisprudentie in een voor de fiscus meer gewenste richting kunnen bijstellen. Met ingang van 1 januari 2007 is dit artikel herzien en zijn de onderdelen van artikel 10a wet VpB 1969 beter op elkaar afgestemd.²⁶

¹⁸ Stb. 1996, 651.

¹⁹ Marres 2020, par. 3.1.

²⁰ Nieuweboer, in: *Cursus Belastingrecht Vpb.2.2.3.A.a* (online, bijgewerkt 20-04-2023).

²¹ HR 20-09-1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682, ro. 3.5 (*Plc arrest*).

²² HR 23-08-1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681.

²³ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 16.

²⁴ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 15.

²⁵ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 11.

²⁶ Van den Dool e.a. 2021, p. 163.

2.3 Wijzigingen

De Staatssecretaris van Financiën heeft met de Wet werken aan winst geprobeerd het artikel te stroomlijnen.²⁷ De ruime formulering van het tweede lid onderdeel c ('een kapitaalstorting of een andere vorm van aanwending van vermogen') verviel. Tegelijkertijd werd door middel van het nieuwe lid 2 eerder aangenomen dat er een verband bestaat tussen de groepslening en de besmette handeling. Dit was een directe reactie van de Staatssecretaris van Financiën op het arrest HR 17 juni 2005, dat het bereik van artikel 10a wet VpB 1969 beperkte tot situaties waarin het voornemen de besmette handeling te verrichten al bestond ten tijde van de kapitaalstorting.²⁸ Ook werd de reikwijdte van artikel 10a wet VpB 1969 beperkt tot winstdrainage in groepsverband en is het begrip verbonden lichaam verduidelijkt.

Met de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 in 1996 werd ook artikel 15ad wet VpB 1969 ingevoerd. Dit artikel beperkt de renteaftrek in overnameholdingconstructies. In 2007 is dit artikel geïntegreerd in artikel 10a wet VpB 1969. Anno 2023 is in artikel 10a lid 1 onderdeel c wet VpB 1969 de overnamebepaling te vinden. Met de integratie heeft de Staatssecretaris van Financiën ook tegemoet willen komen aan de kritiek dat artikel 15ad geen tegenbewijsregeling voor compenserende heffing kende.²⁹

De laatste wijziging van de Wet werken aan winst ten aanzien van de renteaftrekbeperkingen hield in dat het begrip redelijke heffing nader werd bepaald. Deze is in 2007 gesteld op 10% en is tot nog toe niet veranderd. Indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de rentebaten in een redelijke heffing zijn betrokken, voldoet hij aan de compenserende heffingstoets van artikel 10a lid 3 wet VpB 1969 en mag de rente in aftrek komen op de winst. In 2008 is echter de mogelijkheid opgenomen voor de inspecteur om tegenbewijs te leveren tegen de compenserende heffingstoets in artikel 10a lid 3 wet VpB 1969. De inspecteur kan de rente alsnog van aftrek uit sluiten indien hij van mening is dat aan de schuld of rechtshandeling geen in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

Per 1 januari 2017 is het begrip verbonden lichaam uitgebreid in lid 6 van artikel 10a wet VpB 1969 waardoor ook een samenwerkende groep onder het bereik van het artikel is gebracht.³⁰

Tot slot is per 1 januari 2021 lid 8 aan artikel 10a wet VpB 1969 toegevoegd die toepassing van het eerste lid uitsluit indien de toepassing tot een lagere winst zou leiden.

²⁷ Kamerstukken II 2005/6, 30572, nr. 3, p. 20.

²⁸ HR 17-06-2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7653, ro. 3.4.

²⁹ Kamerstukken II 2005/6, 30572, nr. 3, p. 21.

³⁰ Kamerstukken II 2015/16, 34 552, nr. 3.

2.4 Doel van art 10a wet VpB 1969

Artikel 10a wet VpB 1969 ziet op de uitholling van de belastinggrondslag, ook wel winstdrainage genoemd.³¹ Dit artikel is geïntroduceerd in 1996 en ingevoerd met ingang van 1 januari 1997 bij wetswijziging van de wet VPB 1969.³² Artikel 10a wet VpB 1969 is zoals in hoofdstuk 2.1 beschreven, deels een codificatie van de *fraus legis* jurisprudentie en deels een modificatie van deze jurisprudentie. Volgens de wetsgeschiedenis van de Wet fiscale infrastructuur, is met de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 geen wijziging van het doel en de strekking van de wet beoogd.³³ Volgens Marres is doel en strekking van de wet ook niet gewijzigd na de aanpassingen aan artikel 10a wet VpB 1969 die na de invoering van het artikel hebben plaatsgevonden. Wel is sinds 2007 artikel 10a wet VpB 1969 enkel van toepassing in concernverband.

De Staatssecretaris van Financiën beschrijft het doel van de wetswijzigingen in de Vennootschapsbelasting van 1997 als het tegengaan van de uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur.³⁴ Artikel 10a wet VpB 1969 is onderdeel van een aantal bepalingen die samen dit doel moesten bewerkstelligen.

De Staatssecretaris van Financiën benadrukt in de memorie van toelichting (hierna: MvT) bij de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 de noodzaak om ongewenst en oneigenlijk gebruik van het fiscale stelsel te verhinderen. Dit wordt bereikt door onder andere (vaak) gekunstelde belastingbesparende constructies tegen te gaan.³⁵ Belastingbesparende constructies dragen volgens de Staatssecretaris van Financiën namelijk niet bij tot bedrijfsinvesteringen of werkgelegenheid in Nederland. De Staatssecretaris vindt dat ze echter wel leiden tot een ongewenste versmalling van de grondslag voor de vennootschapsbelasting. De Staatssecretaris van Financiën is van mening dat dit als gevolg heeft dat andere groepen belastingbetalers een hogere belastingdruk ervaren.³⁶

Naast belastingbesparende (grensoverschrijdende) constructies heeft de Staatssecretaris van Financiën ook kasrondjes willen voorkomen.³⁷ Van een kasrondje is sprake wanneer een vennootschap eigen vermogen in een verbonden lichaam stort en vervolgens dit vermogen terug leent. Hierdoor krijgt de vennootschap een renteverplichting aan het verbonden lichaam.³⁸ De schuldig erkenning of lening en de tegenoverstaande dividenduitkering in een kasrondje kan op ieder willekeurig moment plaatsvinden. Zo is het mogelijk om de belastinggrondslag bij de vennootschap door de rente stromen te eroderen. Ook dit vond de Staatssecretaris van Financiën niet gewenst.³⁹

De derde situatie die de Staatssecretaris van Financiën in het kader van de uitholling van de belastinggrondslag heeft willen voorkomen, is die van de verhangingswaarde waar zich geen wijziging in het uiteindelijk belang/zeggenschap heeft voorgedaan. De rente op de lening die voor een dergelijke verhangingswaarde is aangegaan heeft de Staatssecretaris van Financiën willen uitsluiten van de aftrek.⁴⁰ De Staatssecretaris van Financiën is verder van mening dat de codificering van de jurisprudentie op het terrein van winstdrainage van belang is voor de duidelijkheid en de rechtszekerheid.⁴¹

³¹ Van den Dool e.a. 2021, p. 155.

³² Stb. 1996, 651.

³³ Marres 2020, par. 3.3.2.

³⁴ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 2.

³⁵ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 2.

³⁶ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 2.

³⁷ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 11.

³⁸ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 14-15.

³⁹ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 11.

⁴⁰ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 15.

⁴¹ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 14.

2.5 Werking van artikel 10a wet VpB 1969

Artikel 10a wet VpB 1969 is van toepassing indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden van lid 1 is voldaan:

- De schuld is aangegaan met een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon;
- De schuld houdt verband met een besmette rechtshandeling; en
- De besmette handeling wordt verricht door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam of door een met hem verbonden natuurlijk persoon.

Als aan de bovenstaande criteria is voldaan, is de rente niet aftrekbaar van de winst. Het is nog wel mogelijk tegenbewijs te leveren. Artikel 10a lid 3 wet VpB 1969 stelt dat de renteaftrekbeperking van het eerste lid niet van toepassing is indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat:

- a. aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (*dubbele zakelijkheidstoets*); of
- b. over de rente bij degene aan wie de rente is verschuldigd, per saldo een redelijke belasting naar de winst of naar het inkomen wordt geheven (minstens 10%) én dat er geen sprake is van verrekening van verliezen of andere aanspraken (*compenserende heffingstoets*).

Om aan artikel 10a wet VpB 1969 toe te komen, moet allereerst vaststaan dat het gaat om rentekosten ter zake van schulden die gedaan zijn met het oog op de zakelijke belangen van een onderneming.⁴² Bedrijfsvreemde uitgaven worden door het winstbegrip van artikel 8 wet VpB 1969 jo. 3.8 wet op de Inkomstenbelasting 2001 al uitgesloten van aftrek.⁴³ Artikel 10a wet VpB 1969 legt deze beperking vast. Hiermee is het een bevestiging van de norm die uit het systeem van de wet vloeit.⁴⁴

Wanneer geconstateerd is dat er sprake is van zakelijke uitgaven in een vennootschap, komen de bepalingen van de wet VpB 1969 om de hoek kijken. De Staatssecretaris van Financiën stelt dat deze bepaling pas dan van toepassing is als vaststaat dat de verstrekte gelden fiscaal als een lening dan wel als kapitaal kunnen worden aangemerkt.⁴⁵ Om te beoordelen of fiscaal sprake is van een lening moet voornamelijk gekeken worden naar de voorwaarden waaronder de lening is aangegaan, zoals bijvoorbeeld het aflossingsschema.⁴⁶

Enkel de vergoeding op vreemd vermogen kan in aftrek komen op de winst. Om onder het bereik van 10a wet VpB 1969 te komen, moet het gaan om renten – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen - ter zake van schulden.⁴⁷ Volgens de Nota naar aanleiding van het verslag 1996 moet het begrip kosten in artikel 10a wet VpB 1969 ruim worden opgevat.⁴⁸ Uit het arrest HR 24 februari 2012 weten we dat valutawinsten gesaldeerd moeten worden met renten, kosten en valutaverliezen. Ook kosten die verband houden met het afsluiten van leningen, kosten voor het afdekken van valutarisico's en valutaresultaten vallen onder renten.^{49 50}

⁴² Van Strien 2007, par. 2.6.3.

⁴³ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 32.

⁴⁴ Marres 2020, par. 3.3.3.

⁴⁵ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 14.

⁴⁶ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 33.

⁴⁷ Artikel 10a lid 1 wet VpB 1969.

⁴⁸ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 30.

⁴⁹ HR 24-02-2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ1248, ro. 4.2.2.

⁵⁰ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 30.

2.5.1 De terminologie van artikel 10a wet VpB 1969

Schuld

Sinds 2007 spreekt de wettekst over schuld in plaats van geldleningen. Volgens de Minister van Financiën is hiermee duidelijk gemaakt dat het niet gaat om enkel geldleningen in civielrechtelijke zin.⁵¹ Dit is bevestigd in HR 11 juli 2008.⁵²

Rechtens dan wel in feite direct of indirect

De Staatssecretaris van Financiën heeft met deze zinsnede de aftrek van rente die formeel afkomstig is van een derde (bijvoorbeeld een financiële instelling) maar in feite rente is ter zake van een schulderkenning aan een verbonden lichaam, uitgesloten.⁵³

Lid 1 van artikel 10a wet VpB 1969 ziet niet alleen op de rechtstreekse schulderkenningen. Er is bewust gekozen voor een ruime terminologie die het mogelijk maakt bij de materiële werkelijkheid aan te sluiten.⁵⁴ Zo heeft de wetgever voorkomen dat door middel van een omweg, de renteaftrekbeperking van artikel 10a wet VpB 1969 kan worden afgewend.

Bij de beoordeling of de rente in feite samenhangt met een schuld aan een verbonden lichaam, moet worden gekeken naar de materiële werkelijkheid.⁵⁵ ⁵⁶ Dit gebeurt aan de hand van alle relevante omstandigheden zoals de rente, de looptijd van de lening, het overeengekomen aflossingsschema, de hoogte van de verstrekte lening in relatie tot het uitgekeerde dividend, het terugbetaalde kapitaal of de kapitaalstorting en eventueel gestelde zekerheden. Deze omstandigheden worden in onderlinge samenhang bezien.

De term indirect ziet op constructies waarbij een derde (bijvoorbeeld een bank of een verbonden lichaam) tussen wordt geschakeld. Hiervan is ook sprake als de derde op een later moment is tussen geschakeld.⁵⁷

Het enkel garant staan van bijvoorbeeld een moeder als onderdeel van een solvabiliteitsgarantstelling, betekent niet dat de schuld in feite verschuldigd is door de moeder.⁵⁸ Als de vennootschap de lening tot dezelfde hoogte ook zonder de garantstelling had kunnen afsluiten is de renteaftrekbeperking van artikel 10a wet VpB 1969 niet van toepassing.⁵⁹ De garantstelling is enkel een probleem als het risico van de geldlening wordt gedragen door het verbonden lichaam dat garant staat.⁶⁰

Verbonden

De term verbonden wordt nader uitgewerkt in lid 4 en lid 5 van artikel 10a Wet VpB 1969. Voor een grafische weergave van het verbondenheids criterium in artikel 10a wet VpB 1969, zie bijlage 1.

Van verbondenheid is sprake wanneer de belastingplichtige ten minste een derde gedeelte belang heeft in een lichaam of andersom. De belastingplichtige is ook verbonden met een lichaam wanneer een derde ten minste een derde gedeelte belang heeft in zowel de belastingplichtige als het lichaam.

⁵¹ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 101.

⁵² HR 11-07-2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195, ro. 3.4.1. (*bankensyndicaat arresten*).

⁵³ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 17.

⁵⁴ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 29.

⁵⁵ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 17.

⁵⁶ HR 8-7-2016, ECLI:NL:HR:2016:1350, ro. 2.7.3.

⁵⁷ Besluit Staatssecretaris van Financiën 2 november 2001, nr. CPP2001/2359M, p. 4.

⁵⁸ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 17.

⁵⁹ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 30.

⁶⁰ Van den Dool e.a. 2021, p. 166.

Indien er een fiscale eenheid is, zijn alle lichamen in de fiscale eenheid met elkaar verbonden. In lid 7 wordt vervolgens bepaald dat indien een belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid, een met hem verbonden lichaam (buiten de fiscale eenheid) ook verbonden is met de andere lichamen in de fiscale eenheid.

Voor natuurlijk personen geldt dat er sprake is van verbondenheid wanneer de natuurlijk persoon ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige of in een met hem verbonden persoon.

In lid 6 van artikel 10a wet VpB 1969 is bepaald dat indien meerdere lichamen een samenwerkende groep vormen, het derde gedeelte belang op niveau van de groep wordt bepaald.

Met belang wordt niet alleen het financiële belang bedoeld; ook stemrecht kan doorslaggevend zijn. Bovendien omvat het woord 'belang' zowel directe als indirecte belangen.⁶¹

Besmette handelingen

Onderdeel a van lid 1 artikel 10a wet VpB 1969 beperkt de renteaftrek wanneer de schuld verband houdt met een winstuitdeling of teruggaaf van gestort kapitaal aan een verbonden lichaam/natuurlijk persoon.

Onder gestort kapitaal valt niet enkel het nominaal gestorte kapitaal, maar ook het agio. Een informele kapitaalstorting valt hier verder ook onder.⁶²

Onderdeel b van artikel 10a wet VpB 1969 beperkt de renteaftrek wanneer de schuld verband houdt met een kapitaalstorting in een verbonden lichaam.

In beide onderdelen wordt er een rentelast gecreëerd door het eigen vermogen te vervangen door vreemd vermogen. Er vindt echter geen feitelijke verandering in het werkzame vermogen plaats. Deze besmette handelingen zien op de kasronddjes die de Staatssecretaris van Financiën heeft willen uitsluiten van de aftrek.⁶³

Onderdeel c beperkt de renteaftrek wanneer de schuld is aangegaan in verband met een verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat na de verwerving of uitbreiding een verbonden lichaam is. Ook in deze situatie is sprake van het omzetten van eigen vermogen in vreemd vermogen waarbij geen wezenlijke verandering in het vermogen vanuit de groep gezien plaatsvindt.⁶⁴

Als een verwerving of uitbreiding in delen plaatsvindt, en er op een gegeven moment sprake is van verbondenheid, geldt de renteaftrek vanaf de eerste verwerving/uitbreiding.⁶⁵

2.5.2 Artikel 10a lid 3 wet VpB 1969

Indien aan artikel 10a lid 1 wet VpB 1969 is voldaan, is de rente in beginsel niet aftrekbaar. Er is echter nog een mogelijkheid om de rente in aftrek te brengen als de belastingplichtige voldoet aan de dubbele zakelijkheidstoets of aan de compenserende heffingstoets neergelegd in lid 3.

De dubbele zakelijkheidstoets houdt in dat aan zowel de schuld als aan de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag moeten

⁶¹ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 35.

⁶² Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 30.

⁶³ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 11 en p. 31.

⁶⁴ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 7.

⁶⁵ Besluit 25 maart 2013, Nr. BLKB2013/110M, p. 2, ond. 2.5.

liggen.⁶⁶ Een zakelijk motief kan bijvoorbeeld zijn: het mogelijk maken van een bedrijfsopvolging.⁶⁷ Ook de inkoop van aandelen van een joint venture om een participant uit te kopen en het uitlenen door een concernfinancieringsmaatschappij kunnen zakelijke motieven zijn.⁶⁸

De belastingplichtige kon tot 2018 nog aannemelijk maken dat er sprake is van *uiteindelijk* externe financiering.⁶⁹ Wanneer de schuld materieel verschuldigd is aan een derde, werd door de belastingplichtige voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets. De zakelijkheid van de rechtshandeling hoeft niet apart getoetst te worden.⁷⁰ Met ingang van 1 januari 2018 is de wettekst van artikel 10a lid 3 wet VpB 1969 echter gewijzigd als reactie op de bankensyndicaat arresten. Thans moet een belastingplichtige ook in het geval een lening feitelijk verschuldigd is aan een derde, aannemelijk maken dat aan de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.⁷¹

De compenserende heffingstoets houdt in dat de rentebaten bij de crediteur effectief voor ten minste 10% moeten zijn onderworpen aan een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Er is geen compenserende heffing als de rentebaten slechts gedeeltelijk in de heffing komen. De betaalde rente kan toch voor een deel in aftrek komen mits de belastingplichtige aantoont dat de belasting over dat deel werkelijk is betaald én er geen verdragen of andere regelingen verder afbreuk doen aan de heffing over dat deel van de rentebaten.⁷² Deze toets vindt jaarlijks plaats.⁷³

De rentelasten moeten bij de feitelijke crediteur in een redelijke heffing worden betrokken. Dat kan een ander zijn dan de rechtstreekse schuldeiser. Om te beoordelen wie de feitelijke crediteur is, wordt gekeken naar de materiële werkelijkheid.⁷⁴ Van belang is hierbij de looptijd, het aflossingsschema, de rentevergoeding en omvang en tijdstip van het aangaan van de lening.⁷⁵

Er is in ieder geval geen sprake van een compenserende heffing indien de schuldeiser bij ingang van de lening aanspraken heeft op compensabele verliezen. Ook is er geen sprake van compenserende heffing als de compensabele verliezen er nog niet zijn ten tijde van het aangaan van de lening, maar de lening is aangegaan met het doel gebruik te maken van compensabele verliezen die op korte termijn zullen ontstaan.⁷⁶ De toetsing of aan de compenserende heffingstoets wordt voldaan, vindt éénmalig plaats ten tijde van het ontstaan van de schuld.⁷⁷

Sinds 2008 geldt de compenserende heffing nog slechts als wettelijk vermoeden met de mogelijkheid van het leveren van tegenbewijs door de inspecteur.⁷⁸ De inspecteur kan aannemelijk maken dat de schuld is aangegaan met het oog op verrekenen van verliezen die in het jaar zelf zijn ontstaan of op korte termijn zullen ontstaan. De inspecteur kan ook nog aannemelijk maken dat aan de schuld of aan de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

⁶⁶ Besluit 25 maart 2013, Nr. BLKB2013/110M, p. 3, ond. 4.2.

⁶⁷ Besluit 25 maart 2013, Nr. BLKB2013/110M, p. 3, ond. 4.2.1.

⁶⁸ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 8, p. 8.

⁶⁹ Met name HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638 (*Credit Suisse*). Aangaande hetzelfde concern: HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195, HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073 (*bankensyndicaat arresten*).

⁷⁰ Marres 2020, par 5.12.4.

⁷¹ Van den Dool e.a. 2021, p. 180.

⁷² Besluit 25 maart 2013, Nr. BLKB2013/110M, p. 5, ond. 4.3.1.

⁷³ Besluit 25 maart 2013, Nr. BLKB2013/110M, p. 6, ond. 4.3.5.

⁷⁴ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 10a Wet VPB 1969, aant. 17.1.2.

⁷⁵ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 18.

⁷⁶ Nieuweboer, in: *Cursus Belastingrecht*, Vpb.2.2.3.E.c2 (online, bijgewerkt 20-04-2023).

⁷⁷ Besluit 25 maart 2013, Nr. BLKB2013/110M, p. 6, ond. 4.3.5.

⁷⁸ Marres 2008, par. 4.1.

2.6 Deelconclusie

Artikel 10a wet VpB 1969 ziet op de uitholling van de belastinggrondslag, ook wel winstdrainage genoemd. Dit artikel is deels een codificatie van de fraus legis jurisprudentie en deels een modificatie van deze jurisprudentie. Met ingang van 1 januari 2007 is dit artikel herzien en zijn de onderdelen van artikel 10a wet VpB 1969 beter op elkaar afgestemd. Daarna is het artikel nog meerdere malen gewijzigd.

Het doel van artikel 10a wet VpB 1969 is ongewenst en oneigenlijk gebruik van het fiscale stelsel te verhinderen door gekunstelde en belastingbesparende constructies tegen te gaan. Daarbij is het doel van artikel 10a wet VpB 1969 het voorkomen van het omzetten van eigen vermogen in vreemd vermogen met het doel de belastinggrondslag bij verbonden lichamen te eroderen.

Artikel 10a wet VpB 1969 is van toepassing op schulden binnen concernverband die verband houden met besmette handelingen. Wanneer is voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid van artikel 10a wet VpB 1969, is de rente niet aftrekbaar. De renteaftrekbeperking is niet van toepassing indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat voldaan is aan de dubbele zakelijkheidstoets of aan de compenserende heffingstoets. Als aan de compenserende heffingstoets is voldaan, heeft de inspecteur nog de mogelijkheid de rente in aftrek te beperken door aannemelijk te maken dat de schuld is aangegaan met het oog op verrekenen van verliezen of dat aan de schuld of aan de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

3. De doeltreffendheid en doelmatigheid van artikel 10a wet VpB 1969

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt deelvraag 2 beantwoord: is artikel 10a wet VpB 1969 doeltreffend en doelmatig? Artikel 10a wet VpB 1969 wordt getoetst aan de geselecteerde kwaliteitseisen uit de Nota Zicht op Wetgeving: doeltreffendheid en doelmatigheid. Aan de hand van jurisprudentie wordt onderzocht in hoeverre artikel 10a wet VpB 1969 de doelen beschreven in paragraaf 2.2 heeft verwezenlijkt. Vervolgens wordt de efficiëntie van het artikel onderzocht. Aan de hand van parlementaire stukken is onderzocht wat de verhouding is tussen de baten en lasten die uit de werking van het artikel vloeien. Hierop volgt een deelconclusie.

3.2 Doeltreffendheid

In paragraaf 2.2 zijn de doelen van artikel 10a wet VpB 1969 beschreven. Een wet is doeltreffend als deze minstens in belangrijke mate tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen leidt.⁷⁹

Na de wijzigingen van de Wet werken aan Winst is renteaftrek in veel belastingbesparende constructies verregaand gecodificeerd in de wet VpB 1969, met name in artikel 10a wet VpB 1969. Hierdoor zal toepassing van *fraus legis* op renteaftrek enkel in uitzonderlijke gevallen van toepassing kunnen zijn.⁸⁰ De Minister van Financiën lijkt in 2006 van mening te zijn dat artikel 10a wet VpB 1969 in bijna alle situaties grondslaguitholling kan voorkomen. Daarmee zou artikel 10a wet VpB 1969 minstens in belangrijke mate tot de verwezenlijking van de door de wetgever beoogde doelstellingen leiden. In deze paragraaf onderzoek ik of dit ook zo is door middel van enkele arresten.

In HR 11 juli 2008 toetste de Hoge Raad de schuld in kwestie (lijfrente) aan de redelijke heffing norm gesteld in artikel 10a wet VpB 1969 en niet aan de norm ontwikkeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad (*fraus legis*). De belanghebbende had in deze zaak recht op verliescompensatie. Vóór invoering van artikel 10a wet VpB 1969 was onder de geldende jurisprudentie van de Hoge Raad ook dan sprake van redelijke heffing.⁸¹ Nu in artikel 10a wet VpB 1969 redelijke heffing niet meer opgaat indien de belastingplichtige verrekenbare aanspraken op verliesverrekening heeft die in het jaar zelf zijn ontstaan of op korte termijn zullen ontstaan, was het mogelijk renteaftrek te weigeren. Dit arrest is een voorbeeld van de doeltreffendheid van artikel 10a wet VpB 1969, met name van de verduidelijking van het begrip redelijke heffing.

In het Italiaanse telecom arrest oordeelde de Hoge Raad dat de belastingplichtige een keuzevrijheid heeft bij het bepalen van de financiering. De belastingplichtige heeft ook een keuzevrijheid ten aanzien van welke vennootschap in het concern de acquisities uitvoert.⁸² Dat de keuze is ingegeven door fiscale motieven doet niet af aan de zakelijkheid van de rechtshandeling.⁸³ In het Mauritius arrest was al bepaald dat ook sprake kan zijn van een zakelijke geldlening indien het concern over voldoende eigen vermogen beschikt.⁸⁴ Zo kon met een beroep op de tegenbewijsregeling van artikel 10a lid 3 wet VpB 1969 de rente toch in aftrek gebracht worden.

De Staatssecretaris van Financiën heeft in het besluit van 25 maart 2013 enkele voorbeelden en goedkeuringen opgenomen over de zakelijkheid van een schuld of rechtshandeling.⁸⁵ In het

⁷⁹ Kamerstukken II 1990/1, 22 008, nr. 2, p. 23.

⁸⁰ Kamerstukken II 2005/6, 30 572, nr. 8, p. 45.

⁸¹ HR 11-07-2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195 (*bankensyndicaat arresten*).

⁸² HR 08-07-2016, ECLI:NL:HR:2016:1350, ro. 2.6.3 (*Italiaans Telecom arrest*).

⁸³ Van den Dool e.a. 2021, p. 179.

⁸⁴ HR 05-06-2015, ECLI:NL:HR:2015:1460, ro. 3.1.3 (*Mauritius arrest*).

⁸⁵ Besluit 25 maart 2013, Nr. BLKB2013/110M.

Begrotingsakkoord 2013 wordt nogmaals herhaald dat artikel 10a wet VpB 1969 een codificatie is van *fraus legis* jurisprudentie en daarmee als doel heeft het handelen in strijd met doel en strekking van de wet met belastingverijdeling als doorslaggevend motief tegen te gaan.⁸⁶ Het bestrijden van alle fiscale motieven (die niet doorslaggevend zijn), is niet het doel geweest van de wetgever. In het Mauritius arrest verwijst de Hoge Raad naar de conclusie van Advocaat-Generaal Wattel die de fiscale en niet-fiscale motieven tegen elkaar afweegt om te bepalen of sprake is van doorslaggevend fiscale motieven.⁸⁷ Toch was de fiscus in het Italiaans Telecom arrest en het Mauritius arrest van mening dat renteaftrek in strijd zou zijn met doel en strekking van de wet. De inspecteur heeft de renteaftrek in beide arresten niet kunnen tegenhouden met een beroep op artikel 10a wet VpB 1969. De conclusie van de Advocaat-Generaal Wattel lijkt mij echter in lijn met doel en strekking van de wet. Mijns inziens is dit hierdoor niet een aanwijzing dat artikel 10a wet VpB 1969 niet voldoende doeltreffend is.

In het Credit-Suisse arrest van 2017 oordeelde de Hoge Raad dat de renteaftrekbeperking van artikel 10a wet VpB 1969 niet van toepassing was.⁸⁸ In paragraaf 2.3.2 is uitgelegd dat onder de destijds geldende wetgeving werd voldaan aan de tegenbewijsregeling indien er sprake was van een externe lening en parallelle tussen de leningen. Er hoefde dan niet meer getoetst te worden aan de zakelijkheid van de besmette handeling. In casu werd de belanghebbende hierdoor niet getroffen door artikel 10a wet VpB 1969, ondanks dat de Hoge Raad oordeelde dat het verijdelingen van belastingheffing het doorslaggevende motief is geweest voor de opgezette constructie.

In deze zaak is de renteaftrek ook aan *fraus legis* getoetst. De Hoge Raad oordeelde dat er geen strijd is met doel en strekking van de wet omdat de rentelasten niet worden afgezet tegen de gekochte winsten. Zo kon de fiscus de renteaftrek niet weigeren op grond van artikel 10a wet VpB 1969 én op grond van *fraus legis*.

Dat de wetgever de wettekst van artikel 10a wet VpB heeft moeten wijzigen om een dergelijk belastingbesparende constructie (inclusief kasrondjes) tegen te gaan, is in mijn ogen een duidelijke aanwijzing dat het artikel niet doeltreffend genoeg was. Daarbij is het feit dat in aanvulling op artikel 10a wet VpB 1969, ook aan *fraus legis* getoetst is, een aanwijzing dat artikel 10a wet VpB 1969 op zichzelf niet voldoende doeltreffend is geweest om winstdrainage te voorkomen.

In het Hunkemöller arrest werd de rente aftrek beperkt op grond van *fraus legis*; hierover volgt meer in hoofdstuk 4.⁸⁹ Aangezien het in deze zaak ging om vier investeringsfondsen die allemaal minder dan een derde gedeelte belang hadden, was er geen sprake van verbondenheid. Hierdoor viel de schuld niet onder het bereik van artikel 10a wet VpB 1969. In werkelijkheid hadden de 4 fondsen echter een centrale beheerder die in het belang van de fondsen de investeringen coördineerde. Dit arrest speelde voor de toevoeging van de samenwerkende groep aan de verbonden lichamen in lid 6 van artikel 10a wet VpB 1969. Sinds 1 januari 2017 valt een dergelijke structuur wel onder het bereik van artikel 10a wet VpB 1969.

De toevoeging van het zesde lid heeft de doeltreffendheid van het artikel bevorderd. Voor de toevoeging van de samenwerkende groep kon een dergelijke private-equity structuur enkel bestreden worden met *fraus legis*. Ook nu ben ik van mening dat het feit dat *fraus legis* noodzakelijk was voor de bestrijding van winstdrainage, een aanwijzing is dat artikel 10a wet VpB 1969 niet voldoende doeltreffend was.

⁸⁶ Kamerstukken 2011/12, II, 33 287, nr. 3, p. 54 (*Wet uitwerking fiscale maatregelen begrotingsakkoord 2013*).

⁸⁷ HR 05-06-2015, ECLI:NL:HR:2015:1460, ro. 4.3 (*Mauritius arrest*).

⁸⁸ HR 21-04-2017, ECLI:NL:HR:2017:638 (*bankensyndicaat arresten / Credit-Suisse*).

⁸⁹ HR 16-07-2021, ECLI:NL:HR:2021:1152 (*Hunkemöller*).

In HR 03 maart 2023 oordeelt de Hoge Raad dat aan een schuld in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen als de voor de externe acquisitie aangewende middelen niet zijn omgeleid.⁹⁰ Dit geldt, anders dan de Staatssecretaris in cassatie beoogt, ook voor andere schulden die onder het bereik van artikel 10a wet VpB 1969 komen. Indien een schuld bij een verbonden lichaam is aangegaan die een financiële spilfunctie vervult binnen het concern, is sprake van in overwegende mate zakelijke overwegingen.⁹¹ In dat geval kan niet van een omleiding worden gesproken. De fiscus heeft echter altijd het standpunt ingenomen dat het ontbreken van een onzakelijke omleiding niet voldoende is om te voldoen aan de tegenbewijsregeling van artikel 10a lid 3 wet VpB 1969.⁹² Volgens De Vries, is dit echter een verkeerd standpunt geweest.⁹³ Wanneer de visie van De Vries gevolgd wordt, is de uitspraak in HR 03 maart 2023 slechts een verduidelijking van de werking van artikel 10a wet VpB 1969 en niet een aanwijzing dat het artikel niet voldoende doeltreffend is.

3.2 Doelmatigheid

Een wet is doelmatig als de wet niet tot onnodige inefficiëntie in de samenleving of bij de overheid leidt. Er mag daarbij niet een te ongunstige verhouding ontstaan tussen de baten en lasten die uit de werking van de wet voortvloeien.⁹⁴

De baten die uit de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 voortvloeien, zijn de positieve belasting opbrengsten. De Staatssecretaris van Financiën geeft in de MVT aan dat de opbrengsten deels van tijdelijke aard zijn.⁹⁵ In binnenlandse verhoudingen voorkomt de renteaftrekbeperking dat oude verliezen door kunstmatige rentestromen in concernverhoudingen eerder gecompenseerd kunnen worden. In buitenlandse verhoudingen ziet de Staatssecretaris een structurele budgettaire opbrengst. In de NnaV geeft de Staatssecretaris wel aan dat zonder nadere maatregelen verwacht mag worden dat bedrijven uit Nederland zullen vertrekken.⁹⁶

De Staatssecretaris van Financiën geeft vervolgens aan dat de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 weinig extra werk zal opleveren voor de belastingdienst.⁹⁷ Waar de Staatssecretaris dit op baseert is niet duidelijk. De positieve belastingopbrengsten en het weinig extra werk betekent voor de overheid een gunstige verhouding tussen de baten en de lasten.

In de NvaV stelt de Minister van Financiën de budgettaire opbrengsten van de Wet werken aan winst op een structurele lastenverlichting voor de overheid van €730 miljoen vanaf 2014.⁹⁸ Voor de ondernemingen zijn de lasten in de periode 2004-2007 echter met €300 miljoen verzwaaard. Deze verzwaring is begrijpelijk wanneer bedacht wordt dat artikel 10a wet VpB 1969 bepaalde rentelasten van aftrek uitsluit. De Wet werken aan Winst voerde echter wijzigingen door voor meerdere artikelen in de vennootschapsbelasting; het is hierdoor moeilijk te kwantificeren wat het effect van artikel 10a wet VpB 1969 alleen is geweest.

Het Ministerie van Financiën heeft sinds de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 geen beleidsevaluatie uitgebracht en geen uitspraak gedaan over de effectiviteit van de antimisbruikbepalingen in de vennootschapsbelasting. Antimisbruikbepalingen hebben voornamelijk

⁹⁰ HR 03-03-2023, ECLI:NL:HR:2023:330, ro. 3.3.3.

⁹¹ HR 03-03-2023, ECLI:NL:HR:2023:330, ro. 3.3.5.

⁹² HR 03-03-2023, ECLI:NL:HR:2023:330, BNB 2023/61, m.nt. De Vries, nt. 6.

⁹³ HR 03-03-2023, ECLI:NL:HR:2023:330, BNB 2023/61, m.nt. De Vries, nt. 6.

⁹⁴ Kamerstukken II 1990/1, 22 008, nr. 2, p. 23.

⁹⁵ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 13.

⁹⁶ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 6.

⁹⁷ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 23.

⁹⁸ Kamerstukken II 2005/6, 30 572, nr. 8, p. 72.

een preventief karakter. Hierdoor is de groep belastingplichtigen die potentieel misbruik maakt niet te identificeren.⁹⁹ De Algemene Rekenkamer concludeert dat uit onderzoek blijkt dat de antimisbruikbepalingen van de vennootschapsbelasting niet altijd leiden tot een toename van de af te dragen vennootschapsbelasting door verliesverrekening.¹⁰⁰ Aangezien dit in lijn is met de winstbepalingen van de wet VpB 1969, zie ik hier geen aanwijzing voor een inefficiëntie die uit de werking van de antimisbruikbepalingen vloeit.

Sinds de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 heeft de wetgever de wettekst herhaaldelijk gewijzigd. Zoals in paragraaf 2.1.1. is uiteengezet, zijn per 1 januari 2007 de grootste wijzigingen doorgevoerd met de Wet werken aan Winst. Kort hierna stelde de Staatssecretaris van Financiën echter weer een wijziging van artikel 10a wet VpB 1969 voor als onderdeel van het Belastingplan 2008 (Overige fiscale maatregelen 2008).¹⁰¹ Zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet besloot de wetgever in 2008 de tegenbewijsregel aan te scherpen door de belastinginspecteur de mogelijkheid te bieden om alsnog de rente van aftrek uit te sluiten in het geval er een compenserende heffing aanwezig is indien hij van mening is dat aan de schuld of rechtshandeling geen in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs verklaart in een persbericht dat vanuit een oogpunt van rechtszekerheid het onverantwoord is om nieuwe wijzigingen in de renteaftrekmaatregelen door te voeren, zo kort na inwerkingtreding van de Wet werken aan Winst. Nederland loopt hiermee risico internationaal het imago van een land met een onvoorspelbaar fiscaal beleid te krijgen. Ook heeft de belastingrechter in de vennootschapsbelasting geen kans om op een consistente manier vorm te geven aan de rechtspraak op het gebied van de winstdrainageproblematiek.¹⁰² De wijzigingen zijn desondanks toch doorgevoerd.

Per 1 januari 2017 is de wettekst van artikel 10a wet VpB 1969 gewijzigd met de toevoeging van de samenwerkende groep aan lid 6. Naar aanleiding van het Credit-Suisse arrest is per 1 januari 2018 de wettekst vervolgens weer gewijzigd. Zoals in paragraaf 3.1 is uitgezet heeft de wijziging het gevolg gehad dat ook in het geval een schuld feitelijk is verschuldigd aan een derde, de zakelijkheid van de rechtshandeling aannemelijk gemaakt moet worden. Hiermee is de bewijslast van een schuld die feitelijke verschuldigd is aan een derde, verzaamd voor een belastingplichtige. De inspecteur heeft hiermee echter een mindere grote last in de uitvoering.

Als laatste is aan artikel 10a wet VpB 1969 per 1 januari 2021 lid 8 toegevoegd die de toepassing van lid 1 uitsluit indien de toepassing van het eerste lid tot een lagere winst zou leiden.¹⁰³

Artikel 10a wet VpB 1969 is onder andere ingevoerd om de duidelijkheid en rechtszekerheid op het gebied van winstdrainage te vergroten.¹⁰⁴ Met deze bepaling is beoogd de kleine groep belastingplichtigen die de grenzen opzoeken, te treffen. Artikel 10a wet VpB 1969 geeft aan waar deze grenzen liggen.¹⁰⁵ Als deze grenzen regelmatig en op korte termijn achter elkaar worden aangepast, is van een vergrote rechtszekerheid en duidelijkheid geen sprake meer. Aangezien er ook geen overgangstermijn is getroffen in 1996 en bij de wijziging na het Belastingplan 2008, levert dit grote inefficiëntie op in de samenleving. Belastingplichtigen hebben zonder een overgangstermijn namelijk weinig tijd om op de veranderingen te reageren.

⁹⁹ Kamerstukken II 2020/21, 25 087, nr. 272, p. 7.

¹⁰⁰ Kamerstukken II 2020/21, 25 087, nr. 272, p. 7.

¹⁰¹ Kamerstukken I 2007/8, 31 206, nr. 2.

¹⁰² 'Persbericht; Opnieuw verslechtering investeringsklimaat', nob.net, 09-11-2007.

¹⁰³ Kamerstukken II 2020/21, 35 572, nr. 12, p. 1.

¹⁰⁴ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3, p. 11.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2011/2, 33 287, nr. 3, p. 54.

In de NnaV stelt de Staatssecretaris van Financiën geen overgangstermijn te willen bieden. Een overgangstermijn zou volgens de Staatssecretaris een vrijbrief zijn voor de situaties die met artikel 10a wet VpB 1969 bestreden worden.¹⁰⁶ Hetzelfde argument komt in de MvT naar voren.¹⁰⁷ Bovendien is volgens de Staatssecretaris van Financiën de onmiddellijke werking van de gewijzigde renteaftrekbepaling voor de Belastingdienst het meest eenvoudig in de uitvoering.

Een mogelijkheid voor de belastingplichtige met activiteiten in het buitenland, is om een Advance Tax Ruling aan te vragen bij de Belastingdienst. Een Advance Tax Ruling geeft zekerheid vooraf over de Nederlandse fiscale gevolgen van een transactie of concernstructuur. Zowel de Belastingdienst als de aanvrager zijn gebonden aan de ruling, tenzij de feiten en omstandigheden niet overeenkomen met de ruling. Sinds 2019 is het echter moeilijker geworden om een ruling te krijgen voor bedrijven die hun concernstructuur uit fiscale overwegingen hebben opgezet.¹⁰⁸ Ook dit draagt bij aan de onzekerheid bij belastingplichtigen.

3.3 Deelconclusie

In veruit de meeste gevallen waarin sprake is van gekunstelde belastingconstructies die het doel hebben belasting te verijdelen, is de toepassing van artikel 10a wet VpB 1969 effectief geweest. In enkele gevallen, waarbij belastingplichtigen de grenzen op innoverende wijze hebben opgezocht, heeft dit artikel de rente niet van aftrek kunnen uitsluiten. Het doel van artikel 10a wet VpB 1969 is om renteaftrek te voorkomen in gevallen waarbij belastingplichtigen de grenzen opzoeken. In dat opzicht is artikel 10a wet VpB 1969 niet altijd even doeltreffend geweest. Dit lijkt na een onderzoek naar de gewezen arresten op het gebied van winstdrainage wel een klein deel van de belastingplichtigen te zijn. Over het algemeen is artikel 10a wet VpB 1969 dus doeltreffend geweest.

De invoering van artikel 10a wet VpB 1969 heeft positieve belastingopbrengsten met zich meegebracht. Uitvoeringstechnisch heeft dit niet tot veel extra werk geleid bij de Belastingdienst. In de parlementaire stukken wordt zelfs gesproken van een lastenverlichting bij de overheid. Voor de overheid constateer ik een gunstige verhouding tussen de baten en lasten die uit de werking van artikel 10a wet VpB 1969 voortvloeien. Aan de kant van de overheid is artikel 10a wet VpB 1969 doelmatig geweest.

In dit hoofdstuk is uiteengezet dat de wetgever sinds de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 de wet herhaaldelijk heeft moeten wijzigen om renteaftrek in gekunstelde belastingconstructies effectief tegen te gaan. Deze wijzigingen hebben de doeltreffendheid van het artikel bevorderd. De vele wijzigingen hebben elkaar echter in korte tijd opgevolgd, wat de rechtszekerheid niet ten goede is gekomen. Belastingplichtigen kunnen namelijk in een veranderlijk fiscaal klimaat niet met zekerheid zeggen waar ze aan moeten voldoen om de rente in aftrek te kunnen brengen. Nu de mogelijkheid om zekerheid vooraf te vragen, sinds 2019 beperkt is, is sprake van grotere onzekerheid. Aan de kant van ondernemingen en belastingadviseurs heeft dit voor een lastenverzwaring gezorgd. Dit wijst op inefficiëntie. Naar mijn mening is artikel 10a wet VpB 1969 dan ook niet doelmatig.

¹⁰⁶ Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5, p. 13.

¹⁰⁷ Kamerstukken II 2016/7, 34 552, nr. 3, p. 31.

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2020/21, 25 087, nr. 272, p. 4 en p. 14.

4. Fraus Legis en winstdrainage

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt deelvraag 3 beantwoord: wanneer wordt fraus legis toegepast? Om deelvraag 3 te beantwoorden wordt ten eerste fraus legis inhoudelijk behandeld. Vervolgens wordt het ontstaan van de fraus legis leer en de toepassing van fraus legis bij winstdrainage aan de hand van fraus legis jurisprudentie besproken. In paragraaf 3.4 wordt hierna deelvraag 4 beantwoord: wanneer wordt na invoering van artikel 10a wet VpB 1969 fraus legis nog toegepast? Tot slot volgt een deelconclusie.

4.2 Ontstaan van fraus legis

Tot de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 werd winstdrainage door de fiscus bestreden met het leerstuk van wetsontduiking (fraus legis). Met het leerstuk van fraus legis kan de fiscus belasting heffen indien de belastingplichtige voldoet aan de letter van de wet maar niet aan het doel van de wet. Fraus legis is een bijzonder rechtsmiddel dat kan worden toegepast indien belastingverijdeling het doorslaggevende motief van een belastingplichtige is (het motiefvereiste) en aanvaarding van de fiscale gevolgen in strijd met doel en strekking van de wet komt (het normvereiste).¹⁰⁹ Aan beide vereisten moet zijn voldaan om fraus legis toe te kunnen passen.

Strijd met doel en strekking van de wet moet worden bepaald naar specifieke bepalingen.¹¹⁰ Belasting wordt namelijk geheven op de voet van specifieke bepalingen. Doel en strekking van die specifieke bepalingen kunnen mede bepaald worden door het systeem van de wet.

In het driedagen arrest werd fraus legis voor het eerst in het belastingrecht toegepast.¹¹¹ Alhoewel het hier gaat om een uitspraak in de Successiewet, legt de Hoge Raad in dit arrest de grondslag voor de toepassing van de leer van de fraus legis neer. De Hoge Raad oordeelde dat de gekozen overeenkomst geen andere bedoeling had dan de toepassing van artikel 11 Successiewet 1956 (oud), de betaling van successierechten, te verijdelen. Indien de in fraudem legis gepleegde handeling geaccepteerd zou worden, zou strijd met doel en strekking van de wet optreden.¹¹² Hier zien we het motiefvereiste en de normvereiste naar voren komen.

In HR 21 november 1984 bevestigt de Hoge Raad volgens De Werd het leerstuk van fraus legis zoals neergelegd in het driedagen arrest.¹¹³ De Hoge Raad oordeelt dat sprake is van fraus legis indien belastingbesparing het enige of volstrekt overwegende motief is voor het sluiten van de transacties, de transacties buiten het fiscale voordeel geen reële betekenis hebben, en strijd met doel en strekking van de wet optreedt indien aftrek wordt verleend.¹¹⁴

In het arrest van HR 26 april 1989 accepteerde de Hoge Raad volgens Nieuweboer voor het eerst het beroep van de fiscus op het leerstuk van de wetsontduiking in relatie tot de renteaftrekbepaling.¹¹⁵¹¹⁶ In feite is dit arrest gewezen met toepassing van richtige heffing (artikel 31 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen). Richtige heffing is van toepassing als een (complex van samenhangende) rechtshandelingen het gevolg hebben dat belastingheffing geheel of ten dele achterwege blijft, verijdeling van belastingheffing de (doorslaggevende) reden is geweest, en strijd

¹⁰⁹ Marres 2020, par. 3.2.1.

¹¹⁰ Marres 2020, par. 3.3.1.

¹¹¹ HR 26-05-1926, ECLI:NL:HR:1926:78 (*driedagen arrest*).

¹¹² HR 26-05-1926, ECLI:NL:HR:1926:78, p. 3 (*driedagen arrest*).

¹¹³ De Werd, in: *Cursus Belastingrecht* FBR.7.4.2 (online, bijgewerkt 03-02-2023).

¹¹⁴ HR 21-11-1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603, ro. 4.1.

¹¹⁵ HR 26-04-1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024.

¹¹⁶ Nieuweboer, in: *Cursus Belastingrecht*, Vpb 2.3.A.b (online, bijgewerkt 20 april 2023).

met strekking van fiscale wetgeving plaats vindt.¹¹⁷ Met de uitspraak van HR 21 november 1984 werd duidelijk dat de voorwaarden voor toepassing van richtige heffing gelijk zijn aan die voor toepassing van *fraus legis* en dat *fraus legis* van toepassing is wanneer richtige heffing van toepassing is. Richtige heffing en *fraus legis* beogen hetzelfde.¹¹⁸ Aangezien de toepassingsmogelijkheden van *fraus legis* ruimer zijn, wordt richtige heffing ook niet meer toegepast.¹¹⁹ Hierdoor ga ik in dit onderzoek niet verder in op de richtige heffing leer.

In HR 26 april 1989 verkocht een Antilliaanse moedervenootschap haar Nederlandse dochtervenootschap aan haar Nederlandse tussenholding. De koopsom werd grotendeels schuldig gebleven. De Hoge Raad overwoog dat geen wezenlijke verandering had plaatsgevonden in de vermogenspositie van de dochter. Er was ook geen sprake van een wijziging in het belang of zeggenschap van de moeder in de dochter. Ten slotte leidde de constructie ertoe dat de heffing van vennootschapsbelasting door aftrek van rente herhaaldelijk en naar willekeur verijdeld kon worden.¹²⁰ Dit gevolg was volgens de Hoge Raad in strijd met doel en strekking van de wet. Het was namelijk niet de bedoeling van de wetgever om renteaftrek toe te staan voor geldleningen die geen zakelijk belangen dienen.¹²¹ Met het arrest van HR 26 april 1989 kwam vast te staan dat het leerstuk van wetsontduiking ook in de vennootschapsbelasting toegepast kon worden.

De vier arresten van 10 maart 1993 verduidelijkten de denklijn van de Hoge Raad, met name het begrip compenserende heffing.¹²² De Hoge Raad stelde dat de rente aftrekbaar was indien de daartegenover staande rentebaten in een compenserende heffing werden betrokken.¹²³ De compenserende heffing definieerde de Hoge Raad als een adequaat belastingtarief, maar ook een adequate belastinggrondslag. Een buitenlandse heffing gold ook als een compenserende heffing indien het naar Nederlandse maatstaven als redelijk was aan te merken.¹²⁴ Het feit dat rentebaten wegvallen tegen compensabele verliezen maakte niet dat de heffing niet meer als compenserend werd gezien.¹²⁵¹²⁶ In paragraaf 2.3.2 is te lezen dat de wetgever de compenserende heffing maar ten dele heeft gecodificeerd in artikel 10a wet Vpb 1969.

De Hoge Raad oordeelde dat een rechtstreeks historisch verband tussen de lening en de interne verhangings, de kapitaalstorting of de dividenduitkering (de besmette rechtshandeling) noodzakelijk was voor toepassing van *fraus legis*.¹²⁷ De *fraus legis* denklijn neergelegd in de 10 maart arresten. zette de Hoge Raad voort in een latere reeks arresten uit 1995.¹²⁸ In deze arresten uit 1995 besloot de Hoge Raad verder dat ook sprake was van compenserende heffing indien die compenserende heffing bij een ander dan de schuldeiser plaatsvond.¹²⁹

In dezelfde reeks arresten van 1995 besloot de Hoge Raad (met name in het Bovag arrest) dat renteaftrek geweigerd kan worden bij een schuld die samenhangt met een besmette handeling

¹¹⁷ Niessen 1984, ond. Richtige heffing.

¹¹⁸ HR 21-11-1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603, BNB 1985/32, m. nt. Hofstra, nt. 1.

¹¹⁹ De Werd, in: *Cursus Belastingrecht* FBR.7.4.2 (online, bijgewerkt 03-02-2023).

¹²⁰ Nieuweboer, in: *Cursus Belastingrecht*, Vpb 2.2.3.A.b. (online, bijgewerkt 20 april 2023).

¹²¹ HR 26-04-1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, ro. 4.3.3.

¹²² HR 10-03-1993, nr. 27 295, 27 992, 28 139, 28 484, BNB 1993/194-197.

¹²³ HR 10-03-1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5281, ro. 3.2 (*10 maart arresten*).

¹²⁴ Van den Dool e.a. 2021, p. 162.

¹²⁵ HR 10-03-1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5286, ro. 3.4.2 (*10 maart arresten*).

¹²⁶ Alhoewel twee van de vier 10 maart arresten gewezen werden met toepassing van richtige heffing en niet *fraus legis*, is hierboven te lezen dat *fraus legis* ook van toepassing is wanneer richtige heffing van toepassing is.

¹²⁷ M. Nieuweboer, *Cursus Belastingrecht Vpb*. Winstdrainage door renteaftrek (art. 10a), Vpb 2.2.3.A.b.

¹²⁸ HR 23-8-1995, nr. 29 251, BNB 1996/3; HR 6-9-1995, nr. 27 927, BNB 1996/4 (*Bovag arrest*); HR 20-9-1995, nr. 29 737, BNB 1996/5 en HR 27-9-1995, nr. 30 400, BNB 1996/6.

¹²⁹ HR 20-09-1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682, ro. 3.5 (*Plc arrest*).

indien aan het samenstel van rechtshandelingen geen of in ondergeschikte mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, of in dat samenstel rechtshandelingen zijn begrepen die niet noodzakelijk zijn en leiden tot willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing.¹³⁰ Het noodzakelijkheids criterium en het willekeurvereiste zijn samen met het gekunsteldheidsvereiste de voorwaarden van de meerwegenleer, volgens De Vries de meest ultieme variant van *fraus legis*.¹³¹

De meerwegenleer houdt in dat de belastingplichtige weliswaar de vrijheid heeft om zijn activiteiten op een bepaalde manier te financieren, maar deze vrijheid wordt beperkt indien zakelijke motieven ontbreken en strijd met doel en strekking van de wet optreedt.¹³² Naast het motief- en normvereiste, zijn voor toepassing van de meerwegenleer niet-noodzakelijke rechtshandelingen die resulteren in een willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing vereist.¹³³

Zoals in hoofdstuk 2 besproken is de bovenstaande jurisprudentie gecodificeerd in artikel 10a wet VpB 1969 met ingang van 1 januari 1997. Deze jurisprudentie is tegelijkertijd tevens in een voor de fiscus meer gunstige richting bijgesteld.

4.3 *Fraus legis* na invoering artikel 10a wet VpB 1969

In paragraaf 2.1 is uitgelegd dat artikel 10a wet VpB 1969 een codificatie en aanscherping van de *fraus legis* jurisprudentie is. Ook na invoering van artikel 10a wet VpB 1969 heeft *fraus legis* nog betekenis aangezien het artikel een codificatie van de *fraus legis* jurisprudentie is. Volgens Marres kan de jurisprudentie een leidraad zijn bij de interpretatie van artikel 10a wet VpB 1969, voor zover het artikel op grond van de wettekst of de toelichting niet afwijkt van de jurisprudentie.¹³⁴

In HR 11 juli 2008 kon een rente op een lijfrenteverplichting niet in aftrek beperkt worden door artikel 10a wet VpB 1969 (oud) aangezien een lijfrenteverplichting geen geldlening is.¹³⁵ De rente werd wel in aftrek beperkt door een geslaagd beroep op *fraus legis*. De Hoge Raad toetst in dit arrest of de lijfrente in een compenserende heffing als bedoeld in artikel 10a lid 3 onderdeel b wet VpB 1969 wordt betrokken. Artikel 10a wet VpB 1969 was echter niet van toepassing. Volgens Marres toetst de Hoge Raad hier of er strijd is met doel en strekking van artikel 10a wet VpB 1969 zelf, en niet met het systeem van de wet (artikel 8 wet VpB 1969 jo. 3.8 wet IB 2001).¹³⁶ Indien er strijd is met doel en strekking van artikel 10a wet VpB 1969, afgezien van het feit of aan de letter van de wet wordt voldaan, lijkt het mogelijk om aan de aangescherpte redelijke heffingsnorm van artikel 10a wet VpB 1969 te toetsen.

De Hoge Raad spreekt zich in HR 11 juli 2008 nog uit over de vraag of *fraus legis* nog toegepast kan worden na invoering van artikel 10a wet VpB 1969. Dat kan, naar het oordeel van de Hoge Raad, in dezelfde gevallen wanneer artikel 10a wet VpB 1969 volgens de geldende interpretatiemethoden toepassing mist.¹³⁷ *Fraus legis* kan echter niet toegepast worden indien de wetgever bepaalde toepassings- of ontgaansmogelijkheden heeft of had moeten voorzien en heeft verzuimd deze mogelijkheden ongedaan te maken. Dit betekent dat in (door de wetgever niet voorziene) winstdrainage situaties die onder het bereik van artikel 10a wet VpB 1969 zouden vallen, maar die niet getroffen worden door het artikel door een kunstmatige omzeiling, *fraus legis* nog kan worden

¹³⁰ HR 6-9-1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, ro. 3.2.4. (*Bovag arrest*).

¹³¹ HR 16-07-2021, ECLI:NL:HR:2021:1152, BNB 2021/137, m.nt. De Vries (*Hunkemöller*), nt. 1.

¹³² O.C.R. Marres 2020, par. 3.5.

¹³³ HR 16-07-2021, ECLI:NL:HR:2021:1152, BNB 2021/137, m.nt. De Vries (*Hunkemöller*), nt. 2.

¹³⁴ Marres 2020, par. 3.5.

¹³⁵ HR 11-07-2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195 (*bankensyndicaat arresten*).

¹³⁶ Marres 2020, par. 3.3.3.

¹³⁷ HR 11-07-2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195, ro. 5.19 (*bankensyndicaat arresten*).

toegepast.¹³⁸ Zo kan met toepassing van *fraus legis* tot een ruimere werking van artikel 10a wet VpB 1969 worden overgegaan.

Het is mogelijk om *fraus legis* toe te passen in situaties die niet onder het bereik van art 10a VpB 1969 vallen.¹³⁹ De wetgever heeft met de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 namelijk niet beoogd om een limitatieve regeling voor winstdrainage situaties te treffen.¹⁴⁰ In de NnaV geeft de Minister van Financiën aan toepassing van *fraus legis* niet uit te sluiten. Na de vergaande codificering van de *fraus legis* jurisprudentie in de wet VpB, kan *fraus legis* in uitzonderlijke gevallen nog van toepassing zijn.¹⁴¹ In de bankensyndicaat arresten is door de Hoge Raad bevestigd dat artikel 10a wet VpB 1969 niet aan de toepassing van *fraus legis* in de weg staat.¹⁴² Dit is later nogmaals bevestigd in HR 21 april 2017 en HR 9 juli 2021.¹⁴³

In het Hunkemöller arrest deed zich een externe overname voor.¹⁴⁴ De overname werd gedaan door vier investeringsfondsen. De overnamestructuur was zo opgezet dat elk van de vier investeringsfondsen minder dan een derde gedeelte belang had. Hierdoor werd niet voldaan aan de verbondenheidseis van artikel 10a lid 4 wet VpB 1969. De rente viel als gevolg niet onder het bereik van artikel 10a wet VpB 1969 (oud). In werkelijkheid hadden de vier fondsen echter een centrale beheerder die in het belang van de fondsen de investeringen coördineerde. Bovendien werd de overgenomen vennootschap in een fiscale eenheid gevoegd.

In het Hunkemöller arrest behandelt de Hoge Raad artikel 10a wet VpB 1969 geheel niet, in tegenstelling tot het Hof Amsterdam. Het Hof toetst aan zowel artikel 10a wet VpB 1969 als *fraus legis* tegelijk. De Hoge Raad oordeelt dat niet alleen aan het motief- en normvereiste van *fraus legis* is voldaan, maar dat daarbij ook aan de voorwaarden beschreven in paragraaf 4.1 voor de toepassing van de meerwegenleer is voldaan.¹⁴⁵

De Hoge Raad oordeelt in HR 17 december 2004 dat noch de omstandigheid dat ook eigen vermogen aangewend kon worden, noch de omstandigheid dat de (fictieve) rente in het buitenland niet in de heffing is betrokken, strijdigheid betekent met doel en strekking van de wet.¹⁴⁶ Waar in HR 17 december 2004 de Hoge Raad het ontbreken van de compenserende heffing geen reden vond om het beroep op *fraus legis* toe te staan, neemt de Hoge Raad in het Hunkemöller arrest de compenserende heffing wel mee in zijn overweging om de meerwegenleer toe te passen. Volgens De Vries is de verklaring voor dit verschil het feit dat in het Hunkemöller arrest een fiscale eenheid tot stand kwam met de overgenomen dochter en dat het omzetten van het eigen vermogen in vreemd vermogen geen wezenlijke verandering heeft gebracht in de vermogensposities van de investeringsfondsen.¹⁴⁷

Met het aangaan van de fiscale eenheid kwam de rente in mindering op de winsten van de overgenomen Hunkemöller vennootschappen. In HR 17 december 2004 kwam de rente in aftrek bij de overnemende holding zelf. Hier zit een fiscaal voordeel in, maar niet een dat naar willekeur en herhaaldelijk toegepast kan worden zoals het geval is in de Hunkemöller zaak. De winst van de

¹³⁸ Marres 2020, par. 3.5.

¹³⁹ Kamerstukken II 2005/6, 30 572, nr. 8, p.45.

¹⁴⁰ Marres 2020, par. 3.5.

¹⁴¹ Kamerstukken II 2005/6, 30 572, nr. 8, p. 45.

¹⁴² HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073, HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638 (*bankensyndicaatarresten / Credit-Suisse*).

¹⁴³ Hoge Raad 21-04-2017, ECLI:NL:HR:2017:638 en Hoge Raad 9-07-2021, ECLI:NL:HR:2021:1102.

¹⁴⁴ HR 16-07-2021, ECLI:NL:HR:2021:1152 (*Hunkemöller*).

¹⁴⁵ HR 16-07-2021, ECLI:NL:HR:2021:1152, r.o. 4.2.7 en 4.2.8 (*Hunkemöller*).

¹⁴⁶ HR 17-12-2004, ECLI:NL:HR:2004:AP6652, ro. 3.2.

¹⁴⁷ HR 16-07-2021, ECLI:NL:HR:2021:1152 (*Hunkemöller*), BNB 2021/137, m. nt. De Vries, nt. 11.

overname holding is namelijk niet onbeperkt. Het omzetten van eigen vermogen in vreemd vermogen waarbij de rentebaten onbelast zijn in het buitenland en de rentelasten in Nederland in aftrek komen op de winst van de overgenomen vennootschap via de fiscale eenheid, kan wel op elk willekeurig moment herhaald worden.¹⁴⁸

In HR 17 december 2004 werd daarbij de meerwegenleer niet getoetst omdat volgens de A-G in het algemeen aan externe verwervingen reële transacties ten grondslag liggen waarbij wezenlijke verandering in vermogenspositie en zeggenschap optreedt. In het Hunkemöller arrest stond in cassatie vast dat geen wezenlijke verandering had plaatsgevonden.¹⁴⁹

In paragraaf 3.1 is uiteengezet dat volgens de Hoge Raad in HR 3 maart 2023 voor alle artikel 10a wet VpB 1969 rechtshandelingen geldt dat als sprake is van een zakelijke rechtshandeling, de daarmee verband houdende schuld in beginsel zakelijk is wanneer geen onzakelijke omleiding plaatsvindt.¹⁵⁰ In hetzelfde arrest oordeelt de Hoge Raad dat indien de belastingplichtige een succesvol beroep doet op de dubbele zakelijkheidstoets, daarmee is uitgesloten dat wordt voldaan aan het motiefvereiste voor toepassing van *fraus legis*.¹⁵¹ De rente kan in dat geval niet alsnog worden geweigerd door een beroep op *fraus legis*.

Fraus legis kan niet altijd worden toegepast. Indien een belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, is uitgesloten dat aan het motiefvereiste van *fraus legis* is voldaan voor dezelfde schuld en rechtshandeling.¹⁵² *Fraus legis* kan ook niet toegepast worden indien de wetgever bepaalde toepassings- of ontgaansmogelijkheden heeft of had moeten voorzien en heeft verzuimd deze mogelijkheden ongedaan te maken. Als de mogelijkheid tot het ontgaan van belastingen inherent is tot het systeem van belastingheffing (zoals ingeval van het Bosal gat), is ook niet voldaan aan strijd met doel en strekking van de wet.¹⁵³ In dat geval is toepassing van *fraus legis* niet mogelijk. Tot slot is *fraus legis* niet mogelijk indien het rechtsgevolg met toepassing van regelgeving voorkomen had kunnen worden.¹⁵⁴ Indien de fiscus op een andere wijze renteaftrek kan weigeren, bijvoorbeeld door toepassing van artikel 10a wet VpB 1969, kan een beroep op *fraus legis* niet slagen. Wanneer artikel 10a wet VpB 1969 niet van toepassing is door een kunstmatige omzeiling van het artikel, kan wel een beroep op *fraus legis* gedaan worden.

4.4 Deelconclusie

Fraus legis is een bijzonder rechtsmiddel dat kan worden toegepast indien belastingverijdeling het doorslaggevend motief van een belastingplichtige is (het motiefvereiste) en aanvaarding van de fiscale gevolgen in strijd met doel en strekking van de wet komt (het normvereiste).¹⁵⁵ Aan beide vereisten moet zijn voldaan om *fraus legis* toe te kunnen passen.

Na de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 kan *fraus legis* nog in uitzonderlijke gevallen van winstdrainage toegepast worden. Renteaftrek kan op grond van *fraus legis* beperkt worden indien een belastingplichtige (door een omzeiling) niet voldoet aan lid 1 van artikel 10a wet VpB 1969 maar wel in strijd met doel en strekking van de wet handelt. Met toepassing van *fraus legis* kan in deze situatie zelfs aan de norm in artikel 10a wet VpB 1969 getoetst worden.

¹⁴⁸ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152 (*Hunkemöller*), BNB 2021/137, m. nt. De Vries, nt. 11.

¹⁴⁹ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152 (*Hunkemöller*), BNB 2021/137, m. nt. De Vries, nt. 12.

¹⁵⁰ HR 03-03-2023, ECLI:NL:HR:2023:330, ro. 3.3.3.

¹⁵¹ HR 03-03-2023, ECLI:NL:HR:2023:330, ro. 3.6.3.

¹⁵² *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet VPB 1969, aant. 1.7.3 (online, bijgewerkt 24-05-2023).

¹⁵³ Marres 2020, p. 66-73.

¹⁵⁴ HR 25-10-2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7846, ro. 4.3.

¹⁵⁵ Marres 2020, par. 3.2.1.

De fiscus kan gelijktijdig een beroep doen op artikel 10a wet VpB 1969 én op fraus legis om rente van aftrek te beperken, zoals in het Hunkemöller arrest.

Tot slot kan fraus legis toegepast worden op situaties die artikel 10a wet VpB 1969 niet bestrijdt maar waarbij wel grondslaguitholling plaatsvindt.

Fraus legis kan niet worden toegepast indien een belastingplichtige de zakelijkheid van de schuld en rechtshandeling aannemelijk maakt. Fraus legis kan ook niet toegepast worden indien de wetgever voorziene ontgaansmogelijkheden niet ongedaan heeft gemaakt. Fraus legis kan ook niet worden toegepast als de mogelijkheid tot het ontgaan van belastingen inherent is aan het systeem van belastingheffing. Tot slot kan fraus legis niet worden toegepast indien renteaftrek ook door middel van de wetgeving voorkomen had kunnen worden.

5. Fraus legis en rechtszekerheid

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op deelvraag 5: is er met de toepassing van fraus legis in de jurisprudentie nog sprake van een vergrote rechtszekerheid? Om deelvraag 5 te kunnen beantwoorden wordt allereerst een definitie van rechtszekerheid gegeven. Vervolgens wordt aan de hand van annotaties onderzocht wat de meningen over de invloed van fraus legis op de rechtszekerheid zijn. Tot slot volgt een deelconclusie.

5.2 De invloed van fraus legis op de rechtszekerheid

In hoofdstuk 4 is uiteengezet dat fraus legis onder andere toegepast kan worden indien artikel 10a wet VpB 1969 volgens de geldende interpretatiemethoden toepassing mist.¹⁵⁶ De opvattingen over wat de juiste interpretatiemethode is, verschilt in de literatuur.¹⁵⁷ Fraus legis komt in beeld nadat de geldende interpretatiemethoden leiden tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg volgens de rechter.¹⁵⁸ De fiscus moet wel een uitdrukkelijk beroep op fraus legis gedaan hebben.

In het belastingrecht moet de belastingheffing op de formele wet steunen.¹⁵⁹ De verplichtingen voor de belastingplichtige moeten in voldoende mate kenbaar zijn uit de formele wet. Dit is het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel kan als het fundament voor het rechtszekerheidsbeginsel beschouwd worden.¹⁶⁰ Het rechtszekerheidsbeginsel gebiedt dat voorschriften en besluiten duidelijk zijn geformuleerd en de betekenis ervan niet van de uitleg van een ander afhankelijk is.¹⁶¹ Daarnaast houdt het rechtszekerheidsbeginsel in dat wetten niet met terugwerkende kracht ten nadele van de burger mogen komen en dat een behoorlijke overheid onder omstandigheden overgangsrecht moet aanbieden.¹⁶²

Fraus legis is zoals eerder in deze scriptie vermeld een bijzonder rechtsmiddel, waarmee recht kan worden gesproken buiten de wettekst. In principe vormt dit leerstuk hierdoor een inbreuk op de rechtszekerheid van belastingplichtigen.¹⁶³ Eveneens vormt het een inbreuk op het legaliteitsbeginsel in het belastingrecht. De belastingplichtige moet kunnen vertrouwen op de (tekst van) fiscale regelgeving.

Volgens De Vries betekent toepassing van fraus legis binnen de complexe antiwinstdrainage regelgeving een additionele inbreuk op de rechtszekerheid.¹⁶⁴ Door middel van fraus legis wordt namelijk een rechtshandeling onder het bereik van een bepaalde regeling gebracht, terwijl deze naar de wettekst er niet onder valt.

Tegenover het belang van de rechtszekerheid staat het belang van het heffen van de belasting die naar doel en strekking van de wet is verschuldigd.¹⁶⁵ In hoofdstuk 2 is beschreven hoe grondslaguitholling leidt tot een oneerlijke verschuiving van fiscale lasten. Deze verschuiving is een rechtvaardigingsgrond voor het toepassen van fraus legis in winstdrainage situaties die niet met artikel 10a wet VpB 1969 bestreden kunnen worden. Voordat op toepassing van fraus legis

¹⁵⁶ Grammaticale, wethistorische, wet systematische en teleologische uitleg van rechtsregels.

¹⁵⁷ Marres 2008, par. 4.3.

¹⁵⁸ De Vries & Chrispijn 2022, par. 2.

¹⁵⁹ Marres 2008, par. 4.3.

¹⁶⁰ Artikel 104 Grondwet.

¹⁶¹ Stijnen 2011, p. 263.

¹⁶² Poelmann, in: *Cursus Belastingrecht* FBR.4.1.1.B (online, bijgewerkt 06-01-2023).

¹⁶³ De Vries & Chrispijn 2022, par. 2.

¹⁶⁴ De Vries 2010, par. 2.1.

¹⁶⁵ Marres 2008, par. 5.1.

overgegaan wordt, dient er een zorgvuldige afweging gemaakt te worden tussen de rechtszekerheid en de rechtvaardigheid. Als ultimum remedium hoort *fraus legis* slechts in uitzonderlijke situaties, waar de grenzen door belastingplichtigen duidelijk zijn overschreden, toegepast te worden.¹⁶⁶ Ook de rechter hoort deze afweging zorgvuldig te maken. Dit betekent onder andere dat de rechter *fraus legis* niet toepast wanneer de fiscus geen beroep op het leerstuk doet.¹⁶⁷

De opvatting van de Minister van Financiën dat *fraus legis* enkel in uitzonderlijke gevallen toegepast moet worden, lijkt een voorzichtige benadering in te houden.¹⁶⁸ Na de invoering van artikel 10a wet VpB 1969 is volgens Redactie Vakstudie Nieuws *fraus legis* ook lange tijd met grote behoedzaamheid toegepast.¹⁶⁹ Volgens De Vries werd na BNB 2005/169 in de literatuur zelfs het einde van de meerwegenleer aangekondigd.¹⁷⁰

Volgens De Vries en Chrispijn lijkt de Staatssecretaris van Financiën zich in het artikel 10a-beleidsbesluit van 10 februari 2022 echter niet aan te sluiten bij deze terughoudende benadering.¹⁷¹ De Staatssecretaris stelt in het besluit dat rentelasten op grond van *fraus legis* niet aftrekbaar kunnen zijn, ook in situaties waar sprake is van zakelijke doeleinden indien rechtshandelingen worden gebezigd die niet noodzakelijk zijn.¹⁷² Daarnaast kan *fraus legis* van toepassing zijn als rentelasten worden afgezet tegen gekochte winsten of op een andere manier gekunsteld tot stand zijn gekomen. Een eventuele compenserende heffing of een extern aangegane lening staan daar niet aan in de weg. In deze opvattingen lijken het gekunsteldheidsvereiste en het noodzakelijkheids criterium van de meerwegenleer terug te komen. De Vries en Chrispijn leiden hieruit af dat de Staatssecretaris van mening is dat *fraus legis* toegepast kan worden in situaties waarin voldaan wordt aan de tegenbewijsregeling van artikel 10a lid 3 wet VpB 1969 maar sprake is van gekunsteldheid en niet noodzakelijke handelingen.¹⁷³ Een besluit kan de betekenis en parlementaire geschiedenis van artikel 10a wet VpB 1969 echter niet wijzigen. De parlementaire geschiedenis heeft het enkel over de uitzonderlijke gevallen.¹⁷⁴

Gezien het feit dat de wetgever de tegenbewijsregeling in lid 3 van artikel 10a wet VpB 1969 heeft opgenomen, heeft de wetgever een keuze gemaakt renteaftrek toe te staan indien belastingplichtigen aan de voorwaarden van dat lid voldoen. In dat geval is geen sprake van uitzonderlijke situatie zoals bedoeld in de parlementaire geschiedenis. Zoals in paragraaf 2.2 uiteengezet geldt sinds 2008 de compenserende heffing nog als bewijsvermoeden en kan de inspecteur aannemelijk maken dat ondanks de compenserende heffing geen sprake is van zakelijke motieven. Indien de belastingplichtige zich desondanks succesvol beroept op de tegenbewijsregelingen, zou *fraus legis* niet toegepast moeten worden. Mijns inziens is dan sprake van een inbreuk op de rechtszekerheid die niet in verhouding staat tot de rechtvaardigingsgrond van belastinginkomsten missen.

In uitzonderlijke situaties waarin belastingplichtigen bewust de grenzen opzoeken en belastingheffing proberen te vermijden door onzakelijke constructies, is de terughoudendheid bij toepassing van *fraus legis* niet in het bijzonder van belang. De belastingplichtige moet zich er bewust

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 8, p. 45.

¹⁶⁷ De Vries 2010, par. 2.1.

¹⁶⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 8, p. 45.

¹⁶⁹ De Vries 2010, par 2.1.

¹⁷⁰ De Vries 2010, par. 2.4.

¹⁷¹ De Vries & Chrispijn 2022, par. 3.

¹⁷² Wijziging van het besluit van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, art. 1, ond. B.

¹⁷³ De Vries & Chrispijn 2022, par. 3.

¹⁷⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 8, p. 45.

van zijn dat hij zijn recht op rechtszekerheid kan verspelen indien hij kunstmatige, belasting verijdelende transacties aangaat.¹⁷⁵ Het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid staan niet aan een succesvol beroep op *fraus legis* in de weg.

Het motiefvereiste vormt volgens IJzerman de waarborg dat belastingplichtigen niet onverwacht te maken krijgen met wetstoepassing buiten de wettekst om.¹⁷⁶ De belastingplichtige die uit puur fiscale motieven handelt, weet dat hij niet altijd op de wettekst kan rekenen. Hierdoor is schending van het legaliteitsbeginsel geen bezwaar voor IJzerman.

De situatie dat een belastingplichtige succesvol beroep doet op de tegenbewijsregeling van artikel 10a wet VpB 1969 en de situatie waarin evident is dat een belastingplichtige de toepassing van artikel 10a wet VpB 1969 probeert te omzeilen, zijn twee uitersten. Niet alle situaties zullen duidelijk fiscale motieven hebben. In deze gevallen is mede door de open norm van *fraus legis* nog veel onduidelijkheid. In een brief benadrukt de Staatssecretaris van Financiën dat het nooit uit te sluiten is dat een structuur mogelijk is die volgens de letter van de wet is toegestaan, maar die in strijd is met doel en strekking van de wet.¹⁷⁷ In die situaties ziet de Staatssecretaris een mogelijkheid *fraus legis* toe te passen, juist vanwege het open karakter van *fraus legis*. De onzekerheid die de toepassing van *fraus legis* schept is echter een inbreuk op de rechtszekerheid.

5.3 deelconclusie

Het rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat voorschriften en besluiten duidelijk zijn geformuleerd en de betekenis ervan niet van de uitleg van een ander afhankelijk is.¹⁷⁸ Daarnaast houdt het rechtszekerheidsbeginsel in dat wetten niet met terugwerkende kracht ten nadele van de burger mogen komen en dat een behoorlijke overheid onder omstandigheden overgangsrecht moet aanbieden.

Fraus legis is door het karakter van bijzonder rechtsmiddel een inbreuk op de rechtszekerheid van belastingplichtigen.¹⁷⁹ De belastingplichtige kan namelijk niet vertrouwen op de (tekst van) fiscale regelgeving. Door middel van *fraus legis* wordt immers een rechtshandeling onder het bereik van een bepaalde regeling gebracht, terwijl deze naar de wettekst er niet onder valt.

Tegenover het belang van de rechtszekerheid staat het belang van het heffen van de belasting die naar doel en strekking van de wet is verschuldigd.¹⁸⁰ Het garanderen van deze belastingheffing is een rechtvaardigingsgrond voor het toepassen van *fraus legis* in winstdrainage situaties die niet met artikel 10a wet VpB 1969 bestreden kunnen worden. Hierdoor is in de literatuur ook de opvatting te vinden dat schending van het legaliteitsbeginsel geen probleem is wanneer belastingplichtigen handelen uit puur fiscale motieven.

Niet alle situaties zullen duidelijk fiscale motieven hebben. In deze gevallen is mede door de open norm van *fraus legis* nog veel onduidelijkheid. Mijns inziens kan met de toepassing van *fraus legis* in de jurisprudentie niet van een vergrote rechtszekerheid worden gesproken. Om de rechtszekerheid te beschermen, moet naar mijn mening met zorgvuldigheid en voorzichtigheid de toepassing van *fraus legis* overwogen worden.

¹⁷⁵ Stoffer 1993, par 3.

¹⁷⁶ Bavinck 1994.

¹⁷⁷ Kamerstukken II 2020/21, 25 087, nr. 280, p. 2.

¹⁷⁸ Stijnen 2011, p. 263.

¹⁷⁹ De Vries & Chrispijn 2022, par. 2.

¹⁸⁰ Marres 2008, par. 5.1.

6. Conclusie

In deze scriptie heb ik getracht een antwoord te geven op de volgende hoofdvraag:

‘Wat is de rol van fraus legis en artikel 10a wet VpB 1969 bij bestrijding van winstdrainage en in hoeverre is dit doeltreffend, doelmatig en gewenst in het kader van de rechtszekerheid?’.

Om tot een antwoord te komen heb ik artikel 10a wet VpB 1969 getoetst aan de volgende kwaliteitseisen: doeltreffendheid en doelmatig. Daarnaast heb ik de toepassing van fraus legis naast artikel 10a wet VpB 1969 getoetst aan het rechtszekerheidsbeginsel. De onderzoeksvraag is door middel van 5 deelvragen beantwoord. Hieronder volgt de uitwerking en conclusie op de deelvragen.

De eerste deelvraag luidt: ‘Wanneer wordt artikel 10a wet VpB 1969 toegepast?’. Uit hoofdstuk 2 blijkt dat artikel 10a wet VpB 1969 van toepassing is op winstdrainage situaties binnen concernverband die verband houden met besmette handelingen. De renteaftrekbeperking is niet van toepassing indien de belastingplichtige voldoet aan de dubbele zakelijkheidstoets of de compenserende heffingstoets. De dubbele zakelijkheidstoets houdt in dat de belastingplichtige aannemelijk moet maken dat aan zowel de schuld als aan de daarmee verband houdende rechtshandeling zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De compenserende heffingstoets houdt in dat de corresponderende rentebate bij de feitelijke crediteur in een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing (minstens 10%) moet worden betrokken. Als aan de compenserende heffingstoets is voldaan, kan de inspecteur echter de rente in aftrek beperken door aannemelijk te maken dat aan de schuld of daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

De tweede deelvraag is in hoofdstuk 3 beantwoord en luidt als volgt: ‘Is artikel 10a wet VpB 1969 doeltreffend en doelmatig?’. In hoofdstuk 3 is uiteengezet dat slechts in een klein aantal arresten waar een beroep op artikel 10a wet VpB 1969 is gedaan, de rente niet van aftrek is uitgesloten. Daarmee is het artikel mijns inziens doeltreffend geweest. Na invoering van artikel 10a wet VpB 1969 heeft de wetgever echter de wettekst herhaaldelijk gewijzigd nadat de Hoge Raad beroep op artikel 10a wet VpB 1969 heeft afgewezen. Dit is een aanwijzing dat het artikel niet *in belangrijke mate* doeltreffend is geweest. Bovendien hebben de wijzigingen onzekerheid en lastenverzwaring aan de kant van belastingplichtigen en adviseurs meegebracht. Dat heeft de doelmatigheid niet bevorderd.

Deelvraag 3 luidt: ‘Wanneer wordt fraus legis toegepast?’. Uit hoofdstuk 4 blijkt dat fraus legis wordt toegepast indien belastingverrijdeling het doorslaggevend motief is van de belastingplichtige (het motiefvereiste) én aanvaarding van de fiscale gevolgen in strijd met doel en strekking van de wet komt (het normvereiste). In hoofdstuk 4 wordt tevens een antwoord gegeven op deelvraag 5: ‘Wanneer wordt na invoering van artikel 10a wet VpB 1969 fraus legis nog toegepast?’. Fraus legis kan nog worden toegepast in uitzonderlijke gevallen. Renteaftrek kan op grond van fraus legis beperkt worden indien een belastingplichtige (door een omzeiling) niet voldoet aan lid 1 van artikel 10a wet VpB 1969 maar wel in strijd met doel en strekking van de wet handelt. Fraus legis kan toegepast worden in winstdrainage situaties die niet onder artikel 10a wet VpB 1969 vallen. De fiscus kan zoals in het Hunkemöller arrest gelijktijdig een beroep doen op fraus legis en artikel 10a wet VpB 1969. Er kan echter geen beroep op fraus legis gedaan worden indien met artikel 10a wet VpB 1969 de rente al van aftrek uitgesloten kan worden.

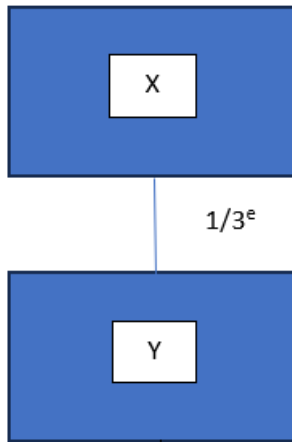
Fraus legis kan ook niet worden toegepast als de mogelijkheid tot ontgaan van belastingen inherent aan het systeem van belastingheffing is, of als de wetgever deze ontgaansmogelijkheid had (kunnen) voorzien en heeft verzuimd deze ongedaan te maken.

De vijfde en laatste deelvraag wordt beantwoord in hoofdstuk 5 en luidt: 'Is er met de toepassing van *fraus legis* in de jurisprudentie nog sprake van een vergrote rechtszekerheid?'. Uit hoofdstuk 5 blijkt dat de toepassing van *fraus legis* een inbreuk op de rechtszekerheid van belastingplichtigen met zich meebrengt. In hoofdstuk 5 is ook besproken dat in de literatuur de opvatting naar voren komt dat deze inbreuk gerechtvaardigd is met het oog op het heffen van de verschuldigde belasting. Daarbij is de rechtszekerheid minder van belang in misbruiksituaties.

De bovenstaande deelconclusies moeten in samenhang worden gezien om een antwoord te kunnen geven op de onderzoeksvraag. Artikel 10a wet VpB 1969 bestrijdt renteaftrek in winstdrainage situaties. Dit artikel is doeltreffend geweest in het uitsluiten van renteaftrek in een groot aantal situaties, zo blijkt uit de in hoofdstuk 3 onderzochte arresten waar een beroep op het artikel is gedaan. De doelmatigheid van artikel 10a wet VpB 1969 heeft echter te lijden gehad onder het veranderlijke fiscale klimaat. In hoofdstuk 4 zien we dat ook na invoering van artikel 10a wet VpB 1969 er winstdrainage gevallen voorkomen die naar de letter van de wettekst niet onder artikel 10a wet VpB 1969 vallen, maar wel strijdig zijn met doel en strekking van dat artikel. In deze gevallen tracht de fiscus renteaftrek met een beroep op *fraus legis* te bestrijden. Het feit dat een beroep op *fraus legis* als noodzakelijk gezien wordt om winstdrainage te voorkomen is een aanwijzing dat artikel 10a wet VpB 1969 niet voldoende doeltreffend is. Mijns inziens is artikel 10a wet VpB 1969 in ieder geval niet voldoende doeltreffend wanneer in winstdrainage situaties een beroep op *fraus legis* wordt gedaan.

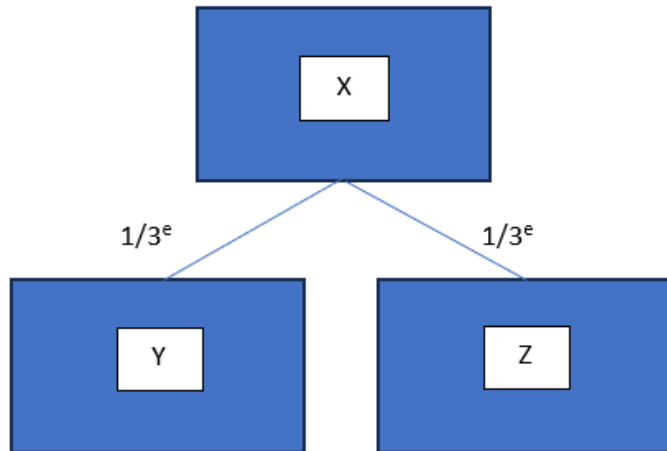
De toepassing van *fraus legis* speelt niet enkel een rol bij de toetsing van de doeltreffendheid van artikel 10a wet VpB 1969, maar ook bij de rechtszekerheid. *Fraus legis* vormt een inbreuk op de rechtszekerheid. Er kan daardoor niet gezegd worden dat de toepassing van *fraus legis* in de jurisprudentie de rechtszekerheid heeft vergroot. Om de rechtszekerheid te beschermen, moet naar mijn mening met zorgvuldigheid en voorzichtigheid de toepassing van *fraus legis* overwogen worden.

Bijlage 1



Artikel 10a lid 4 sub a en b wet VpB 1969

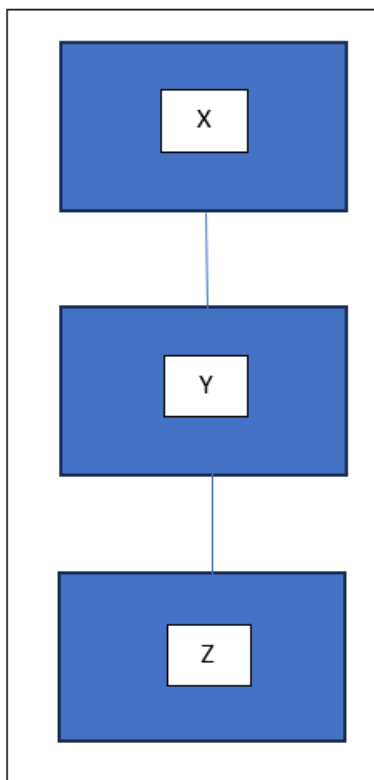
X en Y zijn verbonden



Artikel 10a lid 4 sub c wet VpB 1969

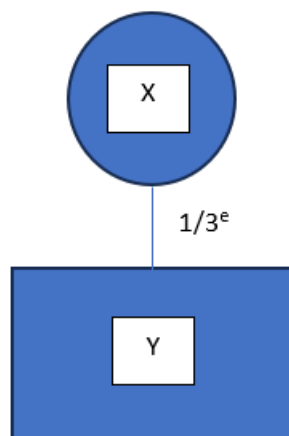
Y en Z zijn verbonden

Fiscale eenheid



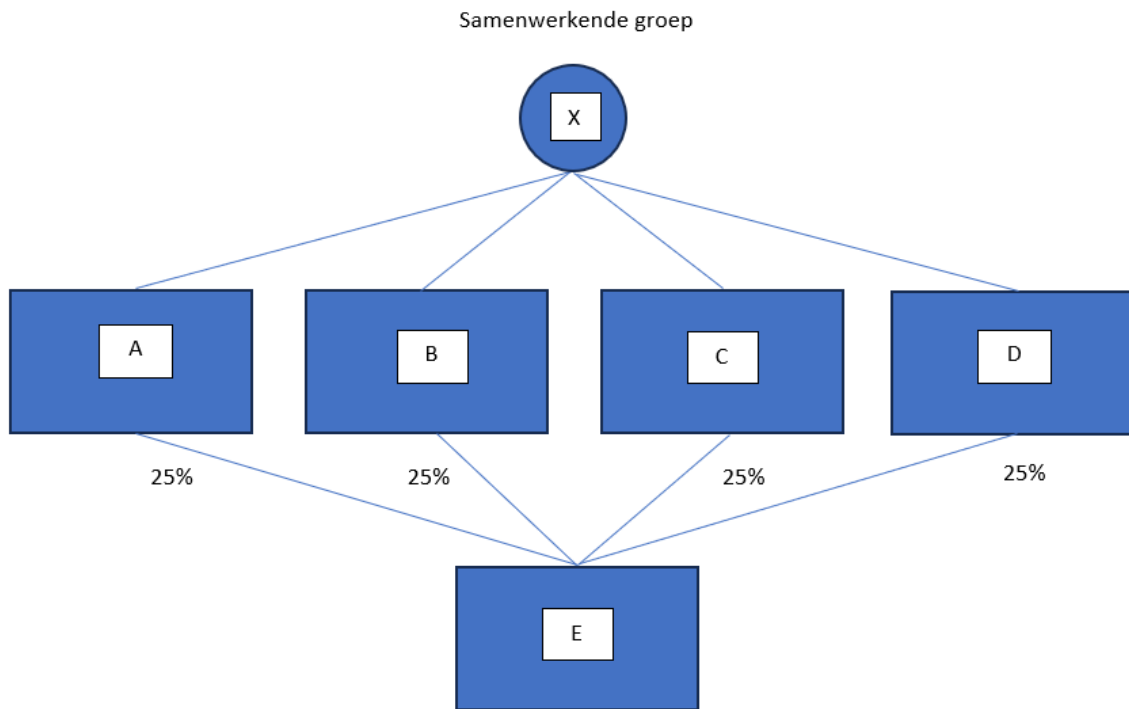
Artikel 10a lid 4 sub d wet VpB 1969

X, Y en Z zijn verbonden



Artikel 10a lid 5 wet VpB 1969

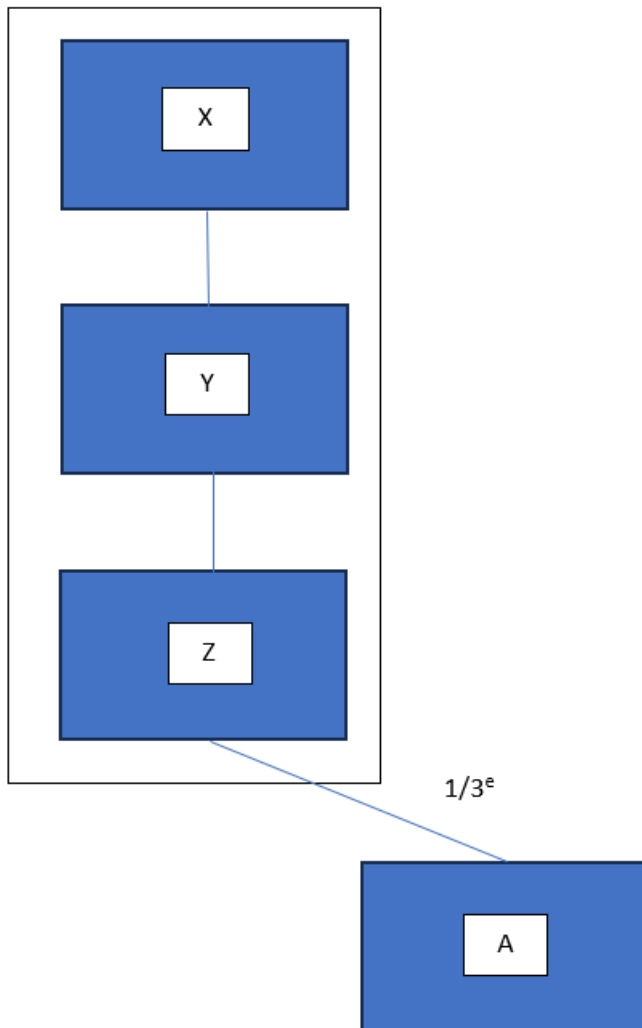
X en Y zijn verbonden



Artikel 10a lid 6 wet VpB 1969

A, B, C en D zijn verbonden met E

Fiscale eenheid



Artikel 10a lid 7 wet VpB 1969

A is verbonden met X, Y en Z

Literatuur- en jurisprudentielijst

Literatuurlijst

Boeken

Marres 2020

O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek (Fiscale monografieën, nr. 113)*, Deventer: Kluwer 2020.

Stijnen 2011

R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing strafrecht en bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011.

Van den Dool 2021

R.P van den Dool e.a., *Compendium Vennootschapsbelasting. Inclusief bronbelastingen en tax accounting*. Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Van Strien 2007

J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de VPB (Fiscale monografieën, nr. 119)* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007.

Naslagwerken

De Werd, in: *Cursus Belastingrecht*

M. M. de Werd, De leer van de wetsontduiking thans: fraus legis, FBR 7, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Nieuweboer, in: *Cursus Belastingrecht*

M. Nieuweboer, Winstdrainage door renteaftrek (art. 10a), Vpb 2, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Poelmann, in: *Cursus Belastingrecht*

E. Poelman, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, FBR 4, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.), *Cursus Belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Vakstudie Vennootschapsbelasting

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Deventer: Wolters Kluwer.

Tijdschriften

Bavinck 1994

C.B. Bavinck, 'Boekbespreking' (bespreking van: R.L.H. IJzerman, het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht (proefschrift Amsterdam), Deventer: Kluwer 1991), WFR 1994/688.

De Vries & Chrispijn 2022

R.J. de Vries en T. Chrispijn, 'Kan de tegenbewijsregeling van art. 10a lid 3 Wet VPB 1969 de toepassing van fraus legis in de sfeer van renteaftrek blokkeren?', WFR 2022/134.

De Vries 2023

R.J. de Vries, BNB 2023/61:HR: 2023:330, nr. 21/00299.

De Vries 2021

R.J. de Vries, BNB 2021/137: HR:2021:1152, nr. 19/02596.

De Vries 2010

R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving. Fraus legis, de zogeheten meerwegeneer en de interactie met art. 10a Wet VPB 1969', WFR 2010/114.

Douma 2012

S.C.W. Douma, BNB 2012/229: HR:2012:BQ1248, nr. 10/03465.

Hofstra 1985

H.J. Hofstra, BNB 1985/32: HR:1984:AC8603, nr. 22092.

Hoogendoorn 1995

J. Hoogendoorn, BNB 1995/15:HR: 1994:AA2964, nr. 29199.

Hoogendoorn 1996

J. Hoogendoorn, BNB 1996/5:HR:1995:AA1682, nr. 29737.

Hoogendoorn 1996

J. Hoogendoorn, BNB 1996/3:HR: 1995:AA1681, nr. 29251.

Marres 2008

O.C.R. Marres, 'Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage', WFR 2008/1431.

Niessen 1984

R.E.C.M. Niessen 1984, 'Richtige heffing en fraus legis', WFR 1984/1661.

Stoffer 1993

S. Stoffer, 'Fiscale kwaliteitszorg', WFR 1993/797.

Van Strien 1959

J. van Strien, BNB 1959/67:HR: :1958:AY1791, nr. 13830.

Online publicaties

NOB, 'Persbericht; Opnieuw verslechtering investeringsklimaat', nob.net, 09-11-2007.

<https://www.nob.net/persbericht-opnieuw-verslechtering-investeringsklimaat>.

Regelgeving en parlementaire documenten

Kamerstukken II 2020/21, 25 087, nr. 272.

Kamerstukken II 2020/21, 35 572, nr. 12.

Kamerstukken II 2016/7, 34 552, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2011/12, II, 33 287, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken I 2007/8, 31 206, nr. 2.

Kamerstukken II 2005/6, 30 572, nr. 8 (Nnav).

Kamerstukken II 2005/6, 30 572, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 5 (NnaV).

Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 1995/6, 24 696, nr. 1.

Kamerstukken II 1990/1, 22 008, nr. 2.

Besluit 25 maart 2013, Nr. BLKB2013/110M.

Besluit Staatssecretaris van Financiën 2 november 2001, nr. CPP2001/2359M, BNB 2002/59.

Wetteksten

Artikel 3:14 Burgerlijk Wetboek.

Artikel 3.8 wet IB 2001.

Artikel 8 wet VpB 1969.

Artikel 10a wet VpB 1969.

Artikel 15b wet VpB 1969.

Jurisprudentielijst

HR 03-03-2023, ECLI:NL:HR:2023:330.

HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152 (*Hunkemöller*).

HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638 (*bankensyndicaat arresten / Credit-Suisse*).

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Italiaans Telecom arrest*).

HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460 (*Mauritius arrest*).

HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073 (*bankensyndicaatarresten*).

HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ1248.

HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195 (*bankensyndicaatarresten*).

HR 17 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7653.

HvJ EU 18 september 2003, ECLI:NL:XX:2003:AL1180 (*Bosal*).

HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP6652.

HR 25 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7846.

HR 27 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1668.

HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682 (*Plc arrest*).

HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683 (*Bovag arrest*).

HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681.

HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5281 (*10 maart arresten*).

HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5286 (*10 maart arresten*).

HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8568 (*10 maart arresten*).

HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024.

HR 21 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603.

HR 31 december 1958, ECLI:NL:HR:1958:AY1791.

HR 17 maart 1954, ECLI:NL:HR:1954:AY2831.

HR 26 mei 1926, ECLI:NL:HR:1926:78 (*driedagen arrest*).