

Erasmus Universiteit Rotterdam
Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Het Hunkemöller-arrest en renteaf trek: behoefte aan aanvullend beleid?

De toepassing van fraus legis naast art. 10a Wet
VPB 1969

Naam student: Manal Jeffali
Studentnummer: 558862mj

Begeleider: dr. L.C. van Hulten
Tweede beoordelaar: drs. M.H.M. Smeets

Datum definitieve versie: 13 juli 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

Hoofdstuk 1: Inleiding	3
1.1 Algemene inleiding.....	3
1.2 Probleem- en doelstelling	4
1.3 Opzet onderzoek.....	4
1.4 Afbakening.....	5
Hoofdstuk 2: Het leerstuk van fraus legis.....	6
2.1 Inleiding.....	6
2.2 Fraus legis.....	6
2.2.1 Inleiding.....	6
2.2.2 Het motiefvereiste (het subjectieve vereiste).....	7
2.2.3 Het normvereiste (het objectieve vereiste)	9
2.3 Toepassing	10
2.4 Conclusie.....	10
Hoofdstuk 3: Art. 10a Wet VPB 1969	12
3.1 Inleiding.....	12
3.2 Definitie winstdrainage.....	12
3.3 Art. 10a Wet VPB 1969.....	13
3.3.1 Waarom is art. 10a Wet VPB 1969 ingevoerd?	13
3.3.2 Toepassingsvoorwaarden.....	14
3.3.3 Tegenbewijsmogelijkheid van art. 10a Wet VPB 1969	15
3.4 Fraus legis naast art. 10a Wet VPB 1969	16
3.5 Conclusie.....	18
Hoofdstuk 4: Het Hunkemöller arrest.....	20
4.1 Inleiding.....	20
4.2 HR 16 juli 2021, nr. 19/02596	20
4.3 Vergelijkende analyse	22
4.3.1 Introductie.....	22
4.3.2 Meerwegeneer	22
4.3.3 Keuzevrijheid concernopbouw en financieringsvrijheid.....	23
4.3.4 De fiscale eenheid.....	24
4.3.5 Tegenbewijsmogelijkheid.....	26
4.3.5 Compenserende heffing en vermogenspositie	30
4.4 Aanbevelingen	31
4.5 Conclusie.....	34
Hoofdstuk 5: Conclusie	35
5.1 Inleiding.....	35
5.2 Bevindingen.....	36
5.3 Conclusie.....	37
5.4 Aanbevelingen voor vervolgonderzoek	39

Literatuurlijst	40
<i>Boeken</i>	<i>40</i>
<i>Parlementaire stukken</i>	<i>40</i>
<i>Wetenschappelijke artikelen</i>	<i>41</i>
Jurisprudentielijst	43

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Algemene inleiding

Rentekosten van geldleningen zijn in beginsel aftrekbaar in de vennootschapsbelasting, terwijl vergoedingen op geldleningen niet aftrekbaar zijn. Voor vennootschappen is het dus aantrekkelijk om rentekosten te hebben. Er kunnen hierdoor constructies worden gecreëerd waarbij renteaftrek mogelijk is, waartegenover geen effectieve heffing bestaat. Dit noemen we winstdrainage. De wetgever probeert winstdrainage op verschillende manieren te voorkomen. Het is de vraag of deze winstdrainageconstructies in strijd zijn met de wet. Het leerstuk van *fraus legis* is toegepast om te voorkomen dat natuurlijke personen en rechtspersonen ten onrechte kunnen profiteren van het Nederlandse fiscale systeem. Er is sprake van *fraus legis* wanneer een belastingplichtige in strijd met doel en strekking van de fiscale wetgeving handelt.¹ Er moet worden voldaan aan respectievelijk het normvereiste en het motiefvereiste. Door middel van *fraus legis* werd geprobeerd winstdrainage te bestrijden. De rechter ging echter niet altijd mee in het standpunt van de belastingdienst dat er sprake van *fraus legis* was. Door de invoering van art. 10a Wet VPB 1969 wordt getracht winstdrainage door middel van kunstmatige constructies wettelijk te bestrijden.²

In *BNB* 1990/293³ bleek dat *fraus legis* werd toegepast in situaties waar rentekosten werden afgetrokken waartegenover geen effectieve heffing bestond. Tot deze uitspraak bestond de vrij algemeen geaccepteerde stelling dat belastingplichtigen vrij zijn in de keuze van de fiscaal voordeligste weg, indien zij een zakelijk doel nastreven.⁴ In het *Bovag*-arrest⁵ uit 1995 werd ook *fraus legis* toegepast. De rente die ten laste werd gebracht van de winst van de desbetreffende rechtspersoon is niet verenigbaar met doel en strekking van de wet, indien de rente toevloeit aan een lichaam dat niet aan de heffing van enige belasting van zijn winst of inkomsten is onderworpen. In 1996⁶ werd deze rechtspraak gecodificeerd in art. 10a Wet VPB 1969. Dit artikel ziet op specifieke situaties. Het dekt dus niet alle winstdrainage situaties,

¹ J. Vleggeert, *Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Fiscale Monografieën, Deventer: Kluwer 2009, p.89.

² M. Nieuweboer, 2.2.3.A.a *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.) *Cursus belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

³ HR 11 juli 1990, nr. 26 306, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348, *BNB* 1990/293.

⁴ R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', *WFR* 2010/114, par. 2.2.

⁵ HR 6 september 1995, nr. 29 927, ECLI:NL:HR:1955:AA1683.

⁶ Wet van 13 december 1996 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur, *Stb* 1996, 651.

waardoor het nog mogelijk is voor vennootschappen om gebruik te maken van het aftrekken van rentekosten in de vennootschapsbelasting.

1.2 Probleem- en doelstelling

In jaren sinds de invoer van art. 10a Wet VPB 1969, zijn er verschillende arresten en uitspraken geweest waarin art. 10a Wet VPB 1969 of *fraus legis* werden toegepast, waardoor nieuwe inzichten bestaan in de toepassing van *fraus legis* wat betreft winstdrainage. Op 16 juli 2021 is een belangrijke uitspraak gedaan in het Hunkemöller-arrest⁷. De rechter heeft op grond van *fraus legis* de renteaftrek in een private equity-structuur afgewezen. Er was namelijk sprake van winstdrainage door middel van een kunstmatige constructie, die was opgezet om de Nederlandse heffingsgrondslag uit te hollen. Deze uitspraak kan verschillende gevolgen hebben voor belastingplichtigen en heeft veel vragen opgeroepen. De toepassing van *fraus legis* brengt namelijk veel onzekerheden met zich mee. Dit leidt naar mijn onderzoeksvraag:

‘Wat zijn de gevolgen van het Hunkemöller-arrest voor de toepassing van fraus legis op renteaftrek naast art. 10a Wet VPB 1969 en is hiervoor aanvullend beleid nodig?’

Het doel van dit onderzoek is het vaststellen van de gevolgen van de uitspraak van het arrest op situaties waarin *fraus legis* kan worden toegepast naast art. 10a Wet VPB 1969 en onderzoeken of behoefte bestaat aan aanvullend beleid om de toepassing van *fraus legis* op renteaftrek te verhelderen. Dit onderzoek is dan ook wetenschappelijk relevant, omdat het een lacune in de huidige literatuur hoort op te vullen. Het onderzoek is maatschappelijk relevant, omdat het bijdraagt aan meer duidelijkheid op het gebied van de toepassing van *fraus legis* op renteaftrek naast art. 10a Wet VPB 1969.

1.3 Opzet onderzoek

Om de hoofdvraag te kunnen onderzoeken zijn er vier deelvragen opgesteld. Hoe deze deelvragen worden uitgewerkt in dit onderzoek wordt voorts toegelicht.

In hoofdstuk 2 zal worden ingegaan op het leerstuk van *fraus legis* en de voorwaarden hiervan. De deelvraag die hierbij wordt beantwoord is *‘Wat is fraus legis en wat zijn de*

⁷ Hoge Raad 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152.

toepassingsvoorwaarden?’ Zo zal duidelijk worden wat fraud legis inhoudt, zodat de probleemstelling goed kan worden uitgewerkt.

Hoofdstuk 3 zal gaan over art. 10a Wet VPB 1969. De volgende deelvragen worden beantwoord: *‘Wat is winstdrainage?’* en *‘Speelt fraud legis nog een relevante rol in de bestrijding van winstdrainage naast art. 10a Wet VPB 1969?’* Art. 10a Wet VPB 1969 zal in dit hoofdstuk uiteen worden gezet. Zo wordt duidelijk op welke structuren de bepaling betrekking heeft en waarom het mogelijk is dat de toepassing van fraud legis nog nodig is. Daarnaast wordt ook ingegaan op de toepassing van fraud legis naast art. 10a Wet VPB 1969.

De volgende deelvraag die wordt behandeld om de hoofdvraag te kunnen beantwoorden is: *‘Hoe verhoudt het Hunkemöller arrest zich tot eerdere en latere jurisprudentie met betrekking tot de toepassing van fraud legis naast art. 10a Wet VPB 1969?’* Dit zal het 4^{de} hoofdstuk zijn. Hier zal worden ingegaan op eerdere en recentere jurisprudentie in het winstdrainage-landschap en de verschillen met de uitspraak in het Hunkemöller arrest. Zo wordt namelijk duidelijk hoe fraud legis naast art. 10a Wet VPB 1969 in de afgelopen jaren is toegepast in verschillende situaties en wat er anders is bij het Hunkemöller arrest. Ook worden in dit hoofdstuk aanbevelingen gedaan aan de wetgever en de Hoge Raad.

Na het uitwerken van de verschillende deelvragen, zal ik tot slot de uiteindelijke probleemstelling uitwerken. De scriptie wordt afgesloten met een samenvatting van de bevindingen, de eindconclusie en een aanbeveling voor vervolgonderzoek.

1.4 Afbakening

In deze scriptie zal niet worden ingegaan op de volgende zaken.

De bestrijding van winstdrainage door middel van andere bepalingen dan art. 10a Wet VPB 1969 wordt buiten beschouwing gelaten. De toepassing van fraud legis op andere kwesties dan renteaftrek wordt in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. In hoofdstuk 5 zal alleen worden ingegaan op de Nederlandse jurisprudentie en zal er dus alleen worden ingegaan op Nederlandse wetgeving. Tevens wordt niet ingegaan op het EU-recht en de toegezegde bonussen binnen het Hunkemöller-arrest.

Hoofdstuk 2: Het leerstuk van fraus legis

2.1 Inleiding

Belastingontduiking en -ontwijking zijn onderwerpen die al lange tijd de aandacht van wetgevers en belastingautoriteiten trekken.⁸ De rechter heeft naast vormen van wetsinterpretatie twee bijzondere rechtsmiddelen om belastingontwijking tegen te gaan. Dit zijn richtige heffing en het leerstuk van fraus legis.⁹ Deze twee methoden kunnen pas gebruikt worden indien de strijd met doel en strekking van een wet niet kan worden bestreden met enkel wetsinterpretatie. Het leerstuk van fraus legis is een bijzonder rechtsmiddel wat niet in de wet staat. De voorwaarden hiervan zijn ingevuld door de Hoge Raad.¹⁰

In dit hoofdstuk zal aandacht worden besteed aan de definitie van het leerstuk van fraus legis (par. 2) Vervolgens zal kort worden ingegaan op de geschiedenis van fraus legis en op de toepassingsvoorwaarden van het leerstuk (par. 2). In de daaropvolgende paragraaf wordt aandacht besteed aan de toepassing van het leerstuk (par. 3). Hiermee wordt de eerste deelvraag beantwoord: *‘Wat is fraus legis?’*

2.2 Fraus legis

2.2.1 Inleiding

Om zo min mogelijk belasting te betalen maken belastingplichtigen gebruik van belastingontwijking, maar soms ook van de schijnhandeling.¹¹ Dit houdt in dat de belastingplichtige niet de relevante feiten en omstandigheden verbergt, maar hij laat ze anders lijken dan werkelijkheid, wat gunstiger is voor hem.¹² Ook kan de belastingplichtige misbruik maken van de wet via fiscale kwalificatie. De benaming die wordt gegeven door het civiele

⁸ Zie ‘Staatssecretaris publiceert plan van aanpak (inter-)nationale belastingontduiking’, *V-N* 2017/8.2 en ‘Staatssecretaris van Financiën wil belastingontwijking en -ontduiking tegengaan’, *V-N* 2022/8.7.

⁹ M.M. de Werd, in: *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, 2023/7.4.0 (online, actueel t/m 3 februari 2023).

¹⁰ M.M. de Werd, in: *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, 2023/7.4.0 (online, actueel t/m 3 februari 2023).

¹¹ R.M.P.G. Niessen-Cobben, *Wegwijs in de Algemene Wet inzake rijksbelastingen*, par. 10.1, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.

¹² R.M.P.G. Niessen-Cobben, *Wegwijs in de Algemene Wet inzake rijksbelastingen*, par. 10.1, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.

recht aan een rechtsvorm of transactie, wordt bij de fiscale behandeling ter zijde gelaten ten gunste van de belastingplichtige.¹³

Tot de jaren tachtig werd voornamelijk gebruik gemaakt van richtige heffing om belastingontwijking te voorkomen. In een uitspraak van de Hoge Raad uit 1984¹⁴ werd duidelijk dat richtige heffing niet meer het enige bijzondere rechtsmiddel was dat werd toegepast. In dit arrest was sprake van een constructie, waarbij het doorslaggevende motief was om via die constructie een meer dan normale mate van belasting te besparen. De Hoge Raad oordeelde dat op zulke transacties *fraus legis* kon worden toegepast. *Fraus legis* en richtige heffing zijn leerstukken van de wetsontduiking.¹⁵ Van *fraus legis* is sprake bij het ontgaan of ontwijken van belastingheffing door middel van rechtshandelingen, waarbij de belastingplichtige handelt in strijd met doel en strekking van de wet. Hoewel het leerstuk van *fraus legis* voor de jaren tachtig al bestond, werd van dit leerstuk pas na de jaren tachtig vaker gebruik gemaakt. Dit kwam doordat richtige heffing na 1987¹⁶ niet meer werd toegepast, waardoor de mogelijkheden van *fraus legis* werden ontdekt.¹⁷

Om *fraus legis* te kunnen toepassen moet er worden voldaan aan twee voorwaarden, te weten het motief- en het normvereiste. Het motiefvereiste houdt in dat een aanzienlijke belastingbesparing het doorslaggevende motief was voor de rechtshandeling. Het normvereiste stelt dat doel en strekking van de wet zou worden miskend indien aftrek wordt verleend.¹⁸

2.2.2 Het motiefvereiste (het subjectieve vereiste)

Het motiefvereiste, ook wel verijdelingsvereiste genoemd, is een van de twee voorwaarden voor de toepassing van het leerstuk van *fraus legis*. In 1985¹⁹ blijkt dat voldaan is aan het motiefvereiste indien belastingbesparing het enige, althans volstrekt overwegende, motief was

¹³ M.M. de Werd, in: *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, 2023/7.4.1 (online, actueel t/m 3 februari 2023).

¹⁴ HR 21 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603.

¹⁵ M.M. de Werd, in: *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, 2023/7.4.0 (online, actueel t/m 3 februari 2023).

¹⁶ Het Ministerie van Financiën verleende sindsdien namelijk geen machtigingen meer. Dit is bekend gemaakt door de staatssecretaris bij Notitie van 29 juli 1987 aan de Tweede kamer.

¹⁷ M.M. de Werd, in: *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, 2023/7.4.2 (online, actueel t/m 3 februari 2023).

¹⁸ O.C.R. Marres, 'Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage', *WFR* 2008/1431.

¹⁹ HR 20 maart 1985, nr. 23 003, ECLI:NL:HR:AW8319.

voor de rechtshandeling. In *BNB* 1983/316²⁰ werd geoordeeld dat is voldaan aan het motiefvereiste als andere dan fiscale motieven de belastingplichtige tot uitvoering van de rechtshandeling heeft geleid. Voor de toepassing van *fraus legis* is het niet relevant dat de rechtshandeling ongebruikelijk of gekunsteld is.²¹ Dit kan echter wel een rol spelen bij de beoordeling of het doel van de rechtshandeling belastingverijdeling was.

Tot *BNB* 1990/293²² bestond de vrij algemeen geaccepteerde stelling dat belastingplichtigen vrij zijn in de keuze van de fiscaal voordeligste weg, indien zij een zakelijk doel nastreven.²³ Deze stelling is door *BNB* 1990/293 genuanceerd.²⁴ Er is een grens aan de keuzevrijheid van de fiscaal voordeligste weg. Uit *BNB* 1994/87²⁵ kan worden afgeleid dat die grens daar is waar de gekozen weg leidt tot wetsontduiking.²⁶ Uit het arrest bleek dat ondanks dat een samenstel van rechtshandelingen in zijn geheel als zakelijk bestempeld kan worden, de toepassing van *fraus legis* niet is uitgesloten. De meerwegenleer houdt in dat een samenstel van rechtshandelingen niet in zijn geheel wordt gezien.²⁷ Het kan namelijk zo zijn dat enkel een gedeelte van een samenstel van rechtshandelingen niet noodzakelijk was voor zakelijke doeleinden. Op deze manier wordt dat deel geconfronteerd met *fraus legis*. In het Bovag-arrest²⁸ werd deze meerwegenleer verder verduidelijkt. Hoogendoorn²⁹ destilleert uit het arrest drie cumulatieve voorwaarden voor de toepassing van de meerwegenleer. Dat zijn respectievelijk een rechtshandeling die niet noodzakelijk is voor de realisering van het einddoel, een willekeurige verijdeling van belastingheffing en een voortdurende verijdeling van de belastingheffing.

De bewijslast dat sprake is van *fraus legis* ligt bij de inspecteur. Deze moet bewijzen dat belastingverijdeling het doorslaggevende motief was voor de rechtshandelingen. Indien de inspecteur dit aannemelijk maakt, heeft de belastingplichtige de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren.³⁰

²⁰ HR 21 september 1983, nr. 22 060, ECLI:NL:HR:AW8795.

²¹ M.M. de Werd, in: *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, 2023/7.5.4.c (online, actueel t/m 3 februari 2023).

²² HR 11 juli 1990, nr. 26 306, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348, *BNB* 1990/293.

²³ R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', *WFR* 2010/114, par. 2.2.

²⁴ R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', *WFR* 2010/114, par. 2.2.

²⁵ HR 19 januari 1994, nr. 28 646, ECLI:NL:HR:1994:ZC5570, *BNB* 1994/87, r.o. 3.5.

²⁶ R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', *WFR* 2010/114, par. 2.2.

²⁷ HR 6 september, nr. 27 927, ECLI:NL:HR:1995:AA1683.

²⁸ HR 6 september 1995, nr. 29 927, ECLI:NL:HR:1995:AA1683.

²⁹ HR 6 september 1995, nr. 29 927, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, *BNB* 1996/4, m.nt. Hoogendoorn.

³⁰ R.E.C.M. Niessen, 'Fraus legis in de 21^e eeuw', *NFR* 2011/6, par. 2.

2.2.3 Het normvereiste (het objectieve vereiste)

Het normvereiste is de tweede voorwaarde waaraan moet worden voldaan om *fraus legis* toe te kunnen passen. Het normvereiste houdt in dat de rechtshandeling in strijd is met doel en strekking van de wet. Om dit vereiste te toetsen moet worden gekeken naar doel en strekking van de wet. Het doel van de wet zal doorgaans belastingheffing zijn. Besselaar noemt dat het beter is om het normvereiste zodanig te formuleren dat er sprake dient te zijn van strijd met doel en strekking van een specifieke fiscale wetsbepaling. Zo wordt het namelijk duidelijk welke wetsbepaling is geschonden, waardoor er verder onderzoek kan worden gedaan naar de strekking van die specifieke bepaling.³¹

Bij de bepaling van doel en strekking van de wet moeten normale interpretatiemethoden worden gehanteerd.³² Allereerst is er de grammaticale interpretatie. Dit houdt in dat de wet op basis van de grammaticale uitleg wordt geïnterpreteerd.³³ De volgende interpretatiemethode is de interpretatie op grond van wetshistorie. Besselaar merkt op dat indien niets kan worden afgeleid uit de wetshistorie, de rechter gebruik zal maken van de teleologische interpretatiemethode. Andere interpretatiemethoden zijn de systematische interpretatie, interpretatie naar analogie en interpretatie *a contrario*. Wanneer deze interpretatiemethoden zijn toegepast en dat niet heeft geleid tot heffing, kan de inspecteur een beroep doen op *fraus legis*.³⁴ *Fraus legis* is namelijk het *ultimum remedium*, het uiterste redmiddel.³⁵

Bij het normvereiste is er ruimte voor tegenbewijs. Een belastingplichtige kan bewijzen dat er geen sprake is met strijd met doel en strekking van de wet. Dit kan de belastingplichtige doen indien er voldoende compenserende heffing tegenover bestaat. Hier wordt het fiscale nadeel gecompenseerd door een belaste bate. Deze compenserende heffing is afgeleid uit de wetssystematiek.³⁶ De compenserende heffing houdt in dat voldoende belasting wordt betaald

³¹ J.F.C. Besselaar, 'Doel en strekking van *fraus legis*', *WFR* 1990/241.

³² J.F.C. Besselaar, 'Doel en strekking van *fraus legis*', *WFR* 1990/241, par. 4.2.

³³ M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, 'Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd', *WFR* 2013/1492, par. 3.1.

³⁴ M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, 'Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd', *WFR* 2013/1492, par. 3.2.

³⁵ M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, 'Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd', *WFR* 2013/1492, par. 3.1.

³⁶ M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, 'Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd', *WFR* 2013/1492, par. 3.5.

wat redelijk is naar Nederlandse maatstaven.³⁷ De Hoge Raad oordeelde dat sprake was van voldoende belasting naar redelijke Nederlandse maatstaven bij 7%.³⁸

2.3 Toepassing

In de voorgaande paragraaf stonden de definitie van *fraus legis* en de toepassingsvoorwaarden ervan centraal. *Fraus legis* geeft de fiscus in tegenstelling tot richtige heffing de mogelijkheid om de rechtshandeling die niet leidt tot heffing, te vervangen met een rechtshandeling die in de buurt ligt van de gepleegde rechtshandeling, die wel leidt tot heffing.³⁹ De rechtshandelingen die niet onder de wettelijke norm vallen, worden toch onder die norm gebracht. De toepassing van *fraus legis* leidt niet tot een sanctie volgens IJzerman, het zal enkel leiden tot het converteren van een feitencomplex naar doel en strekking van de wet.⁴⁰

De Hoge Raad past regelmatig *fraus legis* toe om een streep te halen door een beoogde belastingbesparing, door middel van betekenisloze transacties.⁴¹ Hierbij kan gedacht worden aan belastingontwijking door bijvoorbeeld geregistreerd partnerschap voor 1 dag⁴² en omleiding geldstroom in concernverband⁴³ Belastingplichtigen zijn in eerste instantie vrij om te kiezen voor de meest voordelige weg. Er bestaat echter wel een grens aan die vrijheid. Die grens is daar waar de gekozen weg leidt tot wetsontduiking,⁴⁴ Zulke situaties worden beoogd te bestrijden door middel van *fraus legis*.

2.4 Conclusie

Het leerstuk van *fraus legis* heeft een belangrijke rol gespeeld in de bestrijding van wetsmisbruik, sinds richtige heffing niet meer wordt toegepast. Met de toepassing van het motief- en normvereiste kan het leerstuk van *fraus legis* worden toegepast, waarbij de bewijslast bij de inspecteur ligt. Aan het motiefvereiste is voldaan, indien belastingbesparing het enige, althans volstrekt overwegende, motief was voor de rechtshandeling. Het normvereiste houdt in dat de rechtshandeling in strijd is met doel en strekking van de wet. Het is nog mogelijk voor de belastingplichtige om tegenbewijs te leveren tegen het normvereiste,

³⁷ J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht (Fiscale monografieën, nr. 132)(diss. Leiden)*, par. 5.4.2, Deventer: Kluwer 2009.

³⁸ HR 8 februari 2002, nr. 36 358, ECLI:NL:HR:2002:AB2856.

³⁹ F.P.J. Litjens, 'Richtige heffing en *fraus legis*', *WFR* 1985/1530, par. 3.2.

⁴⁰ R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Uitgeverij Kluwer 1991 p. 106.

⁴¹ H.P.W. Snijders, M.A.C. van Elk, 'Wetsontduiking: 'Don't blame the player, blame the game'', *WFR* 2018/211, par. 1.

⁴² HR 15 maart 2013, nr. 11/05609, ECLI:NL:HR:2012:BY0548.

⁴³ HR 21 april 2017, nr. 15/05357, ECLI:NL:HR:2017:638.

⁴⁴ HR 19 januari 1994, nr. 28 646, ECLI:NL:HR:1994:ZC5570, *BNB* 1994/87, r.o. 3.5.

als sprake is van compenserende heffing. Fraus legis is een uiterst middel om rechtshandelingen te vervangen door alternatieven die wel leiden tot heffing.

Hoofdstuk 3: Art. 10a Wet VPB 1969

3.1 Inleiding

Het aftrekken van rentekosten waartegenover geen heffing over de rentebaten bestaat kan leiden tot winstdrainage. Hierdoor ontstaat er erosie van de Nederlandse belastinggrondslag. Voordat art. 10a Wet VPB 1969 werd ingevoerd, bestreed de belastingdienst winstdrainage met *fraus legis*.⁴⁵ In 1996⁴⁶ is art. 10a Wet VPB 1969 ingevoerd, wat deels een codificatie is van *fraus legis* jurisprudentie.

In par. 2 wordt ingegaan op de definitie van winstdrainage en de aanleiding tot invoering van art. 10a Wet VPB 1969. Daarna worden de toepassingsvoorwaarden van art. 10a Wet VPB 1969 besproken, evenals de tegenbewijsmogelijkheid (par. 3). Vervolgens wordt onderzocht of *fraus legis* nog een relevante rol kan spelen bij de bestrijding van winstdrainage (par. 4). Hiermee worden de volgende deelvragen beantwoord: ‘*Wat is winstdrainage?*’ en ‘*Speelt fraus legis nog een relevante rol in de bestrijding van winstdrainage naast art. 10a Wet VPB 1969?*’ Het hoofdstuk eindigt met een conclusie waarin de belangrijkste bevindingen worden samengevat.

3.2 Definitie winstdrainage

Strik en De Vries definiëren winstdrainage als ‘een georkestreerd geheel van (rechts)handelingen waardoor op Nederlandse belastbare winsten lasten komen te drukken zonder dat de tegenover die lasten staande baten hier te lande of elders in de wereld (effectief) belast worden.’⁴⁷ Winstdrainage staat voor elke vorm van uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. In dit onderzoek zal enkel worden ingegaan op winstdrainage door middel van renteaftrek. Het basisidee van winstdrainage door winstaftrek is dat een dochteronderneming, waar het belastingtarief hoog is, leningen aangaat bij andere vennootschappen binnen het concern waar het belastingtarief laag tot 0% is. Op deze manier komt de rente ten laste van de winst in het hoog belastende land, terwijl daar tegenover weinig tot geen heffing over de baten staat.

⁴⁵ M. Nieuweboer, 2.2.3.A.b *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.) *Cursus belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 20 april 2023).

⁴⁶ Stb 1996, 651, Wet van 13 december 1996 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur.

⁴⁷ S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries, *Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 191.

3.3 Art. 10a Wet VPB 1969

3.3.1 Waarom is art. 10a Wet VPB 1969 ingevoerd?

Voordat art. 10a Wet VPB 1969 in 1996 werd ingevoerd, probeerde de Belastingdienst winstdrainage te bestrijden met fraus legis of richtige heffing.^{48,49} De eerste aanleiding tot invoer van art. 10a Wet VPB 1969 is het beogen van het versterken van de fiscale infrastructuur en tegengaan van ongewenst en oneigenlijk gebruik van de fiscale infrastructuur, door middel van gekunstelde belastingbesparende constructies.⁵⁰ De wetgever wilde daarnaast de fraus legis jurisprudentie op het gebied van kasrondjes binnen concernverband codificeren.⁵¹ Dit is gedaan door het omzetten van de jurisprudentie op het gebied van winstdrainage in de wetgeving.⁵² De serie arresten *BNB* 1996/3 t/m 6 hebben met name geleid tot het wetsvoorstel.⁵³ Art. 10a Wet VPB 1969 heeft overigens ten opzichte van de fraus legis-jurisprudentie een ruimer bereik.⁵⁴ Op basis van *BNB* 1996/5 werd renteaftrek toegestaan bij aanwezigheid van de compenserende heffing⁵⁵. Art. 10a Wet VPB 1969 staat enkel renteaftrek toe bij aanwezigheid van de compenserende heffing, indien geen sprake is van verrekening van verliezen uit jaren voorafgaande aan het jaar waarin de schuld is aangegaan. Hierdoor heeft het artikel ten opzichte van de fraus legis-jurisprudentie een ruimer bereik.⁵⁶

⁴⁸ M. Nieuweboer, 2.2.3.A.b *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.) *Cursus belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 20 april 2023).

⁴⁹ Zie hoofdstuk 2. Stb 1996, 651, Wet van 13 december 1996 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 1996, 24 696, nr. 3, p. 2

⁵¹ S.E. Faber, J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, *WFR* 1996/749, *Kamerstukken II* 1996, 24 696, nr. 3, p. 11.

⁵² *Kamerstukken II* 1996, 24 696, nr. 3, p. 11.

⁵³ S.E. Faber, J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, *WFR* 1996/749, par. 1.

⁵⁴ M. Nieuweboer, 2.2.3.A.b *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.) *Cursus belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 20 april 2023).

⁵⁵ Zie par. 3.3.3.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 1996, 24 696, nr. 3, p. 14-15.

3.3.2 Toepassingsvoorwaarden

Art. 10a Wet VPB 1969 is ingevoerd om renteaftrek te weigeren in situaties waarin het toestaan van renteaftrek in strijd is met doel en strekking van de Wet VPB 1969.⁵⁷ Deze bepaling ziet op bepaalde situaties, te weten besmette rechtshandelingen.⁵⁸

Art. 10a lid 1 Wet VPB 1969 bepaalt dat niet in aftrek komen renten – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – ter zake van schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met een besmette rechtshandeling. De bewijslast voor de toepassing van lid 1 ligt volledig bij de inspecteur.⁵⁹

Uit lid 1 blijkt dus dat moet worden voldaan aan twee voorwaarden om art. 10a Wet VPB 1969 te kunnen toepassen. De eerste voorwaarde is dat er rechtens dan wel in feite direct of indirect renten, kosten of valutaresultaten ter zake van schulden zijn verschuldigd aan een verbonden lichaam. De definitie van een verbonden lichaam staat in lid 4 en lid 5 van het artikel. Er is sprake van verbondenheid bij een belang van 1/3 of meer. In 2011⁶⁰ heeft de Hoge Raad meer invulling gegeven aan het begrip belang. Er is sprake van een derde belang, indien het financiële belang in een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal een omvang heeft van ten minste een derde gedeelte.⁶¹ Naar aanleiding van het Belastingplan van 2017 is lid 6 in art. 10a Wet VPB 1969 opgenomen. Dit is een uitbreiding van de definitie van een verbonden lichaam. Indien lichamen van een samenwerkende groep gezamenlijk een derde belang hebben, is ook sprake van verbondenheid. Voordat de samenwerkende groep werd toegevoegd aan art. 10a Wet VPB 1969, werden er overnamestructuren gecreëerd die niet verbonden waren in formele zin. In werkelijkheid was wel sprake van verbondenheid.

De tweede voorwaarde is dat de schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met een besmette rechtshandeling. In lid 2 wordt duidelijk dat ook sprake kan zijn van

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1996, 24 696, nr. 3, p. 15.

⁵⁸ Besmette rechtshandelingen zijn onder andere de terugbetaling van kapitaal, kapitaalstortingen, dividenduitkeringen, interne verhangingen en externe acquisities.

⁵⁹ J.J. Steenbergen, C.C.S. De Win, 'Misbruikconcepten', *WFR* 2023/20, par. 8.

⁶⁰ HR 8 april 2011, nr. 10/00651, ECLI:NL:PHR:2011:BP1489.

⁶¹ A. Rozendal, 'Belang in de zin van art. 10a, vierde lid, wet VPB 1969 na HR 8 april 2011, nr. 10/00651', *WFR* 2011/855, par. 1.

een verband met een besmette rechtshandeling indien de schuld pas is aangegaan na de verrichting van de besmette rechtshandeling.

De eerste besmette rechtshandeling heeft betrekking op een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal door de belastingplichtige of door een met hem verbonden lichaam dat aan de Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen.

De tweede besmette rechtshandeling ziet op een kapitaalstorting door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een met hem verbonden lichaam. De eerste genoemde besmette rechtshandeling kan alleen worden verricht door verbonden lichamen. De kapitaalstorting kan daarentegen ook worden verricht door een natuurlijk persoon.

De laatste besmette rechtshandeling aan bod betreft de verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is.

3.3.3 Tegenbewijsmogelijkheid van art. 10a Wet VPB 1969

In eerste instantie is het aan de belastingdienst om te bewijzen dat sprake is van een besmette rechtshandeling. In art. 10a Wet VPB 1969 is een tegenbewijsmogelijkheid opgenomen in lid 3. Hierbij ligt de bewijslast bij de belastingplichtige om aan te tonen dat de bepaling alsnog niet toegepast moet worden. Het is mogelijk om tegenbewijs te leveren op grond van twee argumenten, te weten tegenbewijs op basis van zakelijke motieven (onderdeel a) en tegenbewijs op basis van een compenserende heffing (onderdeel b).

Bij de tegenbewijsregeling van onderdeel a moet de belastingplichtige bewijzen dat de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling is ontstaan uit een zakelijk motief. Dit criterium sluit aan bij jurisprudentie inzake *fraus legis*.⁶² Bij het zakelijkheids criterium van art.

⁶² *Kamerstukken I 1996/97*, 24 696, nr. 52b.

10a lid 3 Wet VPB 1969 gaat het om het onderscheid tussen fiscale en niet-fiscale motieven.⁶³ Om aan dit criterium te voldoen bestaat een dubbele zakelijkheidstoets. Bij de dubbele zakelijkheidstoets dienen zowel de zakelijke overwegingen van de rechtshandeling als van de wijze van financiering aannemelijk te worden gemaakt.

Onderdeel b ziet op tegenbewijs op basis van een compenserende heffing. Indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat over de rente bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is, dan heeft de belastingplichtige recht op renteaftrek. Sinds 2007⁶⁴ is ook omschreven in onderdeel b vanaf welk tarief een winstbelasting naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Dat is namelijk 10%. Hierbij is de effectieve belastingdruk⁶⁵ over de rente van belang. Ook van belang is dat er geen sprake is van verrekening van verliezen uit jaren voorafgaande aan het jaar waarin de schuld is aangegaan. Blijkt dat dit wel het geval is, kan er geen beroep worden gedaan op de tegenbewijsregeling. Hiermee mag de rente niet meteen in aftrek worden genomen. De inspecteur kan nog aannemelijk maken dat de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen. Dit kan ook indien de schuld is aangegaan met het oog op andersoortige afspraken welke in het jaar zelf zijn ontstaan, of op korte termijn zullen ontstaan. De inspecteur kan ook aannemelijk maken dat aan de schuld of daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

3.4 Fraus legis naast art. 10a Wet VPB 1969

Uit de Kamerstukken⁶⁶ behorend bij de introductie van art. 10a Wet VPB 1969 bleek dat niet is uitgesloten dat fraus legis nog kan worden toegepast bij renteaftrek. Het moet dan wel gaan om een uitzonderlijke situatie, waarbij de grens van geoorloofde belastingbesparing duidelijk is overschreden. Wel wordt opgemerkt dat zelden sprake zal zijn van fraus legis, aangezien art. 10a Wet VPB 1969 een codificatie is van de fraus legis jurisprudentie op het gebied van

⁶³ M. Nieuweboer, 2.2.3.E.b1 *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.) *Cursus belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 20 april 2023).

⁶⁴ Stb 2006, 631, Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota 'Werken aan winst', p. 8.

⁶⁵ *Kamerstukken I* 2006/07, 30 572, nr. C, p. 23.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 45.

renteaf trek. Ook bleek in 2016 dat de wethouder zich nog steeds terughoudend opstelt tegenover de toepassing van *fraus legis* na de invoering van de samenwerkende groep.⁶⁷ Het kabinet heeft vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur om gebruik te maken van wettelijke bepalingen, in plaats van bijzondere rechtsmiddelen zoals *fraus legis*.⁶⁸ Mijns inziens wordt *fraus legis* toch nog vaker toegepast dan op voorhand was geanticipeerd. Bavinck en Cornelisse⁶⁹ en Vries en Chrispijn⁷⁰ beweren dat *fraus legis* slechts toegepast kan worden op situaties die ‘naar de letter niet onder art. 10a Wet VPB 1969 vallen’. Hierbij kan gedacht worden aan een situatie waarin niet is voldaan aan de basisvereisten van art. 10a Wet VPB 1969. Recent is *fraus legis* toegepast in het Hunkemöller-arrest⁷¹. Wat dus kan worden opgemerkt, is dat *fraus legis* nog steeds een relevante rol kan spelen. Niet alle winstdrainagegevallen zullen namelijk onder art. 10a Wet VPB 1969 vallen, waardoor *fraus legis* nog ingezet kan worden om oneigenlijk gebruik tegen te gaan. De Vries en Chrispijn⁷² menen dat een situatie waarin renteaf trek in beginsel wel wordt geraakt door art. 10a Wet VPB 1969, maar de aftrekbeperking uiteindelijk door de tegenbewijsregeling van lid 3 niet van toepassing is, vervolgens niet alsnog kan worden gevat door *fraus legis*.⁷³ De Hoge Raad⁷⁴ heeft recent geoordeeld dat er geen ruimte is voor toepassing van *fraus legis*, indien sprake is van zakelijke overwegingen in de zin van art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969. Dit is dus in lijn met de conclusie van De Vries en Chrispijn. Het is dus noodzakelijk om eerst de zakelijkheid van de schuld in de zin van art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969 te constateren.⁷⁵ Deze conclusie laat zich mogelijk niet goed verenigen met de toepassing van *fraus legis* in het Hunkemöller-arrest.^{76,77}

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 14, p. 50.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 14, p. 50.

⁶⁹ C.B. Bavinck, R.P.C. Cornelisse, ‘*Fraus legis*; het normvereiste toegespitst op het Hunkemöller arrest’, *WFR* 2022/43.

⁷⁰ R.J. de Vries, T. Chrispijn, ‘Kan de tegenbewijsregeling van art. 10a lid 3 Wet VPB 1969 de toepassing van *fraus legis* in de sfeer van renteaf trek blokkeren?’, *WFR* 2022/143.

⁷¹ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152.

⁷² R.J. de Vries, T. Chrispijn, ‘Kan de tegenbewijsregeling van art. 10a lid 3 Wet VPB 1969 de toepassing van *fraus legis* in de sfeer van renteaf trek blokkeren?’, *WFR* 2022/143.

⁷³ P. van Tilburg, ‘Kunstmatig gecreëerde rentelasten niet aftrekbaar op grond van *fraus legis*’, *NTRF* 2022/2852.

⁷⁴ HR 4 maart 2023, nr. 21/00299 (concl. A-G Wattel), BNB 2023/61.

⁷⁵ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, ‘Orakelachtige *fraus-legis*oordelen?’, *WFR* 2023/151.

⁷⁶ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, ‘Orakelachtige *fraus-legis*oordelen?’, *WFR* 2023/151.

⁷⁷ Zie hoofdstuk 4.

Ook Marres⁷⁸ is van mening dat *fraus legis* nog een krachtig wapen blijft tegen winstdrainage, vanwege onder meer een arrest van 11 juli 2008⁷⁹. Hieruit blijkt dat de Hoge Raad nog ruimte ziet voor toepassing van *fraus legis*, naast art. 10a Wet VPB 1969. Marres meent dat het bereik van het leerstuk van *fraus legis* echter wel beperkt blijft tot de gevallen waarin ontgaansmogelijkheden niet zijn aanvaard door de wetgever. Marres citeert ook IJzerman⁸⁰, die het volgende omschrijft: door het uitmelken van de belastingwetgeving begeeft de belastingverijdelaar zich in de risicosfeer; voor hem is de rechtszekerheid niet bedoeld.⁸¹ Naar mijn mening betekent dit dat de belastingplichtige niet wordt beschermd door de rechtszekerheid, indien zijn situatie niet voldoet aan de criteria van art. 10a Wet VPB 1969, waardoor deze bepaling niet kan worden toegepast. *Fraus legis* kan dan worden toegepast om de belastingverijdeling tegen te gaan.

Uit de Kamerstukken⁸² bleek reeds dat het niet uitgesloten was dat *fraus legis* van toepassing zou kunnen zijn bij renteaftrek. Het moest dan wel gaan om een uitzonderlijke situatie, waarbij de grens van belastingbesparing duidelijk is overgeschreden. Het is niet duidelijk wat een ‘uitzonderlijke situatie’ is. Wanneer is die grens overschreden? Hier zal meer duidelijkheid over moeten komen.

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond centraal wat winstdrainage is en hoe het wordt aangepakt door middel van art. 10a Wet VPB 1969. Winstdrainage verwijst naar de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag, met name door het gebruik van renteaftrek. Art. 10a Wet VPB 1969 bestaat om renteaftrek te weigeren in situaties die in strijd zijn met doel en strekking van de fiscale wetgeving. Hier gaat het om besmette rechtshandelingen. In het artikel is een tegenbewijsmogelijkheid opgenomen in lid 3. Hierdoor is het mogelijk voor belastingplichtigen om aan te tonen dat er geen sprake is van winstdrainage en dat de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandelingen voortvloeien uit zakelijke motieven of dat er een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing plaatsvindt.

⁷⁸ O.C.R. Marres, ‘*Fraus legis* blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage’, *WFR* 2009/1431.

⁷⁹ HR 11 juli 2008, nr. 43 376, ECLI:NL:HR:2008:BB5195.

⁸⁰ R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 1991, p. 89.

⁸¹ R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 1991, p. 89.

⁸² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 45.

Hoewel art. 10a Wet VPB 1969 deels een codificatie is van de fraus legis-jurisprudentie met betrekking tot winstdrainage, blijkt dat fraus legis nog steeds een relevante rol speelt, aangezien het leerstuk is toegepast in recente arresten. In uitzonderlijke gevallen waarbij niet aan de voorwaarden van art. 10a Wet VPB 1969 wordt voldaan, kan fraus legis worden toegepast om oneigenlijk gebruik tegen te gaan. Uit een recent arrest blijkt dat er geen ruimte is voor de toepassing van fraus legis, indien sprake is van zakelijke overwegingen in de zin van art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969.

Al met al is art. 10a Wet VPB 1969 een belangrijk instrument in de bestrijding van winstdrainage en het behoud van de Nederlandse belastinggrondslag.

Hoofdstuk 4: Het Hunkemöller arrest

4.1 Inleiding

Het Hunkemöller-arrest heeft veel vragen opgeroepen inzake de toepassing van *fraus legis* bij renteaftrek. In dit arrest werd *fraus legis* namelijk toegepast, terwijl de toepassing van *fraus legis* zich enkel zou beperken tot zeer bijzondere situaties.⁸³ Sinds de uitspraak heeft de Hoge Raad nieuwe arresten⁸⁴ gewezen. De vraag is of deze uitspraken overeenkomen met de uitspraak van het Hunkemöller arrest en of de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969 door de uitspraak verhelderd is. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de inhoud van het arrest (par. 2). Tevens zal worden ingegaan op de punten die vragen opwekken en die verschillen met andere arresten in het landschap van renteaftrekbeperkingsarresten (par. 3). Hiermee wordt de vijfde deelvraag beantwoord: *‘Hoe verhoudt het Hunkemöller-arrest zich tot eerdere en latere jurisprudentie met betrekking tot de toepassing van fraus legis naast art. 10a Wet VPB 1969?’*

4.2 HR 16 juli 2021, nr. 19/02596

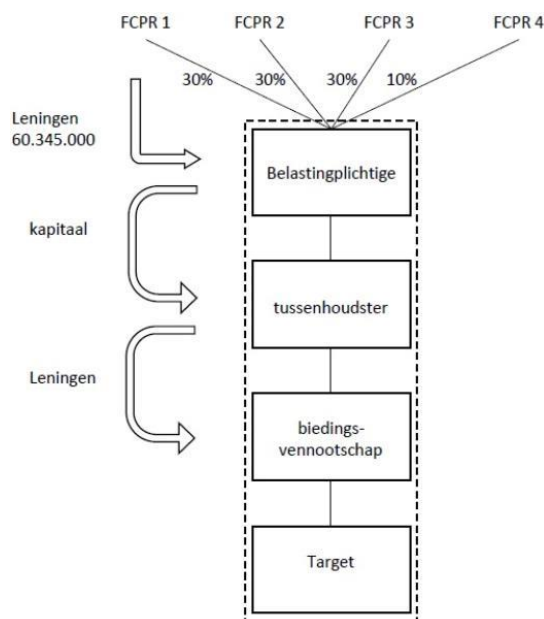
Het Hunkemöller-arrest van 16 juli 2021⁸⁵ gaat over een private-equity structuur die ervoor zorgde dat de Nederlandse belastinggrondslag werd uitgehold door middel van een converteerbare lening met een hoge rente. Om de Hunkemöller-groep over te nemen was er door een investeringsfonds een structuur opgezet. Twee Nederlandse vennootschappen in een fiscale eenheid in de zin van art. 15 Wet VPB 1969 hebben de groep overgenomen en deze deels gefinancierd door middel van vreemd vermogen. De target werd na overname gevoegd in de fiscale eenheid. Het vreemd vermogen bestond uit converteerbare leningen met een looptijd van 40 jaar, die werden verstrekt door vier Franse Fonds Communs de Placement a Risques (FCPR's). Deze vier FCPR's hadden een belang van respectievelijk 30%, 30%, 30% en 10% in het investeringsfonds, waardoor zij niet als verbonden lichamen konden worden aangemerkt. De Hoge Raad heeft hierdoor art. 10a Wet VPB 1969 volledig buiten beschouwing gelaten. Er was namelijk geen sprake van meer dan een derde belang. In de volgende afbeelding wordt de situatie weergegeven.

⁸³ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 45.

⁸⁴ HR 15 juli 2022, nr. 20/02096, ECLI:NL:HR:2022:1400, HR 15 juli 2022, nr. 20/03946, ECLI:NL:HR:2022:1085, HR 4 maart 2023, nr. 21/00299 (concl. A-G Wattel), *BNB* 2023/61, HR (A-G) 24 mei 2022, 21/04746, ECLI:NL:PHR:2022:507.

⁸⁵ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152.

Afbeelding 1⁸⁶



De financiële middelen die bij de FCPR's beschikbaar waren als eigen vermogen, werden verstrekt aan de Nederlandse vennootschappen als vreemd vermogen. De FCPR's zijn voor de Franse wet transparant, waardoor de rentebaten niet worden belast in Frankrijk. Er was sprake van winstdrainage, aangezien de rentekosten werden afgetrokken in Nederland. De FCPR's werden niet als verbonden lichamen aangemerkt, waardoor de renteaftrek niet kon worden beperkt door art. 10a Wet VPB 1969. Niet de gehele converteerbare lening is gebruikt voor de overname.⁸⁷

Hof Amsterdam⁸⁸ oordeelde dat sprake is van *fraus legis*, waardoor de rente niet mag worden afgetrokken. De Hoge Raad was het hier mee eens. Aan het motiefvereiste werd voldaan, aangezien de Hoge Raad van mening is dat sprake was van winstdrainage door middel van een gekunstelde constructie die zijn oorsprong vond in de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. In dit arrest was voldaan aan het motiefvereiste mede door tussenschakeling van belanghebbende. Dit leidde volgens de Hoge Raad tot een nutteloze leenverhouding. Hiermee is uitvoering gegeven aan het streven om op termijn door aan- en

⁸⁶ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, 'Orakelachtige *fraus-legis*oordelen?', *WFR* 2023/151, par. 2.

⁸⁷ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, r.o. 4.3.2.

⁸⁸ Hof Amsterdam, 18 april 2019, nr. 18/00018-00019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, r.o. 4.22.20

verkoop van ondernemingen vermogenswinsten te behalen.⁸⁹ Uit het arrest blijkt ook dat aan het normvereiste werd voldaan. Er was sprake van strijd met doel en strekking van de Wet Vpb 1969, omdat de belanghebbende de keuze van financiering uit fiscale overwegingen heeft gemaakt. De Hoge Raad hanteert in het Hunkemöller-arrest het volgende objectieve criterium voor het normvereiste: *‘Zijn enerzijds de winst van een onderneming en anderzijds gekunsteld tot stand gebrachte rentelasten bij elkaar gebracht?’*

4.3 Vergelijkende analyse

4.3.1 Introductie

In deze paragraaf wordt ingegaan op de verschillen tussen het oordeel in het Hunkemöller-arrest en voorgaande en latere jurisprudentie. Kok⁹⁰ noemt dat het Hunkemöller-arrest zich moeilijk laat plaatsen in het landschap van renteaftrekbeperkingsarresten. Ook wordt het hypothetische geval geanalyseerd waarin de casus van het Hunkemöller-arrest wel binnen het bereik van art. 10a Wet VPB 1969 zou vallen. Er zal niet worden ingegaan op de toegekende personeelsbonussen⁹¹ en de mogelijke schending van het EU-recht, in dit onderzoek wordt enkel ingegaan op nationaal recht.

4.3.2 Meerwegenleer

In het Hunkemöller-arrest maakt de Hoge Raad gebruik van de meest ultieme variant van *fraus legis*, namelijk in de vorm van de meerwegenleer.⁹² In r.o. 4.2.8 concludeert de Hoge Raad dat op een willekeurige en voortdurende wijze verijdeling van belastingheffing plaatsvindt. Het lijkt erop dat de Hoge Raad vasthoudt aan de uitspraak over de meerwegenleer in het Bovag-arrest.⁹³ Dit benoemt de Hoge Raad niet expliciet. De Hoge Raad maakt niet altijd duidelijk of hij is teruggekomen op eerdere beslissingen.⁹⁴ De Hoge Raad heeft echter niet verder toegelicht waarom op een willekeurige en voortdurende wijze verijdeling van belastingheffing plaatsvindt. Maas⁹⁵ is van mening dat het aspect van voortdurende erin schuilt dat leningen van

⁸⁹ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, r.o. 4.2.7.

⁹⁰ Q.W.J.C.H. Kok, ‘Het Hunkemöller-arrest’, *WFR* 2021/167, par. 1.

⁹¹ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, par. 2.9.

⁹² HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *BNB* 2021/137, m.nt. R.J. de Vries.

⁹³ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *FED* 2021/130, m.nt. C. Maas, par. 5.

⁹⁴ R. den Ouden, ‘Uitvergroot, Koerswijzigingen’, *V-N* 2022/56.0

⁹⁵ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *FED* 2021/130, m.nt. C. Maas, par. 7.

de fondsen een looptijd van 40 jaar hebben. Het lijkt echter moeilijker te achterhalen waarom sprake is van willekeur. Een reden zou kunnen zijn dat de fondsen vrijelijk kunnen bepalen in welke verhouding zij het voor de acquisitie beschikbare eigen vermogen als ledenkapitaal dan wel lening verstrekken aan belanghebbende.⁹⁶

4.3.3 Keuzevrijheid concernopbouw en financieringsvrijheid

In de casus die ten grondslag ligt aan het Hunkemöller-arrest was ervoor gekozen om Nederlandse vennootschappen in het concern te gebruiken voor de overname van de target. In het Italiaanse beursvennootschap-arrest⁹⁷ was ook gekozen voor een Nederlandse vennootschap in het concern om de Italiaanse beursvennootschap over te nemen. De Hoge Raad heeft in dit arrest geoordeeld dat deze keuze niet onzakelijk was in de zin van art. 10a lid 3 Wet VPB 1969. In r.o. 2.6.3 wordt namelijk geconstateerd dat de invoering van art. 10a Wet VPB 1969 niet was gericht op het beperken van de keuzevrijheid van de concernopbouw. Ondanks dat het in dit arrest over de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 ging, lijkt het duidelijk dat concerns de vrijheid hebben voor de keuze van hun inrichting, zelfs als dit om fiscale redenen is. Dit lijkt in strijd met het oordeel in het Hunkemöller-arrest, waarin de keuze voor een Nederlandse vennootschap deels ertoe heeft geleid dat de rente niet mocht worden afgetrokken.

Bij de A-G conclusie bij een ander arrest⁹⁸ wordt verwezen naar de conclusie in het Hunkemöller-arrest. Het lijkt hem onjuist dat de beperking van het bereik van art. 10a Wet VPB 1969 tot de in het artikel beschreven gevallen van verbondenheid, ertoe moest leiden dat frauduleuze legis niet kon worden toegepast op situaties die toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 probeerden te voorkomen door verbondenheid te vermijden.⁹⁹ Deze verbondenheid wordt vermeden, terwijl wel degelijk renteaftrek wordt gecreëerd op een commercieel nutteloze leenverhouding.¹⁰⁰ Mijns inziens is dit een reden waarom de Hoge Raad de concernopbouw in het Hunkemöller-arrest niet heeft geaccepteerd. In de concernopbouw lijkt verbondenheid te zijn vermeden door het belang die de FCPR's hadden, namelijk 30%, 30%, 30% en 10%. De

⁹⁶ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *FED* 2021/130, m.nt. C. Maas, par. 7.

⁹⁷ HR 8 juli 2016, nr. 15/00194 (concl. A-G Wattel), ECLI:NL:HR:2016:1350, *BNB* 2016/197, m.nt. O.C.R. Marres.

⁹⁸ HR (A-G) 27 oktober 2021, nr. 21/01534, ECLI:NL:PHR:2021:1004.

⁹⁹ HR (A-G) 27 oktober 2021, nr. 21/01534, ECLI:NL:PHR:2021:1004, par. 6.15.

¹⁰⁰ HR 27 oktober 2021, nr. 21/01534, ECLI:NL:PHR:2021:1004.

A-G lijkt van mening te zijn dat het in strijd is met het doel en de strekking van de Wet VPB 1969 om deze concernopbouw te accepteren.

Uit het Mauritius-arrest¹⁰¹ en het Italiaanse beursvennootschap-arrest¹⁰² blijkt dat concerns de vrijheid hebben om te kiezen om de concernvennootschap te financieren met eigen of vreemd vermogen. De Hoge Raad oordeelt in voorgenoemde arresten dat het van belang is dat een belastingplichtige keuzevrijheid heeft over de financieringsvorm van een vennootschap waarin wordt deelgenomen. Dit is ook in het Triple Dip-arrest¹⁰³ benoemd. Ook dit verschilt met het oordeel in het Hunkemöller-arrest. Uit r.o. 3.2 blijkt dat het Hof oordeelde dat bij toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 in een dergelijk geval mogelijke fiscale overwegingen niet worden geacht besloten te liggen in de financieringsvrijheid van belanghebbende.

In het systeem van de Wet VPB 1969 ligt besloten dat een belastingplichtige de vrijheid heeft in de keuze van de financieringsvorm van een vennootschap. Uit het Hunkemöller-arrest blijkt dat de keuzevrijheden in concernopbouw en financiering niet onbeperkt zijn. Volgens Maas¹⁰⁴ moet het de combinatie van stappen zijn die de Hoge Raad *fraus legis* heeft laten toepassen en ertoe heeft gebracht te spreken van misbruik van de financieringsvrijheid. Waar de grens van de vrijheden precies ligt, is niet exact op te maken uit het arrest. In een recentere conclusie van de A-G¹⁰⁵ wordt verwezen naar het Hunkemöller-arrest. Er wordt aangegeven dat de financieringsvrijheid wordt beperkt ter voorkoming van niet-aanvaardbare gevolgen (*winstdrainage*) van die misbruikte vrijheid, als aan de criteria van *fraus legis* wordt voldaan.¹⁰⁶ De belanghebbende is echter wel vrij om de overname te financieren met vreemd vermogen, alleen zal de renteaftrek niet worden toegestaan.¹⁰⁷

4.3.4 De fiscale eenheid

In het Hunkemöller-arrest is een fiscale eenheid gevormd, om zo de rentekosten en de winsten van de target bij elkaar te brengen.¹⁰⁸ De tussenschakel (de Nederlandse vennootschappen) en

¹⁰¹ HR 5 juni 2015, nr. 14/00343 (concl. A-G Wattel), r.o. 3.1.3, *BNB* 2015/165, m.nt. R.J. de Vries.

¹⁰² HR 8 juli 2016, nr. 15/00194 (concl. A-G Wattel), r.o. 2.6.3, *BNB* 2016/197, m.nt. O.C.R. Marres.

¹⁰³ HR 9 juli 2021, 19/05112 (concl. A-G Wattel), *V-N* 2021/30.10. r.o. 3.3.2.

¹⁰⁴ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, *ECLI:NL:HR:2021:1152*, *FED* 2021/130, m.nt. C. Maas, par. 4.

¹⁰⁵ HR (A-G) 24 mei 2022, 21/04746, *ECLI:NL:PHR:2022:507*.

¹⁰⁶ HR (A-G) 24 mei 2022, 21/04746, *ECLI:NL:PHR:2022:507*, r.o. 5.17.

¹⁰⁷ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, *ECLI:NL:HR:2021:1152*, *NTFR* 2021/2387, m.nt. N.I. Groenland.

¹⁰⁸ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, *ECLI:NL:HR:2021:1152*.

de Hunkemöller-groep werden gevoegd in een fiscale eenheid. De tussenschakeling van houdsters is geen nieuw fenomeen in de financieringspraktijk en is meestal bedoeld voor een zakelijk doel.¹⁰⁹ De overweging van de Hoge Raad dat is voldaan aan het motiefvereiste lijkt te zijn ontstaan door het creëren van een rentelast op het niveau van de tussenschakel, door het voegen van de tussenschakel en de target in een fiscale eenheid.¹¹⁰

Kok¹¹¹ vergelijkt het Hunkemöller-arrest met *BNB* 1989/217¹¹², waarin tussen belanghebbende en de verhangen vennootschap een fiscale eenheid werd gevormd. Hier betrof het een interne verhangning. Uit het arrest¹¹³ blijkt dat de vorming van een fiscale eenheid niet de aanleiding was tot het toepassen van een renteaftrekbeperking. Het Hunkemöller-arrest betreft een externe acquisitie. Dit verschilt dus met *BNB* 1989/217¹¹⁴. Dit kan de reden zijn dat de vorming van de fiscale eenheid deels heeft bijgedragen aan de toepassing van fraus legis.

Niet de gehele converteerbare lening is gebruikt voor de aankoop van de aandelen in een vennootschap waarmee een fiscale eenheid is gevormd. Ook op het deel van de converteerbare lening dat niet is gebruikt voor de aandelen is de rente niet aftrekbaar. Op dat gedeelte kan het fiscale-eenheidsargument niet worden toegepast.¹¹⁵ De Hoge Raad oordeelt dat het Hof geen uitzondering hoeft te maken voor het deel van de converteerbare lening dat niet is gebruikt voor de overname.¹¹⁶ Mijns inziens weegt de vorming van de fiscale eenheid zwaar voor de Hoge Raad, omdat de renteaftrek effectief te gelde kon worden gemaakt door het samenvoegen van de rentekosten en de winst van de target door middel van de fiscale eenheid. Dat de Hoge Raad over het gedeelte dat niet is gebruikt voor de aankoop van de aandelen ook de renteaftrek heeft afgewezen, is mijns inziens niet logisch. Dat deel van de schuld staat niet in verband met een besmette rechtshandeling. De vorming van de fiscale eenheid was niet nodig om de renteaftrek effectief te gelde te maken over dat gedeelte. De renteaftrek over dat deel lijkt mij dus niet in strijd met doel en strekking van de wet, waardoor niet aan het normvereiste is voldaan. Door het weigeren van de renteaftrek over het voorgenoemde gedeelte wijkt de Hoge Raad ook af van een eerder gegeven richtlijn in *BNB* 2012/127¹¹⁷ die beoogde voor de

¹⁰⁹ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *NTR* 2021/2387, m.nt. N.I. Groenland.

¹¹⁰ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *NTR* 2021/2387, m.nt. N.I. Groenland.

¹¹¹ Q.W.J.C.H. Kok, 'Het Hunkemöller-arrest', *WFR* 2021/167, par. 3.3.

¹¹² HR 26 april 1989, nr. 24 446, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024.

¹¹³ HR 26 april 1989, nr. 24 446, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, r.o. 4.3.3.

¹¹⁴ HR 26 april 1989, nr. 24 446, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024.

¹¹⁵ Q.W.J.C.H. Kok, 'Het Hunkemöller-arrest', *WFR* 2021/167, par. 3.3.

¹¹⁶ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, r.o. 4.3.2.

¹¹⁷ HR 10 februari 2012, nr. 08/05317, ECLI:NL:HR:2012:BK1057.

belastingplichtige zowel de nagestreefde voordelige gevolgen als negatieve gevolgen van de niet in aanmerking te nemen handelingen weg te nemen.

Naar mijn mening zou het fiscale-eenheidsargument niet zwaar wegen of überhaupt niet ter sprake komen, indien de casus van het Hunkemöller-arrest binnen het bereik van art. 10a Wet VPB 1969 zou vallen. De reden hiervoor is dat de wetgever welbewust heeft aanvaard dat de voordelen van de vorming van een fiscale eenheid kunnen worden benut door degenen die door de tegenbewijsregeling onder de renteaftrekbepijking van art. 10a Wet VPB 1969 zijn gekomen, nadat art. 15ad Wet VPB 1969 is afgeschaft en art. 10a Wet VPB 1969 is uitgebreid.¹¹⁸ Het is echter niet enkel de voeging in de fiscale eenheid die heeft geleid tot dit oordeel.¹¹⁹ Het lijkt erop dat de samenstel van de stappen die zijn genomen de toepassing van *fraus legis* toelaat.¹²⁰

In *BNB 2005/169*¹²¹ oordeelde de Hoge Raad dat niet in *fraudem legis* werd gehandeld, indien een concern beschikt over eigen vermogen, maar toch kiest voor de financiering met vreemd vermogen. De Hoge Raad baseerde in het hiervoor genoemde arrest zijn oordeel op het feit dat het ging om een externe acquisitie, net zoals in het Hunkemöller-arrest. Toch is in het Hunkemöller-arrest wel *fraus legis* toegepast. Volgens de Vries¹²² komt dit verschil met name door de vorming van de fiscale eenheid in het Hunkemöller-arrest, waardoor de rente op de converteerbare leningen de winsten van de overgenomen Hunkemöller-groep ‘wegpoetste’. De Hoge Raad komt echter niet terug op *BNB 2005/169* in het oordeel. Het lijkt erop dat belastingplichtigen zorgvuldige keuzes moeten maken betreffende de vorming van de fiscale eenheid, aangezien de vorming van de fiscale eenheid zwaar lijkt te wegen voor de Hoge Raad bij zijn besluit.

4.3.5 Tegenbewijsmogelijkheid

De situatie in het Hunkemöller-arrest viel net niet onder de voorwaarden van art. 10a Wet VPB 1969. De Hoge Raad heeft art. 10a Wet VPB 1969 dan ook volledig buiten beschouwing gelaten, waardoor belanghebbende geen gebruik kon maken van de tegenbewijsmogelijkheid

¹¹⁸ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, ‘Orakelachtige *fraus-legis*oordelen?’, *WFR* 2023/151, par. 5.1.

¹¹⁹ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *V-N* 2021/31.9, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

¹²⁰ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *FED* 2021/130, m.nt. C. Maas.

¹²¹ HR 17 december 2004, nr. 39 080, ECLI:NL:HR:2004:AP6652.

¹²² HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *BNB* 2021/137, m.nt. R.J. de Vries, par. 11.

van art. 10a VPB 1969. Kok en De Vries¹²³ noemen dat blijktens *BNB* 2023/61¹²⁴ het juist noodzakelijk is om eerst de zakelijkheid van de schuld in de zin van art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969 te constateren. Hierna kan de conclusie worden getrokken dat *fraus legis* niet kan worden toegepast, omdat niet is voldaan aan het motiefvereiste.¹²⁵ De Hoge Raad had in het Hunkemöller-arrest niet de zakelijkheid van de schuld kunnen constateren, omdat er geen sprake was van verbondenheid en zodoende art. 10a Wet VPB 1969 niet werd toegepast.

In *BNB* 2023/61¹²⁶ had een treasury-afdeling binnen een Zweedse moedermaatschappij (A) een lening verstrekt aan een belastingplichtige. De belastingplichtige is een in Nederland gevestigde bv, waarvan de aandelen worden gehouden door A. De belastingplichtige heeft daarmee een kapitaalstorting in een andere vennootschap (K) gedaan. K heeft met die kapitaalstorting aandelen in een Italiaanse beursvennootschap (SpA) gekocht. De belastingplichtige had naast de originele lening van €237 miljoen ook een lening ad €50 miljoen aangevraagd bij de afdeling binnen A, waarmee de belastingplichtige aandelen in de SpA heeft verworven. Vervolgens zijn die aandelen in K gestort. De schuld kwam hierdoor in verband te staan met een kapitaalstorting.¹²⁷ Er was dus mogelijk sprake van winstdrainage in de zin van art. 10a Wet VPB 1969. In de volgende afbeelding op wordt de situatie geschetst:

¹²³ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, 'Orakelachtige *fraus-legis*oordelen?', *WFR* 2023/151, par. 5.2.

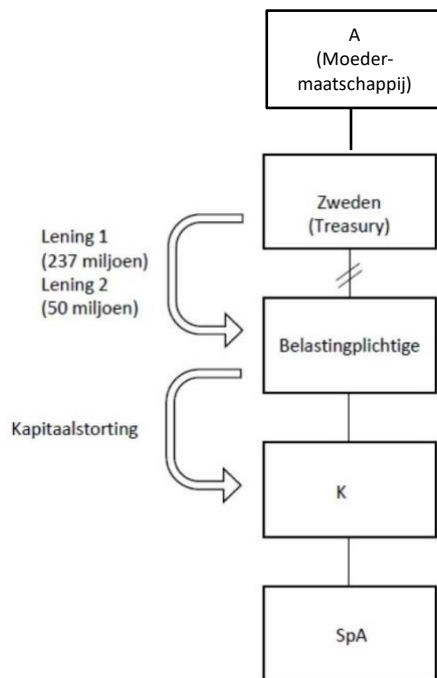
¹²⁴ HR 4 maart 2023, nr. 21/00299 (concl. A-G Wattel), *BNB* 2023/61.

¹²⁵ O.C.R. Marres, 'Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage', *WFR* 2008/1431.

¹²⁶ HR 4 maart 2023, nr. 21/00299 (concl. A-G Wattel), *BNB* 2023/61.

¹²⁷ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, 'Orakelachtige *fraus-legis*oordelen?', *WFR* 2023/151.

Afbeelding 2¹²⁸



De Hoge Raad oordeelt dat een schuld zakelijk is indien deze wordt verstrekt door een entiteit met een zogenoemde spilfunctie ter zake van groepsfinancieringsactiviteiten.¹²⁹ Indien sprake is van zakelijke overwegingen in de zin van art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969, bestaat geen ruimte meer voor toepassing van fraus legis.¹³⁰ Uit *BNB 2022/112*¹³¹ en *BNB 2022/113*¹³² kon echter worden afgeleid dat aanvullende toepassing van fraus legis in een art. 10a-situatie wel mogelijk is.¹³³ De Hoge Raad is hier niet op teruggekomen in *BNB 2023/61*. Het lijkt erop dat de Hoge Raad met de arresten van 2022 duidelijk maakt dat fraus legis nog toegepast kan worden in situaties die net niet binnen het bereik van art. 10a Wet VPB 1969 vallen, zoals in het Hunkemöller-arrest.

¹²⁸ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, 'Orakelachtige fraus-legisoordelen?', *WFR* 2023/151, par. 4 met toevoeging moedermaatschappij A.

¹²⁹ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, 'Orakelachtige fraus-legisoordelen?', *WFR* 2023/151, par. 4.

¹³⁰ R.P.C.W.M. Brandsma, 'De essentiële rol van de financiële spilfunctie bij winstdrainage: is de financiering (of de fiscus) om (de tuin) geleid?', *WFR* 2023/131, par 3.

¹³¹ HR 15 juli 2022, nr. 20/02096, ECLI:NL:HR:2022:1400, r.o. 4.5.2.

¹³² HR 15 juli 2022, nr. 20/03946, ECLI:NL:HR:2022:1085.

¹³³ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, 'Orakelachtige fraus-legisoordelen?', *WFR* 2023/151, par. 5.1.

Er is sprake van een spilfunctie als aan de volgende criteria¹³⁴ is voldaan:

- De omstandigheden van de desbetreffende situatie moeten in onderlinge samenhang worden beoordeeld.
- De financiering moet actief zijn. Hiermee wordt waarschijnlijk bedoeld dat de treasury-afdeling daadwerkelijk regelmatig geld in- en uitleent binnen de groep, geld aantrekt van derden, overtollige middelen zo goed mogelijk laat renderen en valutakoers- en renterisico's waar nodig afdekt.
- De treasury-afdeling zal 'voldoende zelfstandigheid hebben ten opzichte van de andere groepsvennootschappen en voldoende gekwalificeerd en bevoegd personeel moeten hebben om verantwoorde beslissingen te kunnen nemen'.
- Ten slotte is van de treasury-activiteiten een afzonderlijke administratie vereist, als deze activiteiten een onderdeel van een vennootschap vormen.

Indien dezelfde methode was toegepast op het Hunkemöller-arrest, had de uitkomst wellicht anders kunnen zijn. Belanghebbende kon geen beroep doen op de tegenbewijsmogelijkheid in het Hunkemöller-arrest, omdat hij heeft geleend van een niet-verbonden lichaam. De vraag die hierbij rijst is of belanghebbende wel succesvol een beroep had kunnen doen op de tegenbewijsmogelijkheid, indien hij had geleend van een verbonden lichaam. Ik ben het eens met Kok en de Vries¹³⁵ en Bavinck en Cornelisse¹³⁶ dat deze uitleg onbevredigend is. Belastingplichtigen die lenen van verbonden lichamen ter financiering van een 10a-rechtshandeling lijken zo beter beschermd tegen fraus legis dan de belastingplichtigen die lenen van niet-verbonden lichaam met dezelfde doeleinden, wat onlogisch is.

Het vermijden van de verbondenheid overeenkomstig art. 10a Wet VPB 1969 lijkt in het onderhavige arrest niet te baten. Wat blijkt uit het Hunkemöller-arrest, is dat anti-fiscale structurering die net buiten bereik van art. 10a Wet VPB 1969 valt, niet meebrengt dat de structuur dan ook gevrijwaard is van de kwalificatie van fraus legis.¹³⁷

¹³⁴ De volgende criteria komen uit: R.P.C.W.M. Brandsma, 'De essentiële rol van de financiële spilfunctie bij winstdrainage: is de financiering (of de fiscus) om (de tuin) geleid?', *WFR* 2023/131, par. 5.

¹³⁵ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, 'Orakelachtige fraus-legisordelen?', *WFR* 2023/151, par. 6.

¹³⁶ C.B. Bavinck, R.P.C. Cornelisse, 'Fraus legis: het normvereiste toegespitst op het Hunkemöller-arrest', *WFR* 2022/43, par. 3.4.

¹³⁷ HR (A-G) 24 mei 2022, 21/04746, ECLI:NL:PHR:2022:507, r.o. 5.18.

Daarnaast bestaat nog een andere opmerkelijke kwestie. Hadden de feiten van het Hunkemöller-arrest zich voorgedaan in een boekjaar waarin lid 6 van art. 10a Wet VPB 1969 over de samenwerkende groep al was toegevoegd, dan had *fraus legis* niet kunnen worden toegepast op deze casus.¹³⁸ De casus zou dan onder het bereik van het artikel vallen, waardoor de belastingplichtige mogelijk wel gebruik had kunnen maken van de tegenbewijsmogelijkheid. De belastingplichtige had dan de zakelijkheid van de transactie kunnen aantonen, aangezien het een externe acquisitie betreft met een zakelijke financiering.

4.3.5 Compenserende heffing en vermogenspositie

In *BNB 2005/169*¹³⁹ was het irrelevant dat de rente onbelastbaar was bij de crediteur. In het Hunkemöller-arrest was de crediteur transparant in Frankrijk, waardoor de rente daar onbelast bleef. In het Hunkemöller-arrest was dit wel relevant. Bij aanwezigheid van compenserende heffing, zou er waarschijnlijk geen sprake zijn geweest van *fraus legis*.¹⁴⁰ Compenserende heffing is namelijk de tegenbewijsmogelijkheid van *fraus legis*. Er is dan namelijk geen sprake van strijd met doel en strekking van de wet. Volgens Bavinck en Cornelisse¹⁴¹ is een reden dat in het Hunkemöller-arrest het ontbreken van de compenserende heffing wel relevant was, dat sprake was van agressieve taxplanning door middel van een zeer hoge rente. Ook waren de uiteindelijke investeerders net geen verbonden lichamen. Mijns inziens zou de uitkomst van het Hunkemöller-arrest ook afwijken van het huidige oordeel, indien sprake was van compenserende heffing. Uit *BNB 1996/5*¹⁴² en *BNB 1996/6*¹⁴³ bleek namelijk dat een belastingheffing over ‘overnamerente’ bij een in het buitenland gevestigd lichaam die naar Nederlandse maatstaven gemeten redelijk is, meebrengt dat in het geval van overdrachten binnen een concern de renteaftrek wordt toegestaan. Ook in *BNB 1996/4*¹⁴⁴ speelde de aanwezigheid van compenserende heffing een belangrijke rol bij de beoordeling of renteaftrek werd toegestaan. Om deze reden denkt ook Maas¹⁴⁵ dat de uitkomst anders zou zijn geweest bij aanwezigheid van compenserende heffing.

¹³⁸ Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, ‘Orakelachtige *fraus-legis*oordelen?’, *WFR* 2023/151.

¹³⁹ HR 17 december 2004, nr. 39080, ECLI:NL:HR:2004:AP6652.

¹⁴⁰ Q.W.J.C.H. Kok, ‘Het Hunkemöller-arrest’, *WFR* 2021/167.

¹⁴¹ C.B. Bavinck, R.P.C. Cornelisse, ‘*Fraus legis*: het normvereiste toegespitst op het Hunkemöller-arrest’, *WFR* 2022/43.

¹⁴² HR 20 september 1995, nr. 29 737, ECLI:NL:HR:AA1682, r.o.3.5.

¹⁴³ HR 27 september 1995, nr. 30 400, ECLI:NL:HR:AA1668, r.o. 3.3 e.v.

¹⁴⁴ HR 6 september 1995, nr. 29 927, ECLI:NL:HR:1955:AA1683, *BNB* 1996/4, r.o. 3.2.6.

¹⁴⁵ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *FED* 2021/130, m.nt. C. Maas, par. 9.

De Hoge Raad beoordeelde de vermogenspositie van de FCPR's in het Hunkemöller-arrest. In r.o. 3.3 oordeelde de Hoge Raad dat de vermogenspositie van de FCPR's niet was gewijzigd. In het Hunkemöller-arrest is het element van ongewijzigde vermogenspositie ruimer genomen dan in *BNB* 1989/217¹⁴⁶. Uit het laatstgenoemde arrest kon worden afgeleid dat alleen interne verhangingen tot ongewijzigde vermogensposities leiden.¹⁴⁷ In het Hunkemöller-arrest behandelt de Hoge Raad de vermogenspositie door de uiteindelijke situatie te vergelijken met de fictieve situatie dat de fondsen zelf de acquisitie zouden hebben gedaan.¹⁴⁸ Hierdoor kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat de vermogenspositie van de FCPR's niet is gewijzigd. Had de Hoge Raad de vermogenspositie beoordeeld net als in *BNB* 1989/217¹⁴⁹, dan was de conclusie hoogstwaarschijnlijk dat de vermogenspositie wel is gewijzigd. Dit zou tot gevolg hebben dat een economisch relevant verschil bestaat tussen enerzijds het middellijk of onmiddellijk verwerven van het belang in de Hunkemöller-groep door middel van eigen of vreemd vermogen. Mijns inziens zou het dus betekenen dat de transactie zakelijke motieven heeft, waardoor niet aan het motiefvereiste wordt voldaan. Dit punt is echter niet bestreden in cassatie.

4.4 Aanbevelingen

In deze paragraaf worden aanbevelingen beschreven aan de wetgever en de Hoge Raad om de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969 te verduidelijken naar aanleiding van de uitspraak in het Hunkemöller-arrest.

Het Hunkemöller-arrest roept vragen op betreft de behandeling van winstdrainage situaties. Het lijkt dat de casus in dat arrest renteaftrek wel zou toelaten, indien werd geleend van een verbonden lichaam. Is de renteaftrek dan wel zodanig in strijd met doel en strekking van de wet, waardoor *fraus legis* kan worden toegepast? Mijn aanbeveling op basis van dit onderzoek is voor de Hoge Raad om in een volgend winstdrainage-arrest duidelijkheid te verstrekken over de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969. In *BNB* 2023/61 is al vooruitgang geboekt door de uitspraak dat er geen ruimte is voor *fraus legis*, indien de tegenbewijsmogelijkheid van art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969 is geslaagd.

¹⁴⁶ HR 26 april 1989, nr. 24 446, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024.

¹⁴⁷ Q.W.J.C.H. Kok, 'Het Hunkemöller-arrest', *WFR* 2021/167, par 4.

¹⁴⁸ Q.W.J.C.H. Kok, 'Het Hunkemöller-arrest', *WFR* 2021/167, par. 4.

¹⁴⁹ HR 26 april 1989, nr. 24 446, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024.

Uit de Kamerstukken¹⁵⁰ was gebleken dat *fraus legis* enkel bij zeer uitzonderlijke situaties zou worden toegepast bij renteaftrek.¹⁵¹ De Hoge Raad kan de toepassing verduidelijken door de volgende vraag te beantwoorden: ‘Wanneer is sprake van een uitzonderlijke situatie, die de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969 toelaat?’ Ook zou de Hoge Raad meer duidelijkheid moeten bieden over hoe zwaar de vorming van een fiscale eenheid weegt bij de toepassing van *fraus legis* bij renteaftrek. De Hoge Raad zou moeten benoemen of de vorming van een fiscale eenheid op zich al voldoende is om rente te weigeren, of dat een samenstel van handelingen, waaronder de vorming van een fiscale eenheid, de aanleiding is tot het weigeren van renteaftrek.

De Hoge Raad heeft in het Hunkemöller-arrest gebruik gemaakt van *fraus legis* in de vorm van de meerwegenleer. Hij was van mening dat sprake was van willekeurig en voortdurende verijdeling van de belastingheffing. Het is jammer dat de Hoge Raad geen invulling heeft gegeven aan waarom hier sprake van is. Mijn aanbeveling is voor de Hoge Raad om bij een ander arrest toelichting te geven bij het oordeel van willekeurig en voortdurende verijdeling van de belastingheffing.

De Hoge Raad maakt niet altijd duidelijk of hij terug is gekomen op eerdere beslissingen.¹⁵² Naar mijn mening zou de toepassing van *fraus legis* duidelijker worden, indien de Hoge Raad expliciet aangeeft dat hij terug is gekomen op een eerdere uitspraak. Op de huidige wijze is het moeilijk om consistentie terug te zien in de uitspraken wat betreft *fraus legis* bij renteaftrek.

Naast de Hoge Raad, kan ook de wetgever duidelijkheid scheppen rondom de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969. Dit kan middels een beleidsbesluit. Het beleidsbesluit instrueert inspecteurs hoe zij de wet moeten toepassen in voorkomende gevallen.¹⁵³ Een beleidsbesluit verschaft belastingplichtigen zekerheid wat betreft de belastingheffing. In een beleidsbesluit kan concreet worden neergelegd wanneer *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969 kan worden toegepast. De wetgever zou de volgende uitgangspunten moeten hanteren:

¹⁵⁰ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 8, p. 45.

¹⁵¹ Zie par. 3.4.

¹⁵² R. den Ouden, ‘Uitvergroot, Koerswijzigingen’, *V-N* 2022/56.0.

¹⁵³ R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming* (Fiscale monografieën, nr. 77), Deventer: Wolters Kluwer 1996, par. 1.1.3.3.

- De toepassing van fraus legis brengt veel onzekerheid met zich mee, dus het beleidsbesluit moet helder en transparant zijn voor belastingplichtigen.
- De vragen die het Hunkemöller-arrest oproept moeten middels dit beleidsbesluit worden beantwoord.

Mijns inziens moet in dat besluit ook duidelijkheid worden verschaft over casussen waarin wel sprake is van winstdrainage, maar geen verbondenheid in de zin van art. 10a Wet VPB 1969. Zoals eerder vermeld is het oneerlijk dat door niet-verbondenheid de belanghebbende niet is beschermd tegen fraus legis. Het is een optie om bij toepassing van fraus legis bij renteaftreksituaties die net niet binnen art. 10a Wet VPB 1969 vallen niet enkel tegenbewijs op basis van compenserende heffing toe te staan, maar ook op grond van zakelijke overwegingen. Hierdoor zullen ook belastingplichtigen die lenen van niet-verbonden lichamen, maar die zich wel vuil maken aan een besmette rechtshandeling, de mogelijkheid hebben om zichzelf te beschermen tegen fraus legis. Zo kan de belanghebbende ook gebruik maken van de faciliteiten van art. 10a Wet VPB 1969 ondanks niet-verbondenheid. Mijns inziens is dit meer in lijn met doel en strekking van de wet. Het lijkt mij namelijk niet de bedoeling om het lenen van verbonden lichamen juist te stimuleren in tegenstelling tot lenen van niet-verbonden lichamen. De toevoeging van de samenwerkende groep aan art. 10a Wet VPB 1969 heeft het bereik van het artikel vergroot en zorgt ervoor dat meer situaties binnen het bereik van art. 10a Wet VPB 1969 vallen. De groep die net niet onder art. 10a Wet VPB 1969 valt wordt kleiner, maar blijft bestaan. Daarom acht ik het van belang dat bij toepassing van renteaftrek tegenbewijs op grond van zakelijke overwegingen wordt toegestaan. Tevens zou moeten worden toegelicht wanneer sprake is van willekeurige en voortdurende verijdeling van de belastingheffing.

Naar mijn mening is het niet meer dan logisch dat situaties waarin art. 10a Wet VPB 1969 worden vermeden door verbondenheid te voorkomen de consequenties kunnen ervaren van fraus legis. Door het gegeven dat renteaftrekbeperkingen en het verbondenheidscriterium meerdere malen zijn gewijzigd, blijkt dat het doel en strekking van de wet is om structuren zoals die in het Hunkemöller-arrest tegen te gaan.¹⁵⁴ Het lijkt mij echter beter indien belanghebbenden ook in deze situaties de tegenbewijsmogelijkheid hebben op grond van zakelijke overwegingen.

¹⁵⁴ HR (A-G) 31 januari 2020, nr. 19/02596, ECLI:NL:PHR:2020:102, *V-N* 2020/15.8, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.

Een tegenargument bij mijn aanbevelingen kan zijn dat verduidelijking juist ongewenst is, om belastingontwijking tegen te gaan. Dit zou ervoor zorgen dat belastingplichtigen exact weten wanneer de inspecteur kan constateren dat sprake is van *fraus legis*. Naar mijn mening houdt dit argument geen stand. De wet beoogt zoveel mogelijk belastingontduiking en -ontwijking tegen te gaan. In de afgelopen decennia is *fraus legis* meerdere malen toegepast op renteaftrek, wat veel onzekerheid met zich heeft meegebracht. Net zoals dat in de wet concreet artikelen worden neergelegd, zou ook duidelijkheid over de toepassing van het leerstuk van *fraus legis* op renteaftrek moeten bestaan.

4.5 Conclusie

Het Hunkemöller-arrest lijkt niet consistent met eerdere uitspraken. In het arrest werd *fraus legis* toegepast – in de meest ultieme vorm, de meerwegenleer - hoewel dit normaal gesproken alleen in zeer bijzondere situaties gebeurt. Recentere arresten roepen de vraag op of de Hoge Raad wel juist heeft gehandeld. Het Hunkemöller-arrest betrof een private-equity structuur waarbij Nederlandse vennootschappen de Hunkemöller-groep overnamen en financierden met vreemd vermogen in de vorm van converteerbare leningen verstrekt door FCPR's. De FCPR's waren geen verbonden lichamen, waardoor de renteaftrek niet werd beperkt door art. 10a Wet VPB 1969. Hierdoor kon er geen beroep worden gedaan op de tegenbewijsmogelijkheid. Een later arrest laat blijken dat indien wel beroep kon worden gedaan op de tegenbewijsmogelijkheid, de uitkomst anders zou kunnen zijn.

In conclusie kan worden gesteld dat het Hunkemöller-arrest vragen heeft opgeroepen en dat de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969 niet is verhelderd. De verschillen met andere arresten, met name in de behandeling van keuzevrijheid van financiering, concernopbouw en vorming van fiscale eenheid hebben ertoe geleid dat de renteaftrek werd geweigerd. Uit het arrest blijkt dat geen onbeperkte keuzevrijheid bestaat in de concernopbouw en financiering. Deze vrijheid kent een grens, maar daar is geen duidelijk oordeel over gegeven. Ook heeft de Hoge Raad het element van de ongewijzigde vermogenspositie ruimer genomen dan gebruikelijk. Daarnaast lijkt de vorming van de fiscale eenheid in combinatie met de andere stappen zwaar te wegen voor de Hoge Raad om renteaftrek te weigeren. Indien de casus van het arrest wel onder art. 10a Wet VPB 1969 zou vallen, had belanghebbende gebruik kunnen

maken van de tegenbewijsmogelijkheid, waardoor bescherming zou worden geboden tegen fraus legis.

Ondanks dat de Hoge Raad niet in lijn oordeelde met eerdere arresten, is een zeer belangrijk verschil dat het in het onderhavige arrest lijkt dat de combinatie van de genomen stappen ertoe heeft geleid dat fraus legis is toegepast. De Hoge Raad lijkt hierdoor tot zijn oordeel te zijn gekomen.

Hoofdstuk 5: Conclusie

5.1 Inleiding

Naar aanleiding van de uitspraak in het Hunkemöller-arrest op 16 juli 2021, zijn er veel vragen over de toepassing van fraus legis bij renteaftrek. De invoering van art. 10a Wet VPB 1969 zou er juist voor zorgen dat het leerstuk van fraus legis nog zelden werd toegepast. In dit onderzoek stond de volgende vraag centraal:

Wat zijn de gevolgen van het Hunkemöller-arrest voor de toepassing van fraus legis op renteaftrek naast art. 10a Wet VPB 1969 en is hiervoor aanvullend beleid voor nodig?

Om deze vraag te beantwoorden zijn in dit onderzoek eerst het leerstuk van fraus legis, het begrip winstdrainage en de werking van art. 10a Wet VPB 1969 uitgewerkt aan de hand van drie deelvragen. Vervolgens is het Hunkemöller-arrest uiteengezet en is het arrest vergeleken met eerdere en latere jurisprudentie. Tevens zijn in dat hoofdstuk aanbevelingen aan de wetgever en de Hoge Raad gedaan. In dit hoofdstuk worden de bevindingen van voorgaande hoofdstukken samengevat en zal het antwoord op de hoofdvraag worden gegeven.

5.2 Bevindingen

In hoofdstuk 2 is de volgende deelvraag beantwoord: *‘Wat is fraus legis?’* Fraus legis is een leerstuk van de wetsontduiking. Het leerstuk van fraus legis heeft een belangrijke rol gespeeld in de bestrijding van wetsmisbruik. Om fraus legis te kunnen toepassen moet worden voldaan aan het norm- en motiefvereiste. Het normvereiste houdt in dat sprake is van strijd met doel en strekking van de wet. Aan het motiefvereiste is voldaan, indien belastingbesparing het enige, althans volstrekt overwegende, motief was voor belastingbesparing.

In hoofdstuk 3 zijn twee deelvragen behandeld: *‘Wat is winstdrainage?’* en *‘Speelt fraus legis nog een relevante rol in de bestrijding van winstdrainage naast art. 10a Wet VPB 1969?’*

Winstdrainage verwijst naar de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag, door middel van renteaftrek. Ook is in dit hoofdstuk voor het beantwoorden van de deelvragen art. 10a Wet VPB 1969 uiteengezet. Art. 10a Wet VPB 1969 ziet op de bestrijding van winstdrainage. Het artikel is in 1996 ingevoerd. De aanleiding hiervoor was met name de versterking van de fiscale infrastructuur en het tegengaan van ongewenst en oneigenlijk gebruik van de fiscale infrastructuur door middel van gekunstelde belastingbesparende constructies. Fraus legis is vaker toegepast dan was geanticipeerd, ondanks dat art. 10a Wet VPB 1969 ervoor moest zorgen dat fraus legis minder relevant werd. De Hoge Raad heeft recent geoordeeld dat geen ruimte bestaat voor toepassing van fraus legis, indien sprake is van zakelijke overwegingen in de zin van art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969.

In hoofdstuk 4 is de vierde deelvraag behandeld: ‘*Hoe verhoudt het Hunkemöller-arrest zich tot eerdere en latere jurisprudentie met betrekking tot de toepassing van fraus legis naast art. 10a Wet VPB 1969?*’ In het Hunkemöller-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat sprake was van fraus legis, waardoor de rente niet in aftrek kwam. Het Hunkemöller-arrest lijkt moeilijk te plaatsen in het landschap van renteaftrekbepenkingsarresten. De belastingplichtige had met de gemaakte financieringskeuze en keuze van concernopbouw geen recht op renteaftrek. Daarnaast heeft de Hoge Raad het element van de ongewijzigde vermogenspositie ruimer genomen dan gebruikelijk. Wel komt de relevantie van de compenserende heffing overeen met een eerdere uitspraak. Het fiscale eenheidsargument valt moeilijk te vergelijken met eerdere arresten, omdat de situaties niet exact dezelfde waren als die in het Hunkemöller-arrest. Het fiscale eenheidsargument lijkt in het Hunkemöller-arrest echter wel zwaar te wegen.

Door het Hunkemöller-arrest was veel onduidelijkheid ontstaan over de toepassing van fraus legis. Belastingplichtigen hebben door de uitspraak onzekerheid gekregen over lenen bij een niet-verbonden lichaam en het is niet duidelijk welke gevolgen daaraan worden verbonden. Het leerstuk fraus legis brengt namelijk veel onzekerheid met zich mee, aangezien het niet consistent lijkt te worden toegepast. Om meer duidelijkheid over de toepassing van fraus legis bij renteaftrek te krijgen zijn er aanbevelingen aan de wetgever en de Hoge Raad gedaan.

5.3 Conclusie

De hoofdvraag bestaat uit twee delen. Het eerste deel betreft de gevolgen van het Hunkemöller-arrest voor de toepassing van fraus legis naast art. 10a Wet VPB 1969. Uit de bevindingen van dit onderzoek blijkt dat er verschillende gevolgen bestaan. Ten eerste lijkt een belastingplichtige niet beschermd tegen fraus legis bij het lenen van een niet-verbonden lichaam. Indien wordt geleend van een verbonden lichaam in de zin van art. 10a Wet VPB 1969 en er is sprake van zakelijke overwegingen, bestaat geen ruimte voor toepassing van fraus legis. Daarnaast blijkt dat er geen onbeperkte vrijheid bestaat in de keuze van concernopbouw en financiering. Deze vrijheid kent een grens, welke niet duidelijk is neergelegd in dit arrest. Ook heeft de Hoge Raad het element van de ongewijzigde vermogenspositie ruimer genomen dan gebruikelijk. Hiermee is het mogelijk dat de Hoge Raad sneller tot de conclusie kan komen dat sprake is van een ongewijzigde vermogenspositie. Tevens blijkt door het Hunkemöller-arrest dat de Hoge Raad vooralsnog vasthoudt aan de meerwegenleer bij de toepassing van fraus legis. Ook blijkt uit het Hunkemöller-arrest dat anti-fiscale structurering die net buiten bereik

van art. 10a Wet VPB 1969 valt, niet meebrengt dat de structuur dan ook gevrijwaard is van de kwalificatie van *fraus legis*. Ten slotte lijkt het fiscale-eenheidsargument zwaar te wegen voor de Hoge Raad. Hierdoor lijkt de vorming van een fiscale eenheid in een winstdrainage-situatie de kans op toepassing van *fraus legis* te vergroten. Het Hunkemöller-arrest heeft de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969 niet volledig verhelderd. Het is in ieder geval duidelijk dat de Hoge Raad het nog een mogelijkheid acht om *fraus legis* in situaties zoals die in het onderhavige arrest toe te passen.

Het tweede deel van de hoofdvraag betreft de behoefte aan aanvullend beleid. Dit moet bevestigend worden beantwoord. Uit het onderzoek blijkt namelijk dat nog veel onzekerheid en onduidelijkheid bestaat over de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969. In hoofdstuk 4 zijn een aantal aanbevelingen gedaan. Samengevat luiden deze als volgt:

- De wetgever zou via een beleidsbesluit duidelijkheid moeten geven rondom de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969, met name over casussen zoals die in het Hunkemöller-arrest, en;
- De Hoge Raad zou in een volgend arrest meer duidelijkheid moeten verstrekken over de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969, en;
- De Hoge Raad zou meer duidelijkheid moeten geven over wanneer sprake is van willekeurig en voortdurende verijdeling van de belastingheffing, en;
- De Hoge Raad zou concreter moeten zijn of hij terug is gekomen op een eerdere uitspraak, en;
- Om ook belastingplichtigen die van niet-verbonden lichamen lenen te beschermen tegen *fraus legis* (in tegenstelling tot wanneer geleend zou zijn van een verbonden lichaam), zou wellicht bij de toepassing van *fraus legis* naast tegenbewijs op grond van compenserende heffing, ook tegenbewijs op grond van zakelijkheid van de schuld mogelijk moeten zijn.

Samenvattend is het antwoord op de hoofdvraag het volgende: Het Hunkemöller-arrest heeft nieuwe inzichten gegeven in de toepassing van *fraus legis* bij renteaftrek, maar ook veel onzekerheid met zich gebracht door de toepassing van het leerstuk. Hierdoor bestaat behoefte aan aanvullend beleid in de vorm van een beleidsbesluit of verduidelijking door de Hoge Raad. Het is in ieder geval duidelijk dat de Hoge Raad het nog een mogelijkheid acht om *fraus legis* in situaties zoals die in het onderhavige arrest toe te passen.

5.4 Aanbevelingen voor vervolgonderzoek

Ik wil graag nog benadrukken dat het geschrevene in dit onderzoek met name is gebaseerd op meningen van verschillende auteurs en die van mij. Aangezien *fraus legis* niet in de wet staat en de jurisprudentie er invulling aan heeft gegeven, zijn naast de toepassingsvereisten geen duidelijke regels. Aangezien het arrest redelijk recent is, verwacht ik nog meer publicaties van arresten waarin de toepassing van *fraus legis* naast art. 10a Wet VPB 1969 wordt verduidelijkt. Bij publicatie van volgende arresten en artikelen, zal nieuw onderzoek goed van pas komen om dit onderwerp te verduidelijken, waar veel behoefte aan is. In dit onderzoek is niet ingegaan op het EU-recht. Er kan nog meer onderzoek worden gedaan naar vergelijkbare leerstukken van wetsontduiking en de toepassing hiervan bij renteaftrek in het buitenland. Er kan onderzocht worden hoe het Hunkemöller-arrest zich plaatst in het landschap van het EU-recht. Het onderwerp vraagt naar mijn mening nog veel aandacht.

Literatuurlijst

Boeken

J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Fiscale Monografieën, Deventer: Kluwer 2009

M. Nieuweboer, *2.2.3.A.a Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.) *Cursus belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 20 april 2023)

M.M. de Werd, in: *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, in: A.W. Hofman, M.L.M. van Kempen & F.P.G. Pötgens (red.) *Cursus belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 3 februari 2023)

R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming* (Fiscale monografieën, nr. 77), Deventer: Wolters Kluwer 1996.

R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 1991

R.M.P.G. Niessen-Cobben, *Wegwijs in de Algemene Wet inzake rijksbelastingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016

Parlementaire stukken

Kamerstukken I 1996/97, 24 696, nr. 52b

Kamerstukken I 2006/07, 30 572, nr. C

Kamerstukken II 1996/97, 24 696, nr. 3

Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8

Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 14

Wet van 13 december 1996 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur, Staatsblad 1996, 651

Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota ‘Werken aan winst’, Staatsblad 2006, 631

Wetenschappelijke artikelen

‘Staatssecretaris publiceert plan van aanpak (inter-)nationale belastingontduiking’, *V-N* 2017/8.2

‘Staatssecretaris van Financiën wil belastingontwijking en -ontduiking tegengaan’, *V-N* 2022/8.7

A. Rozendal, ‘Belang in de zin van art. 10a, vierde lid, wet VPB 1969 na HR 8 april 2011, nr. 10/00651’, *WFR* 2011/855

C.B. Bavinck, R.P.C. Cornelisse, ‘Fraus legis; het normvereiste toegespitst op het Hunkemöller arrest’, *WFR* 2022/43

F.P.J. Litjens, ‘Richtige heffing en fraus legis’, *WFR* 1985/1530

H.P.W. Snijders, M.A.C. van Elk, ‘Wetsontduiking: ‘Don’t blame the player, blame the game’, *WFR* 2018/211

J.F.C. Besselaar, ‘Doel en strekking van fraus legis’, *WFR* 1990/241

J.J. Steenbergen, C.C.S. De Win, ‘Misbruikconcepten’, *WFR* 2023/20

M. Chin-Oldenziel, M. Belkaid-Koubia, ‘Fraus legis – het normvereiste geanalyseerd’, *WFR* 2013/1492

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

P. van Tilburg, ‘Kunstmatig gecreëerde rentelasten niet aftrekbaar op grond van fraus legis’, *NFR* 2022/2852

Q.W.J.C.H. Kok, ‘Het Hunkemöller-arrest’, *WFR* 2021/167

Q.W.J.C.H. Kok, R.J. de Vries, ‘Orakelachtige fraus-legisoordelen?’, *WFR* 2023/151

R. den Ouden, ‘Uitvergroet, Koerswijzigingen’, *V-N* 2022/56.0

R.E.C.M. Niessen, ‘Fraus legis in de 21^e eeuw’, *NTFR* 2011/6

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

R.J. de Vries, 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* 2022/143

R.P.C.W.M. Brandsma, ‘De essentiële rol van de financiële spilfunctie bij winstdrainage: is de financiering (of de fiscus) om (de tuin) geleid?’, *WFR* 2023/131

S.E. Faber, J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, *WFR* 1996/749

Jurisprudentielijst

HR 22 juli 1982, nr. 21 106, ECLI:NL:HR:AW9540

HR 22 juli 1982, nr. 20 991, ECLI:NL:HR:1982:AW9539

HR 21 september 1983, nr. 22 060, ECLI:NL:HR:AW8795

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

HR 20 maart 1985, nr. 23 003, ECLI:NL:HR:AW8319

HR 26 april 1989, nr. 24 446, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024

HR 11 juli 1990, nr. 26 306, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348

HR 19 januari 1994, nr. 28 646, ECLI:NL:HR:1994:ZC5570

HR 6 september 1995, nr. 29 927, ECLI:NL:HR:1955:AA1683, *BNB* 1996/4, m.nt.

Hoogendoorn

HR 20 september 1995, nr. 29 737, ECLI:NL:HR:AA1682

HR 27 september 1995, nr. 30 400, ECLI:NL:HR:AA1668

HR 8 februari 2002, nr. 36 358, ECLI:NL:HR:2002:AB2856

HR 5 juni 2015, nr. 14/00343 (concl. A-G Wattel), ECLI:NL:HR:2015:1460, *BNB* 2015/165, m.nt. R.J. de Vries

HR 8 juli 2016, nr. 15/00194 (concl. A-G Wattel), ECLI:NL:HR:2016:350, *BNB* 2016/197, m.nt. O.C.R. Marres

HR 17 december 2004, nr. 39 080, ECLI:NL:HR:2004:AP6652

HR 11 juli 2008, nr. 43 376, ECLI:NL:HR:2008:BB5195

HR 8 april 2011, nr. 10/00651, ECLI:NL:PHR:2011:BP1489

HR 10 februari 2012, nr. 08/05317, ECLI:NL:HR:2012:BK1057

HR 15 maart 2013, nr. 11/05609, ECLI:NL:HR:2012:BY0548

HR 15 juni 2015, nr. 14/00343 (concl. A-G Wattel), *BNB* 2015/165, m.nt. R.J. de Vries

HR 8 juli 2016, nr. 15/00194 (concl. A-G Wattel), ECLI:NL:HR:2016:1350, *BNB* 2016/197, m.nt. O.C.R. Marres

HR 21 april 2017, nr. 15/05357, ECLI:NL:HR:2017:638

HR (A-G) 31 januari 2020, nr. 19/02596, ECLI:NL:PHR:2020:102, *V-N* 2020/15.8, m.nt.

Redactie Vakstudie Nieuws

HR 9 juli 2021, 19/05112 (concl. A-G Wattel), ECLI:NL:HR:2021:1102

HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152

HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *BNB* 2021/137, m.nt. R.J. de Vries

HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *FED* 2021/130, m.nt. C. Maas

HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *NTR* 2021/2387, m.nt. N.I.

Groenland

HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152, *V-N* 2021/31.9, m.nt. Redactie

Vakstudie Nieuws

HR 27 oktober 2021, nr. 21/01534, ECLI:NL:PHR:2021:1004

HR (A-G) 24 mei 2022, 21/04746, ECLI:NL:PHR:2022:507

HR 15 juli 2022, nr. 20/02096, ECLI:NL:HR:2022:1400

HR 15 juli 2022, nr. 20/03946, ECLI:NL:HR:2022:1085

HR 4 maart 2023, nr. 21/00299 (concl. A-G Wattel), ECLI:NL:HR:2023:330

Hof Amsterdam, 18 april 2019, nr. 18/00018-00019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504