

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie Specialisatie Directe Belastingen

Een wisselwerking tussen de regeling inzake winstdrainage en fraus legis

Naam: Richard Looije
Studentnummer: 504635
Scriptiebegeleider: F.P.H. van Hal MSc
Tweede beoordelaar: Prof. Dr. P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 10 april 2024

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.

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding.....	1
1.1 Aanleiding.....	1
1.2 Probleemstelling.....	3
1.3 Toetsingskader.....	3
1.4 Afbakening.....	4
1.5 Opbouw.....	5
Hoofdstuk 2 Fraus legis.....	6
2.1 Inleiding.....	6
2.2 Rechtsvindingsmethoden.....	6
2.3 Achtergrond van fraus legis.....	6
2.4 Voorwaarden voor de toepassing van fraus legis.....	8
2.4.1 Inbreuk op de keuzevrijheid.....	8
2.4.2 Het motiefvereiste.....	8
2.4.3 Het normvereiste.....	9
2.5 De verhouding tussen fraus legis en het rechtszekerheidsbeginsel.....	10
2.6 Tussenconclusie.....	13
Hoofdstuk 3 Anti-winstdrainage artikel 10a Wet VPB.....	14
3.1 Inleiding.....	14
3.2 Achtergrond van artikel 10a Wet VPB.....	14
3.3 De algemene voorwaarden en gevolgen van artikel 10a Wet VPB.....	15
3.3.1 Inleiding.....	15
3.3.2 Rente, kosten en valutaresultaten ter zake van schulden.....	15
3.3.3 Rechtens dan wel in feite direct of indirect een schuld aan een verbonden lichaam of natuurlijk persoon.....	16
3.3.4 Besmette rechtshandeling.....	18
3.3.5 Causaliteit tussen de rechtshandeling en de schuld.....	21
3.4 Tegenbewijsregeling.....	21
3.4.1 Soorten tegenbewijsregelingen.....	21
3.4.2 Dubbele zakelijkheidstoets.....	21
3.4.3 Compenserende heffing.....	25
3.5 Tussenconclusie.....	26
Hoofdstuk 4 De verhouding en wenselijkheid met betrekking tot art. 10a Wet VPB en het leerstuk fraus legis.....	27
4.1 Inleiding.....	27
4.2 De verhouding tussen fraus legis en art. 10a Wet VPB.....	27

4.3	Recente arresten	28
4.3.1	Verhoudingen leerstukken met betrekking tot recente arresten.....	28
4.3.2	Hunkemöller-arrest.....	29
4.3.3	Het Koffie-arrest	30
4.3.4	Het Retail-arrest	31
4.3.5	Het Spilfunctie-arrest.....	33
4.4	Spanning tegenbewijsregeling en fraus legis.....	34
4.5	Verklaringen tegenstrijdigheid	35
4.5.1	Verklaring 1: Verschil in omvang van de rechtsstrijd.....	35
4.5.2	Verklaring 2: Omgaan HR.....	35
4.5.3	Verklaring 3: De strijdigheid met de Wet VPB zag uitsluitend op rechtshandeling buiten art. 10a Wet VPB.....	36
4.5.4	Verklaring 4: Zelfs zonder onzakelijke omleiding kan sprake zijn van een onzakelijke schuld	37
4.5.5	Verklaring Hafkenscheid.....	38
4.5.6	Verklaring Kreder, Lakchouch en Peeters	40
4.5.7	Meest plausibele verklaring en recent arrest.....	42
4.6	De wenselijkheid van fraus legis en art. 10a Wet VPB	43
4.6.1	Inleiding	43
4.6.2	Het rechtzekerheidsbeginsel	43
4.6.3	Het doeltreffendheidsbeginsel	45
4.6.4	Het doelmatigheidsbeginsel	46
4.6.5	De uitvoerbaarheid.....	47
4.6.6	Afweging toetsingscriteria.....	49
4.7	Tussenconclusie	50
	Hoofdstuk 5 Samenvatting, conclusie en aanbevelingen	52
5.1	Inleiding	52
5.2	Samenvatting	52
5.2.1	Deelvraag 1	52
5.2.2	Deelvraag 2	53
5.2.3	Deelvraag 3	53
5.3	Conclusie	54
5.4	Aanbevelingen	55
	Bijlage	56
	Literatuurlijst	58

Afkortingenlijst

A-G	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel
ATAD	Anti-Tax Avoidance Directive
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
General Anti Abuse Rule	GAAR
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
M.nt	Met noot van
MvT	Memorie van toelichting
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
PEC	Preferred equity certificates
Wet VPB	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding

In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB) wordt een wezenlijk onderscheid gemaakt tussen de fiscaalrechtelijke behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. Rentebetalingen op leningen die zijn verstrekt als vreemd vermogen zijn in principe aftrekbaar van de belastbare winst, terwijl vergoedingen voor eigen vermogen niet aftrekbaar zijn.¹ Anderzijds worden de rentebaten van een vordering bij de ontvanger belast met vennootschapsbelasting en wordt dividend bij de ontvanger vaak vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling of de moeder-dochterrichtlijn. Dit fiscaalrechtelijke onderscheid stimuleert (concern)vennootschappen om bij voorkeur met vreemd vermogen te financieren, zodat aftrekbare rentekosten zorgen voor een lagere belastbare winst.

Het aangaan van dergelijke schuldverhoudingen ondermijnt de (Nederlandse) belastinggrondslag. In het verleden zijn gekunstelde schuldverhoudingen door de Hoge Raad (HR) daarom bestreden, afhankelijk van het feitencomplex, met behulp van artikel (art.) 10a Wet VPB, het *fraus legis* leerstuk of het *richtige heffing* leerstuk.² De rechter kan het geldende *fraus legis* leerstuk invoeren indien wordt voldaan aan twee cumulatieve vereisten, het *motiefvereiste* en het *normvereiste*.³ Allereerst toetst de rechter het motief van de belastingplichtige. Het *motiefvereiste* is vervuld wanneer de belastingverijdeling de doorslaggevende beweegreden is geweest bij de keuze voor een (rente)constructie. Ten tweede vereist de toepassing van *fraus legis* dat de rechtsgevolgen in strijd zijn met het doel en de strekking van de wet in het algemeen (Wet VPB) of een specifieke bepaling.⁴ Deze voorwaarde staat bekend als het *normvereiste*. Het *fraus legis* leerstuk functioneert als uiterste redmiddel, indien de wet geen aanknopingspunten voor bestrijding biedt. Dit leerstuk verruimt de interpretatie van de wettelijke tekst.

In de jaren 90 van de vorige eeuw werden verschillende rechterlijke uitspraken gedaan met betrekking tot *fraus legis*. Dit resulteerde uiteindelijk tot een opname en aanscherping van de *fraus legis* jurisprudentie in de wet, te weten art. 10a Wet VPB.⁵ Art. 10a Wet VPB beperkt de renteaftrek indien het een schuld aan een verbonden lichaam of natuurlijk persoon betreft én voor zover de schuld verband houdt met één of meerdere besmette rechtshandelingen. Onder besmette rechtshandelingen wordt verstaan: (a) "een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal door de belastingplichtige of door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen, aan een met hem verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon; (b) een kapitaalstorting door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een verbonden lichaam; of (c) de verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met de belastingplichtige verbonden lichaam is".⁶

¹ Op grond van art. 8 Wet VPB juncto art. 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001.

² Vóór de inwerkingtreding van art. 10a Wet VPB werden gekunstelde schuldverhoudingen bestreden met behulp van de *richtige heffing* of *fraus legis*. De *richtige heffing* wordt niet meer toegepast.

³ Bijvoorbeeld HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1085.

⁴ De Vries en Chrispijn, WFR 2022/134, paragraaf 2.

⁵ De aanscherping ziet op de verliesverrekening en andersoortige aanspraken. In deze situaties wordt niet voldaan aan de compenserende heffingstoets.

⁶ Op grond van art. 10a, eerste lid, Wet VPB.

Een 10a-schuldverhouding wordt in deze scriptie gedefinieerd als een schuld waarbij sprake is van een besmette rechtshandeling én waarbij de belastingplichtige een schuld is aangegaan met een verbonden lichaam of natuurlijk persoon.⁷ Het strategisch aangaan van dergelijke schuldverhoudingen met als doel belastingvoordelen te verkrijgen, staat bekend als winstdrainage.⁸ Winstdrainage ontstaat door het creëren van kunstmatige schuldverhoudingen, waarbij rentelasten worden verhoogd in een land met een hoog belastingtarief, waarna de entiteit de rentelasten vervolgens aftrekt tegen een hoog tarief, terwijl bij een andere entiteit de corresponderende rentebaten worden afgezet tegen een laag tarief. Hierdoor daalt de effectieve belastingdruk van het concern. De vermindering in belastingdruk kan ook voortkomen uit de verschillen in verliesverrekeningsmogelijkheden of speciale faciliteiten. Deze trend heeft niet alleen budgettaire gevolgen voor de staatskas, maar kan ook in tijden van economische neergang de schokbestendigheid verslechteren.⁹ Om deze redenen heeft de wetgever verschillende anti-winstdrainagemaatregelen opgenomen om de financiering met vreemd vermogen te ontmoedigen en de reële financieringsbehoefte te stimuleren.¹⁰

Ondanks het feit dat de schuldpositie samenhangt met één van de bovenstaande besmette rechtshandelingen, wordt de renteaftrekbeperking door de wetgever in twee gevallen niet noodzakelijk geacht. Art. 10a, derde lid, Wet VPB voorziet in een tegenbewijsregeling. De belastingplichtige slaagt hierin als aan één van de volgende twee gevallen wordt voldaan: (a) de (dubbele) zakelijkheidstoets; (b) de compenserende heffingstoets. De zakelijkheidstoets houdt in dat de schuld en de corresponderende rechtshandeling in overwegende mate gebaseerd moet zijn op zakelijke overwegingen. De compenserende heffingstoets houdt in dat de rente in principe toch aftrekbaar is als de debiteur kan aantonen dat over de rentebaten bij de crediteur een naar Nederlandse maatstaven redelijke belasting is verschuldigd. De compenserende heffingstoets vereist een jaarlijkse toetsing, terwijl bij de dubbele zakelijkheidstoets in beginsel alleen bij het aangaan van de schuld en de rechtshandeling wordt getoetst. Indien de belastingplichtige slaagt in zijn beroep op de tegenbewijsregeling, wordt de belastingplichtige niet beperkt in zijn renteaftrek.¹¹

Rechtshandelingen kunnen zowel in strijd zijn met doel en strekking van art. 10a Wet VPB als met doel en strekking van de gehele Wet VPB.¹² De rechter kan daarom zowel een beroep doen op *fraus legis* ten aanzien van art. 10a Wet VPB als *fraus legis* ten aanzien van de gehele wet. Dit betekent dat situaties die buiten het toepassingsbereik van art. 10a Wet VPB vallen, te maken kunnen krijgen met *fraus legis* Wet VPB. Daarnaast rijst de vraag of situaties die binnen het toepassingsbereik van art. 10a Wet VPB vallen, na de codificering nog steeds tegen *fraus legis* aan kunnen lopen. Het lijkt een logische gevolgtrekking dat de codificatie in art. 10a Wet VPB *fraus legis* buiten werking zou stellen. Echter, sinds de implementatie van art. 10a Wet VPB, is voortdurend een discussie gevoerd over de verhouding tussen de leerstukken, met name de verhouding tussen *fraus legis* en de tegenbewijsregeling van art. 10a, derde lid, Wet VPB.¹³ Deze vraag kwam ook aan bod in drie recente arresten. Waar uit het Retail-¹⁴ en het Koffie-arrest¹⁵ nog volgden dat na een geslaagd beroep op de tegenbewijsregeling wellicht nog ruimte bestaat voor het leerstuk *fraus legis*, kan uit het Spilfunctie-

⁷ Deze scriptie behandelt ook de schuldverhoudingen binnen het toepassingsbereik van *fraus legis*.

⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3, p. 19.

⁹ WRR, 2016, Samenleving en financiële sector in evenwicht, p. 153.

¹⁰ Wet van 13 december 1996, Stb. 1996, 651, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 5, p. 14-22.

¹¹ De compenserende heffing bevat een zakelijkheidstoets.

¹² HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1086.

¹³ Kok & De Vries, WFR 2023/215.

¹⁴ HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1085.

¹⁵ HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1086.

arrest¹⁶ worden afgeleid dat de renteaftrek niet alsnog kan worden geweigerd op basis van *fraus legis*. Volgens de uitspraak in het Spilfunctie-arrest resulteert de toepassing van de tegenbewijsregeling dus in een *safe haven* voor de belastingplichtige. Kok en De Vries¹⁷ geven een viertal verklaringen voor de tegenstrijdigheid, echter stuiten deze verklaringen op andersluidende visies van Kreder, Lakchouch en Peeters¹⁸ en Hafkenscheid.¹⁹

In deze scriptie wordt de wisselwerking tussen het *fraus legis* leerstuk en de regeling inzake winstdrainage onderzocht. Middels een literatuuronderzoek wordt aan de hand van vier criteria vastgesteld of beide leerstukken vereist zijn bij de bestrijding van de Nederlandse grondslaguitholling, of juist één van de twee volstaat. Voorgenoemde criteria worden in paragraaf 1.3 genoemd en toegelicht.

1.2 Probleemstelling

Dit alles leidt tot de volgende probleemstelling:

*“Is er een wisselwerking tussen de regeling inzake winstdrainage en *fraus legis*, en is het bestaan of ontbreken van deze wisselwerking wenselijk bij de bestrijding van de Nederlandse grondslaguitholling?”*

De probleemstelling wordt beantwoord aan de hand van de volgende drie deelvragen:

1. *Wanneer wordt het *fraus legis* leerstuk toegepast en hoe verhoudt dit leerstuk zich tot het rechtszekerheidsbeginsel?*
2. *Wat heeft geleid tot de invoering van art. 10a Wet VPB en wat is de werking van deze wettelijke bepaling bij de bestrijding van kunstmatige renteconstructies?*
3. *Hoe verhoudt het *fraus legis* leerstuk zich tot art. 10a Wet VPB, en welk(e) leerstuk(ken) is/zijn wenselijk bij de bestrijding van de Nederlandse grondslaguitholling?*

1.3 Toetsingskader

De aanwezigheid van talrijke belastinginstrumenten creëert aanzienlijke complexiteit binnen het belastingstelsel, wat leidt tot uitdagingen op het gebied van uitvoerbaarheid en helderheid bij zowel de Belastingdienst als de belastingplichtigen. Om deze nadelen te rechtvaardigen, dienen belastinginstrumenten te voldoen aan een aantal criteria.²⁰ De wetgever acht voor moderne wetgeving de volgende criteria relevant: het rechtzekerheidsbeginsel, doeltreffendheidsbeginsel, doelmatigheidsbeginsel en uitvoerbaarheid.²¹ De resultaten die voortvloeien uit deze toetsing worden tegen elkaar afgewogen om zodoende de wenselijkheid van de leerstukken vast te stellen.

- Het rechtzekerheidsbeginsel

Dit beginsel vereist dat belastingplichtigen voldoende zekerheid krijgen om hun rechtsgevolgen te kunnen overzien. De wetgever kan dit realiseren door duidelijke en eenduidige wetgeving te formuleren. Anderzijds kan de rechter in zijn uitspraken heldere criteria formuleren. Het rechtzekerheidsbeginsel beschermt de belastingplichtige ook tegen willekeur, doordat de gerechtvaardigde verwachtingen geëerbiedigd moeten worden. Dit beginsel houdt niet in dat

¹⁶ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330.

¹⁷ Kok & De Vries, *WFR 2023/151*, p. 10.

¹⁸ Kreder, Lakchouch en Peeters, *WFR 2023/213*.

¹⁹ Hafkenscheid, *WFR 2023/214*.

²⁰ CPB, *Een economisch afwegingskader voor belastinginstrumenten*, maart 2023, p. 2.

²¹ *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, nr. 2, p. 8.

belastingplichtigen kunnen vertrouwen op het feit dat regelgeving ongewijzigd zal blijven.²² Het onverwacht wijzigen of terugdraaien van regelgeving kan strijdigheid opleveren.

- Het doeltreffendheidsbeginsel

Wetten worden als doeltreffend beschouwd als dit leidt tot het bereiken van de door de wetgever beoogde beleidsdoelstellingen.²³ De effectiviteit van de wettelijke bepaling is afhankelijk van de naleving en handhaving van deze bepaling. Om de doeltreffendheid te beoordelen, moeten de beleidsdoelstellingen duidelijk en concreet zijn geformuleerd.

- Het doelmatigheidsbeginsel

Het doelmatigheidsbeginsel houdt in dat de belastingheffing zo (kosten)efficiënt mogelijk moet zijn. Gegeven de doelstellingen van de wetgever, moeten de kosten in verhouding staan tot de opbrengsten.²⁴ Indien de kosten voor de samenleving disproportioneel zijn, is er sprake van ondoelmatigheid. Dit speelt als belastingplichtigen aan hevige gedragsreacties onderworpen zijn. In situaties waarbij meerdere maatregelen doeltreffend zijn, worden de kosten en baten van meerdere belastinginstrumenten vergeleken om de meest doelmatige maatregel te kiezen.²⁵

- Uitvoerbaarheid

Beperkingen met betrekking tot de uitvoerbaarheid kunnen zowel plaatsvinden bij de overheid als bij de belastingplichtige.²⁶ Een wettelijke bepaling wordt als minder uitvoerbaar beschouwd wanneer deze bepaling resulteert in aanzienlijk hoge uitvoeringskosten. Bij belastingplichtigen kunnen deze kosten zich manifesteren als administratieve lasten in verband met de naleving van wettelijke voorschriften. Anderzijds heeft de overheid te maken met beperkte middelen, waaronder een personeelstekort en informatiegebrek.²⁷ Juridische geschillen vormen bij beide partijen een aanzienlijke uitvoeringslast.

Kortom, het afwegingskader in deze scriptie biedt houvast om te beoordelen of zowel de regeling inzake winstdrainage als het *fraus legis* leerstuk noodzakelijk zijn om grondslaguitholling te bestrijden, of dat één van beide volstaat.

1.4 Afbakening

In deze scriptie wordt de houdbaarheid van art. 10a Wet VPB en *fraus legis* getoetst aan het rechtszekerheidsbeginsel, doeltreffendheidsbeginsel, doelmatigheidsbeginsel en uitvoerbaarheid. In de nota "Zicht op wetgeving"²⁸ worden ook andere kwaliteitseisen vermeld, zoals het rechtmatigheidsbeginsel, rechtsgelijkheidsbeginsel, subsidiariteit en evenredigheid. Deze kwaliteitseisen zijn eveneens belangrijk voor de houdbaarheid van beide leerstukken. Gezien de omvang van de masterscriptie, richt deze scriptie zich slechts op de eerstgenoemde kwaliteitseisen. Deze basisvereisten worden in de praktijk soms, in welke fase van het wetgevingsproces dan ook, uit het oog verloren.²⁹ Daarnaast focust deze scriptie zich niet op de algemene fiscale behandeling van

²² HR 23 december 2016, nr. 15/02137, ECLI:NL:HR:2016:2829, r.o. 2.4.2.

²³ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 15.*

²⁴ CPB, *Een economisch afwegingskader voor belastinginstrumenten*, maart 2023, p. 7.

²⁵ Politieke opvattingen kunnen hier een inbreuk op maken.

²⁶ SEO, *Een BTW-nultarief voor groente en fruit, voor- en nadelen van mogelijke afbakeningsvarianten*, maart 2023, p. 73.

²⁷ Algemene Rekenkamer, *Resultaten verantwoordingsonderzoek 2021 Ministerie van Financiën en Nationale Schuld*, 18 mei 2022, p. 35.

²⁸ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 8.*

²⁹ *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 25.*

eigen vermogen en vreemd vermogen. Alleen het spanningsveld van de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB en fraus legis wordt behandeld. De generieke aftrekbeperkingen komen niet aan bod.³⁰ Buitenlandse regelingen en het Lexel-arrest worden evenmin behandeld.³¹

1.5 Opbouw

Ter beantwoording van de probleemstelling wordt in deze scriptie een literatuuronderzoek verricht. Het eerste hoofdstuk behandelt het fraus legis leerstuk. In dit onderdeel wordt ingegaan op de achtergrond en het norm- en motiefvereiste. Daarna wordt de verhouding tussen fraus legis en het rechtszekerheidsbeginsel onderzocht. Hoofdstuk drie bespreekt de anti-winstdrainagebepaling. In dit onderdeel staan de achtergrond en de voorwaarden van deze wettelijke bepaling centraal. Bij de voorwaarden wordt stilgestaan bij de kwalificering van een verbonden partij en de tegenbewijsregeling. In hoofdstuk vier wordt in het eerste deel de wisselwerking van art. 10a Wet VPB en fraus legis onderzocht. Hierbij wordt ingegaan op het Hunkemöller-,³² Retail-,³³ Koffie-³⁴ en Spilfunctie-arrest.³⁵ Bij de laatste drie arresten gaat het om de verhouding tussen de tegenbewijsregeling van art. 10a Wet VPB en fraus legis. In de literatuur worden verschillende mogelijke verklaringen gegeven voor de ogenschijnlijke spanning tussen het Retail- en Koffie-arrest én het Spilfunctie-arrest. Ik toets de spanning tussen deze arresten en geef vervolgens een eigen verklaring voor de mogelijke verschillen. In het tweede deel van dit hoofdstuk wordt de wenselijkheid van beide leerstukken getoetst aan de hand van de in paragraaf 1.3 vermelde toetsingscriteria. Hoofdstuk vijf bevat een conclusie.

³⁰ De earningstrippingmaatregel wordt alleen bij de andersoortige aanspraken besproken.

³¹ HvJ EU 20 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:34.

³² HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152.

³³ HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1085.

³⁴ HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1086.

³⁵ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330.

Hoofdstuk 2 Fraus legis

2.1 Inleiding

Vóór de inwerkingtreding van art. 10a Wet VPB werden ongewenste structuren bestreden met behulp van de richtige heffing of fraus legis. De cumulatieve toepassingsvereisten van beide leerstukken zijn in deze scriptie nog niet uitgebreid besproken. Eveneens is het relevant om te onderzoeken hoe het fraus legis leerstuk zich verhoudt tot het rechtszekerheidsbeginsel. Dit hoofdstuk richt zich daarom op de volgende deelvraag: *Wanneer wordt het fraus legis leerstuk toegepast en hoe verhoudt dit leerstuk zich tot het rechtszekerheidsbeginsel?* Ter beantwoording van deze deelvraag wordt eerst ingegaan op de rechtsvindingsmethoden, gevolgd door de achtergrond van fraus legis. Vervolgens worden de toepassingsvereisten uiteengezet. De twee vereisten zijn respectievelijk het motief- en het normvereiste. Hierbij wordt aandacht besteed aan de verruiming van het leerstuk via de meerwegenleer. Daaropvolgend wordt de verhouding tussen het fraus legis leerstuk en het rechtszekerheidsbeginsel onderzocht, met aandacht voor Europeesrechtelijke ontwikkelingen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

2.2 Rechtsvindingsmethoden

De (belasting)rechter beschikt over verschillende rechtsvindingsmethoden om te oordelen over een concrete casus. In eerste instantie wordt de letter van de wet gevolgd, bekend als de grammaticale interpretatie. Daarnaast bestaat ook een wethistorische interpretatie (waarbij wordt gekeken naar de geschiedenis van de wettelijke bepaling), teleologische interpretatie (waarbij het beoogde doel wordt geïnterpreteerd) en wetsystematische interpretatie (waarbij de gehele wet in beschouwing wordt genomen).³⁶ Soms leiden deze vormen van interpretatie echter tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg. Fraus legis kan in dat geval als laatste redmiddel worden ingezet.

Wanneer de algemene interpretatiemethoden niet tot de gewenste resultaten leiden, kan de inspecteur zich op fraus legis beroepen. Daarna dient de rechter te beoordelen of de rechtshandelingen daadwerkelijk leiden tot ongewenste resultaten. Volgens menig fiscalist, waaronder A-G Moltmaker en A-G Wattel, is bij deze toetsing een terughoudende houding vereist.³⁷ Het leerstuk maakt immers een inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel.³⁸ Om deze inbreuk te beperken, is de rechter bij de toepassing van fraus legis dan ook aan de in de jurisprudentie ontwikkelde regels gebonden.³⁹ De verhouding tussen fraus legis en het rechtszekerheidsbeginsel wordt nader besproken in paragraaf 2.5.

2.3 Achtergrond van fraus legis

Fraus legis vindt zijn oorsprong in het Romeinse recht. De gerenommeerde Romeinse jurist, Domitius Ulpianus, beschreef in één van zijn geschriften elementen die tegenwoordig zijn terug te vinden in het fraus legis leerstuk.⁴⁰ In Ulpianus Digesta D.1.3.17 staat vermeld:

“Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem”

³⁶ Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, *WFR 2013/1492*, paragraaf 3.1.

³⁷ Zie bijvoorbeeld HR 21 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603, BNB 1985/32, Conclusie A-G Moltmaker 4.5.2 en HR 15 juni 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV1922, Conclusie A-G Wattel 10.2.

³⁸ *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, nr. 2, p. 8.

³⁹ In de literatuur rijst de vraag of fraus legis ambtshalve toegepast kan worden.

⁴⁰ Digesten vormen een selectie van Romeinse geschriften uit de periode circa 100 v.C. tot 300 n.C.

Dit betekent: “De wetten kennen betekent niet slechts de woorden ervan begrijpen, maar ook hun kracht en strekking”.⁴¹ In het Romeinse recht werd dus niet alleen de wettelijke tekst van belang geacht, ook de geest van de wet moest destijds in ogenschouw worden genomen.

Ondanks de vroege totstandkoming van het *fraus legis* gedachtegoed, paste de HR dit leerstuk voor het eerst binnen het belastingrecht toe in het Driedagenarrest.⁴² Deze zaak richtte zich op de mogelijke toepassing van (oud) art. 11 Successiewet 1859. Deze wettelijke bepaling had betrekking op schenkingen van periodieke uitkeringen tot aan het moment van overlijden. Om deze heffing te voorkomen had de destijds levende schenker de uitkering toegezegd tot drie dagen voor zijn overlijden. De HR oordeelde dat de belanghebbende hoofdzakelijk rechtshandelingen had verricht om de betaling van successierechten te verijdelen.⁴³ Deze rechtshandelingen waren in strijd met doel en strekking van de wet. De inspecteur had daarom met succes een beroep gedaan op *fraus legis*, met als gevolg dat de belastingvoordelen teniet werden gedaan. Het arrest bracht echter geen bloei van het *fraus legis* leerstuk teweeg. De rechtspraak richtte zich destijds op het voorhanden richtige heffing leerstuk. Dit leerstuk werd tot 1984 als primaire instrument gebruikt en bevatte de volgende toepassingsvereisten:

- Verijdeling van belastingheffing;
- Doorslaggevend oogmerk om belasting te verijdelen;
- Strijdigheid met doel en strekking van de wet.⁴⁴

Zoals uit paragraaf 2.4 zal blijken, vertonen de bovenstaande vereisten grote raakvlakken met de vereisten van *fraus legis*. Ondanks de grote overeenkomsten betrof het richtige heffing leerstuk alleen directe belastingen, terwijl het toepassingsbereik van *fraus legis* niet beperkt is tot directe belastingen. Verder hebben beide leerstukken een andere bestaansgeschiedenis. De richtige heffing is gebaseerd op een wettelijke regeling, terwijl *fraus legis* is gestoeld op rechterlijke uitspraken. Ten slotte vereist de richtige heffing een goedkeuring van de Minister van Financiën, terwijl dat niet het geval is bij *fraus legis*.

Ongeacht de bovenstaande verschillen, heeft de HR in 1984 geoordeeld dat beide leerstukken elkaar grotendeels overlaptten. De materiële toepassingsvereisten zijn toentertijd op elkaar afgestemd, wat resulteerde in twee toepassingsvereisten.⁴⁵ In HR 20 maart 1985⁴⁶ werd niet langer het vereiste genoemd dat aan de rechtshandeling buiten het belastingvoordeel geen reële betekenis mag toekomen. Vanaf 1984 werd *fraus legis* ook beschouwd als het primair instrument tegen ongewenste belastingconstructies.⁴⁷ Deze ontwikkeling werd in de jaren 90 van de vorige eeuw gevolgd door diverse winstdrainagearresten, wat uiteindelijk resulteerde in de totstandkoming van art. 10a Wet VPB.⁴⁸ De winstdrainagearresten worden in het volgende hoofdstuk besproken.

⁴¹ Chin-Oldenzijl & Belkaid-Koubia 2014, p. 125.

⁴² HR 26 mei 1926, ECLI:NL:HR:1926:78, NJ 1926/723.

⁴³ Tegenwoordig spreekt men over het verijdelen van erfbelasting.

⁴⁴ Vakstudie Algemeen Deel, art. 31 AWR, aant. 2.1.

⁴⁵ Vakstudie Algemeen Deel, art. 31 AWR, aant. 2.3.1. HR 21 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603, BNB 1985/32, r.o. 4.1.

⁴⁶ HR 20 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8319, BNB 1985/171.

⁴⁷ *Fraus legis* heeft een breder toepassingsbereik.

⁴⁸ HR 10 maart 1993, nr. 27295, 27992, 28139, 28484.

2.4 Voorwaarden voor de toepassing van *fraus legis*

2.4.1 Inbreuk op de keuzevrijheid

In het systeem van de Wet VPB ligt besloten dat de belastingplichtige in principe de keuzevrijheid heeft om een legitiem en zakelijk einddoel te bereiken.⁴⁹ Oftewel, belastingplichtigen hebben de vrijheid om de wijze van financiering te kiezen. Echter, deze keuzevrijheid kan door de rechter worden beperkt wanneer de grens van die vrijheid wordt overschreden. Dit doet zich voor wanneer, met het oogmerk tot belastingverijdeling, de belastingplichtige een kunstmatige weg creëert én die weg leidt tot strijdigheid met doel en strekking van de wet.⁵⁰ Deze rechtsregel kan worden opgesplitst in twee cumulatieve vereisten, respectievelijk het motiefvereiste en het normvereiste.

Als *fraus legis* door de rechter van toepassing wordt verklaard, heeft de inspecteur de bevoegdheid om rechtshandelingen te negeren of te substitueren om een resultaat te bereiken dat overeenkomt met het doel en de strekking van de wet.

2.4.2 Het motiefvereiste

2.4.2.1 *De indicatoren*

Het motiefvereiste houdt in dat het belastingverijdelingsmotief het doorslaggevende motief moet zijn geweest voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling.⁵¹ Uit de terminologie volgt dat de belanghebbende ook andere (neven)motieven kan aanvoeren, zoals economische, sociale en morele motieven. De inspecteur draagt de bewijslast en moet daardoor het fiscale doorslaggevende motief aantonen. Het geschil tussen de inspecteur en de belastingplichtige draait dan ook veelal om de vraag of in het onderhavige geval sprake is van een doorslaggevend belastingverijdelingsmotief of dat het slechts een fiscale bijkomstigheid betreft. Dit blijkt bijvoorbeeld uit HR 21 april 2017.⁵²

Om het belastingverijdelingsmotief vast te stellen, kunnen verschillende indicaties worden overwogen. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het belastingverijdelingsmotief wordt gewekt indien het samenstel van rechtshandelingen, afgezien van de gevolgen, leidt tot een voorzienbaar nadeel.⁵³ Een voorzienbaar nadeel betekent dat de rechtshandelingen, afgezien van fiscale aspecten, tot een negatief effect zouden leiden. Kooiman⁵⁴ gaf in 2012 aan dat in de jurisprudentie nauwelijks aandacht werd besteed aan het voorzienbare nadeelcriterium. Hij voegde daaraan toe dat het voorzienbaar nadeel slechts leidt tot een weerlegbaar vermoeden. In de afgelopen decennia is geen ontwikkeling in het voorzienbaar nadeelcriterium jurisprudentie waar te nemen. Hierdoor speelt mijns inziens het voorzienbaar nadeelcriterium een bescheiden rol bij de toetsing aan het motiefvereiste. Verder is bij *fraus legis* geen kunstmatigheidsvereiste opgenomen; kunstmatigheid vormt wel een indicatie voor het motiefvereiste.⁵⁵ Het ontbreken van een reële betekenis van de

⁴⁹ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330, r.o. 3.3.2.

⁵⁰ HR 13 maart 2009, nr. 43 946, ECLI:NL:HR:2009:BH5619, r.o. 3.3.

⁵¹ In 1984 gebruikte de HR 21 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603, r.o. 4.1. de terminologie “voor belanghebbende het bereiken van een aanzienlijke belastingbesparing het enige, althans volstrekt overwegende, motief is geweest”. In het *Crédit Suisse*-arrest heeft de HR uiteindelijk geoordeeld dat voor de toepassing van het motiefvereiste aangesloten moet worden bij de terminologie “doorslaggevende redenen”.

⁵² HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, r.o. 3.2.3.1 (*Crédit Suisse*-arrest).

⁵³ Zie met name HR 15 september 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AW9466, BNB 1982/298.

⁵⁴ Kooiman, TFB 2012, paragraaf 4.3.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2018/19, 35 030, nr. 3, p. 15 en HR 22 juli 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AW9540, BNB 1982/246, paragraaf 4.

rechtshandeling buiten het beoogde belastingvoordeel kan eveneens een indicatie vormen voor het motiefvereiste.⁵⁶

Ter aanvulling op het bovenstaande kunnen belastingplichtigen ook een samenstel rechtshandelingen verrichten met als doel om de buitenlandse belastingheffing te verijdelen. De HR heeft geoordeeld dat het buitenlandse belastingverijdelingsmotief bij de toepassing van *fraus legis* niet van betekenis is.⁵⁷ Enkel de motieven die betrekking hebben op de Nederlandse belastinggrondslag mogen getoetst worden.

2.4.2.2 *Meerwegenleer*

Bij het motiefvereiste is het tevens relevant om aandacht te besteden aan de verruiming van dit leerstuk via de zogenoemde meerwegenleer. In de gevallen waarin de rechtshandelingen louter dienen ter belastingverijdeling, is de toepassing van *fraus legis* evident. Dit vraagstuk kan echter complex worden wanneer meerdere wegen mogelijk zijn bij het behalen van een zakelijk doel.⁵⁸ In deze situatie is sprake van de meerwegenleer.

Tot 1990 was er een vrij algemeen geaccepteerde opvatting dat het de belastingplichtigen onverkort vrijstond de fiscaal meest voordelige route te kiezen, zolang de rechtshandelingen leidden tot een zakelijk einddoel.⁵⁹ In HR 11 juli 1990⁶⁰ werd echter een beperking gemaakt op dit gedachtegoed. De keuzevrijheid van de belastingplichtige was voortaan beperkt wanneer de gekozen (onzakelijke) weg tot wetsontduiking leidde.⁶¹ Een samenstel van rechtshandelingen die gezamenlijk voor een zakelijk einddoel zorgen, sluiten niet meer automatisch *fraus legis* uit. De individuele rechtshandelingen kunnen zelf tot belastingverijdeling leiden, ondanks het gerealiseerde zakelijke einddoel.⁶² De rechter kan in dergelijke gevallen het motiefvereiste aanwezig achten.

In het Bovag-arrest verduidelijkte de HR de meerwegenleer door drie cumulatieve additionele vereisten te formuleren: (a) de rechtshandeling(en) is/zijn niet vereist voor de realisering van het zakelijk einddoel, (b) de rechtshandelingen leiden tot een willekeurige verijdeling van belastingheffing en (c) de rechtshandelingen leiden tot een voortdurende belastingverijdeling.⁶³

In de literatuur wordt deze benadering ondersteund. De Vries⁶⁴ stelt dat, ondanks het zakelijke einddoel, toch sprake kan zijn van excessen die de toepassing van de meerwegenleer rechtvaardigen. De meerwegenleer moet wel behoedzaam worden toegepast. Deze leer maakt immers een substantiële inbreuk op de keuzevrijheid van de belastingplichtige.⁶⁵ Waar de scheidslijn ligt tussen de geaccepteerde keuzevrijheid en de meerwegenleer blijft echter onduidelijk.

2.4.3 Het normvereiste

Het tweede cumulatieve vereiste betekent dat de rechtshandeling(en) in strijd zijn met doel en strekking van een specifieke wettelijke bepaling dan wel de wet in het geheel. Welke norm

⁵⁶ Van Dam, TFO 2013/125.1, paragraaf 3.2.2.1. Conform HR 20 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8319, onderdeel 2.

⁵⁷ HR 28 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:BH7443, m.nt. Hoogendoorn.

⁵⁸ In HR 11 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348 kon het terugtreden van de vader op verschillende manieren worden geregeld.

⁵⁹ De Vries, WFR 2010/114, paragraaf 2.2.

⁶⁰ HR 11 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348, r.o. 4.7.

⁶¹ HR 19 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5570, r.o. 3.5.

⁶² Belastingverijdeling het doorslaggevende motief.

⁶³ HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, nr. 29 927, r.o. 3.2.4.

⁶⁴ De Vries, WFR 2010/114.

⁶⁵ Zie paragraaf 4.3.1 voor het Hunkemöllerarrest.

daadwerkelijk wordt geschonden, hangt af van het feitencomplex.⁶⁶ In tegenstelling tot het motiefvereiste, dat een subjectieve beoordeling inhoudt, betreft dit vereiste een objectieve beoordeling.

Zoals eerder is beschreven, heeft de rechter verschillende interpretatiemethoden tot zijn beschikking. Chin-Oldenziel en Belkaid-Koubia⁶⁷ benadrukken dat bij de beoordeling van het normvereiste de wethistorische- en de wetssystematische methode in ogenschouw worden genomen om het beoogde doel en strekking van de wet te achterhalen. Vaak biedt de wetsgeschiedenis een indicatie van het beoogde doel van de wetgever. Als de wetgever bewust een wettelijke bepaling niet heeft opgenomen en daardoor impliciet een constructie heeft aanvaard, kan dit de toepassing van *fraus legis* belemmeren.⁶⁸ De rechtshandeling is dan niet in strijd met het doel en de strekking van de wet. De wetssystematiek dient ook in ogenschouw genomen te worden. Deze methode houdt in dat de functie en plaats van een wettelijke bepaling binnen het gehele wetsstelsel inzicht geeft in het doel en de strekking van de bepaling.

De reële betekenis van de rechtshandelingen speelt een belangrijke rol bij de beoordeling. De HR had immers besloten dat die keuzevrijheid niet zover reikt, dat met het oogmerk van belastingverijdeling, een kunstmatige en van elk reëel belang ontblote weg kan worden gekozen.⁶⁹ Dit blijkt uit de meerwegenleerjurisprudentie.⁷⁰ Bovendien wordt bij de beoordeling rekening gehouden met de vraag of er tegenover de renteaftrek ook belaste baten staan. Als het belastingvoordeel grotendeels teniet wordt gedaan, wordt de beperking vaak als onrechtvaardig beschouwd.⁷¹ De compenserende heffing is echter geen vrijbrief. Uit HR 21 april 2017⁷² blijkt dat een compenserende heffing niet aan *fraus legis* in de weg hoeft te staan, als de belastingverijdeling in het geval van een compenserende heffing eveneens onaanvaardbaar zou zijn.

2.5 De verhouding tussen *fraus legis* en het rechtszekerheidsbeginsel

Nu de vereisten van *fraus legis* zijn behandeld, kan de verhouding tussen *fraus legis* en het rechtszekerheidsbeginsel worden besproken. Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat belastingplichtigen voldoende zekerheid krijgen om hun rechtsgevolgen te kunnen overzien. Een wettelijke bepaling biedt normaliter deze duidelijkheid.⁷³ Desalniettemin kan complexe wetgeving en onduidelijke rechterlijke uitspraken de rechtszekerheid van de belastingplichtigen aantasten.

Rechtsonzekerheid kan zich eveneens voordoen bij *fraus legis*. Uit paragraaf 2.4.2 blijkt dat dit leerstuk toetst aan een open norm. Wanneer normen onduidelijk zijn geformuleerd, kan dit ruimte laten voor verschillende interpretaties en beoordelingen. Dit gaat ten koste van de rechtszekerheid. De vraag rijst of de *fraus legis* norm onduidelijk is geformuleerd.⁷⁴ In de literatuur worden diverse elementen weergegeven die kunnen bijdragen aan de toepassing van *fraus legis* met betrekking tot renteaftrek, zoals het handhaven van de vermogenspositie, leningen verstrekken voor uitsluitend fiscale doeleinden en het bij elkaar brengen van rentekosten en fiscale eenheid winsten.⁷⁵ Het is echter onduidelijk welk gewicht wordt toegekend aan deze elementen. De belastingplichtige weet

⁶⁶ Hier bestaat een verschil in de omvang van de rechtsstrijd.

⁶⁷ Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, WFR 2013/1492, paragraaf 3.1.

⁶⁸ HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5034, nr. 28 211, LJN ZC5034, r.o. 3.4. Zie ook paragraaf 4.2.

⁶⁹ HR 13 maart 2009, nr. 43 946, ECLI:NL:HR:2009:BH5619, LJN BH5619, r.o. 3.3.

⁷⁰ Zie paragraaf 2.4.2.2.

⁷¹ HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AB2856, r.o. 3.8.

⁷² HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, r.o. 3.2.3.8.

⁷³ Een wettelijke bepaling verschaft in beginsel meer rechtszekerheid dan *fraus legis*.

⁷⁴ Rechtshandeling mag niet in strijd zijn met doel en strekking van de wet.

⁷⁵ Kok, WFR 2021/167, paragraaf 3.1.

hierdoor niet of de rechtshandeling onder het toepassingsbereik van *fraus legis* valt. Mijns inziens benadrukt De Vries⁷⁶ daarom terecht dat de toepassing van *fraus legis* binnen de renteaftrekbepanking een additionele inbreuk maakt op de rechtszekerheid. Hierbij moet wel een belangrijke kanttekening worden gemaakt. Niet elke belastingplichtige wordt geconfronteerd met deze additionele rechtsonzekerheid. Alleen belastingplichtigen bij wie het denkbaar is dat *fraus legis* kan worden toegepast, speelt rechtsonzekerheid een rol. Oftewel, alleen in gevallen waarbij de grens van geoorloofde belastingbesparing mogelijk wordt overschreden, wordt een inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel gemaakt. Dit impliceert een beperkte inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel.

Desalniettemin zijn er diverse Europeesrechtelijke ontwikkelingen te identificeren die mogelijk zouden kunnen leiden tot meer rechtsonzekerheid. Per 1 januari 2016 is de General Anti-Abuse Rule (GAAR) in werking getreden. De GAAR is een algemene antimisbruikbepaling die als een (verplicht) vangnet fungeert voor misbruiksituaties die niet worden geraakt door andere specifieke antimisbruikbepalingen. De Raad van de EU beoogt hiermee een harmonisatie van de algemene antimisbruikregels binnen de EU te realiseren.

Om deze harmonisatie te bereiken, is art. 6 Anti Tax Avoidance Directive 1 (ATAD 1) ingevoerd. Op grond van deze bepaling zijn EU-lidstaten verplicht om bij de berekening van de VPB constructies of een reeks constructies buiten beschouwing te laten indien: (a) de constructies zijn gecreëerd met als één van de hoofddoelen, het verkrijgen van een belastingvoordeel; (b) het betreffende voordeel het doel of toepassing van het belastingrecht ondermijnt;⁷⁷ (c) sprake is van kunstmatige constructies, wat betekent dat de constructies niet gebaseerd zijn op zakelijke motieven.⁷⁸

De Nederlandse wetgever is dus in beginsel verplicht om Europese richtlijnen, waaronder ATAD 1, in de Nederlandse wet om te zetten. Voor de omzetting is het niet noodzakelijk de richtlijn één op één toe te passen. Art. 288 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) geeft de nationale instanties de bevoegdheid om de vorm en middelen van de richtlijn zelf te kiezen. Het huidige demissionaire kabinet⁷⁹ is van mening dat de antimisbruikbepaling in ATAD 1 al wordt afgedekt door *fraus legis* en daarom geen verwerking in de wet behoeft.⁸⁰ Deze keuze betekent echter wel dat *fraus legis* een communautaire invulling krijgt.⁸¹

De vervolgvraag is of de GAAR op grond van ATAD 1 kan worden toegepast in binnenlandse situaties. EU-recht heeft immers uitsluitend betrekking op grensoverschrijdende situaties, terwijl *fraus legis* uitsluitend betrekking heeft op nationale wetgeving. Volgens de Redactie Vakstudie Nieuws⁸² lijkt de GAAR, gezien de formulering van de preambule en ATAD, niet beperkt te zijn tot grensoverschrijdende situaties. Dit standpunt wordt bevestigd in de kamerstukken.⁸³ Ook binnenlandse, intra-EU en derdelandensituaties vallen onder het toepassingsbereik. Mijns inziens is dit een logische gevolgtrekking, aangezien de Raad juist nadrukkelijk kenbaar heeft gemaakt dat de GAAR gericht is op de harmonisatie van de algemene antimisbruikbepalingen. Dit betekent dat de GAAR mogelijk het *fraus legis* leerstuk kan beïnvloeden.

⁷⁶ De Vries, WFR 2010/114.

⁷⁷ Cursus Belastingrecht (*Europees Belastingrecht*), paragraaf 8.5.8.

⁷⁸ *Fraus legis* kent geen kunstmatigheidsvereiste.

⁷⁹ Rutte vier.

⁸⁰ Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer van 29 april 2016, AFP/2016/394, p. 11.

⁸¹ Dit volgt uit HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32.

⁸² Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2022/14.23.

⁸³ *Kamerstukken II 2018/19*, 35030, nr. 3, p. 14.

De kwestie die zich dan voordoet, betreft de ambtshalve toepassing van zowel de GAAR als het fraus legis leerstuk. Indien de GAAR wél en fraus legis niet ambtshalve kan worden toegepast, dient de rechter fraus legis toch ambtshalve toe te passen in situaties waarin wordt voldaan aan de GAAR-vereisten.⁸⁴ In dat geval zou het leerstuk mogelijk van een bijzonder leerstuk naar een algemeen leerstuk verschuiven, wat kan leiden tot meer rechtsonzekerheid.⁸⁵ Het inbreukmakende leerstuk kan namelijk vaker worden toegepast. Ook kan er onduidelijkheid ontstaan over de rechtsstrijd als de inspecteur het leerstuk niet heeft aangevoerd. De inspecteur kan bewust hebben afgezien van fraus legis. Het is dan opmerkelijk dat de rechter dit rechtsmiddel toch kan toepassen. Een onverwacht ambtshalve beroep tast in dat geval de rechtszekerheid aan.

De GAAR kan door de rechter ambtshalve worden toegepast, een mogelijkheid die voor fraus legis niet als vanzelfsprekend kan worden beschouwd. Aardema⁸⁶ stelt dat de rechter fraus legis wel ambtshalve kan toepassen en verwijst daarbij naar het Driedagenarrest.⁸⁷ Cornellise en Bavinck⁸⁸ stellen dat theoretisch gezien de rechter fraus legis mogelijk ambtshalve kan toepassen. Zij zijn echter van mening dat de fiscus uitdrukkelijk de toepassing van fraus legis moet hebben aangevoerd.⁸⁹ De Vries⁹⁰ geeft aan dat de houding van de HR ten aanzien van fraus legis na het Spilfunctie-arrest ongewijzigd is gebleven; de HR past fraus legis niet ambtshalve toe.⁹¹ Mijns inziens is theoretisch gezien het ambtshalve toepassen van fraus legis mogelijk. Dit wordt echter in de praktijk niet vaak toegepast.⁹² Het ambtshalve beroepen op het fraus legis leerstuk leidt immers tot een grotere inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel.

Het leerstuk wordt dus doorgaans niet ambtshalve toegepast, terwijl de GAAR wel door de rechter ambtshalve kan worden toegepast. Dit betekent dat de rechter verplicht is om fraus legis ambtshalve toe te passen in de gevallen waarin wordt voldaan aan de GAAR-vereisten. Ondanks dat de toepassingsvoorwaarden in grote mate overeenkomen, acht ik deze ontwikkeling vanuit het rechtszekerheidsbeginsel onwenselijk.⁹³

Kortom, in essentie maakt fraus legis een inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel. Het betreft een bijzonder leerstuk. Ik sluit het echter niet uit dat het fraus legis leerstuk verschoven is naar een meer algemeen leerstuk. Dit gaat ten koste van de rechtszekerheid. Of de inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel gerechtvaardigd kan worden, wordt in de literatuur betwist. Uit “Nota Zicht op wetgeving” blijkt dat een regeling moet voldoen aan een aantal kwaliteitseisen, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel.⁹⁴ Dit impliceert dat het rechtszekerheidsbeginsel essentieel is voor de implementatie en naleving van wet- en regelgeving. Anderzijds is Hafkenscheid⁹⁵ van mening dat het voornaamste doel van een antimisbruikbepaling, zoals art. 10a Wet VPB, ziet op het voorkomen van

⁸⁴ Dit is op grond van het Unierecht. De EC kan Nederland aanmanen de verplichtingen na te komen.

⁸⁵ Fraus legis vormt op zichzelf een inbreuk echter kan een ambtshalve beroep deze inbreuk vergroten. In overeenstemming met Redactie Vakstudie-Nieuws, *V-N 2022/14.23*.

⁸⁶ HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3388, m.nt. E. Aardema.

⁸⁷ HR 26 mei 1926, ECLI:NL:HR:1926:78, NJ 1926/723.

⁸⁸ Cornellise & Bavinck, *WFR 2022/43*, paragraaf 2.

⁸⁹ Dit komt ten goede aan de rechtszekerheid.

⁹⁰ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330BNB 2023/61, m.nt. De Vries, punt 19. Dit lijkt mij ook een gepaste benadering bij lagere rechters.

⁹¹ De HR neemt slechts aangevoerde middelen mee in zijn beoordeling.

⁹² Uitzonderingen daargelaten, zoals het Driedagenarrest.

⁹³ De formuleringen sluiten niet helemaal aan bij fraus legis. Bij fraus legis wordt voldaan aan het motiefvereiste indien het doorslaggevende motief is gelegen in het belastingverrijdelen, terwijl de GAAR over het opzetten van een constructie met één van de hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel heeft.

⁹⁴ *Kamerstukken II 1990/91*, 22 008, nr. 2, p. 8.

⁹⁵ Hafkenscheid, *WFR 2023/274*, paragraaf 2.6.

misbruik, en niet op het verstrekken van duidelijkheid aan verbonden partijen die trachten de regels te benutten om fiscale voordelen te behalen. Mijns inziens geldt deze zienswijze ook bij *fraus legis*. De rechter maakt met dit leerstuk een inbreuk op de keuzevrijheid van de belastingplichtige wanneer de grens van die vrijheid wordt overschreden. Ondanks dat de rechtszekerheid een belangrijk goed is in het belastingrecht, kan de belastingplichtige niet verwachten dat de rechtszekerheid wordt gewaarborgd wanneer hij opereert in een grijs gebied. Het doeltreffendheidsbeginsel lijkt dan te prevaleren boven het rechtszekerheidsbeginsel. In paragraaf 4.6 wordt een nadere beoordeling uitgevoerd van de wenselijkheid van deze leerstukken.

2.6 Tussenconclusie

De (belasting)rechter beschikt over diverse rechtsvindingsmethoden om een oordeel te vellen over een casus. *Fraus legis* komt pas aan bod wanneer andere interpretatiemethoden niet tot het gewenste resultaat leiden. Hoewel dit leerstuk zijn oorsprong vindt in het Romeinse recht, paste de HR het leerstuk voor het eerst binnen het belastingrecht toe in het Driedagenarrest. Naast *fraus legis* kon de rechter ook gebruikmaken van de richtige heffing. De vereisten tussen beide leerstukken zijn in 1984 gelijkgetrokken. Sindsdien wordt *fraus legis* beschouwd als het primaire instrument tegen ongewenste belastingconstructies.

In het belastingrecht heeft een belastingplichtige doorgaans de keuzevrijheid om de fiscaal meest gunstige route te bewandelen. Desalniettemin kan deze keuzevrijheid door de rechter worden beperkt door middel van *fraus legis*. Voor deze begrenzing gelden twee vereisten, respectievelijk het motiefvereiste en het normvereiste. Het motiefvereiste houdt in dat belastingverrijdeling de doorslaggevende reden moet zijn geweest voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling. Het tweede cumulatieve vereiste houdt in dat de rechtshandelingen in strijd zijn met doel en strekking van de wet. De meerwegenleer verruimt het leerstuk. Uit de meerwegenleer volgt dat een samenstel van rechtshandelingen die gezamenlijk een zakelijk einddoel dienen, niet per definitie *fraus legis* uitsluiten. De individuele rechtshandelingen kunnen voor belastingverrijdeling zorgen.

Bij *fraus legis* wordt getoetst aan een open norm, waardoor de toepassing niet altijd evident is. Deze rechtsonzekerheid speelt vooral bij belastingplichtigen bij wie het denkbaar is dat *fraus legis* kan worden toegepast. Bovendien lijkt *fraus legis*, door de inwerkingtreding van de GAAR, te zijn verschoven naar een meer algemeen leerstuk. Dit creëert meer rechtsonzekerheid. In de literatuur wordt verschillend gereageerd op de relevantie van het rechtszekerheidsbeginsel. De rechter maakt met *fraus legis* een inbreuk op de keuzevrijheid van de belastingplichtige wanneer de grens van die vrijheid wordt overschreden. Het doeltreffendheidsbeginsel overtreft in dat grensoverschrijdende geval mijns inziens het rechtszekerheidsbeginsel.

Hoofdstuk 3 Anti-winstdrainage artikel 10a Wet VPB

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk kwamen de voorlopers van art. 10a Wet VPB aan bod, de richtige heffing en het fraus legis leerstuk. Naast fraus legis kennen wij tegenwoordig ook de regeling inzake winstdrainage, ook wel bekend als art. 10a Wet VPB. De vraag rijst waarom deze wettelijke bepaling is ingevoerd als de inspecteur een beroep kan doen op fraus legis. Dit hoofdstuk richt zich daarom op de volgende deelvraag: *Wat heeft geleid tot de invoering van art. 10a Wet VPB en wat is de werking van deze wettelijke bepaling bij de bestrijding van kunstmatige rentestructies?* Ter beantwoording van deze vraag, wordt in dit hoofdstuk eerst ingegaan op de achtergrond van deze anti-winstdrainagebepaling. Vervolgens worden de algemene voorwaarden van art. 10a Wet VPB uiteengezet, waaronder het verbondenheidscriterium en de tegenbewijsregeling. Deze paragraaf verduidelijkt de omstandigheden waarin art. 10a Wet VPB beperkingen op de renteaftrek oplegt. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

3.2 Achtergrond van artikel 10a Wet VPB

In paragraaf 2.3 is de achtergrond van het fraus legis leerstuk besproken. Uit deze paragraaf blijkt dat de overgang van het richtige heffing leerstuk naar het fraus legis leerstuk heeft geleid tot een bloei van de fraus legisjurisprudentie, echter betroffen deze arresten niet de Wet VPB. In 1989 bevestigde de HR dat een beroep op fraus legis met betrekking tot de renteaftrek in de Wet VPB mogelijk was.⁹⁶ Na dit arrest volgde een reeks winstdrainagearresten, waarin de fiscus fraus legis trachtte toe te passen. De werkgroep Fiscale Infrastructuur identificeerde zes essentiële arresten voor de totstandkoming van art. 10a Wet VPB.⁹⁷

Op 10 maart 1993 werden vier belangrijke arresten behandeld, waaruit de denkwijze van de HR naar voren kwam.⁹⁸ In deze jurisprudentie betrof het een vraagstuk over de compenserende heffing, inhoudend dat de rente zonder meer aftrekbaar was bij de betalende vennootschap als de corresponderende rentebaten bij de ontvangende vennootschap in een voldoende belastingheffing werd betrokken. Indien geen sprake was van een compenserende heffing bij de ontvangende vennootschap, diende een zakelijke rechtshandeling worden aangetoond. Bij het ontbreken van zakelijke beweegredenen is geen strijd met doel en strekking van de wet, indien de rentebaten wegvallen tegen verliezen. De strijdigheid met het doel en de strekking van de wet bestaat wel als het aangekochte verliezen betreft.⁹⁹ Deze benadering werd voortgezet in HR 23 augustus 1995.¹⁰⁰ De HR voegde aan de benadering toe dat indien de compenserende heffing bij een ander plaatsvond dan de schuldeiser, nog steeds sprake kon zijn van een compenserende heffing.¹⁰¹

Vervolgens verduidelijkte het Bovag-arrest¹⁰² de vereisten van de meerwegenleer en toonde het PLC-arrest¹⁰³ aan dat een compenserende heffing zich ook kan voordoen in buitenlandse situaties. Hierbij staat de verliesverrekening of de verrekening van andersoortige aanspraken niet in de weg.

⁹⁶ HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, nr. 24446, r.o. 4.3.

⁹⁷ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 10a Wet VPB 1969, aant. 1.7.1.

⁹⁸ HR 10 maart 1993, nr. 27295, 27992, 28139, 28484.

⁹⁹ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8568, r.o. 3.3.

¹⁰⁰ HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, r.o. 3.5.5.

¹⁰¹ De FBI was zelf geen VPB verschuldigd, maar had een winstuitkeringsverplichting. Op het aandeelhoudersniveau vond een compenserende heffing plaats.

¹⁰² HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, r.o. 3.2.4.

¹⁰³ HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682, r.o. 3.5.

De bovenstaande arresten werden echter beschouwd als een nederlaag voor het gevoerde beleid.¹⁰⁴ Als reactie op deze beslissingen heeft de wetgever daarom ter verduidelijking en rechtszekerheid de jurisprudentie tot 1997 in wetgeving neergelegd, waardoor art. 10a Wet VPB tot stand kwam.¹⁰⁵ De wetgever poogt met dit artikel de winstdrainage van kasrondjes, verhangingen en schuldigerkenningen tegen te gaan. Later werd de reikwijdte ook verruimd naar externe acquisities en samenwerkende groepen.

3.3 De algemene voorwaarden en gevolgen van artikel 10a Wet VPB

3.3.1 Inleiding

In de afgelopen jaren is de wettelijke bepaling dus meerdere keren herzien, waarbij de ratio ongewijzigd is gebleven. De anti-winstdrainagewetgeving van art. 10a Wet VPB is gericht op onzakelijke structuren binnen concernverband, waarbij een omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen plaatsvindt zonder dat een feitelijke verandering zich voordoet in het werkzame vermogen.¹⁰⁶ Bij art. 10a Wet VPB dient de geldverstrekking gekwalificeerd te worden; deze wettelijke bepaling is slechts beperkt tot vreemd vermogen.

Het uitgangspunt dat belastingplichtigen de keuzevrijheid hebben om te kiezen tussen eigen vermogen en vreemd vermogen blijft behouden. Deze vrijheid mag echter niet misbruikt worden om de Nederlandse belastinggrondslag te eroderen. Art. 10a Wet VPB maakt dus net als *fraus legis* een inbreuk op de keuzevrijheid van de belastingplichtige.¹⁰⁷

Deze paragraaf behandelt uitsluitend de huidige versie van art. 10a Wet VPB. De hoofdregel is vastgelegd in art. 10a, eerste lid, Wet VPB en luidt als volgt:

“Bij het bepalen van de winst komen mede niet in aftrek 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 rechtshandelingen”.

Uit de wettelijke tekst kunnen drie basisvereisten worden afgeleid:

1. De belastingplichtige heeft rechtens dan wel in feite direct of indirect een schuld aan een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon.
2. De belastingplichtige of een met hem verbonden persoon heeft een besmette rechtshandeling verricht.
3. Het betreft een causaal verband tussen de schuld en de rechtshandeling(en).

Indien aan de bovenstaande eisen wordt voldaan, wordt in beginsel de renteaftrekbepaling toegepast. Belastingplichtigen kunnen in twee situaties toch de rente in aftrek nemen. De zogenoemde tegenbewijsregeling wordt in paragraaf 3.4 uiteengezet.

3.3.2 Rente, kosten en valutaresultaten ter zake van schulden

Gelet op de tekst van art. 10a, eerste lid, Wet VPB worden niet in aftrek genomen rente, kosten en valutaresultaten ter zake van een lening die verband houden met kapitaalstortingen, kapitaal terugbetalingen en winstuitdelingen aan verbonden lichamen. Het kostenbegrip dient ruim te worden geïnterpreteerd, zo vallen de kosten die samenhangen met het afdekken van een

¹⁰⁴ Rapport van de werkgroep Fiscale Infrastructuur, Rapport werkgroep II, 19 januari 1996.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 696, nr 3, p. 11.

¹⁰⁶ Ligthart, *TFO 2003/174*, p. 2.

¹⁰⁷ Dit komt overeen met paragraaf 2.4.1.

valutaresultaat of renterisico's, adviseurskosten en registratiekosten binnen de reikwijdte van art. 10a Wet VPB.¹⁰⁸ De rente, kosten en valutaresultaten worden gesaldeerd.

De term "valutaresultaten" omvat zowel valutawinsten als valutaverliezen. Oftewel, positieve resultaten zijn onbelast en verliezen zijn niet aftrekbaar.¹⁰⁹ Valutakoersresultaten doen zich voor wanneer de debiteur en crediteur verschillende geldige valuta gebruiken en de wisselkoers fluctueert.

3.3.3 Rechtens dan wel in feite direct of indirect een schuld aan een verbonden lichaam of natuurlijk persoon

3.3.3.1 *Rechtens dan wel in feite*

Het eerste basisvereiste van art. 10a Wet VPB stelt dat de schuld rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd moet zijn aan een verbonden lichaam of natuurlijk persoon. De term "rechtens dan wel in feite" geeft aan dat niet alleen de rente in aftrek wordt beperkt in een situatie waarin direct wordt schuldig gebleven, maar ook in een situatie waarin feitelijk wordt schuldig gebleven. De materiële werkelijkheid moet worden beoordeeld op basis van de relevante feiten en omstandigheden. De memorie van toelichting (MvT) geeft aan dat de materiële werkelijkheid het best weerspiegelt kan worden door te toetsen aan de factoren rente, het overeengekomen aflossingsschema, de looptijd van de lening, de omvang en de eventueel overeengekomen zekerheden.¹¹⁰ Ondanks dat formeel-juridisch geen sprake is van een intercompany lening, kan materieelrechtelijk dus wel sprake zijn van een 10a-lening.

Bovendien heeft dit artikel zowel betrekking op directe als indirecte schulden aan verbonden partijen. Bij indirecte verschuldigheid is sprake van enige tussenschakels.¹¹¹ Dit kan zowel een verbonden lichaam als een niet-verbonden lichaam zijn.¹¹² Het vermogen stroomt hierbij via tussenschakels naar het lichaam waaraan de geldlening is verstrekt.

In de volgende deelparagraaf komt het verbondenheidscriterium aan bod.

3.3.3.2 *Verbondenheidscriterium*

Aangezien niet-verbonden partijen in het algemeen zakelijk handelen, ziet art. 10a Wet VPB slechts op verbonden situaties. Het verbondenheidscriterium voor lichamen is neergelegd in art. 10a, vierde lid, Wet VPB met een uitbreiding in het zesde en zevende lid.¹¹³

Het vierde lid van art. 10a Wet VPB geeft het verbondenheidscriterium bij lichamen weer:

- a. Een lichaam waarin de belastingplichtige minstens een derde gedeelte belang houdt;
- b. Een lichaam dat minstens een derde gedeelte belang houdt in de belastingplichtige;
- c. Een lichaam waarin een derde minstens een derde deel van belang houdt, terwijl deze derde eveneens voor ten minste een derde gedeelte belang houdt in de belastingplichtige;

¹⁰⁸ Ligthart, *TFO 2003/174*, p. 4.

¹⁰⁹ In tegenstelling tot de uitspraak in HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ1248, meende de staatssecretaris dat een antimisbruikartikel niet bedoeld was om winsten vrij te stellen. Volgens de staatssecretaris heeft deze vrijstelling materieel tot gevolg dat rentekosten van de fiscale winst worden afgetrokken die juist niet aftrekbaar zouden moeten zijn. Marres stelt dat het beperken van aftrekposten gerechtvaardigd is om misbruik te voorkomen, maar alleen als dit strikt noodzakelijk is voor dat doel. Het antimisbruikarakter rechtvaardigt niet noodzakelijk een extensieve interpretatie van de aftrekbeperking (r.o. 7.8). Mijns inziens lijkt saldering een evenwichtigere benadering.

¹¹⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 696, nr. 3, p. 17.

¹¹¹ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 696, nr. 3, p. 19.

¹¹² *Kamerstukken II 1995/96*, 24 696, nr. 5, p. 29.

¹¹³ Per 1 januari 2017 valt de samenwerkende groep ook binnen de reikwijdte van art. 10a Wet VPB.

d. Een lichaam dat verbonden is met de belastingplichtige via een fiscale eenheid zoals gedefinieerd in art. 15 en 15a Wet VPB.¹¹⁴

De belastingplichtige kan eveneens verbonden zijn aan een natuurlijk persoon. Art. 10a, vijfde lid, onderdeel a Wet VPB bepaalt dat een natuurlijk persoon als verbonden wordt beschouwd wanneer deze natuurlijke persoon voor tenminste een derde gedeelte belang houdt in een belastingplichtige of een verbonden lichaam.

3.3.3.3 Begrip belang

Binnen het verbondenheidscriterium staat het begrip “belang” centraal. Hierbij gaat het niet alleen om onmiddellijke aandeelhouderrelaties, maar ook om middellijke aandeelhoudersrelatie. De staatssecretaris is van mening dat naast het financiële belang, ook de mate van zeggenschap relevant kan zijn bij de beoordeling.¹¹⁵ Het zwaartepunt is bij de beoordeling echter niet gelijk. De staatssecretaris heeft benadrukt dat het financiële belang, oftewel, het aandeel in het gestorte kapitaal, doorslaggevend is. Bijzondere stemrechten kunnen het belang vergroten, maar hebben geen beperkende werking. In HR 8 april 2011¹¹⁶ was de belanghebbende wel in bezit van een financieel belang van meer dan een derde, maar had vervolgens onvoldoende zeggenschap.¹¹⁷ In die zaak had de HR geoordeeld dat een financieel belang van meer dan een derde gedeelte wel degelijk tot verbondenheid kon leiden.

3.3.3.4 Samenwerkende groep

Vanaf 1 januari 2017 is het begrip "verbonden lichaam" uitgebreid om misbruik binnen samenwerkende groepen te voorkomen.¹¹⁸ Deze uitbreiding voorkomt kunstmatige constructies, waarbij materieelrechtelijk gesproken wel sprake zou zijn van verbondenheid, maar formeelrechtelijk geen sprake zou zijn van verbondenheid. Dit probleem deed zich voor bij zogenoemde private-equitystructuren, waarbij groepen investeringsfondsen samenwerkten en via een fondsmanager acquisities deden. De zeggenschap lag vaak in één hand, die van de fondsmanager. De individuele investeerders voldeden vaak niet aan het een derde criterium, waardoor art. 10a Wet VPB niet van toepassing werd verklaard. Met de toevoeging in het zesde lid wordt dit ongewenste gevolg voorkomen.¹¹⁹

Het zesde lid bepaalt dat “een lichaam dat een belang heeft in de belastingplichtige¹²⁰ en dat samen met andere lichamen een samenwerkende groep vormt, en die vervolgens gezamenlijk voor ten minste 1/3 gedeelte belang heeft in de belastingplichtige ook als een met de belastingplichtige verbonden lichaam wordt aangemerkt”.¹²¹

Het begrip “samenwerkende groep” wordt echter niet expliciet in de wet omschreven. Uit de MvT volgt wel dat sprake is van “samenwerken” als de materiële zeggenschap over de investering en het gezamenlijk belang bij de overgenomen vennootschap berust bij een coördinerende (rechts)persoon. Dit gegeven kan worden aangetoond aan de hand van contracten en onderlinge afspraken. Verder moet elke aandeelhouder min of meer onder vergelijkbare voorwaarden en overeenkomstige

¹¹⁴ In de bijlage staan de voorbeelden grafisch weergegeven.

¹¹⁵ De visie van de staatssecretaris betreft geen bindend voorschrift met betrekking tot de uitleg van een wetsbepaling.

¹¹⁶ HR 8 april 2011, nr. 10/00651, ECLI:NL:PHR:2011:BP1489.

¹¹⁷ Besluit van 25 maart 2013, nr. BLKB 2013/110M, BNB 2013/136, paragraaf 5.1.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 552, nr. 3, p. 55.

¹¹⁹ Zie hiervoor HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152.

¹²⁰ Mag individueel kleiner zijn dan 1/3^{de} belang.

¹²¹ In de bijlage staat een grafische weergave.

verhoudingen eigen en vreemd vermogen verschaffen aan de overnameholding. Tussentijdse wijzigingen in het belang worden niet zomaar toegestaan.¹²²

Het is belangrijk om in ogenschouw te nemen dat veel arresten in deze scriptie zich hebben afgespeeld vóór 1 januari 2017, waardoor deze situaties buiten de reikwijdte van art. 10a Wet VPB vielen.

3.3.4 Besmette rechtshandeling

3.3.4.1 Soorten besmette rechtshandelingen

Bij art. 10a Wet VPB gaat het om (intragroep)geldleningen die verband houden met een drietal besmette rechtshandelingen. Onder besmette rechtshandelingen wordt verstaan: (i) winstuitdelingen en kapitaalruggaven, (ii) kapitaalstortingen of (iii) de verwerving of uitbreiding van een belang in een verbonden lichaam.

Een niet-besmette schuld kan zolang de schuld blijft voortbestaan als gevolg van latere rechtshandelingen alsnog besmet raken. Anderzijds kan een schuld ook op enig moment ontsmet raken.¹²³ Deze wettelijke bepaling vereist zodoende een doorlopende toets.

3.3.4.2 Winstuitdeling of een kapitaalruggave

In art. 10a, eerste lid, onderdeel a Wet VPB wordt de eerste besmette rechtshandeling geregeld. Rente, kosten en valutaresultaten ter zake van een lening die verband met “een winstuitdeling of kapitaalruggave door de belastingplichtige of een door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen, aan een met hem verbonden lichaam” worden in aftrek beperkt. Bij een winstuitdeling wordt bij het dividenduitkerende lichaam (dochter), eigen vermogen omgezet in vreemd vermogen, doordat de winstuitdeling wordt gefinancierd met geleend geld. Hierbij kunnen zich twee situaties voordoen: (i) de belanghebbende verkrijgt een geldbedrag door middel van een geldlening van een verbonden lichaam; of (ii) de uitdeling wordt schuldig gebleven aan de moederverenootschap.

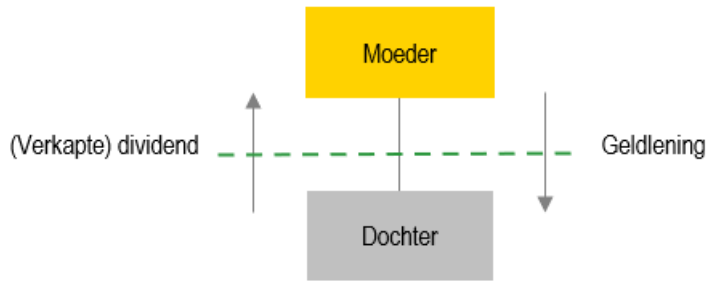
Het winstuitdelingsbegrip heeft een materiële inhoud, wat betekent dat naast de formeel vastgestelde dividenduitkeringen, ook de verkapte en vermomde dividenduitkeringen onder het winstuitdelingsbegrip vallen.¹²⁴

Als voorbeeld kan gedacht worden aan de situatie waarbij de dochterverenootschap dividend uitkeert aan haar moederverenootschap en het bedrag vervolgens schuldig blijft. De dochterverenootschap moet over de gecreëerde schuld een zakelijke rente betalen. Wanneer de dochterverenootschap in Nederland is gevestigd en de moederverenootschap gevestigd is in een laag belast land, behaalt het concern een fiscaal voordeel. De rente kan immers, zonder de toepassing van art. 10a Wet VPB, in aftrek worden gebracht tegen een hoog belastingtarief en wordt belast tegen een laag tarief.

¹²² *Kamerstukken II 2016/17*, 34 552, nr. 3, p. 56-57.

¹²³ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 10a Wet VPB 1969, aant. 6.3.6.

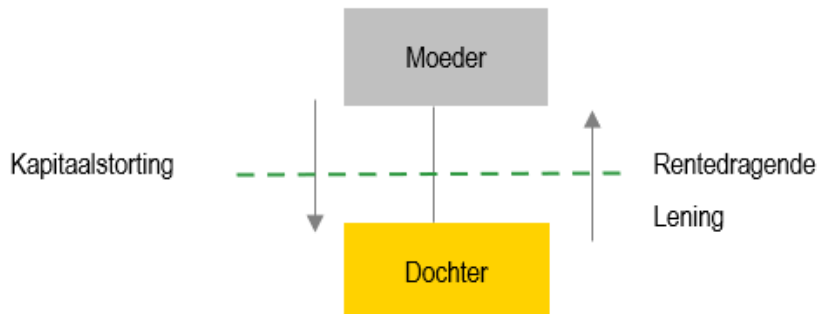
¹²⁴ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 696, nr. 5, p. 29 en *Kamerstukken II 1996/97*, 24 696, nr. 8, p. 16.



3.3.4.3 Kapitaalstorting

Op grond van art. 10a, eerste lid, onderdeel b Wet VPB worden kapitaalstortingen in verbonden lichamen ook als besmette handelingen aangemerkt. Onder onderdeel b vallen niet alleen formele kapitaalstortingen,¹²⁵ ook informele kapitaalstortingen vallen onder de reikwijdte van deze bepaling. Brandsma & Pancham¹²⁶ stellen dat deelnemerschapsleningen door de her kwalificatie ook onder het toepassingsbereik van art. 10a Wet VPB vallen.

De tweede besmette rechtshandeling doet zich voor wanneer een Nederlandse moederverenootschap een lening aantrekt van haar dochtervennootschap en vervolgens een kapitaalstorting doet in haar dochter. De rentelasten zijn in beginsel aftrekbaar in Nederland (moederstaat) en de corresponderende rentebaten zijn vervolgens belast tegen een laag tarief. Ook deze omzetting werd door de wetgever onwenselijk geacht. Een dergelijke schuld valt daarom binnen de reikwijdte van art. 10a Wet VPB en leidt in beginsel tot niet-aftrekbare rentelasten.



3.3.4.4 Verwerving of uitbreiding van een belang

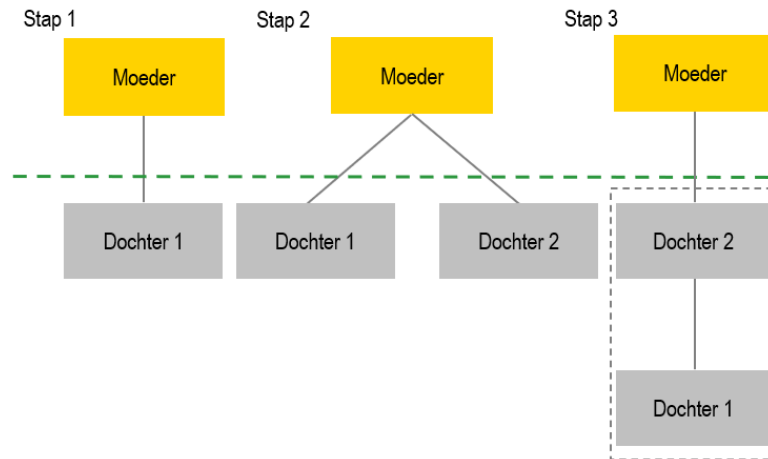
De laatste besmette rechtshandeling betreft “een verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan de Wet VPB is onderworpen of door een natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding wel met hem een verbonden lichaam vormt”.

Hierbij kunnen twee verschijningsvormen worden onderscheiden, te weten de interne verhangning en de externe acquisitie. De interne verhangning doet zich voor wanneer een vennootschap binnen een concern wordt verkocht, waarbij de koopsom schuldig wordt gebleven.

¹²⁵ Zoals nominaal kapitaal.

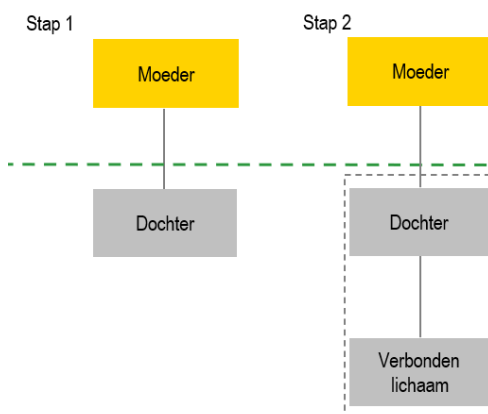
¹²⁶ Brandsma & Pancham, *WFR 2006/774*, par. 3.5.2.

Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin de moedervennootschap aanvankelijk een 100 procent belang heeft in de dochtervennootschap en vervolgens een nieuw dochtervennootschap opricht in het land van de andere dochter. Op dat moment bezit de moeder 100% aandelen in zowel dochtervennootschap 1 als 2. De moedervennootschap verkoopt vervolgens de aandelen van dochtervennootschap 1 aan dochtervennootschap 2 tegen schuldigerkenning. Als gevolg van deze rechtshandeling verkrijgt de moeder de rentebaten en dochtervennootschap 2 een aftrekrecht. Dochtervennootschappen 1 en 2 vormen vervolgens een fiscale eenheid op grond van art. 15 Wet VPB, waardoor de rentelasten tegen de winsten van de fiscale eenheid afgetrokken kunnen worden. In dit scenario wordt de renteaftrek bij dochtervennootschap 2 ongedaan gemaakt.



Bij een externe overname koopt een belastingplichtige aandelen van een niet-verbonden partij, en wordt na de verwerving verbonden met dit lichaam. In tegenstelling tot de interne verhangings, vindt bij een externe acquisitie, vanuit het oogpunt van het concern, een uitbreiding plaats. In beginsel liggen hierbij overwegend zakelijke beweegredenen ten grondslag. Bij de tegenbewijsregeling wordt hiermee rekening gehouden.

Bij een externe acquisitie richt een laag belastende moedervennootschap een Nederlandse dochtervennootschap op. Deze dochtervennootschap leent vervolgens een bedrag bij haar moedervennootschap om de aandelen van een niet-verbonden Nederlandse vennootschap te kopen. De aangekochte vennootschap en de dochtervennootschap gaan vervolgens een fiscale eenheid aan. De rentelasten van de dochtervennootschap zijn dan in Nederland aftrekbaar en belast tegen het lage tarief in het land van de moeder. De nettowinst wordt zodoende op concernniveau verhoogd. Ook in dit scenario wordt de renteaftrek ongedaan gemaakt.



3.3.5 Causaliteit tussen de rechtshandeling en de schuld

Ten derde vereist de toepassing van art. 10a Wet VPB een causaal verband tussen de (besmette) rechtshandeling en de schuld. Dit blijkt uit de term “rechtens dan wel in feite direct of indirect verband”.

Hierbij hoeft de schuld niet gelijktijdig met de rechtshandeling plaats te vinden. Het causale verband kan ook aanwezig worden geacht ingeval de rechtshandeling vóór de aanvang van de schuld heeft plaatsgevonden.¹²⁷ De verbondenheid wordt echter minder snel aangenomen naarmate de rechtshandeling en de aanvang van de schuld verder van elkaar af liggen.¹²⁸

3.4 Tegenbewijsregeling

3.4.1 Soorten tegenbewijsregelingen

Indien aan de hierboven genoemde vereiste wordt voldaan, is in beginsel de rente op de besmette lening niet aftrekbaar. In beginsel, omdat de belastingplichtige een tweetal tegenbewijsregelingen kan inroepen om de rente alsnog aftrekbaar te maken. De belastingplichtige kan dit aannemelijk maken wanneer aan zowel de rechtshandeling als de schuld overwegend zakelijke motieven ten grondslag liggen. In de literatuur staat dit bekend als de dubbele zakelijkheidstoets.¹²⁹ Naast de dubbele zakelijkheidstoets, wordt de renteaftrek ook niet beperkt als bij de crediteur een compenserende heffing van 10 procent is verschuldigd. Bij de compenserende heffing wordt de rente van de belastingplichtige, ondanks een compenserende heffing van minimaal 10 procent, toch in aftrek beperkt indien de inspecteur aannemelijk maakt dat er geen sprake is van zakelijke motieven óf dat de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of sprake is van andersoortige aanspraken. In de volgende deelparagrafen wordt nader ingegaan op de dubbele zakelijkheidstoets van art. 10a, derde lid, onderdeel a en de compenserende heffingstoets van onderdeel b.

3.4.2 Dubbele zakelijkheidstoets

De eerste tegenbewijsregeling, de dubbele zakelijkheidstoets, vereist dat de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de rechtshandelingen en de corresponderende schuld in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.¹³⁰ Deze wettelijke bepaling bevat de volgende elementen: “in overwegende mate” en “de zakelijkheid van de rechtshandeling en corresponderende schuld”. Eerst komt de term “in overwegende mate” aan bod. Vervolgens wordt ingegaan op respectievelijk de zakelijkheid van de rechtshandeling en de zakelijkheid van de corresponderende schuld.

3.4.2.1 In overwegende mate zakelijk en zakelijke overwegingen

Wat onder de term “in overwegende mate” valt, blijft een onderwerp ter discussie. Kok en De Vries¹³¹ stellen dat bij de gekozen financieringswijze de zakelijke of niet-fiscale motieven zwaarder moeten wegen dan de fiscale motieven. Het feit dat bij het aangaan van een lening ook onzakelijke fiscale overwegingen spelen, leidt in beginsel niet tot een belemmering voor de belastingplichtige. Marres¹³² voegt daaraan toe dat deze betekenis anders uitwerkt dan dat zakelijke overwegingen beslissend moeten zijn. Volgens Marres gaat het erom of de rechtshandelingen zonder de fiscale motieven ook

¹²⁷ Artikel 10a, tweede lid, Wet VPB.

¹²⁸ *Kamerstukken II 1995/96*, 24 696, nr. 3, p. 18.

¹²⁹ Marres 2020, paragraaf 5.12.4.

¹³⁰ Onder rechtshandelingen vallen winstuitdelingen, kapitaaltheruggave of kapitaalstortingen dan wel verwervingen of uitbreidingen belang.

¹³¹ Kok & De Vries, *WFR 2014/116*, paragraaf 8.

¹³² Marres 2020, paragraaf 5.3.7.3.

zouden plaatsvinden. Deze zienswijze komt echter niet overeen met de uitspraken van de HR. Marres erkent het verschil in zienswijze.¹³³

A-G Wattel beschrijft in zijn conclusie van 22 september 2014 dat zakelijke overwegingen zwaarder moeten wegen dan motieven die verband houden met de belastingvermindering. Een belastingverrijdelingseffect is volgens de A-G niet prohibitief, maar mag als motief niet meer dan een bijkomstigheid zijn.¹³⁴

Bij de interpretatie kan mijns inziens ook de wetsgeschiedenis in ogenschouw worden genomen. Art. 10a Wet VPB komt voort uit de winstdrainagejurisprudentie. Bij het motiefvereiste van *fraus legis* draait het om het doorslaggevendste belastingverrijdelingsmotief. Mijns inziens kan er een vergelijking worden gemaakt met de dubbele zakelijkheidstoets en het motiefvereiste. Uit de winstdrainagejurisprudentie volgt dat de belanghebbende ook andere (neven)motieven kan hebben voor zijn handelen, hierbij ging het niet om bijkomstige fiscale motieven. Mijns inziens bestaat er meer ruimte voor fiscale motieven dan dat A-G Wattel suggereert.

Uit deze visies blijkt dat de niet-fiscale beweegredenen de overhand moet hebben, echter ontbreekt het aan een eenduidige definitie. Dit komt niet ten goede aan de rechtszekerheid. A-G Wattel spreekt over een fiscale bijkomstigheid, terwijl bij de definitie van Kok en De Vries meer ruimte bestaat voor fiscale motieven. Ik sluit mij aan bij de zienswijze van Kok en De Vries.

Daarnaast moet de term “zakelijke overwegingen” worden gedefinieerd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat deze term aansluit bij de *fraus legis* jurisprudentie. In de parlementaire geschiedenis staat dat conform de *fraus legis*-rechtspraak, in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld indien bij de rechtshandeling in overwegende mate belastingbesparende beweegredenen ten grondslag liggen.¹³⁵ Bij de beoordeling van de zakelijkheidstoets worden fiscale overwegingen daarom buiten beschouwing gelaten. De term “zakelijke overwegingen” kan dus worden uitgelegd als “niet-belastingbesparende motieven”.

3.4.2.2 Zakelijkheid van de rechtshandeling

Vervolgens dient beoordeeld te worden of aan de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De staatssecretaris heeft enkele voorbeelden gegeven van rechtshandelingen waar in beginsel overwegende zakelijke overwegingen aan ten grondslag liggen. In beginsel, omdat de zakelijkheid van de rechtshandeling afhangt van de feiten en omstandigheden.

Aangenomen mag worden dat bij een externe overname sprake zal zijn van bedrijfseconomische beweegredenen. In gekunstelde situaties kan het daarentegen wel voorkomen dat de zakelijke beweegredenen ontbreken, waardoor de tegenbewijsregeling niet meer van toepassing kan zijn. Een voorbeeld hiervan is het Italiaanse Telecom-arrest, waarin de zakelijkheid van de rechtshandeling in kwestie was.¹³⁶ Het Zweedse concern had het voornemen om de aandelen van een Italiaanse vennootschap te verwerven. De acquisitievennootschap leende ter financiering een bedrag bij de Zweedse entiteit en kocht vervolgens de aandelen in. De HR oordeelde dat een concern de keuzevrijheid van financiering heeft, zelfs als fiscale motieven een rol spelen.

Een interne verhangingszaak doorstaat minder snel de zakelijkheidstoets, omdat bij een interne verhangingszaak de zeggenschap van de verhangingsvennootschap op concernniveau niet verandert. Daarnaast creëert de interne verhangingszaak een rentelast, die zonder de renteaftrekbeperking, de fiscale concernwinst

¹³³ Marres 2020, paragraaf 5.3.7.3.

¹³⁴ HR 22 september 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1846, Conclusie A-G Wattel.

¹³⁵ *Kamerstukken I* 1996/1997, 24 696, nr. 52b, p. 4.

¹³⁶ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350.

verlaagt. Bijvoorbeeld, als een buitenlandse aandeelhouder zijn aandelen tegen schuldigerkenning verkoopt aan een nieuwe in Nederland gevestigde vennootschap. De dochtervennootschappen gaan vervolgens een fiscale eenheid aan, waardoor de rentelasten tegen de fiscale eenheid winst in aftrek kunnen worden genomen. De interne verhangings is in dit voorbeeld niet gebaseerd op overwegend zakelijke motieven.

Het is ook goed denkbaar dat een schuldigerkenning dan wel een teruggaaf van kapitaal bij een reële bedrijfsopvolging zakelijk is. Uit het Besluit van de staatssecretaris blijkt dat wanneer sprake is van een reële bedrijfsopvolging én de schuldigerkenning gericht is op het financierbaar maken van de bedrijfsopvolging, de zakelijkheid van de schuld kan worden aangenomen. De beoordeling blijft afhankelijk van de individuele omstandigheden.¹³⁷

Naast de eerder genoemde rechtshandelingen worden ook kapitaalinjecties,¹³⁸ uitkoop van aandeelhouders,¹³⁹ consistente dividendbeleid¹⁴⁰ en actieve financieringsactiviteiten¹⁴¹ genoemd als mogelijke zakelijke motieven. De rechtshandeling “actieve financieringsactiviteiten” komt aan bod in het Spilfunctie-arrest.¹⁴²

3.4.2.3 Zakelijkheid schuldfinanciering

Bij de zakelijkheid van de schuld gaat het om de zakelijkheid van de financiering van de besmette rechtshandeling. In de praktijk is het vaak lastig om de zakelijkheid van een schuld aan te tonen, omdat een (informele) kapitaalstorting vaak tot de mogelijkheden behoort. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij externe acquisities. Een acquisitie kan immers bij voldoende vermogen gefinancierd worden door kapitaalstortingen. Daarbij zijn vergoedingen voor vreemd vermogen aftrekbaar, terwijl vergoedingen op kapitaalstortingen niet aftrekbaar zijn. Bovendien liggen bij dergelijke overnames vooral bedrijfseconomische redenen ten grondslag. De scheidslijn zakelijk versus onzakelijk is daarom niet eenduidig. De staatssecretaris heeft ter verduidelijking voorbeelden gegeven, waaronder bij paralleliteit.¹⁴³

Wanneer een belastingplichtige een lening aangaat met een verbonden partij voor een externe acquisitie, die op zijn beurt het bedrag heeft geleend van een niet-verbonden partij, valt deze lening in eerste instantie onder de reikwijdte van art. 10a Wet VPB. Dit rechtsgevolg is niet in strijd met het doel en de strekking van de wet, waardoor de renteaftrek toch bij paralleliteit wordt goedgekeurd. Dit principe komt onder andere naar voren in het Crédit Suisse-arrest.¹⁴⁴ Dit arrest toont aan dat indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat een schuld rechtens is verschuldigd aan een met hem verbonden lichaam, maar werkelijk is verschuldigd aan een onafhankelijke derde, dit voldoende is om aan te tonen dat aan schuld overwegend zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. In het desbetreffende arrest werd de zakelijkheid van de rechtshandeling en schuld aanwezig geacht. Uit de formulering van de HR was slechts één zakelijkheidstoets op te maken. De wetgever heeft daarom expliciet een dubbele toetsing opgenomen. De belastingplichtige moet zowel de zakelijkheid van de

¹³⁷ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, BNB 2006/90.

¹³⁸ Kapitaalstortingen kwalificeren doorgaans als besmette rechtshandelingen, maar zijn in sommige situaties toch zakelijk.

¹³⁹ *Kamerstukken I* 1996/1997, 24 696, nr. 8, p. 16-17.

¹⁴⁰ HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV1426, r.o. 4.2.3.1.

¹⁴¹ HR 17 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7653, r.o. 4.13.

¹⁴² HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330.

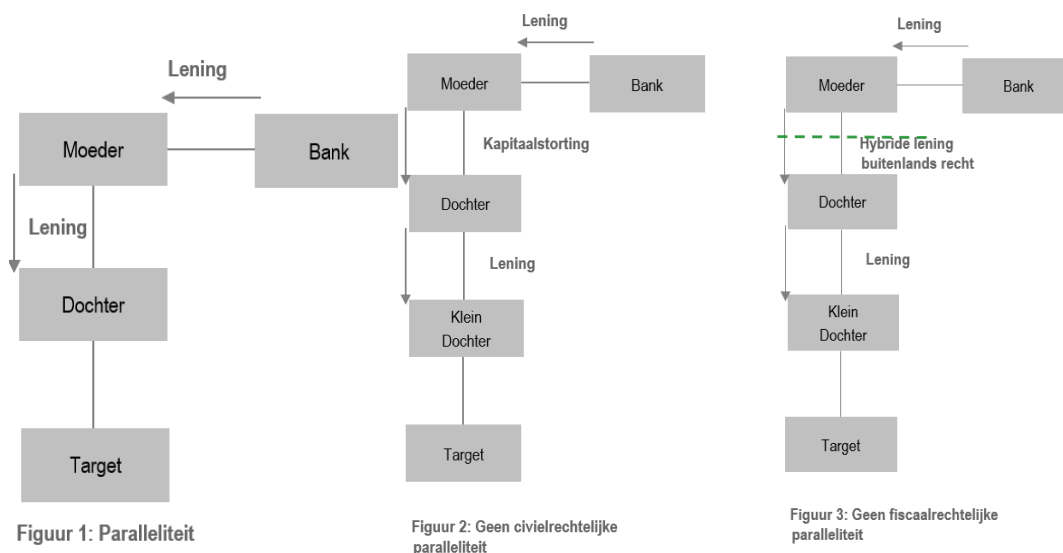
¹⁴³ Besluit Staatssecretaris van Financiën 25 maart 2013, nr. BLKB 2013/110M, paragraaf 4.2.2.

¹⁴⁴ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:639.

rechtshandeling als de zakelijkheid van de schuld aantonen, waarbij de (zware) bewijslast bij de belastingplichtige ligt.¹⁴⁵

Voor de toepassing moeten de voorwaarden op beide leningen parallel zijn, dit hangt af van de factoren looptijd, rentevergoeding, moment van aangaan, aflossingsschema en omvang van de leningen.¹⁴⁶ Het is opmerkelijk dat de factor “zekerheden” niet expliciet door de HR werd benoemd, maar met name de focus lijkt te leggen op de looptijd en aflossingen.¹⁴⁷ Daarnaast doet parallelle financiering zich alleen voor wanneer de in- en uitgaande leningen civiel- en fiscaalrechtelijk parallel zijn.¹⁴⁸ Dit is niet het geval als in een van de tussenschakels het ingeleende bedrag niet wordt uitgeleend, maar in plaats daarvan wordt aangewend als kapitaalstorting. De lening is in dit geval niet civielrechtelijk parallel. Fiscaalrechtelijke parallelle financiering is evenmin van toepassing als minstens één betrokken jurisdictie de leningen niet erkent als vreemd vermogen.

Het beleid betreffende de paralliteit is door HR 9 juli 2021¹⁴⁹ achterhaald, waardoor het besluit van 25 maart 2013 is ingetrokken en gereserveerd. Derhalve dient teruggevallen te worden op de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie. Mijns inziens zal dit in de praktijk niet tot andere uitkomsten leiden en zal paralliteit het middel bij uitstek blijven om het verband tussen een groepslening en een externe lening aan te tonen.



In het Mauritius-arrest heeft de HR geoordeeld dat de belastingplichtige de keuzenvrijheid heeft om met vreemd vermogen te financieren, zelfs als het concern over voldoende vermogen beschikt.¹⁵⁰ Dit gegeven hoeft niet de zakelijkheid van de lening aan te tasten. De keuzemogelijkheid die aan de belastingplichtige wordt geboden, impliceert dat de wetgever de potentiële fiscale overwegingen als legitiem beschouwt. In het geval van onzakelijke omleidingen wordt echter een uitzondering gemaakt. Wat onder de term “onzakelijke omleiding” wordt verstaan is in de literatuur niet volkomen duidelijk. In het besluit van 25 maart 2013 worden de volgende elementen genoemd: (i) de

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2017/18, 34 785, nr. 3, p. 6-7.

¹⁴⁶ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:640, r.o. 2.4.5.3.

¹⁴⁷ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:640, m.nt Marres, onderdeel 5.

¹⁴⁸ Besluit Staatssecretaris van Financiën 25 maart 2013, nr. BLKB 2013/110M, paragraaf 4.2.2.

¹⁴⁹ HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1102.

¹⁵⁰ HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2167, r.o. 3.1.3.

(verbonden) crediteur is gevestigd in een belastingparadijs,¹⁵¹ (ii) eigen vermogen is ingebracht door een groepsmaatschappij (iii) met als doel de financiering van een artikel 10a-transactie in Nederland.¹⁵²

De staatssecretaris heeft aangegeven dat het “onzakelijke omleiding” begrip ruimer is dan het bovenstaande elementen, maar slechts een indicatie vormt. Het betreft ook double-dip structuren en structuren met hybride vennootschappen.¹⁵³ Double-dip structuren verwijzen naar veelal complexe structuren waarin belastingplichtigen proberen te profiteren van dubbele belastingvoordelen of aftrekposten in meer dan één rechtsgebied. Bij hybride vennootschappen kan een mismatch worden gecreëerd door een verschil in belastingbehandeling tussen rechtsgebieden. Het ene rechtsgebied kan bijvoorbeeld de entiteit als transparant kwalificeren, terwijl een ander rechtsgebied de entiteit als niet-transparant kwalificeert. Deze structuren kunnen leiden tot meer fiscale voordelen.

In het Spilfunctie-arrest was geen sprake van een onzakelijke omleiding, omdat de financieringsmaatschappij zodanige financieringsactiviteiten uitvoerde dat het daarmee een financiële spilfunctie vervulde.¹⁵⁴ In paragraaf 4.3 wordt hier verder op ingegaan.

3.4.3 Compenserende heffing

De tweede tegenbewijsregeling in art. 10a, derde lid, onderdeel b Wet VPB staat bekend als de compenserende heffingstoets. Deze heffing spruit voort uit de winstdrainagearresten.¹⁵⁵ De compenserende heffing in de winstdrainagearresten hield in dat er geen sprake was van strijdigheid met doel en strekking van de wet als de debiteur kon aantonen dat over de rentebaten bij de crediteur een naar Nederlandse maatstaven een redelijke belasting over was verschuldigd.¹⁵⁶ Aan de term “redelijke belasting” wordt een effectief tarief van tenminste 10 procent gekoppeld.¹⁵⁷ De belastbare winst wordt berekend op basis van Nederlandse maatstaven. Bovendien kan de compenserende heffing zich ook voordoen in de vorm van een compenserende heffing bij een materiële crediteur.¹⁵⁸

Vóór 2007 konden belastingplichtigen relatief eenvoudig belastingvoordelen behalen. In Nederland gevestigde entiteiten stortten kapitaal in een 100% deelneming in Cyprus. Vervolgens leende de entiteit op Cyprus een bedrag uit aan de Nederlandse belastingplichtige. Effectief kon de rente afgetrokken worden tegen het Nederlandse tarief en de rentebaten in Cyprus belast worden tegen 10 procent. Om deze gekunstelde constructies tegen te gaan heeft de wetgever binnen de compenserende heffingsregeling een zakelijkheidstoets toegevoegd. Deze zakelijkheidstoets komt in grote maten overeen met de dubbele zakelijkheidstoets van art. 10a, onderdeel a, Wet VPB, echter bestaat tussen de twee zakelijkheidstoetsen een belangrijk verschil. Bij de compenserende heffing wordt de rente van de belastingplichtige, ondanks een compenserende heffing van minimaal 10 procent, toch in aftrek beperkt indien de inspecteur aannemelijk maakt dat er geen sprake is van

¹⁵¹ In het besluit wordt de term “belastingparadijs” niet gedefinieerd. Nederland sluit daarom aan bij de “Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden”. Deze regeling sluit aan bij de Europese zwarte lijst.

¹⁵² *Kamerstukken I 2006/07*, 30 572, nr. F, p. 4.

¹⁵³ Besluit Staatssecretaris van Financiën 25 maart 2013, nr. BLKB 2013/110M, paragraaf 4.2.3.

¹⁵⁴ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330.

¹⁵⁵ De HR oordeelde dat er geen sprake was van een strijd met doel en strekking van de wet wanneer de corresponderende baten bij de buitenlandse crediteur waren onderworpen tegen een naar Nederlands maatstaven redelijke belastingheffing.

¹⁵⁶ De bewijslast van de compenserende heffing rust in beginsel bij de belastingplichtige.

¹⁵⁷ De compenserende heffing uit de winstdrainagearresten is grotendeels overgenomen, dubbele zakelijkheidstoets uitgezonderd.

¹⁵⁸ Besluit Staatssecretaris van Financiën 25 maart 2013, nr. BLKB 2013/110M, paragraaf 4.3.4.

zakelijke motieven óf de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of sprake is van andersoortige aanspraken.¹⁵⁹ Bij gedeeltelijke verrekening kan de rente partieel worden afgetrokken.¹⁶⁰ Het is belangrijk om op te merken dat wanneer de belastingplichtige een redelijke heffing heeft aangetoond, de bewijslast binnen de compenserende heffingstoets verschuift naar de belastinginspecteur. In het kader van de dubbele zakelijkheidstoets van onderdeel a rust de bewijslast echter uitsluitend op de belastingplichtige.

3.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is de volgende deelvraag beantwoord: *Wat heeft geleid tot de invoering van art. 10a Wet VPB en wat is de werking van deze wettelijke bepaling bij de bestrijding van kunstmatige renteconstructies?* Verbonden partijen kunnen door (besmette) rechtshandelingen te verrichten, waarbij eigen vermogen wordt omgezet in vreemd vermogen, de rentelasten aftrekken in een land met een hoog belastingtarief en tegelijkertijd de rentebaten afzetten tegen een laag tarief. Over deze problematiek zijn diverse (winstdrainage)arresten geweest. Art. 10a Wet VPB heeft als doel om de Nederlandse belastingverrijdeling tegen te gaan en de belastinggrondslag te beschermen. Voor de toepassing van art. 10a Wet VPB gelden drie basisvereisten: (a) De belastingplichtige heeft rechtens dan wel in feite direct of indirect een schuld aan een verbonden lichaam of persoon; (b) de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon heeft een besmettelijke rechtshandeling verricht; (c) Het betreft een causaal verband tussen de schuld en de corresponderende rechtshandeling. Wanneer aan deze opeenvolgende voorwaarden is voldaan, wordt de rente in aftrek beperkt. Desalniettemin is het mogelijk voor de belastingplichtige om de rente alsnog in aftrek te brengen indien zij met succes een beroep doet op de tegenbewijsregeling zoals vastgelegd in art. 10a, derde lid, Wet VPB. De belastingplichtige kan dit bewijzen door middel van de dubbele zakelijkheidstoets of de compenserende heffingstoets. De rente kan bij een compenserende heffing alsnog in aftrek worden beperkt, indien de inspecteur aannemelijk maakt dat: (i) geen sprake is van zakelijke motieven; óf (ii) de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of sprake is van andersoortige aanspraken.¹⁶¹

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 2005/2006*, 30 572, nr. 8, p. 80-81. In deze gevallen wordt een redelijke heffing niet aanwezig geacht. De 10a-compenserende heffing is daardoor strenger dan de compenserende heffing vóór de implementatie.

¹⁶⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën 25 maart 2013, nr. BLKB 2013/110M.

¹⁶¹ Tegenbewijsregeling slaagt niet; art. 10a, eerste lid, Wet VPB wordt toegepast.

Hoofdstuk 4 De verhouding en wenselijkheid met betrekking tot art. 10a Wet VPB en het leerstuk fraus legis

4.1 Inleiding

In de afgelopen twee hoofdstukken stonden de regeling inzake winstdrainage en fraus legis centraal. Als reactie op de winstdrainage-arresten heeft de wetgever ter verduidelijking en rechtszekerheid de gedragslijn in art. 10a Wet VPB neergelegd. Fraus legis lijkt hierdoor naar de achtergrond te zijn verdwenen. De vraag die oprijst luidt: *Hoe verhoudt het fraus legis leerstuk zich tot art. 10a Wet VPB, en welk leerstuk(ken) is/zijn wenselijk bij de bestrijding van de Nederlandse grondslaguitholling?* Dit hoofdstuk vangt aan met de verhouding tussen de twee leerstukken, waarbij de nadruk ligt op de toepassing van fraus legis als aanvulling op art. 10a Wet VPB. Vervolgens wordt ingegaan op het Hunkemöller-, Retail-,¹⁶² Koffie-¹⁶³ en Spilfunctie-arrest. Bij de laatste drie arresten gaat het om de verhouding tussen de tegenbewijsregeling en fraus legis. In de literatuur worden verschillende mogelijke verklaringen gegeven voor de ogenschijnlijke spanning tussen deze arresten. In deze scriptie wordt geanalyseerd of tussen de arresten daadwerkelijk een spanning bestaat en tracht hier een verklaring voor te geven. In het tweede deel van dit hoofdstuk worden de leerstukken getoetst aan de in paragraaf 1.3 vermelde toetsingscriteria, waarna de resultaten worden afgewogen om de wenselijkheid van de leerstukken vast te stellen. De toetsing wordt gevolgd door een tussenconclusie.

4.2 De verhouding tussen fraus legis en art. 10a Wet VPB

Het fraus legis leerstuk lijkt door de codificering naar de achtergrond te zijn verdwenen, echter zijn recentelijk een aantal arresten geweest betreffende het fraus legis leerstuk bij renteaftrek.¹⁶⁴ Fraus legis lijkt hierdoor nog steeds springlevend te zijn. De vraag rijst in hoeverre fraus legis nog van belang is na de invoering van art. 10a Wet VPB.

Bij de Wet "Werken aan winst" heeft de staatssecretaris opgemerkt dat fraus legis niet wordt uitgesloten met betrekking tot renteaftrek, maar de toepassing ervan beperkt moet blijven tot uitzonderlijke belastingbesparende constructies.¹⁶⁵ De meeste (winstdrainage)situaties zullen namelijk veelal worden geraakt door een codificerend wetsartikel. Hierdoor zal fraus legis met betrekking tot renteaftrek niet vaak voorkomen.

Vervolgens rijst de vraag in welke uitzonderlijke gevallen sprake kan zijn van fraus legis. Uit de jurisprudentie blijkt dat fraus legis kan worden toegepast als aanvulling op art. 10a Wet VPB.¹⁶⁶ Daarin zijn twee smaken te onderscheiden, te weten fraus legis 10a Wet VPB en fraus legis Wet VPB. In HR 11 juli 2008¹⁶⁷ betrof het een casus waarbij het feitencomplex niet exact overeenkwam met een 10a-feitencomplex. In het desbetreffende arrest kon de rente op een lijfrenteverplichting niet in aftrek worden beperkt door art. 10a Wet VPB.¹⁶⁸ Destijds was de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB beperkt tot geldleningen. Door de geldlening om te zetten in een lijfrenteverplichting kon de belastingplichtige fiscale voordelen behalen. De HR oordeelde dat, wanneer het doorslaggevende motief van de lijfrenteverplichting is gelegen in de belastingverijdeling, de renteaftrek in strijd komt met doel en strekking van art. 10a Wet VPB. Ondanks dat art. 10a Wet VPB niet van toepassing werd

¹⁶² Het "Hans Anders-arrest".

¹⁶³ Het "Autobar-arrest".

¹⁶⁴ Bijvoorbeeld HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 45. De definitie van "uitzonderlijke situaties" is tot op heden onbekend, wat leidt tot rechtsonzekerheid.

¹⁶⁶ Wanneer geen sprake is van een 10a-transactie/schuld.

¹⁶⁷ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195.

¹⁶⁸ Tekst tot 2007.

geacht, was in casu toch sprake van *fraus legis* 10a Wet VPB.¹⁶⁹ Daarnaast kan de rente ook mogelijk in aftrek worden beperkt op grond van *fraus legis* Wet VPB.¹⁷⁰ In paragraaf 4.3.2 wordt deze mogelijkheid in het Hunkemöller-arrest bevestigd.¹⁷¹ De verhouding tussen de tegenbewijsregeling en *fraus legis* wordt in paragraaf 4.4 en 4.5 besproken.¹⁷²

Het bovenstaande behoeft wel een belangrijke kanttekening. Mijns inziens zou *fraus legis* in sommige situaties niet toegepast mogen worden.¹⁷³ De grens van dit leerstuk ligt daar waar de wetgever bepaalde toepassings- of ontgaansmogelijkheden uitdrukkelijk heeft aanvaard of geacht moet worden te hebben geaccepteerd.¹⁷⁴ De inwerkingtreding van art. 10a Wet VPB brengt echter niet met zich mee dat de wetgever andere onzakelijke situaties, die niet onder reikwijdte van de wettelijke bepaling vallen, heeft aanvaard. *Fraus legis* kan in dergelijke gevallen worden ingezet.

IJzerman¹⁷⁵ identificeert in totaal vier situaties waarin *fraus legis* niet kan worden toegepast:

1. Als de wetgever met opzet ruimte heeft gelaten voor ontgaansmogelijkheden;¹⁷⁶
2. Als de wetgever geen doelbewuste keuze heeft gemaakt, maar wel rekening heeft gehouden met een specifieke situatie en daarbij geen corrigerende maatregelen heeft genomen;¹⁷⁷
3. De ontgaansmogelijkheid inherent is aan de gekozen wetsystematiek;¹⁷⁸ en
4. Als de ontgaansmogelijkheid zo evident is dat de wetgever maatregelen had kunnen treffen.¹⁷⁹

4.3 Recente arresten

4.3.1 Verhoudingen leerstukken met betrekking tot recente arresten

Nu de algemene verhouding tussen *fraus legis* en art. 10a Wet VPB is besproken, komen in de volgende paragrafen de meest recente arresten aan bod. Bij het Hunkemöller-arrest¹⁸⁰ staat de verhouding tussen art. 10a Wet VPB en *fraus legis* centraal. In het Koffie-,¹⁸¹ Retail-¹⁸² en Spilfunctie-arrest¹⁸³ wordt de nadruk gelegd op de verhouding tussen de tegenbewijsregeling en *fraus legis*. Hafkenscheid¹⁸⁴ suggereert dat *fraus legis* nog steeds van toepassing kan zijn na een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling, terwijl De Vries en Chrispijn¹⁸⁵ dit uitsluiten.

¹⁶⁹ Bevestigd in HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073. Het stroomschema is weergegeven in paragraaf 4.6.6.

¹⁷⁰ Als art. 10a Wet VPB de rente niet in aftrek beperkt.

¹⁷¹ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152.

¹⁷² Winstdrainagebepaling in beginsel wel van toepassing.

¹⁷³ Zie de door IJzerman besproken situaties.

¹⁷⁴ Dit is in overeenstemming met Marres 2020, paragraaf 3.3.4.

¹⁷⁵ IJzerman 1991.

¹⁷⁶ HR 27 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4329, r.o. 4.2.

¹⁷⁷ HR 17 juni 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AW7648.

¹⁷⁸ HR 15 juli 1997, ECLI:NL:PHR:1997:AA2208, r.o. 4.2.

¹⁷⁹ HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5034, r.o. 3.4.

¹⁸⁰ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152.

¹⁸¹ HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1086.

¹⁸² HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1085.

¹⁸³ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330.

¹⁸⁴ Hafkenscheid, *WFR* 2023/214.

¹⁸⁵ De Vries & Chrispijn, *WFR* 2022/134, paragraaf 5.

4.3.2 Hunkemöller-arrest

In de Hunkemöller-zaak verwierf een viertal Franse private equity-fondsen, genaamd Fonds Communs de Placement à Risques (FCPR), een Nederlandse operationele groep via een externe acquisitie. Investeerders brachten in deze fondsen gezamenlijk vermogen in, dat vervolgens door een centrale beheerder werd geleid.¹⁸⁶ Deze FCPR's werden voor de Franse wet gekwalificeerd als transparante entiteiten, waardoor ze niet onderworpen waren aan de Franse winstbelasting en er geen compenserende heffing plaatsvond. Deze fondsen werden in Nederland gekwalificeerd als (non-transparante) open fondsen voor gemene rekening.

De fondsen hadden gezamenlijk een keten van drie Nederlandse houdsterlichamen opgezet, bestaande uit de moeder (belanghebbende), dochter en kleindochter. Deze vennootschappen vormden met elkaar een fiscale eenheid. De financiële middelen van de investeringsfondsen, die bij de fondsen beschikbaar waren als eigen vermogen, werden rechtstreeks door middel van converteerbare leningen ter beschikking gesteld aan de belanghebbende. Aldus werd het eigen vermogen omgezet in vreemd vermogen. Binnen de fiscale eenheid werden de bedragen gestort op de aandelen in de dochter, die op haar beurt geldleningen en kapitaal verstrekke aan de kleindochter.¹⁸⁷ De kleindochter nam de (Hunkemöller)groep over. De rentelasten van de belanghebbende zouden ter zake van de aandeelhoudersleningen verrekend kunnen worden met de winsten van de target, die aan de reeds bestaande fiscale eenheid was toegevoegd. De private-equitystructuur zou in de jaren daaropvolgend hebben geleid tot de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag.

Geen van de Franse fondsen bezat een belang van een derde of meer, waardoor niet aan het verbondenheidscriterium van art. 10a, vierde lid, Wet VPB werd voldaan.¹⁸⁸ In het geschiljaar was een materiële interpretatie van verbondenheid evenmin mogelijk. Hierdoor kon de renteaftrek niet door art. 10a Wet VPB worden beperkt.¹⁸⁹ Hof Amsterdam¹⁹⁰ en later de HR hadden, ondanks de zakelijke doeleinden van de externe acquisitie, getoetst aan *fraus legis*. De HR oordeelde dat er sprake was van *fraus legis* Wet VPB. Aan het motiefvereiste werd voldaan, omdat, afgezien van het fiscale gevolg, er economisch geen wezenlijk verschil bestond tussen enerzijds het verwerven van het belang door middel van enkel eigen vermogen en anderzijds door middel van het transformeren van eigen vermogen in vreemd vermogen.¹⁹¹ De vermogensposities van de FCPR's wijzigden niet.¹⁹² Ook werd aan het normvereiste voldaan, omdat op een willekeurige en voortdurende wijze de vennootschapsbelasting kon worden verijdeld.¹⁹³ De onnodige tussenstappen waren te herleiden naar de overwegende beweegredenen van belastingverijdeling. De renteaftrek op de converteerbare instrumenten ging daarom in tegen het doel en de strekking van de Wet VPB.

¹⁸⁶ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152, r.o. 4.2.3.

¹⁸⁷ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152, r.o. 2.5.

¹⁸⁸ De mogelijke structurering ter vermindering van verbondenheid kan verband houden met het toenmalige art. 10d Wet VPB, dat bovenmatige financiering bestreed. Bij verbondenheid zou mogelijk aan de dubbele zakelijkheidstoets zijn voldaan. Een externe overname zonder omleiding is ook geen transactie die door art. 10a Wet VPB wordt getroffen.

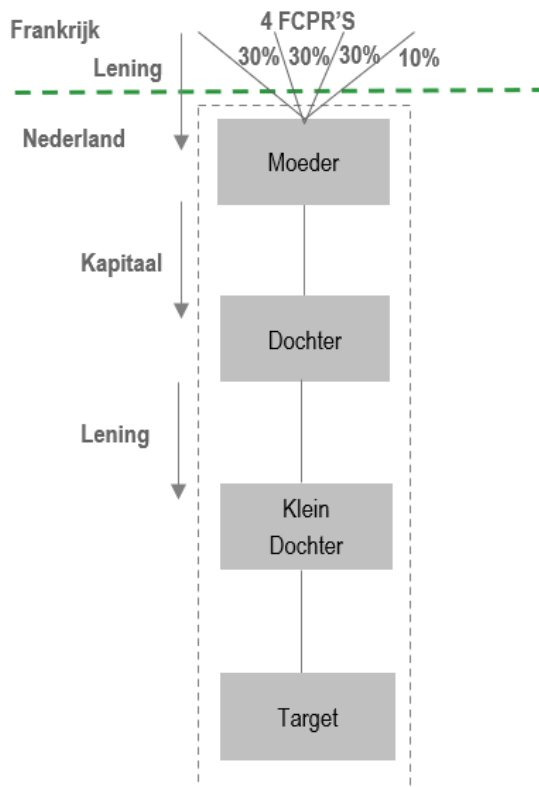
¹⁸⁹ De casus doet zich voor in boekjaar 2011-2012, dus vóór de uitbreiding van het verbondenheidscriterium.

¹⁹⁰ Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504, r.o. 4.22.20.

¹⁹¹ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152, r.o. 4.2.6. De meerwegenleer was van toepassing.

¹⁹² De desbetreffende schulden werden achtergesteld ten opzichte van andere schulden van de belanghebbende, wat mogelijk wijst op een nutteloze leenverhouding.

¹⁹³ HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152, r.o. 4.2.7-4.2.8.



4.3.3 Het Koffie-arrest

In het Koffie-arrest werden preferred equity certificates (PECs) aan de aandeelhouders van de Luxemburgse moederverenootschap uitgegeven om een externe acquisitie te faciliteren.¹⁹⁴ Voor de overname van A-groep had de Luxemburgse moederverenootschap een bedrag van 43 miljoen gestort op de aandelen van de belanghebbende en voor een bedrag van 635 miljoen als aandeelhouderslening verstrekt. Deze bedragen werden binnen de fiscale eenheid gestort en doorgeleend aan de kleindochter, waardoor de acquisitie mogelijk werd gemaakt.

De HR oordeelde dat de middelen weliswaar afkomstig waren van gelieerde partijen, maar de partijen niet verbonden waren op grond van art. 10a, vierde lid, Wet VPB. De begrippen “concern” en “groep” werden dus geïnterpreteerd als “verbonden lichamen”. Dit betekende dat de middelen voor de externe acquisitie niet onzakelijk werden omgeleid en dat het beroep op de tegenbewijsregeling slaagde.¹⁹⁵ De inspecteur had geen andere omstandigheden aangevoerd. De zakelijke gronden konden, ondanks het ontbreken van een onzakelijke omleiding, mogelijk nog steeds ontbreken.

Verwijzing moest volgen, omdat het Hof¹⁹⁶ ten onrechte het beroep van de inspecteur op *fraus legis* had verworpen. De inspecteur stelde dat de gecreëerde rente niet alleen in strijd was met doel en strekking van art. 10a Wet VPB, maar ook in strijd was met de Wet VPB. Hof Den Haag¹⁹⁷ heeft in navolging van het verwijzingsarrest geoordeeld dat belanghebbende in strijd met doel en strekking

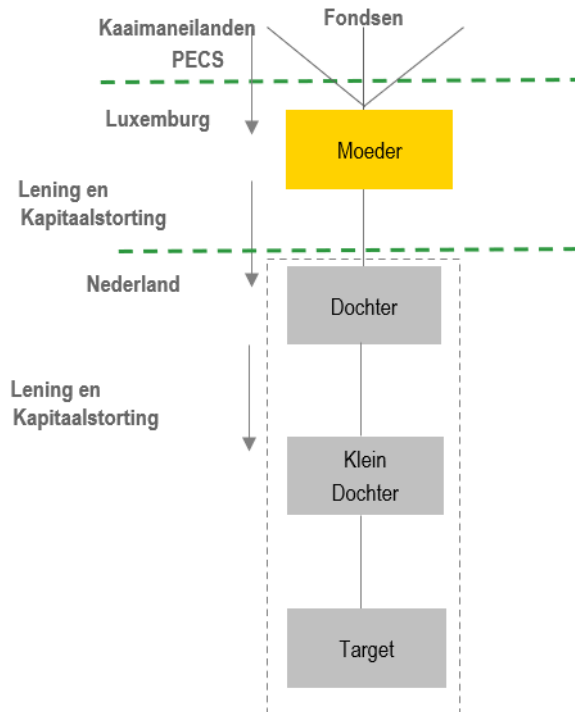
¹⁹⁴ HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1086.

¹⁹⁵ HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1086, r.o. 6.2.1. Omgeleid vanuit een niet-verbonden lichaam is geen 10a-onzakelijke omleiding.

¹⁹⁶ Hof Amsterdam 26 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1407.

¹⁹⁷ Hof Den Haag 30 augustus 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1820, r.o. 5.20. Voor zover de aandeelhouderslening is aangewend voor herfinanciering van bestaande schulden, kon de rente in aftrek worden gebracht.

van de Wet VPB heeft gehandeld.¹⁹⁸ Om tot deze beslissing te komen heeft Hof Den Haag¹⁹⁹ de Hunkemöller-elementen gebruikt. In tegenstelling tot het Hunkemöller-arrest betrof het Koffie-arrest een aanvullende Luxemburgse houdstermaatschappij. Dit bleek geen relevant verschil te zijn, hetgeen mijns inziens niet als een verrassing komt.²⁰⁰ De belanghebbende en de staatssecretaris zijn wederom in cassatie gegaan.²⁰¹



4.3.4 Het Retail-arrest

In het Retail-arrest bezat een Luxemburgse Sarl alle aandelen in de Nederlandse X bv, de belanghebbende. De belanghebbende, haar dochtermaatschappij en de biedingsvennootschap werden in het kader van de externe acquisitie van een Nederlandse retailketen opgericht. Ter financiering van deze aankoop gaf de Luxemburgse Sarl 57 miljoen euro aan PECS uit en leende dit bedrag vervolgens uit aan de belanghebbende. Binnen de fiscale eenheid werd het bedrag uitgeleend aan de biedingsvennootschap, wat uiteindelijk de externe acquisitie mogelijk maakte. Na de externe acquisitie werd de target opgenomen in de reeds bestaande fiscale eenheid.

De belanghebbende deed een beroep op de dubbele zakelijkheidstoets. Hof Den Haag²⁰² oordeelde echter dat er sprake was van een onzakelijke omleiding, omdat de aandeelhouders deel uitmaakten van een samenhangend fonds. Volgens deze redenering zouden de belanghebbende, moedervernootschap en de PEC-houders tot dezelfde groep gaan behoren. De HR oordeelde echter dat de financiële middelen, die belanghebbende had aangewend voor de aankoop, niet binnen concern onzakelijk werden omgeleid. Omdat het begrip “concern” niet werd gedefinieerd, moest worden aangesloten bij het verbondenheids criterium in art. 10a, vierde lid, Wet VPB.²⁰³ Dit

¹⁹⁸ Schending financieringsstructuur met doel en strekking Wet VPB.

¹⁹⁹ Middelen bijeenbrengen die bij de fondsen beschikbaar zijn als eigen vermogen, fondsen geleid door een centraal beheerder en target gevoegd in een fiscale eenheid.

²⁰⁰ Uitspraak Hof Den Haag wordt uitgewerkt in paragraaf 4.5.

²⁰¹ HR 1 maart 2024, ECLI:NL:PHR:2024:182. De Conclusie van A-G Wattel wordt in paragraaf 4.5.6 behandeld.

²⁰² Hof Den Haag 21 november 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2019.

²⁰³ HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1085, r.o. 4.5.4.

betekende dat de aandeelhouders - onder de toenmalige wetgeving - niet verbonden waren op grond van art. 10a, vierde lid, Wet VPB en hierdoor geen deel uitmaakten van hetzelfde concern. De belanghebbende had met deze standpunten een succesvol beroep gedaan op de tegenbewijsregeling.²⁰⁴

Het volgende geschilpunt was of hier sprake was van *fraus legis*. De belanghebbende had middels de tegenbewijsregeling gelijk gekregen. Echter, of zij uiteindelijk de rente in aftrek kon nemen bleef tot verkort nog onzeker. Hof Amsterdam heeft in juni 2023 geoordeeld dat een deel van de aandeelhouderslening niet aftrekbaar was door de onzakelijkheid van de lening. Voor het resterende gedeelte was sprake van *fraus legis* Wet VPB. Een geslaagd beroep op de tegenbewijsregeling lijkt volgens Hof Amsterdam dus niet aan *fraus legis* in de weg te staan.²⁰⁵

Hof Amsterdam kwam tot dit oordeel doordat in casu eigen vermogen was omgezet in vreemd vermogen. Door een fiscale eenheid aan te gaan, kon zonder de toepassing van *fraus legis*, de verschuldigde rentelast tegen het positieve resultaat van de fiscale eenheid worden afgezet. Dit zou de Nederlandse belastinggrondslag eroderen. Het Hof achtte de fiscaal doorslaggevende reden aannemelijk, omdat de tussenschakeling van de tussenhoudster louter fungeerde als doorgeefluik.²⁰⁶ Daarnaast verrichtte de Luxemburgse vennootschap geen spilfunctie-activiteiten en was er geen sprake van een compenserende heffing, waardoor de belanghebbende niet meer van *fraus legis* kon worden bevrijd.

De belanghebbende is wederom in cassatie gegaan en verwijst hierbij naar het nog te bespreken Spilfunctie-arrest.²⁰⁷ A-G Wattel²⁰⁸ constateert dat *fraus legis* een ruimer bereik heeft dan art. 10a Wet VPB, waardoor *fraus legis* toch van toepassing kan zijn.²⁰⁹ Deze benadering wordt in paragraaf 4.5.6 besproken.

²⁰⁴ In 2017 is de term “verbonden lichaam” uitgebreid met de samenwerkende groep. Een omleiding binnen een samenwerkende groep kan momenteel wél als onzakelijke omleiding worden gekwalificeerd. Indien geen sprake is van een onzakelijke omleiding, moet alsnog worden getoetst aan de zakelijkheid van de schuld.

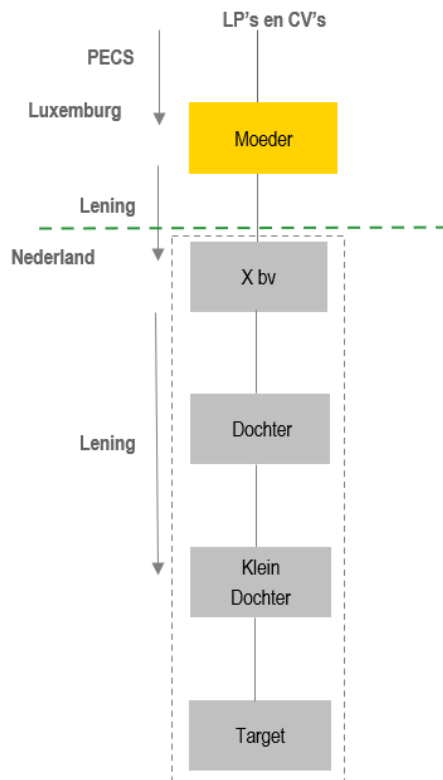
²⁰⁵ Hof Amsterdam 6 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1305, r.o. 6.3.

²⁰⁶ Hof Amsterdam 6 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1305, r.o. 5.8.2.

²⁰⁷ Zie paragraaf 4.3.5.

²⁰⁸ HR 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:85.

²⁰⁹ Bewijs niet-verbondenheid houdt niet in dat de omzetting bij CV en LP zakelijk is. Omzetting is één van de Hunkemöller-elementen. Overeenkomsten met het Bovag-arrest. Alleen is hier sprake van een synthetische tax haven.



4.3.5 Het Spilfunctie-arrest

In het Spilfunctie-arrest betrof het een Zweedse topholding die haar Italiaanse vennootschap van de beurs wilde halen. De belanghebbende, X bv, had van een verbonden Zweedse treasury-vennootschap ingeleend. Met deze middelen werd kapitaal ingebracht in een Italiaanse dochtervennootschap, die vervolgens een andere Italiaanse vennootschap van de beurs haalde. Dit was onvoldoende om alle aandelen op te kopen. De belanghebbende trok daarom een tweede lening aan. In het geschil was de aftrekbaarheid van de rente op beide leningen. De inspecteur beantwoordde deze vraag negatief, omdat de belanghebbende niet de zakelijkheid van de schuld had aangetoond.²¹⁰

De belanghebbende had ter verdediging een beroep gedaan op de dubbele zakelijkheidstoets. De HR oordeelde dat wanneer de treasury een actieve financiële spilfunctie vervult, er overwegend zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de schuld. De HR voegde hieraan toe dat de belanghebbende niet de herkomst van de door de crediteur uitgeleende middelen hoefde te verklaren; het gaat bij de spilfunctie om de financieringsactiviteiten. Het is in lijn met het vervullen van een financiële spilfunctie, dat dit lichaam middelen aantrekt van dergelijke groepsentiteiten en derde partijen, en deze vervolgens verstrekt aan andere groepsentiteiten.²¹¹ De spilfunctie moet hierbij wel over voldoende substance beschikken, in hoofdzaak financiële transacties uitvoeren en een actieve financieringsfunctie vervullen.²¹² Dit is niet het geval als de financiële spilfunctie louter fungeert als doorgeefluik.²¹³ De bewijslast rust bij de inspecteur. De treasury beschikte in casu over voldoende substance, waardoor de treasury niet als doorgeefluik fungeerde.

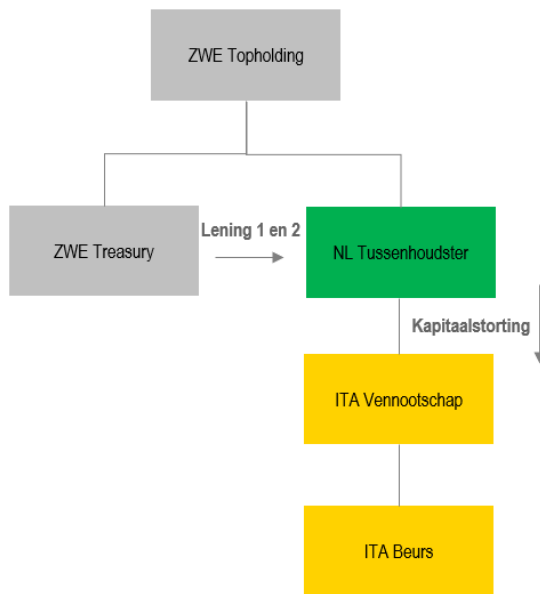
²¹⁰ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330, r.o. 2.3.2. Meer specifiek, geen onzakelijke omleiding.

²¹¹ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330, r.o. 3.3.5 en 3.3.6.

²¹² In- en uitlenen van gelden en beheren overtollige groepsmiddelen.

²¹³ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330, r.o. 3.3.8.

Het Hof oordeelde vervolgens dat de gekozen overnamestructuur in strijd was met doel en strekking van art. 10a Wet VPB. De HR verwierp dit standpunt en stelde dat wanneer de schuld en rechtshandeling zakelijk zijn, ter zake van dezelfde geldlening voldaan wordt aan het motiefvereiste.²¹⁴ De HR voegde daaraan toe dat de zakelijkheid van de financiering niet alleen geldt voor geldleningen die verband houden met externe leningen, maar ook geldt voor geldleningen die verband houden met besmette rechtshandelingen.²¹⁵



4.4 Spanning tegenbewijsregeling en fraus legis

In het Koffie-, Retail- en Spilfunctie-arrest heeft de HR belangrijke uitspraken gewezen over de verhouding tussen fraus legis en de tegenbewijsregeling. Hof Den Haag²¹⁶ heeft onlangs geoordeeld dat de rente in de onderhavige private-equitystructuur niet aftrekbaar is op grond van fraus legis. Dit suggereert dat na een geslaagd beroep op de dubbele zakelijkheidstoets, wellicht nog ruimte bestaat voor fraus legis. Deze werkwijze volgt ook uit het Retail-arrest. In dit arrest werd niet binnen art. 10a Wet VPB onzakelijk omgeleid, wél betrof het een fraus legis-feitencomplex. In het Spilfunctie-arrest lijkt de HR echter een andere lijn te volgen. Uit de laatste rechtsoverweging volgt dat als er aan de desbetreffende geldlening zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, niet aan het motiefvereiste kan worden voldaan. Dit zou een *safe haven* betekenen voor de belastingplichtige. De rechtsgevolgen uit het Koffie- en Retail-arrest lijken dus in tegenspraak te zijn met die van het Spilfunctie-arrest. De Vries²¹⁷ geeft vier mogelijke verklaringen voor de tegenstrijdigheid. Hafkenscheid²¹⁸ en Kreder, Lakchouch en Peeters²¹⁹ geven andersluidende verklaringen. De verklaringen voor deze vermeende tegenstrijdigheid worden eerst weergegeven, vervolgens worden deze verklaringen beoordeeld.

²¹⁴ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330, BNB 2023/61, r.o. 3.6.3.

²¹⁵ Van Strien, *NLF-W 2024/2*, paragraaf 3.3.

²¹⁶ Hof Den Haag 30 augustus 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1820 (Koffie-arrest).

²¹⁷ Kok & De Vries, *WFR 2023/151*.

²¹⁸ Hafkenscheid, *WFR 2023/214*.

²¹⁹ Kreder, Lakchouch en Peeters, *WFR 2023/213*.

4.5 Verklaringen tegenstrijdigheid

4.5.1 Verklaring 1: Verschil in omvang van de rechtsstrijd

De Vries suggereerde oorspronkelijk dat de ogenschijnlijke tegenstrijdigheid tussen de arresten mogelijk verklaard kon worden door het verschil in omvang van de rechtsstrijd.²²⁰ In het Koffie- en Retail-arrest leek de inspecteur zowel fraus legis 10a Wet VPB als fraus legis Wet VPB te hebben aangevoerd. Anderzijds leek de inspecteur in het Spilfunctie-arrest slechts fraus legis 10a Wet VPB te hebben aangevoerd. Echter, recente inzichten suggereren dat ook in het Spilfunctie-arrest een beroep is gedaan op fraus legis Wet VPB, waardoor deze verklaring als achterhaald kan worden beschouwd.²²¹

De “verschil-in-rechtsstrijd-verklaring” kan overigens nog wel relevant zijn. Hof Amsterdam²²² oordeelde in rechtsoverweging 5.19.8 dat het Koffie-arrest en het Spilfunctie-arrest juist verschillen in de verwijzingsopdracht, wat vaak voortkomt uit verschillen in rechtsstrijd.²²³ In rechtsoverweging 3.6.2 laatste volzin van het Spilfunctie-arrest gaat het volgens Hof Amsterdam namelijk om fraus legis 10a Wet VPB, terwijl bij het Koffie-arrest de casus over fraus legis Wet VPB gaat.²²⁴ Hof Amsterdam voegt daaraan toe dat het verschil in toetsing afhangt van de soort casus.²²⁵ Bij het Spilfunctie-arrest betrof het de vraag of er sprake was van een schuld bij een verbonden lichaam dat met een spilfunctie financieringsactiviteiten uitvoerde.²²⁶ Bij het Koffie-arrest betrof het een private-equity-overnamestructuur, waarbij geen sprake was van een onzakelijke omleiding binnen concern.²²⁷ Deze verschillende feiten leiden tot een andere toetsing, wat overeenkomt met de verklaring van Kreder, Lakchouch en Peeters²²⁸ in paragraaf 4.5.6. Het feitencomplex van het Retail- en Koffie-arrest ziet niet alleen op verbonden partijen (10a), maar ook op omzettingen buiten de verbonden partijen (fraus legis). In het Spilfunctie-arrest was slechts sprake van een 10a-feitencomplex.

Hof Amsterdam heeft dus een consistente benadering gevolgd waarbij alleen bij de toetsing aan de 10a-norm een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling het fraus legis leerstuk kan weigeren. Na een geslaagd beroep op de tegenbewijsregeling, kan een beroep op fraus legis Wet VPB mogelijk zijn.²²⁹ Deze verklaring is mijns inziens plausibel.

4.5.2 Verklaring 2: Omgaan HR

In het Spilfunctie-arrest lijkt de HR ook mogelijk stilzwijgend af te wijken van de uitspraken in het Koffie- en Retail-arrest. Den Ouden²³⁰ wijst op het impliciet herzien van eerdere beslissingen. Hij illustreert aan de hand van arresten dat de HR in het verleden regelmatig is omgegaan, zonder dit expliciet te benoemen. Dit zou in de onderhavige situatie ook het geval kunnen zijn. Redactie Vakstudie Nieuws²³¹ merkt op dat indien de belanghebbende de dubbele zakelijkheidstoets doorstaat, niet langer wordt toegekomen aan het motiefvereiste. De Redactie volgt dus de

²²⁰ Kok & De Vries, *WFR 2023/151*.

²²¹ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330, m.nt. R.J. de Vries, onderdeel 21. Fiscus heeft dit laten weten.

²²² Hof Amsterdam 6 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1305.

²²³ Dit is onlangs bevestigd bij Hof Den Haag 30 augustus 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1820.

²²⁴ Van Strien stelt dat de HR in het Spilfunctie-arrest zich heeft beperkt op fraus legis art. 10a Wet VPB. De openbare stukken zeggen niets over fraus legis Wet VPB. Van Strien, *NLF-W 2024/3*.

²²⁵ Hof Amsterdam 6 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1305, r.o. 5.19.8.

²²⁶ Het betrof een corporate met een reguliere investeringsstructuur, die over de hele wereld terug te vinden is.

²²⁷ De private-equitystructuur wordt zo gestructureerd dat de conversie van eigen in vreemd vermogen kan plaatsvinden. Dit wordt niet snel bij corporate-structuren gedaan.

²²⁸ Kreder, Lakchouch en Peeters, *WFR 2023/213*.

²²⁹ Afhankelijk van de Hunkemöller-elementen.

²³⁰ Den Ouden, *V-N 2022/56.0*.

²³¹ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330, *V-N 2023/12.8*.

bovenstaande verklaring. De werkwijze zoals uiteengezet in het Spilfunctie-arrest dient in dat geval gevolgd te worden.²³²

Gezien het korte tijdsbestek lijkt de benadering echter onwaarschijnlijk. Het Retail- en Koffie-arrest zijn in juni 2022 geweest, terwijl het Spilfunctie-arrest in maart 2023 is geweest. In het desbetreffende tijdsbestek heeft de HR geen vergelijkbaar arrest gewezen en heeft dit ook niet anderszins kenbaar gemaakt.²³³ Dit maakt de verklaring onwaarschijnlijk.²³⁴

Deze visie wordt ondersteund door de verwijzingsuitspraak van Hof Amsterdam.²³⁵ De vereisten van fraus legis zijn over de jaren heen verder ingekleurd, echter zijn zulke essentiële wijzigingen niet expliciet benoemd. De tweede verklaring lijkt mij hierdoor minder plausibel.

4.5.3 Verklaring 3: De strijdigheid met de Wet VPB zag uitsluitend op rechtshandeling buiten art. 10a Wet VPB

Kok en De Vries²³⁶ suggereren dat de strijdigheid met het doel en de strekking van de Wet VPB in het Koffie-arrest ook mogelijk alleen betrekking had op de (rechts)handelingen die buiten het bereik van art. 10a Wet VPB vielen. Deze verklaring lijkt geldig wanneer rechtsoverwegingen 4.5.1 en 4.5.2 van het Koffie-arrest samen worden beoordeeld. In rechtsoverweging 4.5.1 wordt de rente onderverdeeld in twee delen, te weten rente die gerelateerd is aan de besmette rechtshandelingen en de rente die niet gerelateerd is aan besmette rechtshandelingen. Oftewel, rechtshandelingen die binnen het toepassingsbereik van art. 10a Wet VPB vallen en rechtshandelingen die buiten het toepassingsbereik vallen. Voor de gevallen die buiten het toepassingsbereik vallen, geldt geen dubbele zakelijkheidstoets.²³⁷

In rechtsoverweging 4.5.2 wordt aangegeven dat de gecreëerde renteaftrek niet alleen in strijd is met doel en strekking van art. 10a Wet VPB, maar ook met die van de gehele Wet VPB. De renteaftrek moet daarom in zijn geheel worden geweigerd. De vraag rijst of de rechtshandelingen in hun totaliteit zorgen voor strijdigheid met de gehele Wet VPB, of dat alleen de niet-besmette rechtshandelingen zorgen voor strijdigheid. Marres en Van der Voort²³⁸ stellen dat alleen renten die betrekking hebben op de niet-besmette rechtshandelingen kunnen worden geweigerd op basis van fraus legis Wet VPB, omdat art. 10a Wet VPB en de tegenbewijsregeling niet van toepassing zijn op dergelijke handelingen. In het desbetreffende geval is geen sprake van tegenstrijdigheid tussen de arresten en kan bij een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling de renteaftrek niet meer worden beperkt door fraus legis.

Voor de weerlegging van deze verklaring leent een gedachte-experiment, hierbij wordt art. 10a Wet VPB weggedacht. De vraag rijst hoe het Koffie-arrest dan beoordeeld zou worden.²³⁹ Het Hunkemöller-arrest leent zich, vanwege de vergelijkbare elementen met het Koffie-arrest, het beste voor dit vraagstuk.²⁴⁰ In het Hunkemöller-arrest was sprake van fraus legis Wet VPB.²⁴¹ Aan het

²³² Nieuweboer, TFO 2023/188.2, paragraaf 3.4 betwijfelt deze werkwijze (geen tegenstrijdigheid).

²³³ Dit is in overeenstemming met Van Strien, *NLF-W 2024/3*, paragraaf 2.1.

²³⁴ De HR zou het verwijzingshof met een nutteloos vervolgonderzoek opzadelen in het geval dat fraus legis niet van toepassing zou kunnen zijn.

²³⁵ Hof Amsterdam 6 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1305, r.o. 5.19.10 en Van Lindonk, *NLF 2023/1417*.

²³⁶ Kok & De Vries, *WFR 2023/151*, paragraaf 5.1.

²³⁷ Zie ook Van Strien, *NLF-W 2024/3*, paragraaf 3.2.2.

²³⁸ Marres & van der Voort, 'Duidelijkheid en onduidelijkheid na nieuw arrest over artikel 10a Wet Vpb 1969', *KPMG* 7 maart 2023.

²³⁹ Dit houdt een fraus legis-toets in.

²⁴⁰ Bij het Koffie-arrest wordt in cassatie gegaan.

²⁴¹ Niet voldaan aan de art. 10a-basisvereisten.

motiefvereiste werd voldaan, omdat er economisch geen wezenlijk verschil bestond tussen enerzijds het verwerven van het belang door middel van eigen vermogen en anderzijds door middel van het transformeren van eigen vermogen in vreemd vermogen.²⁴² Aan het normvereiste werd voldaan, omdat de renteaftrek op de converteerbare lening in ging tegen het doel en de strekking van de Wet VPB.²⁴³ Ook wanneer de rechtshandeling besmet zou zijn, zou hier sprake zijn van *fraus legis*. Deze lijn dient mijns inziens ook gevolgd te worden in het Koffie-arrest. Het zou opmerkelijk zijn dat door de inwerkingtreding van art. 10a Wet VPB, de besmette rechtshandelingen niet meer in strijd zouden zijn met de Wet VPB.²⁴⁴ Hof Den Haag heeft geen aandacht besteed aan dit mogelijke onderscheid, wat de derde verklaring minder plausibel maakt.

4.5.4 Verklaring 4: Zelfs zonder onzakelijke omleiding kan sprake zijn van een onzakelijke schuld

Naast de eerder genoemde verklaringen presenteren Kok en De Vries een verklaring met betrekking tot de zakelijkheid van de schuld.²⁴⁵ In het Koffie-arrest heeft de HR geoordeeld dat aan een schuld in beginsel zakelijke motieven ten grondslag liggen, tenzij de middelen voor de externe acquisitie onzakelijk zijn omgeleid. Door het gebruik van de term “in beginsel” blijft er naast een onzakelijke omleiding een mogelijkheid om een onzakelijke schuldfinanciering aan te voeren, bijvoorbeeld door middel van de Hunkemöller-elementen.²⁴⁶

In het Koffie-arrest had de inspecteur geen andere omstandigheden aangevoerd, waardoor automatisch werd aangenomen dat sprake was van een zakelijke schuld. Hierdoor slaagde het beroep op de tegenbewijsregeling. Het betekende niet dat de rente aftrekbaar was; uiteindelijk werd de rente beperkt door *fraus legis*. Deze verklaring zou geen tegenstrijdigheid tussen de arresten inhouden.

Van Lindonk²⁴⁷ merkt op dat hoewel er in het Retail-arrest geen sprake was van een onzakelijke omleiding, er wel sprake was van een onzakelijke conversie van eigen vermogen naar vreemd vermogen door gebruikmaking van een hybride financiering. Zulke factoren zouden mogelijk kunnen spelen bij de dubbele zakelijkheidstoets.²⁴⁸

Kok en De Vries ontkrachten deze benadering op basis van drie argumenten:

1. De omzetting van eigen vermogen naar vreemd vermogen was één van de belangrijkste elementen in het Hunkemöller-arrest. Als dit als een relevante omstandigheid zou gaan kwalificeren bij de tegenbewijsregeling, zou het leerstuk van de onzakelijke omleiding aan betekenis verliezen.
2. De vorming van een fiscale eenheid tussen de overnemer en de targetvennootschap speelde een belangrijke rol, maar ook dit aspect lijkt geen belangrijke factor bij de dubbele zakelijkheidstoets. De oude bepaling inzake overnameholdingconstructies is namelijk geïntegreerd in art. 10a Wet VPB.²⁴⁹ Kok en De Vries geven daarom aan dat de wetgever de fiscale voordelen uit de vorming van de fiscale eenheid bewust heeft aanvaard bij degenen die voldoen aan de tegenbewijsregeling.

²⁴² HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152, r.o. 4.2.6.

²⁴³ In het Koffie-arrest betreft het een additionele Luxemburgse houdstermaatschappij. In Hof Den Haag 30 augustus 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1820 worden ook de Hunkemöller-elementen gebruikt.

²⁴⁴ Anders zou iets met een brede dekking overgegaan naar iets met een smalle dekking.

²⁴⁵ Kok & De Vries, *WFR 2023/151*, paragraaf 5.1.

²⁴⁶ HR juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1086, r.o. 6.2.2.

²⁴⁷ Van Lindonk, *NLF 2023/1417*.

²⁴⁸ Ook in het Koffie-arrest.

²⁴⁹ Externe acquisities zijn inbegrepen.

3. De compenserende heffing ontbrak in het Hunkemöller-arrest. Dit element is geen basisvereiste voor de toepassing van *fraus legis*, maar vormt een indicatie voor het normvereiste.²⁵⁰ De compenserende heffing wordt binnen de tegenbewijsregeling voornamelijk gebruikt als bewijslastverdelers.²⁵¹ Het ligt daarom niet voor de hand om hier veel waarde aan te hechten.

Ik volg de benadering van Kok en De Vries. Mijns inziens is het onzakelijk omleiding leerstuk essentieel bij de toepassing van de dubbele zakelijkheidstoets. Uit het Koffie-arrest en Retail-arrest blijkt dat wanneer geen sprake is van een onzakelijke omleiding, met succes een beroep kan worden gedaan op de tegenbewijsregeling. De omstandigheden die volledig buiten art. 10a Wet VPB liggen, blijken aan de hand van jurisprudentie niet maatgevend te zijn bij de dubbele zakelijkheidstoets.²⁵² Verklaring vier wordt daarom als niet plausibel beschouwd.

4.5.5 Verklaring Hafkenscheid

Hafkenscheid²⁵³ geeft aan dat de jarenlange 10a-arresten menig fiscalist heeft doen geloven dat art. 10a Wet VPB afdoende zou zijn bij de beoordeling van de renteaftrek. *Fraus legis* lijkt hierdoor naar de achtergrond te zijn verdwenen. Hafkenscheid acht deze ontwikkeling onterecht en ziet vanuit de wetsgeschiedenis ruimte voor de toepassing van *fraus legis*. Art. 10a Wet VPB fungeert volgens hem (hoofdzakelijk) als een uitbreiding van de *fraus legis* jurisprudentie (tot 1995), niet als uitputtende wettelijke bepaling.

Hafkenscheid's benadering om de verhouding tussen *fraus legis* Wet VPB en art. 10a Wet VPB te duiden bestaat uit twee delen. Eerst dient onderzocht te worden of de transactie wordt bestreken door de jurisprudentie vóór de implementatie van art. 10a Wet VPB. Daarna wordt beoordeeld of de renteaftrek kan worden beperkt door art. 10a Wet VPB.²⁵⁴ Deze stappen worden in WFR 2023/214 als volgt weergegeven:

Stappen	Relevante vragen	Antwoord	Antwoord	Antwoord
1	Valt de lening binnen het bereik van de Wet VPB zoals is gewezen in de winstdrainagearresten (1993-1995): * Is er sprake van een kunstmatige lening (incl. de uitbreiding ex Hunkemöller-arrest)? * Is er sprake van onbeperkte en willekeurige verijdeling (zie meerwegenleer)?	Ja	Nee	Nee
2	Valt de lening binnen het bereik van art. 10a Wet VPB? * Is er sprake van een besmette lening? * Rente bij ontvanger belast? * Is er sprake van een onzakelijke omleiding?		Ja	Nee
Uitkomst	Wordt de renteaftrek geweigerd?	Ja, op grond van het <i>fraus legis</i> leerstuk	Ja, op grond van art. 10a Wet VPB	Nee

Het Spilfunctie-arrest valt, voor zover Hafkenscheid uit de feiten kan halen, buiten het bereik van de *fraus legis* jurisprudentie. In dit arrest stond de vraag centraal of de lening onzakelijk was omgeleid en

²⁵⁰ Kok & De Vries, *WFR 2023/151*.

²⁵¹ De Vries, *WFR 2024/27* ziet ook een fiscaal-inhoudelijke betekenis.

²⁵² Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 10a Wet VPB 1969, aant. 16.4.2.

²⁵³ Hafkenscheid, *WFR 2023/214*.

²⁵⁴ Als vraag één bevestigend wordt beantwoord, wordt niet meer aan vraag twee toegekomen.

zodoende binnen de reikwijdte van art. 10a Wet VPB viel. De HR besliste dat van een onzakelijke omleiding geen sprake was, omdat de treasury-afdeling fungeerde als een actieve spilfunctiemaatschappij. Het Spilfunctie-arrest valt dus onder uitkomst drie, geen geweigerde renteaftrek.²⁵⁵

Het Hunkemöller-arrest zou volgens Hafkenscheid onder uitkomst één vallen. In dit arrest werd voldaan aan de voorwaarden van *fraus legis*.²⁵⁶ De HR heeft niet stilgestaan bij art. 10a Wet VPB, omdat in deze zaak geen verbondenheid werd vastgesteld.²⁵⁷ Het Retail-arrest zou ook binnen deze categorie vallen. Hof Amsterdam heeft geoordeeld dat er geen sprake was van een onzakelijke omleiding, waardoor geen sprake was van een beperking op grond van art. 10a Wet VPB. *Fraus legis* was wel van toepassing.²⁵⁸

Met het oog op de wetgeschiedenis zou het inderdaad logisch zijn om eerst te toetsen aan *fraus legis* en vervolgens te toetsen aan de uitbreidende wettelijke bepaling.²⁵⁹ Art. 10a Wet VPB spruit immers voort uit de richtige heffing en het *fraus legis* leerstuk. Kok en De Vries²⁶⁰ stellen echter dat deze werkwijze van Hafkenscheid voorbijgaat aan de werkwijze van de HR in het Spilfunctie-arrest.²⁶¹ In het Spilfunctie-arrest wordt eerst beoordeeld of de schuld binnen het bereik van art. 10a Wet VPB valt, gevolgd door de tegenbewijsregeling. Indien de tegenbewijsregeling van toepassing wordt verklaard, wordt het leerstuk van wetsontduiking beoordeeld.

Mijns inziens kan de benadering van Hafkenscheid niet gelijk worden uitgesloten. In het Spilfunctie-arrest draait het uitsluitend om een 10a-situatie.²⁶² Dit betekent dat volgens Hafkenscheid's benadering, de eerste stap negatief wordt beantwoord. Het Spilfunctie-arrest komt niet overeen met het Hunkemöller-arrest en de winstdrainage-arresten. Vervolgens wordt in de tweede stap van Hafkenscheid's benadering getoetst aan art. 10a Wet VPB. De tegenbewijsregeling is bij hem bepalend voor de renteaftrekbeperking. Uit rechtsoverweging 3.6.3 blijkt dat wanneer de belastingplichtige voldoet aan de tegenbewijsregeling, het motiefvereiste is uitgesloten. Dit sluit ook aan bij Hafkenscheid's benadering. Wanneer stap 1 ontkennend wordt beantwoord én met succes een beroep wordt gedaan op de tegenbewijsregeling, kan *fraus legis* 10a Wet VPB op basis van stap 1 niet meer van toepassing zijn.²⁶³ Rechtsoverweging 3.6.3 fungeert volgens Hafkenscheid dus als samenvatting.

De HR had, met het oog op rechtszekerheid, deze benadering wellicht beter kunnen verwoorden. De HR gaat echter alleen in op cassatiemiddelen die door de partijen zijn voorgesteld. In het Spilfunctie-arrest heeft de inspecteur niet ingebracht dat de feiten zonder art. 10a Wet VPB ook al zou kwalificeren als *fraus legis*. Dit kan ertoe hebben geleid dat in deze zaak niet is stilgestaan bij de eerste stap van Hafkenscheid's benadering.

²⁵⁵ Hafkenscheid, *FED 2023/91*, onderdeel 14 en 15. In dit artikel bespreekt hij vier soorten leningen. Hier sprake van een vennootschappelijke-lening.

²⁵⁶ Meerwegenleer was van toepassing.

²⁵⁷ De tweede vraag speelt pas als de eerste vraag negatief wordt beantwoord.

²⁵⁸ Het Koffie-arrest valt ook binnen deze categorie.

²⁵⁹ Dit sluit niet aan bij de volgorde van de rechtsvindingsmethoden in paragraaf 2.2. Eerst dient de grammaticale interpretatie gevolgd te worden. Daarna eventueel de wetshistorische interpretatie.

²⁶⁰ Kok & De Vries, *WFR 2023/151*.

²⁶¹ HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330, r.o. 3.3.1, 3.3.3 en 3.6.3.

²⁶² In dit arrest stond de vraag centraal of de lening onzakelijk was omgeleid en zodoende binnen de reikwijdte van art. 10a Wet VPB viel. Het betrof verbonden partijen.

²⁶³ Wel *fraus legis* Wet VPB.

Ondanks dat de verklaring van Hafkenscheid op meerdere fronten te verdedigen valt, lijkt deze benadering mijns inziens niet gevolgd te worden. Vanuit praktisch perspectief is het logischer om in eerste instantie te toetsen aan de codificering van *fraus legis*. Wettelijke bepalingen bieden door hun specifieke richtlijnen meer duidelijkheid en (rechts)zekerheid over de te volgen regels. *Fraus legis* hangt af van rechterlijke interpretatie. Bovendien leidt de toetsing aan een specifieke wettelijke bepaling doorgaans tot voorspelbare en efficiëntere resultaten.²⁶⁴ Partijen kunnen hun gedrag aanpassen aan de expliciete regels, waardoor de uitkomsten van geschillen beter te voorzien zijn. Verder fungeert *fraus legis* als laatste redmiddel wanneer de wettelijke bepaling geen oplossing biedt. Vanuit deze context ligt het ook voor de hand om eerst aan de wettelijke bepaling te toetsen.²⁶⁵

Tot slot beweert Hafkenscheid²⁶⁶ dat de leningen in het Koffie-arrest kwalificeren als *fraus legis*-leningen en niet als 10a-leningen. Kok en De Vries²⁶⁷ merken hierbij terecht op dat deze arresten wel werden geregeerd door de dubbele zakelijkheidstoets. Als de benadering van Hafkenscheid zou worden gevolgd, zou de HR minder aandacht hebben besteed aan de dubbele zakelijkheidstoets. De benadering van Hafkenscheid acht ik daarom niet plausibel.

4.5.6 Verklaring Kreder, Lakchouch en Peeters

De verklaring van Kreder, Lakchouch en Peeters²⁶⁸ is gebaseerd op het verschil in feiten, omstandigheden en beweegredenen. De auteurs spreken over twee soorten feitencomplexen, te weten het feitencomplex voor art. 10a Wet VPB en het feitencomplex voor *fraus legis*. Een feitencomplex voor *fraus legis* betekent in dit artikel dat ondanks de toepassing van de tegenbewijsregeling, omstandigheden en feiten buiten art. 10a Wet VPB *fraus legis* kunnen creëren.²⁶⁹ De 10a- en *fraus legis*-feitencomplexen kunnen door additionele factoren van elkaar verschillen.

De auteurs geven aan dat bij de tegenbewijsregeling in het Koffie- en Retail-arrest het 10a-concern centraal staat. Dit betekent dat bij de toetsing aan art. 10a Wet VPB alleen de motieven van de verbonden lichamen in ogenschouw worden genomen. Deze beperking geldt niet bij *fraus legis*. Uit het Hunkemöller-arrest volgt dat de motieven, feiten en beweegredenen van alle betrokken partijen relevant zijn. De verruiming in reikwijdte leidt tot de hierna beschreven benadering.

Wanneer het feitencomplex van art. 10a Wet VPB *beperker* is ten opzichte van het feitencomplex van *fraus legis* én de belastingplichtige slaagt voor de dubbele zakelijkheidstoets, dan is *fraus legis* niet uit te sluiten. Extra elementen, zoals omzetting van eigen vermogen naar vreemd vermogen, geen wezenlijke wijziging in de vermogenspositie en het aangaan van een fiscale eenheid, kunnen leiden tot de toepassing van *fraus legis*.²⁷⁰

Wanneer het feitencomplex *exact gelijk* aan elkaar is én de belastingplichtige slaagt voor de dubbele zakelijkheidstoets, dan is *fraus legis* inzake art. 10a Wet VPB niet meer aan de orde. *Fraus legis* Wet VPB lijkt dan ook niet aan de orde. Het Spilfunctie-arrest wordt aangehaald als voorbeeld, waarin

²⁶⁴ Het kan de juridische procedure versnellen.

²⁶⁵ De HR's benadering is wel risicovol. Bij deze benadering kan over het hoofd worden gezien dat art. 10a Wet VPB deels een overlapping met *fraus legis* is, deels uitbreidt, maar deels ook minder regelt dan *fraus legis*.

²⁶⁶ Hafkenscheid, *FED 2023/91*.

²⁶⁷ Kok & De Vries, *WFR 2023/215*.

²⁶⁸ Kreder, Lakchouch en Peeters, *WFR 2023/213*.

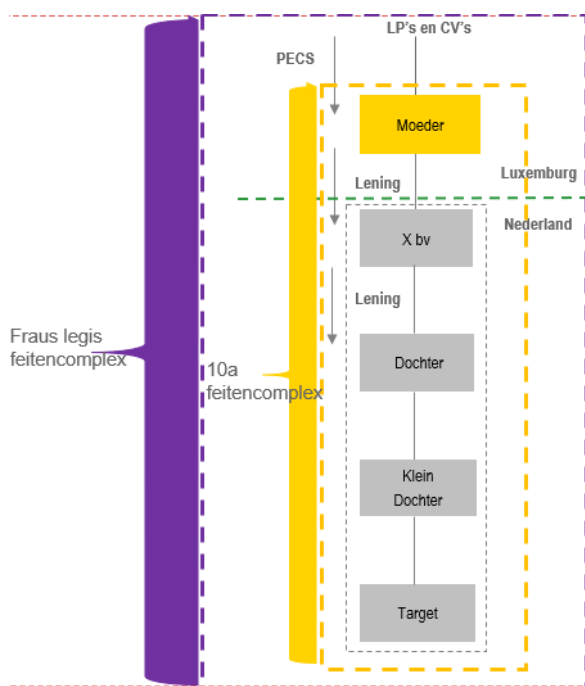
²⁶⁹ Omkating van eigen vermogen naar vreemd vermogen, geen wezenlijke wijziging in de vermogensposities en het aangaan van een fiscale eenheid. Een casus heeft altijd maar één feitencomplex.

²⁷⁰ Kok en De Vries, *WFR 2023/215*, onderdeel 1.

geen additionele fraus legis-elementen aanwezig waren;²⁷¹ het betrof in dat arrest enkel een 10a-feitencomplex.²⁷²

Kreder, Lakchouch en Peeters kunnen de uitspraak van Hof Amsterdam²⁷³ binnen deze benadering volgen. Binnen het 10a-concern heeft Hof Amsterdam het feitencomplex van de verbonden lichamen gewogen. Hof Amsterdam heeft geoordeeld dat er geen sprake was van een onzakelijke omleiding en dat aan de schuld daarom in beginsel zakelijke overwegingen ten grondslag lagen. Andere motieven voor de zakelijkheidstoets werden niet geconstateerd. Hierna verwees Hof Amsterdam naar het Hunkemöller-arrest en beoordeelde de Hunkemöller-elementen. In dit arrest werden motieven aangevoerd die buiten het feitencomplex van art. 10a Wet VPB vielen.²⁷⁴ Hof Amsterdam achtte de toepassing van fraus legis Wet VPB, ondanks een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling, door de additionele elementen toch mogelijk.

Grafisch kan de benadering van Kreder, Lakchouch en Peeters bij Hof Amsterdam als volgt worden weergegeven:



Kok en De Vries²⁷⁵ zijn het niet eens met deze enigszins verwarrende benadering.²⁷⁶ Zij stellen dat de benadering niet in overeenstemming is met rechtsoverweging 3.6.3 in het Spilfunctie-arrest. De HR heeft juist uitdrukkelijk overwogen dat als aan de tegenbewijsregeling wordt voldaan, de toepassing van fraus legis is uitgesloten.

Volgens Kok en De Vries had de HR een minder stellige bewoording gebruikt, wanneer deze benadering de juiste benadering zou zijn geweest. Ik sluit mij deels aan bij de opvatting van Kok en De Vries. Uitgaande van rechtsoverweging 3.6.3 in het Spilfunctie-arrest, heeft de HR mijns inziens een welbewogen rechtsoverweging geformuleerd. De HR had voor de benadering van de auteurs een minder stellige bewoording moeten gebruiken, ondanks dat in het Spilfunctie-arrest slechts sprake

²⁷¹ Zie het Hunkemöller-arrest.

²⁷² Alle betrokkenen waren verbonden en de financieringsvorm was zakelijk.

²⁷³ Hof Amsterdam 6 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1305.

²⁷⁴ Bijvoorbeeld wijziging vermogenspositie.

²⁷⁵ Kok & De Vries, *WFR* 2023/215.

²⁷⁶ Een casus heeft slechts één feitencomplex.

was van een 10a-feitencomplex en dus ook geen sprake was van een bijzondere omstandigheid. Mijns inziens had de HR voor de benadering van de auteurs moeten aangeven dat *fraus legis* in bijzondere omstandigheden toch kan worden toegepast. Vervolgens zou de HR moeten benadrukken dat in de onderhavige casus geen sprake was van een dergelijke bijzondere omstandigheid, waardoor *fraus legis* door de feiten en omstandigheden uitgesloten zou zijn. De HR heeft deze tussenstappen niet geformuleerd, wat de benadering minder plausibel maakt.

Bij deze benadering kan ook een gedachte-experiment worden uitgevoerd. Kreder, Lakchouch en Peeters stellen dat door additionele elementen een feitencomplex van *fraus legis* breder kan zijn dan een feitencomplex van art. 10a Wet VPB. In dit geval leidt de tegenbewijsregeling, volgens deze benadering, niet tot een *safe haven* en bestaat er nog ruimte voor *fraus legis*. Echter, zij hebben niet vermeld dat in gevallen waarin verliezen verrekend worden, in algemene zin geen sprake kan zijn van *fraus legis*.²⁷⁷ Dit betekent dat ondanks de bredere reikwijdte van het feitencomplex, de belastingplichtige nog steeds buiten de grenzen van *fraus legis* kan vallen. Als de auteurs van mening waren dat de verliesverrekening niet in de weg zou staan, hadden zij dit in hun artikel moeten opnemen.

Mijns inziens zou de benadering nog steeds kunnen kloppen; het artikel vereist wel de bovenstaande toevoegingen. A-G Wattel²⁷⁸ heeft in zijn conclusies aangegeven dat in het Retail- en Koffie-arrest geen sprake was van verbondenheid tussen de vermogensomzetter en de rentedebiteur, maar dat de onzakelijke omzetting buiten het concern nog steeds *fraus legis* Wet VPB kon veroorzaken. Oftewel, art. 10a Wet VPB is niet van toepassing, zodat teruggevallen moet worden bij de pre-art.-10a-rechtspraak.²⁷⁹ In het Spilfunctie-arrest was sprake van verbondenheid én was de financieringsstructuur zakelijk door de financiële spilfunctie. In het laatste geval was geen sprake van additionele *fraus legis*-elementen.²⁸⁰ De additionele Hunkemöller-elementen kunnen dus het verschil in rechtsgevolg verklaren.

4.5.7 Meest plausibele verklaring en recent arrest

Mijn visie sluit aan bij dat van Hof Amsterdam²⁸¹ en Hof Den Haag.²⁸² Beide gerechtshoven hebben geoordeeld dat de tegenstrijdigheid tussen het Koffie-arrest en het Spilfunctie-arrest kan worden verklaard door het verschil in verwijzingsopdracht. De gerechtshoven geven aan dat bij de toetsing aan de 10a-norm, een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling het *fraus legis* leerstuk niet uitsluit. De additionele Hunkemöller-elementen kunnen mogelijk tot de toepassing van *fraus legis* Wet VPB leiden.²⁸³ Er bestaat dus een wisselwerking tussen art. 10a Wet VPB en *fraus legis*.

HR 22 maart 2024²⁸⁴ behandelde deze wisselwerking. In deze casus - waarin geen verbondenheid bestond met de geldverstrekker en geen sprake was van *fraus legis* 10a²⁸⁵ - werd weliswaar vennootschapsbelasting bespaard, maar was er geen sprake van winstdrainage. Als *fraus legis* Wet VPB zou worden toegepast, zou een grotere betekenis worden toegekend aan het doel en de strekking van de Wet VPB dan aan die van art. 10a Wet VPB. Deze verregaande betekenis werd als

²⁷⁷ HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682. Wel een compenserende heffing vereist.

²⁷⁸ HR 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:85 en HR 1 maart 2024, ECLI:NL:PHR:2024:182.

²⁷⁹ Volgens A-G Wattel heeft Hof Den Haag in het Koffie-arrest de Hunkemöller-elementen goed opgevolgd.

²⁸⁰ De belanghebbenden hadden in het Koffie- en Retail-arrest niet de zakelijkheid van de omzetting aannemelijk gemaakt.

²⁸¹ Hof Amsterdam 6 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1305.

²⁸² Hof Den Haag 30 augustus 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1820.

²⁸³ Van Strien stelt dat dit kan voorkomen bij meerwegenleerachtige situaties. Van Strien, *NLF-W 2024/3*, paragraaf 3.4.1. Dit sluit aan bij Kreder, Lakchouch en Peeters.

²⁸⁴ HR 22 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:469, r.o. 4.6.4-4.8. Fonds twee, drie en vier.

²⁸⁵ Geen samenstel van rechtshandelingen ter verijdeling verbondenheid.

ongepast beschouwd, aangezien er geen sprake was van uitzonderlijke belastingbesparing. Fraus legis Wet VPB werd hierdoor niet toegepast.²⁸⁶

De HR benadrukte verder dat de rechtsregel in het Spilfunctie-arrest enkel geldt als: (i) de situatie onder art. 10a Wet VPB valt; (ii) de verbonden verstrekker een financiële functie vervult, en (iii) de leningverstrekker niet louter als doorgeefluik fungeert. Alleen onder deze voorwaarden liggen bij het aangaan van de schuld in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag en wordt fraus legis met betrekking tot diezelfde schuld uitgesloten.²⁸⁷

4.6 De wenselijkheid van fraus legis en art. 10a Wet VPB

4.6.1 Inleiding

Nu de wisselwerking tussen fraus legis en art. 10a Wet VPB is behandeld, resteert de vraag of beiden wenselijk zijn bij de bestrijding van de Nederlandse grondslaguitholling, of dat één van beide volstaat. De wenselijkheid wordt getoetst aan de hand van de volgende toetsingscriteria: het rechtzekerheidsbeginsel, doeltreffendheidsbeginsel, doelmatigheidsbeginsel en uitvoerbaarheid.²⁸⁸ De resultaten die voortvloeien uit deze toetsing worden tegen elkaar afgewogen.

4.6.2 Het rechtzekerheidsbeginsel

Het rechtzekerheidsbeginsel vereist dat belastingplichtigen voldoende zekerheid krijgen om hun rechtsgevolgen te kunnen overzien. In paragraaf 2.5 is de verhouding tussen fraus legis en het rechtzekerheidsbeginsel besproken. Deze paragraaf laat zien dat diverse elementen bijdragen aan de toepassing van fraus legis.²⁸⁹ Onzekerheid blijft bestaan over het gewicht van deze elementen, waardoor belastingplichtigen niet weten of de rechtshandeling onder het toepassingsbereik van fraus legis valt. Recente uitspraken geven aan welke elementen belangrijk zijn bij de toepassing van dit leerstuk. Hof Den Haag²⁹⁰ verwijst bijvoorbeeld naar de elementen in het Hunkemöller-arrest. Deze (consistente) benadering bevordert de rechtzekerheid. Bovendien wordt de inbreuk op het rechtzekerheidsbeginsel beperkt tot belastingplichtigen bij wie het denkbaar is dat fraus legis kan worden toegepast. Aangezien fraus legis momenteel een bijzonder leerstuk betreft, lijkt de inbreuk op het rechtzekerheidsbeginsel daarom beperkt.²⁹¹

Fraus legis maakt dus in beginsel een inbreuk op het rechtzekerheidsbeginsel. Om deze reden heeft de wetgever de winstdrainagearresten tot 1997 vastgelegd in art. 10a Wet VPB.²⁹² Hoewel dit de rechtzekerheid mogelijk bevorderde, bestaat bij de toepassing van art. 10a Wet VPB onzekerheid bij de interpretatie van de tegenbewijsregeling. In paragraaf 3.4.1.1 is stilgestaan bij de term “in overwegende mate zakelijk”. Uit de verschillende visies blijkt dat de niet-fiscale beweegredenen de overhand moet hebben. Echter, het ontbreekt aan een eenduidige definitie. Tevens heeft de wetgever de term “onzakelijke omleiding” niet volkomen duidelijk gemaakt.²⁹³ Mijns inziens schiet de wetgever tekort met de voorbeelden die in de parlementaire behandeling zijn gepresenteerd. In het licht van de parlementaire geschiedenis en de twee meest recente art. 10a-beleidsbesluiten lijkt een fiscaal voordeel vereist te zijn.²⁹⁴ De fiscus neemt echter het standpunt in dat voor een onzakelijke omleiding

²⁸⁶ Leerstuk is niet uitgesloten.

²⁸⁷ Beperkte uitleg Spilfunctie-arrest.

²⁸⁸ *Kamerstukken II 1990-1991, 22 028, nr. 2, p. 8.*

²⁸⁹ Bijvoorbeeld geen wijziging in de vermogenspositie, lening verstrekt voor uitsluitend fiscale doeleinden, willekeurige en voortdurende belastingverrijdeling en het bij elkaar brengen van rentekosten en winsten.

²⁹⁰ Hof Den Haag 30 augustus 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1820.

²⁹¹ De grens van ongeoorloofde belastingbesparing moet zijn overschreden.

²⁹² Rechtzekerheid bevorderen was het doel. Zie *Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr 3, p. 11.*

²⁹³ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 10a Wet VPB 1969, aant. 16.5.2.

²⁹⁴ De Vries, *WFR 2024/27*, paragraaf 1. Besluit van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M.

een fiscaal voordeel niet vereist is. Het is eveneens onduidelijk of buitenlandse fiscale beweegredenen als onzakelijk hebben te gelden. De algemene strekking van art. 10a Wet VPB is het beschermen van de Nederlandse belastinggrondslag.²⁹⁵ Hieruit kan men afleiden dat buitenlandse fiscale beweegredenen in beginsel als zakelijk dienen te gelden. Deze benadering is echter nog niet door de rechter bevestigd. Tenslotte rijst de vraag of de afwezigheid van een onzakelijke omleiding de belastingplichtige altijd kan beschermen tegen de toepassing van art. 10a Wet VPB. De rechterlijke zienswijze is op dit vlak tot dusver onbekend.

Het doel van de tegenbewijsregeling lijkt ook enigszins tegenstrijdig met het rechtszekerheidsbeginsel. Rechtszekerheid wordt bevorderd met duidelijke wetgeving, echter tracht de tegenbewijsregeling, met zijn casuïstische aard, juist flexibiliteit te bieden. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zakelijkheid van de kapitaalstorting, waarbij een gebrek aan duidelijke richtsnoeren ten aanzien van financieringsverhoudingen leidt tot onduidelijkheid.

Bij de compenserende heffingstoets kan ook onduidelijkheid bestaan met betrekking tot andersoortige aanspraken en de earningsstrippingmaatregel.²⁹⁶ De earningsstrippingmaatregel hanteert een saldobenadering voor de in aftrek te bepalen rente. Bij de debiteur is de maatregel grondslagverhogend, terwijl bij de crediteur de rentebate grondslagverlagend uitwerken. Dit grondslagverlagende effect kan als een "andersoortige aanspraak" worden aangemerkt.²⁹⁷ De fiscus beschouwt de voordelen als andersoortige aanspraken, terwijl deze benadering niet hoeft te worden gedeeld door de adviespraktijk.²⁹⁸ De coördinatiegroep concernfinanciering geeft daarom aan dat zij verwachten dat de adviespraktijk de bovenstaande interpretatie niet (altijd) zal volgen.²⁹⁹ Dit verschil kan mogelijk voor meer rechtsonzekerheid zorgen.

Desalniettemin heeft de wetgever in de laatste jaren art. 10a Wet VPB uitgebreid met een verbondenheids criterium voor samenwerkende groepen. De besproken arresten in paragraaf 4.3 dateren van vóór 1 januari 2017. Door de codificering in art. 10a, zesde lid, Wet VPB vallen groepen die individueel minder dan een derde belang hebben, maar samen meer dan een derde belang hebben, onder het toepassingsbereik van art. 10a Wet VPB. De inspecteur hoeft in vergelijkbare gevallen dus niet langer een beroep te doen op *fraus legis*. *Fraus legis* behoudt hierdoor zijn kracht als bijzonder leerstuk, wat de algehele rechtszekerheid bevordert. Volledige codificatie van *fraus legis* in een wettelijke bepaling lijkt mij echter geen passende oplossing,³⁰⁰ aangezien frequente wetswijzigingen juist tot rechtsonzekerheid kunnen leiden. Belastingplichtigen verlangen immers naar stabiliteit.

Nu de leerstukken separaat zijn besproken, wordt aandacht besteed aan de wisselwerking tussen art. 10a Wet VPB en *fraus legis*. Mijns inziens maakt de rechter bij de tegenbewijsregeling een substantiële inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel. De wetgever heeft met de tegenbewijsregeling bewust een aantal situaties willen ontzien van de renteaftrekbepanking. Deze situaties kunnen niet altijd als "uitzonderlijke belastingbesparende situaties" worden beschouwd, waardoor het vanuit de belastingplichtige logisch zou zijn om *fraus legis* uit te sluiten.³⁰¹ Daarnaast dragen de uitspraken van de HR evenmin bij aan de rechtszekerheid. In het Spilfunctie-arrest leek in rechtsoverweging 3.6.2

²⁹⁵ Dit komt overeen met A-G Wattel's Conclusie van 30 november 2010, nr. 10/00075 (Duitse onderkapitalisatieregels).

²⁹⁶ Art. 15b Wet VPB.

²⁹⁷ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 10a Wet VPB 1969, aant. 17.2.2.

²⁹⁸ Dit impliceert niet een soort gecoördineerde aanpak tussen advieskantoren.

²⁹⁹ Coördinatiegroep concernfinanciering, 4^e deelbesluit op Woo-verzoek over kennisgroepen Belastingdienst, onderdeel 5.3.2.

³⁰⁰ Mede door het casuïstische karakter.

³⁰¹ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 8, p. 45.

zowel verwezen te worden naar het algemene fraus legis leerstuk als fraus legis 10a Wet VPB. De HR zou de rechtszekerheid kunnen verbeteren door expliciet aan te geven welke normschending heeft plaatsgevonden en wat dit betekent voor de wisselwerking. Hof Amsterdam³⁰² en Hof Den Haag³⁰³ hebben hierin een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt door aan te geven welke normschending heeft plaatsgevonden. Het hoogste rechtscollege dient nog voor volledige zekerheid te zorgen. De huidige wisselwerking acht ik daarom haaks op het rechtszekerheidsbeginsel; het uitsluitend toepassen van art. 10a Wet VPB lijkt vanuit het rechtszekerheidsbeginsel het meest geschikt.

4.6.3 Het doeltreffendheidsbeginsel

Wetten worden doeltreffend geacht als ze de beoogde beleidsdoelstellingen van de wetgever bereiken.³⁰⁴ Art. 10a Wet VPB is gericht op het aanpakken van onzakelijke structuren binnen concernverband, waarbij een omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen plaatsvindt zonder dat een feitelijke verandering zich voordoet in het werkzame vermogen.³⁰⁵ Oftewel, de wetgever beoogt de Nederlandse grondslaguitholling tegen te gaan.³⁰⁶ De wettelijke bepaling omvat een breed scala aan besmette rechtshandelingen. De staatssecretaris heeft bij de Wet "Werken aan winst" daarom benadrukt dat de meeste (winstdrainage)situaties veelal worden getroffen door art. 10a Wet VPB.³⁰⁷

Speet heeft de impact van art. 10a Wet VPB onderzocht aan de hand van Belastingdienst-dossiers. Zij constateert dat de impact van art. 10a Wet VPB substantieel is.³⁰⁸ Hoewel het artikel in absolute getallen beperkt voorkomt, heeft het hoofdzakelijk een preventieve werking.³⁰⁹ Hierdoor is art. 10a Wet VPB in grote mate doeltreffend.³¹⁰ Bovendien genereert het artikel belastingopbrengsten. De Vries³¹¹ benadrukt dat art. 10a Wet VPB regelmatig wordt ingeroepen door de combinatie van (i) de bewijslastverdeling, (ii) het aanzienlijke aantal belastingplichtigen dat rente in aftrek wenst te brengen en (iii) de omvang van de rentebedragen. Het belastingargument speelt dus ook een belangrijke rol bij het behoud van art. 10a Wet VPB.

De meeste spanning omtrent de doeltreffendheid ontstaat bij de tegenbewijsregeling. De belastingplichtige kan geconfronteerd worden met een zware bewijslast, aangezien hij de zakelijkheid van de schuld en corresponderende rechtshandeling moet aantonen. Speet³¹² benadrukt dat de bewijslast bij externe acquisities relatief laag is, terwijl deze bij interne verhangingen hoog is. Mijns inziens is dit in overeenstemming met het doel en de strekking van art. 10a Wet VPB. Bij externe acquisities spelen in beginsel zakelijke motieven een rol, terwijl interne verhangingen vaak worden ingezet om fiscale voordelen te verkrijgen.³¹³ Zo beperkt art. 10a Wet VPB de renteaftrek in situaties die de belastinggrondslag ondermijnen, waardoor in beginsel sprake is van doeltreffendheid.

³⁰² Hof Amsterdam 6 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1305.

³⁰³ Hof Den Haag 30 augustus 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1820.

³⁰⁴ *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 2, p. 15.

³⁰⁵ Ligthart, *TFO 2003/174*, p. 2. Art. 10a Wet VPB ziet ook op het verbeteren van de rechtszekerheid bij de bestrijding van winstdrainage-situatie. Mijns inziens is dit geen doel opzich, maar vloeit het voort uit het bovenstaande doel.

³⁰⁶ Dit wordt bevestigd door de coördinatiegroep Tax havens en Concernfinanciering.

³⁰⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 45.

³⁰⁸ Speet 2017, paragraaf 5.13. Kwantificering onmogelijk.

³⁰⁹ Art. 10a Wet VPB wordt volgens De Vries regelmatig in stelling gebracht. De Vries, *WFR 2024/27*, paragraaf 1.

³¹⁰ De tegenbewijsregeling is niet volkomen doeltreffend.

³¹¹ De Vries, *WFR 2024/27*, paragraaf 1.

³¹² Speet 2017, paragraaf 5.13.

³¹³ Zie paragraaf 3.4.2.2.

De tegenbewijsregeling is mijns inziens niet volkomen doeltreffend. Deze tendens blijkt uit eerdere arresten, waarbij na een geslaagd beroep op de tegenbewijsregeling, *fraus legis* kan worden ingeroepen.³¹⁴ Dit initieert dat art. 10a Wet VPB, ondanks de gedetailleerdheid, niet alle vormen van winstdrainage kan aanpakken. *Fraus legis* kan dankzij de open norm in veel gevallen dit ongewenste hiaat dichten en zo bijdragen aan de doeltreffendheid. Dit houdt niet in dat *fraus legis* prevaleert boven art. 10a Wet VPB. Het is de samenloop van rechtshandelingen die leiden tot *fraus legis*. Hierdoor kunnen er ongewenste situaties voordoen, die niet altijd kunnen worden bestreden met *fraus legis*. In dergelijke gevallen is *fraus legis* opzich zelf niet doeltreffend. Mijns inziens dient *fraus legis* beperkt te blijven tot onaanvaardbare en onvoorziene situaties, waarbij art. 10a Wet VPB tekortschiet. Dit kan voorkomen bij meerwegeneleerachtige situaties.³¹⁵

De HR kan ook afstappen van *fraus legis*. Echter, de HR moet - door ATAD 1 - voldoen aan de GAAR-vereisten. Ondanks dat de GAAR aanzienlijke gelijkenissen vertoont met *fraus legis*, kan de overstap voor meer onduidelijkheid zorgen.³¹⁶ Dit kan leiden tot belastingontwijking en belastingontduiking, wat afbreuk doet aan de doeltreffendheid. Daarom beschouw ik de wisselwerking vanuit het oogpunt van doeltreffendheid als wenselijk.

4.6.4 Het doelmatigheidsbeginsel

Het doelmatigheidsbeginsel houdt in dat belastingheffing op een zo (kosten)efficiënt mogelijke wijze moet plaatsvinden. Gegeven de doelstellingen van de wetgever, moeten de (maatschappelijke) kosten in verhouding staan tot de opbrengsten.³¹⁷ Art. 10a Wet VPB is doelmatig voor zover de wetgever ongewenste renteaftrek voorkomt, zonder daarbij te zorgen voor underkill of overkill. De wetgever probeert dit te realiseren door renteaftrek te beperken tot schulden aan verbonden partijen én waarbij de schulden verband houden met besmette rechtshandelingen. Deze opzet resulteert zowel in belastingopbrengsten als in een preventief effect.³¹⁸

De uitbreiding van het verbondenheids criterium met betrekking tot samenwerkende groepen heeft de doelmatigheid bevordert. Zonder deze uitbreiding zouden mogelijk kunstmatige constructies kunnen ontstaan, waarbij materieelrechtelijk gesproken wel sprake zou zijn van verbondenheid, maar formeelrechtelijk geen sprake zou zijn van verbondenheid. De uitbreiding beperkt de mogelijkheid tot belastingontwijking.

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) merkt wel een ondoelmatig element op. De NOB stelt dat belastingplichtigen de zakelijkheidstoets bij externe acquisities als ingrijpend ervaren, waardoor een minder zware zakelijkheidstoets op zijn plaats zou zijn.³¹⁹ Mijns inziens vindt er bij externe acquisities geen overkill plaats. Speet³²⁰ toont aan dat belastingplichtigen bij maatschappelijk geaccepteerde situaties relatief snel voldoen aan de tegenbewijsregeling. Dit impliceert dat de baten van de tegenbewijsregeling in verhouding staan tot de lasten, wat een doelmatige wettelijke bepaling inhoudt.³²¹

³¹⁴ *Fraus legis* was in het Retail-arrest noodzakelijk om winstdrainage tegen te gaan.

³¹⁵ Van Strien, *NLF-W 2024/3*, paragraaf 3.4.1.

³¹⁶ Zie paragraaf 2.5.

³¹⁷ CPB, *Een economisch afwegingskader voor belastinginstrumenten*, maart 2023, p. 7.

³¹⁸ Speet 2017, paragraaf 5.13.

³¹⁹ NOB Commissie Wetvoorstellen, *Commentaar van de Commissie Wetvoorstellen op het voorstel om art. 10a Wet VpB te wijzigen, zoals opgenomen in de nota van wijziging van 1 november 2007 bij het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2008*, brief van 9 november 2011, p. 2.

³²⁰ Speet 2017, paragraaf 5.13.

³²¹ Dit betekent niet dat een belastingplichtige niet te maken kan krijgen met de inspecteur inzake de aftrekbaarheid van rente.

Het alternatief om art. 10a Wet VPB af te schaffen en uitsluitend fraus legis toe te passen lijkt ongunstig. Art. 10a Wet VPB is juist opgenomen om de rechtszekerheid te bevorderen. Daarnaast dient men niet uit het oog te verliezen dat art. 10a Wet VPB deels een overlapping met fraus legis is, maar ook deels functioneert als uitbreiding. Het afschaffen van deze wettelijke bepaling kan onduidelijkheid creëren bij de niet-overlappende gevallen. Belastingontwijking en belastingontduiking vormen hierbij potentiële risico's. Tevens is fraus legis casuïstisch van aard, wat meer juridische geschillen en kosten met zich meebrengt.³²² Daarom is het efficiënter om fraus legis te hanteren als bijzonder leerstuk in plaats van als algemeen leerstuk.

De verplichting voor Nederland om zich te conformeren aan Europese richtlijnen is besproken in de vorige paragraaf. Indien de HR afstapt van fraus legis, zou hij moeten voldoen aan de GAAR-vereisten. Deze verschuiving kan echter leiden tot meer onduidelijkheid, aangezien de GAAR andere terminologie hanteert.³²³ Beide anti-misbruikleerstukken hanteren een open norm, wat betekent dat de nadelen die voortvloeien uit deze norm niet worden beperkt.³²⁴ Het ligt dus niet voor de hand om af te stappen van het fraus legis leerstuk.

De wisselwerking tussen fraus legis en de tegenbewijsregeling lijkt in beginsel opmerkelijk vanuit een doelmatigheidsoogpunt. Het zou doelmatiger zijn om de rente binnen de tegenbewijsregeling te beperken. Deze benadering is echter zeer idealistisch, omdat art. 10a Wet VPB alleen ziet op verbonden lichamen en verbonden natuurlijke personen.³²⁵ Dit artikel houdt geen rekening met de fraus legis-elementen, wat tot onwenselijke situaties kan leiden.³²⁶ Hierdoor dient, na een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling, het fraus legis leerstuk open te staan. Anders zouden deze onwenselijke situaties niet worden bestreden, met mogelijk (grote) maatschappelijke kosten tot gevolg.³²⁷

4.6.5 De uitvoerbaarheid

Beperkingen met betrekking tot de uitvoerbaarheid kunnen zowel plaatsvinden bij de overheid als de belastingplichtige.³²⁸ Art. 10a Wet VPB wordt minder uitvoerbaar beschouwd, indien deze bepaling resulteert in aanzienlijk hoge uitvoeringslasten. Deze lasten zijn gerelateerd aan de hoeveelheid juridische geschillen.

Na de codificering zijn betrekkelijk weinig arresten gewezen over situaties waarin geen tegenbewijs wordt geleverd. Dit betekent dat de wetgever in dergelijke gevallen voor meer duidelijkheid en rechtszekerheid heeft gezorgd.³²⁹ De uitbreiding van art. 10a Wet VPB met externe acquisities en samenwerkende groepen heeft mede geleid tot minder juridische geschillen, waardoor deze uitvoeringslasten zijn gereduceerd.

³²² Bewijslast rust bij de inspecteur. De inspecteur heeft een gebrek aan middelen. Algemene Rekenkamer, *Resultaten verantwoordingsonderzoek 2021 Ministerie van Financiën en Nationale Schuld*, 18 mei 2022, p. 35.

³²³ Bij fraus legis wordt voldaan aan het motiefvereiste indien het doorslaggevende motief is gelegen in het belastingverrijdelen, terwijl bij de GAAR het gaat om het opzetten van een constructie met één van de hoofddoelen het verkrijgen van een belastingvoordeel.

³²⁴ Hangt van meerdere feiten af.

³²⁵ Naast verbondenheid verschillen de leerstukken in meer aspecten.

³²⁶ Zie het Hunkemöller-arrest.

³²⁷ De omvang van deze kosten is niet te kwantificeren.

³²⁸ SEO, *Een BTW-nultarief voor groente en fruit, voor- en nadelen van mogelijke afbakeningsvarianten*, maart 2023, p. 73.

³²⁹ Minder rechtszekerheid in de gevallen waarover arresten gewezen zijn, bijvoorbeeld bij de wisselwerking. Hier bleef onduidelijkheid bestaan.

De uitvoeringslasten van de overheid met betrekking tot de tegenbewijsregeling concentreren zich voornamelijk bij de compenserende heffingstoets. Hoewel de compenserende heffingstoets van wettelijke aard is, moet deze toets jaarlijks plaatsvinden. Bij de dubbele zakelijkheidstoets wordt in beginsel alleen bij het aangaan van de schuld en de rechtshandeling getoetst. In beginsel, omdat onzakelijke elementen zich ook later kunnen voordoen. Bij de dubbele zakelijkheidstoets is de belastbaarheid van de rentebaten geen vereiste, wat belastingplichtigen aanspoort om een beroep te doen op deze toets.

Volgens Speet³³⁰ speelt art. 10a Wet VPB voornamelijk bij externe acquisities.³³¹ Deze rechtshandelingen zijn over het algemeen zakelijk van aard, waardoor de dubbele zakelijkheidstoets in veel gevallen slaagt. Speet voegt hieraan toe dat de dubbele zakelijkheidstoets als werkbaar wordt ervaren, wat wijst op aanvaardbare administratieve lasten voor belastingplichtigen.³³² Bij interne verhangingen wordt vaak een beroep gedaan op beide tegenbewijsregelingen. Dit lijkt voort te komen uit het feit dat aan de rechtshandeling in beginsel geen zakelijke motieven ten grondslag liggen. Hierdoor dient de belastingplichtige ook een compenserende heffing aan te tonen, wat resulteert in relatief hoge uitvoeringslasten.³³³ Over het algemeen kan worden geconcludeerd dat de uitvoeringslasten bij de belastingplichtige relatief laag zijn, omdat in bijna de helft van de gevallen sprake was van een externe acquisitie. Dit betekent ook dat de algemene uitvoeringslasten relatief laag zijn, aangezien de bewijslast voor de dubbele zakelijkheidstoets bij de belastingplichtige ligt.

Desondanks kunnen er aanzienlijke uitvoeringslasten ontstaan bij cash-poolsituaties. Operationele entiteiten brengen geld in bij een beherende entiteit, die op haar beurt rente betaalt over deze schuld.³³⁴ Het uitdagende aspect van dergelijke situaties is dat niet elke euro traceerbaar is, waardoor het vaststellen van een compenserende heffing moeilijk is.³³⁵ Desalniettemin kunnen inleggende partijen, meestal gevestigd in hoog belaste jurisdicties, renteaftrek vaak realiseren via afspraken met de Belastingdienst. In gevallen met entiteiten in laag belaste jurisdicties is pro rata aftrek soms mogelijk.³³⁶ De omvang van de uitvoeringslasten varieert dus per 10a-casus. In zijn totaliteit beschouw ik art. 10a Wet VPB als uitvoerbaar.

Fraus legis is een algemeen geformuleerde maatregel, wat leidt tot meer onduidelijkheid in vergelijking met specifieke antimisbruikbepalingen. Dit kan resulteren in verhoogde administratieve lasten voor belastingplichtigen. Bovendien dient de inspecteur een beroep te doen op fraus legis, wat een zware bewijslast met zich mee kan brengen en de uitvoeringslasten van de overheid kan verhogen. Het is niet altijd evident of in het desbetreffende geval sprake is van een fraus legis-feitencomplex, omdat de samenloop van rechtshandelingen het leerstuk toepasbaar maakt.³³⁷ Fraus legis biedt dus meer flexibiliteit buiten de wettelijke tekst, echter gaat dit gepaard met meer onduidelijkheid. Gezien de impact op de uitvoeringslasten lijkt het mijns inziens onverstandig om uitsluitend fraus legis toe te passen ter voorkoming van grondslaguitholling.

Momenteel zijn de uitvoeringslasten met betrekking tot juridische geschillen voornamelijk gericht op de verhouding tussen fraus legis en art. 10a Wet VPB. Bij het Koffie, Retail- en Spilfunctie-arrest leek

³³⁰ Speet 2017, paragraaf 5.13.

³³¹ Van de 208 beoordeelde dossiers betrof 85 dossiers een externe acquisitie.

³³² Dus geen compenserende heffing nodig.

³³³ Zie de vorige alinea. Dit heeft alleen niet zoveel zin als de rechtshandeling onzakelijk is en de inspecteur dit kan aantonen. Zie paragraaf 3.4.3.

³³⁴ Bij de compenserende heffingstoets vindt de beoordeling dan ook plaats bij de inleggende entiteiten.

³³⁵ De dubbele zakelijkheidstoets is dan de enige werkbare toets.

³³⁶ Afhankelijk van de hoeveelheid landen die wel voldoende belast zijn.

³³⁷ Zie de elementen genoemd in het Hunkemöller-arrest.

sprake te zijn van een tegenstrijdigheid. A-G Wattel³³⁸ heeft zijn zienswijze beschreven, wat naar verwachting - wanneer deze zienswijze wordt gevolgd - het aantal juridische geschillen kan reduceren.³³⁹ Deze ontwikkeling komt ten goede aan de uitvoerbaarheid. De huidige stand van zaken met betrekking tot de wisselwerking brengt echter nog steeds hoge uitvoeringslasten met zich mee. Het laten vervallen van *fraus legis* in situaties waar de tegenbewijsregeling van toepassing is, zou de uitvoeringslasten kunnen verminderen.

4.6.6 Afweging toetsingscriteria

Uit de vorige paragraaf blijkt dat de leerstukken in totaliteit niet voldoen aan het rechtszekerheidsbeginsel, doeltreffendheidsbeginsel, doelmatigheidsbeginsel en uitvoerbaarheid. Een afweging is vereist om te beoordelen of zowel de regeling inzake winstdrainage als *fraus legis* noodzakelijk zijn om grondslaguitholling te bestrijden. Allereerst worden wegingen aan de toetsingscriteria aangebracht, waarna een aanbeveling kan worden geformuleerd.

Het grootste gewicht komt toe aan de primaire doelen van wetgeving, het doeltreffendheidsbeginsel en het doelmatigheidsbeginsel. De leerstukken moeten op zijn minst leiden tot de beoogde doelstellingen van de wetgever zonder buitensporige efficiëntieverliezen. Hoewel uitvoerbaarheid en rechtszekerheid als minder belangrijk worden beschouwd, verdienen zij eveneens aandacht. Ik sluit mij aan bij de opvatting van Hafkenscheid met betrekking tot de relevantie van het rechtszekerheidsbeginsel.³⁴⁰ Het hoofdzakelijke doel van een antimisbruikbepaling, zoals art. 10a Wet VPB, is om misbruik te voorkomen, niet om duidelijkheid te verschaffen aan verbonden partijen die de regels willen exploiteren om fiscale voordelen te verkrijgen.³⁴¹ Onduidelijkheid brengt risico's met zich mee, die worden gedragen door partijen die in staat zijn deze risico's te dragen. IJzerman³⁴² stelt dat wanneer een belanghebbende handelt op een wijze die niet wordt gerechtvaardigd door uitsluitend zakelijke motieven, de belanghebbende zich begeeft in een gebied waarvan hij bewust kan zijn dat de wetgever het rechtsgevolg niet heeft beoogd. Het doel van de regeling weegt dan zwaarder dan het rechtszekerheidsbeginsel. Antimisbruikbepalingen hoeven hierdoor niet voor volledige rechtszekerheid te zorgen. Bovendien verkrijgt de uitvoerbaarheid een vergelijkbaar gewicht. Een leerstuk dat weliswaar rechtszekerheid biedt maar als onuitvoerbaar wordt beschouwd, leidt niet tot (wenselijke) wetgeving.

Uit de resultaten van mijn onderzoek blijkt dat de wisselwerking tussen art. 10a Wet VPB en *fraus legis* voldoet aan zowel het doeltreffendheidsbeginsel als het doelmatigheidsbeginsel. Art. 10a Wet VPB weerhoudt concerns om op kunstmatige wijze de Nederlandse grondslag te eroderen. Echter, de wettelijke bepaling is niet allesomvattend. Art. 10a Wet VPB is beperkt tot verbonden partijen, terwijl *fraus legis* deze beperking niet kent. Mijns inziens kunnen extra elementen zorgen voor onwenselijke situaties, waardoor *fraus legis* noodzakelijk is. Deze onwenselijke situaties worden anders niet bestreden, met grote maatschappelijke kosten tot gevolg.

Vanuit het rechtszekerheidsoogpunt is het opmerkelijk dat na een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling, de toepassing van *fraus legis* nog mogelijk is. De wetgever heeft met de tegenbewijsregeling juist een aantal situaties willen ontzien van de renteaftrekbeperking. Het uitsluitend toepassen van art. 10a Wet VPB lijkt, gezien het rechtszekerheidsbeginsel, het meest toepasselijk. Tot slot leidt het gebruik van beide leerstukken tot verhoogde uitvoeringslasten. Naast

³³⁸ HR 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:85.

³³⁹ Hof Den Haag en Hof Amsterdam hebben al een stap in de goede richting gemaakt.

³⁴⁰ Hafkenscheid, *WFR* 2023/274, paragraaf 2.6.

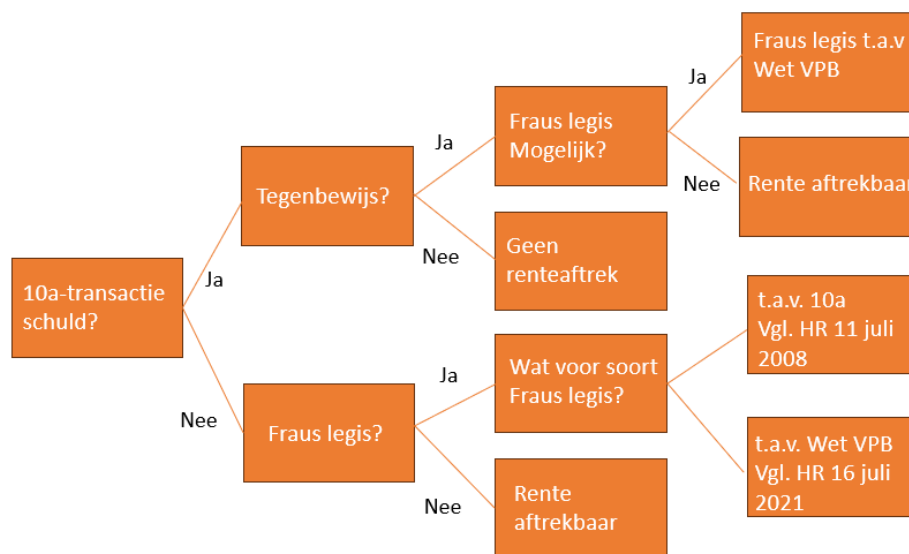
³⁴¹ Belastingverijdeling zorgt voor een oneerlijke verdeling van de fiscale lasten, wat kan resulteren in onrechtvaardige uitkomsten.

³⁴² IJzerman 1991, p. 89.

dat het bij de renteaftrekbeperking complexe wetgeving betreft, zorgt fraus legis voor additionele uitvoeringslasten bij belastingplichtigen en de overheid.

De huidige wisselwerking is dus in grote mate doeltreffend en doelmatig, maar wijkt af van het rechtszekerheidsbeginsel en de uitvoerbaarheid. Wanneer een belanghebbende handelt op een wijze die niet wordt gerechtvaardigd, kan de belanghebbende bewust zijn van het feit dat de wetgever het rechtsgevolg niet heeft beoogd. In dergelijke gevallen prevaleert het doel boven het rechtszekerheidsbeginsel, waardoor een renteaftrekbeperking gerechtvaardigd is. Ik beschouw de wisselwerking tussen art. 10a Wet VPB en fraus legis daarom wenselijk.

Dit resulteert, zoals ook beschreven door Van Strien³⁴³ in NLF-W 2024/2, in het volgende (wenselijke) stroomschema:



4.7 Tussenconclusie

Allereerst stond de verhouding tussen art. 10a Wet VPB en fraus legis centraal. Uit HR 11 juli 2008 blijkt dat wanneer een casus niet onder het toepassingsbereik van art. 10a Wet VPB valt, fraus legis 10a Wet VPB mogelijk toegepast kan worden. Het Hunkemöller-arrest biedt mogelijkheden voor de toepassing van fraus legis Wet VPB. De spanning tussen de leerstukken doet zich vooral voor bij de verhouding tussen fraus legis en de tegenbewijsregeling. Dit vraagstuk deed zich voor in het Koffie-, Retail- en Spilfunctie-arrest. Uit het Koffie- en Retail-arrest volgt dat na een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling, nog steeds ruimte bestaat voor de toepassing van fraus legis. Uit het Spilfunctie-arrest volgt juist dat fraus legis wordt uitgesloten na een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling. Deze ogenschijnlijke tegenstrijdigheid wordt mijns inziens verklaard door het verschil in verwijzingsopdracht. De verwijzing in het Spilfunctie-arrest ziet mijns inziens slechts op fraus legis 10a Wet VPB, terwijl het Koffie-arrest ziet op fraus legis Wet VPB. Hof Amsterdam en Hof Den Haag geven aan dat een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling het fraus legis leerstuk niet uitsluit. Ik sluit mij aan bij deze zienswijze. Tussen fraus legis en art. 10a Wet VPB bestaat een wisselwerking.

Vervolgens resteerde de vraag of beide leerstukken wenselijk zijn bij de bestrijding van de Nederlandse grondslaguitholling, of dat één leerstuk volstaat. Uit de resultaten van dit onderzoek blijkt dat de huidige wisselwerking voldoet aan het doeltreffendheidsbeginsel en doelmatigheidsbeginsel. Art. 10a Wet VPB weerhoudt concerns om op kunstmatige wijze de Nederlandse belastinggrondslag te eroderen. Art. 10a Wet VPB beperkt zich echter tot verbonden

³⁴³ Van Strien, NLF-W 2024/2.

partijen, terwijl fraus legis niet beperkt is tot verbonden partijen. Deze verschillen kunnen resulteren in onwenselijke situaties, waardoor fraus legis noodzakelijk is bij de bestrijding van de Nederlandse grondslaguitholling. De wisselwerking is wel in strijd met het rechtzekerheidsbeginsel en de uitvoerbaarheid. Dat fraus legis na de tegenbewijsregeling nog mogelijk is, brengt substantiële onzekerheid en uitvoeringslasten met zich mee. In zijn geheel beschouw ik de wisselwerking tussen art. 10a Wet VPB en fraus legis als wenselijk.

Hoofdstuk 5 Samenvatting, conclusie en aanbevelingen

5.1 Inleiding

De Wet VPB maakt een onderscheid in de fiscale behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. Rentebetalingen op leningen die als vreemd vermogen worden beschouwd, zijn in principe aftrekbaar van de belastbare winst, terwijl vergoedingen voor eigen vermogen niet aftrekbaar zijn. Dit moedigt belastingplichtigen aan om te financieren met vreemd vermogen. Om te voorkomen dat belastingplichtigen (gekunstelde) schuldverhoudingen creëren, heeft de HR daarom gebruikgemaakt van *fraus legis* en de codificerende wettelijke bepaling art. 10a Wet VPB. Hoewel het logisch lijkt dat de codificatie van art. 10a Wet VPB *fraus legis* overbodig zou maken, heeft de implementatie ervan geleid tot voortdurende discussies over de wisselwerking tussen deze leerstukken.

Daaruit voortkomend is de centrale onderzoeksvraag van deze scriptie:

*“Is er een wisselwerking tussen de regeling inzake winstdrainage en *fraus legis*, en is het bestaan of ontbreken van deze wisselwerking wenselijk bij de bestrijding van de Nederlandse grondslagquitholling?”*

Om deze onderzoeksvraag te beantwoorden, wordt in paragraaf 5.2 een samenvatting gegeven. Dit wordt in paragraaf 5.3 gevolgd door een conclusie. Tot slot worden in paragraaf 5.4 enkele aanbevelingen geformuleerd voor de in deze scriptie genoemde knelpunten.³⁴⁴

5.2 Samenvatting

5.2.1 Deelvraag 1

Om de hierboven gestelde onderzoeksvraag te beantwoorden, moest eerst het *fraus legis* leerstuk inzichtelijk gemaakt worden. Vóór de inwerkingtreding van art. 10a Wet VPB werden ongewenste structuren namelijk bestreden met behulp van de richtige heffing of het *fraus legis* leerstuk. Allereerst is stilgestaan bij de achtergrond van beide leerstukken. Vervolgens zijn de toepassingsvereisten en de verhouding met het rechtszekerheidsbeginsel behandeld. Het rechtszekerheidsbeginsel is een relevante toetsingscriteria waarmee de wenselijkheid van belastinginstrumenten wordt beoordeeld. De eerste deelvraag luidde als volgt:

*Wanneer wordt het *fraus legis* leerstuk toegepast en hoe verhoudt dit leerstuk zich tot het rechtszekerheidsbeginsel?*

Uit hoofdstuk 2 blijkt dat de (belasting)rechter diverse rechtsvindingsmethoden tot zijn beschikking heeft om een oordeel te vellen over een casus. In eerste instantie wordt de letter van de wet gevolgd, ook wel bekend als de grammaticale interpretatie. Daarnaast bestaat ook een wetshistorische, teleologische en wetssystematische interpretatie. *Fraus legis* wordt pas toegepast wanneer andere interpretatiemethoden niet tot het gewenste resultaat leiden.

In het belastingrecht heeft de belastingplichtige doorgaans de keuzevrijheid om de fiscaal voordeligste route te bewandelen.³⁴⁵ Rechters kunnen deze keuzevrijheid echter beperken door middel van *fraus legis*. Om *fraus legis* toe te passen moeten twee cumulatieve vereisten worden vervuld, respectievelijk het motiefvereiste en het normvereiste. Het motiefvereiste houdt in dat belastingverrijdeling het doorslaggevende motief moet zijn geweest voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling. Het normvereiste houdt in dat de rechtshandelingen in strijd zijn met doel

³⁴⁴ Zie paragraaf 4.6 voor de knelpunten.

³⁴⁵ Vrijheid van financiering.

en strekking van de wet. In het kader van de renteaftrekbeperking zijn twee smaken te onderscheiden, *fraus legis* 10a Wet VPB en *fraus legis* Wet VPB. Rechtshandelingen kunnen in strijd zijn met doel en strekking van een wettelijke bepaling, maar ook met de wet als geheel. De meerwegenleer verruimt het toepassingsbereik van *fraus legis*. De keuzevrijheid van de belastingplichtige wordt met deze leer beperkt wanneer de gekozen (onzakelijke) weg leidt tot wetsontduiking.

De *fraus legis*-toets betreft een toetsing aan een open norm, wat leidt tot rechtsonzekerheid bij belastingplichtigen bij wie het denkbaar is dat *fraus legis* kan worden toegepast. In de literatuur wordt verschillend gereageerd op de relevantie van het rechtszekerheidsbeginsel. De rechter maakt met *fraus legis* een inbreuk op de keuzevrijheid van de belastingplichtige wanneer de grens van die vrijheid wordt overschreden. Echter, het voornaamste doel van een antimisbruikregeling is om misbruik te voorkomen, niet het verschaffen van duidelijkheid aan partijen die trachten de regels te exploiteren om fiscale voordelen te behalen. Verdere toetsing en afweging van de toetsingscriteria volgen in paragraaf 5.2.3.

5.2.2 Deelvraag 2

In het derde hoofdstuk werd de codificerende wettelijke bepaling behandeld, art. 10a Wet VPB. De tweede deelvraag luidde als volgt:

Wat heeft geleid tot de invoering van art. 10a Wet VPB en wat is de werking van deze wettelijke bepaling bij de bestrijding van kunstmatige renteconstructies?

De aanleiding voor de invoering van art. 10a Wet VPB vindt zijn oorsprong in de overgang van het richtige heffing leerstuk naar het *fraus legis* leerstuk. Hoewel de *fraus legis*-jurisprudentie bloeide, betrof deze arresten niet de Wet VPB. In 1989 bevestigde de HR echter dat een beroep op *fraus legis* met betrekking tot de renteaftrek in de Wet VPB mogelijk was. Dit resulteerde in een reeks winstdrainagearresten. Deze arresten werden echter beschouwd als een nederlaag van het gevoerde beleid, waardoor de wetgever de jurisprudentie in wetgeving omzette.

Art. 10a Wet VPB beoogt de Nederlandse belastingverrijdeling tegen te gaan en de belastinggrondslag te beschermen. Door middel van deze wettelijke bepaling komen rente ter zake van schulden verschuldigd aan verbonden lichamen en natuurlijke personen niet in aftrek, voor zover deze schulden verband houden met besmette rechtshandelingen. Desalniettemin heeft de belastingplichtige de mogelijkheid om de rente alsnog in aftrek te brengen indien zij met succes een beroep doet op de tegenbewijsregeling. De belastingplichtige kan dit bewijzen door middel van de dubbele zakelijkheidstoets of de compenserende heffingstoets. De dubbele zakelijkheidstoets vereist dat de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de rechtshandelingen en de corresponderende schuld in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De compenserende heffingstoets houdt in dat de rente in principe toch aftrekbaar is als de debiteur kan aantonen dat over de rentebaten bij de crediteur een naar Nederlandse maatstaven redelijke belasting is verschuldigd. Bij een compenserende heffing kan de rente toch in aftrek worden beperkt, indien de belastinginspecteur aannemelijk maakt dat: (i) de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken; of (ii) de schuld of de rechtshandeling niet overwegend is aangegaan om zakelijke redenen. Art. 10a, eerste lid, Wet VPB wordt dan niet uitgesloten.

5.2.3 Deelvraag 3

Vervolgens konden de leerstukken in samenhang worden onderzocht. Hierbij zijn ze getoetst aan de door de wetgever relevante toetsingscriteria: het rechtszekerheidsbeginsel, doeltreffendheidsbeginsel, doelmatigheidsbeginsel en uitvoerbaarheid. De laatste deelvraag luidde als volgt:

Hoe verhoudt het fraus legis leerstuk zich tot art. 10a Wet VPB, en welk(e) leerstuk(ken) is/zijn wenselijk bij de bestrijding van de Nederlandse grondslaguitholling?

In eerste instantie stond de verhouding tussen art. 10a Wet VPB en fraus legis centraal. Uit HR 11 juli 2008 blijkt dat wanneer een situatie buiten de reikwijdte van art. 10a Wet VPB valt, fraus legis 10a Wet VPB mogelijk van toepassing kan zijn. Het Hunkemöller-arrest biedt kansen voor fraus legis Wet VPB. De spanning tussen deze leerstukken doet zich dus voornamelijk voor wanneer in eerste instantie wordt voldaan aan de 10a-basisvereisten, maar de tegenbewijsregeling de toepassing ervan uitsluit.

Dit vraagstuk werd behandeld in het Koffie-, Retail-, en Spilfunctie-arrest. Uit het Koffie- en Retail-arrest volgt dat, na een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling, nog steeds ruimte bestaat voor de toepassing van fraus legis. Daarentegen geeft het Spilfunctie-arrest aan dat na een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling fraus legis wordt uitgesloten. De literatuur biedt verschillende verklaringen voor deze (ogenschijnlijke) tegenstrijdigheid. In de volgende paragraaf wordt de meest plausibele verklaring uiteengezet en worden de leerstukken getoetst aan de in paragraaf 1.3 genoemde toetsingscriteria.

5.3 Conclusie

Zoals blijkt uit de inleiding luidt de centrale onderzoeksvraag als volgt:

“Is er een wisselwerking tussen de regeling inzake winstdrainage en fraus legis, en is het bestaan of ontbreken van deze wisselwerking wenselijk bij de bestrijding van de Nederlandse grondslaguitholling?”

Voor het eerste onderdeel van de onderzoeksvraag zijn de bovenstaande arresten geanalyseerd. Mijns inziens kan de bovengenoemde tegenstrijdigheid worden verklaard door het verschil in verwijzingsopdracht. Bij het Spilfunctie-arrest ziet de verwijzing slechts op fraus legis 10a Wet VPB, terwijl de verwijzing bij het Koffie-arrest ziet op fraus legis Wet VPB. Het verschil in toetsing is afhankelijk van de soort casus. Bij het Spilfunctie-arrest betrof het de vraag of er sprake was van een schuld bij een verbonden lichaam dat met een spilfunctie financieringsactiviteiten uitvoerde. Bij het Koffie- en Retail-arrest betrof het juist private-equity-structuren, waarbij de omzettingen buiten de verbonden partijen plaatsvonden. Deze bevindingen zijn in lijn met de verklaring van Kreder, Lakchouch en Peeters en de uitspraak van Hof Amsterdam en Hof Den Haag. Een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling sluit dus fraus legis Wet VPB niet uit.

Vervolgens resteerde de vraag of deze wisselwerking wenselijk is bij de bestrijding van de Nederlandse grondslaguitholling, of dat één van de leerstukken volstaat. Mijn onderzoek toont aan dat de huidige wisselwerking voldoet aan het doeltreffendheidsbeginsel en doelmatigheidsbeginsel, maar tekortschiet op het gebied van het rechtszekerheidsbeginsel en de uitvoerbaarheid. Art. 10a Wet VPB weerhoudt kunstmatige conversies van eigen naar vreemd vermogen; hierbij beschermt art. 10a Wet VPB de Nederlandse belastinggrondslag. Echter, recente uitspraken tonen aan dat de wettelijke bepaling niet allesomvattend is. Fraus legis kan, met zijn open norm, de overige (gekunstelde) constructies tegengaan.

De wisselwerking tussen fraus legis en de tegenbewijsregeling lijkt in beginsel opmerkelijk vanuit het doelmatigheidsoogpunt. Het beperken van rente binnen de tegenbewijsregeling van art. 10a Wet VPB zou doelmatiger zijn. Art. 10a Wet VPB is echter beperkt tot verbonden lichamen en natuurlijke personen, terwijl fraus legis niet aan dergelijke beperkingen gebonden is. Fraus legis moet hierdoor vanuit het doelmatigheidsoogpunt de overige situaties bestrijden. Een uitbreiding van art. 10a Wet VPB lijkt op dit gebied onwaarschijnlijk.

De wisselwerking is wél in strijd met het rechtzekerheidsbeginsel en de uitvoerbaarheid. Het codificeren van *fraus legis* in een wettelijke bepaling draagt in beginsel bij aan de rechtzekerheid. Echter lijkt de tegenbewijsregeling van art. 10a Wet VPB vanwege haar flexibiliteit strijdig te zijn met het rechtzekerheidsbeginsel. Bij de dubbele zakelijkheidstoets bestaat onenigheid over de termen “in overwegende mate zakelijk” en “onzakelijke omleiding”. Bij de compenserende heffingstoets bestaat onenigheid over de verhouding tussen de andersoortige aanspraken en de earningstrippingmaatregel. De jurisprudentie betreffende de wisselwerking biedt ook geen duidelijke handvatten, wat leidt tot hoge uitvoeringslasten. Het laten vervallen van *fraus legis* in situaties waar de tegenbewijsregeling van toepassing is, zou de uitvoeringslasten kunnen verminderen. Hoewel A-G Wattel zijn standpunt heeft ingenomen, heeft de HR dit nog niet bevestigd. De rechtzekerheid en uitvoerbaarheid kunnen dus in de toekomst worden verbeterd.

In zijn geheel acht ik de wisselwerking wenselijk. Indien een belanghebbende handelt op een wijze die niet wordt gerechtvaardigd door art. 10a Wet VPB, beseft hij dat de wetgever het rechtsgevolg niet zo heeft beoogd. In dergelijke gevallen weegt het doel zwaarder dan het rechtzekerheidsbeginsel; de renteaftrekbepaling wordt dan gerechtvaardigd.

5.4 Aanbevelingen

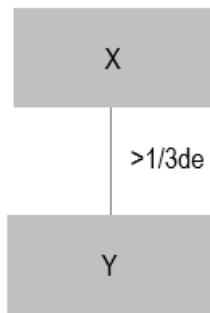
Ondanks de wenselijkheid van de wisselwerking, bestaan er nog enkele knelpunten. De voornaamste knelpunten worden hieronder beschreven. Allereerst blijkt uit paragraaf 3.4.2.1 dat de term “in overwegende mate zakelijk” onduidelijk is geformuleerd. A-G Wattel staat een fiscale bijkomstigheid toe, terwijl de definitie van Kok en De Vries meer ruimte biedt voor fiscale motieven. Verder heeft de wetgever het begrip “onzakelijke omleiding” niet volkomen duidelijk gemaakt. Bij dit begrip rijst de vraag of een fiscaal voordeel vereist is, en of buitenlandse fiscale beweegredenen als onzakelijk hebben te gelden. Het is de verantwoordelijkheid van de rechterlijke macht of de wetgever om nadere verduidelijking te bieden omtrent de betekenis van deze termen.

Bovendien dragen de uitspraken van de HR evenmin bij aan de rechtzekerheid. In het Spilfunctie-arrest leek zowel verwezen te worden naar het algemene *fraus legis* leerstuk als *fraus legis* 10a Wet VPB. De HR zou de rechtzekerheid kunnen verbeteren door expliciet aan te geven welke normschending heeft plaatsgevonden en wat dit betekent voor de wisselwerking. Hof Amsterdam en Hof Den Haag hebben hierin een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt door aan te geven welke normschending heeft plaatsgevonden. Het hoogste rechtscollege dient nog voor volledige zekerheid te zorgen. Deze ontwikkeling draagt bij aan de rechtzekerheid. Voor een consistente toepassing van *fraus legis* raad ik aan om de Hunkemöller-elementen te hanteren.

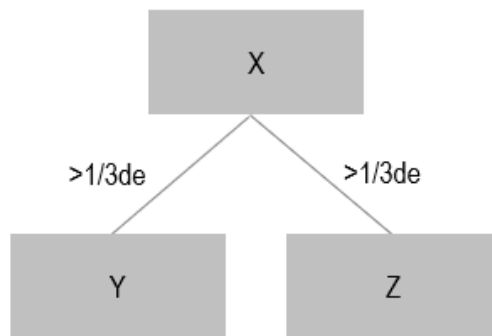
Diverse Europeesrechtelijke ontwikkelingen hebben mogelijk geleid tot meer rechtsonzekerheid. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de GAAR. *Fraus legis* lijkt door de implementatie van de GAAR te zijn verschoven naar een meer regulier leerstuk. Een vervolgonderzoek naar deze Europeesrechtelijke ontwikkelingen lijkt mij daarom wenselijk.

Tenslotte blijkt uit deze scriptie dat de NOB en Speet van mening verschillen over de doelmatigheid van de tegenbewijsregeling. De NOB merkt op dat de tegenbewijsregeling ondoelmatig is bij externe acquisities, terwijl Speet stelt dat de tegenbewijsregeling bij externe acquisities juist doelmatig is vanwege de in beginsel zakelijke motieven. Om een grondiger inzicht te krijgen in de doelmatigheid van deze wettelijke bepaling, raad ik aan om verder onderzoek te verrichten naar de doelmatigheid van de tegenbewijsregeling.

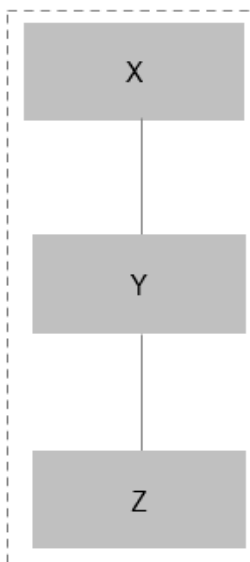
Bijlage



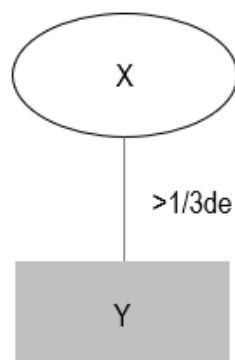
Art. 10a lid 4 sub a en b
X en Y verbonden



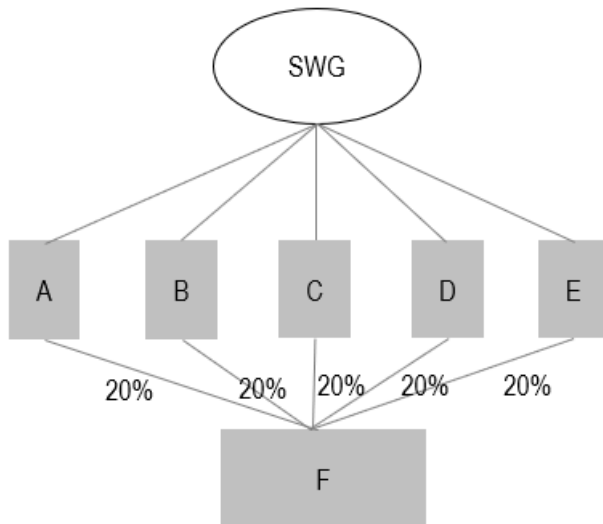
Art. 10a lid 4 sub c
Y en Z verbonden



Art. 10a lid 4 sub d
X, Y en Z verbonden



Art. 10a lid 5
X en Y verbonden



Art. 10a lid 6 Wet VPB

A, B, C, D, E zijn
verbonden met F

Literatuurlijst

Artikelen

Brandsma & Pancham, WFR 2006/774

R.P.C.W.M. Brandsma & S.R. Pancham, 'Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed? Werken aan winst: Groepsrentebox en renteaftrek', *WFR 2006/774*.

Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia, WFR 2013/1492

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

Cornelisse & Bavinck, WFR 2022/43

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

Den Ouden 2022, V-N 2022/56.0

R. Den Ouden, 'Koerswijzigingen', *V-N 2022/56.0*.

De Vries, WFR 2010/114

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

De Vries & Chrispijn, WFR 2022/134

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 2022/134*.

De Vries, WFR 2024/27

R.J. de Vries, 'De tegenbewijsregeling in de sfeer van winstdrainage: enkele overpeinzingen', *WFR 2024/27*.

Hafkenscheid, WFR 2023/214

R.P.F.M. Hafkenscheid, 'Fraus legis en artikel 10a Wet VPB 1969: orakel of logica?', *WFR 2023/214*.

Hafkenscheid, WFR 2023/274

R.P.F.M. Hafkenscheid, 'De Klassieker en de paradox van antimisbruikwetgeving', *WFR 2023/274*.

Hafkenscheid, FED 2023/91

R.P.F.M. Hafkenscheid, 'Verwijzingsuitspraak na HR 15 juli 2022', *FED 2023/91*.

Kok, WFR 2021/167

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

Kok & De Vries, WFR 2014/116

Q.W.J.C.H. Kok & R.J. De Vries, 'Winstdrainageperikelen', *WFR 2014/116*.

Kok & De Vries, WFR 2023/151

Q.W.J.C.H. Kok & R.J. De Vries, 'Orakelachtige fraus-legisoordelen?', *WFR 2023/151*.

Kok & De Vries, WFR 2023/215

Q.W.J.C.H. Kok & R.J. De Vries, 'Eureka noch logica, helaas, maar raadselachtige fraus-legisoordelen', *WFR 2023/215*.

Kooiman, TFB 2012

W.R. Kooiman, 'De toetsing van fraus legis naar omstandigheden', *TFB 2012*.

Kreder, Lakchouch en Peeters, WFR 2023/213

M. Kreder, E. Lakchouch & P.J.J.M. Peeters, 'De complexe puzzel van artikel 10a Wet VPB 1969 en fraus legis: eureka?' *WFR 2023/213*.

Ligthart, TFO 2003/174

N.M. Ligthart, 'De renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969', *TFO 2003/174*.

Nieuweboer, TFO 2023/188.2

M. Nieuweboer, 'Concernfinanciering en winstdrainage', *TFO 2023/188.2*.

Redactie-Vakstudie Nieuws, V-N 2022/14.23

Redactie-Vakstudie Nieuws, 'Verhouding fraus legis en art. 6 ATAD', *V-N 2022/14.23*.

Van Dam, TFO 2013/125.1

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

Van Lindonk, NLF 2023/1417

C. Van Lindonk, 'De complexe puzzel van artikel 10a Wet VPB en fraus legis: eureka?', *NLF 2023/1417*.

Van Strien, NLF-W 2024/2

J. Van Strien, 'De spilfunctie en artikel 10a Wet VpB 1969', *NLF-W 2024/2*.

Van Strien, NLF-W 2024/3

J. Van Strien, 'De fraus-legisflipperkast en artikel 10a Wet VpB 1969', *NLF-W 2024/3*.

Rapporten

Algemene Rekenkamer, *Resultaten verantwoordingsonderzoek 2021 Ministerie van Financiën en Nationale Schuld*, 18 mei 2022.

CPB, *Een economisch afwegingskader voor belastinginstrumenten*, maart 2023.

Rapport van de werkgroep Fiscale Infrastructuur, Rapport werkgroep II, 19 januari 1996, V-N 1996/1775.

SEO, *Een BTW-nultarief voor groente en fruit, voor- en nadelen van mogelijke afbakeningsvarianten*, maart 2023.

WRR, *Samenleving en financiële sector in evenwicht*, oktober 2016.

Jurisprudentie**Hof**

Hof Amsterdam 18 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1504.

Hof Amsterdam 26 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1407.

Hof Den Haag 21 november 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2019.

Hof Amsterdam 6 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1305.

Hof Den Haag 30 augustus 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1820.

Hoge Raad

HR 26 mei 1926, ECLI:NL:HR:1926:78.

HR 22 juli 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AW9540.

HR 15 september 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AW9466.

HR 21 november 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AC8603.
HR 20 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8319.
HR 17 juni 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AW7648.
HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024.
HR 28 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:BH7443.
HR 27 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4329.
HR 11 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4348.
HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5034.
HR 10 maart 1993, nr. 27295, 27992, 28139, 28484.
HR 19 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5570.
HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681.
HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683.
HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682.
HR 15 juli 1997, ECLI:NL:PHR:1997:AA2208.
HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3388.
HR 8 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AB2856.
HR 17 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7653.
HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BB5195.
HR 13 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5619.
HR 8 april 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP1489.
HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ1248.
HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7073.
HR 15 juni 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV1922.
HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV1426.
HR 22 september 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1846.
HR 14 augustus 2015, ECLI:NL:HR:2015:2167.
HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350.
HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2829.
HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638.
HR 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1102.
HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152.
HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1085.
HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1086.
HR 3 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:330.
HR 26 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:85.
HR 1 maart 2024, ECLI:NL:PHR:2024:182.
HR 22 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:469.

Hof van Justitie

HvJ EG 17 juli 1997, nr. C-28/95.
HvJ EU 20 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:34.

Parlementaire stukken

Kamerstukken

Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr.2
Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3.
Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 5.
Kamerstukken II 1996/97, 24 696, nr. 8.
Kamerstukken I 1996/97, 24 696, nr. 52b.
Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3.
Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8.
Kamerstukken I 2006/07, 30 572, nr. F.

Kamerstukken II 2016/17, 34 552, nr. 3.
Kamerstukken II 2017/18, 34 785, nr. 3.
Kamerstukken II 2018/19, 35 030, nr. 3.

Kamerbrief

Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer van 29 april 2016, AFP/2016/394.

Besluiten

Besluit Staatssecretaris van Financiën, 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M.
Besluit van Staatssecretaris van Financiën, 25 maart 2013, nr. BLKB 2013/110M.

Boeken/naslagwerken

Cursus Belastingrecht

R.P.C.W.M. Brandsma, S.R. Pancham en D.S. Smit, *Cursus Belastingrecht (Europees Belastingrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Chin-Oldenziel & Belkaid-Koubia 2014

M. Chin-Oldenziel en M. Belkaid-Koubia, *De wet kennen betekent niet slechts de woorden ervan begrijpen, maar ook hun kracht en strekking*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014.

IJzerman 1991

R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht* (diss. Amsterdam UvA) Deventer: Kluwer 1991.

Marres 2020

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

Speet 2017

N.G.H. Speet, *Renteaftrekbeperkingen en de financiering van ondernemingen. Een kwantitatieve en kwalitatieve analyse op basis van empirisch onderzoek met aanbevelingen voor de toekomst*, Universiteit van Amsterdam 2017.

Wetgeving

Algemene wet inzake rijksbelastingen 1959.
Wet op de inkomstenbelasting 2001.
Wet op de vennootschapsbelasting 1969.
Wet van 13 december 1996, Stb. 1996, 651.

Overig

NOB Commissie Wetvoorstellen, *Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen op het voorstel om art. 10a Wet VpB te wijzigen, zoals opgenomen in de nota van wijziging van 1 november 2007 bij het wetsvoorstel Overige fiscale maatregelen 2008*, brief van 9 november 2011,
<https://leden.nob.net/system/files/content/article/uploads/NOB%20commentaar%20artikel%2010a%20Wet%20VpB%201969.pdf>

Coördinatiegroep concernfinanciering, 4^e deelbesluit op Woo-verzoek over kennisgroepen Belastingdienst.