

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie

Winstdrainage onder de beginselen van Islamitisch financieren

Naam student : Mohammed Allaoui
Studentnummer : 311441
Begeleider : drs. M. Nieuweboer
Rotterdam, 29 juli 2010

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Inhoudsopgave

Titelpagina

Inhoudsopgave

Hoofdstuk1	4
Inleiding	4
Hoofdstuk2 Islamitisch financieren	5
2.1 Inleiding	5
2.2 Shari'ah	5
2.2.1 Bronnen	6
2.2.2 Shari'ah en het financieel stelsel	7
2.3 Financiële instrumenten	10
2.4 Conclusie	15
Hoofdstuk3 Winstdrainage door middel van renteaftrek	16
3.1 Inleiding	16
3.2 Renteaftrek binnen de Wet VPB 1969	16
3.2.1 Winstbegrip	16
3.2.2 Kwalificatie financiering	17
3.3 Winstdrainage	18
3.4 Fraus legis	18
3.5 Artikel 10a Wet VPB 1969	19
3.4.1 Doel en strekking	19
3.4.2 Het mechanisme	19
3.6 Conclusie	22
Hoofdstuk 4 Islamitische beginselen en de Fiscale behandeling	23
4.1 Inleiding	23
4.2 Winstbepaling	23
4.2.1 Goed koopmansgebruik	23
4.3 Etikettering	24
4.3.1 Musharaka Mutanaqissa	24
4.3.2 Murabaha	25
4.3.3 Ijara wa Iqtina	25
4.3.4 Sukuk	26
4.4 Winstdrainage met Islamitische financieringen	26
4.4.1 Bereik Fraus Legis	26
4.4.2 Bereik Artikel 10a Wet VPB 1969	27
4.5 Conclusie	30
Hoofdstuk 5	32
5.1 Inleiding	32
5.2 Samenvatting	32
5.3 Conclusie	33
Bronnenlijst	36
Appendix	37

Hoofdstuk 1

Inleiding

De wet kent verschillende vormen voor het beperken van de renteaftrek om winstdrainage tegen te gaan. Een belangrijke en bekende bepaling is artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna Wet VPB 1969). Echter stuit deze bepaling, door zijn complicatie, op veel weerstand uit de praktijk. De Arabische wereld kent een andere benadering met betrekking tot rente en verstrekt aangepaste vormen van financieringen. Deze ‘halal’ financieringen zijn algemeen aanvaard in de Arabische wereld waardoor bij mij de vraag rijst “*Is winstdrainage mogelijk onder de beginselen van Islamitisch financieren?*”.

Het gehele financieringssysteem binnen de Islam wordt op een compleet andere manier benaderd. Aangezien het fenomeen Islamitisch financieren, in de westerse wereld, steeds vaker ‘in the picture’ komt, wordt het interessant het geheel binnen de Nederlandse fiscale kaders te bekijken. Er zijn tal van obstakels te noemen binnen zowel de Inkomstenbelasting als de Vennootschapsbelasting. Mijn onderzoek zal zich concentreren op de Vennootschapsbelasting waar ik in zal gaan op renteaftrekproblematiek.

De relevantie van mijn onderzoek is gericht op de praktijk. Vanwege de complexiteit van artikel 10a Wet VPB 1969 zou het een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de eenvoud van het fiscale stelsel door de gehele rente op een andere manier te interpreteren. Daarnaast blijkt uit verschillende onderzoeken dat high potentials, met een Islamitisch achtergrond, een mentale drempel moeten overbruggen om met het huidig systeem actief een bijdrage te leveren aan de maatschappij.¹ Last van het geweten is veelal het probleem.

Om antwoord te kunnen geven op mijn hoofdvraag verdeel ik mijn onderzoek in verschillende onderdelen. Als eerst zal ik beginnen met het omschrijven van het begrip Islamitisch financieren, teneinde een inzicht te creëren in dit fenomeen. Ten tweede zal ik winstdrainage door renteaftrek behandelen om een beeld te krijgen van het Nederlands rechtssysteem. Vervolgens zal ik de systematiek van het Islamitisch financieren combineren met het rechtssysteem die we kennen in Nederland. Tot slot zal ik door middel van een beknopte samenvatting tot een conclusie komen en daarmee antwoord geven op mijn hoofdvraag.

¹ Hypotheekrente nieuws, 11 september 2009

Hoofdstuk 2 Islamitisch financieren

2.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik een korte inleiding gegeven over mijn onderwerp en heb ik mijn probleemstelling geïntroduceerd. Financiële transacties zoals beleggen en hypothecaire leningen zijn in het westen ondenkbaar zonder rente. Hier ligt het knelpunt voor veel moslims. Volgens de Koran, het heilige boek van de Islam, is zowel het betalen als het ontvangen van rente verboden. Het verdienen van geld is alleen toegestaan met handelswaar en geld is een betaalmiddel. Het is echter mogelijk om een sterk functionerend financieel stelsel te hebben zonder dat rente er bij komt kijken.

Dit hoofdstuk zal centraal rond de deelvraag: *“Hoe manifesteert de Islam zich ten opzichte van financieringen?”* Om tot een conclusie te komen zal ik beginnen met de behandeling van het begrip Islamitisch financieren. Ik ga dieper in op het fenomeen en behandel de oorsprong en het gedachtegoed. Aangezien het verbod op rente zijn oorsprong vindt in de Islamitische wetgeving, zal ik het denkbeeld van de Shari’ah met betrekking tot financiële transacties de revue laten passeren. Tevens zal ik de verschillende vormen van Islamitische financieringen behandelen.

2.2 Shari’ah

Shari’ah betekent letterlijk ‘weg naar de bron’ en wil een duidelijk pad weergeven dat gevolgd dient te worden. Het Islamitisch rechtstelsel is niet het rechtstelsel zoals we dat kennen in het westen. Waar in het westen gebruik wordt gemaakt van verschillende wetboeken om conflicten te voorkomen of te beslechten is in het Islamitisch recht hier geen sprake van. De Shari’ah is in eerste instantie een religieus recht, omdat het verbonden is met de Islam en het aantoont hoe men om dient te gaan met menselijk handelen in wereldse en religieuze zaken. Het begrip Shari’ah wordt vaak één op één vertaald met ‘islamitisch recht’. Dit is echter onjuist, omdat het geen eenduidig begrip is. Juridisch is de Shari’ah geen alomvattend rechtstelsel, omdat het slechts beperkt is tot een aantal rechtsgebieden. Concreet kan de Shari’ah gezien worden als een vertaling van het geloof naar menselijk handelen met als doel het duidelijk maken van Gods wil voor iedere situatie denkbaar door gedragslijnen te stellen voor menselijk handelen.²

² A. van Bommel, *Islam, liefde en seksualiteit*, Amsterdam: Uitgeverij Bulaaq 2003, p. 238.

2.2.1 Bronnen

In het Nederlands recht kennen we een duidelijk onderscheid tussen verschillende rechtsgebieden, denk onder andere aan privaat -, publiek – of strafrecht. Een dergelijk onderscheid is er niet binnen het Islamitisch recht. De bronnen die worden gebruikt zijn een onderdeel van de Islam en dus religieus van aard. Voor de Shari’ah ligt de basis bij vier bronnen³ te weten: *De Koran*, *Soenna*, *Ijama* en de *Qiyas*. De eerste twee zijn de belangrijkste bronnen en de enige tekstuele bronnen. *Ijama* (consensus) en *Qiyas* (redeneren naar analogie) zijn geen tekstuele bronnen, maar wel erkende manieren van rechtsvinding die mogen worden toegepast op de heilige teksten.

Als belangrijkste bron geldt de Koran. Volgens de gelovige moslim is de Koran het letterlijk woord van Allah (swt) en bevat de beginselen voor de gelovigen. De Shari’ah wordt niet uitvoerig besproken in de Koran, maar is afgeleid uit de geboden en verboden die er wel in staan beschreven. Om deze reden wordt Koran dan ook beschouwd als de grondwet van een Islamitische samenleving. In de Koran staan slechts concepten beschreven, zoals beraadslaging (*Shoera*) of consensus (*Ijama*). Hier springt de Shari’ah bij die daar meer praktische invulling aan geeft.

Een andere belangrijke bron is de Soenna. De letterlijke vertaling van het woord betekent ‘traditie’ en geeft het voorbeeld van de profeet weer. Nadat de profeet overleed werd de traditie van navolging vastgelegd en ontstond het geschrift *Hadith*. Alle *Hadith* bij elkaar geven vorm aan de Soenna. Belangrijk is dat beide geschriften bronnen zijn voor nadere regelgeving en hierbij spelen geleerden een belangrijke en actieve rol.

Over de juiste leer van de islam werd vurig gedebatteerd. De twee partijen die tegenover elkaar stonden waren de traditionalisten die pleitten voor een zo letterlijk mogelijke interpretatie en de rationalisten die de menselijke rede hoog in het vaandel hadden staan. Over al hetgeen waar de Koran en de Soenna zich niet letterlijk over uitlieten, konden de geleerden zich beroepen op twee manieren van redenering. Het eerste is consensus, wat er op neer kwam dat de regels waar de geleerden het unaniem over eens waren, geaccepteerd werden als regel van de Shari’ah.

De tweede vorm is analogie en is gebaseerd op het syllogisme van de Grieken. Een goed voorbeeld hiervoor is het verbod op wijn die staat beschreven in de Koran⁴. De gedachte achter dit verbod, althans volgens de redenering, is om te voorkomen dat de menselijke geest beneveld raakt. Dit heeft er vervolgens toe geleid dat er op alle producten die benevelend werken eveneens een verbod geldt, zoals alcohol en drugs.

³ M.S. Berger, *Islam tussen recht en politiek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 15-23.

⁴ Surat Al-Ma’idah 5: 91

2.2.2 Shari'ah en het financieel stelsel

Volgens veel Islamitische schrijvers is de Islamitische kijk op de economie gebaseerd op drie beginselen.⁵ Het eerste beginsel is *Tawheed* (monotheïsme) en broederschap, een sociale rechtvaardigheid. Het tweede beginsel is dat de beloning op arbeid gelijkwaardig moet zijn aan de mate van arbeid die verricht is. Al hetgeen wat er meer wordt verkregen, wordt gezien als onrechtvaardig en verspilling. Het derde beginsel is het recht van de samenleving op het delen (redistributie) van persoonlijke welvaart, door middel van *zakat* (aalmoes). Dit neemt over het algemeen de vorm aan van 2,5 procent 'welvaart belasting' geheven over bezittingen die men minimaal een jaar in bezit heeft.

De Shari'ah heeft een invloed op het alledaagse leven van een moslim, de Shari'ah bevat namelijk een aantal restricties voor wat betreft financiële transacties. Hoofdzakelijk zijn de restricties met betrekking tot financieringen en investeringen gebaseerd op regels over *Riba* (rente), *Gharar* (risico, onzekerheid) en *Maysir* (gokken). Het principe is dat exploiterende contracten gebaseerd op rente of oneerlijke contracten die onnodige risico's, speculaties of gokken bevatten, niet rechtvaardig ten uitvoer gelegd kunnen worden.

Om het Islamitisch financieel stelsel slechts als een systeem aan te merken zonder rente is niet correct. Het systeem dient bekeken te worden in de context van de Islam en de Shari'ah als een systeem dat een gelijke nadruk legt op ethische, morele, sociale en religieuze dimensies om zo een evenwichtig en eerlijk mogelijke samenleving te creëren als geheel.⁶

Het verbod op Riba

Gedurende 1400 jaar discussiëren moslims en Islamitische geleerden over de betekenis van het woord Riba. Een stroming binnen de Islam zegt dat het staat voor woeker of overbelasting. Deze stroming is van mening dat het verbod op Riba niet van toepassing is de hedendaagse rente, aangezien deze geen overbelasting van rente bevat, zoals het geval is met woekerrente.⁷ Bovendien stelt deze stroming dat het onmogelijk is om rente te verbieden omdat er geen consensus is die Riba gelijkstelt aan rente. Echter de grote meerderheid van de Islamitische geleerden gedurende de geschiedenis van Islamitische jurisprudentie, is het niet eens met deze interpretatie van Riba en zijn van mening dat elke hoeveelheid boven het principiële gezien wordt als Riba en dat daarom rente in zijn geheel verboden is. Deze stroming is van mening is dat er geen consensus nodig is wat dit betreft, omdat het verbod op

⁵ M.U. Chapra, "The Future of Economics," *The Islamic Foundation*, VK 2000.

⁶ Z. Iqbal, "Islamic Financial Systems," *Finance and Development*, IMF Washington, D.C. 1997.

⁷ Mahmoud Gamal, "Interest" and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance', *Fordham International Law Journal* 2003-2004, p. 108 e.v.

Riba direct naar voren komt in de Koran en de Soenna. Het feit dat er geen consensus over bestaat maakt het een van de moeilijkste en meest bediscussieerde verboden binnen de Islam.

De achterliggende gedachte waarom de meerderheid van de geleerden zich negatief uitlaat over rente is dat het niet verdiend wordt.⁸ De moeilijkheid zit hem in het feit dat het niet alleen een vergoeding is voor het risico dat de geldverstrekker loopt, maar voornamelijk een vergoeding is voor de tijd dat de geldverstrekker geen beroep kan doen op zijn geld.⁹ Hij lijdt hiermee een subjectief verlies en als dit niet verwerkt in zijn rente component, wordt hij niet vergoed voor dit verlies. Het is dan ook voornamelijk de compensatie voor dit tijdcomponent wat de meerderheid aanmerkt als Riba. Iemand die geld uitleent zou dat niet moeten doen om er zelf beter van te worden maar vanuit liefdadigheid jegens de benodigde.¹⁰ Dit standpunt wordt echter weer tegen gesproken door de liberalen. Zij zijn van mening dat het tijdcomponent niet het omschrijvende element is van het begrip Riba. Volgens hen is dit component niet alleen toegestaan (*halal*) binnen de handel, maar ook in de financiering. Zolang er maar geen sprake is van overbelasting of boete wanneer de schuldenaar niet in staat is om af te lossen.¹¹ Sterker nog indien dit niet zou gebeuren zou dit voor de geldverstrekker een subjectieve vermindering van zijn kapitaal betekenen. Ook dit wordt gezien als Riba aangezien hij minder 'subjectieve' waarde terug krijgt voor het uitstel.¹²

In de Koran wordt er meerdere keren gesproken over Riba. Zoals gebruikelijk in de Koran worden geboden in fases opgeleverd.¹³ Met het verbod op Riba was dit dan ook niet anders. In de laatste overlevering met betrekking tot Riba wordt er nadrukkelijk gesproken over het verbod (Appendix, 1.1). Door het terugnemen van meer of minder dan je kapitaal betekent dat er praktisch nog steeds sprake is van Riba, toename van het kapitaal (veroorzaken van onrechtvaardigheid), afname van het kapitaal (slachtoffer van onrechtvaardigheid). De liberalen refereren echter naar dezelfde vers om aan te tonen dat rente de 'subjectieve' afwaardering van het kapitaal weg neemt. Hier voegen ze aan toe dat indien deze afwaardering niet wordt gecompenseerd het kapitaal waarde verliest, wat dus gelijk is aan Riba.¹⁴

Ook in de Hadith wordt er meerdere keren gesproken over Riba, een aantal gaan over de zonde zelf en een aantal gaan over wat Riba is (Appendix, 1.2). Door middel van analogie

⁸ M.T. Usmani, *An introduction to Islamic Finance*, 2002, p. 44-45.

⁹ E. Von Böhm-Bawerk, *Capital and Interest*, Libertarian Press 1959.

¹⁰ H. Chara, *Islamic Finance in the Netherlands*, Rotterdam 2009, p. 18

¹¹ H. Chara, *zie noot 10*, p. 18

¹² A. Imad-ad-Dean, *"Islam, Liberty and Free Markets"*, East Lansing 1993, p.273

¹³ Geboden werden in fases opgeleverd om zodoende rekening te houden met de samenleving. Een goed voorbeeld is het verbod op wijn. Dit verbod werd niet ineens opgelegd, maar langzaam geïntegreerd. Zo was het in de eerste fases slechts verboden om onder invloed het gebed te verrichten, waarna het langzaam opliep naar een algemeen verbod. Dit werd gedaan om bijvoorbeeld verslaafden te ontzien en de drempel te verlagen om uiteindelijk te geloven.

¹⁴ A. Imad-ad-Dean, *zie noot 12*, p. 273

leiden geleerden van deze Hadith af dat geld ook één van de goederen is waar naar wordt gerefereerd en dat er dus mee gehandeld moet worden in gelijke hoeveelheden. Elke vorm van overtreding van de gegeven Hadith zal leiden tot een van de twee verboden: Riba bestaande uit een surplus dat een ontstaat door de uitwisseling van goederen, zoals een verschil in maat en gewicht (*Riba al-fadl*).¹⁵ Riba bestaande uit een surplus door de handel in goederen als gevolg van tijdsverloop, zoals het aflossen van een schuld in de toekomst met rente (*Riba al-nasi'ah*).¹⁶ Daarnaast zijn er Hadith geleverd over mensen die handelen in Riba (Appendix, 1.3). Hier wordt duidelijk gemaakt dat niet alleen het ontvangen van Riba haram is, maar ook het betalen, getuigen zijn van en het documenteren er van. Dit brengt veel complicaties met zich mee voor iedere moslim en vooral diegene die niet de mogelijkheid hebben om zich bezig te houden met Islamitisch financieren.

Het verbod op Gharar en Maysir

De beste vertaling van het woord Gharar is onzekerheid of risico. Maysir betekent gokken. In tegenstelling tot Riba ziet het er naar uit dat er een consensus is onder de Islamitische geleerden voor wat betreft de betekenis van Gharar en Maysir. Een contract waarin sprake is van Gharar en of Maysir wordt dan ook als niet-bindend en ongeldig aangemerkt.¹⁷ Er zijn verscheidene Hadith met betrekking tot Gharar (Appendix, 2.1). De geleerden concludeerden dat het gaat om de verkoop van producten die een bepaalde vorm van onzekerheid met zich meebrachten. Het is in iedere situatie in het belang van de deelnemende partijen om zeer specifiek te zijn over hetgeen wat wordt verkocht en tegen welke prijs.¹⁸ Wel kan er op een bepaalde manier meer zekerheid worden gebracht in een bepaalde situatie. Zo kan er in het voorbeeld van de duiker een vaste prijs betaald worden voor een vaste periode, waarin de duiker vervolgens zal werken voor de andere partij. Al hetgeen de duiker vervolgens vangt, behoort toe aan de koper. In dit geval is het duidelijk wat er wordt verkocht, namelijk het werk van de duiker.

Het is in veel gevallen mogelijk om Gharar te voorkomen door voorzichtig te zijn met het formuleren van het te verkopen object. Hoe hoger de risicofactor van een transactie hoe meer het zal lijken op Maysir (Appendix, 2.2). Echter ook dit verbod brengt complicaties met zich mee, omdat het een relatief begrip is. Een verkoop is alleen verboden wanneer Gharar een grote rol speelt. Een klein risico, zorgt er niet voor dat het gehele contract ongeldig is,

¹⁵ H. Visser, *Islamic finance*, Amsterdam: NIBESVV 2004, p. 22

¹⁶ H. Visser, *zie noot 14*, p. 21

¹⁷ M.K. Lewis, L. M. Algaoud, *Islamic banking*, Cheltenham UK:Edward Elgar 2001, p. 197

¹⁸ M. El-Gamal, "An Economic Explication of the Prohibition of Gharar in Classic Islamic Jurisprudence." *Proceedings of the Fourth international Conference on Islamic Economics and Finance*, 2000.

immers een contract kan nooit geheel vrij zijn van risico's. Waar precies de grens ligt voor de rechtsgeldigheid van een contract was ook voor een lange tijd onderwerp van discussie. De Islamitische geleerde Al Darir heeft in 1997 lijst van vier voorwaarden opgesteld waar een contract aan moet voldoen wil het als Gharar kwalificeren. Ten eerste moet het risico hoofdzakelijk aanwezig zijn. Als tweede geldt dat het contract een financieel contract moet zijn. Het moet gaan om daadwerkelijke verkopen en niet om giften of liefdadigheidscontributies. Een derde voorwaarde is dat het Gharar van invloed moet zijn op de voornaamste componenten van het contract. Gedacht kan worden aan de prijs, het object van verkoop, taal van het contract, etc. De laatste voorwaarde is dat er geen behoefte wordt vervuld met het contract dat risico bevat, wat niet op een andere manier vervuld kan worden.

In de praktijk zijn er twee gebieden waar Gharar het meeste invloed op heeft. Dat zijn de verzekeringen en de financiële derivaten.¹⁹ Volgens de Islamitische leer zijn dergelijke contracten onduidelijk. In het geval van de verzekeringen kan men premies hebben afgedragen zonder gebruik gemaakt te hebben van het product of men maakt zodanig gebruik van de producten dat de kosten hoger zijn dan de premies. Het doet niet onder aan het feit dat beide partijen zich vrijwillig aan elkaar committeren. De transacties zijn namelijk niet gebaseerd op rechtvaardigheid en gelijkheid.²⁰ Wel kent de Islamitische leer een variant hierop, namelijk de *Takaful*. Een tweede vorm van contracten waarbij Gharar een grote rol is toebedeeld zijn forwards, futures, opties en andere financiële derivaten. Ook hier is, volgens de Islamitische leer, de onzekerheid helder en kwalificeert het als Gharar en soms zelfs Maysir.

2.3 Financiële instrumenten²¹

Mudaraba

Mudaraba, ook wel *qirad genoemd*, kan worden gezien als een vorm van een commanditaire vennootschap tussen de financier en de cliënt. De financier, de *rabb al-mal*, levert al het benodigde kapitaal voor een bepaald project terwijl de andere partij, de *mudarib*, zorgt voor het management en brengt zijn arbeid en expertise in. De geldverstrekker is hier dus een stille vennoot terwijl de *mudarib* kwalificeert als beherend vennoot. De financier wordt geen aandeelhouder en met betrekking tot de aansprakelijkheid staat hij ook niet in voor de bestaande schulden die de vennootschap of project heeft. In die zin kunnen we zijn positie beter omschrijven als winstgerechtigde, volgens artikel 3.3 lid 1a Wet op de

¹⁹ H. Chara, zie noot 10, p. 26

²⁰ De islamitische leer ziet het als niet rechtvaardig om premies af te staan, terwijl daar geen gelijkwaardige tegenprestatie voor tegenover staat. Dit geldt ook voor de omgekeerde situatie wanneer er relatief te weinig premies worden afgedragen.

²¹ M. El Gamal, "Interest" and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance', Fordham International Law Journal 2003-2004, p. 117 e.v.

Inkomstenbelasting 2001 (hierna Wet IB 2001). Beide partijen spreken van te voren af hoe de winstverdeling er uit komt te zien. Waardoor er geen ruimte bestaat voor anonimiteit. Elk financieel verlies wordt geheel gedragen door de geldverstrekker. De mudarib kan niet aansprakelijk worden gesteld voor financiële verliezen, omdat in de Islam men niet iets kan verliezen wat men niet in heeft gebracht. Mudaraba wordt gebruikt bij handelsfinancieringen en investeringsprojecten die een korte rijpingsperiode kennen, maar komt niet vaak voor. Dit heeft te maken met het hoge risico dat de financier loopt, dit maakt bijvoorbeeld de Musharaka financiering aantrekkelijker.

Musharaka

Een variant op de Mudaraba is de *Musharaka*. In deze constructie is er sprake van een samenwerkingsverband tussen de geldverstrekker en de cliënt, met betrekking tot de financiering. De cliënt genereert een deel van de financiën en de partijen delen dan samen in zowel de winsten als de verliezen, evenredig naar een deelname. Dus ook de cliënt deelt in dit geval in de risico's. We zien dat, in tegenstelling tot de Mudaraba, zowel de financier als de cliënt aansprakelijk kunnen worden gesteld, echter voor niet meer dan hun eigen inbreng. Musharaka financieringen worden gebruikt bij lange termijn projecten, maar ook bij projecten waarbij een flexibele manier van financiering is vereist of bij het leveren van werkkapitaal. Om gebruik te maken van een Musharaka financiering, is het opzetten van een joint venture vereist. We zien hier een nieuw lichaam ontstaan die als een onafhankelijke partij fungeert. Deze variant is hierdoor beter te vergelijken met een vennootschap onder firma. Het aandeel van de financier kan variëren, de SHB²² in Saudi Arabië deelt meestal voor 80 - tot 90 procent mee in het project.

Een speciale vorm van Musharaka, die gebruikt wordt bij het financieren van een huis, is de *Musharaka Mutanaqissa*. Deze staat ook wel bekend als de verdwijnende vennootschap tussen de geldverstrekker en de cliënt. Hierbij koopt de financier de onroerende zaak met eigen middelen en een contributie van de cliënt. Vervolgens betaalt de cliënt maandelijks een bedrag waardoor zijn aandeel in het eigendom toeneemt terwijl die van de bank afneemt. Tot slot krijgt de cliënt dus het volle eigendom over het pand. Om er voor te zorgen dat het Gharar- verbod niet in gevaar komt, zal de verkrijging geschieden tegen historische kostprijs. De koper zal overigens een vergoeding moeten betalen aan de financier, voor haar deel in het eigendom waar de koper het vruchtgebruik van heeft. De vergoeding zal gebaseerd zijn op een geaccepteerde rente-index.²³

²² 'Saudi Hollandi Bank', de eerste grote bank van Saudi Arabië die ten tijde de rol van Centrale Bank op zich nam.

²³ Deze rente index, LIBOR, wordt besproken in §2.3 Murabaha.

De Musharaka vertoont verder dezelfde kenmerken als de Mudaraba financieringsvorm.

Murabaha

De *Murabaha* is de meest voorkomende vorm van financieren en wordt voornamelijk gebruikt voor financieringen op de korte termijn. Het is gebaseerd op een koopcontract en hanteert een cost-plus systeem. De bank koopt het goed, tegen de waarde in het economisch verkeer, met geheel eigen financiën en verkoopt deze vervolgens aan de cliënt voor de oorspronkelijke prijs plus een mark-up.²⁴ De terugbetaling, van het vooraf vastgestelde bedrag, geschiedt meestal in termijnen. De geldverstrekker kan dan eigenaar blijven van het goed totdat de cliënt de laatste verschuldigde termijn heeft voldaan, hij kan er echter ook voor kiezen om het geheel direct te leveren aan de koper. Om nadeel te voorkomen kan de bank, als investeerder, zekerheidsrechten bedingen ter zake van de terugbetaling. De winstopslag van deze kredietverstrekking komt in de buurt van rente. Echter wordt deze door de meeste Islamitische geleerden niet in strijd geacht met de Shari'ah. De bank heeft namelijk een risico genomen door het goed te kopen en theoretisch gezien kan deze tussen de koop en de verkoop tenietgaan. Daarnaast is de bank aansprakelijk voor eventuele verborgen gebreken.²⁵

Vanwege het feit dat deze winstopslag lijkt op rente is er een minderheid die vindt dat de opslag een verkapte vorm van rente is, omdat het tijdsbestek dat de geldverstrekker risico loopt zeer kort is. Echter zal de financier veelal een aantal diensten verrichten, zoals het bemiddelen, waarvoor hij een tegenprestatie voor mag vragen. Deze winstopslag mag echter geen tegenprestatie zijn voor het ter beschikking stellen van financiering aan de koper. Voor de winstopslag wordt de LIBOR (London Interbank Offered Rate) als 'benchmark' aangehouden. Aangezien dit een algemeen aanvaard percentage is, zal deze als zakelijk kunnen worden aangemerkt. Een belangrijk punt wat gemaakt moet worden is dat de financier niet direct met de cliënt een contract kan afsluiten, omdat de financier het goed nog niet in bezit heeft. De financier zou een te groot risico lopen, wat het contract niet-bindend zou maken in verband met Gharar. De cliënt dient dan een *wa'ad* (eenzijdige belofte) te doen, om het goed van de financier te kopen. Deze belofte is bindend.

In tegenstelling tot voorgaande financieringsvormen neigt de Murabaha meer de vorm van een kredietverstrekking aan te nemen dan een samenwerkingsverband. Deze vorm komt

²⁴ De mark-up kan gezien worden als vergoeding voor de diensten die bank verleend, extra kosten die in rekening zijn gebracht denk aan de overdrachtbelasting maar ook als een gegarandeerd winstmarge.

²⁵ M. El Gamal, zie noot 19, p. 67

het meest in de buurt van de conventionele manier van financiering, dit is dan ook de reden voor de populariteit bij de Islamitische banken. De kern van een Murabaha financiering is dat de cliënt direct zowel het juridisch als economisch eigendom verkrijgt. Hoewel ongebruikelijk kunnen wel veronderstellen dat een dergelijke financiering ook te gebruiken is binnen een concern of voor de financiering van een overname. Dit zou moeten worden gekwalificeerd als overname tegen schulderkenning. Op het gebied van de fiscale positie van de Murabaha lijkt deze het meest op de conventionele manier van financiering, waarbij de mark- up in vergelijking moet worden getrokken met rente. Hier zal ik later in dit onderzoek verder op in gaan.

Istisna en Bai Salam

Istisna en *Bai Salam* zijn beide vormen van vooruitbetalingen voor een goed. *Istisna* is een variant op de Murabaha. Deze financiering wordt gebruikt als projectfinancieringen, waarbij het gaat om toekomstige zaken. Te denken valt aan te bouwen projecten. Zo betaalt de financier een derde partij, die het project bouwt, gedurende de vervaardiging van het goed. De financier maakt dus kosten alvorens hij winsten genereert. Dit zorgt ervoor dat hij voor de bepaling van zijn winst dit mag meenemen in het kader van het goedkoopmansgebruik. Vervolgens verkrijgt de financier het goed zodra deze gereed is en levert het daarna aan de cliënt op dezelfde manier als het gaat bij Murabaha. Dit geldt eveneens voor zijn fiscale behandeling. We zien hier dat er een uitzondering is gemaakt in de Islamitische jurisprudentie. Er wordt namelijk een contract afgesloten voor een goed dat nog niet bestaat en hierdoor dus Gharar is. De uitzondering is gemaakt op basis van Qiyas (analogie) en *Istihsan* (billijkheid) (Appendix, 3.1). Ook Bai Salam is een vooruitbetaling voor een goed dat later door de verkoper wordt geleverd. De klassieke situatie vloeide voort uit een vooruitbetaling voor de oogst van een boer. Deze vooruitbetaling zorgde ervoor dat de boer zaad en mest kon kopen om vervolgens het goed te vervaardigen. Tot slot verkoopt de boer de vervaardigde zaak.

Om Gharar te vermijden moeten de goederen bestaan wanneer het contract wordt opgesteld. Het moet vast staan en zowel de kwaliteit als de kwantiteit dient dan te worden gespecificeerd. Het precieze verschil met *Istisna* ligt hem in het feit dat *Istisna* in delen mag worden betaald terwijl bij Bai Salam het bedrag direct in zijn geheel wordt voldaan. Bai Salam wordt voornamelijk gebruikt bij agrarische producten terwijl *Istisna* gebruikt wordt bij fabricage of constructie contracten. Enige onzekerheid heerst of het voldoende is dat de goederen aanwezig zijn ten tijde van de levering en wat de minimumperiode van de transactie is.

Ijara en Ijara wa Iqtina

Een tweede populaire manier van financiering is *Ijara*. Het is gelijk aan de operational lease en wordt voornamelijk gebruikt ter financiering van machines, voertuigen, luchtvaartuigen en gebouwen. Het goed wordt gekocht door de financier en verhuurt deze vervolgens aan de cliënt. Een belangrijk punt is dat gedurende de hele lease periode, de geldverstrekker wel eigenaar blijft. Daarnaast is het ook niet de bedoeling dat de financier het goed koopt door middel van een lening en zijn cliënt vervolgens door *Ijara* zijn rente laat betalen. De lessor draagt alle verantwoordelijkheid die voortvloeit uit het eigendom van het goed, echter de verantwoordelijkheid van het vruchtgebruik ligt bij de lessee.

Ijara wa Iqtina is de variant op de *Ijara*. Het betreft hier hetzelfde principe als bij financial lease. Elke betaling bevat een gedeelte dat bijdraagt aan de uiteindelijke aanschaffing van het product en de overgang van het eigendom. De lessee krijgt hierbij het recht om na afloop van de lease periode het product over te nemen voor een bepaalde prijs.

We zien dat het juridisch eigendom rust bij de lessor en het economisch eigendom bij de lessee. In de tweede variant zal na de laatste betalingstermijn het juridisch eigendom overgaan op de lessee. Tevens kan worden beargumenteerd dat de economische eigendom al overgaat voordat de koper over het goed beschikt. Dit heeft te maken met de eerder genoemde *wa'ad*. Immers de koper geeft een zekerheid af dat de toekomstige waardeontwikkelingen worden geëffectueerd.²⁶

Muqarada/Sukuk obligaties²⁷

Muqarada obligaties, ook wel bekend als *Sukuk*, zijn Islamitische vormen van obligaties. Dit klinkt tegenstrijdig aangezien er geen rente mag worden bedongen op deze contracten. Deze obligaties bestaan pas sinds 2002 en deden voor het eerst hun intrede in Indonesië, Maleisië en Bahrein. De uitgever van de obligatie verkoopt de obligatie aan een groep investeerders. Vervolgens wordt deze weer, voor bepaalde termijn, terug verhuurd aan de uitgever tegen een van tevoren besloten bedrag. Net zoals het geval was bij *Murabaha* wordt er een marge overeengekomen die gebonden is aan de LIBOR. De uitgever komt daarna overeen met de groep om de obligatie in de toekomst à pari terug te kopen.

Om er voor te zorgen dat men niet in een situatie terecht komt waarin de handel in obligaties, betrekking zal hebben op de ruil van geld voor claims op geld (welke haram zullen zijn wanneer dit niet à pari is overeengekomen, *Riba al-fadl*), moeten de obligaties

²⁶ A. Ettafahi, *De inpasbaarheid van islamitische woningfinancieringscontracten in de eigenwoningregeling*, Sdu:Forfaitair 2010/02

²⁷ H. Visser, *zie noot 14*, p.35

ondersteunt worden door echte bezittingen. In de ideale situatie zouden ze er gericht op moeten zijn om inkomen te genereren voor een nieuw project, die los staat van de activiteiten waar het bedrijf zich mee bezig houdt. Winsten zouden dan verdeeld moeten worden aan de hand van vooraf vast gestelde marges. Dit zou dan betekenen dat een Muqarada obligatie financiering een vorm van Mudaraba financiering wordt.

Een belangrijk verschil is dat, volgens de Islamitische leer, schuldbewijzen alleen mogen worden verhandeld voordat de financiering is gedaan. Deze dienen dan te worden vastgehouden tot het einde van de looptijd. Dit zorgt ervoor dat het verhandelen tegen marktprijzen zeer lastig wordt, omdat ieder prijsverschil gezien wordt als Riba. In hoeverre de obligaties vrij verhandelbaar is lastig te bepalen. Er wordt immers niet gezegd dat de toestemming van de mededeelgerechtigden voor de handel vereist is. Islamitische contracten zijn echter gebaseerd op vertrouwen tussen de financier en de cliënt, wat tot gevolg heeft dat de toegankelijkheid tot projecten enigszins wordt beperkt.

2.4 Conclusie

De Islamitische kijk op de economie gebaseerd op drie beginselen te weten *Tawheed* (monotheïsme) en broederschap, de beloning op arbeid gelijkwaardig moet zijn aan de mate van arbeid die verricht is, het recht van de samenleving op het delen (redistributie) van persoonlijke welvaart, door middel van *zakat* (aalmoes). Deze beginselen zijn afkomstig van de Shari'ah, welke gebaseerd is op een viertal bronnen, namelijk *de Koran*, *Soenna*, *Ijama* en de *Qiyas*. De Shari'ah bevat een aantal restricties voor wat betreft financiële transacties. Hoofdzakelijk zijn de restricties met betrekking tot financieringen en investeringen gebaseerd op regels over *Riba* (rente), *Gharar* (risico, onzekerheid) en *Maysir* (gokken). Het principe is dat exploiterende contracten gebaseerd op rente of oneerlijke contracten die onnodige risico's, speculaties of gokken bevatten, niet rechtvaardig ten uitvoer gelegd kunnen worden. Islamitische contracten worden dan ook op een andere manier opgesteld dan de conventionele contracten. Met de beginselen en de Shari'ah wetgeving als basis worden de meeste contracten opgesteld door middel van een samenwerkingsverband tussen de financier en de uiteindelijke koper of een vorm die lijkt op de conventionele contracten. Hierbij wordt er gewerkt met hetzij een vergoeding of marge die gebaseerd is op de LIBOR.

Hoofdstuk 3 Winstdrainage door renteaftrek

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik het begrip Islamitisch financieren besproken. Ik heb het gehad over de oorsprong en de gedachtegoed. Tevens heb ik de invloeden van de Shari'ah op het financiële systeem en de bronnen die worden gebruikt de revue laten passeren. Tot slot heb ik de voornaamste soorten Islamitische contracten behandeld.

Dit hoofdstuk zal centraal staan om de deelvraag: *“Hoe laat de Nederlandse fiscale wetgeving zich uit over de behandeling van winstdrainage?”* Hierbij zal ik in het kort in gaan op het begrip winstdrainage en haar oorsprong in de jurisprudentie betreffende *fraus legis*. Verder zal ik de renteaftrek binnen de Wet VPB 1969 aan de orde stellen om een duidelijk overzicht te creëren in het kader van mijn onderzoek.

3.2 Renteaftrek binnen de Wet VPB 1969

Binnen het stelsel van de winstbelasting vindt er een verschillende behandeling plaats tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. De vergoeding voor de terbeschikkingstelling van vreemd vermogen (rente) is aftrekbaar, terwijl de vergoeding voor de terbeschikkingstelling van eigen vermogen (dividend) niet aftrekbaar is. De aftrek mogelijkheid van rente volgt uit het winstbegrip (3.2.1). Dit geldt eveneens voor het feit dat dividend niet aftrekbaar is.²⁸ Dit verschil zorgt er voor dat er ruimte ontstaat voor arbitrage. Bij een winstverschuiving is het namelijk interessant om inkomsten zo laag mogelijk belast te hebben en de uitgaven zo hoog mogelijk. Financieringen zijn hierbij handige instrumenten in verband met het feit dat deze relatief eenvoudig te verplaatsen zijn.

Het verschil in de benadering is omstreden en in de literatuur wordt dan ook veel gepleit voor de opheffing van dit verschil. Zo noemt Cnossen dit verschil “een bron van verstoring, discriminatie en sociaal improductieve belastingarbitrage”²⁹ en Stevens zelfs “de meest in het oog springende onevenwichtigheid van de Nederlandse vennootschapsbelasting”³⁰.

3.2.1 Winstbegrip

De hoofdregel voor het bepalen van de winst staat beschreven in artikel 3 lid 8 Wet IB 2001, welke volgens artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969 ook op de vennootschapsbelasting van

²⁸ A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, FM 65, blz. 10

²⁹ S. Cnossen, *Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie*, WFRWFR 199

³⁰ L.C.M. Stevens, *Fiscale beleidsnotities 2005*, WFR 2004/6593, blz. 1363 e.v., op blz. 1375

toepassing is. Deze wet is van toepassing op de winst van lichamen. Volgens deze bepaling omvat winst het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm dan ook, worden verkregen uit een onderneming. Dit wil zeggen dat alleen de voordelen die worden gegenereerd vanuit de bedrijfsvoering, tot de winst gerekend worden. Eventuele veranderingen in de kapitaalsfeer vallen daar dus niet onder. Alleen de kosten die slechts in het zakelijk belang van de onderneming zijn gemaakt, zijn aftrekbaar.³¹ Dit geldt ook voor de rente op schulden, deze zijn slechts aftrekbaar indien de schulden ter financiering van het ondernemingsvermogen dienen.³²

3.2.2 Kwalificatie financiering

Rente is de periodieke vergoeding van leenvermogen. Het is winst voor belasting, terwijl dividend een uitkering betreft na de vaststelling van de winst.³³ Rente is echter niet altijd aftrekbaar. Om te toetsen of de rente mag worden afgetrokken dient aan een aantal voorwaarden te worden voldaan. Als eerst moet er worden getoetst of er überhaupt sprake is van vreemd vermogen, in andere woorden de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking dient te worden bekeken. Voor 2007 had de Hoge Raad, in het zogenoemde Unilever- arrest, zich hierover uitgesproken en beslist dat de civielrechtelijke vorm, in beginsel, leidend is.³⁴ Op deze hoofdregel noemt de Hoge Raad een aantal uitzonderingen. Indien partijen, civielrechtelijk, een lening overeenkomen, maar deze werkelijk een kapitaalverstrekking beogen dan is er sprake van een schijnlening. Nog een uitzondering is wanneer een financier onder zodanige voorwaarden een lening verstrekt dat deze feitelijk zal deelnemen in zijn schuldenaar, (deelnemerschapslening). Een derde uitzondering is de bodemloze put lening. Hier is sprake van wanneer de schuldeiser – in zijn hoedanigheid als aandeelhouder – onder zodanige omstandigheden een overeenkomst afsluit dat het op voorhand duidelijk moet zijn geweest dat de vordering geheel of ten dele niet zal worden terugbetaald. In het geval dat een van de uitzonderingen van kracht is wordt de lening gekwalificeerd als een kapitaalverstrekking en is de rente niet aftrekbaar.

Wanneer er wordt geconstateerd dat er fiscaalrechtelijk sprake is van vreemd vermogen dan dient vervolgens de zakelijkheid van de voorwaarden van de lening worden getoetst. In het geval de vergoeding onzakelijk hoog is, dan is er sprake van een winstuitdeling voor het excessieve deel van de vergoeding. Gevolg is dan dat het niet-

³¹ HR 14 juni 2002, nr. 36 453, *BNB 2002/290*

³² HR 26 april 1989, nr. 24 446, *BNB 1989/217*

³³ O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek: (artikel 10a Wet op de Venootschapsbelasting 1696 na renteaftrek na 'Werken aan winst')*, Deventer: Kluwer 2008, p. 5

³⁴ HR 27 januari, nr. 23 919, *BNB 1988/217*

zakelijke deel van aftrek wordt uitgesloten. Naast deze voorwaarden voor een lening geldt tevens dat er onder andere geen sprake mag zijn van *fraus legis* (3.4) en winstdrainage in de zin van artikel 10a Wet VPB 1969 (3.5).

3.3 Winstdrainage

Het fenomeen ‘winstdrainage’ kan worden beschreven als het op kunstmatige wijze creëren van schuldverhoudingen ter verijdeling van vennootschapsbelasting.³⁵ Dit behelst het kunstmatig aantrekken van vreemd vermogen, door bijvoorbeeld het, onder bepaalde omstandigheden, schuldig blijven van financiën in het kapitaalverkeer tussen een aandeelhouder en een vennootschap, het intern (binnen het concern) rond laten gaan van gelden en de financiering van overnames met schulden binnen het concern. Het is een artificieel geheel van rechtshandelingen waardoor op Nederlandse winsten lasten drukken, zonder dat hier (effectief) belaste baten tegenover staan. Op deze manier wordt de Nederlandse belastinggrondslag uitgehold, wat de wetgever en de uitvoerende macht, de fiscus, proberen te voorkomen en te bestrijden. De wetgever doet dit door wetten en regels op te stellen om de renteaftrek te beperken of te weigeren op schulden die te maken hebben met besmette transacties. Baserend op *fraus legis* en sinds eind 1996 op verschillende wettelijke bepalingen ziet de fiscus op de uitvoering hiervan. Artikel 10a Wet VPB is per 2007 ingrijpend gewijzigd en is een van genoemde bepalingen. Dit artikel staat in dit onderzoek centraal en hier zal ik verder in dit hoofdstuk nader op in gaan.

3.4 *Fraus legis*

De wetgever trok tot 1997 ten strijde tegen winstdrainage met behulp van het leerstuk van de *fraus legis*. Dit leerstuk is afkomstig uit het ‘driedagenarrest’, *HR 26 mei 1926, NJ 1926, 723*, waarin de Hoge Raad elementen naar voren bracht die samen voor de toepassing van het leerstuk zorgden.³⁶ Deze leer werd in 1984 door de Hoge Raad bevestigd in *HR 21 november 1984, nr. 22 092, BNB 1985/32*. In dit arrest wordt *fraus legis* aanwezig geacht op grond van de volgende omstandigheden: het bereiken van een aanzienlijke belastingbesparing is in overwegende mate het motief geweest voor het sluiten van de transacties (motiefvereiste); buiten het beoogde fiscale voordeel, vervulden de transacties voor de belastingplichtige geen reële, praktische rol; indien de renteaftrek wel zou worden verleend zou doel en strekking van de wet worden miskend (normvereiste).

³⁵ O.C.R. Marres, *zie noot 33*, p. 1

³⁶ Cursus Belastingrecht, 7.3.2 *Fraus Legis*

Fraus legis zorgt er voor dat de verrichte rechtshandelingen die niet onder het bereik van de wettelijke bepalingen vallen, toch onder de wettelijke norm vallen, tenzij de ontwijking daarvan niet in strijd is met zijn doel en strekking.³⁷ Strikt gezien wordt de regel dus niet uitgebreid, maar de rechtshandelingen die buiten de voorwaarden vallen, worden verplaatst naar binnen de voorwaarden. Echter is wel vereist dat deze rechtshandelingen uitsluitend of vrijwel uitsluitend zijn verricht ter ontwijking van de wettelijke norm.

3.5 Artikel 10a Wet VPB 1969

Uit de vorige paragraaf is beschreven wanneer er sprake is van fraus legis. In het geval van winstdrainage is hier sprake van wanneer een belastingplichtige een aftrekpost opvoert die een economische betekenis ontbeert. De wetgever heeft hierop gereageerd door artikel 10a Wet VPB 1969 in het leven te roepen. Dit artikel is een codificatie en modificatie van jurisprudentie die het doel en de strekking van de wet vooropstelt.

3.5.1 Doel en strekking

Als basisprincipe geldt dat de rente op schulden slechts aftrekbaar zijn indien de schulden ter financiering van het ondernemingsvermogen dienen. Wanneer deze financieringsfunctie ontbreekt, door bijvoorbeeld het ontbreken van een norm en motief (3.4), komt de renteaftrek in strijd met doel en strekking van de wet en behelst de fraus legis jurisprudentie een renteaftrekbeperking. Deze beperking beoogt artikel 10a Wet VPB vast te leggen. In andere woorden heeft dit artikel een beschermingsfunctie: het beschermt naleving van doel en strekking van de wet en vormt het sluitstuk van een wettelijk systeem waarvan de grondlijnen door het winstbegrip zijn getrokken.³⁸

3.5.2 Het mechanisme

De wetgever besloot om eind 1996 een anti- winstdrainage bepaling in de wet op te nemen: Artikel 10a Wet VPB 1969. Winstdrainage zorgt er voor dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold en dit artikel is er op gericht om deze uitholling tegen te gaan door in een aantal situaties de aftrek van rente uit te sluiten. Deze situaties worden aangeduid als besmette rechtshandelingen en staan gedefinieerd in het eerste lid van dit artikel. Deze definities hebben een dubbele betekenis.³⁹ In eerste instantie kan uitsluiting van renteaftrek betrekking hebben op schulden die de belastingplichtige aangaat met betrekking

³⁷ Cursus Belastingrecht, 7.4.1 Rechtsvinding en fraus legis

³⁸ O.C.R. Marres, *zie noot 33*, p. 55

³⁹ Cursus Belastingrecht, 2.2.3 Winstdrainage en de bestrijding daarvan (art. 10a)

tot besmette rechtshandelingen die zij zelf verricht. Daarnaast kan de uitsluiting van renteaftrek betrekking hebben op schulden die de belastingplichtige aangaat met betrekking tot besmette rechtshandelingen die door een verbonden lichaam worden verricht.

De eerste besmette transactie is de uitkering van een dividend, terugbetaling van kapitaal of het inkopen van aandelen direct of indirect, rechtens dan wel in feite van een verbonden lichaam (art. 10a, lid 1a Wet VPB 1969). Dit wordt ook wel een ‘kasrondje’ genoemd en is de meest zuivere vorm van omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen. Een tweede besmette rechtshandeling is een kapitaalstorting in een verbonden lichaam (art. 10a, lid 1b Wet VPB 1969). Als laatste besmette rechtshandeling geldt de situatie waarin een belang in een ander lichaam wordt verworven (art. 10a, lid 1c Wet VPB 1969). Het lichaam wordt aldus, door de verwerving of uitbreiding, verbonden met de belastingplichtige. Dit behelst dus zowel een interne verhangung als een externe acquisitie. In beginsel betekent het begaan van één van de bovengenoemde besmette rechtshandelingen, dat, voor zover er gefinancierd is met een lening, de rente van aftrek is uitgesloten (behoudens het tegenbewijs volgens art. 10a, lid 3).

Artikel 10a Wet VPB 1969 is breed geformuleerd. Hierdoor ontstaat het gevaar dat er ook bepaalde situaties zich voordoen waarbij de gedachte aan oneigenlijk gebruik niet direct voor de hand ligt maar toch onder het bereik van de sanctiebepalingen komen. Dit wordt ‘overkill’ genoemd en de wetgever heeft hier rekening mee gehouden door een tegenbewijsmogelijkheid in het derde lid van dit artikel te plaatsen, waardoor deze overkill wordt afgezwakt. In onderdeel a van dit lid treft men de eerste tegenbewijsmogelijkheid, waar in staat dat de uitsluiting van renteaftrek niet aan de orde is indien aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De wetgever verbreedde de grondslag enigszins door ‘doorslaggevend fiscaal gemotiveerd’⁴⁰ te vervangen met ‘in overwegende mate’. Zowel de schuld als de rechtshandeling dienen in overwegende mate zakelijk te zijn. De tweede tegenbewijsmogelijkheid treft men aan in onderdeel b. Indien de ontvanger van de rente hierover een naar Nederlandse maatstaven redelijke winstbelasting betaalt, zal er eveneens geen uitsluiting van renteaftrek plaats vinden. Als ondergrens heeft de wetgever ten minste een percentage van 10 procent aangemerkt als aanvaardbare ‘compenserende heffing’. Overigens geldt wel de voorwaarde dat er geen sprake mag zijn van verrekenbare verliezen of andersoortige aanspraken. Daarnaast heeft de inspecteur sinds 1 januari 2008 de mogelijkheid gekregen om, zelfs indien er sprake is van een compenserende heffing van ten minste 10

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld HR 13 juli 1994, nr. 29 673, VN 1994/2510, 26

procent, aannemelijk te maken dat aan de schuld of de daarmee samenhangende rechtshandeling in overwegende mate onzakelijke redenen ten grondslag liggen.

In 2007 is er een belangrijke wetwijziging geweest met betrekking tot de benaming van het vreemd vermogen. Per 2007 gaat het om een *schuld*, in plaats van *geldlening*, waardoor de grondslag is verbreed. Met betrekking tot Islamitisch financieren is dit een essentieel aspect aangezien er binnen het stelsel van Islamitisch financieren er niet specifiek sprake is van een geldlening. Dit zou bij de toepasbaarheid van dergelijke financieringen in het Nederlands fiscale stelsel er voor zorgen dat artikel 10a Wet VPB 1969 zichzelf hiermee buitenspel zet. Door de wijziging heeft de wetgever in ieder geval in dit kader een sterke grondslag verbreding weten te realiseren. Hiernaast moet deze schuld *rechtens dan wel in feite, direct of indirect*, zijn verschuldigd aan een verbonden lichaam.

Met *rechtens dan wel in feite* doelt de wetgever op de economische betekenis van de schuldverhouding. Gedacht kan worden aan de genoemde ‘schijnlening’ in 3.2.2. *Rechtens* is er sprake van een schuldverhouding, dit zijn de partijen immers, civielrechtelijk, overeengekomen. Door het woord *in feite* aan deze wetsbepaling toe te voegen, kan er worden geconcludeerd dat bij een dergelijke schuldverhouding, de partijen werkelijk een kapitaalverstrekking beogen. Hierdoor komt de betaalde rente alsnog niet voor aftrek in aanmerking. Er dient dus te worden gekeken naar de materiële werkelijkheid. Volgens de staatssecretaris van financiën is de beoordeling hiervan casuïstisch en dient dit te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden.⁴¹

De term *direct of indirect* duidt op omstandigheden waarbij er een verschil is tussen de werkelijke schuldeiser en de formele schuldeiser. Een voorbeeld wat hierbij kan dienen is een lening die formeel verschuldigd is aan een externe partij, terwijl op grond van achterliggende afspraken, deze lening indirect afkomstig is van een verbonden partij. Een dergelijke lening staat ook wel bekend als een back-to-back lening. De omgekeerde situatie is ook mogelijk. Een lening die formeel verschuldigd is aan een verbonden partij, terwijl deze op zijn beurt is verschuldigd aan een externe partij. In dit laatste geval hanteert de staatssecretaris een goedkeurend beleid, indien de schuld, indirect, extern is aangetrokken dan zal art. 10a niet worden toegepast, behoudens een onzakelijke omleiding.⁴² Wel moet er dan sprake zijn van een materieel verband tussen de twee schulden (parallellie).

⁴¹ Kamerstukken II, 1995-1996, 24 696. Nr. 3, blz. 17

⁴² Besluit CPP2005/2662M

3.6 Conclusie

Binnen het stelsel van de winstbelasting vindt er een verschillende behandeling plaats tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. De vergoeding voor de terbeschikkingstelling van vreemd vermogen (rente) is aftrekbaar, terwijl de vergoeding voor de terbeschikkingstelling van eigen vermogen (dividend) niet aftrekbaar is. Dit verschil zorgt er voor dat er ruimte ontstaat voor arbitrage onder andere door winstdrainage. Het fenomeen ‘winstdrainage’ kan worden beschreven als het op kunstmatige wijze creëren van schuldverhoudingen ter verijdeling van vennootschapsbelasting. Ten einde een renteaftrekbeperking te realiseren trok de wetgever tot 1997 ten strijde tegen winstdrainage met behulp van het leerstuk van de fraus legis. Fraus legis wordt aanwezig geacht op grond van de volgende omstandigheden: het bereiken van een aanzienlijke belastingbesparing is in overwegende mate het motief geweest voor het sluiten van de transacties (motiefvereiste); buiten het beoogde fiscale voordeel, vervulden de transacties voor de belastingplichtige geen reële, praktische rol; indien de renteaftrek wel zou worden verleend zou doel en strekking van de wet worden miskend (normvereiste). Na 1997 ken de wetgever naast fraus legis nog een hulpmiddel voor de bestrijding van winstdrainage, namelijk artikel 10a Wet VPB 1969. Als basisprincipe geldt dat de rente op schulden slechts aftrekbaar zijn indien de schulden ter financiering van het ondernemingsvermogen dienen. Winstdrainage zorgt er voor dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold en dit artikel is er op gericht om deze uitholling tegen te gaan door in een aantal situaties de aftrek van rente uit te sluiten. Deze situaties worden aangeduid als besmette rechtshandelingen en staan gedefinieerd in het eerste lid van dit artikel.

Hoofdstuk 4

Islamitische beginselen en de fiscale behandeling

4.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk heb ik het begrip winstdrainage behandeld. Hierbij heb ik haar insprong in de jurisprudentie op het gebied van *fraus legis*, de *revue* laten passeren. Tevens ben ik nader in gegaan op de anti- misbruik bepaling, artikel 10a Wet VPB 1969.

In dit hoofdstuk zal ik de Islamitische financieringsvormen afzetten tegen een fiscale behandeling. Mijn deelvraag luidt dan ook: “*Kunnen Islamitische financieringen onderworpen worden aan een Nederlandse fiscale behandeling?*” Eerst zal de ruimte die ondernemer krijgt bij de bepaling van de jaarwinst worden behandeld. Daarnaast wordt de etikettering van de relevante Islamitische financieringsvormen besproken. Tot slot wordt het bereik van *fraus legis* en artikel 10a Wet VPB 1969 met betrekking tot de islamitische vormen bekeken.

4.2 Winstbepaling

Eerder in dit onderzoek is het winstbegrip kort aan bod gekomen (3.2.1). Hierbij is de totaalwinst bepaling van artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969 juncto artikel 3 lid 8 Wet IB 2001 besproken. Het komt er op neer dat de totale winst, de winst is gedurende het gehele bestaan van de onderneming.⁴³ De omvang is in beginsel onafhankelijk van de wil van de winstgenieter. De totaalwinst wordt verdeeld in jaarmoten, om zodoende jaarwinsten te creëren die in de jaarlijkse heffing kunnen worden betrokken. Deze bepaling staat beschreven in artikel 3.25 Wet IB 2001 (jaarwinst), die zich eveneens via artikel 8 lid 1 Wet VPB 1969 binnen de vennootschapsbelasting manifesteert. Het inzicht van de winstgenieter speelt hier wel een rol. De keuze voor bepaalde waarderingstelsels ligt bij de winstgenieter, zolang deze keuze maar geschied volgens *goed koopmansgebruik* met inachtneming van een *bestendige gedragslijn*.⁴⁴

4.2.1 Goed koopmansgebruik

Bij de berekening van de jaarwinst, is het goed koopmansgebruik leidend. De gedachte hierachter is dat het niet geforceerd een bepaalde vorm van winstberekening voorschrijft. De ruimte wordt gelaten aan de ondernemer om zelf zijn systeem te bepalen. Letterlijk wil goed

⁴³ Het verschil tussen het eindvermogen bij staking en het beginvermogen bij aanvang van de onderneming, vermeerderd met de privéonttrekkingen en verminderd met de kapitaalstortingen.

⁴⁴ Wanneer een ondernemer eenmaal een bepaalde methode van winst berekenen heeft gekozen, moet deze steeds worden gevolgd, tenzij goed koopmansgebruik wijziging rechtvaardigt.

koopmansgebruik zeggen dat als norm moet worden aangelegd die welke een goede en nauwgezette koopman toepast bij het opmaken van zijn balans.⁴⁵

De invulling van het begrip goed koopmansgebruik wordt volledig overgelaten aan de rechterlijke macht. In de literatuur staat dit ter discussie. Zo pleit Essers voor de codificatie van de hoofdlijn van het begrip, ten einde een meer concrete leidraad te creëren voor de praktijk.⁴⁶ Echter juist doordat het niet concreet door de wetgever is vastgelegd blijft er ruimte voor de implementatie van Islamitische financieringsvormen binnen de fiscale wetgeving. Dit is nodig om te toetsen of winstdrainage mogelijk is met behulp van Islamitische financieringen. De complicatie met de Islamitische financieringsvormen ligt voornamelijk in de behandeling van de aftrekbaarheid van bepaalde specifieke kosten, zoals de vergoeding die betaald moet worden aan de financier van een Musharaka Mutanaqissa, de genoemde winstopslag bij de Murabaha, Sukuk en Istisna financieringsvormen of de investeringskosten eveneens bij de Istisna. Bedrijfseconomisch gezien zijn er geen specifieke complicaties die de Islamitische financieringsvormen sterk onderscheiden van de conventionele financieringsvormen. De Hoge Raad heeft hier als beginsel uitgesproken dat een stelsel van jaarlijkse winstberekening in lijn is met het goed koopmansgebruik, als dat stelsel is toegestaan op het ter zake geldende bedrijfseconomische inzicht.⁴⁷ Als voorwaarden voegt de Hoge Raad hieraan toe dat dit inzicht niet in strijd mag zijn met de belastingwet of indien daardoor de algemene opzet of een beginsel van een belastingwet te kort zou worden gedaan. De vraag of aan deze voorwaarden wordt voldaan hangt af van de etikettering van de winstopslag en de vergoeding voor een bepaalde dienst.

4.3 Etikettering

Bij de conventionele financieringen staat rente voor de vergoeding voor het ter beschikking stellen van schuldvermogen. Waar Islamitische financieringsvormen zich onderscheiden van de conventionele financieringsvormen is op het gebied waar een tegenprestatie voor wordt betaald. Van de behandelde Islamitische financieringsvormen in paragraaf 2.2 zijn in het kader van dit onderzoek slechts de financieringsvormen relevant welke het dichtst komen bij een vorm van schuldverhouding. Dit zijn de Musharaka Mutanaqissa, Murabaha, Ijara wa Iqtina en de Sukuk.

⁴⁵ Cursus Belastingrecht, 3.2.16 Het begrip jaarwinst (art. 3.25)

⁴⁶ P.H.J. Essers, *Goed koopmansgebruik: quo vadis?*, TFO 2003, blz. 157 e.v.

⁴⁷ HR 8 mei 1957, nr. 12 931, *BNB 1957/208*

4.3.1 *Musharaka Mutanaqissa*

De tegenprestatie voor de *Musharaka Mutanaqissa* ziet op het feit dat de koper het volledige vruchtgebruik heeft. Hij heeft hiermee ook het deel van het vruchtgebruik van de financier in bezit waar de financier een vergoeding voor wil ontvangen. Dit maakt het dus geen vergoeding voor het ter beschikking stellen van financiën, maar een compensatie voor het feit dat de financier niet over het vruchtgebruik kan beschikken. Een dergelijke financiering komt voor bij de financiering van een huis. Theoretisch is het mogelijk dat een dergelijke financiering wordt gebruikt in het kader van een onderneming. De kosten die worden gemaakt bestaan uit de maandelijkse aflossing, waardoor het eigendom toeneemt, en de vergoeding die wordt betaald als een soort huurcomponent. De kosten worden gemaakt in het kader van de onderneming en zullen naar mijn mening in beginsel aftrekbaar zijn bij de koper. Hier wordt later nader op in gegaan.

4.3.2 *Murabaha*

De tegenprestatie van een *Murabaha* is een mark- up, gebonden aan de LIBOR, die wordt betaald aan de financier voor het risico dat hij neemt en de diensten die hij verricht. Deze vorm komt het meest overeen met de conventionele manier van financieren. Ondanks het feit dat er niet expliciet sprake is van rente of een geldlening, kan de mark- up voor de fiscale kwalificatie worden beschouwd als vergoeding voor de ter beschikkingstelling van een hoofdsom. Dit volgt uit een arrest van de Hoge Raad.⁴⁸ De Hoge Raad spreekt van rente indien en voor zover het ten titel van rente te betalen bedrag ook door partijen is bedoeld als vergoeding voor de ter beschikkingstelling van een “hoofdsom”. Hier voegt de Hoge Raad later in een soort gelijke casus aan toe dat het niet aanwezig zijn van een geldschuld er niet aan in de weg staat dat vergoedingen als rente dienen te worden behandeld.⁴⁹ In gevallen waarin partijen niet expliciet een geldleningovereenkomst zijn aangegaan, kan er alsnog sprake zijn van (aftrekbare) rente.⁵⁰ Dit geval doet zich eveneens voor bij de *Murabaha* financiering. Het contract kent enkel en alleen een andere vorm, in verband met gemoedsbezwaren.

Hiernaast heeft de Belastingdienst betalingen in verband met aandelenlease producten aangemerkt als overeenkomsten van geldlening waarop rente in aanmerking diende te worden genomen.⁵¹ Dit ondanks het feit dat er geen sprake was van een geldlening en dat in de overeenkomsten ook geen rente was bedongen. Hier zien we dat de Belastingdienst zich dus

⁴⁸ HR 15 juli 1980, nr. 19 942, *BNB 1980/315*

⁴⁹ HR 13 maart 1985, nr. 22 778, *BNB 1986/231*

⁵⁰ Annotatie Hartmann bij het arrest *BNB 1986/231*, A. Ettafahi, zie noot 26

⁵¹ Besluit 27 april 1999, nr. DB99/146M, *BNB 1999/266*

wel van een rekkelijke uitleg van het begrip ‘rente’ bedient en dit evenzeer toepassing kan vinden met betrekking tot Islamitische financieringsvormen.

4.3.3 *Ijara wa Iqtina*

De *Ijara wa Iqtina* vertoont zoals genoemd veel kenmerken van de operational lease (huurkoop). De bepaling met betrekking tot de huurkoop staat vastgelegd in artikel 7A:1576h BW. Net zoals bij de *Ijara wa Iqtina* gaat bij de huurkoop, het juridisch eigendom pas over nadat de laatste betaling is voldaan. Er zit net zoals bij de huurkoop een huur- en een verkoop element in de *Ijara wa Iqtina*. Daarnaast komt in het tweede lid van artikel 7A:1576h BW naar voren dat een bepaalde overeenkomst niet per definitie de naam ‘huurkoop’ dient te dragen om als zodanig te worden aangemerkt.

Om te bepalen wat de aftrekbare rente is dient dit volgens de staatssecretaris te worden afgeleid uit de periodieke betalingen.⁵² Daarnaast kan voor de bepaling van de aftrekbare rente tevens aansluiting worden gezocht op basis van de genoemde arresten *BNB 1980/315* en *BNB 1986/231*.⁵³

4.3.4 *Sukuk*

De tegenprestatie bij de *Sukuk* betreft net als bij de *Murabaha* een winstmarge die overeenkomt met de LIBOR. In het kader van de omvang van mijn onderzoek beperk ik mij dan ook tot de omschrijving die is gegeven in paragraaf 2.3. De fiscale kwalificatie met betrekking tot de winstmarge komt overeen met de kwalificatie van de *Murabaha*

4.4 **Winstdrainage met Islamitische financieringen**

Het fenomeen ‘winstdrainage’ kan worden beschreven als het op kunstmatige wijze creëren van schuldverhoudingen ter verijdeling van vennootschapsbelasting. Zoals in de vorige paragraaf is beschreven zijn er een aantal vormen van Islamitische financieringen die vanuit een fiscaal perspectief eveneens als een vorm van schuldverhouding kunnen kwalificeren. Wanneer dit het geval is zou de aftrekbaarheid van bepaalde kosten die als ‘rente’ gezien kunnen worden aan banden gelegd moeten worden. Zodoende wordt er voor gezorgd dat winsten niet kunstmatig worden beïnvloed door het aangaan Islamitische contracten. De bestrijdingsmiddelen die de fiscale wetgeving hiervoor kent zouden hier aan ten grondslag moeten liggen.

⁵² Besluit 24 november 2009, *CPP2009/2342*

⁵³ A. Ettafahi, *zie noot 26*

4.4.1 Bereik *fraus legis*

In het vorige hoofdstuk kwam naar voren dat in het zogenoemde ‘*driedagenarrest*’, *fraus legis* aanwezig wordt geacht indien er is voldaan aan het motiefvereiste en het normvereiste. Er wordt voldaan aan het motief vereiste als het bereiken van een aanzienlijke belastingbesparing in overwegende mate de reden is geweest voor het afsluiten van de transactie. Een dergelijk vereiste kan ook worden toegepast bij het toetsen van Islamitische contracten. Indien een bepaalde financiering op een bepaalde specifieke manier is afgesloten waarbij geen reden dan aanzienlijke belastingverijdeling aan ten grondslag ligt dan wordt in dit geval voldaan aan het motiefvereiste. De beoordeling hiervan is net zoals bij conventionele contracten casuïstisch.

Wanneer er wordt voldaan aan het motiefvereiste is het contract ook volgens de Islamitische leer niet rechtsgeldig. In paragraaf 2.2.2 zijn er een drie tal beginselen uiteengezet waarop de Islamitische kijk op de economie is gebaseerd. Wanneer een belastingplichtige een contract slechts aangaat ter verijdeling van belasting dan is dat volgens de Islamitische leer in strijd met deze beginselen. Zo staat het eerste beginsel voor een sociale rechtvaardigheid. Door het verijdelen van belasting draagt de belastingplichtige niet bij aan een sociaal rechtvaardige samenleving, sterker nog zijn handelingen zijn onrechtvaardig en kunnen zelfs worden bestempeld als *haram*. Dit komt deels overeen met het gedachtegoed van het goed koopmansgebruik. Een goede en nauwgezette koopman maakt zich niet schuldig aan belastingverijdeling. Hiernaast geniet de belastingplichtige door het verijdelen van belasting een hogere winst en verkrijgt hij dus een hogere beloning op arbeid dan hij verdient. Ook dit is niet toegestaan volgens de Islamitische leer.

Al met al is een contract waarin sprake is van belastingverijdeling niet in overeenstemming met de Shari ‘ah wetgeving. Wanneer er desalniettemin wel een aftrek wordt verleend, zou doel en strekking van zowel de fiscale wetgeving als die van de Shari’ah worden miskend. Hieruit blijkt dat ook het normvereiste zijn toepassing kan vinden op Islamitische contracten.

Het bereik van *fraus legis* strekt zich eveneens uit over Islamitische contracten. De uitvoerende macht kan bij het toetsen of een bepaalde aftrek van kosten die zijn gemaakt in het kader van een Islamitische financiering rechtsgeldig is verleend, zich in ieder geval beroepen op de *fraus legis* jurisprudentie.

4.4.2 Bereik Artikel 10a Wet VPB 1969

Dit artikel beschermt de naleving van doel en strekking van de wet. Vanuit dit oogpunt kan dit artikel ook als middel dienen voor de naleving van doel en strekking van de Shari'ah wetgeving. Als basisprincipe voor toepassing van dit artikel geldt dat de rente op schulden slechts aftrekbaar zijn indien de schulden ter financiering van het ondernemingsvermogen dienen. Dit artikel zou als zodanig, ondanks de grondslag verbreding in 2007, niet van toepassing kunnen zijn op Islamitische financieringen. Er wordt namelijk gesproken van schulden, terwijl er bij Islamitische financieringen niet expliciet sprake is van een schuldverhouding. Echter met behulp van *BNB 1980/315* en *BNB 1986/231*⁵⁴ kan dit principe ook in beginsel zijn uitwerking vinden voor bepaalde Islamitische financieringen. Er behoeft immers niet expliciet sprake te zijn van een schuld als zodanig. Hiernaast kunnen Islamitisch financieringen ook in de heffing worden betrokken door een werking van *fraus legis* naast artikel 10a Wet VPB 1969 of door toepassing van analoge wetsinterpretatie.

Fraus legis naast artikel 10a Wet VPB 1969

In *BNB 2008/266*⁵⁵ was er sprake van een verhangning van een vennootschap. De verplichting tot voldoening van de koopsom werd eerst omgezet in een geldlening. Vervolgens werd later de schuld omgezet in een lijfrenteverplichting. Hierbij speelde vraag of een lijfrenteverplichting viel onder het begrip 'geldleningen' als bedoeld in artikel 10a lid 2 onderdeel b (oud) Wet VPB 1969. Zou dat niet het geval zijn, dan zou de aftrek van de oprenting van de lijfrenteverplichting niet getroffen worden door de aftrekbeperking zoals neergelegd in de winstdrainageregeling van artikel 10a (oud) Wet VPB 1969. Indien de lijfrenteverplichting wel als 'geldlening' moest worden aangemerkt, dan zou de oprenting van de lijfrenteverplichting niet aftrekbaar zijn. In de onderhavige casus oordeelde de Hoge Raad dat een lijfrenteverplichting niet viel onder het begrip 'geldleningen' als bedoeld in artikel 10a lid 2 onderdeel b (oud) Wet VPB 1969, maar dat indien het doorslaggevende motief van de omzetting was gelegen in de verijdeling van artikel 10a (oud) Wet VPB 1969, aftrek in strijd met doel en strekking van deze bepaling zou komen. Daarmee zou *fraus legis* kunnen worden toegepast, waarbij de oprenting van de lijfrenteverplichting vervangen zou worden door een betaling van rente. We zien hier dat *fraus legis* een aanvulling vormt voor de werking van artikel 10a Wet VPB 1969. Met betrekking tot Islamitische financieringen kan een dergelijke uitwerking eveneens plaats vinden ondanks het feit dat er niet expliciet sprake is van een schuld. Net zoals in het zojuist behandelde arrest kan bij Islamitische contractsvormen door

⁵⁴ Zie 4.3.2. Murabaha

⁵⁵ HR 11 juli 2008, nr. 43376, *BNB 2008/266*

de kwalificatie van schuld, de gebruikelijke rechtsvindingsmethoden de wettelijke norm niet worden toegepast, terwijl het rechtsgevoel zulks wel verlangt. Aan het ontwijken van de wet op door de wetgever niet beoogde wijze, stelt *fraus legis* een uiterste grens. *Fraus legis* is een laatste redmiddel indien de gewone interpretatiemethoden niet tot een bevredigende oplossing leiden. Dit zou betekenen dat als regel geldt dat betaalde rente aftrekbaar is, maar de aftrek wordt niet toegestaan ingeval is gehandeld in *fraudem legis*. De aftrek wegens de oprenting van de lijfrenteverplichting zou dan niet aftrekbaar zijn. Het feit dat er in Islamitische contracten geen sprake is van rente, wordt in artikel 10a Wet VPB 1969 wel gedekt, door de zinsnede: “kosten en valutaresultaten daaronder begrepen”.

Analoge wetsinterpretatie

Met behulp van analoge wetsinterpretatie zou voor Islamitische financieringen eveneens tot toepassing van artikel 10a Wet VPB 1969 kunnen worden geconcludeerd. Analoge interpretatie houdt in dat het wettelijke voorschrift niet voor het aan de orde zijnde geval geschreven is, maar toch daaronder wordt gebracht.⁵⁶ Analoge interpretatie gaat daarmee verder dan extensieve interpretatie. In geval van extensieve interpretatie worden de woorden van de wet ruim uitgelegd, terwijl bij analoge uitleg het geval juist niet onder de woorden van de wet kan worden gebracht. In het geval van Islamitische financieringen zou dan naar mijn mening gelden dat de genoten *bate weliswaar* niet expliciet betrekking hebben op een schuld als zodanig, doch dat de bedoeling van de wetgever met zich brengt dat de regel toch op dat geval moet worden toegepast. Teleologisch gezien zouden dus naar mijn mening gevallen waarin de financiering afwijkt van de traditionele leenverhouding (bijvoorbeeld Islamitisch financieringen) eveneens onder het bereik van artikel 10a Wet VPB 1969 moeten vallen.

Uitwerking Artikel 10a Wet VPB 1969

Voor de uitwerking van dit artikel is een besmette transactie vereist, zoals deze staan beschreven in de onderdelen a, b en c van het eerste lid.

Bij de financiering met een *Musharaka Mutanaqissa* wordt er een goed⁵⁷ gekocht met eigen middelen en een bijdrage van de cliënt. De kosten voor de cliënt die hierbij komen kijken is de vergoeding die aan de financierer betaald wordt voor zijn deel van het vruchtgebruik. Theoretisch gezien is het mogelijk dat een dergelijke financiering wordt toegepast bij bijvoorbeeld de verwerving van een belang. Belangrijk om te onthouden is dat

⁵⁶ *Cursus belastingrecht, zie noot 37*

⁵⁷ De *Musharaka Mutanaqissa* wordt voornamelijk gebruikt bij de financiering van een huis. Het goed dat hierdoor gebruikelijk wordt gekocht is een onroerende zaak.

bij een Musharaka Mutanaqissa financiering er nog altijd sprake is van een samenwerkingsverband tussen de financier en de cliënt. Hierdoor is het voor de fiscale kwalificatie de samenwerkingsverband (bijvoorbeeld de vennootschap onder firma) die het belang verwerft met voornamelijk de financiën van de geldverschaffer. Dat de cliënt vervolgens het vruchtgebruik heeft en de financier in termijnen zijn aandeel afkoopt is geen besmette transactie in de zin van artikel 10a eerste lid Wet VPB 1969. De vergoeding die de financier vraagt, zijn wel kosten voor de cliënt in het kader van de uitoefening van zijn onderneming. Om te toetsen of de gemaakte kosten onder het bereik van artikel 10a Wet VPB 1969 vallen hangt net zoals bij de conventionele financieringen af van de besmette rechtshandeling.⁵⁸ Indien de financiering verband houdt met één van de genoemde rechtshandelingen in artikel 10a lid 1 onderdeel a, b of c Wet VPB 1969, dan vindt de werking van artikel 10a Wet VPB 1969 eveneens zijn toepassing op Islamitische financieringen.

Een Murabaha financiering kent meer overeenkomsten met de conventionele financieringscontracten. Tussen de financier en de cliënt is er immers geen samenwerkingsverband, de uitwerking van artikel 10a Wet VPB 1969 blijft echter in vergelijking met de Musharaka Mutanaqissa naar mijn mening gelijk. Het goed wordt gekocht en vervolgens geleverd aan de cliënt tegen de oorspronkelijke prijs plus een mark-up. Het verschil met de conventionele manier van financiering om een belang te verwerven, zit in het feit dat niet de belastingplichtige in eerste instantie de financiën krijgt om vervolgens het belang te verwerven, maar dat de financier zelf het belang verwerft en vervolgens doorverkoop tegen een ‘schulderkenning’. Wanneer de financier verbonden is met de belastingplichtige dan is dit een besmette rechtshandeling in de zin van artikel 10a lid 1 onderdeel c Wet VPB 1969, doordat er een verband bestaat (lid 2) tussen de ‘schuld’ en de besmette rechtshandeling. De mark-up zal hierdoor in beginsel niet aftrekbaar zijn. Uiteraard zal de belastingplichtige zich ook kunnen beroepen op de tegenbewijsregeling in het derde lid van dit artikel.⁵⁹

4.5 Conclusie

Om te toetsen of Islamitische financieringsvormen onderworpen kunnen worden aan een Nederlandse fiscale behandeling dient er om te beginnen gekeken te worden naar de fiscale winstbepaling. De totale winst is de winst gedurende het gehele bestaan van de onderneming. De omvang is in beginsel onafhankelijk van de wil van de winstgenieter. De

⁵⁸ Onder de veronderstelling dat de kosten gelijk wordt behandeld als rente en de financiering door middel van analogie voor de fiscale wetgeving kwalificeert als schuldverhouding

⁵⁹ Zie 3.5.2 Het Mechanisme

totaalwinst wordt verdeeld in jaarmoten, om zodoende jaarwinsten te creëren die in de jaarlijkse heffing kunnen worden betrokken. Het inzicht van de winstgenieter speelt hier wel een rol. De keuze voor bepaalde waarderingstelsels ligt bij de winstgenieter, zolang deze keuze maar geschied volgens *goed koopmansgebruik* met inachtneming van een *bestendige gedragslijn*. Doordat dit begrip niet concreet door de wetgever is vastgelegd blijft er ruimte voor de implementatie van Islamitische financieringsvormen binnen de fiscale wetgeving. De complicatie met de Islamitische financieringsvormen ligt voornamelijk in de behandeling van de aftrekbaarheid van bepaalde specifieke kosten, zoals de vergoeding, de winstopslag of de investeringskosten. Om deze specifieke kosten onder beoordeling van fiscale wet- en regelgeving te laten plaats vinden dient er om te beginnen een fiscale etikettering plaats te vinden. Er zal met name een vergelijking moeten plaats vinden tussen de benaming van de conventionele elementen zoals rente en schuldverhouding en de benaming in de Islamitische contracten. Volgend uit BNB 1980/315 is er voor de fiscale kwalificatie sprake van rente indien ook door partijen is bedoeld als vergoeding voor de ter beschikkingstelling van een “hoofdsom”. Wanneer hier aan wordt toegevoegd in BNB 1986/231 dat er niet expliciet sprake hoeft te zijn van een geldschuld biedt dit ruimte voor de kwalificatie van Islamitisch financieringen. Naast de genoemde arresten hanteert ook de belastingdienst een rekbaar begrip ‘rente’. Dit komt naar voren in BNB 1999/266 waarbij er geen sprake was van een geldlening en er ook geen rente was bedongen. Voor de kwalificatie van Islamitisch financiering is dit cruciaal. Er wordt namelijk ook in deze contracten noch rente overeengekomen noch is er sprake van een expliciete schuldverhouding. Een ander belangrijk arrest waaruit blijkt dat financieringen voor de fiscale behandeling niet expliciet sprake dient te zijn van een rente component en een schuldverhouding als zodanig is BNB 2008/266. In dit arrest speelde vraag of een lijfrenteverplichting viel onder het begrip 'geldleningen' als bedoeld in artikel 10a lid 2 onderdeel b (oud) Wet VPB 1969. In dit arrest kon de gebruikelijke rechtsvindingmethoden de wettelijke norm niet worden toegepast, omdat de Hoge Raad concludeerde dat een lijfrenteverplichting niet onder het begrip geldleningen viel. Met behulp van *fraus legis* werd alsnog de wet op door de wetgever beoogde wijze, toegepast. Met betrekking tot Islamitische financieringen kan een dergelijke uitwerking eveneens plaats vinden ondanks het feit dat er niet expliciet sprake is van een schuld. In dit geval zou dan naar mijn mening gelden dat de genoten bate weliswaar niet expliciet betrekking hebben op een schuld als zodanig, doch dat de bedoeling van de wetgever met zich brengt dat de regel toch op dat geval moet worden toegepast. Met behulp van de genoemde arresten en toepassing van analoge wetsinterpretatie kunnen Islamitische financieringen onderworpen worden aan een Nederlandse fiscale behandeling.

Hoofdstuk 5

5.1 Inleiding

In mijn onderzoek stonden Islamitische financieringen met betrekking tot winstdrainage centraal. Mijn hoofdvraag luidt dan ook: *“Is winstdrainage mogelijk onder de beginselen van Islamitisch financieren?”* Om dit te toetsen ben ik begonnen met het beschrijven van het fenomeen Islamitisch financieren. Hierbij kwam de rol van de Shar’iah aan bod en werden de voornaamste financiële instrumenten beschreven. Verder werd het begrip winstdrainage besproken. De renteaftrek binnen de Wet VPB 1969 werd besproken, waarna fraus legis en artikel 10a Wet VPB 1969 de revue passeerden. Tot slot werden de Islamitische beginselen onderworpen aan een fiscale behandeling.

In dit hoofdstuk zal ik een korte samenvatting geven van mijn bevindingen en vervolgens een conclusie trekken waarmee er antwoord wordt gegeven op de onderzoeksvraag.

5.2 Samenvatting

Het verbod op rente vindt zijn oorsprong in de Shari’ah. Shari’ah betekent letterlijk ‘weg naar de bron’ en geeft het te volgen pad weer. Feitelijk kan de Shari’ah gezien worden als een vertaling van het geloof naar menselijk handelen die gebaseerd is op 4 bronnen, namelijk de Koran, de Soenna, Ijama en de Qiyas. De Islamitische kijk op de economie is gebaseerd op drie beginselen. De Tawheed en broederschap, de gelijkheid tussen beloning en verrichte arbeid en de zakat. Het principe van de Shari’ah is dat contracten die gebaseerd zijn op rente of oneerlijke afspraken die onnodige risico’s met zich meebrengen niet ten uitvoer gebracht kunnen worden. Er geldt dan ook een verbod op Riba, Gharar en Maysir. De Islam bemoedigt de handel waarbij geen Riba, Gharar of Maysir in voor komt. Zo zijn er Islamitische financiële instellingen ontstaan die zogenoemde ‘halal’ instrumenten aanbieden. De Murabaha en de Ijara zijn de meest voorkomende vormen van financieren.

De fiscaliteit kent een verschillende behandeling tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. De vergoeding voor het ter beschikking stellen van vreemd vermogen (rente) aftrekbaar, terwijl aan de andere kant de vergoeding voor de terbeschikkingstelling van eigen vermogen (dividend) niet aftrekbaar is. Het winstbegrip omvat het bedrag van de gezamenlijke voordelen die worden verkregen vanuit de bedrijfsvoering. Hier tegenover staat dat alleen de kosten, die gemaakt zijn in het zakelijk belang van de onderneming, aftrekbaar zijn. Rente is niet altijd aftrekbaar, om zo winstdrainage tegen te gaan. Het fenomeen ‘winstdrainage’ kan worden beschreven als het op kunstmatige wijze creëren van

schuldverhoudingen ter vrijdeling van vennootschapsbelasting. Als middelen tegen winstdrainage kan er beroep worden gedaan op *fraus legis*. Het gaat om de rechtshandelingen die in overwegende mate fiscaal gemotiveerd zijn. De belangrijkste motieven hiervoor zijn het motiefvereiste en het normvereiste. Hiernaast kan er beroep op artikel 10a Wet VPB 1969 worden gedaan. Dit artikel streeft er naar om doel en strekking van de wet te beschermen door uitholling van de Nederlandse grondslag te voorkomen en is in feite een codificatie van *fraus legis*.

De totaalwinst wordt verdeeld in jaarmoten, om zodoende jaarwinsten te creëren die in de jaarlijkse heffing kunnen worden betrokken. Bij de berekening van de jaarwinst, is het goed koopmansgebruik leidend. Deze is niet concreet vastgelegd waardoor er ruimte is voor de implementatie van Islamitische financieringsvormen binnen de fiscale wetgeving. Het toetsen op het motief- en normvereiste kan ook worden toegepast op Islamitische contracten. Wanneer een belastingplichtige een contract slechts aangaat ter vrijdeling van belasting dan is dat, volgens de Islamitische leer, in strijd met de beginselen waarop de Islamitische kijk op de economie is gebaseerd. Artikel 10a Wet VPB 1969 zou als zodanig, ondanks de grondslag verbreding in 2007, niet van toepassing kunnen zijn op Islamitische financieringen. Er wordt namelijk gesproken van schulden, terwijl er bij Islamitische financieringen niet expliciet sprake is van een schuldverhouding. Echter met behulp van BNB 1980/315 en BNB 1986/231 kan dit principe ook in beginsel zijn uitwerking vinden voor bepaalde Islamitische financieringen. Er behoeft immers niet expliciet sprake te zijn van een schuld als zodanig. Hiernaast kunnen Islamitisch financieringen ook in de heffing worden betrokken door een werking van *fraus legis naast* artikel 10a Wet VPB 1969 of door toepassing van analoge wetsinterpretatie.

5.3 Conclusie

Om antwoord te geven op mijn hoofdvraag dient er te worden te gekeken naar Islamitische financieringen binnen de fiscale wetgeving in zijn algemeenheid. Om te beginnen nemen we de jaarwinstbepaling. Door het goed koopmansgebruik wordt de ruimte aan de belastingplichtige gegeven. Dit is een sterk begin, hierdoor wordt de deur in elk geval open gehouden voor andere vormen van financieringen. De moeilijkheid bij Islamitische financieringen is de kwalificatie van bepaalde aspecten in het desbetreffende contract. De Hoge Raad heeft in BNB 1980/315 bepaald dat rente kan worden gezien als een vergoeding voor de ter beschikkingstelling van een “hoofdsom”. Vanwege het feit dat de Hoge Raad hier het begrip hoofdsom tussen aanhalingstekens heeft geplaatst kan worden geconcludeerd dat het niet expliciet hoeft te gaan om een geldleningovereenkomst. Naast deze benaming is er

nog het begrip ‘rente’. In BNB 1986/231 heeft de Hoge Raad naar voren gebracht dat vergoedingen ook als rente dienen te worden behandeld als er geen sprake is van een expliciete geldschuld. De Belastingdienst hanteert in BNB 1999/266 eveneens een rekkelijk begrip ‘rente’ en terbeschikkingstelling van een geldsom. Dit geeft een enorm perspectief voor de kwalificatie van Islamitische financieringsvormen binnen het Nederlandse fiscale stelsel. De Islamitische financieringsvormen en de conventionele financieringsvormen zouden hierdoor naar mijn mening in beginsel als gelijk kunnen worden beschouwd.

Met betrekking tot winstdrainage speelt BNB 2008/266 een belangrijke rol. We zien dat *fraus legis* een aanvulling vormt voor de werking van artikel 10a Wet VPB 1969. Met betrekking tot Islamitische financieringen kan een dergelijke uitwerking eveneens plaats vinden ondanks het feit dat er niet expliciet sprake is van een schuld. Door de kwalificatie van schuld kan de gebruikelijke rechtsvindingmethoden de wettelijke norm niet worden toegepast terwijl het rechtsgevoel dat wel verlangd. Dit zou betekenen dat als regel geldt dat betaalde rente aftrekbaar is, maar de aftrek wordt niet toegestaan ingeval is gehandeld in *fraudem legis*. Het contract kent naar mijn mening alleen een andere vorm, in verband met gemoedsbezwaren.

Wanneer we dit afzetten tegen de aftrekbaarheid van rente, kom ik tot de conclusie dat de genoemde kosten een gelijke behandeling dienen te ondergaan. Met beroep op het gelijkheidsbeginsel dient er naar de Islamitische contracten op een gelijke manier te worden bekeken als de conventionele financieringscontracten, waar met behulp van BNB 1980/315, BNB 1986/231 en het Besluit van de Belastingdienst BNB 1999/266 de juiste kwalificatie van specifieke elementen plaats kan vinden. Daarnaast kan met behulp van BNB 2008/266 worden geconcludeerd dat ondanks de financiering afwijkt van de traditionele leenverhouding, materieel toch als rente kan worden beschouwd. Ten derde geldt naar mijn mening dat met betrekking tot de behandeling van Islamitisch financieren door middel van teleologie een gelijke behandeling kan worden betoogd als een conventionele schuldverhouding.

Voor de nadere bepaling of winstdrainage mogelijk is binnen Islamitische financieringen dienen we te kijken naar de beginselen van de Islamitische kijk op de economie. Hier valt uit te concluderen dat de Islamitische leer winstdrainage verwerpt doordat dit in strijd is met de sociale rechtvaardigheid en de belastingplichtige hierdoor een hogere beloning op arbeid verkrijgt dan hij verdient. Wat de theorie echter voorschrijft en wat de

werkelijke praktische uitwerking is komt niet altijd overeen. Hier komt de fiscale wetgeving aan te pas om er voor te zorgen dat een ieder zoveel mogelijk zijn 'fair share' bijdraagt. Met behulp van de fraus legis jurisprudentie en artikel 10a Wet VPB 1969 kan hier voor worden gezorgd.

Is winstdrainage mogelijk onder de beginselen van Islamitisch financieren?

Nee, dit is niet mogelijk. Bij toepassing van dergelijke financieringen in landen waar de Shari'ah geldt, zal de belastingplichtige stuiten op de beginselen waar Islamitische kijk op de economie op is gebaseerd. Bij de toepassing van dergelijke financieringen binnen het Nederlandse fiscale stelsel reiken fraus legis en artikel 10a Wet VPB 1969, met behulp van de BNB 1980/315, BNB 1986/231, BNB 2008/266 en het Besluit van de Belastingdienst BNB 1999/266, naar mijn mening ver genoeg om ook deze financieringsvormen waar nodig binnen de heffing te betrekken.

Bronnenlijst

- HR 14 juni 2002, nr. 36 453, BNB 2002/290
HR 26 april 1989, nr. 24 446, BNB 1989/217
HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217
HR 15 juli 1980, nr. 19 942, BNB 1980/315
HR 13 maart 1985, nr. 22 778, BNB 1986/231
HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208
HR 13 juli 1994, nr. 29 673, VN 1994/2510
Besluit 27 april 1999, nr. DB99/146M, BNB 1999/266
Besluit 24 november 2009, CPP2009/2342
Besluit 23 december 2005, CPP2005/2662M
Kamerstukken II, 1995-1996, 24 696. Nr. 3, blz. 17
Cursus Belastingrecht, 7.3.2 Fraus Legis
Cursus Belastingrecht, 7.4.1 Rechtsvinding en fraus legis
Cursus Belastingrecht, 2.2.3 Winstdrainage en de bestrijding daarvan (art. 10a)
Cursus Belastingrecht, 3.2.16 Het begrip jaarwinst (art. 3.25)
- A. van Bommel, *Islam, liefde en seksualiteit*, Amsterdam: Uitgeverij Bulaq 2003, p. 238.
M.S. Berger, *Islam tussen recht en politiek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 15-23.
Z. Iqbal, "Islamic Financial Systems," *Finance and Development*, IMF Washington, D.C. 1997.
Mahmoud Gamal, "Interest" and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance', *Fordham International Law Journal* 2003-2004, p. 108 e.v.
M.T. Usmani, *An introduction to Islamic Finance*, 2002, p. 44-45.
A. Imad-ad-Dean, "Islam, Liberty and Free Markets", East Lansing 1993, p.273
H. Visser, *Islamic finance*, Amsterdam: NIBESVV 2004, p. 22
M.K. Lewis, L. M. Algaoud, *Islamic banking*, Cheltenham UK:Edward Elgar 2001, p. 197
M. El-Gamal, "An Economic Explication of the Prohibition of Gharar in Classic Islamic Jurisprudence." *Proceedings of the Fourth international Conference on Islamic Economics and Finance*, 2000.
M. El Gamal, "Interest" and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance', *Fordham International Law Journal* 2003-2004, p. 117 e.v.
A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, FM 65, p. 10
O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek: (artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting 1696 na renteaftrek na 'Werken aan winst')*, Deventer: Kluwer 2008, p. 5
P.H.J. Essers, *Goed koopmansgebruik: quo vadis?*, TFO 2003, blz. 157 e.v.
H. Chara, 'Islamic Finance in the Netherlands', Rotterdam 2009, p. 18
A. Ettafahi, *De inpasbaarheid van islamitische woningfinancieringscontracten in de eigenwoningregeling*, Sdu:Forfaitair 2010/02
M.U. Chapra, "The Future of Economics," *The Islamic Foundation*, VK 2000.
I E. Von Böhm-Bawerk, *Capital and Interest*, Libertarian Press 1959.
S. Cnossen, *Om de toekomst van de vennootschapsbelasting in de Europese Unie*, WFR 199
L.C.M. Stevens, *Fiscale beleidsnotities 2005*, WFR 2004/6593, p. 1363 e.v., op p. 1375
- Hypotheekrente nieuws, 11 september 2009
1 Surat Al-Ma'idah 5: 91

Appendix

1.1 Laatste overlevering met betrekking tot Riba:

O you who have believed, be pious to Allah and leave behind what remains of Riba, in case you are believers. So in case you do not perform (that), then take notice of a war from Allah and his Messenger (against you). And in case you repent then you will have your capitals of your riches; you will not do injustice, and you will not be done injustice. And in case any person is under difficulty, then he should (be granted) a respite to (the time of) ease; and that you donate (alms) is more charitable for you, in case you know. (Qur'an; 2:278-280)

Als het gaat om de vraag of rente gelijk is Riba refereren de geleerden voornamelijk naar de zin: *'And in case you repent then you will have your capitals of your riches; you will not do injustice, and you will not be done injustice.'*

1.2 Riba in de Hadith:

Abu Sa'id al-Khudri (Allah be pleased with him) reported Allah's Messenger (may peace be upon him) as saying: Gold is to be paid for by gold, silver by silver, wheat by wheat, barley by barley, dates by dates, salt by salt, like by like, payment being made hand to hand. He who made an addition to it, or asked for an addition, in fact dealt in Riba. The receiver and the giver are equally guilty. (Muslim; book 10; hadith 3854)

1.3 Hadith over mensen die handelen in Riba:

Abdullah ibn Mas'ud reported The Messenger of Allah (pbuh) cursed the one who devours Riba, the one who pays it, the one who witnesses it, and the one who documents it. (Abu Dawud; book 22; hadith 3327)

2.1 Hadith met betrekking tot Gharar verkopen:

Abu-Said Al-Khudriy reported that the Prophet (pbuh) has forbidden the purchase of the unborn animal in its mother's womb, the sale of the milk in the udder without measurement, the purchase of spoils of war prior to their distribution, the purchase of charities prior to their receipt, and the purchase of the catch of a diver.

Dit is een belangrijke Hadith, omdat het zeer specifiek is in zijn aanduiding van hetgeen verboden is.

2.2 Hadith met betrekking tot Maysir:

O you who have believed, surely wine and games of chance, and altars (for idols) and divining are only an abomination of Ash Shaytan's doing, so avoid it, that possibly you would prosper. Surely Ash Shaytan's would only (like) to excite enmity and abhorrence among you by means of wine and games of chance, and to bar you from the remembrance of Allah, and from prayer. Will you then be refraining? (Qur'an; 5: 90-91)

3.1 Hadith met betrekking tot Bai Salam/Istisna:

Ibn' Abass narrated: The Messenger of Allah (pbuh) came to Medina, and found its inhabitants entering in salam contracts (with the price paid in advance) in fruits for one, two and three years. He (pbuh) said: 'whoever enters into a salam contract, let him specify a known volume or weight, and a known term of deferment'. (Bukhari; book 3; hadith 455)