

NBSTRAF 2017/220

Belastingrecht, Fiscale boeterecht, Pleitbare standpunt

GEGEVENS

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	21-04-2016
Publicatie	NBSTRAF 2017/220 (Sdu), aflevering 8, 2017
Annotator	mr. G.M. Boezelman en mr. M. Coenen
ECLI	ECLI:NL:HR:2017:638
Zaaknummer	5278.15, 5349.15, 5350.15, 5351.15, 5352.15, 5353.15, 5354.15, 5355.15, 5356.15
Overige publicaties	Rechtspraak.nl (ECLI:NL:HR:2017:638) FutD 2017-0963 met annotatie van Fiscaal up to Date NLF 2017/1005 met annotatie van Corina van Lindonk, Dick Barmentlo NJB 2017/1090 NTFR 2017/1240mr.drs. R. Steenman annotatie in
Rechtsgebied	Straf(proces)recht
Rubriek	Rechtspraak
Rechters	Mrs. Feteris, Overgaauw, Van den Berge, Van Loon, Van Hilten
Partijen	
Regelgeving	AWR - 16 AWR - 67d AWR - 67e AWR - 67f AWR - 69 lid 2 Wet Vpb 1969 - 10a Wet Vpb 1969 - 20a

SAMENVATTING

De vraag is of het zogenoemde pleitbare standpunt in het fiscale boeterecht anders wordt beoordeeld en tot andere uitkomsten leidt dan in strafzaken. Vooropgesteld wordt dat de fiscale aangifteplicht zich hierdoor kenmerkt dat de aangifteplichtige onder dreiging van een strafvervolgning wordt gedwongen binnen een door de inspecteur te stellen termijn duidelijk, stellig en zonder voorbehoud een verklaring af te leggen die de inspecteur in staat stelt de hoogte van de verschuldigde belasting vast te stellen. Die verplichting brengt noodzakelijkerwijs mee dat de betrokkene bij het doen van aangifte de – niet zelden complexe – belastingwetgeving moet uitleggen, ook in gevallen waarin onduidelijkheid bestaat over de vraag welke interpretatie juist is. Indien een onjuiste belastingaangifte wordt gedaan, kan ter zake daarvan geen vergrijpboete als bedoeld in art. 67d en 67e AWR worden opgelegd indien aan die aangifte een standpunt ten grondslag ligt dat gebaseerd kan worden op een pleitbare uitleg van het (fiscale) recht, in die zin dat de belastingplichtige ten tijde van het doen van die aangifte – naar objectieve maatstaven gemeten – redelijkerwijs kon en mocht menen dat deze uitleg en daarmee de door hem gedane aangifte juist was. In een dergelijk geval kan niet worden gezegd dat het aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige te wijten is dat die aangifte onjuist is dan wel dat daardoor te weinig belasting is geheven, ook al wordt het aan die aangifte ten grondslag liggende standpunt later door de rechter onjuist bevonden. Omdat de pleitbaarheid van dat standpunt naar objectieve maatstaven moet worden beoordeeld, en mede gelet op hetgeen is vooropgesteld, is in dit verband niet van belang of de belastingplichtige bij het doen van de aangifte de pleitbare maar later onjuist bevonden uitleg voor ogen heeft gestaan. Hetzelfde heeft te gelden voor de vergrijpboete van art. 67f AWR, indien aan een ontoereikende voldoening of afdracht van belasting op aangifte een standpunt ten grondslag ligt dat gebaseerd kan worden op een pleitbare uitleg van het (fiscale) recht. Met betrekking tot een mogelijke strafvervolgning geldt het volgende. Indien een onjuiste of onvolledige belastingaangifte wordt gedaan, maar de betrokkene ten tijde van het doen van die aangifte – naar objectieve maatstaven gemeten – redelijkerwijs kon en mocht menen dat deze aangifte juist en volledig was, bijvoorbeeld omdat deze gebaseerd was op een pleitbaar standpunt als hiervoor bedoeld, kan niet worden gezegd dat hij opzettelijk een onjuiste of onvolledige aangifte heeft gedaan die ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, een en ander in de zin van art. 69 lid 2 AWR. Daartoe is immers vereist dat de betrokkene opzettelijk heeft gehandeld, dus minst genomen met voorwaardelijk opzet, hetgeen betekent dat hij bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij ten onrechte geen onderscheidenlijk een onjuiste of onvolledige aangifte heeft gedaan. Dat laatste doet zich niet voor indien, al of niet achteraf bezien, de door de betrokkene aanvaarde kans dat de aangifte onjuist of onvolledig zou blijken te zijn, niet aanmerkelijk was.

In dit geval heeft het Hof bij de beantwoording van de vraag of belanghebbenden een pleitbaar standpunt hadden dat aan het opleggen van een vergrijpboete in de weg staat, beoordeeld of naar objectieve maatstaven voor het door hen ingenomen standpunt, ook al wordt dit ten slotte onjuist bevonden, zodanige argumenten zijn aan te voeren dat niet kan worden gezegd dat zij door het innemen van dat standpunt dermate lichtvaardig hebben gehandeld dat het aan hun opzet of grove schuld is te wijten dat te weinig belasting is geheven. Deze maatstaf is in overeenstemming met hetgeen hiervoor is overwogen. Het oordeel van het Hof dat in dit geval sprake is van een pleitbaar standpunt geeft geen blijk van een miskenning van die maatstaf, gelet op de wettekst, de door belanghebbenden aangehaalde passages uit de wetsgeschiedenis en de op grond daarvan in de fiscale vakliteratuur verdedigde opvattingen, en in aanmerking genomen dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot dat moment geen oordelen waren gegeven over een voldoende vergelijkbaar geval. Gelet op het geobjectiverde karakter van de aan te leggen maatstaf, kon het Hof tot dit oordeel komen zonder kennis te nemen van opinies van advocaten en belastingadviseurs. Dit oordeel is zelfstandig dragend voor de vernietiging van de boetes door het Hof, zodat het middel faalt, wat er zij van de andere door het Hof in dit verband gebezigde gronden.

UITSPRAAK

2. Uitgangspunten in cassatie

2.1. De moederverenootschap van de Zug Anstalt groep (hierna ook: het concern) is gevestigd in Zürich (Zwitserland). Binnen het concern, dat het bankbedrijf

uitoefent, vervult Zug Anstalt A.G. een centrale rol.

2.2. Zug Anstalt A.G. is gevestigd in Zwitserland. Zij heeft een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk, Zug Anstalt London Branch (hierna: Zug London). Zug London is een van de twee belangrijkste entiteiten van het concern waar het gaat om het aantrekken van vreemd vermogen in de markt.

2.3. Zug Anstalt Ltd (hierna: Zug Ltd) maakt ook deel uit van het concern en is eveneens in het Verenigd Koninkrijk gevestigd. Zug Ltd heeft geen banklicentie. Voor het verkrijgen van financiering is Zug Ltd afhankelijk van andere onderdelen van het concern.

2.4. Het concern is in Nederland actief via – onder meer – Zug Anstalt Holdings B.V.; hierna: Zug Holdings), een kleindochtervennootschap van Zug Anstalt A.G.

2.5. In de jaren 2005 tot en met 2008 heeft Zug Holdings, direct dan wel indirect, de aandelen in belanghebbenden verworven. De aandelen in belanghebbenden zijn, met uitzondering van de aandelen in Zug Anstalt 6 en Zug Anstalt 7, aangekocht met bemiddeling van een met Finance Anstalt B.V. gelieerde vennootschap (hierna: Finance Anstalt).

2.6. Zug Anstalt 3, Zug Anstalt 5, Zug Anstalt 8 en Zug Anstalt 9 waren op het moment van de (in)directe verkrijging van hun aandelen door Zug Holdings elk de moedermaatschappij van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. De dochtermaatschappijen die gevoegd waren in een fiscale eenheid met als moedermaatschappijen Zug Anstalt 3, Zug Anstalt 8 onderscheidenlijk Zug Anstalt 9, oefenden voorheen elk het apothekersbedrijf uit. De dochtermaatschappijen die waren gevoegd in de fiscale eenheid met als moedermaatschappij Zug Anstalt 5 dreven voorheen elk een consultancybedrijf. Zug Anstalt 6 en Zug Anstalt 7 bezaten windturbines. De overige vennootschappen hielden onroerende zaken.

2.7. Zug Anstalt 6, Zug Anstalt 7, Zug Anstalt 4, Zug Anstalt 1 en Zug Anstalt 2 en de dochtermaatschappijen van de hiervoor in 2.6 omschreven fiscale eenheden hebben hun ondernemingen onderscheidenlijk hun activa overgedragen in het jaar waarin hun eigen aandelen dan wel de aandelen in hun moedermaatschappij (in)direct zijn aangekocht door Zug Holdings. Dit gebeurde voorafgaande aan de aankoop van die aandelen door Zug Holdings. In de meeste gevallen vond de overdracht van de onderneming of de activa door deze vennootschappen plaats aan een tot hun toenmalige groep behorende vennootschap.

2.8. De activa van de fiscale eenheden Zug Anstalt 3, Zug Anstalt 5, Zug Anstalt 8 en Zug Anstalt 9, en de activa van Zug Anstalt 6, Zug Anstalt 7, Zug Anstalt 4, Zug Anstalt 1 en Zug Anstalt 2 bestonden ten tijde van de (in)directe verkrijging van hun aandelen door Zug Holdings, steeds uitsluitend uit liquide middelen en/of rekening-courantvorderingen. Op de passiefzijde van de balans stonden steeds alleen het eigen vermogen en een vennootschapsbelastingsschuld die verband hield met de fiscale winst die was behaald als gevolg van de hiervoor in 2.7 bedoelde overdracht van de ondernemingen onderscheidenlijk de activa.

2.9. Doordat Zug Anstalt 3, Zug Anstalt 5, Zug Anstalt 8 en Zug Anstalt 9 moedervennootschappen waren van fiscale eenheden, vertegenwoordigen zij, tezamen met Zug Anstalt 1, Zug Anstalt 2, Zug Anstalt 4, Zug Anstalt 6 en Zug Anstalt 7, in totaal 87 vennootschappen die ten tijde van hun (in)directe verkrijging door Zug Holdings waren aan te merken als “winstvennootschappen”. De gezamenlijke vennootschapsbelastingsschuld van deze vennootschappen als hiervoor in 2.8 bedoeld bedroeg ten tijde van die verkrijgingen ruim € 91 miljoen.

2.10. De koopprijs voor de aandelen in de moedermaatschappijen Zug Anstalt 3, Zug Anstalt 5, Zug Anstalt 8 en Zug Anstalt 9, en de aandelen in Zug Anstalt 1, Zug Anstalt 2, Zug Anstalt 4, Zug Anstalt 6 en Zug Anstalt 7 is berekend aan de hand van een percentage van de in die fiscale eenheden onderscheidenlijk vennootschappen aanwezige vennootschapsbelastingsschulden. Er is daarbij een bepaalde verdeling overeengekomen tussen (i) de tot het concern behorende kopers van de aandelen, (ii) Finance Anstalt (indien van toepassing) en (iii) de tot de toenmalige groep behorende verkopers van die aandelen. Blijkens een in de gedingstukken opgenomen overzicht van de Inspecteur was het resultaat als volgt opgebouwd:

Belastingsschuld Zug Anstalt Intermediair Voordeel ondernemingen

Zug Anstalt 9	€ 16.281.494	€ 8.010.495	€ 1.293.215	€ 6.977.784
Zug Anstalt 3	€ 8.323.873	€ 4.029.837	€ 594.537	€ 3.699.499
Zug Anstalt 7	€ 3.122.729	€ 1.405.228	n.v.t.	€ 1.717.501
Zug Anstalt 6	€ 4.559.941	€ 2.061.681	n.v.t.	€ 2.498.260
Zug Anstalt 8	€ 29.650.030	€ 14.073.747	€ 2.053.464	€ 13.522.819
Zug Anstalt 5	€ 10.515.851	€ 5.047.609	€ 736.109	€ 4.732.133
Zug Anstalt 4	€ 12.009.880	€ 7.592.005	€ 1.220.175	€ 3.197.700
Zug Anstalt 1	€ 2.705.227	€ 1.284.983	€ 473.414	€ 946.830
Zug Anstalt 2	€ 4.555.578	€ 2.330.820	€ 455.247	€ 1.769.511

2.11. Belanghebbenden hebben na hun (in)directe overname door Zug Holdings tot aanzienlijke bedragen leningen opgenomen bij Zug London. Zug London heeft daartoe bij derden, in de markt, gelden aangetrokken. De geleende gelden zijn door belanghebbenden – uiteindelijk – aangewend voor stortingen in onderscheidenlijk verwervingen van concernvennootschappen. Op de voordelen die belanghebbenden uit die vennootschappen genoten was de deelnemingsvrijstelling van toepassing. De aldus aangewende gelden zijn uiteindelijk als vreemd vermogen ter beschikking gekomen van Zug Ltd, kort nadat belanghebbenden voornoemde leningen hebben opgenomen bij Zug London. De desbetreffende leningen bij Zug London hebben bestaan van 29 juli 2005 tot en met 1 december 2009 en beliepen in totaal steeds een bedrag van circa € 4600 miljoen.

Daarnaast werd Zug Ltd ook rechtstreeks door Zug London gefinancierd.

2.12. De betaling van de door belanghebbenden aan Zug London verschuldigde rente werd steeds gefinancierd uit door hen ontvangen dividenduitkeringen van de concernvenootschappen waarin zij als gevolg van de in 2.11 bedoelde stortingen onderscheidenlijk verwervingen deelnamen. De leningen van Zug London werden steeds afgelost met bedragen die aan belanghebbenden werden uitgekeerd bij wege van terugbetaling van kapitaal.

De door belanghebbenden aan Zug London betaalde rente is bij Zug London effectief betrokken in de heffing van winstbelasting in het Verenigd Koninkrijk.

2.13. Belanghebbenden hebben in hun aangiften voor de vennootschapsbelasting voor de desbetreffende jaren de aan Zug London verschuldigde rente, voor zover nodig met een beroep op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 18 september 2003, Bosal Holding BV, C-168/01, ECLI:EU:C:2003:479, BNB 2003/344 (hierna: het Bosal-arrest), als aftrekbare lasten in aanmerking genomen, waardoor deze (ook) in mindering kwam op de door hen behaalde winsten op de verkochte ondernemingen onderscheidenlijk activa als hiervoor in 2.7 bedoeld.

2.14. Voor het Hof was – voor zover in cassatie van belang – in geschil (i) of, wat betreft de belastingaanslagen die als navorderingsaanslagen zijn opgelegd, de Inspecteur tot navordering bevoegd was, (ii) of de Inspecteur de winst van belanghebbenden terecht heeft gecorrigeerd door het niet in aftrek toelaten van de door belanghebbenden aan Zug London verschuldigde rente, en (iii) of de vergrijpboeten terecht zijn opgelegd.

3. Beoordeling van de door belanghebbenden I en de Staatssecretaris in hun principale beroepen voorgestelde middelen

3.1. Bevoegdheid tot navorderen

3.1.1.1. Het Hof heeft geoordeeld dat de navorderingsaanslagen niet berusten op feiten als bedoeld in art. 16 lid 1 AWR. Het heeft daartoe geoordeeld dat de Inspecteur een ambtelijk verzuim heeft begaan door zonder nader onderzoek de aanslagen van belanghebbenden II in overeenstemming met hun aangiften op te leggen, terwijl hij op de tijdstippen waarop hij die primitieve aanslagen heeft opgelegd reeds over zodanige informatie beschikte dat een behoorlijke vervulling van zijn aanslagregelende taak hem er redelijkerwijs toe had moeten brengen een nader onderzoek in te stellen naar die aangiften op het punt van de daarin in aftrek gebrachte rente.

3.1.1.2. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat belanghebbenden II niet te kwader trouw zijn ter zake van de feiten die door de Inspecteur aan de navorderingsaanslagen ten grondslag zijn gelegd. Daartoe heeft het Hof in de eerste plaats overwogen dat de door belanghebbenden II ingediende aangiften berusten op een objectief pleitbaar standpunt, zodat van kwade trouw als bedoeld in art. 16 lid 1 AWR geen sprake is. Voorts heeft het Hof overwogen dat belanghebbenden II – gelet op dit (objectief) pleitbare standpunt met betrekking tot de renteaftrek – niet gehouden waren in hun aangiften spontaan inzicht te verschaffen in de (potentiële) samenhang tussen de verrichte rechtshandelingen alsmede de bestemming van door de buitenlandse deelnemingen gepleegde investeringen. Het Hof heeft ten slotte overwogen dat de Inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij vóór het opleggen van de primitieve aanslagen reeds zodanig specifieke vragen heeft gesteld over de door hem uiteindelijk als nieuwe feiten aangemerkte aspecten van de verrichte rechtshandelingen en ingediende aangiften, dat belanghebbenden II of hun adviseurs door hun daarop gegeven antwoorden (voorwaardelijk) opzettelijk onjuiste inlichtingen hebben verstrekt.

3.1.2. Het eerste middel van de Staatssecretaris keert zich tegen het hiervoor in 3.1.1.1 weergegeven oordeel van het Hof dat de aldaar vermelde navorderingsaanslagen niet berusten op feiten als bedoeld in art. 16 lid 1 AWR. Het middel faalt. Het oordeel van het Hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Het is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

3.1.3. Het tweede middel van de Staatssecretaris keert zich tegen het hiervoor in 3.1.1.2 weergegeven oordeel van het Hof dat bij belanghebbenden II geen sprake is van kwade trouw in de zin van art. 16 lid 1 slotzin AWR.

Het middel faalt. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Het is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Daarbij verdient opmerking dat het Hof terecht heeft geoordeeld dat het standpunt van belanghebbenden, en dus ook van belanghebbenden II, met betrekking tot de aftrekbaarheid van de rente als objectief pleitbaar kan worden aangemerkt (zie hierna onderdeel 3.4 van dit arrest). Van kwade trouw is slechts sprake indien de belastingplichtige de inspecteur opzettelijk onjuiste inlichtingen heeft verstrekt, of opzettelijk de juiste inlichtingen aan de inspecteur heeft onthouden (HR 11 juni 1997, nr. 32299, ECLI:NL:HR:1997:AA2160, BNB 1997/384). Een zodanig onthouden kan slechts worden aangenomen indien op de belastingplichtige een wettelijke verplichting rustte om de desbetreffende gegevens aan de inspecteur te verstrekken. Daarvan is sprake indien in de uitnodiging tot het doen van aangifte van de betrokkene werd verlangd die gegevens bij zijn aangifte te vermelden en indien de inspecteur die gegevens van de belastingplichtige heeft gevraagd met toepassing van art. 47 AWR. Voor gevallen als de onderhavige kent de wet geen verplichting voor een belastingplichtige om uit eigen beweging gegevens aan de inspecteur te verstrekken die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van een fiscale aangelegenheid van die belastingplichtige. Anders dan in het middel wordt betoogd, kan het achterwege laten van dergelijke onverplichte informatieverstrekking niet leiden tot het verwijt van kwade trouw in de zin van art. 16 lid 1 AWR.

3.2. Correctie van de renteaftrek

a. Fraus legis

3.2.1. Het Hof heeft vooropgesteld dat de hiervoor in 2.5 tot en met 2.12 vermelde, door en met belanghebbenden verrichte (rechts)handelingen onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden als – meer of minder essentiële – onderdelen van een welbewust ontworpen en geïmplementeerde tax planning structuur (hierna ook: de structuur). Naar het oordeel dient de fiscale duiding van dit samenstel van (rechts)handelingen met inachtneming van hun onderlinge samenhang plaats te vinden.

3.2.2.1. Het Hof heeft – voor zover in cassatie van belang – geoordeeld dat het leerstuk van fraus legis van toepassing is bij de fiscale duiding van de door belanghebbenden verrichte (rechts)handelingen.

3.2.2.2. Het Hof heeft daarbij overwogen dat het concern doelbewust gebruik heeft gemaakt van de hem ter beschikking staande mogelijkheid om – vrijwel naar willekeur en tot grote omvang – geldstromen te orkestreren en als geldleningen vorm te geven waardoor – naar believen – rentelasten in Nederland werden opgeroepen. Het concern en belanghebbenden hebben dit uitgangspunt volgens het Hof planmatig en grootschalig benut door het opzetten van de structuur. Daarmee hadden het concern en belanghebbenden als volstrekt overwegend doel de rente af te zetten tegen de door belanghebbenden in de jaren waarin zij door het concern werden aangekocht behaalde winsten, en daarmee effectieve belastingheffing over die winsten te vrijdelen, aldus nog steeds het Hof.

3.2.2.3. Het Hof heeft verworpen de stelling van belanghebbenden dat het primaire doel van de geldstromen bestond in financiering van de operationele activiteiten van het concern en van investeringen in schuld papier van derden. Hoewel volgens het Hof niet kan worden gezegd dat de door belanghebbenden gepleegde investeringen volledig van economische risico's waren ontbloot, ging het om zodanig geringe en beheersbare risico's dat die niet afdoen aan het doorslaggevend motief achter de structuur, te weten het vrijdelen van belastingheffing over de “gekochte” winsten.

3.2.2.4. Het Hof heeft geoordeeld dat de structuur zozeer in strijd komt met doel en strekking van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) dat de beoogde fiscale gevolgen dienen te worden gecorrigeerd met toepassing van het leerstuk van fraus legis. Het Hof heeft in dat verband overwogen dat de omstandigheid dat de door Zug London ontvangen rente in het Verenigd Koninkrijk is belast, geen wijziging brengt in zijn oordeel dat de Nederlandse renteaftrek die

met de structuur werd beoogd, met toepassing van *fraus legis* dient te worden gecorrigeerd. De grondslag voor dat oordeel is gelegen in de geconstateerde schending van doel en strekking van de Nederlandse belastingwet, zodat een compenserende heffing in het Verenigd Koninkrijk over de betaalde rente naar het oordeel van het Hof niet relevant is.

3.2.2.5. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat, wanneer een samenstel van rechtshandelingen met *fraus legis* wordt getroffen, daaraan de fiscale gevolgen dienen te worden verbonden die het meest in overeenstemming zijn met doel en strekking van de belastingwet. Naar het oordeel van het Hof bestaat dat gevolg in dit geval uit het schrappen van het volledige bedrag van de renteaftrek.

3.2.3. Het eerste middel van belanghebbenden I keert zich met zowel rechts- als motiveringsklachten tegen de hiervoor in 3.2.1 en 3.2.2 weergegeven oordelen van het Hof.

3.2.3.1. Het eerste onderdeel van het middel betoogt dat het Hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd bij zijn hiervoor in 3.2.2.2 weergegeven oordeel dat de betrokken vennootschappen beoogden belastingheffing te verijdelen door daarbij als criterium aan te leggen of dat doel volstrekt overwegend was. Het onderdeel betoogt dat als criterium heeft te gelden of belastingverijdeling als doel van het omstreden handelen doorslaggevend is.

Het eerste middelonderdeel mist feitelijke grondslag. Mede gelet op de overwegingen in onderdeel 4.4.12 van zijn uitspraak heeft het Hof bij zijn beoordeling van het doel van het handelen van belanghebbenden klaarblijkelijk en terecht de toets gehanteerd of het doorslaggevende motief voor hun handelen was gelegen in het verijdelen van belastingheffing.

3.2.3.2. Het tweede onderdeel van het middel richt zich tegen het oordeel van het Hof dat het verijdelen van belastingheffing het doorslaggevende motief is geweest voor het handelen van de betrokken vennootschappen. Het onderdeel betoogt dat dit oordeel onvoldoende is gemotiveerd, aangezien het is gegeven ondanks de door belanghebbenden aangevoerde feiten en omstandigheden als in het middelonderdeel vermeld.

Ook dit middelonderdeel faalt. Het daarin bestreden oordeel van het Hof is feitelijk van aard en berust op de aan het Hof voorbehouden keuze en waardering van de bewijsmiddelen, zodat het in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst. Het is, ook met inachtneming van de in het middelonderdeel opgesomde feiten en omstandigheden, niet onvoldoende gemotiveerd en evenmin onbegrijpelijk.

3.2.3.3. Het derde onderdeel van het middel bestrijdt het oordeel van het Hof dat het aanvaarden van de renteaftrek zou leiden tot strijd met doel en strekking van de Nederlandse belastingwet. Het vierde middel van belanghebbenden I betoogt dat zo al sprake is van *fraus legis*, het Hof daaraan ten onrechte het gevolg heeft verbonden dat alle door belanghebbenden I aan Zug London verschuldigde rente niet in aftrek wordt toegelaten. Het middel betoogt dat de gevolgen van *fraus legis* beperkt dienen te blijven tot het niet-toelaten van de renteaftrek voor zover die wordt afgezet tegen de winst die belanghebbenden hebben behaald voordat zij tot het concern gingen behoren.

3.2.3.4. Het derde onderdeel van het eerste middel en het vierde middel van belanghebbenden I lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Daarbij wordt het volgende vooropgesteld.

In het Bosal-arrest heeft het Hof van Justitie beslist dat Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, uitgelegd in het licht van art. 52 EG-Verdrag (en destijds, na wijziging art. 43), zich verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan voor de belasting op de winst van een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij de kosten welke verband houden met de deelneming van deze maatschappij in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming slechts aftrekbaar zijn indien dergelijke kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van winst die in de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij belastbaar is.

Door deze beslissing van het Hof van Justitie ontstond voor de heffing van Nederlandse vennootschapsbelasting de toestand dat voor een belastingplichtig lichaam dat een deelneming houdt in een binnen de Europese Unie gevestigde vennootschap, de daaruit genoten voordelen ingevolge de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb zijn vrijgesteld, maar dat – anders dan destijds in de Wet Vpb was bepaald – de rente die dat lichaam is verschuldigd ter zake van leningen die het is aangegaan voor de verwerving van de aandelen in die binnen de Unie gevestigde vennootschap en/of de verstreking van vermogen aan een zodanige vennootschap door middel van (informele) kapitaalstortingen, niet reeds om die reden van aftrek van zijn winst kan worden uitgesloten. Op deze wijze ontstond in het systeem van de Wet Vpb een asymmetrische behandeling van enerzijds baten en anderzijds de met die baten samenhangende lasten, ook wel het Bosal-gat genoemd. In een geval waarin het lichaam ook andere – niet onder een vrijstelling vallende – voordelen geniet, komt de rente ten gevolge hiervan bij de fiscale winstberekening van dat lichaam in mindering op die andere voordelen, zodat de druk van de heffing van vennootschapsbelasting over die voordelen wordt verminderd.

3.2.3.5. De belastingverlichting die aldus uitgaat van het Bosal-gat is evenwel niet onbegrensd. Zij kan niet worden aanvaard indien en voor zover met het doorslaggevende oogmerk van belastingverijdeling renteaftrek wordt gecreëerd die in strijd is met het stelsel van de Wet Vpb, zoals dat stelsel na het Bosal-arrest moet worden opgevat.

3.2.3.6. Het onderhavige geval kenmerkt zich daardoor dat er bij Zug Ltd, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap, behoefte bestaat aan financiering, voor welke financiering Zug Ltd afhankelijk is van andere vennootschappen van het concern. Zug London heeft bij derden, in de markt, gelden aangetrokken. Zug London heeft de aldus aangetrokken gelden – in tegenstelling tot andere financieringen – niet rechtstreeks aan Zug Ltd verstrekt, maar heeft die gelden in de vorm van geldleningen aan belanghebbenden verstrekt. De geleende gelden zijn door belanghebbenden aangewend voor stortingen in onderscheidenlijk verwervingen van concernvennootschappen, zodanig dat op de voordelen uit hoofde van die vennootschappen de deelnemingsvrijstelling van toepassing was. De aldus aangewende gelden zijn, kort nadat belanghebbenden voornoemde leningen bij Zug London hebben opgenomen, uiteindelijk als vreemd vermogen ter beschikking gekomen van Zug Ltd. Voor de geleiding via belanghebbenden is gekozen vanwege een doorslaggevend fiscaal motief, te weten het door belanghebbenden ten laste van hun winst kunnen brengen van de door hen aan Zug London verschuldigde rente, en wel zodanig dat feitelijk geen vennootschapsbelasting zou kunnen worden geheven over de winsten die door belanghebbenden zijn behaald voordat zij tot het concern gingen behoren. Belanghebbenden zijn met dit doel door het concern aangekocht.

3.2.3.7. Onder deze omstandigheden leidt het in aftrek toelaten van de rente die belanghebbenden aan Zug London zijn verschuldigd tot strijd met doel en strekking van de Wet Vpb, voor zover deze rente wordt afgezet tegen de winsten die door belanghebbenden zijn behaald voordat zij tot het concern gingen behoren. De door belanghebbenden opgezette structuur leidt er namelijk telkens toe dat zij door het creëren van rentelasten hun winsten onbeperkt, althans tot aanzienlijke bedragen, en naar willekeur kunnen verminderen met die lasten, terwijl zonder deze structuur vennootschapsbelasting zou zijn geheven over de winsten die belanghebbenden hebben behaald voordat zij tot het concern gingen behoren.

3.2.3.8. Aan hetgeen hiervoor in 3.2.3.7 is overwogen doet niet af dat er bij Zug London sprake is van een zogenoemde compenserende heffing ter zake van de door belanghebbenden verschuldigde rente, aangezien het toestaan van de renteaftrek bij belanghebbenden – ook bij aanwezigheid van een compenserende heffing ter zake van de rente – zou leiden tot een onaanvaardbare belastingverijdeling over de door het concern “gekochte” winsten, te weten de winsten die belanghebbenden hebben behaald voordat zij tot het concern gingen behoren.

3.2.3.9. Dit een en ander heeft tot gevolg dat de door belanghebbenden aan Zug London verschuldigde rente niet voor aftrek in aanmerking komt tot het bedrag van de hiervoor in 3.2.3.7 bedoelde bij ieder van hen aanwezige “gekochte” winst. Als “gekochte” winst dient in dit verband te worden aangemerkt de winst van ieder van de belanghebbenden die met inachtneming van de regels van goed koopmansgebruik is behaald tot het tijdstip waarop het economische risico met betrekking tot

de aandelen in die belanghebbenden overging naar het concern. In dit geval is dat het tijdstip waarnaar de door de oorspronkelijke aandeelhouders van die belanghebbenden ontvangen koopprijs van de aandelen is bepaald.

3.2.3.10. Voor zover door belanghebbenden rente is verschuldigd tot hogere bedragen dan hiervoor in 3.2.3.9 bedoeld, zijn op dit meerdere de normale regels van de fiscale winstbepaling van toepassing. Van dit meerdere kan immers niet worden gezegd dat het Bosal-gat wordt gebruikt ter verijdeling van de heffing van vennootschapsbelasting bij belanghebbenden over winst die ten tijde van hun opnemings in het concern reeds was behaald. In zoverre wordt een toelaatbaar gebruik gemaakt van het stelsel van de Wet Vpb, zoals dat na het Bosal-arrest moet worden opgevat.

3.2.3.11. Voorts brengt hetgeen hiervoor in 3.2.3.9 en 3.2.3.10 is overwogen mee dat indien door een belanghebbende fiscale verliezen worden geleden als gevolg van aftrek van de aan Zug London verschuldigde rente in een jaar dat is gelegen ná het jaar waarin zij tot het concern ging behoren, die verliezen in zoverre in afwijking van de voor de verrekening van verliezen geldende bepalingen van de Wet Vpb, niet verrekend kunnen worden met de belastbare winst van dat jaar van overdracht, voor zover die kan worden aangemerkt als “gekochte” winst als hiervoor in 3.2.3.9 bedoeld.

3.2.3.12. Voor zover in het jaar waarin de desbetreffende belastingplichtige tot het concern ging behoren, de aan Zug London verschuldigde rente het bedrag van de “gekochte” winst overtreft, heeft voorts het volgende te gelden. Het negatieve saldo van enerzijds het bedrag waarmee de verschuldigde rente die “gekochte” winst overtreft en anderzijds het bedrag van het na het tijdstip van overgang naar het concern behaalde overige – positieve – resultaat, kan worden verrekend met belastbare winsten van de desbetreffende belanghebbende op de wijze waarop een verlies van dat jaar zou kunnen worden verrekend, doch uitsluitend met belastbare winsten van volgende jaren. Het saldo wordt door de inspecteur vastgesteld bij voor bezwaar vatbare beschikking met overeenkomstige toepassing van artikel 20b Wet Vpb als ware het een verlies.

3.2.3.13. Voor zover het Hof heeft geoordeeld dat sprake is van strijd met doel en strekking van de Nederlandse belastingwet indien de door belanghebbenden aan Zug London verschuldigde rente in aftrek wordt gebracht op de winsten die belanghebbenden hebben behaald vóór het moment waarop zij tot het concern gingen behoren, is dat oordeel, in het licht van hetgeen hiervoor in 3.2.3.6 tot en met 3.2.3.9 is overwogen, juist. In zoverre faalt het derde onderdeel van het eerste middel.

3.2.3.14. In dit verband komt geen betekenis toe aan de wijze waarop de winsten door belanghebbenden zijn behaald voordat zij tot het concern gingen behoren. Met name is niet van belang of die winsten zijn ontstaan door verkoop door belanghebbenden van hun ondernemingen onderscheidenlijk activa aan niet-gelieerde partijen dan wel door verkoop daarvan binnen de groepen waartoe de belanghebbenden voordien behoorden. Het valt immers niet in te zien op welke wijze dit onderscheid zou moeten leiden tot een afwijkende beoordeling van het ontgaanskarakter van de door het concern en belanghebbenden gehanteerde structuur. Voor zover het tiende onderdeel van het eerste middel met betrekking tot Zug Anstalt 4 en Zug Anstalt 5 betoogt dat het leerstuk van *fraus legis* ten aanzien van deze vennootschappen geen toepassing kan vinden aangezien zij hun onderneming onderscheidenlijk activa hebben verkocht aan niet-gelieerde partijen, faalt het derhalve eveneens.

3.2.3.15. In het licht van hetgeen hiervoor in 3.2.3.6 tot en met 3.2.3.10 is overwogen, slaagt het derde onderdeel van het eerste middel, evenals het vierde middel, voor zover daarin wordt betoogd dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat sprake is van strijd met doel en strekking van de Wet Vpb indien de rente in aftrek wordt gebracht op de winsten die belanghebbenden hebben behaald ná het moment waarop zij tot het concern gingen behoren. Voor zover het vierde middel betoogt dat de gevolgen van *fraus legis* beperkt dienen te blijven tot het niet-toelaten van de renteaftrek voor zover die wordt afgezet tegen de “gekochte” winst als hiervoor in 3.2.3.9 bedoeld, faalt het. Uit hetgeen hiervoor in 3.2.3.9 tot en met 3.2.3.12 is overwogen, volgt immers dat de door belanghebbenden I aan Zug London verschuldigde bedragen aan rente tot het bedrag van de “gekochte” winst, nimmer voor aftrek in aanmerking komen. Slechts voor zover door belanghebbenden I aan Zug London tot hogere bedragen rente is verschuldigd dan het bedrag van de “gekochte” winst, kan – met inachtneming van hetgeen hiervoor in 3.2.3.12 is overwogen – sprake zijn van een verrekenbaar verlies, dan wel een daarmee gelijk te stellen bedrag als bedoeld hiervoor in 3.2.3.12.

b. Artikel 10a Wet Vpb

3.2.3.16. Voor het hiervoor in 3.2.3.10 bedoelde deel van de door belanghebbenden aan Zug London verschuldigde rente (het meerdere) is nog het volgende van belang. Voor het Hof heeft de Inspecteur subsidiair betoogd dat de aan Zug London verschuldigde rente bij de winstbepaling niet in aftrek kan worden gebracht op de grond dat (wat betreft de jaren 2005 tot en met 2007) daarmee in strijd zou worden gekomen met doel en strekking van het in die jaren geldende art. 10a Wet Vpb, onderscheidenlijk (wat betreft 2008) wegens strijd met art. 10a Wet Vpb.

3.2.3.17. Wat betreft de jaren 2005 tot en met 2007 en het op die jaren betrekking hebbende beroep van de Inspecteur op *fraus legis* met betrekking tot art. 10a Wet Vpb heeft het Hof (zij het alleen ten aanzien van Zug Anstalt 10) overwogen dat de Inspecteur onvoldoende specifiek heeft onderbouwd waarom het handelen van Zug Anstalt 10 in de genoemde jaren in strijd zou zijn met doel en strekking van de (specifieke) antimisbruikbepaling van art. 10a Wet Vpb. Voor een dusdanige (zware) kwalificatie is te minder aanleiding nu Zug Anstalt 10 (niet, althans onvoldoende gemotiveerd betwist) heeft gesteld dat over de rente bij Zug London als de genietter ervan een redelijke heffing heeft plaatsgevonden, aldus het Hof. Het Hof heeft het beroep van de Inspecteur op *fraus legis* met betrekking tot artikel 10a Wet Vpb op deze gronden verworpen.

3.2.3.18. Het vierde middel van de Staatssecretaris komt op tegen dit oordeel van het Hof met het betoog dat bij de beantwoording van de vraag of in strijd met doel en strekking van de wet wordt geboden van compenserende heffing een vereiste is. Het Hof heeft, aldus het middel, geoordeeld dat sprake is van compenserende heffing bij Zug London, welke vaststelling volgens het Hof door de Inspecteur niet bestreden is, maar, zo vervolgt het middel, de Inspecteur heeft wel gesteld dat in de gecreëerde geldstroom tegenover de rentelasten in Nederland geen belaste rentebate staat. Er is, aldus het middel, sprake van het ontbreken van compenserende heffing “aan de onderkant van de geldstroom”, waarbij dan Zug London als de bovenkant heeft te gelden en de concernvennootschappen waarin belanghebbenden de geleende gelden hebben aangewend als de onderkant. Hieruit volgt, aldus nog steeds het middel, dat het Hof ten onrechte heeft overwogen dat de Inspecteur de aanwezigheid van een compenserende heffing niet zou hebben weersproken.

3.2.3.19. Het vierde middel faalt. Uit hetgeen hiervoor in 3.2.3.6 tot en met 3.2.3.12 is overwogen, vloeit voort dat – buiten het geval van verrekening van de aldaar bedoelde nieuw gecreëerde rentelasten met “gekochte” winst – moet worden aanvaard dat het Bosal-gat deel uitmaakt van de systematiek van de Wet Vpb, zodat niet kan worden gezegd dat met de hiervoor in 3.2.3.10 bedoelde saldering met andere voordelen van belanghebbenden een resultaat wordt bereikt dat in strijd is met doel en strekking van de Wet Vpb. Het Bosal-gat verklaart daardoor op afdoende wijze het door belanghebbenden in zoverre genoten voordeel. Hier is geen sprake van een uitholling van de grondslag van de heffing van vennootschapsbelasting waarop het voorschrift van het in de jaren 2005 tot en met 2007 geldende art. 10a Wet Vpb betrekking heeft, noch naar de bewoordingen, noch naar doel en strekking ervan.

c. Overig

3.2.3.20. Het eerste middel van belanghebbenden I, waarvan onderdeel 9 is ingetrokken bij de reactie van belanghebbenden I op de schriftelijke toelichting van de Staatssecretaris, kan voor het overige niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie, geen nadere motivering nu dit middel in zoverre niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.3. Europees recht

3.3.1. Naar het oordeel van het Hof zijn de door de Inspecteur aangebrachte correcties ter zake van de renteaftrek niet in strijd met Europees recht. Het Hof acht in

dit verband niet relevant de vergelijking van de onderhavige structuur met de hypothetische situatie waarin Zug London en/of de concernvennootschappen, waarin een deelneming in de zin van art. 13 Wet Vpb wordt gehouden, in Nederland zou zijn gevestigd. Daartoe heeft het Hof overwogen dat de geconstateerde fraus legis betrekking heeft op de welbewust in het leven geroepen structuur die leidt tot een rechtens niet aanvaardbare uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. Daar komt bij, aldus het Hof, dat belanghebbenden geen beroep toekomt op het positieve Europese recht indien sprake is van misbruik van recht.

3.3.2. Het tweede middel van belanghebbenden I bestrijdt het hiervoor in 3.3.1 weergegeven oordeel van het Hof dat de weigering van de renteaftrek niet in strijd is met Europees recht. Daartoe voert het middel aan dat geen sprake zou zijn van strijd met doel en strekking van de Wet Vpb indien belanghebbenden de schulden waren aangegaan met en/of de door het aangaan van die schulden verkregen gelden hadden geïnvesteerd in vennootschappen die in Nederland gevestigd zijn. Het middel betoogt voorts dat onjuist is het oordeel van het Hof dat, zo al sprake is van misbruik, geen beroep openstaat op het Europees recht.

3.3.3. Het middel faalt. Zoals hiervoor in 3.2.3.6 tot en met 3.2.3.12 is overwogen, zou het toestaan van de renteaftrek, kort gezegd, leiden tot een onaanvaardbare vermindering van de heffing van belasting die door belanghebbenden verschuldigd zou zijn ter zake van de ten tijde van de overname door hen reeds behaalde winst, zodat met toepassing van het leerstuk van fraus legis die aftrek in zoverre wordt verhinderd. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat justitiabelen in geval van misbruik of fraude geen beroep kunnen doen op het recht van de Unie (zie bijvoorbeeld HvJ 3 maart 2005, Fini H, C-32/03, ECLI:EU:C:2005:128, punt 32 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Het recht van de Unie mag ook niet zo ruim worden toegepast dat het misbruik zou dekken (HvJ 21 februari 2006, Halifax plc e.a., C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121, punten 69 en 70 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Dit een en ander brengt – naar het Hof terecht heeft overwogen – mee dat het onderhavige handelen van belanghebbenden in strijd met doel en strekking van de Wet Vpb, beperking van de verdragsvrijheden rechtvaardigt. Daarbij verdient opmerking dat de toepassing van het leerstuk van fraus legis in een geval als het onderhavige tot een evenredige correctie leidt, aangezien deze beperkt blijft tot het bedrag aan renteaftrek waarmee de heffing van belasting op onaanvaardbare wijze zou worden verminderd.

3.4. Vergrijpboeten

3.4.1.1. De vraag of belanghebbenden I met de onderhavige structuur en de daarop gebaseerde aangiften strafwaardig hebben gehandeld, dient naar het oordeel van het Hof niet reeds bevestigend te worden beantwoord vanwege de vaststelling dat de opgezette structuur met fraus legis dient te worden getroffen. Het gaat, aldus het Hof, om de vraag of de Inspecteur heeft bewezen dat het aan opzet of grove schuld van belanghebbenden I is te wijten dat de aangiften onjuist zijn gedaan, dan wel aanvankelijk te weinig belasting is geheven. Dienaangaande heeft het Hof het volgende overwogen.

3.4.1.2. Naar het oordeel van het Hof verschilt de onderhavige structuur in zodanige mate van die welke heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 10 maart 1993, nr. 28484, [ECLI:NL:HR:1993:BH8568](#), BNB 1993/197, dat niet reeds op grond van de overigens aanwezige overeenkomsten met het in dat arrest aan de orde zijnde geval tot het oordeel kan worden gekomen dat belanghebbenden I strafwaardig hebben gehandeld in de hiervoor in 3.4.1.1 bedoelde zin. De overige door de Inspecteur voor het Hof aangehaalde jurisprudentie wijkt volgens het Hof nog verder af van het onderhavige geval en kan daarom naar het kennelijke oordeel van het Hof evenmin tot de slotsom leiden dat belanghebbenden I strafwaardig hebben gehandeld in de hiervoor in 3.4.1.1 bedoelde zin.

3.4.1.3. Het Hof heeft daarnaast, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 23 september 1992, nr. 27293, [ECLI:NL:HR:1992:ZC5105](#), BNB 1993/193 (hierna: het arrest BNB 1993/193), geoordeeld dat voor het opleggen van fiscale boeten aan belanghebbenden I geen plaats is omdat zij naar objectieve maatstaven een pleitbaar standpunt hadden. Voor het door belanghebbenden I ingenomen standpunt zijn naar het oordeel van het Hof zodanige argumenten aan te voeren, dat niet kan worden gezegd dat zij door het innemen van dat standpunt dermate lichtvaardig hebben gehandeld dat het aan hun opzet of grove schuld is te wijten dat te weinig belasting is geheven. Het Hof verwijst hierbij naar de wettekst, de door belanghebbenden I aangehaalde passages uit de wetsgeschiedenis en de op grond daarvan in de fiscale literatuur verdedigde opvattingen.

Het Hof heeft bij dit oordeel in aanmerking genomen dat in het maatschappelijke klimaat ten tijde van het opzetten en implementeren van de structuur en het doen van de aangiften, structuren als de onderhavige in de maatschappelijke kringen waarvan belanghebbenden I en haar adviseurs deel uitmaakten als legal en toelaatbaar werden beschouwd.

Aangezien het standpunt van belanghebbenden I naar het oordeel van het Hof als objectief pleitbaar dient te worden aangemerkt, heeft het Hof de boeten vernietigd, ook voor zover daaraan (subsidiar) grove schuld ten grondslag is gelegd.

3.4.1.4. Het Hof heeft, gegeven zijn oordeel dat sprake is van een objectief pleitbaar standpunt, kennisgeving van de door belanghebbenden I bij een tweetal kantoren van advocaten en belastingadviseurs ingewonnen opinies verder niet relevant geacht. Het heeft belanghebbenden I om die reden niet verzocht die opinies op de voet van art. 8:45 Awb in het geding te brengen. Die opinies kunnen, aldus het Hof, niet bijdragen aan het door de Inspecteur te leveren bewijs, aangezien sprake is van een objectief pleitbaar standpunt.

3.4.2. Het derde middel van de Staatssecretaris betoogt dat het Hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, heeft geoordeeld dat het standpunt van belanghebbenden I met betrekking tot de aftrekbaarheid van de rente als objectief pleitbaar dient te worden aangemerkt, zodat het niet aan hun opzet of grove schuld is te wijten dat de aangiften onjuist zijn gedaan, dan wel aanvankelijk te weinig belasting is geheven. In dat verband voert het middel aan dat het Hof ten onrechte de toets heeft aangelegd of belanghebbenden I naar objectieve maatstaven een pleitbaar standpunt hadden. Volgens het middel is uit rechtspraak van de Hoge Raad af te leiden dat voor de vraag of de belastingplichtige een pleitbaar standpunt heeft, een (beperkt) subjectieve toets dient te worden aangelegd. Het middel betoogt voorts dat het hiervoor in 3.4.1.4 weergegeven oordeel van het Hof aangaande het overleggen van de aldaar bedoelde opinies door belanghebbenden I onjuist, dan wel onvoldoende gemotiveerd is.

3.4.3. Naar aanleiding van dit middel heeft de advocaat-generaal in onderdeel 9 van zijn conclusie de vraag opgeworpen of het zogenoemde pleitbare standpunt in het fiscale boeterecht anders wordt beoordeeld en tot andere uitkomsten leidt dan in strafzaken. Naar aanleiding hiervan overweegt de Hoge Raad als volgt.

3.4.4. Vooropgesteld wordt dat de fiscale aangifteplicht zich hierdoor kenmerkt dat de aangifteplichtige onder dreiging van een strafvervolgning wordt gedwongen binnen een door de inspecteur te stellen termijn duidelijk, stellig en zonder voorbehoud een verklaring af te leggen die de inspecteur in staat stelt de hoogte van de verschuldigde belasting vast te stellen. Die verplichting brengt noodzakelijkerwijs mee dat de betrokkene bij het doen van aangifte de – niet zelden complexe – belastingwetgeving moet uitleggen, ook in gevallen waarin onduidelijkheid bestaat over de vraag welke interpretatie juist is.

3.4.5. Indien een onjuiste belastingaangifte wordt gedaan, kan ter zake daarvan geen vergrijpboete als bedoeld in de art. 67d en 67e AWR worden opgelegd indien aan die aangifte een standpunt ten grondslag ligt dat gebaseerd kan worden op een pleitbare uitleg van het (fiscale) recht, in die zin dat de belastingplichtige ten tijde van het doen van die aangifte – naar objectieve maatstaven gemeten – redelijkerwijs kon en mocht menen dat deze uitleg en daarmee de door hem gedane aangifte juist was. In een dergelijk geval kan niet worden gezegd dat het aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige te wijten is dat die aangifte onjuist is dan wel dat daardoor te weinig belasting is geheven, ook al wordt het aan die aangifte ten grondslag liggende standpunt later door de rechter onjuist bevonden. Omdat de pleitbaarheid van dat standpunt naar objectieve maatstaven moet worden beoordeeld, en mede gelet op hetgeen hiervoor in 3.4.4 is vooropgesteld, is in dit verband niet van belang of de belastingplichtige bij het doen van de aangifte de pleitbare maar later onjuist bevonden uitleg voor ogen heeft gestaan.

3.4.6. Hetzelfde heeft te gelden voor de vergrijpboete van art. 67f AWR, indien aan een ontoereikende voldoening of afdracht van belasting op aangifte een standpunt ten grondslag ligt dat gebaseerd kan worden op een pleitbare uitleg van het (fiscale) recht.

3.4.7. Met betrekking tot een mogelijke strafvervolgning geldt het volgende. Indien een onjuiste of onvolledige belastingaangifte wordt gedaan, maar de betrokkene ten tijde van het doen van die aangifte – naar objectieve maatstaven gemeten – redelijkerwijs kon en mocht menen dat deze aangifte juist en volledig was, bijvoorbeeld omdat deze gebaseerd was op een pleitbaar standpunt als hiervoor in 3.4.5 bedoeld, kan niet worden gezegd dat hij opzettelijk een onjuiste of onvolledige aangifte heeft gedaan die ertoe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, een en ander in de zin van art. 69 lid 2 AWR. Daartoe is immers vereist dat de betrokkene opzettelijk heeft gehandeld, dus minst genomen met voorwaardelijk opzet, hetgeen betekent dat hij bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij ten onrechte geen onderscheidenlijk een onjuiste of onvolledige aangifte heeft gedaan. Dat laatste doet zich niet voor indien, al dan niet achteraf bezien, de door de betrokkene aanvaarde kans dat de aangifte onjuist of onvolledig zou blijken te zijn, niet aanmerkelijk was.

3.4.8. In dit geval heeft het Hof bij de beantwoording van de vraag of belanghebbenden I een pleitbaar standpunt hadden dat aan het opleggen van een vergrijpboete in de weg staat, beoordeeld of naar objectieve maatstaven voor het door hen ingenomen standpunt, ook al wordt dit ten slotte onjuist bevonden, zodanige argumenten zijn aan te voeren dat niet kan worden gezegd dat zij door het innemen van dat standpunt dermate lichtvaardig hebben gehandeld dat het aan hun opzet of grove schuld is te wijten dat te weinig belasting is geheven. Deze aan het arrest BNB 1993/193 ontleende maatstaf is in overeenstemming met hetgeen hiervoor in 3.4.5 is overwogen. In zoverre faalt het derde middel van de Staatssecretaris.

3.4.9. Het oordeel van het Hof dat in dit geval sprake is van een pleitbaar standpunt geeft geen blijk van een miskenning van die maatstaf, gelet op de wettekst, de door belanghebbenden I aangehaalde passages uit de wetsgeschiedenis en de op grond daarvan in de fiscale vakliteratuur verdedigde opvattingen, en in aanmerking genomen dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot dat moment geen oordelen waren gegeven over een voldoende vergelijkbaar geval. Gelet op het geobjectiveerde karakter van de aan te leggen maatstaf, kon het Hof tot dit oordeel komen zonder kennis te nemen van de hiervoor in 3.4.1.4 bedoelde opinies. Dit oordeel is zelfstandig dragend voor de vernietiging van de boeten door het Hof, zodat het middel faalt, wat er zij van de andere door het Hof in dit verband gebezigde gronden.

3.5. Diversen

3.5.1. Het derde middel van belanghebbenden I betoogt dat het Hof aan zijn bevinding dat met het oogmerk van belastingverrijdeling is gehandeld in strijd met doel en strekking van de Nederlandse belastingwet ten onrechte gevolgen heeft verbonden met betrekking tot de winstbepaling van deze belanghebbenden en dat in plaats daarvan een correctie had dienen plaats te vinden bij de partijen die de aandelen in belanghebbenden (middellijk) hebben verkocht aan het concern.

Het middel faalt. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie, geen nadere motivering, nu het middel niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.5.2. Het vijfde middel van belanghebbenden I, dat uitsluitend betrekking heeft op Zug Anstalt 8, betoogt dat het Hof ten onrechte het verlies van Zug Anstalt 8 van 2007 niet heeft verrekend met de belastbare winst van 2006 en/of 2008. Aangezien in verband met hetgeen hiervoor in 3.2 is overwogen de uitgangspunten aan dit middel zijn komen te ontvallen, behoeft het geen behandeling.

4. Beoordeling van de door de Staatssecretaris in zijn voorwaardelijke incidentele beroep voorgestelde middelen

4.1. Middel I, dat betoogt dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat artikel 20a Wet Vpb zoals dat in de onderhavige jaren luidde niet in de weg staat aan saldering binnen het boekjaar van de “gekochte” winst met de door belanghebbenden door de structuur verschuldigd geworden rente behoeft, gelet op hetgeen hiervoor in 3.2.3.7 is overwogen, geen behandeling.

4.2. Middel II houdt in dat het Hof ten onrechte, althans op ontoereikende gronden, heeft geoordeeld dat de heffing van winstbelasting over de door Zug London ontvangen rente leidt tot een compenserende heffing in het buitenland. Het betoogt daartoe in navolging van de Inspecteur dat er tegenover de in Nederland door de structuur gecreëerde rentelasten “aan de onderkant” geen belaste rentebate staat en in zoverre feitelijk geen sprake is van compenserende heffing. Het middel faalt op de gronden weergegeven hiervoor in 3.2.3.19.

4.3. Middel III bestrijdt het oordeel van het Hof dat, voor zover de correcties zouden worden gebaseerd op toepassing van art. 10a Wet Vpb, de desbetreffende boeten eveneens dienen te worden vernietigd, aangezien de Inspecteur zich pas in hoger beroep op die rechtsgrond heeft beroepen en het op die grond handhaven van die boeten in strijd zou komen met het verdedigingsbeginsel. Het middel faalt aangezien het verwijt dat de aangiften in strijd met art. 10a Wet Vpb zouden zijn gedaan, mede in het licht van het derde lid van die bepaling, op een feitencomplex berust dat belanghebbenden niet uiterlijk ten tijde van het opleggen van de boeten is medegedeeld.

5. Beoordeling van de door belanghebbenden II in hun voorwaardelijke incidentele beroepen voorgestelde middelen

Aangezien het principale beroep van de Staatssecretaris niet leidt tot vernietiging van de uitspraak van het Hof, is de voorwaarde waaronder de incidentele beroepen zijn ingesteld niet vervuld. Gelet op art. 8:112 lid 2 Awb vervallen de incidentele beroepen daarom.

6. Slotsom

Gelet op hetgeen hiervoor in 3.2.3.15 is overwogen kan de uitspraak van het Hof niet in stand blijven. Verwijzing moet volgen voor een hernieuwde beoordeling van de vraag tot welke bedragen de aftrek van de door belanghebbenden I aan Zug London verschuldigde rente wordt verhinderd door toepassing van het leerstuk van *fraus legis*. Voor het jaar 2008 zal (tevens) het beroep van de Inspecteur op artikel 10a Wet Vpb moeten worden beoordeeld, met inachtneming van het heden in de zaak met kenmerk 16/03669, [ECLI:NL:HR:2017:640](#), gewezen arrest.

NOOT

Belastingontwijking en belastingontduiking: het houdt Nederland flink bezig. Belastingontduiken is strafbaar. Het betreft het opzettelijk te weinig belasting betalen. Belastingontwijken daarentegen is niet strafbaar. Het etiket belastingontwijking wordt geplakt op die situaties waarin niet meer belasting wordt betaald dan nodig is. Eigenlijk is belastingbesparing dus een betere term. En hoewel besparing ons als Hollanders meestal goed in de oren klinkt, speelt in relatie tot de fiscaliteit toch de (ethische) vraag of het – ondanks dat binnen de grenzen van de wet wordt gehandeld – door de beugel kan.

De afgelopen tijd zat fiscaal Nederland ‘aan de buis gekluisterd’ in verband met een casus waarin belastingbesparing centraal stond. Maar niet alleen vanuit fiscaal perspectief is het een interessante zaak, ook vanuit punitief oogpunt krijgt de zaak veel belangstelling. Want als een standpunt in jouw belastingaangifte niet wordt geaccepteerd, mag je dan toch gestraft worden als dat standpunt op basis van de wet wel verdedigbaar is? En welke rol speelt de vraag of ethisch aanvaardbaar is gehandeld?

We gaan eerst terug naar de casus. Zonder de fiscaal interessante aspecten tekort te willen doen draait de casus kortgezegd om een bankconcern dat een door de Europese rechter veroorzaakt gat (het zogenaamde ‘Bosal-gat’) in de Nederlandse belastingwetgeving benutte. Daarbij was een structuur in het leven geroepen waardoor de bank deze besparingsmogelijkheid tot in het oneindige zou kunnen benutten. Het Hof Amsterdam omschreef het als ‘een welbewust ontworpen en geïmplementeerde tax planning structuur’. Het concern had aandelen gekocht in vennootschappen die kort daarvoor hun onderneming hadden verkocht, waardoor de vennootschappen hoge boekwinsten hadden gemaakt. Aan deze vennootschappen zijn vervolgens leningen verstrekt. Daardoor ontstond voor de vennootschappen een aftrekbare rentelast. De heffing van vennootschapsbelasting over de winsten in de aangekochte aandelen in de vennootschappen zou daardoor wegvallen.

Volgens de Hoge Raad is deze vorm van ‘belastingverrijdeling’ in strijd met het doel en de strekking van de wet. ‘Faus legis’ luidt het oordeel. Faus legis is de term die in de fiscaliteit wordt gehanteerd als sprake is van misbruik van recht. Op grond van dit principe kan de Belastingdienst fiscale constructies bestrijden die weliswaar binnen de letter van de wet blijven, maar in strijd zijn met het doel en strekking van de wet. Daarvoor moet dan worden vastgesteld dat de constructies zijn ontworpen met belastingbesparing als doorslaggevend motief. Het oordeel van de Hoge Raad is dan ook dat de opgezette structuur en de daarop gebaseerde aangiften niet worden toegelaten. En hier wordt het vanuit punitief oogpunt interessant. Want hoe verhoudt het bestraffen op basis van faus legis zich tot het legaliteitsbeginsel? Op grond van artikel 5:4 Awb mag alleen een bestuurlijke boete worden opgelegd indien de gedraging strafbaar is gesteld. Het punt bij faus legis is nu juist dat een fiscaal standpunt naar de letter van de wet wél toelaatbaar is.

De Rechtbank Noord-Holland ([ECLI:NL:RBNHO:2013:1132](#)) was in eerste instantie nog strenger en oordeelde dat naast de fiscale correcties óók een vergrijpboete gerechtvaardigd was. In tweede aanleg vernietigde het Hof Amsterdam ([ECLI:NL:GHAMS:2015:4098](#)) de boete, omdat er sprake was van een pleitbaar standpunt. Met andere woorden: hoewel het in de aangifte ingenomen standpunt onjuist is bevonden, is dit standpunt wel juridisch verdedigbaar (Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst, par. 4). Daardoor is het niet aan belastingplichtige te wijten dat te weinig belasting is geheven.

Ten slotte buigt ook de Hoge Raad zich over de boete en de vraag of een pleitbaar standpunt is ingenomen. De Hoge Raad oordeelt dat geen boete wordt opgelegd indien het in de aangifte ingenomen standpunt in objectieve zin pleitbaar is. Daarvan is sprake indien de belastingplichtige op het moment van het indienen van de aangifte – objectief gezien – redelijkerwijs kon en mocht menen dat deze uitleg en dus de aangifte juist was. Van opzet of grove schuld is dan geen sprake.

De Belastingkamer van de Hoge Raad waagt zich daarnaast ook aan enige overwegingen ten overvloede over de relatie van het pleitbaar standpunt met het strafrecht (r.o. 3.4.7). De Hoge Raad overweegt dat voor een veroordeling wegens belastingfraude in de zin van artikel 69 lid 2 AWR ten minste sprake moet zijn van voorwaardelijk opzet. Van een aanmerkelijke kans op onjuistheid is volgens de Belastingkamer echter geen sprake indien de aangifte – al dan niet achteraf – pleitbaar was. Ook voor de strafrechtelijke kant van de medaille gaat de Hoge Raad in het arrest van 21 april 2017 dus uit van een objectieve invulling van het pleitbaar standpunt.

De Strafkamer van de Hoge Raad oordeelde eerder in het arrest van 6 maart 2012 over een casus waarin een beroep werd gedaan op een objectief pleitbaar standpunt ([ECLI:NL:HR:2012:BQ8596](#)). De Hoge Raad oordeelde in die zaak dat ‘vooropgesteld moet worden dat indien de verdachte het verweer voert dat hij bij het doen van belastingaangifte heeft gehandeld op grond van een zogenaamd fiscaal pleitbaar standpunt, de rechter dient te beoordelen of hij redelijkerwijs kon en mocht menen dat de wijze waarop hij die aangifte heeft gedaan, toelaatbaar was (vgl. HR 8 februari 2005, LJN AR3719). Indien de rechter evenwel vaststelt dat de verdachte, toen hij deze aangifte deed niet in de veronderstelling verkeerde dat de wijze waarop deze aangifte is gedaan toelaatbaar was, stuit het verweer reeds op die vaststelling af’. Volgens de Strafkamer in het arrest van 6 maart 2012 kan een achteraf ingenomen pleitbaar standpunt de strafrechtelijke verwijtbaarheid niet wegnemen. De Belastingkamer overweegt nu in haar arrest van 21 april 2017 dat een achteraf ingenomen pleitbaar standpunt de strafrechtelijke verwijtbaarheid wegneemt, omdat er van een aanmerkelijke kans op onjuistheid dan geen sprake is. Het lijkt er dus op dat de Hoge Raad ook in het strafrecht aansluit bij de objectieve leer. Althans, men mag ervan uitgaan dat de Belastingkamer van de Hoge Raad niet zonder de zegen van de Strafkamer van de Hoge Raad een dergelijk oordeel geeft op strafrechtelijk terrein (over het fenomeen ‘zaaksoverstijgend raadkameren’ doet de president van de Hoge Raad, de heer mr. M.W.C. Feteris, in de pers overigens ook niet geheimzinnig).

Theoretisch is het overigens denkbaar dat ook op basis van het arrest van de Hoge Raad van 21 april 2017 een objectieve pleitbaarheid een verdachte/belastingplichtige niet zal redden als hij opzettelijk een onjuiste aangifte doet. De (objectief vastgestelde) aanmerkelijke kans op een onjuiste aangifte zou volgens het arrest van de Hoge Raad immers alleen een rol spelen indien sprake is van voorwaardelijk opzet; de ondergrens qua opzetgradaties. Niettemin menen wij dat dit verschil van behandeling van opzet (strafbaar) en voorwaardelijk opzet (straffeloos) tot een onaanvaardbare onevenredige behandeling van verdachten kan leiden. Wij betwijfelen of de Hoge Raad dit zo bedoeld zal hebben.

Deze lezing van de objectieve invulling van het pleitbaar standpunt kan – geïnspireerd door r.o. 3.4.9 van het arrest van 21 april 2017 – ook praktisch de nodige implicaties hebben voor strafrechtelijke procedures. Stukken die zien op de advisering aan de verdachte ten tijde van het indienen van de aangifte zijn niet relevant om de objectieve pleitbaarheid van een ingenomen standpunt te beoordelen. Met een gebrek aan relevant onderzoeksbelang zouden deze stukken ook niet in beslag genomen mogen worden.

Ook biedt het arrest houvast bij de beantwoording van de vraag of betekenis toekomt aan de (veranderde) maatschappelijke norm als het aankomt op de vraag of een gedraging strafbaar is. Het Hof lijkt bij de vernietiging van de boete de tijdgeest nog relevant te vinden: (r.o. 4.5.6.) “Bij zijn oordeel heeft het Hof in aanmerking genomen dat in het maatschappelijk klimaat ten tijde van het opzetten en implementeren van de structuur en het doen van de aangiften, in de maatschappelijke kringen waarvan belanghebbenden en haar adviseurs deel uitmaakten structuren als de onderhavige als legaal en toelaatbaar werden beschouwd”. Uit het arrest van de Hoge Raad volgt ook dat deze factoren en daarmee ook de ethische aspecten buiten beschouwing moeten blijven.

Deze zaak maakt duidelijk dat het legaliteitsbeginsel nog altijd hoog in het vaandel staat. En terecht. Aan verandering onderhevige inzichten over wat ethisch verantwoord of acceptabel is, mogen geen afbreuk doen aan het legaliteitsbeginsel. Aan bestraffing komt men eerst toe indien sprake is van een wettelijk strafbaar gesteld delict, bewijs dat de verboden gedraging is gepleegd en bewijs dat de verboden gedraging opzettelijk is gepleegd. Enig oordeel over ethiek komt daaraan niet te

pas.

Eerst nadat is geoordeeld dat sprake is van (wettelijk) bewijs dat straf- of beboetbaar is gehandeld zou ethiek bij de straftoemeting in beeld kunnen komen mits de gedraging in de context wordt geplaatst van het pleegmoment. Met name in fraudezaken – die vaak vele jaren na de pleegdatum worden vervolgd – is dit van belang. Ook voor de verdediging is hier een rol weggelegd. De rechter moet worden voorgelicht over de omstandigheden waaronder de gedraging plaatsvond. Indien ten tijde van het plegen voor de goegemeente niet helder was of een bepaalde gedraging strafbaar is of dat daartegen wordt opgetreden, kunnen wij ons voorstellen dat een straf anders uitvalt dan in het geval dat tijdens het pleegmoment glashelder was dat de strafrechtelijke grens werd overschreden.

mr. G.M. Boezelman en mr. M. Coenen, advocaat bij Hertoghs advocaten

Copyright 2017 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.