

[← aflevering 29-30, 2021](#)

Fraus legis verhindert aftrek van rente bij overname groepsmaatschappij

Gegevens

Publicatie

NTFR 2021/2387

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

16 juli 2021

Annotator

mr. N.I. Groenland

ECLI

[ECLI:NL:HR:2021:1152](#)

Zaaknummer

19/02596

Relevante informatie

[Wet IB 2001 art. 3.25](#), [Wet VPB 1969 art. 8](#), [Wet VPB 1969 art. 10a](#), [Beroepschrift in cassatie bij HR nr. 19/02596](#)

Samenvatting

Een groep investeerders heeft via buitenlandse hybride vennootschappen en daartoe opgerichte Nederlandse lichamen een onderneming gekocht. De winst van de gekochte onderneming is door middel van een hybride lening aan de hybride vennootschappen met circa € 27 miljoen rente verminderd. Hof Amsterdam (18 april 2019, nrs. 18/00018 en 18/00019, [NTFR 2019/1547](#)) acht de rente niet aftrekbaar op grond van fraus legis. Daarnaast is een bonus voor het management van de gekochte onderneming ten onrechte bij belanghebbende in aftrek gebracht. In cassatie houdt de hofuitspraak stand.

In een uitgebreid arrest overweegt de Hoge Raad onder meer het volgende.

Met betrekking tot fraus legis:

In de investeringsfondsen, de FCPR's, zijn door beleggers/investeerders middelen bijeengebracht die bij die fondsen voor investeringen in zogenoemde targets als eigen vermogen beschikbaar zijn, bij welke investeringen die fondsen worden geleid door een centrale beheerder (K). Bij de verwerving van de X-groep in het belang van de FCPR's trad aanvankelijk F op. Nadat belanghebbende, B en C waren opgericht, heeft F het recht op levering van de aandelen in de X-groep overgedragen aan C. C heeft die aandelen ook daadwerkelijk verkregen. Vervolgens is de X-groep opgenomen in de fiscale eenheid waarvan belanghebbende, B en C reeds deel uitmaakten.

Aangezien inmiddels het in de FCPR's voor investering in de X-groep beschikbare vermogen voor een deel in de vorm van de convertible instruments als vreemd vermogen aan belanghebbende ter beschikking was gesteld, werd daardoor als gevolg van het aangaan van de fiscale eenheid de toestand bereikt dat de over dat vreemde vermogen verschuldigde rente werd afgezet tegen de winst van de X-groep.

Doordat de FCPR's in Frankrijk als transparante entiteiten werden aangemerkt, werd de door belanghebbende op de convertible instruments betaalde rente niet in een zogenoemde compenserende belastingheffing betrokken bij degene aan wie deze rente was verschuldigd.

De aanwending van het voor de acquisitie van de X-groep beschikbare vermogen voor het verstrekken van leenvermogen aan belanghebbende heeft geen wezenlijke wijziging gebracht in de vermogenspositie van de FCPR's. Behoudens het fiscale gevolg bestaat er geen economisch relevant verschil tussen enerzijds het



middelrijk of onmiddellijk verwerven van het belang in de X-groep door middel van het aanwenden van enkel eigen vermogen en anderzijds het verwerven van dat belang door middel van het transformeren van dat eigen vermogen in vreemd vermogen.

Het hof heeft kunnen oordelen dat aan het motiefvereiste voor toepassing van fraus legis is voldaan, ook al hebben aan de verwerving van de X-groep door de FCPR's als zodanig zakelijke redenen ten grondslag gelegen. Het hof heeft daartoe namelijk geoordeeld dat op een – in doorslaggevende zin – fiscaal gedreven wijze, met tussenschakeling van Nederlandse tussenhoudsters en het creëren van een (anders dan op fiscale gronden) nutteloze leenverhouding – en in zoverre op een gekunstelde wijze – uitvoering is gegeven aan het streven om op termijn door aan- en verkoop van ondernemingen vermogenswinsten te behalen.

Het in aftrek toelaten van de rente die belanghebbende op de convertible instruments is verschuldigd, leidt tot strijd met doel en strekking van de wet. Doel en strekking van de wet verzetten zich immers ertegen dat de heffing van vennootschapsbelasting, door het bij elkaar brengen van enerzijds de winst van een onderneming en anderzijds gekunsteld tot stand gebrachte rentelasten (winstdrainage), op een willekeurige en voortdurende wijze wordt verijdeld door – voor het bereiken van op zichzelf beschouwd zakelijke doeleinden – rechtshandelingen te bezigen die voor het bereiken van die doeleinden niet

noodzakelijk zijn en enkel zijn terug te voeren op het doorslaggevende motief van het bewerkstelligen van de beoogde fiscale gevolgen. Het oordeel van het hof dat de rente die belanghebbende is verschuldigd ter zake van de convertible instruments met toepassing van fraus legis niet ten laste van de winst van belanghebbende komt, is cassatieproof.

De omstandigheid dat het hof bepaalde aspecten van de structurering van de verwerving van het belang in de X-groep aanduidt met termen als 'interne verhangings' en 'onzakelijke omleiding' doet geen afbreuk aan de juistheid van het oordeel van het hof dat in strijd wordt gekomen met doel en strekking van de wet. Datzelfde geldt voor de overwegingen van het hof waarin het die structurering beschouwt in het licht van de norm die ten grondslag ligt aan art. 10a van de wet. Verder geldt dat C weliswaar de vrijheid heeft om voor de verwerving van het belang in de X-groep vreemd vermogen aan te trekken, maar die vrijheid kan niet ertoe leiden dat in een geval als hier, waarin wordt voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van het leerstuk van fraus legis, de in verband daarmee verschuldigde rente in aftrek komt.

Voorts heeft het hof terecht geoordeeld dat de gehele rentelast ter zake van de convertible instruments met toepassing van fraus legis niet in aftrek komt. Met dat oordeel is het hof niet getreden buiten de grenzen van het geschil.

Verder geldt dat in geval van misbruik van recht, waarvan in dit geval sprake is, justitiabelen geen beroep op het Unierecht kunnen doen.

Met betrekking tot de lening aan I heeft het hof terecht en op goede gronden geoordeeld dat er geen grond bestaat om de door belanghebbende ontvangen rente op die lening niet te rekenen tot de winst van belanghebbende.

Met betrekking tot de 'bonussen aan personeel' oordeelt de Hoge Raad als volgt.

Door de verkoop van de aandelen in de bv aan belanghebbende vond een ontvoeging plaats van de bv uit de fiscale eenheid die zij vormde met J. Vervolgens werd de bv opgenomen in de fiscale eenheid van belanghebbende op de laatste dag van het boekjaar 2010-2011 van belanghebbende. Door de ontvoeging eindigde het boekjaar van de bv en diende zij een vermogensopstelling op te maken ter bepaling van haar vermogen direct na de ontvoeging.

Het oordeel van het hof dat de ontvoeging van de bv moet worden aangemerkt als een realisatiemoment, en dat bij het opmaken van de vermogensopstelling bij gelegenheid van de ontvoeging geen betekenis toekomt aan goed koopmansgebruik, is onjuist. De opvatting dat in de vermogensopstelling bij ontvoeging alle vermogensbestanddelen van de ontvoegde dochtermaatschappij moeten worden opgenomen voor hun waarde in het economische verkeer, hetgeen dan kennelijk zou moeten leiden tot een afrekening over fiscale en stille reserves, vindt geen steun in de bepalingen inzake de regeling van de fiscale eenheid.

Tot cassatie kan dit echter niet leiden. De vermogensopstelling van de bv moet worden opgemaakt met inachtneming van goed koopmansgebruik en naar de toestand van het vermogen direct na de ontvoeging. Die ontvoeging werd veroorzaakt door de levering van de aandelen in de bv aan belanghebbende (althans C), welke levering tevens haar verplichting uit hoofde van de bonussen definitief deed ontstaan. Tot het vermogen van de bv direct na haar ontvoeging en daarmee tot het vermogen dat door de voeging van de bv met belanghebbende tot vermogen van belanghebbende werd, behoorde dus de verplichting ter zake van de bonussen. Bij de winstberekening van belanghebbende dient daarvan te worden uitgegaan. Dat betekent dat de last ter zake van de bonussen een last van J was en niet alsnog bij belanghebbende in aanmerking kan worden genomen. Toepassing van de foutenleer is niet aan de orde, aangezien het hier niet gaat om een breuk in de balanscontinuïteit bij de belastingplichtige.

(Cassatieberoep ongegrond.)

Uitspraak

Feiten



Geschil

Rechtsoverwegingen

Noot

Voetnoten

- 1). HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, HR 23 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1681, HR 6 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1683, HR 20 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1682, en HR 27 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1668.
- 2). HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460 (red. [NTFR 2015/1843](#)).
- 3). Zie HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638, rechtsoverweging 3.3.3 (red. NTFR 2017/1240).



