

[← aflevering 31-32, 2021](#)

## Geen renteaftrek op leningen van in België gevestigd concernfinancieringslichaam

### Gegevens

#### Publicatie

NTFR 2021/2554

#### Instantie

Parket bij de Hoge Raad

#### Datum uitspraak

29 juni 2021

#### Annotator

mr. N.I. Groenland

#### ECLI

[ECLI:NL:PHR:2021:666](#)

#### Zaaknummer

20/03948

#### Relevante informatie

[Wet VPB 1969 art. 10a, Beroepschrift in cassatie bij HR nr. 20/03948](#)

### Samenvatting

Belanghebbende is een 100%-dochter van de in België gevestigde A nv, die voor 44,47% wordt gehouden door de eveneens Belgische B nv. De overige aandelen A zijn publiek. Onderdeel van het concern is een Belgisch coördinatiecentrum (C). In 1999 hebben belanghebbende en A 72% respectievelijk 28% van de aandelen in een Nederlandse target gekocht. Later heeft belanghebbende ook de 28% door A gekochte aandelen in target overgenomen. De acquisitie is gefinancierd met drie leningen verstrekt uit eigen vermogen van C verkregen door kapitaalstortingen door A met het oog op deze acquisitie.

Belanghebbende heeft de rente op lening III in 2002 t/m 2006 niet afgetrokken op grond van haar standpunt dat die onder art. 15, lid 4 (2002) respectievelijk art. 15ad (2003 t/m 2006) Wet VPB 1969 viel. In 2007 heeft zij die rente alsnog afgetrokken, evenals de in 2007 op de leningen I en II betaalde rente. In geschil is de renteaftrek op alle drie de leningen.

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2020, nr. 18/01049, [NTFR 2020/3423](#), achtte de rente 2002-2006 op lening III niet in aftrek getemporeerd ex art. 15ad, maar überhaupt niet-aftrekbaar op grond van art. 10a Wet VPB 1969 omdat lening III een interne verhangingsfinanciering was die ook vóór 2007 al als besmet werd aangemerkt. Voeging van de target met de belanghebbende veranderde het karakter van de leningen niet, zodat de leningen niet daardoor ontsmet zijn. Het hof achtte belastingbesparing aannemelijk als doorslaggevende reden voor de omleiding en omzetting van A's eigen vermogen in vreemd vermogen via C. Belanghebbende is niet geslaagd in het bewijs van zakelijkheid van de financieringsomweg. Zo aftrekweigering de vrijheid van vestiging zou belemmeren, achtte het hof dat gerechtvaardigd op grond van de noodzaak van misbruikbestrijding. Ook het beroep op het EU-rechtelijke rechtszekerheidsbeginsel is verworpen omdat het de wetgever vrijstaat om met onmiddellijke werking wetgeving te introduceren die misbruik tegengaat.

In cassatie stelt de belanghebbende zes middelen voor: (i) de rente op lening III viel in 2002-2006 wel degelijk onder art. 15ad Wet VPB 1969 en komt daarom volgens het overgangsrecht in 2007 alsnog in aftrek; (ii) na voeging van target met de belanghebbende geldt art. 10a Wet VPB 1969 niet meer omdat de leningen fiscaal onzichtbaar zijn geworden; (iii) en (iv): onbegrijpelijk is 's hofs oordeel dat het door art. 10a, lid 3, letter a, Wet VPB 1969 vereiste bewijs van zakelijkheid niet is geleverd. De tegenbewijsregeling moet worden toegepast conform het misbruikconcept van het HvJ opdat alleen volstrekt kunstmatige constructies worden getroffen. Het hof heeft de bewijslast verkeerd verdeeld (de fiscus hoefde geen begin van bewijs van misbruik te leveren), een onjuiste maatstaf aangelegd (te ruime opvatting van 'volstrekt kunstmatig') en zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd; (v) de compenserende-heffingstoets schendt de EU-vrijheden van vestiging, dienstverlening en kapitaal door onderscheid op basis van effectief



belastingtarief; (iv) het EU-rechtelijke rechtszekerheidsbeginsel is geschonden door de onmiddellijke werking van de overheveling in 2007 van art. 15ad (oud) naar art. 10a Wet VPB 1969.

A-G Wattel meent dat middel (i) strandt omdat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever vanaf 2007 externe acquisities van lichamen die na aankoop worden gevoegd met hun overnemer onder de rente-aftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969 wilde brengen en de feitenrechtters hebben vastgesteld dat lening III een interne overname financierde, die ook vóór 2007 al onder art. 10a Wet VPB 1969 viel.

Ook middel (ii) strandt omdat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de overheveling van art. 15ad (oud) naar art. 10a Wet VPB 1969 diende ter vereenvoudiging door uniformering en inhoudelijk slechts inhield (i) opening van de tegenbewijsmogelijkheid van art. 10a, lid 3, Wet VPB 1969 en (ii) vervanging van aftrektemporisering door aftrekweigering. Het civielrechtelijke verband tussen lening en verwerving blijft bestaan, ook na voeging.

Middel (iii) acht A-G Wattel grotendeels beside the point omdat de realiteit van de vestiging en de activiteiten van C niet ter zake doen. Het gaat alleen om de redenen voor A's storting van eigen vermogen in C, gevolgd door uitlening van dat bedrag aan de belanghebbende om daarmee target te kopen. Er is geen

overwegend commerciële verklaring gegeven voor de financieringsomweg langs C en de omzetting in vreemd vermogen. De advocaat-generaal acht 's hofs rechtskundige maatstaf en bewijslastverdeling correct en diens bewijsoordeel niet onbegrijpelijk, gegeven de vastgestelde feiten, de overgenomen delen van de rechtbankuitspraak, en het ontbreken van bewijs waaruit overwegend niet-fiscale redenen kunnen volgen voor de omleiding en omzetting.

Ook middel (v) is volgens de advocaat-generaal grotendeels niet ter zake, nu art. 10a Wet VPB 1969 geen onderscheid maakt naar vestigingsplaats, lidstaat of functie, maar op basis van besmettingscriteria bij specifieke, gelieerd gefinancierde transacties. Hij acht de compenserende-heffingstoets niet discriminatoir omdat (i) art. 10a, lid 3, letter b geen onderscheid maakt tussen interne en grensoverschrijdende gevallen; (ii) geen EU-lidstaat een VPB-tarief lager dan 10% heeft, (iii) de rente niet betaald werd aan een gelieerde vennootschap onderworpen aan de vennootschapsbelasting van een andere EU-lidstaat, maar aan een tax haven en (iv) art. 7, lid 1, letter b, ATAD (CFC-regel) een vergelijkbaar minimumtarief inhoudt. Ook het beroep op HvJ Lexel faalt zijns inziens omdat de Zweedse regeling, anders dan art. 10a Wet VPB 1969, onderscheid maakte en niet specifiek ten doel had volstrekt kunstmatige constructies te bestrijden. Lexel ging bovendien (ten onrechte) enkel over de leningsvoorwaarden, terwijl in casu de zakelijkheid van de lening zelf in geschil is.

Ook middel (vi) acht hij ongegrond omdat het de wetgever vrijstaat om anders over misbruik te gaan denken en voor de toekomst renteaftrek te weigeren óók ter zake van interne leningen die al liepen vóór de inwerkingtreding van de nieuwe of gewijzigde wet. Niets belette de belanghebbende om de financieringsstructuur vóór 2007 aan te passen.

De advocaat-generaal concludeert tot ongegrondverklaring van het cassatieberoep.

## Noot

De essentie van onderhavige cassatiezaak ziet – kort samengevat – op de vraag of de rente op drie acquisitieleningen verstrekt door het laagbelaste Belgische coördinatiecentrum C nv vanuit eigen vermogen verkregen van A nv aftrekbaar is voor belanghebbende (X bv). Belanghebbende komt in cassatie met zes middelen op tegen het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden, 20 oktober 2020, nr. 18/01049 ([NTFR 2020/3423](#)), waarvan de middelen grofweg in twee categorieën samengevat kunnen worden.

De eerste categorie zijn de middelen (i) en (ii) die zien op toepassing van de Wet VPB 1969, namelijk (a) dat de rente op grond van art. 15ad(oud) Wet VPB 1969 getemporeerd dient te worden in plaats van in aftrek beperkt wordt door art. 10a Wet VPB 1969 en (b) dat voeging van belanghebbende en de doelvennootschap (F nv) in de fiscale eenheid, de 10a-rechtshandeling van de (interne) verhangen van aandelen in F nv door A nv naar belanghebbende middels een lening neutraliseert. De tweede categorie vormt de middelen (iii) t/m (vi) die zien op de EU-rechtelijke geschilpunten van de zaak, waaronder de invulling van het art. 10a-begrip 'zakelijkheid' op basis van EU-recht, schending van de EU-verdragsvrijheden door toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 en dat de afwezigheid van overgangsrecht voor bestaande rechtsverhoudingen zorgt voor een schending van het EU-rechtelijke rechtszekerheidsbeginsel.

Wat betreft het eerste middel concludeert A-G Wattel dat dit strandt doordat uit de parlementaire geschiedenis van art. 15ad (oud) Wet VPB 1969 volgt dat de wetgever vanaf 2007 externe acquisities van lichamen die na aankoop worden gevoegd in een fiscale eenheid met hun overnemer en rentebetalers onder de rente-aftrekbeperking van art. 10a Wet VPB 1969 wilde brengen in plaats van deze overnamerente nog langer te temporiseren onder 15ad (oud) Wet VPB 1969. Het tweede middel faalt volgens A-G Wattel eveneens nu uit de parlementaire geschiedenis van de overheveling van art. 15ad (oud) Wet VPB 1969 naar art. 10a Wet VPB 1969 blijkt dat de wetgever geenszins ontsmetting van besmette leningen bij voeging van de target met de overnemer wenste. Deze conclusie kan ik bilijken nu het civielrechtelijke en historische verband tussen de lening van C nv aan belanghebbende en de verwerving van de aandelen in F nv blijft bestaan, de fiscaalrechtelijke gevolgen van de voeging van belanghebbende en F nv in een fiscale eenheid doet daar mijns inziens niet aan af.

Wat betreft het derde en vierde middel concludeert A-G Wattel dat deze doel missen omdat de realiteit van de vestiging en de activiteiten, zoals belanghebbende had gesteld, in de context van de



tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969 niet relevant zijn. Het gaat bij de tegenbewijsregeling niet om de zogenaamde substance of de algemene concernfunctie van belanghebbende, maar om de vraag naar de (zakelijke) redenen voor het omleiden van het eigen vermogen van A nv via C nv en het aldaar omzetten in vreemd vermogen, dat vervolgens verstrekt werd aan belanghebbende voor de verweving van F nv in plaats van rechtstreekse koop van de doelvennootschap door A nv of belanghebbende met een lening van A nv. Met andere woorden, zoals ik het begrip gaat het om de zakelijkheid van de combinatie van twee transacties, te weten, de stortingen van eigen vermogen door A nv in C nv, gevolgd door uitlening van (in totaal) hetzelfde bedrag door C nv aan de belanghebbende om daarmee de doelvennootschap F nv over te nemen.

Het vijfde middel treft volgens A-G Wattel evenmin doel nu het niet gaat om de (plaats van) vestiging, substance of algemene concernfunctie, maar om de beweegredenen voor specifieke transacties, te weten de omleiding en omzetting van eigen vermogen via een feitelijke tax haven, zijnde het laagbelaste Belgische coördinatiecentrum C nv. Uit [NTFR 2012/206](#) en [NTFR 20212/506](#) volgt dat art. 10a Wet VPB 1969 niet in strijd is met de EU-verkeersvrijheden, omdat het – kort gezegd – in overeenstemming met de misbruikdoctrine van het HvJ wordt toegepast. De belanghebbende beroept zich nog op onder andere de Lexel AB zaak ([NTFR 2021/524](#)), dat een Zweedse rente-aftrekbeperking veroordeelt. Dat beroep strandt volgens A-G Wattel op het gegeven dat het in Lexel uiteindelijk over de leningsvoorwaarden ging en niet in geschil was dat zowel de interne verhangen als het aangaan van de interne schuld overwegend zakelijk waren. In het geval van belanghebbende is de zakelijkheid van de financieringsstructuur – zijnde de omleiding middels de storting in C nv – zelf onderdeel van het geschil en niet de voorwaarden van de lening. Wat mij betreft gaat de vergelijking met Lexel daarom hier niet op.

Ten slotte doet het zesde middel een beroep op het EU-rechtelijke rechtszekerheidsbeginsel ter zake van de wetwijziging in 2007 die art. 15ad(oud) Wet VPB 1969 overhevelde naar art. 10a Wet VPB 1969. Met A-G Wattel ben ik van mening dat het de wetgever vrij staat om de wet te wijzigen en voor de toekomst renteaftrek te weigeren óók ter zake van bestaande rechtsverhouding (lees interne leningen van C nv aan belanghebbende) van voor de inwerkingtreding van de nieuwe of gewijzigde wet. Het staat belanghebbende immers vrij om de financieringsstructuur bij een wetwijziging tijdig aan te passen, bijvoorbeeld middels een overdracht van de lening door C nv aan A nv. Dit was mogelijk anders geweest als belanghebbende aannemelijk had gemaakt, of in staat was gesteld om aannemelijk te maken, dat dit in 2006 en daarna feitelijk onmogelijk was geweest. Wat daarvan zij, het laatste woord in deze zaak is aan de HR.



