

## Parallellie tussen groepslening en externe financiering waardoor rente aftrekbaar is

<b>Instantie</b>	Conclusie A-G Wattel, 03-07-2020 nr. 19/05112
<b>Zaaknummer(s)</b>	19/05112
<b>Datum uitspraak</b>	03-07-2020
<b>Belastingjaar/tijdvak</b>	2006, 2009 en 2010
<b>Rubriek</b>	Vennootschapsbelasting/Dividendbelasting
<b>Wetsartikelen</b>	Wet VPB 1969 - art. 8, Wet VPB 1969 - art. 8b, Wet VPB 1969 - art. 10a
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:PHR:2020:672
<b>Brondocumenten</b>	Beroepschrift in cassatie bij HR nr. 19/05112, Conclusie A-G Wattel 3 juli 2020 nr. 19/05112
<b>Auteur</b>	mr. N.I. Groenland
<b>NTFR</b>	2020/2369
<b>Datum publicatie</b>	20-08-2020
<b>NTFR</b>	

### Samenvatting

De belanghebbende is onderdeel van een wereldwijd concern. Zij is naar Amerikaanse fiscale maatstaven transparant. Zij is moeder van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met bv 1 en bv 2 en later ook bv 3 en bv 4.

De fiscale eenheid heeft in 2006 tot en met 2008 extern geld ingeleend onder een Euro Credit Facility (ECF) bij een bankensyndicaat. De in juni 2009 onder de ECF uitstaande externe schuld ad € 482 miljoen is in die maand geherfinancierd met een publieke obligatielening ad € 500 miljoen, uitgegeven door een Luxemburgse groepsvennootschap (E). E heeft € 482 miljoen in US dollar dooruitgeleend (valutarisico extern hedged) aan de moeder van belanghebbende, US Inc, die dat bedrag in euro's heeft dooruitgeleend aan de belanghebbende, die het geld heeft gestort in haar gevoegde middellijke cashmanagement-dochter bv 5, die dat bedrag in twee leningen ad € 191 miljoen resp. € 291 miljoen heeft verstrekt aan bv 2 en bv 3. Bij een herschikking in december 2010 zijn deze leningen rechtstreeks door E aan bv 2 en bv 3 verstrekt.

De in 2009 geherfinancierde € 482 miljoen ECF-inlening was op groepsniveau gebruikt voor: (i) kapitalisatie Ierse Ltd 1 door bv 2 en bv 3; met het kapitaal kocht Ltd 1 de Ierse Ltd 2 van een groepsmaatschappij; (ii) aflossing aan de (H) Pool (een in 1998 door de Franse groepsvennootschap SA 1 aangetrokken financiering voor externe acquisities) door de Franse groepsvennootschap SNC (in Nederland fiscaal transparant, maar in Frankrijk niet); (iii) kapitaalstortingen in dochters, externe overname, twee interne overnames en interne uitbreiding van het belang in (M) SpA 2 door bv 2, en (iv) lening aan / kapitaalstorting in de Franse deelneming SA 2 voor de acquisitie van de Franse SA 3.

In geschil is of de rente op de schuld van belanghebbende aan US Inc ad € 482 miljoen en – na herfinanciering – op de schulden van bv 2 en bv 3 aan Ead € 191 miljoen resp. € 291 miljoen fiscaal aftrekbaar is, met name (i) of de rentelasten zakelijk zijn in de zin van art. 8 en 8b Wet VPB 1969; (ii) zo ja, of art. 10a Wet VPB 1969 dan renteaftrek verhindert; (iii) zo ja, of art. 10a Wet VPB 1969 dan buiten toepassing moet blijven wegens onverenigbaarheid met de EU-vestigingsvrijheid; (iv) zo ja, of dan desondanks aftrek geweigerd kan worden wegens rechtsmisbruik, dan wel (v) of aftrekweigerings het vertrouwensbeginsel schendt.

Hof Den Haag (2 oktober 2019, nrs. 17/00943 t/m 17/00945, (NTFR 2019/3000)) achtte de rentelasten niet onzakelijk omdat (i) uit HR 8 juli 2016, nr. 15/00194, (NTFR 2016/1857) volgt dat een concern vrij is in de keuze van financiering van een deelneming én in de keuze om economische belangen en (financiële) middelen onder te brengen in een Nederlandse vennootschap, ook als die keuze fiscaal gemotiveerd is; (ii) de inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat de aangetrokken financiering elke redelijke grond mist, en (iii) het handelen van belanghebbende in het concernbelang geacht moeten worden te zijn verricht met het oog op de zakelijke belangen van haar eigen onderneming, dus niet gezien kan worden als bevrediging van persoonlijke behoeften van de aandeelhouder in de zin van HR 14 juni 2002, nr. 36.453, (NTFR 2002/854). Het arrest HR 21 april 2017, nr. 15/05278 e.v., (NTFR 2017/1240 ) brengt mee dat – buiten het geval van afzetten van nieuw gecreëerde rentelasten tegen ‘gekochte’ winst – het Bosal-gat als deel van het systeem van de Wet VPB 1969 moet worden aanvaard. Het Bosal-gat is voldoende verklaring voor het fiscale voordeel uit de financieringsomleidingen langs Nederlandse vennootschappen.

Dat betekent volgens het hof dat het alleen om toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 gaat. Het hof onderzoekt eerst of EU-recht (HvJ Groupe Stéria: per-element-beoordeling effecten fiscale eenheid) in de weg staat aan toepassing van art. 10a, door de niet-ingezeten dochters te vergelijken met binnenslandse gevoegde dochters. Art. 10a blijft dan volgens het hof van toepassing op (i) de kapitaalstorting in Ltd 1, (ii) de lening aan/kapitaalstorting in SA 2 en (iii) de aflossing aan de (H)-Pool, omdat de verwerving van Ltd 2, de externe verwerving van SA 3 en de acquisities door SA 1 op hun beurt weer besmette rechtshandelingen zijn in de zin van art. 10a. Het geval van (M) SpA daarentegen zou bij binnenlandse voeging niet worden getroffen door art. 10a, zodat de belanghebbende op grond van EU-recht de rente kan aftrekken voor zover de leningen zien op (M) SpA.

Wat de overige rechtshandelingen betreft, heeft de belanghebbende aannemelijk gemaakt dat de rente zowel op de lening van US Inc aan de belanghebbende als op de lening van E aan bv 2 en bv 3 materieel verschuldigd was aan derden, zodat tegenbewijs ex art. 10a, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969 is geleverd (HR 21 april 2017, nr. 16/03669, (NTFR 2017/1033)). Het beroep op het vertrouwensbeginsel heeft het hof ten overvloede verworpen.

A-G Wattel merkt op dat alle art. 10a-rechtshandelingen vóór juni 2009 hebben plaatsgevonden en dat de fiscus tot juni 2009 de aftrek van de rente op de financiering van die rechtshandelingen (de ECF-leningen) heeft aanvaard. Hij gaat ervan uit dat de fiscus aftrek is gaan weigeren vanaf de tussenschuiving van E in juni 2009 omdat art. 10a Wet VPB 1969 van toepassing werd en hij zich realiseerde dat door de tussenschuiving van US Inc, de box check van de belanghebbende, de bestaande tussenschuiving van de SNC en haar hybride karakter, de in Nederland afgetrokken rente ook in de VS en Frankrijk werd afgetrokken. In de omvang van de externe financiering en in hetgeen er (uiteindelijk) mee werd gefinancierd, veranderde in juni 2009 echter kennelijk niets wezenlijks.

Het geschil kan dan volgens de advocaat-generaal gereduceerd worden tot twee vragen: (i) leidt aftrek van de rente ook in Frankrijk en/of de VS (double of triple dip) ertoe dat aftrek in Nederland fraus legis oplevert? (ii) Leiden de tussenschuivingen/herfinancieringen vanaf juni 2009 ertoe dat art. 10a Wet VPB 1969 in de weg komt te staan aan de voorheen aanvaardbare aftrek?

Het antwoord op vraag (i) luidt volgens A-G Wattel ontkennend, gegeven HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, (NTFR 2014/738) (Australische RPS) en HR 8 juli 2016, nr. 15/00194, (NTFR 2016/1857) (financieringsvrijheid: Italiaanse telecom). Ook het antwoord op vraag (ii) luidt volgens hem ontkennend omdat het hof voldoende parallellie bewezen heeft geacht tussen de door E uitgegeven publieke obligatielening en de interne leningen (art. 10a, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969). Volgens A-G Wattel faalt daarmee het principale beroep zodat het incidentele beroep niet

aan snee komt. Hij gaat niettemin in op de individuele cassatiemiddelen.

Ad principaal middel (i): de voorwaarden van de leningen zijn at arm's length. Art. 8b Wet VPB 1969 speelt dan volgens de advocaat-generaal geen rol. Uit HR 8 juli 2016, nr. 15/00194, (NTFR 2016/1857) (Italiaanse Telecom) volgt dat belastingplichtigen vrij zijn in hun keuze van financiering van hun deelnemingen en ook vrij zijn om (financiële) middelen onder te brengen in een Nederlandse groepsvennootschap, ook om fiscale redenen. Die vrijheid wordt slechts beperkt door art. 10a Wet VPB 1969, bij fraus legis en onttrekkingen (bevoordeling van aandeelhouder(s) als zodanig). Met het hof meent de advocaat-generaal dat intercompany-handelingen in (mogelijk antifiscaal) concernbelang geen bevrediging is van de privébehoefte van aandeelhouders, zodat de leningen niet zijn aangetrokken op grond van onzakelijke (aandeelhouders)motieven en ook art. 8 Wet VPB 1969 dus niet is geschonden.

Ad principaal middel (iv): uit HR 21 april 2017, nr. 16/03669, (NTFR 2017/1033) volgt dat als een verbonden schuld in feite is verschuldigd aan een derde (schuldparalellie), het tegenbewijs ex art. 10a, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969 is geleverd. Daarbij moeten de looptijden, aflossingsschema's, rentevergoedingen, leningomvang en tijdstippen van aangaan in samenhang worden gezien en dat heeft het hof gedaan. Uit HR 22 maart 2019, nr. 18/02329 e.v., (NTFR 2019/743) volgt dat het voor het overige om een oordeel over feiten gaat en dat ook slechts boekhoudkundige-dekking-paralellie voldoende kan zijn. Het hof heeft de juiste rechtskundige maatstaf toegepast en zijn feitelijke oordeel is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

Principaal middel (ii) is wezenlijk een beroep op fraus legis. De rentelasten worden niet afgezet tegen gekochte winsten en niet gesteld is dat bij de uiteindelijke renteontvanger oneigenlijk fiscaal verlies is opgehoopt. Het oordeel van het hof dat voldoende schuldparalellie bestaat, impliceert dat uiteindelijk voldoende over de rente wordt geheven c.q. dat de vraag naar compenserende heffing niet meer ter zake doet. Daarin ligt besloten het niet-onbegrijpelijk oordeel dat de belanghebbende niet, zoals de belanghebbende in HR 21 april 2017, nr. 16/03669, (NTFR 2017/1033), het Bosalgat naar eigen inzicht kon oppompen. Het hof heeft verder feitelijk geoordeeld dat leningen niet elke redelijke niet-fiscale grond missen, zodat zij kennelijk niet vergelijkbaar zijn met de schuldig gebleven koopsom in HR BNB 1989/217 (holdingconstructie), die geen enkele functie in enige ondernemingsfinanciering vervulde en die niets veranderde aan zeggenschap of vermogensverhoudingen. Gegeven ten slotte dat in Nederland wezenlijk dezelfde renteaftrek al bestond in 2006 tot en met 2008 én het paralellie-ordeel van het hof, kon het hof volgens de advocaat-generaal niet anders dan oordelen dat de overwegende verklaring voor het fiscale voordeel van belanghebbende zit in het – zijns inziens ten onrechte door het HvJ veroorzaakte – Bosalgat.

Ad principaal middel (iii): zou art. 10a Wet VPB 1969 of fraus legis wél aan renteaftrek in de weg staan, dan meent A-G Wattel dat beroep op de EU-verkeersvrijheden faalt. Uit HR 1 juni 2012, nr. 11/00009 en HR 21 april 2017, nr. 16/03669, (NTFR 2017/1033) volgt dat antifiscaal misbruik niet beschermd wordt door de EU-verkeersvrijheden. Voor zover al sprake zou zijn van ongelijke behandeling, wordt die gerechtvaardigd door de ook EU-rechtelijk beleden noodzaak om misbruik van recht te voorkomen. Hij acht dit middel gegrond, maar dat leidt niet tot cassatie omdat art. 10a Wet VPB 1969 noch fraus legis de renteaftrek verhindert.

Ten overvloede concludeert A-G Wattel dat incidenteel middel (i) strandt omdat het hof terecht bij denkbeeldige voeging van de niet-ingezeten deelnemingen vergeleken heeft met een binnenlandse fiscale eenheid en dat incidenteel middel (ii) doel mist omdat het hof bij de vraag of de belanghebbende redelijkerwijs uitlatingen van de inspecteur als toezegging van een bepaalde strekking kon opvatten, de rechtspraak daarover niet heeft miskend, terwijl het voor het overige om een voldoende gemotiveerd oordeel over feiten gaat.

De advocaat-generaal concludeert tot ongegrondverklaring van het principaal cassatieberoep en het buiten behandeling laten van het voorwaardelijk incidenteel beroep.

## Commentaar

De kern van onderhavige zaak in cassatie ziet – kort samengevat – op twee rechtsvragen. Ten eerste, kan de renteaftrek in Frankrijk en/of in de Verenigde Staten (een ‘double’ of ‘triple dip’) tot gevolg hebben dat de renteaftrek in Nederland als *fraus legis* kwalificeert? En, ten tweede, kan een externe herfinanciering en het binnen de groep doorlenen van deze extern ingeleende gelden ervoor zorgen dat de renteaftrekbeperking van art. 10a, Wet VPB 1969 wordt geactiveerd?

Wat betreft de eerste vraag concludeert A-G Wattel dat het in 2009 en 2010 op zichzelf niet in strijd was met doel en strekking van de Nederlandse belastingwet om een internationale mismatch te construeren met als resultaat een (drie)dubbele renteaftrek. Dit is mogelijk anders wanneer de geconstrueerde rentekosten – ook los van de internationale mismatch – samenhangen met een lening die geen reële functie in de ondernemingsfinanciering van het concern vervult. De Hoge Raad heeft eerder geoordeeld in HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, NTFR 2014/738, met commentaar van Van Lindonk (Australische RPS) en in HR 8 juli 2016, nr. 15/00194, NTFR 2016/1857, met commentaar van Van Horzen (financieringsvrijheid: Italiaanse telecom) dat de wet zich daar niet tegen verzet. In deze zaken oordeelde de Hoge Raad dat een belastingplichtige een keuzevrijheid heeft bij de vorm van financiering van een vennootschap waarin zij deelneemt. Het benutten van die keuzevrijheid vormt, mede in aanmerking genomen de strekking van de betreffende regeling, geen handelen in strijd met doel en strekking van de wet (*fraus legis*).

Wat betreft de tweede vraag concludeert A-G Wattel, in navolging van Hof Den Haag, dat sprake is van voldoende parallelie tussen de door een Luxemburgse financieringsdochter uitgegeven (externe) obligatielening en interne leningen. De Hoge Raad heeft eerder geoordeeld in HR 21 april 2017, nr. 16/03669, NTFR 2017/1033, met commentaar van Van den Bos, dat als een interne lening in feite verschuldigd is aan een derde, het tegenbewijs van art. 10a, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969 is geleverd (de zgn. schuldparallelie). Deze schuldparallelie wordt door de Hoge Raad, onder verwijzing naar de relevante wetsgeschiedenis (zie Kamerstukken II, 1995-1996, 24 696, nr. 3, p. 17-18), *in ieder geval* beoordeeld op basis van de looptijden, aflossingsschema's, rentevergoeding, hoofdsommen en tijdstippen van aangaan van de externe en interne leningen. Overigens duidt het gebruik van de woorden ‘in ieder geval’ erop dat de opsomming volgens de Hoge Raad niet uitputtend is (zie tevens NTFR 2017/1033). Verder volgt uit HR 22 maart 2019, nr. 18/02329, NTFR 2019/743, met commentaar van Nieuweboer, dat ook slechts een boekhoudkundige dekking van de interne door de externe lening als voldoende tegenbewijs heeft te gelden, zolang bij de beoordeling van schuldparallelie de (samenhang tussen de) vijf paralleliecriteria maar worden meegenomen.

Een teleurstellende conclusie voor de inspecteur en het Ministerie van Financiën, die een concern de enkelvoudige rentelasten drie keer ziet aftrekken terwijl het nergens belasting betaalt. Zoals A-G Wattel terecht opmerkt, kan – naar de stand van het Nederlandse belastingrecht in 2009 en 2010 – de Nederlandse belastingrechter dit (in cassatie) niet verhelpen. Voor de politiek zal dit andermaal de noodzaak van internationale samenwerking op het gebied van belastingen onderschrijven, zoals inmiddels al heeft geresulteerd in de codificatie van de EU-antimisbruikrichtlijnen, te weten ATAD 1 en 2. Met name ATAD 2 heeft tot doel internationale hybride mismatches, zoals onderhavige, te bestrijden. Vanaf 1 januari 2020 wordt een dergelijke internationale mismatch – met naar mijn mening in andere gevallen (te) veel overkill – bestreden door de werking van, onder andere, art. 12aa (lid 1, onderdeel e en g) e.v., Wet VPB 1969, op basis waarvan een weigering van (een deel van) de renteaftrek voor een dergelijk geval als het onderhavige te verwachten is.

[1] Mr. N. I. Groenland is werkzaam bij Clifford Chance LLP.

Datum: 14-10-2020

Bron: <https://www.ndfr.nl/NTFR/Details/NTFR2020-2369>

