



De zakelijkheidstoets van de vennootschapsbelasting.

Welke invloed heeft de uitspraak van Hof Arnhem van 1
december 2009 op artikel 10a Wet Vpb?

Bachelor Thesis Fiscale Economie
Faculteit economie en bedrijfswetenschappen
Departement fiscale economie

M.A.M. van Buren
S 692801

Examencommissie: drs. F.J. Elswelier
prof. dr. P.H.J. Essers

Tilburg University
26-02-2011

Inhoudsopgave

| | |
|--|--------|
| 1. Inleiding en onderzoeksvraag | - 2 - |
| 1.1 Inleiding | - 2 - |
| 1.2 Onderzoeksvraag..... | - 2 - |
| 1.3 Opzet..... | - 3 - |
| 2. Codificatie van artikel 10a Wet Vpb | - 4 - |
| 2.1 Winstdrainage | - 4 - |
| 2.2 Fraus legis | - 4 - |
| 2.3 Antiwinstdrainage jurisprudentie..... | - 5 - |
| 2.4 Invoering artikel 10a Wet Vpb | - 7 - |
| 3. Artikel 10a Wet Vpb..... | - 8 - |
| 3.1 Inhoud artikel 10a Wet Vpb..... | - 8 - |
| 3.2 Tegenbewijs | - 9 - |
| 3.3 De zakelijkheidstoets | - 10 - |
| 3.3.1 <i>Dubbele zakelijkheidstoets</i> | - 10 - |
| 3.3.2 <i>De eis van in overwegende mate</i> | - 11 - |
| 3.3.3 <i>Voorbeelden van zakelijke gronden</i> | - 11 - |
| 3.3.4 <i>Parallelliteit</i> | - 12 - |
| 4. De Hofuitspraak | - 13 - |
| 4.1 De casus | - 13 - |
| 4.2 Hof Arnhem | - 15 - |
| 4.3 Conclusie A-G Wattel..... | - 16 - |
| 4.4 Mijn zienswijze..... | - 17 - |
| 4.4.1 <i>De financiering</i> | - 17 - |
| 4.4.2 <i>De rechtshandeling</i> | - 20 - |
| 4.5 De houdbaarheid van artikel 10a Wet Vpb..... | - 21 - |
| 5. Samenvatting en conclusie..... | - 22 - |
| Literatuuroverzicht..... | - 24 - |
| Jurisprudentieregister | - 25 - |

1. Inleiding en onderzoeksvraag

1.1 Inleiding

Met welke definitie de term belasting ook wordt aangeduid, woorden zoals ‘gedwongen’ of ‘verplichting’ komen er altijd in voor. Deze verplichting vloeit voort uit het feit dat belastingplichtigen geneigd zijn opportunistisch gedrag te vertonen en dus het betalen van belasting proberen te ontwijken. Zonder dwang zou de overheid niet in staat zijn voldoende inkomsten te generen om het maatschappelijk belang te kunnen dienen. Belastingplichtigen zullen altijd proberen belasting te ontgaan door constructies te verzinnen en door te voeren, die de wet niet verbiedt, maar hen wel een belastingbesparing oplevert. Naast deze constructies zoeken belastingplichtigen naar andere interpretaties van de wettekst om hun gelijk aan te tonen. Zij zullen trachten een andere conclusie aan de wettekst te verbinden en deze visie te verdedigen. De tegengestelde belangen van de belastingdienst enerzijds en de belastingplichtige anderzijds, leiden dan ook geregeld tot conflicten. Zij worden niet zelden uitgevochten bij de rechter. Daar wordt bepaald wie gelijk heeft en welke conclusies er aan een bepaalde wettelijke regeling mogen worden verbonden. Indien de belastingplichtige in het gelijk wordt gesteld komt het voor dat de wetgever de wet aanpast om zo belastinguitholling tegen te gaan. Artikel 10a van de wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) is een voorbeeld hiervan. Rentekosten zijn aftrekbaar op basis van artikel 8 lid 1 Wet Vpb en artikel 3.8 wet op de inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB). Door deze regeling is het aantrekkelijk voor het concern, lichamen in laagbelaste landen leningen te laten verstrekken aan lichamen in hoogbelaste landen. Renteaftrek vindt dan plaats tegen een hoog tarief, terwijl de heffing over de rentebaten juist plaats vindt tegen een laag tarief. Het kan voor belastingplichtige bedrijven zeer lucratief zijn om omstandigheden te creëren waardoor rentebetalingen binnen concernverband drukken op de Nederlands belastbare winst zonder dat daartegenover belastbare baten ontstaan. Binnen de groep gebeurt er feitelijk niets, terwijl er toch renteaftrek gecreëerd wordt. Dit heeft de wetgever niet bedoeld. Vandaar dat artikel 10a Wet Vpb is geïntroduceerd.

1.2 Onderzoeksvraag

Artikel 10a Wet Vpb maakt renteaftrek van leningen tussen verbonden lichamen onmogelijk bij bepaalde transacties. In lid 3 worden echter twee ontsnappingsroutes gegeven. Ten eerste is renteaftrek wel mogelijk indien de belastingplichtige kan aantonen dat zowel de rechtshandeling als de schuld zakelijk zijn (lid 3a). De tweede dispensatiemogelijkheid is de compenserende heffingstoets van lid 3b. In deze thesis zullen de toepassing en de gevolgen van de eerste methode behandeld worden. Daarbij zal ook gekeken worden naar de jurisprudentie en dan in het bijzonder de uitspraak van Hof Arnhem op 1 december 2009. Verder zal ook bepaald worden of in geval de Hoge Raad de Hofuitspraak volgt het artikel in deze vorm behouden kan blijven.

Vandaar dat de onderzoeksvraag luidt:

Welke invloed heeft de uitspraak van Hof Arnhem van 1 december 2009 op het behoud van artikel 10a Wet Vpb?

1.3 Opzet

Om tot een antwoord te komen op de onderzoeksvraag zal in hoofdstuk twee gebruik worden gemaakt van een uitgebreide literatuurstudie. Na een korte inleiding zal het begrip winstdrainage worden behandeld en de jurisprudentie hierbij die heeft geleid tot de codificatie in de wet via artikel 10a Wet Vpb. Vervolgens zal in hoofdstuk drie de wettekst van dit artikel nader behandeld en uitgelegd worden. Hierbij zal worden ingegaan op de vraag wanneer een rechtshandeling besmettelijk is en de renteaftrek als gevolg daarvan beperkt kan worden. Tenslotte zal in dit hoofdstuk antwoord worden gegeven op de vraag hoe de zakelijkheidstoets volgens dit artikel moet worden uitgelegd. In hoofdstuk vier zal aandacht worden besteedt aan de uitleg van dit artikel door het rechtssysteem. De uitspraak van het Hof Arnhem van 1 december 2009 zal hierbij als leidraad dienen. Ook de conclusie van A-G Wattel is hierbij van belang. Verder zal ik mijn eigen mening omtrent dit geschil formuleren en duidelijk maken wat naar mijn mening de gevolgen zullen zijn voor artikel 10a Wet Vpb indien de Hoge Raad de Hofuitspraak volgt. Het laatste hoofdstuk, hoofdstuk 6, zal een samenvatting en conclusie bevatten.

2. Codificatie van artikel 10a Wet Vpb

2.1 Winstdrainage

Winstdrainage kan worden omschreven als het op gekunstelde wijze creëren van schuldverhoudingen ter vrijdeling van de vennootschapsbelasting¹. Het kan voor belastingplichtige bedrijven zeer lucratief zijn om omstandigheden te creëren waardoor lasten binnen concernverband drukken op de Nederlandse belastbare winst zonder dat daartegenover belastbare baten in het buitenland ontstaan. Dergelijke situaties worden in de hand gewerkt doordat binnen de vennootschapsbelasting vreemd vermogen anders wordt behandeld dan eigen vermogen. Het onderscheid tussen beide vermogensvormen moet worden vastgesteld aan de hand van de civielrechtelijke normen zoals door de Hoge Raad is besloten in BNB 1988/217 (bevestigd in BNB 1998/208), tenzij er sprake is van een bodemloze putlening, schijn- of deelnemerschapslening.² Het eigen vermogen wordt dan bepaald op basis van artikel 2:373 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek. Dit is slechts anders indien er sprake is van ‘in zekere mate deelhebben’ in de schuldenaar. Om aan dit begrip te voldoen is vereist dat er sprake is van een winstafhankelijke vergoeding, een achterstelling bij alle concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft, maar slechts opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie.

De rentebetalingen van vreemd vermogen zijn binnen de fiscaliteit in principe aftrekbaar (artikel 3.8 Wet IB juncto artikel 8 lid 1 Wet Vpb), terwijl de dividendbeloningen van het eigen vermogen niet aftrekbaar zijn (artikel 10 Wet Vpb). Belastingplichtigen worden hierdoor gestimuleerd tot excessief gebruik van vreemd vermogen. Verder zullen zij proberen eigen vermogen te maskeren als vreemd vermogen. Er zijn meerdere varianten te bedenken met dergelijke resultaten, maar de meest voorkomende zijn het gebruik maken van een schuldig gebleven dividenduitkering, een schuldig gebleven kapitaal terugbetaling of een schuldig gebleven kapitaalstorting, interne verhangings of een overname holding. Voor een overzicht hiervan wordt verwezen naar cursus belastingrecht.³ In al deze gevallen worden winsten die in Nederland zijn opgekomen als het ware weggesluisd naar landen die een laag winsttarief hebben of naar landen die helemaal geen belasting over desbetreffende winsten heffen.

2.2 Fraus legis

Voor de invoering van fraus legis werd gebruik gemaakt van het beginsel van de richtige heffing, vastgelegd in artikel 31 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (hierna: AWR). Om gebruik te maken

¹ O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Deventer: Kluwer 2008 pag. 1

² Voor meer informatie over deze leenvormen zie E.J.W. Heithuis, *Compendium van de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2009 pag. 110 t/m 118. Verder kan J.H.M. Arts, ‘Het belang van het motief van een lening voor de vennootschapsbelasting’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2009, p. 921-925 het een en ander verduidelijken.

³ Onder paragraaf 2.2.3.A.a.1 Extra informatie is verder te vinden in J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2007 pag. 269 e.v.

van dit artikel is echter de toestemming van de Staatssecretaris van Financiën nodig. Sinds 1 augustus 1987 is een dergelijke machtiging niet meer afgegeven.⁴ Geconcludeerd zou kunnen worden dat het *fraus legis* principe de richtige heffing heeft ingehaald. Wegens het geringe belang van dit begrip en het feit dat het sinds tijden niet meer wordt toegepast zal ik mij in deze thesis beperken tot het *fraus legis* beginsel.⁵

Fraus legis is ontstaan in de rechtspraak en tot op heden niet gecodificeerd in de wet. Het wordt ook wel het leerstuk van de wetsontduiking genoemd. Toepassing van dit beginsel kan alleen dan plaatsvinden indien aan twee cumulatieve eisen is voldaan, enerzijds het normvereiste en anderzijds het motiefvereiste.

Het objectieve normvereiste houdt in dat er in strijd met doel en strekking van de wet of een bepaling daarvan wordt gehandeld. Het motiefvereiste is subjectief en houdt in dat de verijdeling van de belastingheffing van doorslaggevende betekenis is geweest voor de rechtshandeling. De vraag of een constructie gehanteerd door belastingplichtige in strijd is met het doel en de strekking van de wet wordt bepaald aan de hand van de bedoeling van de wetgever. Hierbij wordt voornamelijk gekeken naar de totstandkomingsgeschiedenis van de bepaalde wet. Indien blijkt dat de wetgever bepaalde gevolgen bewust heeft aanvaard, dan kan een bijzonder rechtsmiddel niet worden ingeroepen. *Fraus legis* is een dergelijk bijzonder rechtsmiddel. Als uit de wetsgeschiedenis echter niet duidelijk is geworden dat het rechtsgevolg door de wetgever bewust is aanvaard, dan acht de Hoge Raad de constructie vaak in strijd met doel en strekking van de wet, als aan de tweede voorwaarde is voldaan. Dus dat het doorslaggevende oogmerk belastingverijdeling is. In dergelijke gevallen wordt de constructie op basis van *fraus legis* niet toegestaan.⁶

Fraus legis dient echter slechts ingeroepen te worden indien de normale rechtsvindingsmethoden geen uitkomst meer bieden. Het is een *ultimum remedium* en terughoudendheid is dus op zijn plaats.⁷

2.3 Antiwinstdrainage jurisprudentie

Artikel 10a Wet Vpb is deels een reactie op en deels een codificatie van de antiwinstdrainage jurisprudentie. De winstdrainage arresten van de Hoge Raad hebben er uiteindelijk voor gezorgd dat artikel 10a wet Vpb is ingevoerd.⁸

Het eerste arrest betreffende winstdrainage was dat van 1989/217. In dit geval werd de belastinginspecteur in het gelijk gesteld en mocht *fraus legis* worden toegepast. De gevoerde

⁴ Persbericht Ministerie van Financiën van 29 juli 1987, nr. 87/222, pag. 1768

⁵ Voor meer informatie over richtige heffing wordt verwezen naar L.A. de Blicq e.a. *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2009, blz. 322 e.v.

⁶ Het moge duidelijk zijn dat de voorwaarden voor richtige heffing en *fraus legis* nagenoeg overeenkomen. *Fraus legis* wordt echter gezien als een ruimere bepaling dan de richtige heffing, omdat de laatste de besmette rechtshandelingen enkel omteert, terwijl bij *fraus legis* de rechtshandeling vervangen mag worden door een gelijksoortige rechtshandeling.

⁷ A. Kruiswijk, 'De winstdrainageregelingen en het leerstuk van de wetsontduiking', *Weekblad Fiscaal Recht*, 2002, kopje 2.2 het normvereiste

⁸ Onder andere BNB 1989/217, BNB 1991/255, BNB 1993/194-197 en BNB 1996/3-6 behoren hiertoe.

praktijken door de belastingplichtige kon geen doorgang vinden. De casus was als volgt: een op de Nederlandse Antillen gevestigde moedermaatschappij heeft twee dochters. Deze moedermaatschappij verkocht de aandelen van de ene dochter aan de andere dochter tegen schuldigerkenning. Daarna vormden de dochters samen een fiscale eenheid waarna zij de rente binnen deze eenheid in aftrek brachten. De Hoge Raad oordeelde dat op deze manier de vermogenspositie van de overgenomen dochter niet is veranderd. De lening stond niet ten dienst aan de financiering. De enige reden van deze transactie waren fiscale motieven die in strijd waren met doel en strekking van de wet en daarom mocht de rente niet in aftrek worden genomen.

Uit BNB 1990/293 kan geconcludeerd worden dat belastingplichtigen voor de fiscaal meest gunstige weg mogen kiezen indien zij dit doen om een zakelijk doel na te streven. Indien dit echter leidt tot belastingverijdeling kan hier een halt aan worden toegeroepen.⁹

Belangrijk voor de toepassing van *fraus legis* inzake winstdrainage zijn ook de 10-maart arresten.¹⁰ Uit het eerste arrest van deze reeks volgt dat, indien de rente bij de crediteur tot de grondslag van de belastingheffing behoort en er dientengevolge sprake is van een zogenaamde 'compenserende heffing', de renteaftrek dan bij de debiteur niet zorgt voor strijdigheid met doel en strekking van de Wet. *Fraus legis* mag in dergelijke gevallen dus niet worden ingeroepen. In de daaropvolgende arresten heeft de Hoge Raad het begrip compenserende heffing verder uitgebreid. Zo blijkt uit BNB 1993/196 dat *fraus legis* niet kan worden toegestaan indien de rente niet daadwerkelijk aan de grondslag wordt toegeschreven omdat er nog compensabele verliezen zijn.

Hierna volgde een reeks van daadwerkelijke winstdrainage arresten in BNB 1996/3-6. In BNB 1996/4 richtte een vereniging een nieuwe vennootschap (belanghebbende) op. Dit werd gefinancierd door de aandelen van belanghebbende vol te storten door een andere dochtervennootschap in te brengen. De creditering van dit bedrag lag boven het gestorte kapitaal. Daarna is een fiscale eenheid opgericht tussen de nieuwe vennootschap en de verhangen dochtervennootschap. Het Hof oordeelde in dit geval dat verschillende wegen openstonden om de met de herstructurering nagestreefde doeleinden te bereiken, en dat niet kan worden gezegd dat de door de vereniging en belanghebbende daartoe gekozen weg, afgezien van de fiscale gevolgen, op enigerlei grond de voorkeur verdiende.¹¹ Daarbij gaf zij aan dat: ook al is er in het geheel bezien sprake van zakelijk gefundeerde doeleinden, dat niet wil zeggen dat alle individuele rechtshandelingen dit ook zijn. Het Hof wil deze rechtshandelingen dan ook niet aanvaarden omdat zij anders zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van de heffing. De fiscus werd in dit geval dus wel in het gelijk gesteld.

Een ander belangrijk artikel uit deze reeks is BNB 1996/5 ofwel het Plc-arrest. In het geschil was de vraag of de vennootschap A Plc, gevestigd in Engeland, de rente mocht aftrekken die was ontstaan

⁹ BNB 1994/87

¹⁰ BNB 1993/194-197

¹¹ Zie R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', Weekblad Fiscaal Recht 2010, p. 114-123 voor de meerwegentheorie, zoals die is ontwikkeld in de rechtsspraak.

door de verkoop van de aandelen van haar ene dochtervennootschap aan een andere dochtervennootschap. De beide dochtervennootschappen vormden een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. De belastinginspecteur wilde de aftrek weigeren, omdat volgens hem was voldaan aan artikel 31 AWR. Hij betoog dat deze transactie slechts was gedaan met het doel belasting te besparen. Het Hof was het met de inspecteur eens en vond het een geval van richtige heffing. Daarbij werd opgemerkt dat aanvaarding van renteaftrek in strijd zou zijn met het doel en de strekking van de Wet Vpb. De Hoge Raad kwam echter tot een verrassend oordeel. Hij oordeelde dat er sprake was van een compenserende heffing en er dus geen sprake was van strijd met het doel en strekking van de wet. ‘Aan de omstandigheid dat belasting die is geheven buiten het Verenigd Koninkrijk, alsmede “Advance Corporation Tax” met de verschuldigde Corporation Tax worden verrekend, kan, anders dan het Hof heeft geoordeeld, niet de gevolgtrekking worden verbonden dat laatstgenoemde belasting in feite niet wordt geheven.’ Dus ook al was voldaan aan het motiefvereiste, het normvereiste gaf hier de doorslag om toch renteaftrek toe te staan. De wetgever werd hier dus wederom niet in het gelijk gesteld en was bang dat door dit arrest de grondslag van de belasting ernstig zou worden beknod.

2.4 Invoering artikel 10a Wet Vpb

De reden voor de totstandkoming van artikel 10a Wet Vpb moet gezocht worden in twee verschillende richtingen. Zoals eerder is aangegeven wilde de wetgever in de eerste plaats een deel van de winstdrainage jurisprudentie codificeren.¹² Voornamelijk op het gebied van kasrondjes en verhangingen binnen concernverband wilde hij duidelijkheid scheppen en zodoende de rechtszekerheid vergroten.¹³ Verder heeft hij willen zorgen voor een aanscherping van deze jurisprudentie op een aantal gebieden, zoals de tegenbewijsmogelijkheid. Met de invoering van dit artikel is geprobeerd bepaalde belastingbesparende constructies tegen te gaan.

Naar aanleiding van bovengenoemde arresten heeft de wetgever het doel en de strekking van de wet gewijzigd.

¹² Voor de vraag of fraus legis na de invoering van artikel 10a Wet Vpb, nog steeds gebruikt kan worden wordt verwezen naar: O.C.R. Marres, ‘Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2008, p.1431-1438. G.H. de Soeten, ‘Winstdrainage en fraus legis’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2003, p. 256 en G.H. de Soeten, ‘Winstdrainage na 1 januari 2007’, *Weekblad Fiscaal Recht* 2007, p. 459-464

¹³ J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2007 pag. 263

3. Artikel 10a Wet Vpb

3.1 Inhoud artikel 10a Wet Vpb

Kort gezegd is artikel 10a Wet Vpb een antimisbruikbepaling die zich toelegt op bepaalde transacties binnen concernverband. Uit artikel 8 lid 1 Wet Vpb jo. artikel 3.8 wet IB volgt dat alle voordelen die hun oorsprong vinden in de onderneming tot de winst behoren. Hiervan kunnen die kosten in aftrek worden genomen die een zakelijk belang hebben voor de onderneming. In BNB 2002/290 is gesteld dat slechts die kosten niet zakelijk zijn die zijn gemaakt om de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder(s) te bevredigen. Renten van schulden kunnen ook in aftrek worden genomen mits deze schulden zijn aangegaan om het ondernemingsvermogen te bezoldigen (BNB 1989/217). Alle onzakelijke bestanddelen moeten ook hier echter worden geëlimineerd. Artikel 8b en 8c Wet Vpb zijn uitingen van deze stelling. Op basis van deze ‘at arm’s length’ bepalingen kan slechts aan artikel 10a Wet Vpb worden toegekomen indien een zakelijk motief ten grondslag ligt aan de gemaakte schulden. Om aan de sanctie van artikel 10a Wet Vpb toe te komen moet er verder sprake zijn van een fiscaal geaccepteerde lening. Hierdoor worden schijnleningen¹⁴, bodemlozeputleningen¹⁵ en deelnemerschapsleningen¹⁶ uitgesloten. De sanctie bestaat uit de weigering van renteaftrek ter zake van schulden, die verband houden met een ‘besmette’ transactie.¹⁷ Die besmette transacties worden gedefinieerd in lid 1 onderdeel a, b en c. Uit de memorie van toelichting¹⁸ blijkt dat aan de hand van alle relevante omstandigheden bepaald moet worden of een transactie al dan niet besmet is. Een aantal van deze omstandigheden zijn bijvoorbeeld de rente, looptijd en het aflossingsschema van de lening. In de wetsbepaling wordt geregeld dat bij het bepalen van de winst niet in aftrek komen de renten ter zake van schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met een van de besmette rechtshandelingen.

De eerste besmette rechtshandeling, ‘kasrondjes’, komt aan bod in onderdeel a van artikel 10a Wet Vpb. De belastingplichtige blijft in een dergelijke situatie winstuitdeling of terugbetaling van kapitaal schuldig aan de moeder. In onderdeel b gaat het juist om een moeder die belastingplichtig is en een kapitaalstorting schuldig blijft aan de dochter. In beide gevallen gaat het dus eigenlijk om een omzetting van eigen naar vreemd vermogen. Er verandert niets aan het effectieve vermogen van het bedrijf. In onderdeel c wordt renteaftrek geweigerd indien er met vreemd vermogen belangen in een

¹⁴ belanghebbenden voeren een andere rechtshandeling (kapitaalverstrekking) uit dan de rechtshandeling (lening) die zij beogen.

¹⁵ hiervan is sprake indien een belastingplichtige die tevens aandeelhouder is van een vennootschap aan dit lichaam een geldlening verstrekt, waarbij direct duidelijk is dat de vordering niet of niet helemaal terugbetaald zal kunnen worden. Er vindt dan dus eigenlijk een kapitaalstorting plaats.

¹⁶ in dit geval verkrijgt belanghebbende een lening van een derde die door deze lening een aandeel verkrijgt van de onderneming van belanghebbende.

¹⁷ S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries, *Cursus belastingrecht vennootschapsbelasting studenteneditie 2009- 2010*, Deventer: Kluwer 2009 pag. 178

¹⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24696 nr. 3, pag. 17

ander lichaam worden verkregen. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen interne verhangingen en externe acquisities. Renteaftrek van al deze transacties wordt verhinderd voor zowel de gevallen waarin een lichaam deze rechtshandelingen verricht als in situaties waarin een verbonden lichaam dit doet. Hierbij is geen sprake van een bepaalde rangorde tussen de verschillende transacties. Door de inspecteur kan renteaftrek op meerdere gronden tegelijkertijd worden geweigerd en zal voor alle gronden apart tegenbewijs geleverd moeten worden door de belastingplichtige. Een voorbeeld is het financieren van een acquisitie met een geldlening die is verstrekt uit een kapitaalstorting.¹⁹ Zowel op basis van onderdeel b als onderdeel c kan renteaftrek dan geweigerd worden. Lid 2 geeft bovendien nog aan dat er ook sprake kan zijn van een besmette rechtshandeling indien de schuld is aangegaan na het verrichten van de rechtshandeling.

In het geval dat één of meerdere van bovenstaande transacties plaatsvindt, is renteaftrek niet mogelijk, tenzij belastingplichtige zich kan beroepen op de tegenbewijsregelingen van lid 3.

3.2 Tegenbewijs

De tegenbewijsregeling van lid 3 is een versoepeling van het artikel. Hierin staat dat de rente in gevallen van lid 1 niettemin aftrekbaar is indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat:

- *aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (art. 10a Wet Vpb, lid 3, onderdeel a). Deze toets, de zakelijkheidstoets genaamd wordt verder behandeld in de volgende paragraaf.*
- *dat over de rente bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is en dat er geen sprake is van verrekening van verliezen of van andersoortige aanspraken uit jaren voorafgaande aan het jaar waarin de schuld is aangegaan waardoor over de rente per saldo geen heffing naar bedoelde redelijke maatstaven is verschuldigd, behoudens ingeval de inspecteur aannemelijk maakt dat de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken welke in het jaar zelf zijn ontstaan dan wel op korte termijn zullen ontstaan of dat aan de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Voor de toepassing van dit onderdeel is een naar de winst geheven belasting naar Nederlandse maatstaven redelijk indien deze resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij de artikelen 12b en 12c buiten toepassing blijven (art. 10a Wet Vpb, lid 3, onderdeel b). Dit is de zogenaamde compenserende heffingstoets.*

De compenserende heffingstoets houdt in dat getoetst moet worden of de rente bij de ontvanger tegen een aanvaardbaar tarief en op basis van een aanvaardbare grondslag in de belastingheffing wordt

¹⁹ Kamerstukken I 2005/06, 30572, pag. 4

betrokken.²⁰ Aanvaardbaarheid wordt geacht aanwezig te zijn bij een heffingspercentage van 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde winst. Hetgeen is bepaald in de artikelen 12b en 12c Wet Vpb wordt hierbij buiten beschouwing gelaten. Bij een lager percentage wordt niet voldaan aan deze compenserende heffingstoets en kan belastingplichtige alleen op basis van de zakelijkheidstoets bezwaar indienen op het weigeren van de renteaftrek.

3.3 De zakelijkheidstoets

Alleen schulden met een zakelijk karakter kunnen worden beoordeeld op basis van artikel 10a Wet Vpb. Andere schulden kunnen namelijk al niet in aftrek worden toegelaten op basis van het 'at arm's length' beginsel (artikel 8b Wet Vpb). Uit de kamerstukken²¹ behorende bij artikel 10a Wet Vpb blijkt dan ook dat deze zakelijkheidsvereiste losstaat van de zakelijkheidstoets van artikel 10a Vpb.²² Deze laatste toets test of de motieven voor de lening en de daarmee verband houdende rechtshandeling zakelijk zijn. Daarbij wordt aangesloten bij de winstdrainagejurisprudentie.²³

3.3.1 Dubbele zakelijkheidstoets

Na de codificatie in artikel 10a Wet Vpb is de bewijslast verlegd naar de belastingplichtige. Hij dient aannemelijk te maken dat aan zowel de geldlening als aan de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke motieven ten grondslag liggen. In de literatuur wordt dit dan ook een dubbele zakelijkheidstoets genoemd. Dit is bij de behandeling van artikel 10a Wet Vpb nog eens nadrukkelijk bevestigd door de wetgever, door afstand te nemen van de opvatting uit BNB 2005/169 waarin slechts een enkele zienswijze werd gehanteerd. In dit arrest werd gesteld dat een schuld die wordt aangegaan ter financiering van een externe acquisitie als zakelijk kon worden beschouwd, ook indien dit een renteloze schuld is aan een andere concernvennootschap. De Staatssecretaris heeft echter gezegd dat de financiering van een zakelijke externe acquisitie niet per definitie ook zakelijk is.

In de eerste plaats dient bepaald te worden of de rechtshandeling zakelijk is. In het geval van een externe acquisitie moet deze dus zakelijk geïndiceerd worden. Onzakelijk is bijvoorbeeld de acquisitie van een lichaam in een normaal belastend land, dat haar middelen stort als kapitaal in een groepsmaatschappij gevestigd in een taxhaven, die daarmee een lening aan een Nederlandse groepsmaatschappij financiert. In dat geval dient de acquisitie geen zakelijk doel, maar maakt deze deel uit van een op belastingbesparing gerichte constructie.²⁴ Is de acquisitie op zichzelf beschouwd zakelijk, dan is de zakelijkheid van de daarmee verband houdende schuld nog een vereiste. De Staatssecretaris geeft ook voor dit geval een voorbeeld van een onzakelijke reden. Een onzakelijke

²⁰ S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries, Cursus belastingrecht vennootschapsbelasting studenteneditie 2009- 2010, Deventer: Kluwer 2009 pag. 174

²¹ Kamerstukken II 1995/96, 24696 nr. 5, pag. 32-33

²² Zie verder: J. Doornebal, 'De opmars van het zakelijkheids criterium', Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht 2001, p.153-175

²³ Kamerstukken II 1996/97, 24696 nr. 52b, pag. 4

²⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30575 nr. 8, pag. 46

financiering doet zich voor in het geval een buitenlands concern besluit een nieuwe participatie onder een Nederlandse tussenhoudster te hangen, welke over voldoende middelen beschikt om die acquisitie te financieren. In plaats van deze middelen rechtstreeks aan te wenden, keert de tussenhoudster deze in de vorm van dividend uit aan de buitenlandse tophoudster, welke de verkregen middelen aanwendt als storting van kapitaal in een groepsmaatschappij gevestigd in een taxhaven. Deze financiert daarmee een lening aan de Nederlandse tussenhoudster, welke daarmee de externe acquisitie financiert. Zou er geen fiscaliteit zijn, dan zouden de in Nederland beschikbare middelen rechtstreeks zijn aangewend en zou niet de omweg via een taxhaven zijn gekozen.

3.3.2 De eis van in overwegende mate

Zakelijk zijn dus alle niet-fiscale beweegredenen. De kosten van fiscaal voordelige schuldtransacties kunnen derhalve alleen in aftrek worden genomen indien een niet-fiscaal motief doorslaggevend is geweest voor het besluit. Dit kan worden afgeleid uit de woorden ‘in overwegende mate’. Letterlijk gezien zou dat betekenen dat als de zakelijke motieven belangrijker zijn geweest dan de niet zakelijke motieven de zakelijkheid is aangetoond. Dit zou dus betekenen dat indien beide (of meerdere) motieven van dezelfde waarde zijn, het vereiste tegenbewijs niet geleverd is. Dit is naar mijn mening echter niet juist. Mij lijkt dat er aansluiting moet worden gezocht bij de winstdrainagejurisprudentie, aangezien de wet op deze jurisprudentie voortborduurde. In deze jurisprudentie werd steeds gesproken over doorslaggevende beweegredenen.²⁵ Dit begrip is meer belastend dan in overwegende mate. Doorslaggevend is de reden waarom een rechtshandeling is aangegaan, terwijl in het laatste geval het de meest belangrijke reden (naast andere redenen) is. Dit betekent dus dat rechtshandelingen pas zakelijk zijn indien zij ook zouden geschieden indien de eventuele fiscale motieven zouden ontbreken.

3.3.3 Voorbeelden van zakelijke gronden

In kamerstukken²⁶ worden een aantal voorbeelden gegeven van zakelijke gronden. Zo'n situatie is bijvoorbeeld het geval waarin een belastingplichtige, waarvan de aandelen gedeeltelijk in handen zijn van een verbonden lichaam en gedeeltelijk in handen van derden, ten behoeve van een consistente dividendpolitiek overgaat tot het uitdelen van winstreserves, welke uitdeling wordt gefinancierd door het aangaan van een geldlening bij een verbonden lichaam. Verder wordt de situatie aangehaald waarin er sprake is van een lening verstrekt door een verbonden lichaam, terwijl dit lichaam op zijn beurt leent van een derde. Gesteld wordt dat de eerste lening dan feitelijk is aangegaan jegens een derde. In beide situaties kan met succes een beroep worden gedaan op de zakelijkheidstoets.

²⁵ Voorbeeld is BNB 1996/4

²⁶ Kamerstukken II 1995/96 24696 nr. 3, pag. 20-21

Ook in gevallen van het lichter maken van de aandelen in verband met de verkoop van deze aandelen voor bedrijfsopvolging is het zakelijke motief aangetoond.²⁷ Verder is naar voren gekomen dat wanneer de inkoop van aandelen tot gevolg heeft dat de joint venture partner in het geheel wordt uitgekocht, en deze partner na de inkoop geen andere band heeft met de vennootschap dan door de lening, het in het algemeen zo zal zijn dat aan de schuldigerkenning van de koopsom ter zake van deze inkoop van aandelen zakelijke motieven ten grondslag liggen.²⁸

Van belang voor de zakelijkheid van een rechtshandeling is dus de vraag of de financiering niet op een andere wijze kan geschieden dan met vreemd vermogen. Indien er eigen vermogen aanwezig is zal aangetoond moeten worden dat er om zakelijke redenen geld is geleend in plaats van dit eigen vermogen aan te wenden.

3.3.4 Parallelliteit

Indien er voldoende parallelliteit bestaat tussen de externe lening die een verbonden lichaam heeft afgesloten en de lening die belastingplichtige van dit lichaam heeft afgesloten is voldaan aan het vereiste tegenbewijs. Dit blijkt uit het besluit van 23 december 2005.²⁹ Voor parallelliteit is met name van belang dat de looptijd en de aflossingstermijnen van de leningen gelijk zijn. Verschillen in rentevergoedingen kunnen verantwoord zijn als daar zakelijke overwegingen aan ten grondslag liggen. Verder is van belang dat niet aan het zakelijkheidsbeginsel is voldaan indien een overname uiteindelijk gefinancierd wordt met een externe geldlening in het geval dat het met het oog op die overname door het concern aangetrokken vreemd vermogen wordt gestort als kapitaal (eigen vermogen) in een taxhavenvennootschap, een vennootschap met compensabele verliezen of een niet belastingplichtige vennootschap indien deze vennootschap vervolgens een geldlening versterkt aan de overnameholding in Nederland.³⁰ Daarnaast is van belang dat er ook niet gesproken kan worden van de vereiste zakelijkheid indien een in een taxhaven gevestigde schuldeiser een lening heeft gekregen van een groepsmaatschappij. Dit geldt zelfs indien het vermogen ergens door de groep extern is ingeleend.³¹

In principe is het dus zo dat er sprake is van in overwegende mate zakelijkheid indien er uiteindelijk een derde in het spel is. Er moet dan echter nog wel bijvoorbeeld met behulp van parallelliteit worden aangetoond dat er een direct verband bestaat tussen deze lening van derden en de interne lening(en).

²⁷ Kamerstukken II 1995/96 24696 nr. 6, pag. 4

²⁸ Kamerstukken II 1996/97 24696 nr. 8, pag. 16-17

²⁹ BNB 2006/90

³⁰ O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Deventer: Kluwer 2008 pag.154

³¹ Kamerstukken I 2006/07, 30572 nr. F pag. 4

4. De Hofuitspraak

In het vorige hoofdstuk is de inhoud van artikel 10a Wet Vpb aan bod gekomen. Daarin is ook besproken hoe de zakelijkheidstoets volgens de wet en de wetsgeschiedenis uitgelegd moet worden. In dit hoofdstuk zal worden bepaald of de rechterlijke macht eenzelfde invulling geeft aan de bepalingen van de wet. Specifiek zal daarbij ingegaan worden op de uitspraak van Hof Arnhem van 1 december 2009³².

4.1 De casus

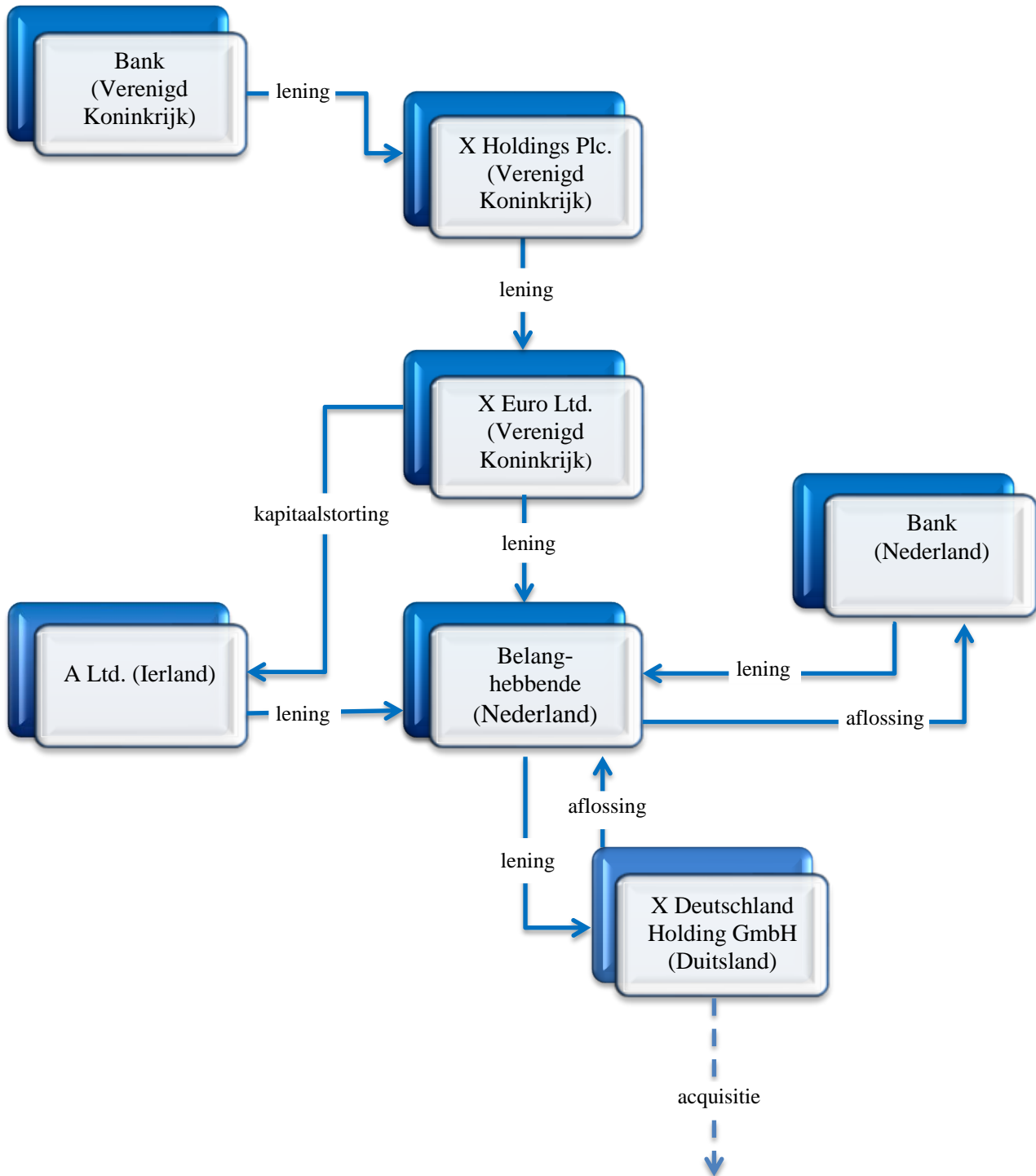
In dit arrest ging het om de tophoudster X Holdings Plc. gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Zij leent op 30 december 1998 bij een bankconsortium een bedrag van omgerekend 149.079.051 euro. Eenzelfde bedrag wordt op dezelfde dag doorgeleend aan X Euro Ltd. Laatstgenoemde stort hetzelfde bedrag, wederom op dezelfde dag, als kapitaal in A Ltd. gevestigd in Ierland. Deze dochter leent wederom hetzelfde bedrag renteloos door aan belanghebbende op 31 december 1998. Belanghebbende leent een bedrag van 41.286.710 euro op 8 januari 1999 vervolgens door aan haar Duitse dochtermaatschappij (X Deutschland Holding GmbH). Op haar beurt doet deze dochtermaatschappij een externe acquisitie.

Belanghebbende leent bovendien op 30 december 1998 nog een bedrag van 11.259.090 euro van een bank. Dit totale bedrag wordt vervolgens dezelfde dag in de Duitse dochtermaatschappij gestort als kapitaal.

Op 8 januari lost de Duitse dochtermaatschappij een groot deel van de lening à 9.203.254 euro afgesloten bij belanghebbende af. Belanghebbende gebruikt vervolgens dit geld om de lening aan de bank op diezelfde dag af te lossen.

Bovenstaande is op de volgende pagina in een figuur uiteengezet.

³² VN 2010/6.26



In geschil is de vraag of artikel 10a Wet Vpb in de weg staat aan aftrek van de (geïmputeerde) rente over een deel van de lening van A Ltd. aan belanghebbende ter grootte van 9.203.254 euro. Het gaat dus om de (niet-betaalde, maar op ‘arm’s length’-basis wel) te berekenen rente op de gelieerde lening voor het deel dat de banklening vervangt.

4.2 Hof Arnhem

Het Hof concludeert dat de lening van de bank aan X Holdings Plc. niet wordt bestreken door artikel 10a Wet Vpb. Er is sprake van een externe lening (op concern-niveau) van een niet-verbonden persoon. Belanghebbende heeft de ontvangen lening binnen de groep doorgeleend en levert zodoende belaste rentebaten op. Van winstdrainage is in deze situatie dus geen sprake en dus vindt artikel 10a Wet Vpb hier geen toepassing.

Ook de rechtstreekse lening van de bank aan belanghebbende is geen reden voor het toepassen van artikel 10a Wet Vpb. Ondanks het feit dat er sprake is van een besmette rechtshandeling, (storting in de Duitse dochter) is er geen probleem, omdat het geld van een externe partij is geleend.

Daarna lost de Duitse dochter haar lening aan belanghebbende af, die dit geld gebruikt om de externe banklening af te lossen. Op dat moment heeft belanghebbende echter nog steeds de lening van A Ltd. openstaan. Als op deze laatste lening was afgelost was er ook geen 10a-transactie aanwezig geweest. Nu is echter de vraag of er in dit geval wel een artikel 10a-transactie heeft plaatsgevonden.

Het Hof concludeert dat dit niet het geval is aangezien doel en strekking van het artikel met zich meebrengen dat een dergelijke situatie hierdoor niet wordt bestreken. Dit oordeel is onder meer gebaseerd op de Memorie van Toelichting, waarbij de toepasselijkheid van de wettelijke bepaling is beperkt tot geldleningen en rechtshandelingen in concernverband. Hierbij wordt verder nog aangegeven, dat zelfs indien de rente wel beperkt dient te worden, omdat wel aan artikel 10a Wet Vpb wordt toegekomen, belanghebbende zich kan beroepen op de zakelijkheidstoets. Het Hof acht bewezen dat belanghebbende aannemelijk heeft gemaakt dat zowel aan de geldlening als aan de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Daarbij geven zij aan dat er sprake is van een reële financieringsbehoefte, omdat de lening daadwerkelijk is aangewend voor de acquisitie. Verder bestaat er een causaal verband tussen de externe lening op concernniveau en de lening van belanghebbende naar de Duitse dochter. Bovendien kan de reden om te voldoen aan buitenlandse wet- en regelgeving als zakelijk worden aangemerkt.

In deze thesis zal deze beredenering over de zakelijkheidstoets verder behandeld worden. Ik zal uitleggen waarom ik twijfel aan de argumentatie van het Hof. Hierbij laat ik de vraag of al dan niet aan artikel 10a Wet Vpb kan worden toegekomen verder buiten beschouwing.³³ Verder zal ik me richten op de mogelijke consequenties voor artikel 10a Wet Vpb indien de Hoge Raad het standpunt van het Hof volgt.

³³ Ook het 'verband' tussen de geldlening en de rechtshandeling valt niet binnen het bereik van deze thesis.

4.3 Conclusie A-G Wattel

Advocaat-Generaal Wattel is het niet eens met de uitspraak van het Hof.³⁴ Ik beperk me hierbij zoals gezegd enkel en alleen tot de zakelijkheidstoets. Wattel geeft duidelijk aan dat zowel de kapitaalstorting als de financiering hiervan apart moeten worden getoetst op hun zakelijkheid. Hij gaat hierbij uit van de dubbele zakelijkheidstoets zoals die ook in hoofdstuk drie aan de orde is gekomen. Wattel richt zich hier op de kapitaalstorting in A Ltd. en de terugbetaling van de lening van de Duitse dochtervennootschap aan belanghebbende. Hij concludeert hierbij dat de kapitaalstorting een overwegend zakelijk karakter heeft. Hij acht dat het voorkomen van onderkapitalisatie volgens de Duitse wetgeving een valide argument is. Hij stelt hierbij dat de kapitaalstorting niet overwegend tot doel had de Nederlandse belastinggrondslag uit te hollen. Wattel heeft wel problemen met de motivatie over de zakelijke overwegingen die ten grondslag zouden liggen aan de verstrekte lening van A Ltd. Als argument draagt hij hierbij aan, dat het oordeel dat de belanghebbende ook ter zake van de reeds extern door haar ingeleende en doorgestorte 9.203.254 euro een reële financieringsbehoefte had, onbegrijpelijk is. Het totale bedrag van 41.286.710 euro was weliswaar noodzakelijk, maar het Hof lijkt volgens hem vergeten te zijn dat belanghebbende extern nog eens zo'n 11 miljoen euro heeft 'bijgeleend'. Op dezelfde dag waarop de Duitse dochter het bedrag van 41.286.710 euro ontving, loste zij 9.203.254 euro af. Daaruit zou kunnen volgen dat de financieringsbehoefte van de Duitse dochtervennootschap na de externe doorgeleende lening van belanghebbende dus slechts 32.083.456 euro bedroeg. Als tegenargument geeft Wattel zelf aan dat indien direct een bedrag van slechts 32.083.456 euro binnen de groep zou zijn doorgeleend, er geen 10a-probleem zou zijn ontstaan. De rente over het bedrag van 9.203.254 euro was dan gewoon aftrekbaar, omdat deze afkomstig was van een derde en noodzakelijk om de acquisitie te kunnen financieren. De zakelijkheid zou dan echter moeilijker aan te tonen zijn, omdat onbelaste deelnemingsvoordelen tegenover aftrekbare financieringslasten zouden hebben gestaan. Erosie van de belastinggrondslag is dan niet aan de orde. Verder beargumenteerd Wattel dat het Hof bij het vaststellen van zijn oordeel voorbij is gegaan aan het feit dat de op concernniveau extern opgenomen lening niet uitsluitend door middel van intra-concern doorleningen bij de belanghebbende is terechtgekomen. Er zat per slot van rekening een kapitaalstorting tussen. Wattel suggereert dat de belastingdienst aannemelijk moet maken dat de aanvankelijke externe lening is vervangen door de gelieerde lening. In dat geval bestaat er namelijk een artikel 10a-verband tussen de storting in de Duitse dochter en de opname van de gelieerde lening, waardoor renteaftrek dan op grond van dit artikel is uitgesloten. Er moet volgens hem in ieder geval worden geconcludeerd dat niet kan worden vastgesteld dat het verband ontbreekt. Een nieuw feitelijk onderzoek is naar zijn mening noodzakelijk.

³⁴ VN 2011/3.19

4.4 Mijn zienswijze

Zoals is gebleken uit de omschrijving in hoofdstuk drie bestaat de zakelijkheidstoets uit een dubbele eis. Zowel de rechtshandeling als de schuld dient zakelijk te zijn. Ik zal me in eerste instantie richten op de schuld.

4.4.1 De financiering

De schuld ofwel financiering kan als zakelijk worden bestempeld indien die op geen andere wijze kan geschieden dan met behulp van vreemd vermogen. Zoals genoteerd door de redactie van V-N in haar noot³⁵: als er binnen de groep eigen vermogen aanwezig is, dan moet dit voor de financiering worden ingezet en doet men dat niet, dan is de rente in zoverre niet aftrekbaar. Dat wil zeggen: in principe moet dit eigen vermogen eerst worden ingezet. Er kunnen echter uitzonderingen zijn, waarbij zakelijke gronden aangevoerd kunnen worden om extern te lenen.

4.4.1.1 Reële financieringsbehoefte

In de eerste plaats overweegt het Hof dat belanghebbende in casu aannemelijk heeft gemaakt dat de geldlening zakelijk is, aangezien er sprake is van een reële financieringsbehoefte. Het Hof acht het blijkbaar voldoende dat de lening daadwerkelijk is gebruikt om de A-groep over te nemen. Wattel stelt dat de reële financieringsbehoefte helemaal niet zo groot was als belanghebbende deed voorkomen. Zij verkrijgt naast de interne lening op dezelfde dag ook nog een lening van de bank ter waarde van 9.203.254 euro. Hierdoor is de financieringsbehoefte met eenzelfde bedrag afgenomen. Ik ben het met Wattel eens dat zonder uitleg en onderzoek niet zomaar gesteld kan worden dat er sprake is van een reële financieringsbehoefte. Het is naar mijn mening op zijn minst merkwaardig dat er op dezelfde dag door belanghebbende een interne lening wordt verkregen die met behulp van een externe lening wordt afgelost. De vraag die bij mij opkomt is of deze hogere interne lening om belastingbesparende redenen zo hoog is. Daarbij neem ik de kapitaalstoring in A Ltd. in ogenschouw (waarover later meer). Er heerst bij mij dus een twijfel omtrent de vraag of er wel zo'n grote financieringsbehoefte was.

4.4.1.2 Onzakelijke omleiding

Zelfs indien belanghebbende kan aantonen dat dit toch echt het geval is, kan niet direct gesteld worden dat de zakelijkheid van de lening is aangetoond. Uit de antiwinstdrainagejurisprudentie volgt dat ondanks het feit dat een reële financieringsbehoefte zich voordoet, de rente nog in aftrek beperkt kan worden indien er sprake is van een onzakelijke omleiding. In de jurisprudentie is een onderscheid gemaakt tussen zaken betreffende interne en externe acquisities. Een voorbeeld van een casus aangaande interne acquisities is BNB 1996/4 (zie hoofdstuk 2). De Hoge Raad bepaalde in dit arrest

³⁵ Behorende bij VN 2010/6.26

dat ‘de omstandigheid dat een samenstel van rechtshandelingen, in zijn geheel bezien, strekt ter verwezenlijking van zakelijk gefundeerde doeleinden, niet uitsluit dat daarin rechtshandelingen zijn begrepen die voor het bereiken van die doeleinden niet noodzakelijk zijn en die – indien zij voor de heffing van de vennootschapsbelasting zouden worden aanvaard – zouden leiden tot een willekeurige en voortdurende verijdeling van deze heffing’. In BNB 2005/169, een arrest betreffende een externe acquisitie, is echter besloten dat, indien de rechtshandeling zakelijk is, de zakelijkheid van de daarmee samenhangende lening is gegeven. In casu is sprake van een externe acquisitie en dus lijkt het voor de hand te liggen het laatste arrest te volgen.

Door de Staatssecretaris is echter afstand genomen van dit arrest. Ook Wattel veronderstelt in zijn conclusie dat uit de totstandkomingsgeschiedenis valt op te maken dat als een besmette rechtshandeling of geldlening zakelijk is, zulks niet automatisch betekent dat ook de daarmee verband houdende geldlening respectievelijk besmette rechtshandeling zakelijk is. In dit oude arrest was artikel 10a Wet Vpb nog niet geïntroduceerd. Nu wordt dit onderscheid in de wettekst dienovereenkomstig nadrukkelijk benoemd. Ik kan dan ook niet anders dan me hier bij aansluiten. Mijns inziens moet dit onderscheid gemaakt worden en kan de Hoge Raad zich niet beroepen op dit oude arrest. Dit lijkt ook logisch aangezien het anders een zinloze bepaling in de wet is die niet in overeenstemming zou zijn met de bedoeling van de wetgever.³⁶ Er wordt niet voor niets geëist dat zowel de geldlening als de rechtshandeling zakelijk is. De enkelsporige zienswijze in de conclusie van de Hoge Raad in BNB 2005/169 gaat volgens mij dan ook niet op. Dit wordt bovendien bevestigd in VN 2011/14.13.

Bovendien ontstaat het geschilpunt pas op het moment dat er iets gebeurt in de omstandigheden rondom de interne lening en dus zou het eerste arrest ook heel goed van belang kunnen zijn. De vraag is of de rechtshandeling wel zakelijk is. Er moet dus teruggepakt worden op het eerste arrest. Het feit dat alle rechtshandelingen samen leiden tot een realisering van zakelijke doeleinden kunnen niet voorkomen dat individuele rechtshandelingen niet zakelijk zijn en dus renteaftrek geweigerd kan worden.

4.4.1.3 Paralliteit

De tweede reden die het Hof in ogenschouw neemt is dat de interne geldlening uiteindelijk causaal verbonden is met een op concernniveau extern opgenomen lening en dus de zakelijkheid aangenomen wordt. Hierbij baseert het Hof zich op BNB 1996/6. De staatssecretaris heeft op een dergelijke situatie bevestigend beantwoord met dit verschil dat er uitdrukkelijk gehamerd is op de vereiste paralliteit. Een voorbeeld dat niet wordt geaccepteerd is het geval waarin de crediteur van een geldlening ter financiering van een acquisitie is gevestigd in een taxhaven en deze het daarvoor aangewende eigen vermogen met het oog op die financiering heeft verkregen van een (al dan niet buitenlandse)

³⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3, p. 19-21. Hier wordt uitdrukkelijk verwezen naar zowel de rechtshandeling als de schuld.

groepsmaatschappij. In principe is in dergelijke gevallen sprake van een onzakelijke omleiding van de ter financiering benodigde geldstroom. Daarvan kan ook sprake zijn als het door de maatschappij in de taxhavens verkregen eigen vermogen uiteindelijk door de groep extern is ingeleend.

Naar mijn mening heeft het Hof Arnhem dan ook een belangrijk punt uit het oog verloren. De financiering is weliswaar tot stand gekomen met een op concernniveau externe lening, aan de vereiste parallelliteit is daarentegen volgens mij niet voldaan. De voorwaarden tussen de lening en de kapitaalstorting in A Ltd. zijn niet gelijk. De lening is bij belanghebbende terecht gekomen via het doorlenen van een kapitaalstorting van X Euro Ltd. in A Ltd.. Het lijkt mij dat deze constructie via A Ltd. niet berust op zakelijke gronden. Via X Euro Ltd. had het kapitaal ook gestort kunnen worden in belanghebbende, die het dan vervolgens op dezelfde wijze als in casu weer had kunnen doorlenen aan onder andere de Duitse dochter. Mocht deze omleiding echter goedgekeurd worden door de Hoge Raad, dan kan belanghebbende de rente aftrekken, terwijl in Ierland geen belasting hoeft te worden betaald aangezien zij geen at arm's length beginsel kennen. Wat mij betreft zou belanghebbende de zakelijkheid van deze transactie dus moeten aantonen.

Zoals Wattel ook stelt kan BNB 2005/169 niet zomaar toegepast worden. Als dit arrest toegepast zou worden op deze casus, zou dat betekenen dat Holdings Plc geld zou uitlenen aan de Duitse dochter, die daarmee de aandelen in de geacquireerde vennootschap verwerft. De hele schakel met belanghebbende zou in dat geval ontbreken. Het oordeel dat de zakelijkheid van die geldlening is gegeven, indien een vennootschap een externe acquisitie doet en daarvoor een geldlening aangaat bij een verbonden lichaam, lijkt hier niet zonder meer toepasbaar te zijn. De zakelijkheid van de geldlening van A Ltd. is gegeven zakelijk indien de belanghebbende met die lening extern zou hebben gekocht. Dat is in deze casus niet het geval, zij heeft namelijk een deel doorgeleend en een deel als kapitaal gestort in de Duitse dochtervennootschap. Hetgeen deze dochtervennootschap met de kapitaalstorting doet, kan volgens Wattel niet zomaar maken dat de lening tot financiering van die storting zakelijk wordt.

Uit de casus kan opgemaakt worden dat belanghebbende geen eigen vermogen had om de acquisitie te kunnen voltooien. In de noot behorende bij dit arrest wordt gesteld dat als alleen hiernaar wordt gekeken er inderdaad een zakelijke reden is voor de financiering. Er wordt dan door alle transacties binnen het concern heen gekeken. Zoals ik eerder heb geschreven lijkt mij het hele doorkijk-principe hier niet van toepassing aangezien de benodigde parallelliteit ontbreekt. Op grond hiervan zou dus niet alleen gekeken moeten worden naar de 'hoofd-vennootschap' en de lening van de bank en gaat dit argument niet op. Sowieso heb ik moeite met deze beredenering. In dat geval zou elke interne lening de zakelijke status kunnen verkrijgen indien er uiteindelijk maar extern is ingeleend. Wat is dan nog het nut van dit artikel? Ik geloof dan ook niet dat dit de bedoeling van de wet(gever) is. In de memorie van toelichting³⁷ staat dat het complex van rechtshandelingen in overwegende mate zakelijk

³⁷ Kamerstukken II 1995/96 24696 nr. 3 pag. 20

moeten zijn. Dit betekent volgens mij dat zowel alle individuele rechtshandelingen zakelijk moeten zijn als de overall rechtshandeling. Hierin staat ook dat het zakelijk is als een lichaam leent van een verbonden lichaam, terwijl dat verbonden lichaam op zijn beurt leent van een derde. Feitelijk is de lening alsdan aangegaan jegens een derde. Dan moeten de voorwaarden echter wel gelijk zijn! Het is anders niet vol te houden dat het gaat om één geheel van rechtshandelingen. Tijdens de zitting voor de rechtbank heeft belanghebbende desgevraagd verklaard dat aan deze paralleliteit niet is voldaan.

Het moge duidelijk zijn dat beleid, wetsgeschiedenis en de letterlijke tekst van de wet de rechter niet hoeven te binden. Maar aangezien een dergelijke notitie door de Hoge Raad in 1996/4 is gegeven zal naar mijn verwachting dat de Hoge Raad de omleiding via de kapitaalstorting in A niet zal accepteren.

4.4.2 De rechtshandeling

De rechtshandeling in kwestie heeft ervoor gezorgd dat de Duitse dochter voldoet aan de in Duitsland geldende wet- en regelgeving met betrekking tot de verhouding tussen vreemd en eigen vermogen. Het Hof overweegt dat rechtshandelingen die maken dat wordt voldaan aan (buitenlandse) wet- of regelgeving in beginsel als zakelijke kunnen worden aangemerkt.

In dit geval gaat het echter om thincapitalisation wetgeving. De in Duitsland nieuw overgenomen vennootschap moest een bepaalde verhouding hebben tussen vreemd en eigen vermogen en dreigde die verhouding niet te behalen. De vraag is echter in hoeverre dit een risico voor het bedrijf zou zijn. De kans bestond dat niet alle rente afgetrokken kon worden, doordat de vereiste verhouding niet was behaald. Mij lijkt dit geen zakelijke reden, maar een redenering gebaseerd op belastingbesparende motieven. Dit argument lijkt me daarom ook niet valide om de zakelijkheid aan te tonen.

Wattel stelt dat geen andere conclusie kan worden getrokken dan dat die kapitaalstorting niet in overwegende mate gericht was op of tot effect had dat de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag uitgehold werd. Ik begrijp echter niet hoe het één en ander met elkaar rijmt. Zakelijke gronden zijn vereist om renteaftrek toe te passen. Als deze beredenering wordt gevolgd kan renteaftrek altijd plaats vinden als er maar een grondslagerosie van een ander land dreigt. In de wet staat dat renteaftrek toegestaan is indien hier zakelijke gronden voor aan te dragen zijn. De mogelijke erosie van de Nederlandse grondslag is de reden waarom de wet is ingevoerd, maar niet hetgeen waaraan getoetst moet worden. Ook hier zou anders weer gelden: als er maar ergens een zakelijke grond is, is de hele doorleensituatie geoorloofd. Dat is een standpunt dat naar mijn mening niet gevolgd dient te worden, aangezien dit naar mijn mening niet strookt met de bedoeling van de wet.

4.5 De houdbaarheid van artikel 10a Wet Vpb

Ik heb ernstige twijfels bij de houdbaarheid van artikel 10a Wet Vpb indien de Hoge Raad de visie van het Hof volgt. Feitelijk kan belastingplichtige tegen iedere besmette transactie tegenbewijs opvoeren. Op basis van de Hofuitspraak zou geconcludeerd kunnen worden dat zodra er ergens in het geheel van rechtshandelingen extern wordt ingeleend, de zakelijkheid is aangetoond.

Artikel 10a Wet Vpb is een antimisbruikbepaling ingevoerd om de antiwinstdrainage arresten gewezen met *fraus legis* te codificeren en aan te scherpen. Mocht belanghebbende echter daadwerkelijk in het gelijk worden gesteld dan zijn we naar mijn mening terug bij af. Het artikel zal een ongewenste dode letter in de wet vormen. Ondernemers binnen de vennootschapsbelasting krijgen een troef in handen om belasting te besparen.

5. Samenvatting en conclusie

In deze thesis komt de problematiek omtrent de zakelijkheidstoets van artikel 10a Wet Vpb aan bod. Dit artikel is gebaseerd op oude jurisprudentie en ingevoerd als hulpmiddel om winstdrainage tegen te gaan. Het beperkt de renteaftrek indien een belastingplichtige een lening krijgt van een verbonden lichaam en daarmee een zogenaamde besmette rechtshandeling verricht. Als de belastingplichtige echter kan aantonen dat zowel de rechtshandeling als de schuld zakelijk is, dan is renteaftrek alsnog toegestaan op basis van lid 3a van ditzelfde artikel.

Na de invoering van dit artikel is de rechtspraak omtrent dit onderwerp echter niet opgehouden te bestaan. In deze thesis zal één casus, gewezen in Hof Arnhem op 1 december 2009 (VN 2010/6.26), behandeld worden. Na aanleiding van deze hofuitspraak is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

Welke invloed heeft de uitspraak van Hof Arnhem van 1 december 2009 op het behoud van artikel 10a Wet Vpb?

Deze uitspraak heeft een hoop stof doen opwaaien. Gezien de maximale omvang van deze thesis heb ik mij beperkt tot hetgeen er is geconcludeerd over de tegenbewijsregeling van lid 3 van artikel 10a Wet Vpb.

De tegenbewijsregeling is een versoepeling van het artikel. Hierin staat onder andere dat de rente in gevallen van lid 1 niettemin aftrekbaar is indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat:

aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (art. 10a Wet Vpb, lid 3, onderdeel a)

De belastingplichtige dient dus aannemelijk te maken dat aan zowel de geldlening als aan de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke motieven ten grondslag liggen. In de literatuur wordt dit dan ook een dubbele zakelijkheidstoets genoemd. Er kan worden gesteld dat zakelijke gronden, alle niet-fiscale beweegredenen zijn. De kosten van fiscaal voordelige schuldentransacties kunnen derhalve alleen in aftrek worden genomen indien een niet-fiscaal motief doorslaggevend is geweest voor het besluit. Dit kan worden afgeleid uit de woorden ‘in overwegende mate’.

Verder moet er voldoende parallelliteit bestaan tussen de externe lening die een verbonden lichaam heeft afgesloten en de lening die belastingplichtige van dit lichaam heeft afgesloten. Alleen dan is voldaan aan het vereiste tegenbewijs.

In de eerste plaats overweegt het Hof dat belanghebbende in casu aannemelijk heeft gemaakt dat de geldlening zakelijk is, aangezien er sprake is van een reële financieringsbehoefte. Wattel stelt dat de reële financieringsbehoefte helemaal niet zo groot was als belanghebbende deed voorkomen. Ik sluit me hierbij aan, aangezien het naar mijn mening op z'n minst merkwaardig is dat er op dezelfde dag

door belanghebbende een interne lening wordt verkregen die met behulp van een externe lening wordt afgelost.

Hoe dan ook, belanghebbende moet ook nog kunnen aantonen dat de zakelijkheid van de lening is gewaarborgd. Uit de antiwinstdrainagejurisprudentie volgt namelijk dat ondanks het feit dat een reële financieringsbehoefte zich voordoet, de rente nog in aftrek beperkt kan worden indien er sprake is van een onzakelijke omleiding.

De tweede reden die het Hof in ogenschouw neemt is dat de interne geldlening uiteindelijk causaal verbonden is met een op concernniveau extern opgenomen lening en dus de zakelijkheid aangenomen wordt. Hierbij baseert het Hof zich op BNB 1996/6. De staatssecretaris is het met deze beredenering eens, maar hamert nog eens uitdrukkelijk dat er sprake moet zijn van paralleliteit.

Naar mijn mening heeft het Hof Arnhem in dit arrest dan ook een belangrijk punt uit het oog verloren. De financiering is weliswaar tot stand gekomen met een op concernniveau externe lening, aan de vereiste paralleliteit is daarentegen volgens mij niet voldaan. De voorwaarden tussen de lening en de kapitaalstorting in A Ltd. zijn niet gelijk. Vandaar dat er hier geen sprake kan zijn van het ‘doorkijk-principe’ aangezien de benodigde paralleliteit ontbreekt.

Bovendien heb ik moeite met deze beredenering aangezien in dat geval van elke interne lening de zakelijkheid kan worden aangetoond indien er uiteindelijk maar extern is ingeleend. Wat is dan nog het nut van dit artikel? Ik geloof dan ook niet dat dit de bedoeling van de wet(gever) is.

Maar ook de behandeling van de rechtshandeling komt mij soms wat vreemd voor. Volgens het Hof is de rechtshandeling in kwestie ontstaan op basis van zakelijke gronden, aangezien op deze manier werd voldaan aan de in Duitsland geldende wet- en regelgeving met betrekking tot de verhouding tussen vreemd en eigen vermogen. Wattel stelt dat geen andere conclusie kan worden getrokken dan dat die kapitaalstorting niet in overwegende mate gericht was op of tot effect had dat de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag uitgehold werd en dat de rechtshandeling daardoor inderdaad als zakelijk geëtiketteerd kan worden. Ik begrijp echter niet hoe het één en ander met elkaar rijmt. Zakelijke gronden zijn vereist om renteaftrek toe te passen. Als deze beredenering wordt gevolgd kan renteaftrek altijd plaats vinden als er maar een grondslagerosie van een ander land dreigt. In de wet staat dat renteaftrek toegestaan is indien hier zakelijke gronden voor aan te dragen zijn. De mogelijke erosie van de Nederlandse grondslag is de reden waarom de wet is ingevoerd, maar niet hetgeen waaraan getoetst moet worden. Ook hier zou anders weer gelden: als er maar ergens een zakelijke grond is, is de hele doorleensituatie geoorloofd. Dat is een standpunt dat naar mijn mening niet gevolgd dient te worden, aangezien dit naar mijn mening niet strookt met de bedoeling van de wet.

Ik denk en hoop dus dat de Hoge Raad de uitspraak van het Hof niet zonder meer zal volgen. Mocht dat echter wel het geval zijn dan vrees ik voor het einde van dit artikel, daar de zakelijkheid van zowel de schuld als de rechtshandeling op gemakkelijke wijze in bijna iedere situatie aangetoond zal kunnen worden. Met smart wacht ik daarom het laatste oordeel af!

Literatuuroverzicht

- L.A. de Blicq e.a. *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2009
- J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2009
- E.J.W. Heithuis, *Compendium van de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2009
- O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Deventer: Kluwer 2008
- J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2007
- S.A.W.J. Strik en N.H. de Vries, *Cursus belastingrecht vennootschapsbelasting studenteneditie 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2009
- J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009
- J.H.M. Arts, 'Het belang van het motief van een lening voor de vennootschapsbelasting', *Weekblad Fiscaal Recht* 2009, p. 921-925
- J. Doornebal, 'De opmars van het zakelijkheidscriterium', *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht* 2001, p.153-175
- A. Kruiswijk, 'De winstdrainageregelingen en het leerstuk van de wetsontduiking', *Weekblad Fiscaal Recht*, 2002, p. 1501
- O.C.R. Marres, 'Fraus legis blijft een krachtig wapen tegen winstdrainage', *Weekblad Fiscaal Recht* 2008, p.1431-1438
- G.H. de Soeten, 'Winstdrainage en fraus legis', *Weekblad Fiscaal Recht* 2003, p. 256
- G.H. de Soeten, 'Winstdrainage na 1 januari 2007', *Weekblad Fiscaal Recht* 2007, p. 459-464
- R.J. de Vries, 'Kwaliteit van fiscale rechtsvinding en fiscale regelgeving', *Weekblad Fiscaal Recht* 2010, p. 114-123
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 8 april 2004, nr. CPP2004/545M, gepubliceerd in FED Fiscaal Weekblad 2004/252

Jurisprudentieregister

VN 2010/6.26

VN 2011/3.19

BNB 1989/217

BNB 1990/293

BNB 1991/255

BNB 1993/194-197

BNB 1994/87

BNB 1996/3-6

BNB 2005/169

BNB 2006/90

BNB 1990/293