

Het Hunkemöller-arrest

Prof. dr. Q.W.J.C.H. Kok, datum 06-09-2021

Datum

06-09-2021

Auteur

Prof. dr. Q.W.J.C.H. Kok^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS287388:1

Vakgebied(en)

Vennootschapsbelasting / Winstbepaling

Fiscaal bestuursrecht / Fraus legis en richtige heffing

Op 16 juli 2021 is het langverwachte arrest in de Hunkemöller-zaak geweest. Dit arrest, waarin de Hoge Raad op grond van het leerstuk van fraus legis renteaftrek weigert in een private equity-structuur, is belangwekkend. In deze bijdrage gaat de auteur in op het arrest en wordt geprobeerd het arrest te plaatsen in het landschap van de renteaftrekbeperkingsarresten van de afgelopen decennia. Hij komt tot de conclusie dat het arrest zich moeilijk laat plaatsen in dat landschap, maar dat dat niet onmogelijk is.

1 Inleiding

Op vrijdag 16 juli 2021 is het langverwachte arrest in de zogenoemde Hunkemöller-zaak geweest.^[2] Hoewel er in deze zaak meer elementen aan de orde komen dan alleen de renteaftrek^[3], ga ik hieronder alleen op de renteaftrek in.^[4] De Hoge Raad weigert de renteaftrek in een private equity-structuur op basis van fraus legis. Het is een belangwekkend arrest. Het is, wat mij betreft, ook een verrassend arrest, in die zin dat het zich niet heel makkelijk laat plaatsen in de renteaftrekjurisprudentie van de afgelopen decennia. In onderdeel 2 benoem ik kort de relevante feiten. Het oordeel van de Hoge Raad wordt in onderdeel 3 geanalyseerd, met name in het licht van eerdere jurisprudentie over renteaftrek in de vennootschapsbelasting. In onderdeel 4 vat ik de belangrijkste conclusies samen en maak ik nog een enkele additionele opmerking. Deze bijdrage besluit ik in onderdeel 5 met een kort slotwoord.

2 Gesimplificeerde feiten en oordeel Hoge Raad

Voor zover voor het fraus legis element van het arrest relevant, was de casus *gesimplificeerd* als volgt:

- een viertal Franse investeringsfondsen, FCPR's (naar Nederlands fiscaal recht non-transparant en naar Frans fiscaal recht transparant en daar dus niet belast), houden de lidmaatschapsrechten in Belanghebbende (een coöperatie^[5]);^[6]
- de FCPR's worden gemanaged door een centrale beheerder;
- de FCPR's waren geen van alle verbonden met Belanghebbende;^[7]
- de beheerder van de FCPR's heeft (in het belang van de investeringsfondsen) een bod uitgebracht op de aandelen Target (een BV);
- nadat het bod was geaccepteerd en een koopovereenkomst tot stand was gebracht, was Belanghebbende opgericht en heeft de beheerder het recht om de aandelen Target te verkrijgen, overgedragen aan Belanghebbende;
- de FCPR's beschikken over eigen vermogen;
- de FCPR's hebben, naast eigen vermogen, een convertible-lening (naar Nederlandse maatstaven vreemd vermogen) verstrekt aan Belanghebbende;^[8]
- met de aldus verkregen middelen heeft Belanghebbende de aandelen Target gekocht;^[9]
- daarna wordt een fiscale eenheid gevormd tussen Belanghebbende en Target.

De vraag was of de rente op de convertible-lening aftrekbaar was. De Hoge Raad oordeelt dat de rente niet aftrekbaar is op grond van fraus legis. In dit verband moet worden opgemerkt dat er sprake is van strijd met doel en strekking van art. 8 Wet

VPB 1969 (het winstbegrip) en niet met doel en strekking van art. 10a: het is dus bijvoorbeeld niet zo dat het arrest stoelt op de gedachte dat op basis van doel en strekking van art. 10a de FCPR's toch als verbonden met Belanghebbende worden beschouwd.^[10]

Voor toepassing van *fraus legis* dient aan twee vereisten te worden voldaan: (i) het motiefvereiste en (ii) het normvereiste. Aan het motiefvereiste is voldaan als transacties worden uitgevoerd met als doorslaggevend motief het vermijden van belasting. Het is op zich begrijpelijk dat wordt geoordeeld dat aan dit vereiste kan worden voldaan ook al is het einddoel, een externe acquisitie, zakelijk.^[11] Ik ga daar niet verder op in, maar het oordeel dat bij de keuze voor de vormgeving van de structuur het fiscale voordeel van de renteaftrek doorslaggevend was, vind ik geen vreemd oordeel.

Volgens de Hoge Raad wordt ook voldaan aan het normvereiste. Bij het normvereiste gaat het om de vraag of in strijd wordt gekomen met doel en strekking van de wet. Die vraag beantwoordt de Hoge Raad in 4.2.8 bevestigend:

“4.2.8 Gelet op hetgeen hiervoor^[12] (...) is overwogen, leidt het in aftrek toelaten van de rente die belanghebbende op de convertible instruments is verschuldigd 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, geeft dus niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het overige is dit oordeel niet onbegrijpelijk en is het voldoende gemotiveerd.”

3 De beslissing van de Hoge Raad in relatie tot eerdere jurisprudentie

3.1 Algemeen

Het lijkt er op het eerste gezicht op dat de Hoge Raad acht elementen van belang vindt om te komen tot het oordeel dat is voldaan aan het motiefvereiste en het normvereiste. In de volgende onderdelen bespreek ik die elementen in het licht van eerdere jurisprudentie over renteaftrek in de vennootschapsbelasting. De elementen zijn:

1. het feit dat er op het niveau van de FCPR's eigen vermogen beschikbaar was voor de acquisitie;^[13]
2. het feit dat er geen wijziging is gebracht in de vermogenspositie van de FCPR's;^[14]
3. het feit dat er een lening is verstrekt door de FCPR's aan Belanghebbende, met als enige reden een fiscale reden;^[15]
4. het feit dat er een Nederlandse vennootschap (Belanghebbende) is gebruikt voor de aankoop in plaats van dat de fondsen zelf rechtstreeks Target hebben gekocht;^[16]
5. het feit dat de belastingheffing op een willekeurige en voortdurende wijze kan worden verijdeld;^[17]
6. het feit dat er een fiscale eenheid tot stand is gebracht tussen Belanghebbende en Target waardoor rentekosten van Belanghebbende en winsten van Target fiscaal bij elkaar worden gebracht;^[18]
7. het feit dat er bij de crediteuren (de FCPR's) niet werd geheven over de rentebate (vanwege de lokale transparantie van de FCPR's);^[19]
8. het feit dat de beheerder het recht om Target te verwerven had overgedragen aan de daartoe opgerichte Belanghebbende.^[20]

De eerste vijf elementen zijn deels overlappend en onderling samenhangend en zijn samen te vatten onder de term 'gekunsteld tot stand gebrachte rentelasten'. Bij het achtste element merk ik op dat dit aspect alleen ogenschijnlijk van belang lijkt. In r.o. 4.2.9 merkt de Hoge Raad namelijk op dat het gebruik van de term 'interne verhangings' door het Hof niets afdoet aan de juistheid van het oordeel van het Hof.^[21] Het lijkt me dat de Hoge Raad hiermee wil zeggen dat het niet relevant is of al dan niet sprake is van een 'interne verhangings', zulks in reactie op het in r.o. 4.2.1 (i) opgenomen standpunt van Belanghebbende dat niet sprake was van een 'interne verhangings'.

Hieronder behandel ik de voornoemde elementen, mede in het licht van de tot het Hunkemöller-arrest gewezen jurisprudentie over renteaftrek.^[22]

3.2 Ten aanzien van punt 1 t/m 5 (gekunsteld tot stand gebrachte rentelasten)

Ik zal hieronder de punten 1 t/m 5 in samenhang bespreken. Ik doe dat aan de hand van enkele thema's die in dit arrest en in eerdere renteaftrekjurisprudentie naar voren zijn gekomen.

3.2.1 Keuzevrijheid ten aanzien van concern opbouw

Het is vaste jurisprudentie dat belastingplichtigen en de concerns waarvan zij deel uitmaken in principe de vrijheid hebben zich in te richten zoals zij dat wensen. In dit verband kan uiteraard worden gewezen op het Italiaanse beursvennootschap-arrest.^[23] In dit arrest werd geoordeeld dat het door een concern inschakelen van een Nederlandse vennootschap — puur om fiscale redenen — om een (externe) overname te doen, niet onzakelijk is in de zin van art. 10a lid 3 Wet VPB 1969. Het concern in die zaak wilde een externe acquisitie doen en besloot een in het concern aanwezige Nederlandse vennootschap te gebruiken in de overnamestructuur om zo leverage in die vennootschap te introduceren. De Hoge Raad overwoog in r.o. 2.6.3:

“In de tweede plaats heeft een belastingplichtige, en in het onderhavige geval een concern, de vrijheid zijn economische belangen en (financiële) middelen onder te brengen in een in Nederland gevestigde vennootschap, ook al wordt die keuze bepaald door omstandigheden die zijn gelegen in de sfeer van de belastingheffing. Anders dan met betrekking tot de hiervoor vermelde inbreuk op de vrijheid van de belastingplichtige met betrekking tot de keuze van zijn financieringsstructuur, blijkt uit de parlementaire behandeling van artikel 10a van de Wet niet dat met de invoering van die bepaling beoogd is deze tweede vrijheid te beperken. Hierom moet ervan worden uitgegaan dat de omstandigheid dat de Nederlandse vennootschap door het concern om fiscale redenen is ingeschakeld, voor de in het kader van artikel 10a, lid 3, letter a, van de Wet plaats vindende beoordeling van de beweegredenen van de desbetreffende rechtshandeling en de geldlening niet van belang is.”

De eerste zin van dit citaat gaat over het doel en de strekking van de wet. Het doel en de strekking van de wet laat het om fiscale redenen inschakelen van een Nederlandse overnamevennootschap toe (het vervolg van het citaat maakt duidelijk dat art. 10a geen inbreuk maakt op deze keuzevrijheid die blijkens de eerste zin dus inherent is aan de wet en dus blijkbaar zit ‘ingebakken’ in art. 8 Wet VPB 1969). Het oordeel in het Hunkemöller-arrest laat zich in dit opzicht (het om fiscale redenen inschakelen van een Nederlandse overnamevennootschap) moeilijk rijmen met het Italiaanse beursvennootschap-arrest. Ik wijs er wel op dat in het Italiaanse beursvennootschap-arrest geen fiscale eenheid werd gevormd tussen de Nederlandse vennootschap en de target.

3.2.2 Financieringsvrijheid

Er bestaat ook de vrijheid ten aanzien van de wijze van financieren binnen concerns. Het is nu eenmaal een gegeven in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dat er een groot verschil bestaat tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Het om fiscale redenen kiezen voor vreemd vermogen, is op zich geen probleem. In het Mauritius-arrest^[24] (r.o. 3.1.3) en het Italiaanse beursvennootschap-arrest (r.o. 2.6.3) heeft de Hoge Raad overwogen, ook onder verwijzing naar het Redeemable Preferred Shares-arrest^[25], dat concerns keuzevrijheid hebben om concernvennootschappen met eigen vermogen of vreemd vermogen te financieren. In het Mauritius-arrest werd dit in r.o. 3.1.3 als volgt verwoord:

“Bij het onderzoek naar de beweegredenen is van belang dat in het systeem van de Wet besloten ligt dat een belastingplichtige keuzevrijheid heeft bij de vorm van financiering van een vennootschap waarin zij deelneemt (vgl. HR 2 februari 2014, nr. 12/03540, *BNB* 2014/79).”^[26]

In het Italiaanse beursvennootschap-arrest was de bewoording als volgt (r.o. 2.6.3):

“In de eerste plaats ligt in het systeem van de Wet besloten dat een belastingplichtige, in het onderhavige geval een concern, keuzevrijheid heeft bij de wijze van financiering van een vennootschap waarin hij deelneemt (vgl. HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, *BNB* 2014/79).”

De Hoge Raad heeft dit in het recente Triple Dip-arrest^[27] herhaald en hij heeft in dat arrest eveneens herhaald dat er keuzevrijheid is ten aanzien van de inrichting van het concern (zie r.o. 3.3.2 van het Triple Dip-arrest):^[28]

“In het systeem van de Wet ligt besloten dat de belastingplichtige keuzevrijheid heeft bij de vorm van financiering van een vennootschap waarin hij deelneemt. Eenzelfde vrijheid geldt voor de inrichting van een concern, dat wil zeggen dat geen bepaling van de Wet of een daaraan ten grondslag liggend beginsel normen behelst met betrekking tot de vraag op welke plaats binnen het concern werkzaamheden worden ondergebracht en op welke plaats houdster- en tussenhoudsteractiviteiten of financieringsactiviteiten worden uitgevoerd.”

Het Mauritius-arrest en het Italiaanse beursvennootschap-arrest zijn (net als het Triple Dip-arrest) 10a arresten, maar dat wil niet zeggen dat de citaten niet relevant zijn. De Hoge Raad zet in die arresten het systeem van de wet neer en gaat vervolgens in op de vraag in hoeverre art. 10a Wet VPB 1969 daar een inbreuk op maakt. Het Redeemable Preferred Shares-arrest waarnaar in het Mauritius-arrest en het Italiaanse beursvennootschap-arrest wordt verwezen, is wel een fraud legis-arrest.

3.2.3 Zakelijkheid financiering bij externe acquisitie

Voorts kan worden gewezen op HR *BNB* 2005/169.^[29] In dit arrest was sprake van een renteloze lening aan een Nederlandse BV die daarmee een externe acquisitie financierde. In Nederland werd op grond van het zakelijkheidsbeginsel

renteafrek in aanmerking genomen, maar bij de (Ierse) groepscrediteur leidde de lening niet tot heffing. Ik citeer r.o. 3.2:

“Indien, zoals in het onderhavige geval, een concern door middel van een Nederlandse (holding-)vennootschap van derden de aandelen in een vennootschap overneemt en die (holding-)vennootschap ter financiering daarvan een schuld aangaat, is het zakelijk karakter van die schuld gegeven, ook indien dit een rente loze schuld is aan een andere concern-vennootschap. Noch de omstandigheid dat het concern waartoe belanghebbende behoort voor de uit de onderhavige verwerving voortvloeiende financieringsbehoefte kon kiezen voor het daartoe aanwenden of aantrekken van eigen vermogen, zodat financiering met vreemd vermogen in die zin niet noodzakelijk was, noch de omstandigheid dat de fictieve rente in Ierland bij X-2 Plc niet als zodanig in de heffing is betrokken, wettigt elk op zichzelf of in combinatie de gevolgtrekking dat met de keuze welke in het onderhavige geval is gemaakt, is gehandeld in strijd met doel en strekking van de wet.”

Uit dit arrest zou men kunnen afleiden dat *fraus legis* bij externe acquisities eigenlijk niet aan de orde kan zijn.

Belanghebbende had zich in de Hunkemöller-zaak ook op dit standpunt gesteld, maar het Hof had overwogen (r.o. 4.22.19 uit diens uitspraak):

“Belanghebbende heeft tegengeworpen dat een met *fraus legis* te treffen normschending zich in het onderhavige geval niet voordoet, omdat de in geschil zijnde rentelast betrekking heeft op de financiering van een externe acquisitie: de verwerving van een groep die voorheen niet tot de groep behoorde waartoe belanghebbende behoort. Belanghebbende kan worden nagegeven dat de onder 4.22.14 vermelde jurisprudentie betrekking had op zogenoemde ‘verhangingen’, waarbij binnen een groep werd geschoven met een vennootschap en een rentelast werd gecreëerd. Deze beperking maakte aanvankelijk ook deel uit van de codificatie van die jurisprudentie met artikel 10a van de Wet. Echter met ingang van 2007 is de werkingssfeer van artikel 10a uitgebreid met rentelasten die betrekking hebben op externe acquisities (*Stb.* 2006, nr. 631). Mitsdien moet ervan worden uitgegaan dat het vrijdelen van belastingheffing door het creëren van een rentelast met als doorslaggevend oogmerk de vrijdeling van belastingheffing, welke last betrekking heeft op een externe acquisitie, eveneens onder de norm valt waarop de toepassing van *fraus legis* betrekking heeft. In dit opzicht acht het Hof het arrest HR 17 december 2004, nr. 39.080, *BNB* 2005/169, waarnaar belanghebbende heeft verwezen, niet meer relevant.”

Het gaat hier zowel om de beoordeling of sprake is van strijd met doel en strekking van art. 10a Wet VPB 1969 als om de beoordeling of sprake is van strijd met doel en strekking van art. 8 Wet VPB 1969.^[30] Dat de norm van art. 10a Wet VPB 1969 is veranderd door de opname van de externe acquisitie in diens ‘Tatbestand’ is logisch^[31], maar ik zie niet in waarom de norm van art. 8 Wet VPB 1969 daardoor is veranderd. Toen art. 10a er nog helemaal niet was, heeft de Hoge Raad *fraus legis* — wegens strijd met art. 8 Wet VPB 1969 — toegepast op schulden die ontstonden bij interne verhangingen (ook zakelijke), maar niet op schulden die ontstonden bij een externe acquisitie. Blijkbaar lag dat onderscheid besloten in de norm van art. 8 Wet VPB 1969. Dat in een andere (latere) bepaling (art. 10a Wet VPB 1969) dat onderscheid niet relevant wordt geacht, maakt niet dat de norm van art. 8 Wet VPB 1969 wijzigt. Overigens zij opgemerkt dat in deze zaak geen fiscale eenheid werd gevormd met de overgenomen vennootschap.

3.2.4 Wijziging samenstelling vermogen

De hierboven genoemde financieringsvrijheid zien we bijvoorbeeld ook terug in HR *BNB* 1989/217.^[32] Op dit uitgangspunt werd in het arrest echter een inbreuk gemaakt in de situatie waarin de belanghebbende van haar moedermaatschappij [A], tegen schuldigerkenning, een 100%-deelneming kocht [C] en vervolgens een fiscale eenheid aanging met die deelneming. Ik laat het hele relevante citaat volgen:

“4.3.2. In ’s Hof’s vaststellingen ligt besloten: dat de door belanghebbende en haar aandeelhoudster A in het onderhavige geval gevolgde constructie inhoudt dat het belang van A als houdster van alle aandelen in C is omgezet in een belang omvattende alle aandelen in belanghebbende alsmede een rentedragende geldlening ten laste van belanghebbende; dat deze omzetting echter geen wezenlijke verandering heeft gebracht in de vermogenspositie van C, noch in het belang of de zeggenschap van A in C, hetgeen inhoudt dat de door belanghebbende aan A verschuldigde lening niet ertoe strekte bij te dragen in de financiering van de onderneming van C en dat de daarop verschuldigde rente met de uitoefening van die onderneming geen verband hield; dat door de toepassing van artikel 15 van de Wet Vpb. ’69 die rente niettemin voor de heffing van de vennootschapsbelasting ten laste van de winst van C — waarin opgegaan G — zou komen.

4.3.3. Het als fiscaal toelaatbaar aanvaarden van een constructie als hiervoor onder 4.3.2 bedoeld zou — gelijk het Hof in zijn zesde rechtsoverweging met juistheid heeft geoordeeld — ertoe leiden dat een naamloze of besloten vennootschap naar willekeur aanzienlijke bedragen als rente ten laste van haar winst zou kunnen brengen en aldus de heffing van de vennootschapsbelasting geheel of gedeeltelijk zou kunnen vrijdelen door — desgewenst herhaaldelijk — zonder dat zulks betekenis zou hebben voor haar vermogenspositie dan wel voor de vermogenspositie of de zeggenschap van degenen bij wie het belang in haar berust, overeenkomstig bedoelde constructie te handelen.

Deze consequentie, die zou neerkomen op het aanvaarden van een rente-afrek waarvoor een toereikende rechtvaardiging niet valt aan te wijzen, is strijdig met doel en strekking van de Wet Vpb. ’69. Gelet op hetgeen onder 4.3.1 is overwogen, heeft de wetgever met de aldaar genoemde bepalingen niet beoogd een afrek te verlenen voor rente op geldleningen die

generlei functie hebben in het kader van de financiering van de door de betrokken vennootschap gedreven onderneming.”

Uit dit citaat is duidelijk dat de vermogenspositie van de uiteindelijke aandeelhouder (A) en van belanghebbende niet was gewijzigd omdat het een interne verhangingsbetreffend (de aandelen C werden verhangen van A naar de belanghebbende (een dochter van A)). De verwijzing in de eerste zin van r.o. 4.3.3 naar r.o. 4.3.2 is relevant omdat hieruit duidelijk wordt dat de nutteloosheid van de lening wordt veroorzaakt doordat het een interne verhangingsbetreffend. Met andere woorden, een lening gecreëerd in het kader van een interne verhangingsbetreffend was kunstmatig/nutteloos (of kan dat in ieder geval zijn), en men zou verwachten dat dat niet bij externe acquisities geldt. Ik citeer in dit verband Den Boer in zijn noot onder het arrest:

“Men zal het voorliggende arrest ongetwijfeld moeten beoordelen tegen de achtergrond van de stelling van de A-G, dat toepassing van richtige heffing of *fraus legis* slechts verantwoord is ‘in uitzonderlijke, althans uitzonderlijk zwaarwegende gevallen’. I.c. vermeldde de HR uitdrukkelijk een aantal omstandigheden die in die richting wezen. Het betrof een geval waarin, gezien vanuit het standpunt van de uiteindelijke aandeelhouder, interne verschuivingen hadden plaatsgevonden zonder veel economische realiteit en met grote fiscale gevolgen. Slechts in een zodanig sterk sprekend geval zal inbreuk mogen worden gemaakt op het principe dat ‘in het algemeen de Nederlandse rechtspraak inzake de fiscale benadering van handelsrechtelijke transacties nogal formeel (is), met voldoende respectering van de civielrechtelijke en boekhoudkundige realiteiten’ (citaat uit mijn annotatie bij HR 14 maart 1979, *BNB* 1979/153*). Een zelfde geest ademen de beide ‘geldzakarresten’ van 24 september 1980, *BNB* 1980/331* en *BNB* 1980/332*.

Dit houdt dan in dat het arrest zich niet uitstrekt tot gevallen waarin het niet gaat om interne verschuivingen, maar om de verwerving van activa, een onderneming of een aandelenpakket van derden. Verder zullen reële gevallen van interne reorganisatie (denk bijv. aan de in de Wet Bel. Rechtsv. gefaciliteerde transacties) onaangetast moeten blijven.”

In r.o. 4.2.6 van de Hunkemöller-zaak vermeldt de Hoge Raad dat Belanghebbende niet heeft bestreden de vaststelling van het Hof dat de aanwending van het voor de externe acquisitie beschikbare vermogen voor het verstrekken van een lening aan Belanghebbende geen wezenlijke wijziging in het vermogen van de FCPR's heeft gebracht.

“Het middelonderdeel bestrijdt niet de vaststelling van het Hof dat de aanwending van het voor de acquisitie van de [X]-groep beschikbare vermogen voor het verstrekken van leenvermogen aan belanghebbende, geen wezenlijke wijziging heeft gebracht in de vermogenspositie van de FCPR's. Het Hof heeft daarmee tot uitdrukking gebracht dat, behoudens het fiscale gevolg, geen economisch relevant verschil bestaat tussen enerzijds het middellijk 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 betoog van het vierde middelonderdeel richt zich uitsluitend op het door de FCPR's verwerven van het belang in de [X]-groep als zodanig.”

Ik richt eerst mijn aandacht op de eerste zin van r.o. 4.2.6. Ik weet niet wat Belanghebbende al dan niet (en op welke manier) heeft bestreden aangezien ik niet beschik over de processtukken, maar op het eerste gezicht zou men zeggen dat het vermogen^[33] van de FCPR's wel degelijk was gewijzigd: eerst beschikten de FCPR's over cash en na de transactie beschikten ze (indirect) over de aandelen Target. Als men de vraag of de samenstelling van het vermogen is gewijzigd ziet in het licht van HR *BNB* 1989/217 lijkt het dat bij een externe acquisitie het toch wel duidelijk is dat de samenstelling van het vermogen van de FCPR's was gewijzigd. De crux lijkt echter te liggen in de tweede zin van r.o. 4.2.6. De Hoge Raad geeft hier een uitleg aan de vaststelling van het Hof als vermeld in de eerste zin. Die tweede zin sluit echter eigenlijk alleen maar aan bij de eerste zin indien men een vergelijking maakt tussen enerzijds de samenstelling van het vermogen van de FCPR's in de *hypothetische* situatie dat de FCPR's zelf de Target hadden aangekocht of via met eigen vermogen gefinancierde tussenvennootschappen en anderzijds de samenstelling van het vermogen van de FCPR's na de *daadwerkelijke* transactie met de tussenschakeling van met vreemd vermogen gefinancierde tussenvennootschappen. Dat is dus een verschil met HR *BNB* 1989/217 waarin een vergelijking werd gemaakt tussen de *daadwerkelijke* situatie vóór de interne verhangingsbetreffend met de *daadwerkelijke* situatie na de interne verhangingsbetreffend.

Uitgaande van de toetsingsmaatstaf van de Hoge Raad (een hypothetische situatie vergelijken met de daadwerkelijke situatie) is het de vraag of en hoe het voor Belanghebbende mogelijk zou zijn geweest om aannemelijk te maken dat er gezien vanuit de samenstelling van het vermogen van de FCPR's een wijziging is opgetreden. Economisch en juridisch is er een verschil tussen eigen vermogen en vreemd vermogen, dus in principe maakt het verschil of een groepsmaatschappij (in casu Belanghebbende) volledig wordt gefinancierd met eigen vermogen of deels met eigen vermogen en deels met vreemd vermogen. Dit is echter anders als de groepsmaatschappij volledig in handen is van de leningverstrekker^[34] en de groepsmaatschappij geen andere schulden heeft. Dan maakt het voor de aandeelhouder^[35]/crediteur niet uit of er eigen vermogen of vreemd vermogen ter beschikking wordt gesteld. Indien de groepsmaatschappij wel andere schulden heeft, maakt de financieringsmix vanuit de aandeelhouder/crediteur wel uit, omdat het ter beschikking gestelde eigen vermogen achtergesteld is bij de schulden van de groepsmaatschappij, terwijl de leningen in principe op gelijke basis meedelen als de overige schulden van de groepsmaatschappij. Een eenvoudig voorbeeld:

Stel, dat een vennootschap door de aandeelhouder is gefinancierd met 200 eigen vermogen en dat de vennootschap 100

leningen heeft aangetrokken van derden. Indien het tot een faillissement van de vennootschap komt en de boedel 80 bedraagt, krijgen de leningverstrekkers 80 op hun vorderingen. De aandeelhouder krijgt niets. Stel nu dat dezelfde vennootschap door de aandeelhouder is gefinancierd met 100 eigen vermogen en dat de aandeelhouder ook een lening van 100 heeft verstrekt aan de vennootschap. Verder heeft de vennootschap 100 aan leningen aangetrokken van derden. Indien het tot een faillissement van de vennootschap komt en de boedel 80 bedraagt, krijgen de leningverstrekkers 80 op hun vorderingen. De aandeelhouder/crediteur krijgt hiervan (in zijn hoedanigheid van crediteur) 40 omdat hij 100 van het totaal aan vreemd vermogen ad 200 ter beschikking heeft gesteld.

In dit voorbeeld lijkt het mij dat vanuit de aandeelhouder/crediteur sprake is van een wijziging in de samenstelling van het vermogen wanneer de situatie dat hij de groepsmaatschappij met 100% eigen vermogen financiert wordt vergeleken met de situatie dat hij de groepsmaatschappij met 50% eigen vermogen en 50% vreemd vermogen financiert.

In dit voorbeeld werd er echter van uitgegaan dat de schulden van de groepsmaatschappij allemaal gelijk in rang waren. Als de door de derden verstrekte leningen voorrang hebben op de door de aandeelhouder/crediteur verstrekte leningen, is er voor de aandeelhouder/crediteur geen verschil tussen de situatie dat hij de groepsmaatschappij met 100% eigen vermogen financiert vergeleken met de situatie dat hij de groepsmaatschappij met 50% eigen vermogen en 50% vreemd vermogen financiert.

De vraag is dus hoe de feiten liggen in de Hunkemöller-zaak. Uit de door het Hof vastgestelde feiten (zie onderdeel 2.1 onder 10, 15 en 16 van de Hofuitspraak) blijkt dat de convertibles achtergesteld zijn bij de meeste schulden en voorrang hebben op het overgrote deel van de lidmaatschapsrechten^[36], en een gelijke rang hebben aan renteloze schulden van Belanghebbende en aan voornamelijk door het management gestort ledenkapitaal B. De renteloze schulden zijn bijna pro rata parte ter beschikking gesteld door de leden en het ledenkapitaal van het management is relatief laag. Er is dus wel een verschil tussen de hypothetische situatie dat de FCPR's Belanghebbende volledig met eigen vermogen zouden hebben gefinancierd en de daadwerkelijke wijze van financiering, maar dit verschil lijkt vrij klein te zijn. Of dit kleine verschil 'wezenlijk' zou zijn geweest en daarmee tot een ander oordeel zou hebben kunnen leiden, weten we niet. Als gezegd, de Hoge Raad heeft opgemerkt dat Belanghebbende niet heeft bestreden de vaststelling van het Hof dat de aanwending van voor de acquisitie beschikbare vermogen geen wezenlijke wijziging heeft gebracht in de vermogenspositie van de FCPR's, dus daarmee is de kous af.

De vraag laat zich nog stellen of het had uitgemaakt of de belastingplichtige geen lening had opgenomen bij een (directe of indirecte) aandeelhouder maar bij een andere groepsvennootschap. Ik zou dit toch wel een heel bijzonder resultaat vinden: dan zou een (directe of indirecte) moedermaatschappij die zelf met eigen vermogen is gefinancierd niet de vrijheid hebben een dochter met vreemd vermogen te financieren, terwijl een zusje van die dochter die vrijheid wel heeft. Het lijkt mij dat het niet mag uitmaken van welke plaats in de groep de lening wordt verstrekt, al was het maar omdat er bij de uiteindelijke aandeelhouder(s) ter zake van de samenstelling van zijn/hun vermogen geen verschil is tussen het zelf de lening verstrekken aan de overnamevennootschap of het storten van hun middelen in een financieringsvennootschap die de lening aan de overnamevennootschap verstrekt.^[37]

3.2.5 Omkating eigen vermogen in vreemd vermogen bij wie?

De FCPR's hadden eigen vermogen tot hun beschikking en hebben dat als vreemd vermogen ter beschikking gesteld aan Belanghebbende, waarbij de samenstelling van hun vermogen niet wijzigde. Waarom toetst de Hoge Raad op het niveau van de FCPR's? Hoewel het niet met zoveel woorden in het arrest staat, lijkt dat te volgen uit het feit dat de FCPR's naar Nederlandse maatstaven non-transparant waren.^[38] Als de FCPR's naar Nederlandse maatstaven wel transparant waren geweest, had het meer voor de hand gelegen de 'omkatingvraag' op het niveau van de achterliggende investeerders te toetsen (dat zullen waarschijnlijk institutionele investeerders zoals pensioenfondsen en dergelijke zijn geweest). In hoeverre op dat niveau eigen vermogen aanwezig was, is dus nog maar de vraag. Het is opmerkelijk dat de Nederlandse kwalificatie van de FCPR's op deze manier een rol kan spelen.

Een andere vraag is of het nu — los van het voorgaande punt — wel zo logisch is de 'omkating' van eigen vermogen naar vreemd vermogen op het niveau van de FCPR's een rol te laten spelen bij de fiscale behandeling in Nederland. De FCPR's waren immers niet verbonden met Belanghebbende. Zou de Hoge Raad tot hetzelfde oordeel zijn gekomen indien er bijvoorbeeld 25 niet-gelieerde investeerders waren geweest die zelf volledig met eigen vermogen waren gefinancierd en elk in de verhouding 50/50 eigen vermogen en vreemd vermogen ter beschikking zouden hebben gesteld aan Belanghebbende? Ik lees niet in het arrest dat de grootte van het belang van de aandeelhouder/crediteur relevant is, dus ik denk dat het oordeel hetzelfde zou zijn geweest, maar het is wel opmerkelijk dat de fiscale behandeling van in dusdanige mate niet-verbonden partijen relevant zou kunnen zijn voor de fiscale behandeling van rentekosten in Nederland.

3.2.6 Willekeurig en voortdurend vrijdelen van belastingheffing

De term 'willekeurige en voortdurende vrijdeling van belastingheffing' komen we al tegen in eerdere fraus legis jurisprudentie met betrekking tot renteaftrek. In HR *BNB* 1996/4^[39] oordeelde de Hoge Raad:

“De omstandigheid dat een samenstel van rechtshandelingen, in zijn geheel bezien, strekt ter verwezenlijking van zakelijk gefundeerde doeleinden, sluit niet uit 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.”

Dit arrest betrof een zakelijke interne verhangning. Men zou kunnen menen dat dat in de weg staat aan het oordeel dat sprake was van een willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing. Immers, men kan niet blijven verhangen onder het mom van zakelijkheid. In de woorden van Marres: “Een zakelijke herstructurering is per definitie niet willekeurig en als de handeling al bij voortdurende herhaald kan worden, dan niet zonder verlies van de zakelijkheid ervan.”^[40] Toch vond de Hoge Raad dat er bij een zakelijke interne verhangning (tegen een schuld) sprake kan zijn van een willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing. Alsdan is theoretisch ook mogelijk dat bij een externe acquisitie sprake is van een willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing.^[41] zij het uiteraard dat dit zich slecht verhoudt met het hierboven genoemde arrest HR *BNB* 2005/169.^[42] Misschien vindt de Hoge Raad hier nog van belang dat het businessmodel van private equity fondsen het aan- en verkopen van ondernemingen is en dat dat de willekeurige en voortdurende verijdeling van belastingheffing mogelijk maakt: vandaag verijdelen ze de belastingheffing bij Target X, morgen bij Target Y en overmorgen bij Target Z. Ik acht het niet heel waarschijnlijk dat dit de gedachte van de Hoge Raad is, maar wijs er wel op dat de Hoge Raad in r.o. 4.2.7 wel expliciet melding maakt van “het streven om op termijn door aan- en verkoop van ondernemingen vermogenswinsten te behalen”.

3.3 Ten aanzien van punt 6 (vorming fiscale eenheid)

In HR *BNB* 1989/217 werd tussen belanghebbende en de verhangen vennootschap een fiscale eenheid tot stand gebracht. Zie daarover de laatste volzin van r.o. 4.3.2 uit dit arrest (zie het citaat in onderdeel 3.2.4). Uit r.o. 4.3.4 van het arrest volgt dat het aangaan van een fiscale eenheid als zodanig niet het probleem was. Er is een probleem met de renteaftrek en art. 15 Wet VPB 1969 leidt er niet toe dat ‘problematische rentekosten’ alsnog in aftrek mogen komen.

“4.3.4. De omstandigheid dat een zodanige renteaftrek, indien aanvaard, mogelijk zou zijn gemaakt door de toepassing van artikel 15 Vpb. ‘69, staat aan het vorenoverwogene niet in de weg. Aan dit artikel kan immers niet de strekking worden toegekend de aftrek mogelijk te maken van kosten die naar doel en strekking van de wet niet in aftrek behoren te komen.”

Verrassend is dit niet: het is de interne verhangning gecombineerd met schuldfinanciering die in HR *BNB* 1989/217 het probleem vormt. De fiscale eenheid is slechts een manier om de aldus opgeroepen rentelasten ‘te gelde’ te kunnen maken. In HR *BNB* 1996/3 en HR *BNB* 1996/4 was ook sprake van de vorming van een fiscale eenheid tussen de overnemende vennootschap en de verhangen vennootschap na een met schuld gefinancierde interne verhangning. Ik citeer r.o. 3.2.6 uit HR *BNB* 1996/4:

“De omstandigheid dat de rente in feite ten laste van de winst van A wordt gebracht, hoewel deze zelf geen rente verschuldigd is, berust op de werking van artikel 15 van de Wet, welk artikel onder meer beoogt de zogenoemde horizontale compensatie van winsten en verliezen van een vennootschap met die van een dochtervennootschap mogelijk te maken. Doel en strekking van deze bepaling verzetten zich in beginsel niet tegen een zodanige compensatie indien, zoals in het onderhavige geval, het verlies van een houdstervenootschap voortvloeit uit de verschuldigdheid van rente voor een schuld aan degene die behalve haar schuldeiseres ook haar aandeelhoudster is. Compensatie als hiervóór bedoeld is evenwel niet verenigbaar met doel en strekking van de Wet indien de rente toevloeit aan een lichaam dat niet aan de heffing van enige belasting van zijn winst of inkomsten is onderworpen, aangezien voormeld artikel 15 weliswaar bedoelt mogelijk te maken dat een houdstervenootschap en haar dochtervennootschap worden belast als vormen zij één lichaam, doch niet mede bedoelt de mogelijkheid te openen om een deel van de winst van een der vennootschappen geheel buiten het bereik van de belastingheffing te brengen.”

Het feit dat een fiscale eenheid wordt gevormd, is bij een interne verhangning echter niet essentieel om tot niet-aftrekbaarheid van de rentekosten te komen. In HR *BNB* 1990/72^[43] was sprake van een verhangning van een aandelenpakket, maar werd geen fiscale eenheid gevormd tussen verkrijgende en verhangen vennootschap. Toch werd ook in deze zaak de renteaftrek geweigerd op grond van *fraus legis*.

Een gedachte die zou kunnen opkomen om de vorming van een fiscale eenheid niet als een probleem te zien, zou het feit kunnen zijn dat tot aan 2007 en vanaf 2012 art. 15ad deel van onze wet uitmaakte. Deze bepaling ging specifiek tegen dat (buiten zekere grenzen) rentekosten van een overnameholding werden afgezet tegen de winsten van een gevoegde overgenomen vennootschap. Zou men kunnen zeggen dat als er zo’n specifieke regel nodig is om renteaftrekoptimalisatie als gevolg van het vormen van een fiscale eenheid te voorkomen, blijkbaar als uitgangspunt heeft te gelden dat overnameholdingstructuren niet in strijd zijn met doel en strekking van de wet? Ik meen dat een dergelijke gevolgtrekking te ver gaat. Ik verwijs in dit verband ook naar de opmerkingen van de staatssecretaris in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ‘Tegengaan uitholling belastinggrondslag en versterking fiscale infrastructuur’:

“Aldus kom ik tot een voorstel voor een tweetal nieuwe wettelijke maatregelen gericht op bescherming van de grondslag van de Nederlandse vennootschapsbelasting.

De ene bepaling strekt ertoe om de aftrek van betaalde rente te weigeren indien sprake is van zogeheten kasronddjes en van verhangingen binnen concernverband alsmede van schuldigerkenning van dividend, teruggaaf van gestort kapitaal of kapitaalstorting. De andere bepaling is gericht tegen uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag via zogeheten overnameholdings. Met betrekking tot deze laatste categorie is niet gekozen voor een weigering van de renteaftrek, maar voor een maatregel die de verrekening van aftrekbaar rente met winsten van de overgenomen werkmaatschappij verhindert. Ik meen dat het juist is dat de werkgroep de twee vormen van uitholling van de Nederlandse grondslag heeft onderscheiden en voor de eerste categorie een andere aanpak voorstelt dan voor de tweede. De achtergrond daarvan is dat bij de tweede categorie — de overnameholdings — de vormgeving weliswaar kan leiden tot een ongewenste uitholling van de Nederlandse grondslag, maar dat aan dergelijke transacties in de eerste plaats zakelijke motieven ten grondslag zullen liggen. Bij deze opstelling ten opzichte van de tweede categorie is echter de volgende kanttekening op zijn plaats. Momenteel doet het zich in de praktijk nog niet vaak voor dat overnames van Nederlandse werkmaatschappijen worden gefinancierd met concernleningen vanuit belastingparadijzen. Voor zover dergelijke overnames zich wel hebben voorgedaan worden zij onder het huidige uitvoeringsbeleid bestreden. Concrete gevallen hebben nog niet tot jurisprudentie geleid. Tegen die achtergrond wordt de wetgeving thans op dit punt niet aangepast.”^[44]

Het is de vraag hoe zwaar het fiscale-eenheidsaspect in de Hunkemöller-casus weegt voor de Hoge Raad. Het lijkt een belangrijke rol te spelen in r.o. 4.2.8.^[45] Toch zou er enige reden voor twijfel kunnen zijn: in de Hunkemöller-casus had Belanghebbende een deel van de convertible-lening gebruikt om zelf een lening aan een groepsmaatschappij te verstrekken, dus niet om aandelen in een vennootschap, waarmee vervolgens een fiscale eenheid werd gevormd, te verwerven. Ook op dat deel van de rente was de rente niet aftrekbaar en daar kan het fiscale-eenheidsargument niet aan ten grondslag hebben gelegen. Om toch recht te doen aan de tekst van r.o. 4.2.8 en omdat de vorming van een fiscale eenheid een belangrijk verschil is met HR *BNB* 2005/169, de keuzevrijheid- en Bosalgat-jurisprudentie^[46], denk ik wel dat de vorming van een fiscale eenheid om zo de renteaftrek effectief te gelde te kunnen maken een belangrijk element van de beslissing van de Hoge Raad is. Het feit dat voor het te gelde maken van een deel van de renteaftrek in de Hunkemöller-casus de vorming van een fiscale eenheid met Target niet nodig is, beschouw ik als een ‘rafelrandje’ van het arrest: uit r.o. 4.3.2 volgt dat de Hoge Raad van mening is dat als Belanghebbende van mening was dat dit deel van de renteaftrek niet door fraus legis had moeten worden getroffen, het op de weg van Belanghebbende had gelegen dit dan maar aannemelijk te maken.

3.4 Ten aanzien van punt 7 (geen heffing over rentebate)

Zoals blijkt uit het citaat in onderdeel 3.2.3 uit HR *BNB* 2005/169 was de onbelastbaarheid van de rente bij de crediteur in die zaak niet relevant. Het is moeilijk in te zien waarom het zou uitmaken dat de rente onbelast blijft als gevolg van transparantie van de crediteur in diens jurisdictie of als de rente onbelast blijft vanwege de ‘eigenaardigheden’ van het buitenlandse fiscale regime, zoals het ontbreken van een at arm’s length-aanpassing.

Uiteraard begrijp ik wel waarom de Hoge Raad in het Hunkemöller-arrest op het ontbreken van belastingheffing bij de crediteur wijst. Bij aanwezigheid van compenserende heffing was er waarschijnlijk geen sprake geweest van fraus legis omdat er dan geen strijd is met doel en strekking van de wet.^[47] Maar zoals uit HR *BNB* 2005/169 blijkt, werkt het niet andersom: het ontbreken van compenserende heffing leidt niet automatisch tot aanwezigheid van fraus legis. In het eerder genoemde Redeemable Preferred Shares-arrest (HR *BNB* 2014/79) was het ook overigens ook geen probleem dat de gekozen financieringsvorm tot renteaftrek bij de debiteur in het ene land leidde en niet tot heffing bij de crediteur in het andere land (Nederland).

Op de fiscale behandeling van de investering bij de achterliggende investeerders in het fonds wordt verder niet ingegaan. R.o. 4.2.5 luidt:

“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. Het desbetreffende oordeel van het Hof wordt in cassatie niet bestreden.”

Het zou interessant zijn om te weten hoe de achterliggende investeerders in de FCPR’s uiteindelijk worden belast ter zake van hun de door de FCPR’s gedane investering. Voor die achterliggende investeerders zijn de FCPR’s mogelijk transparant en mogelijk vindt bij sommigen van hen compenserende heffing plaats. Dit vereist echter kennis van de fiscale positie van die achterliggende investeerders en die staat mij niet ter beschikking.

3.5 Ten aanzien van punt 8 (interne verhangings)

Een gedachte zou nog kunnen zijn om de casus van het Hunkemöller-arrest te zien als een interne verhangings, wat de casus in de draaicirkel van (onder meer) HR *BNB* 1989/217, HR *BNB* 1996/3, HR *BNB* 1996/4 en HR *BNB* 1996/5 en

buiten de ‘bescherming’ van HR *BNB* 2005/169 plaatst. Dat zou het dan makkelijk(er) maken om het Hunkemöller-arrest te begrijpen. Het Hof had er (meer ten overvloede) op gewezen dat het in feite een interne verhangings was omdat de beheerder van de fondsen eerst het recht had om Target te kopen en dit recht heeft overgedragen aan Belanghebbende (het Hof ging ervan uit dat de beheerder van de fondsen was verbonden met Belanghebbende^[48], wat denk ik overigens maar de vraag is). Zoals opgemerkt in onderdeel 3.1 van deze bijdrage, lijkt de Hoge Raad (zie r.o. 4.2.9) het niet belangrijk te vinden (de cursivering is van mij, QK):

“Hetgeen in het vierde onderdeel van middel I wordt aangevoerd met betrekking tot het motief- en het normvereiste doet hieraan niet af. 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.”

4 Enkele conclusies uit het Hunkemöller-arrest

In het voorgaande is geprobeerd uiteen te zetten dat het Hunkemöller-arrest zich niet makkelijk laat inpassen in de *fraus legis* jurisprudentie op het terrein van de renteaftrek van vóór het arrest. Onmogelijk is het echter niet. Het gaat mijns inziens om een samenstel van drie aspecten.

De sleutel tot het begrip van het Hunkemöller-arrest ligt er op de eerste plaats in dat het element van de ongewijzigde vermogenspositie ruimer moet worden uitgelegd dan men uit HR *BNB* 1989/217 zou hebben kunnen afleiden. Uit HR *BNB* 1989/217 leek namelijk te kunnen worden afgeleid dat alleen interne verhangings tot ongewijzigde vermogensposities leiden, maar blijkbaar beoordeelt de Hoge Raad in het Hunkemöller-arrest de vraag of een vermogenspositie is gewijzigd door de uiteindelijke situatie (lening aan Belanghebbende, gevolgd door externe acquisitie door Belanghebbende) te vergelijken met de fictieve situatie dat de fondsen zelf de acquisitie zouden hebben gedaan dan wel eigen vermogen in Belanghebbende zouden hebben gestort om de acquisitie te doen.

Op de tweede plaats is relevant dat sprake was van het omkatten van eigen vermogen in vreemd vermogen. De FCPR's waren zelf met eigen vermogen gefinancierd en hebben leningen ter beschikking gesteld aan de Nederlandse overnamevennootschap.

Op de derde plaats ligt de sleutel tot het begrip van het arrest in de vorming van de fiscale eenheid tussen Belanghebbende en Target om zo de renteaftrek effectief te gelde te kunnen maken. In onderdeel 3.3 heb ik uiteengezet dat ik denk dat dit een belangrijk element van de beslissing van de Hoge Raad is. Het feit dat voor het te gelde maken van een deel van de renteaftrek in de Hunkemöller-casus de vorming van een fiscale eenheid niet nodig was (voor het gedeelte dat Belanghebbende de middelen zelf had doorgeleend aan een groepsmaatschappij), beschouw ik als een ‘rafelrandje’ van het arrest.

Verder wil ik nog een aanvullende opmerking maken over een aspect waarvan ik me afvraag of dat relevant kan zijn in andere renteaftrekkzaken.

In r.o. 4.2.7 heeft de Hoge Raad het over ‘tussenschakeling’ van Belanghebbende bij de aankoop van Target. Het woord ‘tussenschakelen’ impliceert een zekere mate van passiviteit aan de kant van Belanghebbende: de FCPR's wilden een acquisitie doen en hebben in dat kader Belanghebbende tussengeschakeld. Belanghebbende speelde geen grote rol in het gebeuren. Dit wordt onder meer geïllustreerd door het feit dat Belanghebbende zelf niet eens het koopcontract had ondertekend. De beheerder van de FCPR's had dat gedaan en de rechten uit hoofde van die overeenkomst zijn pas later aan Belanghebbende overgedragen. Belanghebbende bestond nog niet eens op het moment dat het koopcontract werd ondertekend. Dit roept de vraag op wat er zou zijn gebeurd als Belanghebbende niet passief was geweest in deze transactie. Wat als zij zelf het koopcontract had ondertekend? Wat als zij zelf meer betrokken was geweest bij de besluitvorming rondom de acquisitie? Wat als zij zelf het overnamedoelwit zou hebben geïdentificeerd? In (internationale) private equity-situaties zal de Nederlandse overnamevennootschap vaak waarschijnlijk niet heel actief zijn, maar het is toch interessant om na te denken over de vraag of *fraus legis* ook aan de orde had kunnen zijn bij een actievere rol van de Nederlandse overnamevennootschap. Ik denk dat er ergens een grens ligt. Op een bepaald moment kan niet meer worden gesproken van het tussenschakelen van een Nederlandse overnamevennootschap en is het niet meer logisch om de samenstelling van het vermogen te beoordelen vanuit het gezichtspunt van de (achterliggende) aandeelhouders van de Nederlandse overnamevennootschap. Als gezegd, verwacht ik overigens niet dat dat in standaard private equity-situaties snel aan de orde zal zijn.

Verder wijs ik nog op relevante verschillen tussen private equity-situaties en financieringsstructuren van multinationals, waarin (met eigen vermogen gefinancierde) financieringsvennootschappen leningen binnen de groep verstrekken. Daar zal, als het leningen aan operationele vennootschappen met eigen externe schulden betreft, vaker sprake zijn van een wijziging in de samenstelling van het vermogen en daar zal ook niet altijd sprake zijn van de vorming van een fiscale eenheid om de renteaftrek te gelde te maken. Bovendien zal het ook niet altijd om de acquisitie van vennootschappen gaan, maar gewoon

om de financiering van de onderneming. Dit zijn allemaal redenen waarom fraus legis bij corporate structuren minder snel aan de orde zal zijn.

5 Tot slot

De Hoge Raad oordeelt in lijn met het Hof en de conclusie van A-G Wattle^[49] (al verschillen de redeneringen) en in die zin zou men kunnen zeggen dat het arrest niet verrassend is. Toch is het dat voor mij wel^[50] en ik hoop dat — met name — met de verwijzingen naar eerdere jurisprudentie te hebben onderbouwd. Het arrest is ook verrassend omdat de staatssecretaris eerder had aangegeven dat toepassing van fraus legis naast art. 10a Wet VPB 1969 beperkt zal zijn tot heel bijzondere situaties:

“De leden van de fractie van de VVD vragen of er na het opschonen van artikel 10a ten aanzien van de beperking van renteaftrek nog ruimte is voor toepassing van het leerstuk van fraus legis, indien artikel 10a, 10d of andere wettelijke bepaling inzake renteaftrek toepassing mist. Het is niet uitgesloten dat fraus legis van toepassing zou kunnen zijn bij renteaftrek. Het moet dan gaan om een uitzonderlijke situatie, waarbij de grens van geoorloofde belastingbesparing duidelijk is overschreden. Omdat dergelijke gevallen al verregaand zijn gecodificeerd, met name in artikel 10a, zal toepassing van fraus legis ten aanzien van renteaftrek zich in de praktijk niet snel kunnen voordoen.”^[51]

Nu kan men natuurlijk twisten over de vraag wanneer sprake is van een uitzonderlijke situatie waarbij de grens van geoorloofde belastingbesparing duidelijk is overschreden, maar gelet op de eerder genoemde jurisprudentie en gelet op het feit dat deze casus gewoon onder art. 10a Wet VPB 1969 zou hebben gevallen als sprake was geweest van verbondenheid (afgezien van toepassing van de tegenbewijsregeling van art. 10a lid 3 Wet VPB 1969, waar ik in deze bijdrage niet op inga, maar waarover in de literatuur veelvuldig is betoogd dat aan het zakelijkheidsbewijs van art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969 zou zijn voldaan vanwege het ontbreken van een ‘onzakelijke omleiding’^[52]), vind ik dit niet een dergelijke situatie.^[53]^[54]

Ik verwijs ook naar de noot van Hoogendoorn onder HR *BNB* 1996/3. Hij merkte op:

“Scherp van bovenstaande casus [een interne verhangings tegen een lening waarbij de rente bij de crediteur onbelast blijft, QK] is te onderscheiden de — bekende — vormgeving van een acquisitie van een binnenlandse vennootschap door een buitenlandse moedermaatschappij. Opgericht wordt gewoonlijk een hier te lande gevestigde tussenholding, die de acquisitie financiert, behalve met een eigen vermogen, met een substantieel vreemd vermogen (rentedragende schuld aan derden en/of aan moedermaatschappij c.q. groepsfinancieringsmaatschappij). Deze tussenholding gaat een fiscale eenheid aan met de verkregen dochter. De financieringskosten komen aldus ten laste rechtstreeks van de resultaten van de binnenlandse hoofdvennootschap, namelijk de zojuist genoemde tussenholding (met aftrekbaar zijnde kosten, die geacht kunnen worden betrekking te hebben op niet op het behalen van in Nederlandse belastbare winst van activiteiten van deelnemingen). Deze laatste kosten blijven ‘verwezen’ naar ‘buiten Nederland’. Acquisitiekosten van een Nederlandse onderneming worden ten laste gebracht van in Nederland belastbare winst. Zo kan men in het kort de gang van zaken kenschetsen. Dit is niet een gang van zaken die kan worden gekwalificeerd als ‘frustratie van de belastingwetgeving’.”

Sommige verrassingen zijn positief en sommige verrassingen zijn negatief. Voor Belanghebbende en voor belastingplichtigen in vergelijkbare situaties valt dit arrest uiteraard in de laatste categorie. Latere jurisprudentie zal de plaats van het Hunkemöller-arrest binnen het landschap van de renteaftrek en fraus legis moeten verduidelijken en de vragen die het arrest oproept en in de praktijk zal gaan oproepen, moeten beantwoorden.

Voetnoten

^[1]

Verbonden aan Ernst & Young Belastingadviseurs LLP en de Erasmus Universiteit Rotterdam.

^[2]

Hoge Raad 16 juli 2021, nr. 19/02596.

^[3]

Namelijk (1) de vraag of de per-elementbenadering met zich brengt of een van een Duitse 100%-dochtermaatschappij ontvangen rente onbelast kan blijven omdat een binnenlandse debiteur met de crediteur had kunnen worden gevoegd in fiscale eenheid waardoor de rentebate onzichtbaar en dus onbelast zou zijn en (2) of bepaalde aan het personeel van de overgenomen vennootschap betaalde bonussen effectief bij de overnemer in aftrek kunnen worden gebracht. Beide vragen beantwoordt de Hoge Raad ontkenkend, zie r.o. 4.6.1 en 4.6.2 respectievelijk 4.7.1-4.7.5.

^[4]

Waarbij ik overigens niet inga op het (door de Hoge Raad verworpen) standpunt van belanghebbende dat met de weigering van de renteaftrek in strijd wordt gekomen met het Unierecht.

^[5]

Belanghebbende was de moedermaatschappij van een fiscale eenheid, waartoe een Nederlandse vennootschap behoorde die de acquisitie deed. Ik abstraheer van die fiscale eenheid en heb het er daarom steeds over dat de coöperatie de acquisitie eed. In een later jaar werd een BV overigens de rechtsopvolger van de coöperatie, maar dat is voor de bespreking van het arrest niet relevant.

[6]

Daarnaast werd een belang van 1,79% gehouden door een niet met de fondsen gelieerde LLC.

[7]

Van verbondenheid is op grond van art. 10a lid 4 Wet VPB 1969 sprake bij een belang van ten minste een derde. Daar bleef elke FCPR onder: de belangen waren afgerond 30%, 30%, 30% en 10%. In de jaren waarop het arrest zag, was het fenomeen van de 'samenwerkende groep' nog niet opgenomen in de wet.

[8]

Ook de in noot 6 vermelde LLC verstrekke pro rata een convertible-lening.

[9]

Een deel van de via de convertible verkregen middelen was door Belanghebbende doorgeleend. Hoewel dat deel van de convertible-schuld dus niet tegenover de aankoop van de Target stond, oordeelt de Hoge Raad dat de rente op dit deel van de schuld ook niet aftrekbaar is op grond van *fraus legis*. Verder oordeelde de Hoge Raad dat ook de rente die aan de LLC met 1,79% belang was verschuldigd, niet aftrekbaar was. Overigens had de LLC ook nog een andere lening verstrekt. Het arrest handelt echter alleen over de niet-aftrekbaarheid van de rente op de convertible. Het zou echter interessant zijn om te weten hoe de Hoge Raad, desgevraagd, over die lening zou oordelen. Vgl. daarover onderdeel 3.2.4.

[10]

Zie hetgeen de Hoge Raad in r.o. 4.2.9 opmerkt over de overwegingen van het Hof over strijd met doel en strekking van art. 10a Wet VPB 1969. Het Hof had toepassing van het leerstuk van *fraus legis* mede gestoeld op strijd met doel en strekking van art. 10a Wet VPB 1969. De Hoge Raad oordeelt: "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 verhangning' 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 artikel 10a van de Wet."

[11]

Dit is de meerwegenleer. Zie bijvoorbeeld HR 6 september 1995, 27927, *BNB* 1996/4, m.nt. Hoogendoorn, in r.o. 3.2.4: "De omstandigheid dat een samenstel van rechtshandelingen, in zijn geheel bezien, strekt ter verwezenlijking van zakelijk gefundeerde doeleinden, sluit niet uit 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."

[12]

Daar ga ik in onderdeel 3.1 op in, QK.

[13]

Zie r.o. 4.2.3.

[14]

Zie r.o. 4.2.6.

[15]

Zie r.o. 4.2.7. In dit verband spreekt de Hoge Raad van een 'nutteloze leenverhouding'.

[16]

Zie r.o. 4.2.7.

[17]

Zie r.o. 4.2.8.

[18]

Zie r.o. 4.2.4.

[19]

Zie r.o. 4.2.5.

[20]

Zie r.o. 4.2.3.

[21]

Ik merk op dat het Hof de term 'interne verhangning' in zijn uitspraak overigens helemaal niet letterlijk gebruikt. Wel wordt de term 'verhangning' gebruikt, waarmee hetzelfde wordt bedoeld.

[22]

Ik merk op dat sommige arresten die ik behandel over richtige heffing gaan. Omdat het leerstuk van richtige heffing en *fraus legis* (nagenoeg) identiek

zijn, maak ik in deze bijdrage dat onderscheid niet.

[23]

HR 8 juli 2016, 15/00194, *BNB* 2016/197, na concl. A-G Wattel, m.nt. O.C.R. Marres.

[24]

HR 5 juni 2015, 14/00343, *BNB* 2015/165, na concl. A-G Wattel, m.nt. R.J. de Vries.

[25]

HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, *BNB* 2014/79, na concl. A-G Wattel, m.nt. noot R.J. de Vries.

[26]

In het arrest was een verkeerde vindplaats van het arrest HR *BNB* 2014/79 opgenomen. In het op 14 augustus 2015 verschenen herstelarrest (ECLI:NL:2015:2167) is dit gecorrigeerd. In het citaat heb ik de juiste vindplaats opgenomen.

[27]

HR 9 juli 2021, 19/05112, *V-N* 2021/30.10, na concl. A-G Wattel.

[28]

Het Triple Dip-arrest was met name een 10a-arrest. Voor de volledigheid merk ik op dat de inspecteur ook fraus legis had gesteld, maar de Hoge Raad gaat hier niet in mee omdat in casu sprake was van een toegestane exploitatie van het Bosalgat. Zie r.o. 3.8.3: "Het onderhavige geval kenmerkt zich daardoor dat gelden extern zijn ingeleend en die gelden zijn aangewend voor kapitaalstortingen in en leningen aan groepsvennootschappen ten behoeve van onder meer interne en externe acquisities. De aftrek van de voor die leningen verschuldigde rente leidt niet ertoe dat die rentelasten worden afgezet tegen gekochte winsten of tegen anderszins op gekunstelde wijze tot stand gekomen voordelen. De overwegende verklaring voor het door belanghebbende als gevolg van de renteaftrek behaalde belastingvoordeel is gelegen in de gebruikmaking van het destijds tot het stelsel van de Wet te rekenen Bosalgat. Onder deze omstandigheden leidt het in aftrek toelaten van de hiervoor in 2.2.1 bedoelde rente niet tot strijd met doel en strekking van de Wet. Het oordeel van het Hof dat een uitholling van de grondslag van de vennootschapsbelasting zich in dit geval niet voordoet, geeft dus niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting."

[29]

HR 17 december 2004, 39080, *BNB* 2005/169, na concl. A-G Overgaauw, m.nt. J.A.G. van der Geld.

[30]

Zie r.o. 4.22.17 van het Hof.

[31]

In zijn conclusie lijkt A-G Wattel alleen in te gaan op de vraag of de uitbreiding van art. 10a Wet VPB 1969 tot externe acquisities het doel en de strekking van art. 10a Wet VPB 1969 heeft veranderd. Die vraag beantwoordt hij bevestigend (punt 5.41), maar hij gaat niet in op doel en strekking van art. 8 Wet VPB 1969.

[32]

HR 26 april 1989, 24446, *BNB* 1989/217, na concl. A-G Verburg, m.nt. noot P. den Boer. Qua motivering vergelijkbare zaken zijn onder meer HR 10 maart 1993, 27992, *BNB* 1993/195, m.nt. P. den Boer en HR 6 december 2002, 37072, *BNB* 2003/183, na concl. A-G Wattel, m.nt. J.A.G. van de Geld.

[33]

Ik neem aan dat hier de samenstelling van de (direct en indirect gehouden) bezittingen/schulden wordt bedoeld en niet de ratio EV:VV op de passiefzijde van de balans.

[34]

Of als er meerdere aandeelhouders zijn die pro rata parte leningen verstrekken.

[35]

Of in het geval van een coöperatie: 'leden'.

[36]

Zoals opgemerkt, was Belanghebbende in de jaren waarop de zaak zag een coöperatie.

[37]

Vgl. de casus in Hof Amsterdam 23 februari 2021, 20/00185 en 20/00193, *V-N* 2021/21.1.6.

[38]

De Hoge Raad vermeldt dit in r.o. 2.3.

[39]

HR 6 september 1995, 27927, *BNB* 1996/4, m.nt. Hoogendoorn.

[40]

O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Deventer: Kluwer 2020, derde druk, p. 51. In de bij dit citaat opgenomen voetnoot verwijst hij naar onderdeel 3.11 van de conclusie van A-G Wattel bij HR *BNB* 2002/118 en naar Hoogendoorn in zijn noot opgenomen onder HR *BNB* 1996/3.

[41]

Zie bijvoorbeeld E.J.W. Heithuis, 'Winstdrainage, externe acquisities en de "verschillende wegen"-leer', *WFR* 1996/6196, p. 573-585, op p. 576 en 597 alsmede A-G van Kalmthout in de onderdelen 3.9 en 3.10 van de bijlage bij de conclusie voor HR 13 juli 2001, *BNB* 2001/398. Beide stukken zijn van vóór het arrest HR *BNB* 2005/169.

[\[42\]](#)

Zie onderdeel 3.2.3.

[\[43\]](#)

HR 7 juni 1989, 24239, *BNB* 1990/72, na concl. A-G Verburg, m.nt. Hoogendoorn.

[\[44\]](#)

[Kamerstukken II 1995/96, 24696, 3](#), p. 9 en 10.

[\[45\]](#)

Het hiervoor weergegeven citaat uit HR *BNB* 1996/4 laat zien dat het belang dat de Hoge Raad in de Hunkemöller-zaak aan het vormen van een fiscale eenheid hecht, niet geheel uit de lucht komt vallen.

[\[46\]](#)

HR 21 april 2017, 15/05357 en 15/05278, *BNB* 2017/162, na concl. A-G Wattel, m.nt. P.G.H. Albert.

[\[47\]](#)

Zie over de compenserende heffing bijvoorbeeld HR *BNB* 1993/194, HR *BNB* 1993/196, HR *BNB* 1996/5, HR *BNB* 2002/118 en HR *BNB* 2003/183.

[\[48\]](#)

Zie onderdeel 4.22.19 van de Hofuitspraak.

[\[49\]](#)

Qua uitkomst is het arrest ook in lijn met de Rechtbank maar die uitspraak was gebaseerd op het oordeel van de Rechtbank dat de convertibles deelnemerschapsleningen waren.

[\[50\]](#)

En niet alleen voor mij, als ik kan afgaan op de kritische commentaren op de eerdere Hofuitspraak. Zie bijvoorbeeld de aantekening van de Redactie van *Vakstudie Nieuws* bij de Hofuitspraak in *V-N* 2019/33.7, Van Lindonk bij de Hofuitspraak in *NLF* 2019/1226 en bij de conclusie van A-G Wattel in *NLF* 2020/0659 en Bierman bij de Hofuitspraak in *NTFR* 2019/1547. Vis, in de aantekening bij de conclusie van A-G Wattel, *NTFR* 2020/732, was neutraal.

[\[51\]](#)

[Kamerstukken II 2005/06, 30572, 8](#), p. 45.

[\[52\]](#)

Ik verwijs, zonder uitputtend te willen zijn, naar O.C.R. Marres in zijn noot bij *BNB* 2016/197 (Italiaanse Telecom), R.J. de Vries, 'Vereist de onzakelijke omleiding ex art. 10a Wet VPB 1969 een intragroepsrechtshandeling? - Inventarisatie en analyse van de huidige stand van zaken', *WFR* 2016/213, R.P.C.W.M. Brandsma & J.I. van Leeuwen, 'Eén dodo maakt van 10a nog geen dode letter: de Mauritiuszaak', *WFR* 2016/118 (onderdeel 4.3), P.D. Roos & A.C.P. Bobeldijk, 'De voorgestelde wijzigingen in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969: over nut en noodzaak', *WFR* 2016/208. A-G Wattel kiest in zijn recente conclusie van 29 juni 2021, in 20/03946 echter een andere benadering.

[\[53\]](#)

Met de introductie van een samenwerkende groep per 1 januari 2017 in art. 10a Wet VPB 1969 heeft de wetgever mede de situatie dat de belangen van de fondsen afzonderlijk onder de 1/3e lagen (waarvan in de Hunkemöller-zaak sprake was) ook onder de reikwijdte van art. 10a Wet VPB 1969 willen brengen (nogmaals: ik abstraheer van de mogelijkheid van tegenbewijs door belastingplichtige). Voor veel private equity-situaties was dat achteraf dus niet nodig geweest. Ik verwijs bijvoorbeeld naar het voorbeeld in [Kamerstukken II 2016/17, 34552, 3](#), p. 55-57. Hoewel in dat voorbeeld niet expliciet de vorming van een fiscale eenheid wordt genoemd, zal in de beschreven situatie wel een fiscale eenheid worden gevormd tussen overnamevennootschap en Target en is dit op zich de situatie waarop (ook) *fraus legis* blijkt te zien.

[\[54\]](#)

De situatie zou ook onder art. 15ad Wet VPB 1969 vallen (als het niet was afgeschaft). In de jaren waarop het arrest ziet, stond art. 15ad niet in de wet.