

## **Arrest Hoge Raad over renteaftrek op groepslening**

Op vrijdag 9 juli 2021 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen over de aftrek van rente op een lening ter financiering van een acquisitie, in een geval waarin de rentelasten ook in andere landen aftrekbaar waren vanwege hybride elementen in de groepsstructuur (ECLI:NL:HR:2021:1102). De Hoge Raad wees het cassatieberoep van de Staatssecretaris van Financiën af.

De Staatssecretaris bestreed allereerst het oordeel van het Hof dat de rentelasten zakelijke rentelasten waren en daarom in beginsel aftrekbaar waren. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Uit de overwegingen van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de financiering van het verwerven van deelnemingen door middel van leningen een zakelijke aangelegenheid is. Daarom is de rente die is verschuldigd een zakelijke last, ook wanneer het gaat om groepsleningen, mits de voorwaarden van de groepslening zijn bepaald in overeenstemming met het 'at arm's length'-beginsel.

De Staatssecretaris bestreed voorts het oordeel van het Hof dat de renteaftrek niet afstuitte op artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het Hof had geoordeeld dat de belastingplichtige een beroep kon doen op de tegenbewijsregeling, omdat de rente materieel verschuldigd was aan derden. Volgens het Hof was sprake van voldoende parallelie tussen de groepslening en de derdenleningen. Daar deed niet aan af dat een bij de financieringsstructuur betrokken entiteit een hybride entiteit was, dat wil zeggen een entiteit die door het ene land als een transparant lichaam, en door een ander land als een niet-transparant lichaam werd beschouwd.

Tenslotte werd ook de klacht afgewezen dat het Hof ten onrechte het beroep van de inspecteur op *fraus legis* had verworpen. In overeenstemming met eerdere jurisprudentie overwoog de Hoge Raad dat het gebruik maken van de asymmetrische behandeling van voordelen uit een buitenlandse deelneming (vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling) en van kosten in verband met die deelneming (aftrekbaar sinds het als Bosalarrest bekend staande arrest van het Hof van Justitie van 18 september 2003, ECLI:EU:C:2003:479) niet in strijd is met doel en strekking van de wet. Dat is pas anders wanneer de rentelasten worden afgezet tegen gekochte winsten of tegen anderszins op gekunstelde wijze tot stand gekomen voordelen.

### **Commentaar KPMG Meijburg & Co**

Van dit arrest zijn met name de overwegingen over artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 relevant. Volgens gepubliceerd beleid van de belastingdienst kan er geen beroep op de tegenbewijsregeling vanwege indirect van derden lenen worden gedaan wanneer sprake is van hybride elementen, leidende tot dubbele aftrek. Dat beleid kan niet meer volledig worden gehandhaafd. Ook wanneer een bij de financieringsstructuur betrokken entiteit een hybride entiteit is, kan nog een beroep op de tegenbewijsregeling worden gedaan. Het is nog de vraag of de Hoge Raad hetzelfde zal oordelen wanneer gebruik is gemaakt van hybride financiering (in plaats van een hybride entiteit). Het is voorts de vraag of de Hoge Raad ook zal oordelen dat een hybride element niet van belang is bij de toetsing van de zakelijkheid

van de financiering in gevallen waarin niet indirect van derden is geleend. In het arrest van de Hoge Raad van 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460, overwoog de Hoge Raad “dat in beginsel sprake is van een geldlening waaraan in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen als geen sprake is van een omleiding van de voor de acquisitie aangewende middelen”. De vraag is hier of een hybride element grond kan zijn om uitzondering te maken op het door de Hoge Raad gepostuleerde beginsel. Voorshands valt niet goed in te zien waarom in deze context anders zou worden geoordeeld dan in de context van de tegenbewijsregeling bij indirect van derden lenen.

Er zijn twee ontwikkelingen die tot nuancering van het belang van dit arrest nopen. Allereerst komen hybride mismatches sinds 2020 veel minder voor dan voorheen, omdat er wettelijke maatregelen zijn getroffen tegen structuren met een dubbele aftrek, of aftrek zonder heffing, vanwege hybride elementen (wetgeving ter implementatie van de ATAD2-richtlijn). Ten tweede geldt sinds 2018 dat de omstandigheid dat in feite van derden wordt geleend, slechts de zakelijkheid van de schuld onderbouwt, en dat in zo’n geval nog steeds de zakelijkheid van de in artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 aangeduide ‘besmette’ rechtshandeling moet worden aangetoond. Bij externe acquisities kan overigens van de zakelijkheid van deze rechtshandeling worden uitgegaan.

Er zijn nog enkele andere procedures over vergelijkbare zaken bij de Hoge Raad aanhangig. Verwacht wordt dat in de loop van 2021 nog een of meerdere arresten over renteaftrek volgen.

Mocht u vragen hebben of willen overleggen, neemt u dan gerust contact op met uw adviseur bij KPMG Meijburg & Co.

KPMG Meijburg & Co  
juli 2021

*De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.*