

## **Fraus legis staat in de weg aan renteaftrek in acquisitiestructuur**

Op vrijdag 16 juli 2021 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen over de aftrek van rente op een lening ter financiering van een overname door een investeringsfonds (ECLI:NL:HR:2021:1152). De Hoge Raad oordeelde dat het gerechtshof Amsterdam terecht had geoordeeld dat de rente niet aftrekbaar was.

### **De casus**

Het betreft een acquisitiestructuur waarbij vermogen werd opgehaald door een investeringsfonds. Het door investeerders ingelegde eigen vermogen is door het investeringsfonds verdeeld over Engelse Limited Partnerships (LP's) en Franse Fonds Communs de Placement à Risques (FCPR's), en vervolgens gestort in, en (via convertibles) geleend aan, een Nederlandse overnameholding (aanvankelijk een coöperatie, later omgezet in een BV). De FCPR's zijn vanuit Franse optiek transparant en naar Nederlandse maatstaven niet-transparant. De BV, de belanghebbende in de procedure, is opgericht met het oog op de acquisitie. Door na de verwerving van de gekochte groep een fiscale eenheid aan te gaan met verworven vennootschappen, heeft de overnameholding bewerkstelligd dat de rente die zij aan de FCPR's verschuldigd was, rechtstreeks ten laste kwam van het resultaat van de gekochte groep.

### **Het arrest**

Gerechtshof Amsterdam had in deze zaak geoordeeld dat renteaftrek afstuitte op het leerstuk fraus legis (wetsontduiking). De Hoge Raad wees het cassatieberoep van belanghebbende af. De Hoge Raad acht het kennelijk van belang dat het in de FCPR's als eigen vermogen beschikbare vermogen voor een deel in de vorm van de convertible instruments als vreemd vermogen aan belanghebbende ter beschikking was gesteld, waardoor (als gevolg van het aangaan van de fiscale eenheid) de verschuldigde rente werd afgezet tegen de winst van de gekochte groep. Voorts achtte de Hoge Raad kennelijk van belang dat – doordat de FCPR's in Frankrijk als transparante entiteiten werden aangemerkt – in Frankrijk geen sprake was van een zogenoemde compenserende belastingheffing. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof kunnen oordelen dat in de gegeven omstandigheden aan het motiefvereiste voor toepassing van fraus legis is voldaan, ook al is sprake van een zakelijke externe acquisitie. Dat heeft het Hof onderbouwd door te oordelen dat op een fiscaal gedreven wijze, met tussenschakeling van Nederlandse tussenhoudsters en het creëren van een (anders dan op fiscale gronden) nutteloze leenverhouding – en in zoverre op een gekunstelde wijze – uitvoering is gegeven aan die acquisitie. Het in aftrek toelaten van de rentelasten zou in strijd komen met doel en strekking van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, omdat doel en strekking zich ertegen verzetten 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. De

financieringsvrijheid die belastingplichtigen in beginsel hebben, heeft een grens, die hier is overschreden.

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

In het [arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2021](#), ECLI:NL:HR:2021:1102, waarin eveneens sprake was van een acquisitiestructuur, bleef de volledige renteaftrek van de belastingplichtige overeind omdat het Hof had kunnen vaststellen dat de rentelasten in feite aan derden waren verschuldigd. In casu werd binnen het concern beschikbaar eigen vermogen doorgeleend aan de belastingplichtige. In zoverre is het verschil in uitkomst tussen deze zaken verklaarbaar. Dat neemt niet weg dat het arrest vragen oproept. In het arrest van 9 juli is de vaste lijn in de jurisprudentie herhaald dat een concern de vrijheid heeft om investeringen via een Nederlandse vennootschap te leiden en dat die Nederlandse vennootschap de vrijheid heeft om zich met eigen of vreemd vermogen te financieren. In het arrest van 16 juli wordt het beroep op *fraus legis* erkend op grond van het hofoordeel "dat op een – in doorslaggevende zin – fiscaal gedreven wijze, met tussenschakeling van Nederlandse tussenhoudsters en het creëren van een (anders dan op fiscale gronden) nutteloze leenverhouding – en in zoverre op een gekunstelde wijze – uitvoering is gegeven aan het streven om op termijn door aan- en verkoop van ondernemingen vermogenswinsten te behalen." Uitgaande van de vrijheid om een Nederlandse vennootschap in te schakelen, en van de omstandigheid dat een externe acquisitie werd gefinancierd, is niet helder welke omstandigheden het oordeel rechtvaardigen dat de schuld nutteloos was. Het arrest zou beter in de lijn van de jurisprudentie kunnen worden geplaatst als het gebruik van de FCPR's als een onzakelijke omleiding zou zijn beoordeeld. Het blijft nu enigszins schimmig in welke gevallen (bijvoorbeeld waarin een concern kapitaal ophaalt en dat doorleent aan een Nederlandse vennootschap die daarmee een acquisitie financiert), sprake is van een onzakelijke omleiding van gelden. Dit is, na het arrest van een week eerder, het tweede arrest in een reeks procedures over vergelijkbare zaken. Een aantal van die zaken is nog bij de Hoge Raad aanhangig. Verwacht wordt dat in de loop van 2021 nog een of meerdere arresten over vergelijkbare geschillen volgen. Mogelijk bieden die arresten meer inzicht in de grenzen van de financieringsvrijheid, c.q. de afbakening van de onzakelijke omleiding van gelden.

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.*