

## Hoge Raad wijst wederom arrest over artikel 10a en fraus legis

De Hoge Raad heeft op [vrijdag 22 maart 2024](#) nogmaals arrest gewezen over artikel 10a Wet Vpb 1969 en fraus legis. Hierin bepaalt de Hoge Raad dat weigering van renteaftrek op grond van artikel 10a Wet Vpb 1969 op zijn plaats is als sprake is van een samenstel van rechtshandelingen tussen gelieerde lichamen dat is verricht met het doorslaggevende oogmerk om verbondenheid in de zin van artikel 10a Wet Vpb 1969 te vermijden. Daarnaast verduidelijkt de Hoge Raad enkele arresten uit het recente verleden waarover in de literatuur onduidelijkheid was ontstaan. Tot slot bepaalt de Hoge Raad dat de eenmalige kosten ter zake van het inlenen van die gelden in één keer ten laste van de winst mogen worden gebracht, tenzij sprake is van in wezen vooruitbetaalde rente. Hierna gaan we dieper op het arrest en de gevolgen voor de praktijk in.

### De casus

Belanghebbende is in 2011 door een private-equityhuis opgericht in verband met een overname. Belanghebbende heeft onder meer vier indirecte aandeelhouders die op Guernsey zijn gevestigd: Guernsey Ltd I, II, III en IV. Guernsey Ltd I houdt een indirect belang van meer dan een derde in belanghebbende (en is dus met belanghebbende verbonden in de zin van artikel 10a Wet Vpb 1969). De Guernsey Ltd's II, III en IV houden allemaal een indirect belang in belanghebbende van minder dan een derde (en zijn dus niet met belanghebbende verbonden in de zin van artikel 10a Wet Vpb 1969).

Voor de financiering van de overname gaat belanghebbende geldleningen aan bij de op Guernsey gevestigde Ltd's II, III en IV, maar ook bij de tevens op Guernsey gevestigde Ltd V. Guernsey Ltd V houdt in het geheel *geen* belang in belanghebbende. De achterliggende investeerders in Guernsey Ltd V zijn echter dezelfde als de investeerders in het wél met belanghebbende verbonden lichaam Guernsey Ltd I.

Voor de financiering van de overname van de X-groep sluit belanghebbende tevens een geldlening af bij een bankensyndicaat. In dat verband betaalt belanghebbende een eenmalige *arrangement fee* van 4% van het bedrag van de kredietfaciliteit.

In geschil is of de rente op de geldleningen van de Guernsey Ltd's aftrekbaar is van de winst en of de arrangement fee in één keer ten laste van de winst mag worden gebracht.

### Renteaftrek en fraus legis

De Hoge Raad overweegt dat artikel 10a lid 1 onderdeel c Wet Vpb 1969 als hoofdregel niet van toepassing is indien die schuld is aangegaan bij een lichaam dat niet met de belastingplichtige is verbonden in de zin van artikel 10a Wet Vpb (10a-verbondenheid).

Deze hoofdregel lijdt volgens de Hoge Raad uitzondering als:

- a) het aangaan van de schuld bij het niet-verbonden lichaam deel uitmaakt van een samenstel van rechtshandelingen tussen gelieerde lichamen; en
- b) dit samenstel van rechtshandelingen tot stand is gebracht met het doorslaggevende oogmerk om 10a-verbondenheid te vermijden.

Doel en strekking van artikel 10a Wet Vpb 1969 zouden namelijk worden doorkruist indien zo'n samenstel van rechtshandelingen ertoe zou kunnen leiden dat bij het bepalen van de winst renteaftrek niet op grond van 10a Wet Vpb 1969 zou kunnen worden geweigerd ('fraus 10a').

*Rente op de geldlening verstrekt door Guernsey Ltd V*

Met betrekking tot de rente op de geldlening verstrekt door Guernsey Ltd V overweegt de Hoge Raad dat deze op grond van de hoofdregel niet binnen het bereik van artikel 10a lid 1 onderdeel c Wet Vpb 1969 valt. Er is immers geen sprake van 10a-verbondenheid. Toch staat de Hoge Raad renteaftrek *niet* toe. De oprichting van Guernsey Ltd V (en het achterliggende LP) en de daaropvolgende verstrekking van de geldlening door Guernsey Ltd V maken volgens de Hoge Raad namelijk deel uit van een samenstel van rechtshandelingen tussen gelieerde lichamen dat is verricht met het doorslaggevende oogmerk van vrijdeling van de 10a-verbondenheid. Dit brengt tevens mee dat aan de schuld niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, zodat niet met succes een beroep kan worden gedaan op de zogenoemde dubbele zakelijkheidstoets van artikel 10a lid 3 onderdeel a Wet Vpb 1969, aldus de Hoge Raad. Er is ook geen sprake van compenserende heffing, omdat Guernsey Ltd V niet is onderworpen aan een winstbelasting.

*Rente op geldleningen verstrekt door Guernsey Ltd II, III en IV*

Met betrekking tot de rente die verband houdt met de geldleningen verstrekt door Guernsey Ltd II, III en IV overweegt de Hoge Raad dat ook deze rente *niet* binnen het bereik van artikel 10a lid 1 onderdeel c Wet Vpb 1969 valt. Er is geen sprake van 10a-verbondenheid tussen belanghebbende en Guernsey Ltd II, III en IV. Anders dan bij Guernsey Ltd V is volgens de Hoge Raad met betrekking tot Guernsey Ltd II, III en IV *geen* sprake van een samenstel van rechtshandelingen tussen gelieerde lichamen dat is verricht met het doorslaggevende oogmerk van vrijdeling van de 10a-verbondenheid.

Vervolgens komt de vraag aan bod of de rente op de geldleningen verstrekt door Guernsey Ltd II, III en IV in aftrek moet worden geweigerd, omdat die aftrek in strijd is met doel en strekking van de Wet Vpb 1969 als geheel ('fraus Vpb'). De Hoge Raad overweegt dat in een geval als het onderhavige – waarin geen 10a-verbondenheid met de geldverstrekker bestaat en geen sprake is van fraus 10a – weliswaar vennootschapsbelasting wordt bespaard, maar geen te bestrijden winstdrainage in groepsverband plaatsvindt. Zelfs niet wanneer rechtshandelingen worden gebezigd die niet noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van de desbetreffende – overigens zakelijk gefundeerde – doeleinden en die niet zouden zijn verricht zonder het al of niet doorslaggevende motief van de beoogde renteaftrek.

Het voorgaande brengt mee dat de rente op de leningen verstrekt door Guernsey Ltd II, III en IV in casu niet kan worden geweigerd op grond van strijd met doel en strekking van de Wet Vpb 1969 als geheel. Dit zou namelijk tot gevolg hebben dat aan doel en strekking van de Wet Vpb 1969 als geheel een verdergaande betekenis toekomt dan aan doel en strekking van het – tot dat geheel behorende – artikel 10a lid 1 onderdeel c Wet Vpb 1969. De wetsgeschiedenis van 10a Wet Vpb 1969 geeft echter aanleiding

om aan te nemen dat in gevallen als het onderhavige geen grond bestaat voor zo'n verdergaande betekenis, omdat geen sprake is van een uitzonderlijke situatie. Een situatie als de onderhavige zal zich namelijk steeds voordoen wanneer een lening is verstrekt door een aan de belastingplichtige gelieerd, maar niet met hem verbonden lichaam en het niet gaat om – kort gezegd – een gekunsteld tot stand gebrachte niet-verbondenheid.

*Nadere duiding HR-arrest 3 maart 2023 (ECLI:NL:HR:2023:330)*

De Hoge Raad neemt de gelegenheid te baat om een (in de literatuur veel bediscussieerde) overweging uit zijn arrest van 3 maart 2023 ([ECLI:NL:HR:2023:330](#)) nader te duiden. Daarin overwoog hij dat als de belastingplichtige aannemelijk heeft gemaakt dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (de dubbele zakelijkheidstoets), daarmee is uitgesloten dat ter zake van die schuld en rechtshandeling wordt voldaan aan het motiefvereiste voor toepassing van het leerstuk van wetsontduiking (fraus legis). Deze overweging was lastig te rijmen met het arrest van de Hoge Raad van 15 juli 2022 ([ECLI:NL:HR:2022:1086](#)). Daaruit leek nou juist het tegenovergestelde te volgen: de Hoge Raad sloot toepassing van fraus legis niet principieel uit als was voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets ([zie onze berichtgeving van 7 maart 2023](#)).

De Hoge Raad licht nu toe dat de door hem geformuleerde rechtsregel in zijn arrest van 3 maart 2023 (ECLI:NL:HR:2023:330) alleen geldt als de met de belastingplichtige verbonden verstrekker van de lening een financiële spilfunctie vervult en niet fungeert als doorgeefluik. Alleen in die specifieke situatie moet het er (dus) voor worden gehouden dat aan het aangaan van de schuld door de belastingplichtige in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen en dat daarmee is uitgesloten dat ter zake van diezelfde schuld wordt voldaan aan het motiefvereiste voor toepassing van fraus legis.

### **Arrangement fee**

Met betrekking tot aftrek van de arrangement fee overweegt de Hoge Raad dat voor dergelijke eenmalige kosten goed koopmansgebruik het toestaat dat deze in één keer ten laste van de winst worden gebracht in het jaar waarin zij verschuldigd zijn geworden. Zulke kosten worden namelijk opgeroepen door het aangaan of gebruikmaken van de lening en staan niet tegenover de voortdurende beschikbaarheid van een bepaalde som geld gedurende de looptijd van die lening. Goed koopmansgebruik verplicht daarom – aldus de Hoge Raad – niet tot activering van eenmalige inleenkosten en amortisatie van dat activum over de looptijd van de lening, zij het dat goed koopmansgebruik een zodanige activering en amortisatie wel toelaat.

De voorgaande regel lijdt echter uitzondering indien de bij de leningsovereenkomst betrokken partijen niet daadwerkelijk de bedoeling hadden om (uitsluitend) een eenmalige vergoeding wegens inleenkosten af te spreken, maar bedoelden om (mede) – tegen betaling van een bedrag ineens – de jaarlijkse rentelast over de looptijd van de lening te verlagen. In zo'n geval gaat het in wezen (deels) om vooruitbetaalde rente en

als de inspecteur dat aannemelijk maakt, mag deze belastingplichtige het betaalde bedrag daarom niet in één keer ten laste van de winst brengen. Hij dient dat bedrag dan (in zoverre) te activeren en – conform het matchingbeginsel – via amortisatie ten laste van de winst te brengen gedurende de periode waarin hij het voordeel van een lagere rente heeft.

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

De Hoge Raad maakt in dit arrest nogmaals duidelijk dat wanneer louter fiscaal gedreven en op gekunstelde wijze getracht wordt om (net) buiten de formele vereisten van artikel 10a Wet Vpb 1969 te blijven, de renteaftrek kan worden geweigerd met een beroep op *fraus legis*. Daarnaast bepaalt de Hoge Raad dat nog sprake kan zijn van *fraus legis* ten aanzien van de Wet Vpb 1969 zelf. Dat is echter niet het geval als verbondenheid wordt voorkomen op niet-gekunstelde wijze én in de bijzondere situatie waarin geleend wordt van een concernvennootschap met een financieringspilfunctie die ook geen doorgeefluik is. Waarom de Hoge Raad het Financieringspilfunctie-arrest zo beperkt uitlegt, roept nieuwe vragen op. Waarom zou bij een externe acquisitie die is gefinancierd met een lening van een verbonden lichaam die geen financieringspilfunctie heeft en waarbij geen sprake is van een onzakelijke omleiding, nog wel *fraus legis* ten aanzien van de Wet Vpb 1969 mogelijk zijn?

Over de eenmalige leenkosten, zoals afsluit- of bereidstellingsprovisies en emissiekosten, is ons hoogste rechtscollege wel heel helder. Aftrek ineens is toegestaan, evenals het verdelen van de kosten over de looptijd van de lening. Zelfs als die eenmalige kosten relatief hoog zijn, hoeft dat geen bezwaar te zijn. Wel bezwaarlijk is het als deze eenmalige leenkosten in wezen vooruitbetaalde rente vormen. In zoverre is amortisatie van de kosten over de looptijd van de lening dan verplicht.

KPMG Meijburg & Co  
26 maart 2024

*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*