

PAOB – FISCALE ACTUALITEITEN DGA

(dinsdag 29 juni 2021)

SYLLABUSBIJDRAGE – *prof.dr.mr. E.J.W. Heithuis en prof.dr. S.A. Stevens*

Inhoudsopgave

(Concept)wetsvoorstellen

- Wetsvoorstel Wet excessief lenen bij eigen vennootschap
- Conceptwetsvoorstel Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen

Onzakelijke leningen

- Hoge Raad 15 mei 2020, 18/03178, BNB 2020/117 (perpetual securities geen deelnemerschapslening)
- Hoge Raad 10 mei 2019, 17/04930 en 17/05713-05714, BNB 2019/119-120 (Hoge Raad verduidelijkt reikwijdte paraplu kredietarrest)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 13 oktober 2020, 19/00906-00911, V-N 2021/4.5 (analoge toepassing paraplu kredietarrest in IB-winst)
- Hoge Raad 20 november 2020, 19/4790, BNB 2021/14 (verlies vordering aftrekbaar als resultaat uit overige werkzaamheden)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2021, 19/00235, V-N 2021/22.8 (bijzondere omstandigheid)
- Rechtbank Gelderland 6 november 2020, AWB 18/5824 en AWB 18/5825, V-N 2021/9.11 (kijtschelding onzakelijke lening geen schenking)

Box 2

- Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, 19/00331, V-N 2020/25.7 (hypotheekrente na echtscheiding aftrekbaar als kosten in box 2)
- Hoge Raad 29 mei 2020, 18/2268, BNB 2020/152 (doorcertificeren)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 3 juni 2020, 18/00552-00554, V-N 2020/43.4 (niet-doorbelaste kosten renteswaps geen uitdeling)
- Hoge Raad 11 juni 2021, 19/04234, V-N 2021/26.6 (schenkelbelasting behoort niet tot verkrijgingsprijs)
- Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2021, 20/00328, V-N 2021/23.4 (toename rekening-courantschuld uitdeling I)
- Hof Den Haag 2 februari 2021, 20/00327, V-N 2021/24.12 (toename rekening-courantschuld uitdeling II)
- Conclusie A-G Niessen 24 maart 2021, 20/01589, V-N 2021/20.4 (winstuitdeling voor plastisch chirurg)

Intern reorganiseren

- Hoge Raad 13 september 2019, 18/04792, BNB 2019/175 (splitsing (met oog) op verkoop)
- Hoge Raad 18 december 2020, 20/00199, BNB 2021/35 (ruziende broer en zus in overdrachtsbelasting)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, 20/00557, V-N 2021/17.1.2 (aandelenfusie in zicht van verkoop)

Bedrijfsopvolging

- Hoge Raad 29 mei 2020, 19/00189-19/01680, BNB 2021/1-2 (bezitstermijn per afzonderlijke objectieve onderneming)
- Hoge Raad 18 juni 2021, 20/01485-01489, V-N 2021/27.xx (vastgoedexploitatie en -verhuur onderneming?)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2020, 19/00414, V-N 2020/24.6 (ook BOR bij 1%-belang in maatschap)
- A-G IJzerman 19 april 2021, 20/01706-01707 en 20/01709, V-N 2021/24.8 (omvangrijke vastgoedportefeuille geen onderneming)

WIJ WILLEM-ALEXANDER,
BIJ DE GRATIE GODS,
KONING DER NEDERLANDEN,
PRINS VAN ORANJE-NASSAU,
ENZ. ENZ. ENZ.

Wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Invorderingswet 1990 ter bestrijding van belastinguitstel en –afstel als gevolg van excessief lenen bij een eigen vennootschap (Wet excessief lenen bij eigen vennootschap)

VOORSTEL VAN WET

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is fiscale maatregelen te treffen ter bestrijding van het door middel van het aangaan van leningen tussen de aanmerkelijkbelanghouder en zijn vennootschap uitstellen en afstellen van de heffing en invordering van inkomstenbelasting;

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel I

De Wet inkomstenbelasting 2001 wordt als volgt gewijzigd:

A. Artikel 4.13 wordt als volgt gewijzigd:

1. In de aanhef van het eerste lid wordt "behoren" vervangen door "behoren mede".
2. In het eerste lid, onderdeel e, wordt "plaatsvinden. Bijschrijving op die aandelen wordt met uitreiking van aandelen gelijkgesteld." vervangen door "plaatsvinden;"
3. Aan het eerste lid wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:
 - f. het bovenmatige deel van schulden die de belastingplichtige, zijn partner of de belastingplichtige tezamen met zijn partner rechtens dan wel in feite direct of indirect heeft bij vennootschappen waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang heeft (het fictief reguliere voordeel), waarbij onder schulden wordt verstaan: alle civielrechtelijke schuldverhoudingen en verplichtingen.
4. Onder vernummering van het tweede lid tot derde lid wordt een lid ingevoegd, luidende:
 2. Voor de toepassing van het eerste lid, onderdeel e, wordt bijschrijving op aandelen met uitreiking van aandelen gelijkgesteld.

B. Na artikel 4.14 worden vier artikelen ingevoegd, luidende:

Artikel 4.14a Fictief regulier voordeel

1. Als het bovenmatige deel van schulden, bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, wordt in aanmerking genomen:

a. als positief bedrag: de totale som van die schulden voor zover deze het maximumbedrag, bedoeld in het tweede lid, overschrijdt;

b. als negatief bedrag: de totale som van die schulden voor zover deze lager is dan het maximumbedrag, bedoeld in het tweede lid, doch ten hoogste het bedrag dat eerder ingevolge onderdeel a of op grond van een naar aard en strekking daarmee vergelijkbare buitenlandse regeling in de heffing is betrokken, voor zover ter zake van dat bedrag nog niet eerder een negatief bedrag als het bovenmatige deel van schulden in aanmerking is genomen.

2. Het maximumbedrag, bedoeld in het eerste lid, bedraagt € 500.000, vermeerderd met de bedragen die eerder op grond van artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, of op grond van een naar aard en strekking daarmee vergelijkbare buitenlandse regeling in de heffing zijn betrokken.

3. Schulden van de belastingplichtige, zijn partner of de belastingplichtige tezamen met zijn partner worden in een kalenderjaar eenmaal in aanmerking genomen bij de belastingplichtige en zijn partner tezamen. Het maximumbedrag, bedoeld in het tweede lid, geldt voor de belastingplichtige en zijn partner gezamenlijk.

4. Voor de toepassing van het eerste lid wordt het bedrag van de schulden bepaald aan het einde van het kalenderjaar op basis van de nominale waarde.

5. Indien de belastingplichtige aan het einde van het jaar, anders dan door een vervreemding als bedoeld in artikel 4.16, eerste lid, aanhef en onderdeel h, niet langer een aanmerkelijk belang heeft, wordt het eerste lid toegepast alsof de belastingplichtige op dat moment een aanmerkelijk belang heeft en het bedrag van de schulden nihil is.

6. Een eigenwoningschuld als bedoeld in artikel 3.119a blijft bij de toepassing van het eerste lid buiten aanmerking voor zover ter zake van die eigenwoningschuld een recht van hypotheek op de eigen woning is verstrekt aan de vennootschap.

Artikel 4.14b Flankerende bepalingen ter zake van het fictief reguliere voordeel

1. Schulden die een met de belastingplichtige verbonden persoon rechtens dan wel in feite direct of indirect heeft bij vennootschappen waarin de belastingplichtige een aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 heeft, maar waarin de verbonden persoon geen aanmerkelijk belang als bedoeld in afdeling 4.3 heeft, worden als schulden als bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, in aanmerking genomen bij de belastingplichtige voor zover de schulden van de verbonden persoon meer bedragen dan € 500.000 en voor die verbonden persoon geen schulden zijn als bedoeld in artikel 4.14a, zesde lid. Voor de toepassing van de eerste zin wordt onder een met de belastingplichtige verbonden persoon verstaan: een bloed- of aanverwant in de rechte lijn van de belastingplichtige of van zijn partner.

2. Het eerste lid is niet van toepassing op schulden als bedoeld in het eerste lid voor zover die schulden ingevolge artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, schulden van de belastingplichtige, zijn partner of de belastingplichtige tezamen met zijn partner zijn.

3. Voor zover schulden op grond van het eerste lid bij meerdere belastingplichtigen als schulden als bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, in aanmerking worden genomen, wordt het

ingevolge het eerste lid als schulden in aanmerking te nemen bedrag in gelijke delen bij ieder van hen in aanmerking genomen.

4. Voor zover ter zake van schulden een regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.12, onderdeel a, niet zijnde een fictief regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, in aanmerking is genomen, worden die schulden niet in aanmerking genomen als schulden als bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid.

5. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de vaststelling van het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, tweede lid, ingeval de belastingplichtige niet gedurende het gehele kalenderjaar dezelfde partner heeft.

Artikel 4.14c Maximumbedrag bij het ontstaan van binnenlandse belastingplicht

1. Indien een belastingplichtige in Nederland gaat wonen en op dat tijdstip schulden heeft aan vennootschappen als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, wordt het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, tweede lid, gesteld op het bedrag van die schulden, doch ten minste op € 500.000. Artikel 4.14b is van overeenkomstige toepassing.

2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld inzake de vaststelling van het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, tweede lid, indien:

- a. de belastingplichtige voordien is opgehouden in Nederland te wonen;
- b. de belastingplichtige voordien ten aanzien van een aanmerkelijk belang buitenlandse belastingplichtige is geweest.

Artikel 4.14d Aanpassing vervreemdingsvoordeel bij einde binnenlandse belastingplicht

In geval van een vervreemding als bedoeld in artikel 4.16, eerste lid, aanhef en onderdeel h, wordt het ingevolge artikel 4.16, eerste lid, aanhef en onderdeel h, in aanmerking te nemen vervreemdingsvoordeel, bedoeld in artikel 4.19, eerste lid, vermeerderd met het negatieve bedrag dat ingevolge artikel 4.14a, eerste lid, aanhef en onderdeel b, als fictief regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, in aanmerking zou zijn genomen ingeval de belastingplichtige binnenlandse belastingplichtige zou zijn gebleven en aan het einde van het kalenderjaar het bedrag van de schulden nihil zou.

C. Aan **artikel 4.43** wordt een lid toegevoegd, luidende:

3. Een fictief regulier voordeel als bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, wordt geacht uiterlijk te zijn genoten bij het einde van het kalenderjaar of, indien de belastingplichtige in de loop van het kalenderjaar is overleden, het moment onmiddellijk voorafgaand aan het moment van overlijden.

D. Na **artikel 10a.20** wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 10a.21 Overgangsbepaling vereisten hypotheekrecht bij fictief regulier voordeel

Bij de toepassing van artikel 4.14a, eerste lid, blijft mede buiten aanmerking een op 31 december 2022 bestaande eigenwoningschuld als bedoeld in artikel 3.119a ter zake waarvan geen recht van hypotheek is verstrekt aan de vennootschap.

Artikel II

In de Invorderingswet 1990 wordt na artikel 25b een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 25c

1. Het uitstel van betaling, bedoeld in artikel 25, achtste lid, wordt mede beëindigd ingeval een positief voordeel in de zin van artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, van de Wet inkomstenbelasting 2001 wordt genoten. Het uitstel wordt in dat geval beëindigd voor een bedrag ter grootte van het in artikel 2.12 van die wet genoemde percentage vermenigvuldigd met het voordeel, bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, van die wet. Het bedrag wordt bepaald als ware de belastingschuldige nog woonachtig in Nederland en wordt verminderd met:

- a. de in Nederland verschuldigde inkomstenbelasting over het fictief reguliere voordeel, bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, van die wet;
- b. de over het verschil tussen de totale som van de schulden, bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, van die wet, en het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, tweede lid, van die wet, in het buitenland feitelijk geheven belasting.

2. Ingeval de belastingschuldige aannemelijk maakt dat de schulden, bedoeld in artikel 4.13, eerste lid, onderdeel f, van de Wet inkomstenbelasting 2001, lager zijn geworden dan het maximumbedrag, bedoeld in artikel 4.14a, tweede lid, van die wet, en ter zake van die afname in binnenlandse situaties een voordeel als bedoeld in artikel 4.14a, eerste lid, onderdeel b, van die wet in aanmerking zou worden genomen, wordt in afwijking van artikel 25, achtste lid, het uitstel van betaling niet beëindigd voor zover een voordeel als bedoeld in artikel 4.14d van die wet in aanmerking is genomen.

Artikel III

Deze wet treedt in werking met ingang van 1 januari 2023.

Artikel IV

Deze wet wordt aangehaald als: Wet excessief lenen bij eigen vennootschap.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Staatssecretaris van Financiën

Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten ter aanpassing van het fiscale kwalificatiebeleid inzake rechtsvormen (Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen)

VOORSTEL VAN WET

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten: Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is maatregelen te treffen om het fiscale kwalificatiebeleid inzake rechtsvormen aan te passen; Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel I

De Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 2 wordt als volgt gewijzigd:

1. Het eerste lid wordt als volgt gewijzigd:

- a. In onderdeel a vervalt „, open commanditaire vennootschappen”.
- b. Onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel g door een puntkomma wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:
 - h. naar het recht van een andere staat opgerichte lichamen waarvan de rechtsvorm niet vergelijkbaar is met een rechtsvorm van de lichamen, genoemd in de onderdelen a tot en met g, of van een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap.

2. Het derde lid komt te luiden:

3. Voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt onder een fonds voor gemene rekening verstaan een fonds dat tegen uitreiking van bewijzen van deelgerechtigdheid vermogen bijeenbrengt om dit collectief te beleggen, en waarbij:

- a. de bewijzen van deelgerechtigdheid worden verhandeld op een gereguleerde markt als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of daarmee vergelijkbaar handelsplatform; of

- b. het fonds de verplichting heeft om met regelmaat de bewijzen van deelgerechtigdheid op verzoek van de deelgerechtigden ten laste van de activa van het fonds in te kopen of terug te betalen;

behoudens indien de bewijzen van deelgerechtigdheid rechtens dan wel in feite, direct of indirect, uitsluitend of nagenoeg uitsluitend kunnen worden overgedragen aan een deelgerechtigde in het fonds, de partner van een deelgerechtigde, dan wel een of meer bloed- of aanverwanten in de

rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn van een deelgerechtigde of zijn partner. Een fonds voor gemene rekening wordt als onderneming aangemerkt.

3. In het vijfde lid wordt "c en d" vervangen door "c, d en h".

B

Artikel 3, eerste lid, wordt als volgt gewijzigd:

1. In onderdeel b vervalt "open commanditaire vennootschappen en andere".

2. Er wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:

e. naar het recht van een andere staat opgerichte lichamen die ingevolge de wet- en regelgeving van die staat aldaar onderworpen zijn aan een belasting naar de winst en waarvan de rechtsvorm niet vergelijkbaar is met een rechtsvorm van de lichamen, genoemd in artikel 2, eerste lid, onderdelen a tot en met g, of van een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap;.

C

In **artikel 9**, eerste lid, vervalt onderdeel e.

D

Artikel 13 wordt als volgt gewijzigd:

1. Het tweede lid, onderdeel d, komt te luiden:

d. voor ten minste 5% recht heeft op de winst van een lichaam als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel h;.

2. Aan het tweede lid wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:

e. voor ten minste 5% recht heeft op de winst van een niet in Nederland gevestigd lichaam dat naar het recht van een andere staat is opgericht, ingevolge de wet- en regelgeving van die staat aldaar onderworpen is aan een belasting naar de winst, waarvan de rechtsvorm niet vergelijkbaar is met een rechtsvorm van de lichamen, genoemd in artikel 2, eerste lid, onderdelen a tot en met g, of van een maatschap, vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap.

3. In het vijfde lid, onderdeel a, wordt "vennootschap, deelgerechtigd" vervangen door "vennootschap of deelgerechtigd" en vervalt ", of als commanditaire vennoot een aandeel heeft in de vennootschappelijke gemeenschap van een open commanditaire vennootschap,". Voorts vervalt "of deze open commanditaire vennootschap".

4. In het veertiende lid vervalt onderdeel c onder vervanging van de puntkomma aan het slot van onderdeel b door een punt.

E

In **artikel 13a**, derde lid, wordt "bewijzen van deelgerechtigdheid, lidmaatschapsrechten en aandelen als commanditaire vennoot in de vennootschappelijke gemeenschap van een open

commanditaire vennootschap" vervangen door "bewijzen van deelgerechtigdheid en lidmaatschapsrechten".

Artikel II

In de Wet op de dividendbelasting 1965 vervalt in **artikel 1**, eerste lid, ", open commanditaire vennootschappen".

Artikel III

In de Wet bronbelasting 2021 wordt **artikel 1.2**, eerste lid, onderdeel b, als volgt gewijzigd:

1. Subonderdeel 3° vervalt, onder vernummering van de subonderdelen 4° tot en met 12° tot 3° tot en met 11°.
2. In subonderdeel 11° (nieuw) wordt "1° tot en met 11°" vervangen door "1° tot en met 10°".

Artikel IV

In **artikel 2** van de Algemene wet inzake rijksbelastingen vervallen de onderdelen c en f van het derde lid onder verlettering van de onderdelen d en e tot c en d en de onderdelen g tot en met p tot e tot en met n.

Artikel V

De Invorderingswet 1990 wordt als volgt gewijzigd:

A

Aan **artikel 25** wordt een lid toegevoegd, luidende:

22. Bij ministeriële regeling worden regels gesteld met betrekking tot het verlenen van uitstel van betaling voor de duur van ten hoogste tien jaar, mits voldoende zekerheid is gesteld, voor belastingaanslagen voor zover daarin is begrepen inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting ter zake van een overdracht van vermogensbestanddelen op grond van artikel VI, eerste lid, van de Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen of ter zake van een vervreemding van een deelgerechtigdheid in en schuldvorderingen op een open commanditaire vennootschap op grond van artikel VI, tweede lid, van de Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen. Het uitstel wordt verleend voor het bedrag aan belasting dat kan worden toegerekend aan het voordeel wegens deze overdracht of vervreemding. Het uitstel wordt beëindigd:

- a. in geval van faillissement van belastingschuldige;
- b. ingeval de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen ten aanzien van de belastingschuldige van toepassing is.

B

Artikel 28 wordt als volgt gewijzigd:

1. In artikel 28, derde lid, wordt de zinsnede "of negentiende lid" vervangen door: , negentiende of tweeëntwintigste lid.
2. In artikel 28, vierde lid, wordt de zinsnede "of negentiende lid" vervangen door: , negentiende of tweeëntwintigste lid.

Artikel VI

1. Op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan inwerkingtreding van artikel I, onderdeel A, onder 1, subonderdeel a, wordt een open commanditaire vennootschap voor de toepassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, met inachtneming van alle regelingen die daarmee verband houden, geacht haar vermogensbestanddelen te hebben overgedragen aan de lichamen of natuurlijke personen die participeren in die vennootschap (beherende zowel als commanditaire vennoten) en te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten.
2. De commanditaire vennoot, bedoeld in het eerste lid, wordt op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan de beëindiging van de belastingplicht van een open commanditaire vennootschap geacht zijn aandeel in en schuldvorderingen op die vennootschap te hebben vervreemd.
3. Indien de in het tweede lid genoemde schuldvorderingen zijn afgewaardeerd ten laste van de in Nederland belastbare winst van de commanditaire vennoot die belastingplichtig is voor de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, wordt tot de winst van die vennoot gerekend een bedrag gelijk aan die afwaardering voor zover met betrekking tot die schuldvordering niet reeds een bedrag op de voet van artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 tot de winst van de belastingplichtige is gerekend.

Artikel VII

1. Ingeval sprake is van een open commanditaire vennootschap als bedoeld in artikel VI, eerste lid, met uitsluitend commanditaire vennoten die onderworpen zijn aan een belasting naar de winst voor lichamen, wordt op gezamenlijk verzoek van die vennootschap en die vennoten de als gevolg van de toepassing van artikel VI, eerste lid, behaalde winst niet in aanmerking genomen, mits voor het bepalen van de winst bij die vennootschap en die vennoten dezelfde bepalingen van toepassing zijn, alsmede noch bij die vennootschap noch bij die vennoten aanspraak bestaat op voorwaartse verrekening van verliezen op de voet van artikel 20 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, op vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse resultaten, op toepassing van de innovatiebox op de voet van artikel 12b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, op voortwenteling van een saldo aan renten op de voet van artikel 15b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, op toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten op de voet van artikel 15e van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, op toepassing van de deelnemingsverrekening op de voet van artikel 13aa juncto artikel 23c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 of op toepassing van de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten op de voet van artikel 23d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, en latere heffing is verzekerd. Indien de winst niet in aanmerking wordt genomen, treden die vennoten met betrekking tot al hetgeen in het kader van

de beëindiging van de belastingplicht van de open commanditaire vennootschap aan hen wordt geacht te zijn overgedragen in de plaats van de open commanditaire vennootschap.

2. Ingeval niet is voldaan aan de in het eerste lid, eerste zin, bedoelde vereisten, kan onze Minister, op een gezamenlijk verzoek van de open commanditaire vennootschap en alle commanditaire vennoten, bedoeld in het eerste lid, onder door hem te stellen voorwaarden de inspecteur belast met de aanslagregeling van de open commanditaire vennootschap toestaan de winst behaald als gevolg van de toepassing van artikel VI, eerste lid, geheel of ten dele buiten aanmerking te laten. Daarbij treden die vennoten met betrekking tot al hetgeen in het kader van de beëindiging van de belastingplicht van de open commanditaire vennootschap aan hen wordt geacht te zijn overgedragen, voor zover daaraan geen voorwaarden zijn gesteld, in de plaats van de open commanditaire vennootschap. De inspecteur beslist op het verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking waarin de in de eerste zin bedoelde voorwaarden zijn opgenomen.

3. De in het tweede lid bedoelde voorwaarden mogen slechts strekken ter verzekering van de heffing en de invordering van belasting welke verschuldigd zou zijn of zou worden indien de eerste zin van het tweede lid buiten toepassing zou blijven. Voorts kunnen voorwaarden worden gesteld die betrekking hebben op het bepalen van de in een jaar genoten winst van de commanditaire vennoten, bedoeld in het eerste lid, de toelaatbare reserves, de verrekening van verliezen, de vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse resultaten, de toepassing van de innovatiebox op de voet van artikel 12b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de voortwenteling van een saldo aan renten op de voet van artikel 15b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten op de voet van artikel 23d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de toepassing van de deelnemingsverrekening op de voet van artikel 13aa juncto artikel 23c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 of de toepassing van de verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten op de voet van artikel 23d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en kunnen voorwaarden worden gesteld indien op het tijdstip van beëindiging van de belastingplicht van de open commanditaire vennootschap de waarde in het economische verkeer van de vermogensbestanddelen die aan de vennoten, bedoeld in het eerste lid, worden geacht te zijn overgedragen lager is dan de boekwaarde van deze vermogensbestanddelen.

4. Het in het eerste en tweede lid bedoelde verzoek wordt uiterlijk op 31 december 2022, dan wel, indien dit eerder is, op het tijdstip van indienen van de aangifte voor de heffing van vennootschapsbelasting van de open commanditaire vennootschap over het jaar 2021, schriftelijk gedaan.

5. De toepassing van het eerste of tweede lid wordt uiterlijk op 31 december 2022 voltooid, en heeft terugwerkende kracht tot en met het in artikel VI, eerste lid, bedoelde tijdstip.

6. Het eerste en tweede lid vinden slechts toepassing indien de open commanditaire vennootschap en de commanditaire vennoten in Nederland zijn gevestigd, respectievelijk in Nederland een onderneming drijven, of in de zin van artikel 3.55, vijfde lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 zijn gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie of een bij ministeriële regeling aangewezen staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte.

Artikel VIII

1. Voor de toepassing van afdeling 3.2 en hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001 wordt op verzoek van een commanditaire vennoot als bedoeld in artikel VI, eerste lid, het voordeel uit de vervreemding van zijn aandeel in het kader van een aandelenfusie niet in aanmerking genomen.
2. Voor de toepassing van de artikelen VI tot en met IX wordt onder aandelenfusie verstaan de situatie waarin een commanditaire vennoot in het kader van de beëindiging van de belastingplicht van de open commanditaire vennootschap, bedoeld in artikel VI, eerste lid, alle aandelen in een in Nederland of in een andere lidstaat van de Europese Unie of een bij ministeriële regeling aangewezen staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende Europese Economische Ruimte gevestigde vennootschap verwerft, waarbij die andere vennootschap tegen uitreiking van eigen aandelen het aandeel afkomstig van die vennoot in die open commanditaire vennootschap verwerft, en die vennoot de aandelen in die andere vennootschap op het tijdstip van de bedoelde vervreemding voor dezelfde waarde te boek stelt als zijn aandeel in die open commanditaire vennootschap onmiddellijk voor de bedoelde vervreemding te boek was gesteld en latere heffing is verzekerd.
3. Indien de commanditaire vennoot, bedoeld in artikel VI, eerste lid, een aanmerkelijk belang als bedoeld in hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001 in de open commanditaire vennootschap heeft, wordt als verkrijgingsprijs van de in het kader van de aandelenfusie verworven aandelen aangemerkt de verkrijgingsprijs van het in het kader van de aandelenfusie vervreemde aandeel.
4. Het in het eerste lid bedoelde verzoek wordt uiterlijk op 31 december 2022, dan wel, indien dit eerder is, op het tijdstip van indienen van de aangifte voor de heffing van inkomstenbelasting van de commanditaire vennoot over het jaar 2021, schriftelijk gedaan.
5. De in dit artikel bedoelde aandelenfusie wordt uiterlijk op 31 december 2022 voltooid en heeft terugwerkende kracht tot en met het in artikel VI, eerste lid, bedoelde tijdstip.
6. Een in een lidstaat van de Europese Unie of een bij ministeriële regeling aangewezen staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte gevestigde vennootschap is een vennootschap die:
 - 1°. een van de rechtsvormen heeft die zijn opgenomen in de bijlage I, deel A, van Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenfusie met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat (PbEU 2009, L 310) of een rechtsvorm heeft die vergelijkbaar is met een van de rechtsvormen die voor Nederland zijn opgenomen in deze bijlage;
 - 2°. niet wordt geacht volgens een door de staat van vestiging met een derde staat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting te zijn gevestigd buiten de Europese Unie en de bij ministeriële regeling aangewezen staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en
 - 3°. zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld, in de staat van vestiging is onderworpen aan de aldaar geheven belasting naar de winst, bedoeld in bijlage I, deel B, van de

onder 1° genoemde richtlijn of aan een andere aldaar geheven belasting naar de winst.

7. Het eerste, tweede en derde lid vinden slechts toepassing indien de commanditaire vennoten, bedoeld in het eerste lid, in Nederland zijn gevestigd, respectievelijk in Nederland een onderneming drijven, of in de zin van artikel 3.55, vijfde lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 zijn gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie of een bij ministeriële regeling aangewezen staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte.

Artikel IX

1. Indien vermogensbestanddelen als bedoeld in artikel 3.92 van de Wet inkomstenbelasting 2001 niet langer door een commanditaire vennoot ter beschikking worden gesteld aan een open commanditaire vennootschap in verband met de inwerkingtreding van artikel I, onderdeel A, onder 1, subonderdeel a, maar die vermogensbestanddelen feitelijk ongewijzigd worden gebruikt in de onderneming waaruit de commanditaire vennoot, anders dan als ondernemer of aandeelhouder, als medegerechtigde tot het vermogen winst geniet, wordt, op verzoek van de commanditaire vennoot, de daarmee behaalde stakingswinst niet in aanmerking genomen voor het bepalen van het in het jaar uit de werkzaamheid genoten resultaat. In dat geval stelt de commanditaire vennoot, als medegerechtigde tot het vermogen van de commanditaire vennootschap, voor de bepaling van winst uit onderneming de boekwaarde van de betreffende vermogensbestanddelen op de boekwaarde daarvan bij de werkzaamheid.

2. Indien vermogensbestanddelen als bedoeld in artikel 3.92 van de Wet inkomstenbelasting 2001 niet langer door de belastingplichtige op grond van artikel 3.92, vierde lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 ter beschikking worden gesteld aan een open commanditaire vennootschap in verband met de inwerkingtreding van artikel I, onderdeel A, onder 1, subonderdeel a, maar die vermogensbestanddelen feitelijk ongewijzigd worden gebruikt in de onderneming waaruit de echtgenoot, anders dan als ondernemer of aandeelhouder, als medegerechtigde tot het vermogen winst geniet, wordt, op gezamenlijk verzoek van de commanditaire vennoot en de echtgenoot, de daarmee behaalde stakingswinst niet in aanmerking genomen voor het bepalen van het in het jaar uit de werkzaamheid genoten resultaat. In dat geval stelt de echtgenoot, als medegerechtigde tot het vermogen van de commanditaire vennootschap, voor de bepaling van winst uit onderneming de boekwaarde van de betreffende vermogensbestanddelen op de boekwaarde daarvan bij de werkzaamheid van de belastingplichtige.

3. Dit artikel is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot fiscale reserves als bedoeld in artikel 3.53, eerste lid, onderdelen a en b, van de Wet inkomstenbelasting 2001 alsmede voorzieningen die in overeenstemming met artikel 3.25 van de Wet inkomstenbelasting 2001 zijn gevormd bij de bepaling van het resultaat uit de werkzaamheid. Degene naar wie de reserve of voorziening is overgegaan, wordt geacht in de plaats te zijn getreden van degene die de reserve of voorziening heeft gevormd.

4. Het in het eerste en tweede lid bedoelde verzoek wordt uiterlijk op 31 december 2022, dan wel, indien dit eerder is, op het tijdstip van indienen van de aangifte voor de heffing van inkomstenbelasting over het jaar 2021, schriftelijk gedaan.

5. De toepassing van dit artikel wordt uiterlijk op 31 december 2022 voltooid en heeft terugwerkende kracht tot en met het in artikel VI, eerste lid, bedoelde tijdstip.

Artikel X

Voor de toepassing van de artikelen VI tot en met IX zijn artikel 9, eerste lid, onderdeel e, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en artikel 2, derde lid, onderdeel f, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, zoals die op 31 december 2021 luiden, van overeenkomstige toepassing.

Artikel XI

Deze wet treedt in werking met ingang van 1 januari 2022.

Artikel XII

Deze wet wordt aangehaald als: Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.

I. Algemeen

1. Aanpassing kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen

Inleiding

Voor bepaalde rechtsvormen is het huidige Nederlandse kwalificatiebeleid afwijkend van dat in andere landen. Kwalificatieverschillen tussen verschillende belastingstelsels kunnen ertoe leiden dat het ene land een lichaam als niet-zelfstandig belastingplichtig beschouwt (transparant, de achterliggende participanten worden als belastingplichtige beschouwd), terwijl het andere land een lichaam als zelfstandig belastingplichtig beschouwt (niet-transparant). Hierdoor kunnen zogenoemde hybride mismatches¹ ontstaan, wat kan resulteren in dubbele aftrek of aftrek zonder betrekking in de heffing. Tijdens de parlementaire behandeling van de in de vennootschapsbelasting opgenomen hybridemismatchmaatregelen die volgen uit de Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (ATAD2)² is een oproep gedaan om het huidige Nederlandse kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen te heroverwegen.³ De hybridemismatchmaatregelen zorgen er immers voor dat de gevolgen van hybride mismatches worden voorkomen, maar nemen de oorzaak (kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels) niet weg. De in dit wetsvoorstel voorgestelde aanpassingen van het kwalificatiebeleid van (buitenlandse) rechtsvormen zijn er onder andere op gericht te voorkómen dat hybride mismatches ontstaan. Daarmee wordt de oorzaak van hybride mismatches aangepakt.

De voorgestelde aanpassingen komen in essentie op het volgende neer. Ten eerste komt de vennootschapsbelastingplicht van de zogenoemde open commanditaire vennootschap per 1 januari 2022 te vervallen. Hierbij wordt voorzien in overgangsrecht. Daarnaast wordt het zogenoemde open fonds voor gemene rekening in de wet opnieuw gedefinieerd. Ten derde wordt voorgesteld om voor een tweetal bijzondere situaties een aanvullende methode van kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen te gebruiken.

Kwalificatie van (buitenlandse) rechtsvormen

Ten behoeve van de Nederlandse belastingheffing vindt de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen op dit moment plaats op basis van de zogenoemde rechtsvormvergelijkingsmethode. Op basis van deze methode worden bepaalde civielrechtelijke kenmerken van een buitenlandse rechtsvorm vergeleken met die van bestaande Nederlandse rechtsvormen, zoals de naamloze vennootschap (nv), de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (bv), de coöperatie, de vereniging, de stichting, de maatschap of de commanditaire vennootschap (cv). Vervolgens wordt de betreffende buitenlandse rechtsvorm in principe op dezelfde wijze behandeld als de Nederlandse rechtsvorm die hiermee vergelijkbaar is. De afgelopen jaren is vanuit de praktijk meerdere malen kritiek geuit op het Nederlandse kwalificatiebeleid inzake (buitenlandse) rechtsvormen. Met name wordt hierbij aandacht gevraagd voor het zogenoemde (hierna

¹ Met de per 1 januari 2020 ingevoerde hybridemismatchmaatregelen in de vennootschapsbelasting die volgen uit ATAD2 wordt, kort gezegd, de fiscale aantrekkelijkheid van hybride structuren beëindigd. Daarmee worden de gevolgen van deze hybride mismatches aangepakt en wordt aftrek geweigerd of wordt inkomen in de heffing betrokken.

² Stb. 2019, 508.

³ Kamerstukken II 2019/20, 35241, nr. 7, p. 6 en 7, en Kamerstukken II 2019/20, 35305, nr. 6, p. 37.

toegelichte) toestemmingsvereiste, waardoor bepaalde buitenlandse rechtsvormen voor Nederlandse doeleinden als fiscaal niet-transparant (zelfstandig belastingplichtig) worden aangemerkt, terwijl ze in de staat van vestiging als fiscaal transparant (niet-zelfstandig belastingplichtig) worden gezien. Deze kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels kunnen leiden tot hybride mismatches. In 2019 heeft het kabinet toegezegd te onderzoeken wat de knelpunten zijn van het Nederlandse kwalificatiebeleid inzake buitenlandse rechtsvormen (hierna: onderzoek kwalificatiebeleid (buitenlandse) rechtsvormen). In de loop van het jaar 2020 is dit onderzoek door het Ministerie van Financiën afgerond. Bij dit onderzoek is met verschillende belangenorganisaties contact geweest.⁴ De uitkomst van dit onderzoek is tweeledig. Allereerst stelt het kabinet voor de huidige Nederlandse kwalificatiemethode met betrekking tot buitenlandse rechtsvormen (de rechtsvormvergelijkingsmethode) te behouden, aangezien deze methode in de meeste situaties adequaat werkt bij de aanpak van kwalificatievraagstukken. In enkele bijzondere situaties biedt deze methode echter geen uitkomst. Daarom wordt door het kabinet in die bijzondere situaties een aanvullende methode voorgesteld, die hierna wordt toegelicht. Ten tweede wordt voorgesteld om voor de fiscale behandeling van de rechtsvorm cv het toestemmingsvereiste te laten vervallen. In dit kader houdt het toestemmingsvereiste in dat toetreding of vervanging van een commanditaire vennoot slechts kan plaatsvinden nadat alle vennoten (beherende en commanditaire) hiervoor toestemming hebben gegeven. Slechts indien aan dit toestemmingsvereiste wordt voldaan, is sprake van een fiscaal transparante (niet-zelfstandig belastingplichtige) cv (de 'besloten cv'). Indien niet aan dit toestemmingsvereiste wordt voldaan, is de cv zelfstandig belastingplichtig (niet-transparant) voor de vennootschapsbelasting (de 'open cv').

Bij de kwalificatie door Nederland van buitenlandse rechtsvormen die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse cv wordt momenteel op basis van het genoemde toestemmingsvereiste beslist of sprake is van een gelijkstelling met een besloten cv of met een open cv. Uit het genoemde onderzoek (kwalificatiebeleid (buitenlandse) rechtsvormen) is naar voren gekomen dat de kwalificatie door Nederland van de cv internationaal gezien uit de pas loopt, hetgeen tot hybride mismatches kan leiden. Door toepassing van het toestemmingsvereiste worden bepaalde buitenlandse rechtsvormen namelijk voor Nederlandse doeleinden als fiscaal niet-transparant (zelfstandig belastingplichtig) aangemerkt, terwijl ze in de vestigingsstaat als fiscaal transparant (niet-zelfstandig belastingplichtig) worden behandeld. Hierdoor kan dubbele heffing of dubbele niet-heffing ontstaan.⁵ Om die reden stelt het kabinet voor dit toestemmingsvereiste te laten vervallen. Dit heeft tot gevolg dat het kenmerkende onderscheid tussen de twee bestaande varianten van de cv (open cv of besloten cv) op basis van dit voorstel niet meer zal bestaan. Daarmee vervalt, naar de mening van het kabinet, het bestaansrecht van de open cv en wordt voorgesteld deze kwalificatie te laten vervallen. Dit betekent dat op basis van het onderhavige voorstel iedere cv als fiscaal transparant (niet-zelfstandig belastingplichtig) wordt aangemerkt.

⁴ Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, Register Belastingadviseurs, VNO-NCW, Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen, Tax Justice NL en Dutch Fund and Asset Management Association.

⁵ Voor zover deze grensoverschrijdende mismatches leiden tot dubbele niet-heffing geldt de per 1 januari 2019 ingevoerde Wet implementatie tweede EU-richtlijn antibelastingontwijking (Richtlijn (EU) 2017/952 van de Raad van 29 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybride mismatches met derde staten, PbEU 2017, L 144/1), "ATAD2". Het laten vervallen van het toestemmingsvereiste voorkomt echter in bepaalde gevallen dat een grensoverschrijdende mismatch ontstaat, waardoor in zijn geheel niet aan ATAD2 wordt toegekomen.

Voor de toepassing van de dividendbelasting en de bronbelasting op renten en royalty's komt de open cv als inhoudingsplichtige te vervallen. Dit heeft tot gevolg dat de open cv niet langer inhoudingsplichtig is voor deze belastingen met betrekking tot uitgaande dividenden, renten en royalty's.

Overgangsrecht bij het vervallen van de open cv

Met het vervallen van de zelfstandige vennootschapsbelastingplicht voor de open cv worden alle bestaande open cv's met ingang van 1 januari 2022 als fiscaal transparant aangemerkt. Vanaf dat moment worden alle - ook de commanditaire - vennoten rechtstreeks voor hun aandeel in de resultaten van de cv in de heffing van inkomsten- of vennootschapsbelasting betrokken. Voor de beherende vennoten heeft de afschaffing van de open cv geen fiscale gevolgen. Immers, zij worden op dit moment reeds rechtstreeks in de belastingheffing betrokken voor hun aandeel in de resultaten van de open cv.

Voor wat betreft de overgang van een open cv naar een fiscaal transparante cv gebeurt er civielrechtelijk niets. Het betreft uitsluitend een wijziging van de fiscale kwalificatie. Er zal civielrechtelijk dan ook geen sprake zijn van een vermogensoverdracht of -overgang. Omdat de cv als rechtsvorm bij beëindiging van haar vennootschapsbelastingplicht niet ophoudt te bestaan, maar civielrechtelijk geen sprake is van een vermogensoverdracht of -overgang, wordt in het voorgestelde overgangsrecht (bij fictie) geregeld dat - voor fiscale doeleinden - een bestaande open cv, op het moment direct voorafgaand aan de beëindiging van haar belastingplicht, geacht wordt al haar vermogensbestanddelen te hebben overgedragen aan haar vennoten (zowel de commanditaire als de beherende) tegen de waarde in het economische verkeer. Daarnaast wordt de open cv - op hetzelfde moment - geacht te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten. Deze ficties hebben tot gevolg dat bij de open cv sprake is van een verplichte eindafrekening in de vennootschapsbelasting over alle in haar onderneming aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill (eindafrekeningswinst). Hierbij komt het gedeelte van de eindafrekeningswinst van de open cv dat toekomt aan de beherende vennoten in aftrek bij het bepalen van die eindafrekeningswinst. Voor de volledigheid wordt gemeld dat voor de toepassing van de desinvesteringsbijtelling de vermogensbestanddelen van de open cv eveneens geacht worden te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer.

Voor fiscale doeleinden geldt daarnaast dat de commanditaire vennoten na afschaffing van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv niet langer een aandeel houden in die cv. De bezittingen en schulden van de (fiscaal transparante) cv worden vanaf dat moment immers direct toegerekend aan de commanditaire vennoten naar rato van ieders gerechtigdheid. In het voorgestelde overgangsrecht is daarom geregeld dat een commanditaire vennoot van een open cv, op het moment direct voorafgaand aan de beëindiging van de vennootschapsbelastingplicht van die cv, geacht wordt zijn aandeel in (en schuldvorderingen op) die cv te hebben vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer (fictieve vervreemding).

Hierbij is het uitgangspunt van het kabinet dat het door middel van het bieden van fiscale faciliteiten onder bepaalde voorwaarden mogelijk wordt om belastingheffing als direct gevolg van

het wettelijk vervallen van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv zoveel mogelijk te voorkomen.

Hiertoe voorziet het overgangsrecht in een viertal faciliteiten:

(i) doorschuiffaciliteit: de fiscale claims op alle in de onderneming van de open cv aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill worden overgenomen door de commanditaire vennoten die onderworpen zijn aan een belasting naar de winst voor lichamen;

(ii) aandelenfusie: commanditaire vennoten kunnen de fiscale claims op hun aandeel in de cv doorschuiven.

(iii) gespreide betaling in tien jaar.

(iv) doorschuiffaciliteit bij terbeschikkingstellingsituaties: commanditaire vennoten kunnen de fiscale claims op het aan de open cv ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel doorschuiven, indien het vermogensbestanddeel feitelijk ongewijzigd wordt gebruikt in de onderneming waaruit de commanditaire vennoot winst uit onderneming gaat genieten.

Ad (i) Indien alle commanditaire vennoten onderworpen zijn aan een belasting naar de winst voor lichamen kunnen zij - tezamen met de open cv - verzoeken om de belastingheffing over de eindafrekeningswinst als gevolg van de afschaffing van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv achterwege te laten. In dat geval treden de vennoten met betrekking tot al hetgeen in het kader van de beëindiging van de belastingplicht van de open cv aan hen wordt geacht te zijn overgedragen in de plaats van de open cv. Dit heeft onder andere tot gevolg dat de commanditaire vennoten op hun fiscale balans de vermogensbestanddelen van de cv tegen dezelfde waarde opnemen (naar rato van ieders gerechtigdheid) als de boekwaarde van deze vermogensbestanddelen te boek stonden op de balans van de open cv (op het moment onmiddellijk voor afschaffing van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv).

Belastingheffing kan alleen achterwege blijven indien aan een aantal voorwaarden ter verzekering van de heffing en inning wordt voldaan. Daarnaast kan de faciliteit alleen worden toegepast indien zowel de open cv als de commanditaire vennoten in Nederland, een EU-lidstaat of EER-staat zijn gevestigd. Dit heeft tot gevolg dat indien (één van) de commanditaire vennoten niet in een van de genoemde landen is gevestigd afgerekend dient te worden over de eindafrekeningswinst.

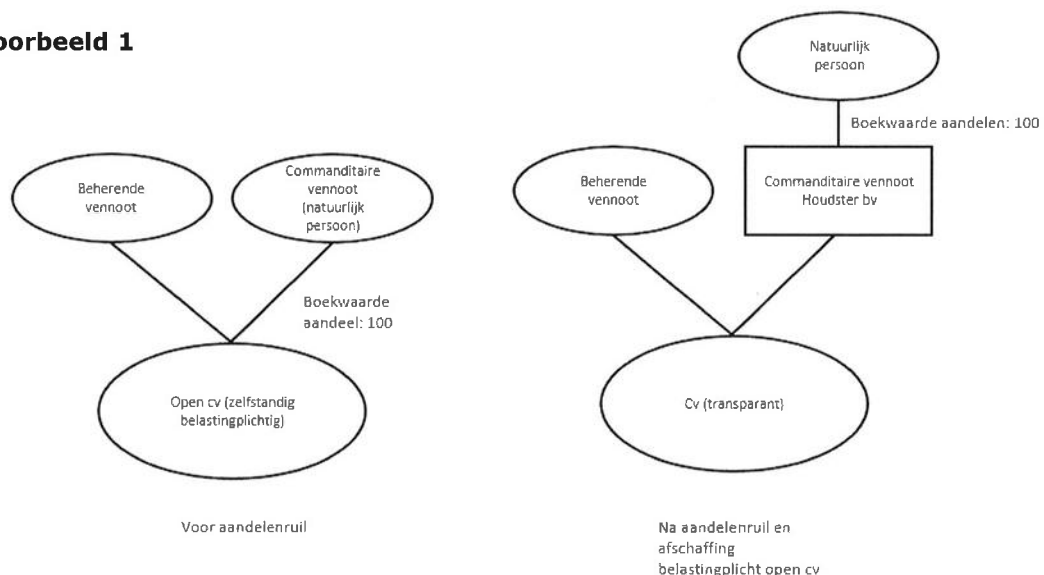
Ad (ii) Een commanditaire vennoot kan zijn aandeel in de cv in een nieuwe houdstervenootschap (gevestigd in Nederland, een EU-lidstaat of EER-staat) storten tegen uitreiking van nieuwe aandelen in die vennootschap. Over de winst bij vervreemding van het aandeel door de commanditaire vennoot als onderdeel van een zogenoemde aandelenfusie is geen belastingheffing verschuldigd mits deze commanditaire vennoot het in die houdstervenootschap verkregen aandelenbelang voor dezelfde waarde te boek stelt als zijn aandeel in de open cv, zodat de fiscale claim niet verloren gaat. Het gaat dan om de waarde van zijn aandeel in de open cv onmiddellijk voorafgaand aan het moment dat de vennootschapsbelastingplicht van de open cv komt te vervallen. Daarnaast wordt bij de commanditaire vennoot voor het aanmerkelijk belang de verkrijgingsprijs van het aandeel in de cv doorgeschoven naar de aandelen van de nieuwe houdstervenootschap zodat ook deze fiscale claim behouden blijft. De commanditaire vennoot heeft de mogelijkheid om de aandelenfusie uiterlijk te laten plaatsvinden op 31 december 2022

(tenzij eerder aangifte over het jaar 2021 wordt gedaan). Dit heeft terugwerkende kracht tot en met het tijdstip direct voorafgaand aan de beëindiging van de belastingplicht van de open cv.

Elke commanditaire vennoot kan deze faciliteit afzonderlijk toepassen door middel van een houdstervenootschap. Het is echter ook mogelijk dat de commanditaire vennoten gezamenlijk een houdstervenootschap oprichten waarin zij hun aandeel in de open cv storten tegen uitreiking van nieuwe aandelen.

In de situatie van een open cv met commanditaire vennoten die belastingplichtig zijn voor de inkomstenbelasting, kan geen rechtstreeks beroep worden gedaan op de hierboven bij (i) beschreven doorschuiffaciliteit. Immers, één van de vereisten is dat alle commanditaire vennoten onderworpen zijn aan een belasting naar de winst voor lichamen. Echter, in twee stappen kan alsnog aanspraak worden gemaakt op de doorschuiffaciliteit waarbij de belastingclaim van de open cv wordt doorgeschoven. Stap 1 is dat een commanditaire vennoot gebruik maakt van de aandelenfusie. Stap 2 is dat de houdstervenootschap (die in stap 1 tot commanditaire vennoot is geworden) samen met de open cv een verzoek doet op de doorschuiffaciliteit. Het voorgaande wordt verduidelijkt met het volgende voorbeeld:

Voorbeeld 1



Een commanditaire vennoot (natuurlijk persoon) heeft een aandeel in een open cv met boekwaarde 100 (op het moment onmiddellijk voorafgaand aan de beëindiging van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv). De commanditaire vennoot richt gedurende het jaar 2022 een houdstervenootschap op in de vorm van een bv (houdster-bv) waarin hij zijn aandeel in de open cv stort tegen uitreiking van aandelen in de houdster-bv. Met een beroep op genoemde aandelenfusie is vervreemding van zijn aandeel niet belast op voorwaarde dat de commanditaire vennoot de aandelen in die houdster-bv tegen dezelfde waarde als zijn aandeel in de cv te boek stelt. De houdster-bv wordt de nieuwe commanditaire vennoot van de cv.

Vervolgens kan op gezamenlijk verzoek van de open cv en de commanditaire vennoot (de houdster-bv) een beroep worden gedaan op genoemde doorschuiffaciliteit. Dit betekent dat zowel belastingheffing bij de open cv als bij de commanditaire vennoot achterwege kan blijven. Zowel de aandelenfusie als de doorschuiffaciliteit vinden plaats met terugwerkende kracht tot het moment onmiddellijk voorafgaand aan de beëindiging van de belastingplicht van de open cv (het ondeelbare moment voordat het kalenderjaar 2022 een aanvang neemt).

Ad (iii) In de situatie dat de open cv en haar commanditaire vennoten niet van de genoemde faciliteiten gebruik kunnen maken en aldus worden geconfronteerd met belastingheffing als direct gevolg van de beëindiging van de belastingplicht van de open cv, wordt de mogelijkheid geboden om de ontstane belastingschuld te betalen over een periode van tien jaar in tien gelijke termijnen. Deze belastingplichtigen hebben namelijk deze heffing niet voorzien en hebben daardoor mogelijk niet de financiële middelen kunnen reserveren om deze belastingschuld te betalen. Het staat de belastingplichtigen uiteraard vrij om niet van deze wettelijke betalingsregeling gebruik te maken en de belastingschuld in één keer te voldoen binnen de reguliere betalingstermijn.

Ad (iv) In de situatie dat een commanditaire vennoot geen gebruik maakt van de aandelenfusiefaciliteit (ii), eindigt de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen door de commanditaire vennoot, natuurlijk persoon, aan een lichaam waarin de commanditaire vennoot een aanmerkelijk belang heeft. De mogelijkheid wordt geboden om belastingheffing over de daarmee behaalde stakingswinst niet in aanmerking te nemen. Om de fiscale claim over de stille en fiscale reserves te behouden, wordt de boekwaarde van de vermogensbestanddelen doorgeschoven naar de onderneming waaruit de commanditaire vennoot voortaan winst uit onderneming geniet.

Afschaffen van het toestemmingsvereiste voor het open fonds voor gemene rekening

Hiervoor is aan de orde gekomen dat het toestemmingsvereiste voor de cv als onderscheidend criterium voor de fiscale kwalificatie komt te vervallen. Dit heeft ook een effect op een bijzondere rechtsfiguur, het fonds voor gemene rekening (fgr). Net zoals bij de cv zijn bij het fgr twee fiscale varianten mogelijk: het voor de vennootschapsbelasting belastingplichtige fgr (niet-transparant, het 'open fgr') en het fiscaal transparante fgr (die niet zelfstandig belastingplichtig is, het 'besloten fgr'). Ook speelt voor de kwalificatie van het fgr (open of besloten), net zoals bij de cv, het toestemmingsvereiste een bepalende rol. Met betrekking tot het fgr wordt, om dezelfde reden als bij de cv (namelijk, het voorkomen van hybridemismatches) eveneens voorgesteld om het toestemmingsvereiste te laten vervallen.⁶ Er is op dit moment sprake van een voor de vennootschapsbelasting belastingplichtige fgr (open fgr) indien de bewijzen van deelgerechtigdheid in het fgr verhandelbaar zijn. De bewijzen van deelgerechtigdheid worden als verhandelbaar aangemerkt indien voor vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist, met dien verstande dat ingeval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fgr of aan bloed- en aanverwanten in de rechte linie de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt. Indien bij een fgr daarentegen wel een dergelijke toestemming is vereist, is sprake van een besloten fgr (fiscaal transparant). Aangezien de praktijk (dat wil zeggen investeerders en beleggingsinstellingen) behoefte heeft aan de huidige twee varianten van het fgr (open of besloten), wordt door het kabinet voorgesteld om beide varianten te laten bestaan, waarbij voor het onderscheid tussen de varianten het toestemmingsvereiste wordt vervangen door een ander criterium. De voorgestelde definitie voor het open fgr houdt in dat een fgr voor de vennootschapsbelasting als zelfstandig belastingplichtig wordt aangemerkt indien sprake is van een

⁶ In de uitspraak van de Hoge Raad van 24 november 1976, ECLI:NL:PHR:1976:AX3276, is bepaald dat voor de vergelijking van een maatschap met een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal enerzijds sprake moest zijn van een participatie in de maatschap die maatschappelijk overeenkomt met een aandeel (zoals een aandeel van een nv) en anderzijds dat de participatie vrij overdraagbaar moet zijn in de zin van zowel het huidige artikel 2, derde lid, Wet Vpb 1969 als artikel 2, derde lid, onderdeel c, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Dit arrest zal zijn betekenis verliezen door het onderhavige wetsvoorstel.

fgr dat tegen uitreiking van bewijzen van deelgerechtigdheid vermogen bijeenbrengt om dit collectief te beleggen en waarbij ofwel de bewijzen van deelgerechtigdheid worden verhandeld op een gereguleerde markt als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een daarmee vergelijkbaar handelsplatform⁷ ofwel het fgr de verplichting heeft tot inkoop van eigen deelnemingsrechten. De inkoopverplichting betekent dat het fgr de verplichting heeft om met regelmaat de bewijzen van deelgerechtigdheid op verzoek van de deelgerechtigden in te kopen of terug te betalen ten laste van de activa van het fgr. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat bij de invulling van de 'verplichting tot inkoop' door het fgr het kabinet gekozen heeft voor een zuiver juridische benadering. Er is slechts sprake van een inkoopverplichting indien dit uit de fondsvoorwaarden blijkt. Dit heeft tot gevolg dat een fgr (dit geldt echter niet voor een zogenoemd 'familiefonds', zie hierna) zelf kan kiezen voor de bedrijfsmatig gewenste civielrechtelijke vormgeving, waarbij sprake is van ofwel zelfstandige belastingplicht (open fgr) ofwel fiscale transparantie. De achtergrond van deze keuzevrijheid is gelegen in de verwachting van het kabinet dat het volgen van de fondsvoorwaarden tot eenvoud en duidelijkheid leidt bij zowel belastingplichtigen als bij de Belastingdienst.

Een fgr dat gebruikt wordt voor het beheer van vermogen ten behoeve van een groep familieleden en aanverwanten is in het verleden mogelijk gestructureerd als open fgr (familiefonds).⁸ Dit is de afgelopen vijf jaar veelal gedaan om het 'box-hoppen' of het 'anonimiseren van vermogen' mogelijk te maken.⁹ Daarnaast is een wezenlijk kenmerk van genoemd familiefonds dat de deelgerechtigden hun bewijzen van deelgerechtigdheid feitelijk slechts overdragen binnen de beperkte kring van familieleden en aanverwanten. Het voorgaande vormt voor het kabinet aanleiding om genoemd familiefonds niet langer in aanmerking te laten komen voor zelfstandige belastingplicht.

Kwalificatie (buitenlandse) rechtsvormen: twee aanvullende methodes

Hoewel de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen op basis van de rechtsvormvergelijkingsmethode in de meeste gevallen volstaat, is mede uit het eerdergenoemde onderzoek kwalificatiebeleid (buitenlandse) rechtsvormen naar voren gekomen dat in een aantal situaties de rechtsvormvergelijkingsmethode geen oplossing biedt. Het betreft hierbij situaties waarin geen vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm bestaat, waardoor de buitenlandse rechtsvorm ook niet op een vergelijkbare wijze in de Nederlandse belastingheffing kan worden betrokken. In die situaties is met regelmaat sprake van een hybridemismatch. Om die reden stelt het kabinet voor om ten behoeve van het kwalificeren van buitenlandse rechtsvormen in genoemde situaties twee aanvullende methodes in de vennootschapsbelasting op te nemen. Deze twee methodes worden hierna toegelicht. De eerste methode betreft de 'symmetrische methode'. Deze methode biedt een oplossing voor situaties (waarin geen vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm bestaat en) waarin een naar buitenlands recht opgericht en in het buitenland gevestigd lichaam een belang heeft in een Nederlandse belastingplichtige (voor de vennootschapsbelasting) of indien sprake is

⁷ Een voorbeeld van een gereguleerde markt is een effectenbeurs zoals Euronext. Een handelsplatform vergelijkbaar met een gereguleerde markt is bijvoorbeeld NPEX.

⁸ Zie de antwoorden op Kamervragen, Aangangsels Handelingen 2014/15, nr. 324, Aangangsels Handelingen 2015/16, nr. 1982; Aangangsels Handelingen 2017/18, nr. 2800, en Aangangsels Handelingen 2018/19, nr. 732.

⁹ Met 'box-hoppen' wordt bedoeld het gekunsteld verschuiven van belastingheffing over inkomen uit vermogen van box 3 naar box 2. Hiervan wordt gebruikgemaakt indien sprake is van laag renderend vermogen. Het resultaat is lagere belastingheffing. Met het anonimiseren van vermogen wordt bedoeld op de situatie dat familievermogen wordt gestructureerd als een zelfstandig belastingplichtig fgr met als doel het beschermen van de privacy van een groep vermogende natuurlijke personen en niet om minder belasting te betalen of het vermogen te onttrekken aan het zicht van de Belastingdienst.

van een situatie waarin een Nederlandse belastingplichtige (voor de vennootschapsbelasting) een belang heeft in een naar buitenlands recht opgericht lichaam (dat geen vergelijkbare Nederlandse rechtsvorm kent). Op basis van de symmetrische methode wordt door Nederland de behandeling voor de betreffende winstbelasting van de staat van oprichting van het lichaam met die buitenlandse rechtsvorm (niet-transparant en zelfstandig belastingplichtig of transparant en niet-zelfstandig belastingplichtig) gevolgd voor de vennootschapsbelasting.¹⁰ De tweede methode voor kwalificatie van een buitenlandse rechtsvorm wordt gebruikt in de volgende situatie. Een naar buitenlands recht opgericht lichaam dat in Nederland is gevestigd en dat op basis van de rechtsvormvergelijkingsmethode niet vergelijkbaar is met een Nederlandse rechtsvorm, wordt altijd aangemerkt als een binnenlands belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting. Dit wordt ook wel aangeduid als de 'vaste methode'. Hiermee wordt bereikt dat er significant minder kwalificatieverschillen ontstaan.

Overige wijzigingen

Aangezien wordt voorgesteld de kwalificatie van een cv als open cv te laten vervallen, dient de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) hierop te worden aangepast.

2. Budgettaire aspecten

PM

3. EU-aspecten

PM

4. Gevolgen voor bedrijfsleven en burger

PM

5. Uitvoeringskosten Belastingdienst

PM

6. Advies en Consultatie

PM

¹⁰ De symmetrische methode wordt ook wel de 'volgen-methode' genoemd.

II. Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1, onderdeel A (artikel 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

In artikel 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) is de binnenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting vastgelegd.

Zoals in het algemeen deel van deze memorie is toegelicht, wordt voorgesteld om de kwalificatie van een cv als open cv te laten vervallen, waardoor alle bestaande open cv's met ingang van de inwerkingtredingsdatum van dit wetsvoorstel (1 januari 2022) voor de vennootschapsbelasting als fiscaal transparant worden aangemerkt. Voorgesteld wordt om in artikel 2, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 de woorden 'open commanditaire vennootschap' te schrappen. Dit heeft tot gevolg dat een open cv niet langer als binnenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting wordt aangemerkt en haar bezittingen en schulden rechtstreeks aan de vennoten worden toegerekend. In het voorgestelde overgangsrecht wordt het mogelijk gemaakt om onder bepaalde voorwaarden de aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill fiscaal geruisloos door te schuiven (zie artikel VII).

In artikel 2, eerste lid, onderdelen a tot en met g, Wet Vpb 1969 is een opsomming gegeven van de lichamen die als binnenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting worden aangemerkt. Behalve naar Nederlands recht opgerichte lichamen kunnen ook naar buitenlands recht opgerichte lichamen binnenlands belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting, indien deze lichamen zijn gevestigd in Nederland. Aan de hand van het Nederlandse kwalificatiebeleid voor (buitenlandse) rechtsvormen wordt bepaald onder welk onderdeel van het genoemde eerste lid een naar buitenlands recht opgericht lichaam valt. Dit kwalificatiebeleid is gebaseerd op de methode van rechtsvormvergelijking. Op basis van de methode van rechtsvormvergelijking wordt een buitenlands lichaam met een bepaalde rechtsvorm op basis van zijn civielrechtelijke kenmerken op dezelfde wijze in de Nederlandse belastingheffing betrokken als een lichaam met een Nederlandse rechtsvorm die daarmee het meest vergelijkbaar is. Een naar buitenlands recht opgericht lichaam is op grond van de rechtsvormvergelijkingsmethode veelal vergelijkbaar met één van de lichamen die zijn opgesomd in de onderdelen a tot en met g van artikel 2, eerste lid, Wet Vpb 1969 ofwel met een maatschap, vennootschap onder firma (vof) of cv. In het geval van een maatschap, vof of cv vindt de belastingheffing op het niveau van de vennoten plaats.

Indien echter voor de rechtsvorm van een naar buitenlands recht opgericht lichaam (buitenlandse rechtsvorm) geen Nederlands equivalent bestaat, is op voorhand geen duidelijkheid op welke wijze die buitenlandse rechtsvorm voor Nederlandse fiscale doeleinden moet worden behandeld. Dit kan tot grensoverschrijdende mismatches leiden, met mogelijk dubbele belastingheffing of dubbele niet-heffing tot gevolg. Daarom wordt in het voorgestelde onderdeel h van artikel 2, eerste lid, Wet Vpb 1969 geregeld dat een naar buitenlands recht opgericht lichaam dat in Nederland is gevestigd en dat op basis van het genoemde Nederlandse kwalificatiebeleid niet vergelijkbaar is met een van de rechtsvormen van de lichamen zoals opgesomd in de genoemde onderdelen a tot en met g, noch met een maatschap, vof of cv, wordt aangemerkt als een binnenlands belastingplichtig lichaam voor de vennootschapsbelasting. Dit wordt ook wel de 'vaste methode' genoemd. In het algemeen deel van deze memorie wordt dit nader toegelicht in de paragraaf 'Kwalificatie

(buitenlandse) rechtsvormen: twee aanvullende methodes'. Hierbij volgen enkele voorbeelden van naar buitenlands recht opgerichte lichamen met een rechtsvorm waarvoor geen Nederlands equivalent beschikbaar is: de "Limited Liability Partnership" (LLP) opgericht naar het recht van het Verenigd Koninkrijk, de "Unlimited Company" (ULC) opgericht naar Iers recht en de "Kommanditgesellschaft auf Aktien" (KGaA) opgericht naar Duits recht. Deze lichamen worden, indien zij in Nederland zijn gevestigd, door het voorgestelde artikel 2, eerste lid, onderdeel h, Wet Vpb 1969 als binnenlands belastingplichtig aangemerkt.

In het algemeen deel van deze memorie is beschreven dat wordt voorgesteld om voor het fgr het toestemmingsvereiste¹¹ af te schaffen. Daar is tevens het voorstel beschreven om de huidige twee verschijningsvormen van een fgr (zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting of fiscaal transparant) te behouden. In het voorgestelde artikel 2, derde lid, Wet Vpb 1969 wordt daarom een nieuwe definitie gegeven van een fgr dat als zelfstandig belastingplichtig lichaam voor de vennootschapsbelasting kwalificeert (hierna ook: open fgr). In genoemd artikel, derde lid, onderdeel a, wordt geregeld dat sprake is van een open fgr indien de bewijzen van deelgerechtigdheid door de deelgerechtigden worden verhandeld op een gereguleerde markt als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht. Hieronder valt bijvoorbeeld een effectenbeurs, zoals Euronext. Daarnaast kan verhandeling van de bewijzen van deelgerechtigdheid plaatsvinden op een met een dergelijk gereguleerde markt vergelijkbaar handelsplatform, bijvoorbeeld NPEX. In het voorgestelde artikel 2, derde lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 wordt geregeld dat sprake is van een open fgr indien deze fgr een doorlopende verplichting heeft tot inkoop van eigen deelnemingsrechten ten laste van de eigen activa en deze inkoopverplichting met een bepaalde regelmaat uitoefent. Door middel van deze inkoopverplichting wordt aan de deelgerechtigden de mogelijkheid geboden om op elk door hen gewenst moment hun participaties te kunnen verkopen aan het fgr. In de laatste zinsnede van de eerste zin in het genoemde lid, die aanvangt met de woorden "behoudens indien", wordt geregeld dat een zogenoemd familiefonds dat is gestructureerd als een fgr niet als zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting wordt aangemerkt. Er is sprake van een familiefonds indien de bewijzen van deelgerechtigdheid in het fonds reeds dan wel in feite, direct of indirect, uitsluitend of nagenoeg uitsluitend kunnen worden overgedragen aan een deelgerechtigde in het desbetreffende fonds, de partner van een deelgerechtigde, een of meer bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn van een deelgerechtigde of zijn partner. De bedoeling van een genoemd familiefonds is dat de deelgerechtigden hun bewijzen van deelgerechtigdheid in het fonds slechts kunnen overdragen binnen de beperkte kring van familieleden en aanverwanten. Dit vormt een argument om de genoemde familiefondsen niet als zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting aan te merken.

Hieronder worden verschillende onderdelen van de voorgestelde definitie van open fgr nader toegelicht. Allereerst is een open fgr een samenwerkingsverband tussen de deelgerechtigden ter

¹¹ Op basis van de huidige wetgeving is sprake van een open fgr indien de bewijzen van deelgerechtigdheid in het desbetreffende fgr verhandelbaar zijn. De bewijzen van deelgerechtigdheid in een fgr worden als verhandelbaar aangemerkt indien voor vervreemding niet de toestemming van alle deelgerechtigden is vereist, met dien verstande dat ingeval vervreemding uitsluitend kan plaatsvinden aan het fonds voor gemene rekening of aan bloed- en aanverwanten in de rechte lijn de bewijzen niet als verhandelbaar worden aangemerkt. Indien bij een fgr daarentegen wel een dergelijke toestemming is vereist, is sprake van een fiscaal transparante fgr.

verkrijging van voordelen door het voor gezamenlijke rekening beleggen van gelden. De rechtsfiguur fgr heeft geen specifieke rechtsvorm en komt tot stand bij overeenkomst, waarbij geen notariële akte is vereist. Een open fgr mist weliswaar rechtspersoonlijkheid, maar onderscheidt zich in financieel-economisch opzicht niet wezenlijk van een beursgenoteerde nv die het beleggen van gelden in effecten of vastgoed ten doel heeft. Een open fgr is dan ook sinds 1970 belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.¹² De term 'voor gemene rekening' zoals deze is opgenomen in de oorspronkelijke definitie van een open fgr wordt vervangen door de term 'collectief beleggen'. Hiermee is geen inhoudelijke wijziging beoogd. De term 'collectief beleggen' sluit aan bij artikel 6a, derde lid, Wet Vpb 1969 en impliceert het publiekelijk aantrekken van vermogen dat wordt aangewend om te beleggen.¹³

Bij de invulling van de verplichting tot inkoop die met een bepaalde regelmaat wordt uitgeoefend door een open fgr, wordt een zuiver juridische benadering voorgesteld. Dit betekent dat slechts sprake is van een inkoopverplichting indien dit uit de fondsvoorwaarden blijkt. Dit heeft tot gevolg dat een fgr - met uitzondering van genoemde familiefondsen - zelf kan kiezen voor de bedrijfsmatig gewenste civielrechtelijke vormgeving, waarbij sprake is van ofwel zelfstandige belastingplicht (open fgr) ofwel fiscale transparantie (besloten fgr). Bij een besloten fgr worden de deelgerechtigden in het fgr als belastingplichtig aangemerkt.

Ten slotte wordt in het voorgestelde artikel 2, derde lid, Wet Vpb 1969 een open fgr als onderneming aangemerkt. Aangezien beleggen niet het drijven van een onderneming vormt, wordt door het handhaven van deze zin in de voorgestelde definitie geregeld dat het collectief beleggen door een fgr als onderneming wordt aangemerkt voor de toepassing van genoemde wet. Hierdoor zijn de wetsbepalingen van de overige hoofdstukken van toepassing op de beleggingsactiviteiten van het fgr.

Met de voorgestelde aanpassing van artikel 2, vijfde lid, Wet Vpb 1969 wordt geregeld dat de ondernemingsfictie tevens van toepassing is voor de binnenlandse belastingplichtigen genoemd in het voorgestelde onderdeel h van het eerste lid van artikel 2 Wet Vpb 1969 (zie hiervoor).

Artikel I, onderdeel B (artikel 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

In artikel 3 Wet Vpb 1969 wordt geregeld wie buitenlandse belastingplichtigen zijn. Naar buitenlands recht opgerichte lichamen die niet in Nederland zijn gevestigd en Nederlands inkomen genieten, worden als buitenlandse belastingplichtigen aangemerkt.

Voorgesteld wordt om in artikel 3, eerste lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969 de zinsnede "open commanditaire vennootschappen en andere" te schrappen. Dit houdt verband met het in het algemeen deel van deze memorie toegelichte voorstel om de open cv niet langer aan te merken als belastingplichtig lichaam voor de vennootschapsbelasting.

In het voorgestelde onderdeel e van artikel 3, eerste lid, Wet Vpb 1969 wordt geregeld dat een naar het recht van een andere staat opgericht lichaam, dat in die staat ingevolge de wet- en

¹² Zie het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 januari 2007, CPP2006/1870M.

¹³ Kamerstukken II 2006/07, 30533, nr. E, p. 1.

regelgeving van die staat aldaar onderworpen is aan een belasting naar de winst, maar waarvan de rechtsvorm niet vergelijkbaar is met de rechtsvorm van een van de in artikel 2, eerste lid, onderdelen a tot en met g, Wet Vpb 1969 opgesomde lichamen en niet met die van een maatschap, vof of cv, als buitenlandse belastingplichtige aan de vennootschapsbelasting is onderworpen voor zover dat lichaam Nederlands inkomen geniet. Aangezien het genoemde buitenlandse lichaam een rechtsvorm heeft die niet vergelijkbaar is met een bestaande Nederlandse rechtsvorm, is het op voorhand niet duidelijk of het genoemde buitenlandse lichaam voor Nederlandse fiscale doeleinden als zelfstandig belastingplichtig of als fiscaal transparant moet worden aangemerkt. Dit zou kunnen leiden tot internationale mismatches met mogelijk dubbele belastingheffing of dubbele niet-heffing tot gevolg. In genoemd onderdeel e wordt derhalve voorgesteld om bij het genoemde buitenlandse lichaam de fiscale behandeling (belastingplichtig of fiscaal transparant) van de staat van oprichting van het buitenlandse lichaam te volgen. Dat wil zeggen dat wanneer een naar het recht van een andere staat opgericht lichaam dat in die staat onderworpen is aan een belasting naar de winst, Nederlands inkomen geniet, dat lichaam door Nederland als een buitenlands belastingplichtig lichaam voor de vennootschapsbelasting wordt aangemerkt. Dit wordt ook wel de 'symmetrische methode' genoemd. In het algemeen deel van deze memorie wordt dit nader toegelicht in de paragraaf 'Kwalificatie (buitenlandse) rechtsvormen: twee aanvullende methodes'. Het voorgestelde onderdeel e betekent echter ook dat indien een naar buitenlands recht opgericht lichaam met een rechtsvorm waarvoor geen Nederlands equivalent bestaat door de oprichtingsstaat als fiscaal transparant wordt aangemerkt, dat lichaam voor de Nederlandse fiscale behandeling eveneens als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Dit heeft tot gevolg dat in de situatie dat het genoemde buitenlandse lichaam aandeelhouder is in een Nederlandse bv, niet het genoemde buitenlandse lichaam, maar zijn participanten (deelgerechtigden, vennoten) Nederlands inkomen genieten.

Artikel I, onderdeel C (artikel 9 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

Aangezien wordt voorgesteld om de kwalificatie als open cv te laten vervallen, waardoor (voor de vennootschapsbelasting) iedere cv als fiscaal transparant wordt aangemerkt, wordt voorgesteld om artikel 9, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969, dat ziet op de open cv, te laten vervallen.

Artikel I, onderdeel D (artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

In artikel 13 Wet Vpb 1969 is de deelnemingsvrijstelling geregeld. De deelnemingsvrijstelling houdt, kort gezegd, in dat bij het bepalen van de winst van een belastingplichtige de voordelen (zoals dividenden en vervreemdingsvoordelen) uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming, niet in aanmerking worden genomen.

In het voorgestelde artikel 13, tweede lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 wordt geregeld dat voor een belastingplichtige die recht heeft op ten minste 5% van de winst in een naar buitenlands recht opgericht lichaam dat in Nederland is gevestigd en waarvan de rechtsvorm op basis van het genoemde Nederlandse kwalificatiebeleid niet vergelijkbaar is met een van de rechtsvormen van de in artikel 2, eerste lid, onderdelen a tot en met g, Wet Vpb 1969 genoemde lichamen, noch vergelijkbaar is met de rechtsvorm van een maatschap, vof of cv, kwalificeert als een deelneming. Ingevolge het bij dit wetsvoorstel voorgestelde artikel 2, eerste lid, onderdeel h, Wet Vpb 1969

worden de genoemde naar buitenlands recht opgerichte lichamen met een (hiervoor genoemde) niet-vergelijkbare rechtsvorm als belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting aangemerkt.

In het voorgestelde artikel 13, tweede lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969 wordt geregeld dat voor een belastingplichtige een recht op ten minste 5% van de winst in een naar buitenlands recht opgericht en in het buitenland gevestigd lichaam als een deelneming kwalificeert, mits de rechtsvorm van dat lichaam op basis van het Nederlandse kwalificatiebeleid niet vergelijkbaar is met een rechtsvorm van de in artikel 2, eerste lid, onderdeel a tot en met g, Wet Vpb 1969 genoemde lichamen, noch vergelijkbaar is met de rechtsvorm van een maatschap, vof of cv, en in het land van oprichting onderworpen is aan een belasting naar de winst. Ingevolge het bij dit wetsvoorstel voorgestelde artikel 3, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969 worden lichamen met een dergelijke rechtsvorm als belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting aangemerkt indien het buitenlandse lichaam in de staat van oprichting ingevolge de fiscale wet- en regelgeving van die staat aldaar onderworpen is aan een belasting naar de winst en Nederlands inkomen geniet (welke inkomenseis natuurlijk niet geldt voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling).

Het is mogelijk dat bijvoorbeeld een Nederlandse bv een participatie heeft in een naar het recht van een andere staat opgericht lichaam met een rechtsvorm waarvoor geen Nederlands equivalent bestaat, waarbij dat lichaam door die andere staat als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Dit betekent dat die bv met betrekking tot het inkomen uit die participatie in principe rechtstreeks is onderworpen aan belasting in die staat. In die situatie kan door Nederland op basis van de eerdergenoemde 'symmetrische methode' de kwalificatie van dat lichaam door de oprichtingsstaat worden gevolgd zodat het inkomen van de bv uit die participatie in beginsel onder de reikwijdte van de objectvrijstelling valt (mits aan de betreffende voorwaarden wordt voldaan) en in principe in aanmerking komt voor een regeling ter voorkoming van dubbele belasting.¹⁴

Het voorgestelde artikel 13, tweede lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 (zie hiervoor) vervangt het huidige onderdeel d, waarin is geregeld dat, kort gezegd, van een deelneming sprake kan zijn indien de belastingplichtige als commanditaire vennoot een aandeel heeft in een open cv. Daarnaast worden in het vijfde lid van genoemd artikel de twee zinsneden die betrekking hebben op de open cv, en onderdeel c van het veertiende lid van genoemd artikel geschrapt. Deze wijzigingen houden verband met het in het algemeen deel van deze memorie toegelichte voorstel om de kwalificatie als open cv te laten vervallen, waardoor (voor de vennootschapsbelasting) iedere cv als fiscaal transparant wordt aangemerkt.

Artikel I, onderdeel E (artikel 13a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

Aangezien wordt voorgesteld om de kwalificatie als open cv te laten vervallen, waardoor (voor de vennootschapsbelasting) iedere cv als fiscaal transparant wordt aangemerkt, wordt voorgesteld artikel 13a, derde lid, Wet Vpb 1969 daarop aan te passen.

Artikel II (artikel 1 van de Wet op de dividendbelasting 1965)

In artikel 1, eerste lid, van de Wet op de dividendbelasting 1965 (Wet DB 1965) is geregeld wie belastingplichtig zijn voor de dividendbelasting. Dit zijn degenen die - rechtstreeks of door middel

¹⁴ Zie hiervoor artikel 15e Wet Vpb 1969 in verbinding met artikel 3, vierde tot en met twaalfde lid, Wet Vpb 1969.

van certificaten - gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen in, en winstbewijzen van en geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb 1969 aan (hierna kortheidshalve weergegeven als: aandelen) in Nederland gevestigde nv's, bv's, open cv's en andere vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal. Voorgesteld wordt om artikel 1, eerste lid, Wet DB 1965 in lijn te brengen met het in dit wetsvoorstel opgenomen voorstel om de kwalificatie als open cv te laten vervallen, waardoor (voor de vennootschapsbelasting) iedere cv als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Derhalve wordt voorgesteld om cv's ook in alle gevallen als transparant aan te merken voor de dividendbelasting. Dit betekent dat voorgesteld wordt de open cv uit het eerste lid van artikel 1 Wet DB 1965 te schrappen.

Artikel III (artikel 1.2 van de Wet bronbelasting 2021)

Om te voorkomen dat Nederland nog langer wordt gebruikt als toegangspoort naar laagbelastende jurisdicties en om het risico van belastingontwijking door het verschuiven van de (Nederlandse) belastinggrondslag naar laagbelastende jurisdicties te verkleinen, is per 1 januari 2021 een conditionele bronbelasting (hierna: bronbelasting) op rente- en royaltybetalingen naar laagbelastende jurisdicties en in misbruiksituaties ingevoerd. Hierbij geldt dat onder andere ook bronbelasting wordt geheven over rente- en royaltybetalingen gedaan door open cv's (als inhoudingsplichtigen) aan een in een laagbelastende jurisdictie gevestigd gelieerd lichaam (alsmede in misbruiksituaties). Voorgesteld wordt om artikel 1.2, eerste lid, onderdeel b, Wet bronbelasting 2021 in lijn te brengen met het in dit wetsvoorstel opgenomen voorstel om de kwalificatie als open cv te laten vervallen, waardoor (voor de vennootschapsbelasting) iedere cv als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Er wordt hiermee voorgesteld om cv's ook in alle gevallen als transparant aan te merken voor de bronbelasting. Daartoe wordt voorgesteld artikel 1.2, eerste lid, onderdeel b, onder 3°, Wet bronbelasting 2021 te schrappen. De voorgestelde wijziging in artikel 1.2, eerste lid, onderdeel b, onder 11°, Wet bronbelasting 2021 houdt verband met de vernummering van de subonderdelen in artikel 1.2, eerste lid, onderdeel b, Wet bronbelasting 2021 als gevolg van het schrappen van genoemd subonderdeel 3°.

Artikel IV (artikel 2 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen)

Zoals in het algemeen deel van deze memorie is toegelicht, wordt voorgesteld om de kwalificatie als open cv te laten vervallen, waardoor (voor de vennootschapsbelasting) iedere cv als fiscaal transparant wordt aangemerkt. Daarom wordt voorgesteld om artikel 2, derde lid, onderdeel c, AWR, in welke bepaling de open cv is gedefinieerd, te laten vervallen. In samenhang daarmee wordt voorgesteld ook artikel 2, derde lid, onderdeel f, AWR, waarin is bepaald dat onder de term "aandeel" mede wordt begrepen de deelgerechtigdheid in een open cv, te laten vervallen. De genoemde bepaling heeft immers alleen betekenis zolang de open cv als zodanig bestaat.

Artikel V, onderdeel A (artikel 25 van de Invorderingswet 1990)

In het voorgestelde artikel VI, eerste lid, wordt geregeld dat een open cv - op het moment direct voorafgaand aan de beëindiging van haar vennootschapsbelastingplicht - geacht wordt al haar vermogensbestanddelen te hebben overgedragen aan haar vennoten. Dit betekent dat bij de open cv sprake is van een eindafrekening in de vennootschapsbelasting over alle in de onderneming aanwezige stille en fiscale reserves en goodwill. Daarnaast wordt in het voorgestelde artikel VI, tweede lid, geregeld dat een commanditaire vennoot van die open cv op het genoemde moment

geacht wordt zijn aandeel in die cv te hebben vervreemd. De commandiet (een natuurlijk persoon of een lichaam) dient over de hierbij ontstane vervreemdingswinst af te rekenen. Het voorgestelde artikel 25, tweeëntwintigste lid, Invorderingswet 1990 (IW 1990) biedt de hierboven genoemde belastingschuldigen die geconfronteerd worden met belastingheffing de mogelijkheid tot gespreide betaling.

Uitstel van betaling wordt verleend mits er voldoende zekerheid wordt gesteld. Bij het verlangen van zekerheid bij uitstel van betaling wordt rekening gehouden met het incassorisico van de ontvanger van de Belastingdienst. Hierbij heeft te gelden dat hoe langer het uitstel wordt verleend hoe groter het risico is op oninbaarheid. Daarnaast speelt de aard van de belastingschuld een rol. Omdat er sprake is van een langdurig uitstel voor een zakelijke belastingschuld moet de ontvanger voldoende zekerheid verlangen. Bij het verlangen van zekerheid wordt geen onderscheid gemaakt tussen belastingschuldigen die in Nederland blijven of belastingschuldigen die zich buiten Nederland bevinden of uit Nederland willen vertrekken. Het verlangen van zekerheid kan niet worden beschouwd als een belemmering van het vrije verkeer.¹⁵

Het uitstel wordt verleend voor ten hoogste tien jaar. Na het verstrijken van deze uitstelperiode komt het uitstel van rechtswege te vervallen. Het uitstel zal ook worden beëindigd ingeval de belastingschuldige failliet wordt verklaard of ingeval het gaat om een natuurlijke persoon wanneer de schuldsaneringsregeling van toepassing is. Met belastingschuldige wordt bedoeld de (open) cv voor de vennootschapsbelastingsschuld respectievelijk de commanditaire vennoot voor zijn inkomsten- of vennootschapsbelastingsschuld.

Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld voor de toepassing van dit lid. In de Uitvoeringsregeling Invorderingswet 1990 zal worden opgenomen dat op verzoek van de belastingschuldige de belastingschuld kan worden voldaan in een periode van tien jaar.

De eerste termijn van de belastingschuld zal moeten worden voldaan binnen zes weken na de dagtekening van het aanslagbiljet. Hier wordt aangesloten bij de reguliere betaaltermijn van een aanslag vennootschapsbelasting.¹⁶ Op het verzoek van de belastingschuldige zal de ontvanger beslissen bij een voor bezwaar vatbare beschikking. Hiermee staat beroep open bij de fiscale rechter.

Artikel V, onderdeel B (artikel 28 van de Invorderingswet 1990)

De uitstelfaciliteit, bedoeld in het voorgestelde artikel 25, tweeëntwintigste lid, IW 1990, wordt geboden omdat belanghebbenden de betaling van deze belastingschuld niet hebben kunnen voorzien. Langdurig uitstel verlenen waarbij wél rente is verschuldigd zorgt voor een aanzienlijke verhoging van de belastingschuld. In deze situatie - waarbij belastingheffing niet voorzienbaar was - is het in rekening brengen van rente en daarmee de belastingschuld verhogen niet passend. Om die reden wordt voorgesteld het uitstel renteloos te verlenen. Daarom wordt voorgesteld om artikel

¹⁵ Zie onder meer: HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138 (De Lasteyrie du Saillant), r.o. 46-47, HvJ EU 12 juli 2012, zaak C-269/09, ECLI:EU:C:2009:731 (Europese Commissie tegen Koninkrijk Spanje), r.o. 23, en HvJ EU 23 januari 2014, zaak C-164/12, ECLI:EU:C:2014:20 (DMC), r.o. 66.

¹⁶ Artikel 9, eerste lid, IW 1990.

28, derde en vierde lid, IW 1990 hierop aan te passen. Daarnaast zal artikel 6, tweede lid, van het Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990 hierop worden aangepast.

Artikel VI

In het voorgestelde artikel I, onderdeel A, onder 1, subonderdeel a, wordt voorgesteld om in artikel 2, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 de woorden 'open commanditaire vennootschappen' te schrappen. Dit betekent dat met ingang van de beoogde inwerkingtredingsdatum van onderhavige wet (1 januari 2022) een open commanditaire vennootschap (open cv) niet langer als belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting wordt aangemerkt. Dit betekent tevens dat de kwalificatie van een cv als een open cv per genoemde datum vervalt.

In het voorgestelde artikel VI, eerste lid, wordt geregeld dat een bestaande open cv op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan inwerkingtreding van onderhavige wet (het ondeelbare moment voordat het kalenderjaar 2022 een aanvang neemt) geacht wordt al haar vermogensbestanddelen te hebben overgedragen aan haar vennoten, zowel de commanditaire als de beherende vennoten. Deze fictieve vervreemding door de open cv van al haar vermogensbestanddelen wordt noodzakelijk geacht aangezien de beëindiging van de belastingplicht van de open cv civielrechtelijk niet resulteert in een overdracht van vermogensbestanddelen door de cv. Zonder nadere regeling zouden fiscale claims verloren kunnen gaan. Tevens wordt in het voorgestelde eerste lid van genoemd artikel geregeld dat op het hierboven genoemde tijdstip de open cv wordt geacht te zijn opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten zodat sprake is van een verplichte eindafrekening in de vennootschapsbelasting over alle in haar onderneming aanwezige stille en fiscale reserves en goodwill. Genoemde fictieve vervreemding en eindafrekening geschiedt tegen de waarde in het economische verkeer.¹⁷ Hierbij is artikel 9, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969, van toepassing. Deze bepaling houdt, kort gezegd, in dat het gedeelte van de winst van de cv dat toekomt aan de beherende vennoten in aftrek komt bij het bepalen van die winst. De beherende vennoten worden - naar rato van ieders gerechtigdheid - hierover zelfstandig in de heffing betrokken. In het voorgestelde artikel 25, tweeëntwintigste lid, IW 1990 wordt geregeld dat de open cv de hierbij ontstane vennootschapsbelastingsschuld gespreid mag betalen over een periode van tien jaar.

Vanaf het moment van de beëindiging van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv (per 1 januari 2022) worden de commanditaire vennoten voor hun aandeel in de resultaten van die cv zelfstandig in de heffing van inkomsten- of vennootschapsbelasting betrokken. Tevens hebben de commanditaire vennoten niet langer een zogenoemd aandeel¹⁸ in de cv, maar worden de bezittingen en schulden van die cv fiscaal gezien direct toegerekend aan de commanditaire vennoten (naar rato van ieders gerechtigdheid in die cv). Aangezien op het moment van de beëindiging van de belastingplicht van de open cv civielrechtelijk geen sprake is van een overdracht door de commanditaire vennoten van hun aandeel in die cv, is een vervreemdingsfictie nodig om te zorgen dat een fiscale claim niet verloren gaat. Daarom wordt in het voorgestelde

¹⁷ Voor de volledigheid wordt gemeld dat voor de toepassing van de desinvesteringsbijtelling de vermogensbestanddelen van de open cv eveneens geacht worden te zijn vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer.

¹⁸ In artikel 2, derde lid, onderdeel f, AWR is geregeld dat onder een 'aandeel' mede wordt verstaan de deelgerechtigdheid van een commanditaire vennoot in een open cv. In het voorgestelde artikel IV wordt geregeld om deze bepaling te laten vervallen.

artikel VI, tweede lid, geregeld dat een commanditaire vennoot van een open cv, op het moment onmiddellijk voorafgaand aan de beëindiging van de belastingplicht van de open cv, geacht wordt zijn aandeel in die cv te hebben vervreemd tegen de waarde in het economische verkeer. Deze vervreemdingsfictie raakt in principe alle typen commanditaire vennoten, maar heeft per saldo alleen gevolgen voor de commanditaire vennoot die belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting, de commanditaire vennoot die als natuurlijk persoon een aanmerkelijk belang heeft in een open cv als bedoeld in afdeling 4.3 van de Wet IB 2001 en de commanditaire vennoot, natuurlijk persoon, wiens aandeel in een open cv onderdeel uitmaakt van zijn ondernemingsvermogen (box 1). Dit heeft in beginsel tot gevolg dat de commanditaire vennoot in de vennootschapsbelasting of in de inkomstenbelasting met betrekking tot een aanmerkelijk belang dan wel met betrekking tot winst uit onderneming dient af te rekenen over het hierbij ontstane fictieve vervreemdingsvoordeel. In het voorgestelde artikel 25, tweeëntwintigste lid, IW 1990 wordt geregeld dat de commanditaire vennoten de in de vennootschaps- of inkomstenbelasting ontstane belastingschuld gespreid over een periode van tien jaar mogen betalen.

Voor de volledigheid wordt gemeld dat het bovengemelde ook geldt voor een open cv die gebruik maakt van het zogenoemde tonnageregime op de voet van de artikelen 3.22 tot en met 3.24 Wet IB 2001. In een dergelijke situatie zal het bedrag dat op grond van artikel 3.23, derde lid, Wet IB 2001 buiten aanmerking is gebleven, op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het beëindigen van de belastingplicht van de open cv in de winst opgenomen moeten worden. Ingevolge het voorgestelde artikel VI, eerste lid, worden vervolgens de vermogensbestanddelen toegerekend aan de vennoten. Deze vennoten dienen, indien zij gebruik willen maken van het tonnageregime, uiterlijk 31 december 2022 een verzoek te doen als bedoeld in artikel 3.22 Wet IB 2001.

In het voorgestelde artikel VI, derde lid, wordt geregeld dat bij een commanditaire vennoot die belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting en die een in het verleden afgewaardeerde schuldvordering heeft op de open cv, sprake is van een fictieve vervreemding van die schuldvordering tegen een bedrag dat gelijk is aan het in het verleden door die commanditaire vennoot ten laste van zijn winst afgewaardeerde bedrag van die schuldvordering. Dit is slechts van toepassing voor zover met betrekking tot die vordering niet reeds een bedrag op de voet van artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 tot de winst van de belastingplichtige is gerekend. Het eventueel behaalde voordeel als gevolg van deze fictieve vervreemding valt veelal onder de deelnemingsvrijstelling.

Artikel VII

In het voorgestelde artikel VI, eerste lid, (zie hierboven) wordt geregeld dat op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan de beëindiging van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv sprake is van een fictieve vervreemding door de open cv van al haar vermogensbestanddelen en tevens sprake van een verplichte eindafrekening bij die open cv over alle in de onderneming aanwezige stille reserves, fiscale reserves en goodwill.

In het voorgestelde artikel VII, eerste lid, wordt geregeld dat een open cv met uitsluitend commanditaire vennoten die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting of een buitenlandse belasting naar de winst voor lichamen een doorschuiffaciliteit wordt geboden, zodat de cv niet hoeft af te rekenen over genoemde fictieve vervreemdingswinst en tevens genoemde eindafrekening

achterwege kan blijven. Hiertoe dienen de open cv en haar commanditaire vennoten gezamenlijk een verzoek te doen. Deze doorschuiffaciliteit komt erop neer dat alle commanditaire vennoten - naar rato van ieders gerechtigdheid in de open cv - de belastingclaim van de open cv overnemen. Wel dient cumulatief aan de volgende vereisten te worden voldaan:

(i) bij de open cv en de commanditaire vennoten zijn dezelfde winstbepalingen van toepassing;

(ii) de open cv en de commanditaire vennoten hebben geen aanspraak op:

- voorwaartse verrekening van verliezen in de zin van artikel 20 Wet Vpb 1969;
- een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse resultaten;
- toepassing van de innovatiebox ex artikel 12b Wet Vpb 1969;
- voortwenteling van een saldo aan renten ex artikel 15b Wet Vpb 1969;
- toepassing van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten ex 15e Wet Vpb 1969;
- toepassing van de deelnemingsverrekening ex artikel 13aa juncto artikel 23c Wet Vpb 1969;
- verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten ex artikel 23d Wet Vpb 1969; en

(iii) latere heffing van vennootschapsbelasting dient te zijn verzekerd.

Voldoen de open cv en de commanditaire vennoten aan deze vereisten en wordt een gezamenlijk verzoek op genoemde doorschuiffaciliteit gedaan, dan wordt de winst als gevolg van de beëindiging van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv op dat moment niet in aanmerking genomen. Met andere woorden, er vindt dan geen heffing van vennootschapsbelasting bij de open cv plaats. Tevens wordt in de laatste zin van genoemd lid geregeld dat de commanditaire vennoot met betrekking tot de verkregen vermogensbestanddelen volledig in de plaats treedt van de open cv. Deze indeplaatsstelling is opgenomen ter voorkoming van claimverlies. De commanditaire vennoten treden hierbij in de plaats van de open cv met betrekking tot al hetgeen door de open cv aan hen wordt geacht te zijn overgedragen. Dit betekent bijvoorbeeld dat de vennoten alle daarbij behorende rechten en verplichtingen dienen over te nemen, zoals de fiscale boekwaardes van de activa en passiva. Bovengenoemde vereisten zijn gebaseerd op de splitsingsfaciliteit van artikel 14a, tweede lid, Wet Vpb 1969. Voor de uitleg van deze bepaling wordt derhalve in beginsel aangesloten bij de parlementaire geschiedenis van het ontstaan van die bepaling.¹⁹

In het voorgestelde artikel VII, tweede lid, wordt het volgende geregeld. Indien niet wordt voldaan aan één of meer van de in het voorgestelde eerste lid, eerste zin, van artikel VII genoemde vereisten voor toepassing van de doorschuiffaciliteit, is het niet mogelijk daarvan gebruik te maken. In dat geval kan op gezamenlijk verzoek van de open cv en al haar commanditaire vennoten die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting of een buitenlandse belasting naar de winst voor lichamen de genoemde eindafrekeningswinst bij de open cv toch buiten aanmerking blijven. Wel dient te worden voldaan aan nader in te vullen voorwaarden, die vergelijkbaar zijn met de (standaard)voorwaarden bij artikel 14 en verder van de Wet Vpb 1969. Hierbij treden genoemde vennoten met betrekking tot al hetgeen in het kader van de beëindiging van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv wordt geacht aan hen te zijn overgedragen, voor zover daaraan geen voorwaarden zijn gesteld, in de plaats van de open cv. Het voorgestelde artikel VII, tweede lid, is gebaseerd op artikel 14a, derde lid, Wet Vpb 1969. Voor de uitleg van deze

¹⁹ Kamerstukken 1997/98, 25709.

bepaling wordt derhalve in beginsel aangesloten bij de parlementaire geschiedenis van het ontstaan van die bepaling.²⁰

In het voorgestelde artikel VII, derde lid, is een begrenzing (delegatiekader) opgenomen voor de (standaard)voorwaarden als bedoeld in het tweede lid van genoemd artikel. Deze bepaling is gebaseerd op artikel 14a, vijfde lid, Wet Vpb 1969. Voor de uitleg van deze bepaling wordt derhalve in beginsel aangesloten bij de parlementaire geschiedenis van dat lid.²¹

In het voorgestelde artikel VII, vierde lid, wordt geregeld dat een verzoek voor een van de in het voorgestelde eerste en tweede lid van artikel VII genoemde doorschuiffaciliteiten uiterlijk op 31 december 2022 dient te worden gedaan. Indien echter de aangifte voor de heffing van vennootschapsbelasting van de open cv met betrekking tot het jaar 2021 eerder dan op 31 december 2022 is gedaan, geldt die aangiftedatum als uiterste termijn. Hiermee wordt voorkomen dat genoemde aangifte van de open cv dient te worden herzien.

In het voorgestelde artikel VII, vijfde lid, wordt geregeld dat genoemde doorschuiffaciliteiten terugwerkende kracht hebben tot en met het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan inwerkingtreding van onderhavige wet (het ondeelbare moment voordat het kalenderjaar 2022 een aanvang neemt).

In het voorgestelde artikel VII, zesde lid, wordt geregeld dat de in het eerste en tweede lid van artikel VII voorgestelde doorschuiffaciliteiten slechts van toepassing kunnen zijn indien zowel de open cv als al haar commanditaire vennoten in Nederland zijn gevestigd (respectievelijk sprake is van een vaste inrichting in Nederland waaraan het commanditaire aandeel in de open cv dient te worden toegerekend) of in een andere lidstaat van de Europese Unie (EU-lidstaat) of in een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-staat). Dit betekent de facto dat genoemde doorschuiffaciliteiten niet mogelijk zijn indien de cv of een of meer van haar commanditaire vennoten buiten de EU of de EER zijn gevestigd.

Artikel VIII

In het voorgestelde artikel VIII, eerste lid, wordt geregeld dat een commanditaire vennoot, natuurlijk persoon, wiens aandeel in de open cv ófwel als ondernemingsvermogen ófwel als aanmerkelijk belang wordt aangemerkt, op verzoek gebruik kan maken van een zogenoemde aandelenfusie. Dit betekent dat de commanditaire vennoot het op zijn aandeel in de open cv in het kader van de aandelenfusie gerealiseerde vervreemdingsvoordeel (als gevolg van de inbreng van zijn aandeel in de open cv in een andere vennootschap, zie hieronder) niet in aanmerking hoeft te nemen. Deze aandelenfusie is gedefinieerd in het voorgestelde tweede lid van genoemd artikel.

In het voorgestelde artikel VIII, tweede lid, wordt voor de toepassing van de artikelen VI tot en met IX een aandelenfusie gedefinieerd. Deze aandelenfusie is vergelijkbaar met de aandelenfusie van artikel 3.55 Wet IB 2001. De aandelenfusie komt erop neer dat de in het voorgestelde eerste lid van artikel VI genoemde commanditaire vennoot de belastingheffing over de stille reserves op

²⁰ Kamerstukken 1997/98, 25709.

²¹ Kamerstukken 1997/98, 25709.

zijn aandeel in de open cv kan doorschuiven indien een houdstervennootschap ('andere vennootschap') wordt opgericht of verworven en hij zijn aandeel in die open cv in de houdstervennootschap inbrengt (deze inbreng wordt aangemerkt als een vervreemding). De commanditaire vennoot verkrijgt hiervoor in ruil eigen aandelen van die houdstervennootschap. Voorwaarde is wel dat genoemde vennoot zijn aandelenbelang in die houdstervennootschap voor dezelfde waarde te boek stelt als zijn aandeel in de open cv zodat de fiscale claim niet verloren gaat. Tevens dient de houderstervennootschap gevestigd te zijn in een EU-lidstaat of in een EER-staat. Deze houdstervennootschap is - als gevolg van genoemde aandelenfusie - verworven tot commanditaire vennoot in de (open) cv.

In de situatie van een open cv met commanditaire vennoten die belastingplichtig zijn voor de inkomstenbelasting, kan geen (rechtstreeks) beroep worden gedaan op een van de doorschuiffaciliteiten van het voorgestelde artikel VII (waarbij de vennootschapsbelastingclaim van de open cv wordt doorgeschoven naar de vennoten). Immers, één van de vereisten is dat alle commanditaire vennoten onderworpen zijn aan een belasting naar de winst voor lichamen. Echter, ingevolge de in het voorgestelde artikel VIII genoemde aandelenfusie kan - in twee stappen - in genoemde situatie alsnog aanspraak worden gemaakt op een van de in artikel VII, eerste of tweede lid, geboden doorschuiffaciliteiten. Stap 1 is dat de commanditaire vennoot gebruik maakt van de aandelenfusie van het voorgestelde artikel VIII, tweede lid. Stap 2 is dat de houdstervennootschap (die in stap 1 tot commanditaire vennoot is verworven) samen met de open cv een verzoek doet op één van de doorschuiffaciliteiten van het voorgestelde artikel VII.

In het voorgestelde artikel VIII, derde lid, wordt geregeld dat een commanditaire vennoot met een aanmerkelijk belang in de open cv de verkrijgingsprijs van de in het kader van de aandelenfusie verworven aandelen te boek stelt op de verkrijgingsprijs van het aandeel in die open cv. Via het doorschuiven van de verkrijgingsprijs blijft de fiscale claim bij de commanditaire vennoot behouden.

In het voorgestelde artikel VIII, vierde lid, wordt geregeld dat een verzoek voor de in het voorgestelde eerste lid van artikel VIII genoemde aandelenfusie uiterlijk op 31 december 2022 schriftelijk dient te worden gedaan. Indien echter de aangifte voor de heffing van inkomstenbelasting van de commanditaire vennoot met betrekking tot het jaar 2021 eerder dan op 31 december 2022 is gedaan, geldt die aangifte datum als uiterste termijn. Hiermee wordt voorkomen dat genoemde aangifte dient te worden herzien.

In het voorgestelde artikel VIII, vijfde lid, wordt geregeld dat de in artikel VIII voorgestelde aandelenfusie, respectievelijk doorschuiffaciliteit, uiterlijk op 31 december 2022 dient te zijn voltooid en terugwerkende kracht heeft tot en met het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan inwerkingtreding van onderhavige wet (het ondeelbare moment voordat het kalenderjaar 2022 een aanvang neemt). De terugwerkende kracht heeft tot gevolg dat het voordeel uit de vervreemding voor de toepassing van afdeling 3.2 en hoofdstuk 4 Wet IB 2001 niet in aanmerking wordt genomen. Daarnaast heeft de terugwerkende kracht tot gevolg dat de bewijzen van deelgerechtigdheid in de periode van 1 januari 2022 tot en met de uitvoering van de aandelenfusie geen inkomen uit werk en woning of sparen en beleggen genereren.

In het voorgestelde artikel VIII, zesde lid, wordt de in het eerste lid van artikel VIII genoemde 'andere vennootschap', de hierboven genoemde houdstervenootschap, nader gedefinieerd. Die vennootschap dient gevestigd te zijn in een EU-lidstaat of in een EER-staat en dient aldaar te zijn onderworpen aan een belasting naar de winst zonder daarvan te zijn vrijgesteld.

In het voorgestelde artikel VIII, zevende lid, wordt geregeld dat de in het eerste, tweede en derde lid van artikel VIII voorgestelde doorschuiffaciliteiten slechts van toepassing zijn indien zowel de open cv als al haar commanditaire vennoten in Nederland of in een andere EU-lidstaat of in een EER-staat zijn gevestigd. Dit betekent de facto dat de aldaar genoemde doorschuiffaciliteiten niet mogelijk zijn indien de open cv of een of meer van haar commanditaire vennoten buiten de EU of EER zijn gevestigd.

Artikel IX

Het voorgestelde artikel IX heeft betrekking op de situatie dat een open cv een onderneming drijft en de commanditaire vennoten er niet voor kiezen om hun aandeel in de open cv op de voet van een aandelenfusie als bedoeld in artikel VIII in te brengen in een vennootschap.

Indien een commanditaire vennoot als aanmerkelijkbelanghouder vermogensbestanddelen ter beschikking stelt aan een open cv, eindigt deze terbeschikkingstelling op het tijdstip waarop de open cv niet langer als vennootschapsbelastingplichtig wordt aangemerkt. Dit heeft tot gevolg dat in beginsel moet worden afgerekend over de in de vermogensbestanddelen aanwezige stille en fiscale reserves.

In het voorgestelde artikel IX, eerste lid, wordt geregeld dat de commanditaire vennoot een verzoek kan doen om niet te hoeven afrekenen, maar gebruik te maken van een doorschuiffaciliteit die vergelijkbaar is met de doorschuiffaciliteit bij geruisloze terugkeer uit de bv van artikel 3.98 Wet IB 2001. Voor de uitleg van het voorgestelde artikel IX wordt derhalve in beginsel aangesloten bij de parlementaire geschiedenis van het ontstaan van artikel 3.98 Wet IB 2001. Voorwaarde is dat de betreffende vermogensbestanddelen feitelijk ongewijzigd worden gebruikt in de onderneming waaruit de commanditaire vennoot anders dan als ondernemer of aandeelhouder, als medegerechtigde tot het vermogen belastbare winst uit onderneming geniet als bedoeld in artikel 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. In dat geval wordt voor de bepaling van winst uit onderneming de fiscale boekwaarde van de vermogensbestanddelen gesteld op de fiscale boekwaarde daarvan bij de eerdere werkzaamheid. Via het doorschuiven van de fiscale boekwaarde blijft de fiscale claim behouden.

Het voorgestelde artikel IX, tweede lid, heeft betrekking op de situatie dat de in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot van de commanditaire vennoot voor de helft wordt geacht de vermogensbestanddelen ter beschikking te stellen aan de open cv. Dit lid regelt dat ook deze echtgenoot, die zelf geen commanditaire vennoot is, gebruik kan maken van de doorschuifregeling. In dat geval wordt voor de bepaling van winst uit onderneming bij de commanditaire vennoot de fiscale boekwaarde van de vermogensbestanddelen gesteld op de fiscale boekwaarde daarvan bij de werkzaamheid van de echtgenoot.

Het voorgestelde artikel IX, derde lid, regelt dat de doorschuifregeling ook van toepassing is op fiscale reserves (egalisatiereserve en herinvesteringsreserve) en voorzieningen die zijn gevormd met betrekking tot de vermogensbestanddelen.

In het voorgestelde artikel IX, vierde lid, wordt geregeld dat door de commanditaire vennoot of de in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot van de commanditaire vennoot het in het eerste of tweede lid van artikel IX genoemde verzoek - om gebruik te kunnen maken van een doorschuiffaciliteit - uiterlijk op 31 december 2022 schriftelijk dient te zijn gedaan. Echter, indien door die vennoot of genoemde echtgenoot eerder aangifte voor de heffing van inkomstenbelasting over het jaar 2021 is gedaan, geldt de aangiftedatum als uiterste termijn. Hiermee wordt voorkomen dat genoemde aangifte dient te worden herzien.

In het voorgestelde artikel IX, vijfde lid, wordt geregeld dat de toepassing van de in artikel IX genoemde doorschuiffaciliteit uiterlijk op 31 december 2022 dient te zijn voltooid en terugwerkende kracht heeft tot en met het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan inwerkingtreding van onderhavige wet (het ondeelbare moment voordat het kalenderjaar 2022 een aanvang neemt).

Artikel X

Als gevolg van het voorstel om de kwalificatie van een cv als open cv te laten vervallen, wordt in artikel I, onderdeel C, en in artikel IV voorgesteld om artikel 9, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969, respectievelijk artikel 2, derde lid, onderdeel c, AWR met ingang van 1 januari 2022 te laten vervallen. Genoemde bepalingen hebben immers alleen betekenis zolang de kwalificatie van een cv als open cv bestaat.

Echter, in het voorgestelde artikel X wordt geregeld dat zowel artikel 9, eerste lid, onderdeel e, Wet Vpb 1969 als artikel 2, derde lid, onderdeel f, van de AWR gedurende het kalenderjaar 2022 nog wel toepassing vinden ten behoeve van het overgangsrecht zoals voorgesteld in de artikelen VI tot en met IX. Dit wordt voorgesteld om belastingheffing als direct gevolg van de beëindiging van de vennootschapsbelastingplicht van de open cv te voorkomen.

Artikel XI (inwerkingtreding)

Voorgesteld wordt om de wijzigingen met ingang van 1 januari 2022 in werking te laten treden.

Artikel XII

Deze wet kan worden aangehaald als: Wet aanpassing fiscaal kwalificatiebeleid rechtsvormen.

De Staatssecretaris van Financiën,

J.A. Vijlbrief

Renteaftrek. Perpetual securities. Kapitaalverstrekking of geldlening. Terugbetalingsverplichting. Deelnemerschapslening

HR 15-05-2020, ECLI:NL:HR:2020:874, m.nt. R.J. de Vries

Instantie

Hoge Raad

Datum

15 mei 2020

Magistraten

Mrs. Feteris, Koopman, Van Loon, Van Kalmthout, Faase

Zaaknummer

18/03178

Conclusie

A-G Wattel

Noot

R.J. de Vries

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS213562:1

Vakgebied(en)

Vennootschapsbelasting / Winstbepaling

Inkomstenbelasting / Winst

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2020:874, Uitspraak, Hoge Raad, 15-05-2020

ECLI:NL:PHR:2019:169, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 22-02-2019

Beroepschrift, Hoge Raad, 06-09-2018

Wetgeving

Art. 8 Wet VPB 1969

Essentie

Renteaftrek. Perpetual securities. Kapitaalverstrekking of geldlening. Terugbetalingsverplichting. Deelnemerschapslening

Samenvatting

Belanghebbende heeft op 11 november 2010 voor een totaalbedrag van € 500 miljoen fixed-to-floating rate perpetual capital securities uitgegeven. Op 21 november 2013 heeft zij het bedrag van de perpetual securities terugbetaald. In haar aangifte vennootschapsbelasting voor 2010 heeft belanghebbende rentekosten van de perpetual securities in aftrek gebracht. Het Hof heeft geoordeeld dat belanghebbende die rentekosten inderdaad ten laste van haar winst kan brengen. Volgens het Hof moeten de perpetual securities civielrechtelijk als lening of in ieder geval als schuld worden aangemerkt en is geen sprake van een deelnemerschapslening.

HR: Voor het antwoord op de vraag of een geldverstrekking fiscaal al dan niet als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is als regel de civielrechtelijke vorm van die geldverstrekking beslissend. Indien de geldverstrekking civielrechtelijk niet als verstrekking van aandelenkapitaal is aan te merken, geldt dat voor de fiscale kwalificatie bepalend is of er een verplichting tot terugbetaling bestaat. Dit dient te worden beoordeeld volgens de voor de geldverstrekking gekozen civielrechtelijke vorm. Degene aan wie het geld is verstrekt, heeft dan een schuld aan de geldgever, waardoor de geldverstrekking voor de belastingwet als regel niet als het verstrekken van kapitaal is aan te merken. Dat geldt ook indien die terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en de terugbetaling onzeker. Hetzelfde geldt indien de overeenkomst van geldverstrekking inhoudt dat de geldverstrekker bij het geldend maken van zijn rechten in geval van faillissement of ontbinding en vereffening van het vermogen van de geldnemer gelijk in rang deelt met de houders van preferente aandelen

in de geldnemer. Met zijn oordelen dat met de uitgifte van de perpetual securities een terugbetalingsverplichting is ontstaan, heeft het Hof dit niet miskend.

Op het uitgangspunt dat de civielrechtelijke vorm beslissend is, bestaat onder meer een uitzondering in het geval van een deelnemerschapslening. De opvatting dat de voorwaarden voor het bestaan van een dergelijke lening materieel moeten worden beoordeeld, kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. Wel komt bij de beoordeling van hetgeen is overgekomen betekenis toe aan een gezamenlijk oogmerk van partijen bij het sluiten van de overeenkomst. Bij het vaststellen van dat oogmerk kan de feitelijke situatie op dat moment een rol spelen. Het oordeel van het Hof dat het beloop van de vergoeding op de perpetual securities niet afhankelijk is van de winst van belanghebbende geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voor het overige feitelijk.

Uitspraak

ARREST

in de zaak van
de STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN
tegen

[X] N.V. te [Z] (hierna: belanghebbende)

op het beroep in cassatie tegen de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 12 juni 2018, nr. 17/00203, op het hoger beroep van de Inspecteur tegen een uitspraak van de Rechtbank Gelderland (nr. AWB 15/2268) betreffende de ten aanzien van belanghebbende voor het jaar 2010 gegeven beschikking als bedoeld in artikel 20b, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

De Staatssecretaris heeft tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld.

Het beroepsschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Belanghebbende heeft een verweerschrift ingediend.

De Staatssecretaris heeft een conclusie van repliek ingediend.

Belanghebbende heeft een conclusie van dupliek ingediend.

De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 22 februari 2019 geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het beroep in cassatie.^[1]

De Staatssecretaris heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

2. Beoordeling van het middel

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1

Belanghebbende is een naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap. Zij heeft op 11 november 2010 in verband met de financiering van een overname voor een totaalbedrag van € 500.000.000 zogenoemde Fixed-to-Floating Rate Perpetual Capital Securities (hierna: de perpetual securities) uitgegeven. De perpetual securities waren genoteerd aan Euronext Amsterdam.

2.1.2

Het prospectus voor de uitgifte van de perpetual securities vermeldt onder de "Terms and Conditions of the Securities" (hierna: de T&C) onder meer het volgende:

"2. STATUS AND SUBORDINATION

This Condition 2 (Status and Subordination) is an irrevocable stipulation (derdenbeding) for the benefit of the creditors referred to in paragraph (iii) of Condition 3 (Winding-up) and each such creditor may rely on and enforce this Condition 2 (Status and Subordination) under Section 6:253 of the Dutch Civil Code.

(a) Status

The securities, together with interest accrued thereon, including any Arrears of Interest, constitute direct unsecured and subordinated obligations of the Issuer which will at all times rank pari passu without any preference among themselves.

(b) Subordination

The rights and claims of the Holders and Couponholders against the Issuer under the Securities in respect of the principal amounts due and payable on redemption and any Arrears of Interest and any other sum payable in respect of or arising under the Securities are subordinated on a Winding-up in accordance with provisions of Condition 3 (Winding-up), save for such obligations as may be preferred by provisions of law that are both mandatory and of general application.

(...)

3. WINDING-UP

The rights of the Holders and Couponholders will be subordinated in right of payment in the event of a Winding-up of the Issuer, and will rank:

- (i) in priority to any distributions in respect of any ordinary shares in the capital of the Issuer;
- (ii) pari passu with the holders of preference shares (if any) from time to time issued or which may be issued by the Issuer; and
- (iii) junior to the claims of all unsubordinated creditors, present and future, of the Issuer and to all subordinated creditors of the Issuer other than those whose claims (whether only in the event of a winding-up of the Issuer or otherwise) rank pari passu with or junior to the claims of the Holders of the Securities, so that in the event of a Winding-up amounts due and payable in respect of the Securities shall be paid by the Issuer only after all of the creditors of the issuer referred to in paragraph (iii) in this Condition 3 (Winding-up) have been reimbursed or paid in full and the Holders irrevocably waive their right to be treated equally with all such creditors of the Issuer in such circumstances.

The Issuer does not currently have any preference shares outstanding and does not currently have any plans to create any preference shares.

(...)

6. REDEMPTION AND PURCHASE

(a) No Maturity Date

The securities are perpetual securities and have no fixed maturity date. The issuer shall only have the right to redeem the Securities in accordance with this condition 6 (Redemption and Purchase).

(b) Optional redemption by the Issuer

The securities will be redeemable at the option of the Issuer, in whole but not in part, on the First Call Date, on the Step-up Date and on any Coupon Payment Date falling after the Step-up Date at their principal amount together with accrued and unpaid interest to the date of redemption and all Arrears of Interest and Additional Amounts, (...)

(...)

(e) Redemption for Rating Reasons

If, at any time, the Issuer has received confirmation from one or more rating agencies which has assigned a sponsored rating to the Issuer that the Securities will no longer be eligible for the same or higher category of equity (as defined by such rating agency) as attributed to the Securities at the Issue Date (a "Rating Event") then the Securities will be redeemable, at the option of the Issuer, in the whole but not in part.

(...)

9. ENFORCEMENT EVENTS

(i)

If any of the following events (each an "Enforcement Event") occurs:

(a) Non-payment

Subject to Condition 4(a) (Deferral of Payments), default is made in the payment of any amount in respect of the Securities on the due date for payment thereof within 14 days after the date upon which such amount became due; or

(b) Winding-up

An order is made or an effective resolution is passed for the Winding-up of the Issuer (except in the case of a winding-up for the purpose of a merger, reconstruction or amalgamation the terms of which have previously been approved by an Extraordinary Resolution (as defined in the Agency Agreement) of the Holders),

then, in the case of paragraph (a) (Non-payment), the Holder of such Security may, at its discretion and, subject to any applicable laws, without further notice, institute proceedings for the Winding-up of the Issuer in The Netherlands (but not elsewhere) and/or prove in any Winding-up of the Issuer, but may take no other action in respect of such default and, in the case of paragraph (b) (Winding-up), the Securities will immediately become due and repayable at their principal amount together with accrued interest and any Arrears of Interest and/or prove in the Winding-up of the Issuer, subject always to the ranking provided in Condition 2 (Status and Subordination).

Except as provided in this Condition 9 (Enforcement Events), a Holder shall otherwise have no right to accelerate payment of any Security in the case of an Enforcement Event.

(ii)

Subject as provided in this Condition 9 (Enforcement Events), any Holder may at its discretion and without further notice institute such proceedings against the Issuer as it may think fit to enforce any term or condition binding on the Issuer under the Agency Agreement or the Securities provided that the Issuer shall not by virtue of the institution of any such proceedings be obliged to pay any sum or sums, in cash or otherwise, sooner than the same would otherwise have been payable by it. (...)"

2.1.3

Belanghebbende heeft het bedrag van de perpetual securities op 21 november 2013 terugbetaald.

2.1.4

Belanghebbende heeft in haar aangifte voor de vennootschapsbelasting voor het jaar 2010 rentekosten van de perpetual securities in aftrek gebracht.

2.2

Voor het Hof was in geschil het antwoord op de vraag of belanghebbende deze rentekosten ten laste van haar winst kan brengen. Het Hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord.

2.2.1

Het Hof heeft geoordeeld dat de perpetual securities civielrechtelijk dienen te worden aangemerkt als een geldlening. Het is in dit verband tot de conclusie gekomen dat belanghebbende als geldnemer een terugbetalingsverplichting had en dat niet volstrekt onaannemelijk is dat deze nagekomen zal (kunnen) worden. Bovendien heeft het Hof overwogen dat indien de perpetual securities civielrechtelijk niet als geldlening zouden kunnen worden gekwalificeerd, zij civielrechtelijk niettemin als schuld van belanghebbende dienen te worden aangemerkt.

2.2.2

Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat een deelnemerschapslening zich in dit geval niet voordoet. Voor dat oordeel acht het Hof redengevend dat het beloop van de door belanghebbende op de perpetual securities verschuldigde rentevergoeding, en dus het beloop van de vergoeding voor de geldverstrekking, formeel niet afhankelijk is van de winst van belanghebbende. Ook materieel gezien is volgens het Hof nooit sprake geweest van enige winstafhankelijkheid van de door belanghebbende verschuldigde vergoeding op de perpetual securities.

2.3

Onderdeel a van het middel bestrijdt de hiervoor in 2.2.1 weergegeven oordelen van het Hof. Het middelonderdeel betoogt dat de verplichtingen van belanghebbende op grond van de perpetual securities voor haar niet het karakter hebben van een schuld omdat (i) sprake is van schuldaansprakelijkheid (naar de Hoge Raad begrijpt: vermogen dat vatbaar is voor verhaal door de schuldeisers van belanghebbende), dan wel (ii) een daadwerkelijke verplichting tot terugbetaling voor belanghebbende ontbreekt vanwege de overeengekomen paripassubepaling.

2.3.1

De Hoge Raad stelt voorop dat voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking voor de toepassing van de belastingwet al dan niet als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel de civielrechtelijke vorm van die geldverstrekking beslissend is.^[2]

2.3.2

Indien de geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld als een verstrekking van aandelenkapitaal geldt, dient zij voor de toepassing van de fiscale wetgeving te worden aangemerkt als kapitaalverstrekking.^[3] Indien de geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven niet als verstrekking van aandelenkapitaal is aan te merken, heeft voor de fiscale kwalificatie van die geldverstrekking als uitgangspunt te gelden dat bepalend is of er een verplichting tot

terugbetaling bestaat. Dit dient te worden beoordeeld volgens de voor de geldverstrekking gekozen civielrechtelijke vorm. Degene aan wie het geld is verstrekt, heeft dan volgens de gekozen civielrechtelijke vorm een schuld aan de geldgever, waardoor de geldverstrekking voor de toepassing van de belastingwet als regel niet als het verstrekken van kapitaal is aan te merken. Dat geldt ook indien die terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en de terugbetaling onzeker is.^[4] Hetzelfde geldt indien de overeenkomst van geldverstrekking inhoudt dat de geldverstrekker bij het geldend maken van zijn rechten in geval van faillissement of ontbinding en vereffening van het vermogen van de geldnemer gelijk in rang deelt met de houders van preferente aandelen in de geldnemer.

2.3.3

De hiervoor in 2.2.1 weergegeven oordelen van het Hof komen erop neer dat met de uitgifte van de perpetual securities, ongeacht de vraag of deze civielrechtelijk als geldlening zijn aan te merken, voor belanghebbende een terugbetalingsverplichting is ontstaan. Hiermee heeft het Hof de hiervoor in 2.3.1 en 2.3.2 weergegeven rechtsregels niet miskend. Die oordelen geven ook overigens niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zij kunnen, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige door de Hoge Raad in de cassatieprocedure niet op juistheid worden onderzocht. Die oordelen zijn ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Onderdeel a van het middel faalt daarom.

2.3.4

Onderdeel b van het middel bestrijdt het hiervoor in 2.2.2 weergegeven oordeel van het Hof. Het onderdeel betoogt dat het Hof de perpetual securities had moeten aanmerken als een deelnemerschapslening. Het middelonderdeel beroept zich daartoe op de onbeperkte looptijd en de volledige achterstelling van de geldverstrekking, en betoogt daarnaast dat de contractuele vergoeding voor de geldverstrekking winstafhankelijk is vanwege de mogelijkheid voor belanghebbende om betaling van rente op te schorten zonder verplicht te worden de hoofdsom af te lossen of zekerheid te stellen, dit in combinatie met de paripassubepaling als bedoeld in onderdeel 3, aanhef en onder (ii), van de T&C.

2.3.5

Het hiervoor in 2.3.2 weergegeven uitgangspunt lijdt uitzondering in drie situaties, omschreven in het arrest van de Hoge Raad van 27 januari 1988^[5]. Een van die situaties betreft het geval waarin geld wordt verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de geldverstrekker daarmee in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar. In dat geval moet de geldverstrekking voor de toepassing van de belastingwet worden aangemerkt als kapitaalverschaffing. Deze uitzondering doet zich slechts voor indien (i) de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst, (ii) de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers, en (iii) de schuld geen vaste looptijd heeft en slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie van de schuldenaar. Voor het antwoord op de vraag of de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers, is bepalend hetgeen daaromtrent is overeengekomen. Beslissend is immers onder welke voorwaarden het geld is verstrekt, hetgeen naar civielrechtelijke maatstaven dient te worden beoordeeld. Ook voor de winstafhankelijkheid van de vergoeding en de looptijd van de schuld komt het daarom erop aan wat daaromtrent is overeengekomen. De opvatting dat de voorwaarden voor het bestaan van een deelnemerschapslening materieel moeten worden beoordeeld, kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. Wel komt bij de beoordeling van hetgeen is overeengekomen betekenis toe aan een gezamenlijk oogmerk van partijen bij het sluiten van de overeenkomst. Bij het vaststellen van dat oogmerk kan de feitelijke situatie op dat moment een rol spelen. Bij de beoordeling of, gelet op de voorwaarden van de geldverstrekking, sprake is van een zogenoemde deelnemerschapslening, geldt tot slot dat voorbij kan worden gegaan aan een beding in een overeenkomst tot geldverstrekking waaraan zelfstandige betekenis moet worden ontzegd.^[6]

2.3.6

Bij zijn oordeel dat het beloop van de vergoeding op de perpetual securities niet afhankelijk is van de winst van belanghebbende, heeft het Hof zich gebaseerd op zijn uitleg van onderdeel 5(b) van de T&C. Deze uitleg geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Bij dat oordeel heeft het Hof bovendien in aanmerking genomen dat aan de bepalingen in de T&C over de vaststelling van het beloop van de verschuldigde rentevergoeding zelfstandige betekenis niet kan worden ontzegd. Aldus heeft het Hof met zijn oordeel over de winstafhankelijkheid de hiervoor in 2.3.5 weergegeven rechtsregels niet miskend. Noch de mogelijkheid voor belanghebbende om de betaling van rente op te schorten, noch de paripassubepaling staat aan dat oordeel in de weg. Voor het overige kan dat oordeel in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Het is ook niet onbegrijpelijk. Onderdeel b van het middel faalt eveneens.

3. Proceskosten

De Staatssecretaris zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verklaart het beroep in cassatie ongegrond, en

- veroordeelt de Staatssecretaris van Financiën in de kosten van het geding aan de zijde van belanghebbende, vastgesteld op € 3.150 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Voorgaande uitspraak

HOF Arnhem-Leeuwarden, Derde Meerv. belastingk., 12 juni 2018 (Nr. 17/0203)

Uitspraak

op het hoger beroep enz.;

de inspecteur van de Belastingdienst/Kantoor P (hierna: de Inspecteur)

tegen de uitspraak van rechtbank Gelderland (hierna: de Rechtbank) van 20 december 2016, nummer AWB 15/2268, in het geding enz.;

1. (...)

4. Beoordeling van het geschil

Civilrechtelijke vorm

4.1.

De Inspecteur stelt dat houders van de perpetual securities, als gevolg van de pari passu bepaling, bij faillissement of ontbinding van belanghebbende tezamen en op gelijke wijze met de preferente aandeelhouders delen in de verliezen van de vennootschap, en dat op die grond geen sprake is van een voor een geldlening kenmerkende verplichting tot terugbetaling. Een recht dat in verhaalsrangorde gelijk staat aan dat van een aandeelhouder, kan niet worden aangemerkt als een recht van een schuldeiser, aldus de Inspecteur. Het door de houders van de perpetual securities verstrekte vermogen is daardoor in wezen – evenals het door aandeelhouders verschaft kapitaal – (mede) aansprakelijk geworden voor de schulden van belanghebbende. Daardoor is volgens de Inspecteur civielrechtelijk geen sprake van een geldlening. De perpetual securities dienen op die grond als een kapitaalverstrekking te worden gekwalificeerd, waardoor – zo begrijpt het Hof de stelling van de Inspecteur – de vergoeding daarvoor op grond van artikel 10, eerste lid, letter c, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) bij het bepalen van de winst van belanghebbende niet voor aftrek in aanmerking komt.

4.2.

In zijn arrest van 5 januari 2018, nr. 16/01047, ECLI:NL:HR:2018:2, *BNB* 2018/60 overweegt de Hoge Raad onder meer:

"2.4.2.

Voor de beantwoording van de vraag of in de fiscale sfeer een geldverstrekking als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is als regel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijdt uitzondering indien de lening wordt verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar. Aan deze voorwaarden is slechts voldaan indien de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie (zie het arrest *BNB* 1998/208, rechtsoverweging 3.3). Voor het antwoord op de vraag of de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers, is bepalend hetgeen daaromtrent is overeengekomen. De door het middel verdedigde rechtsopvatting dat de criteria voor de deelnemerschapslening materieel moeten worden beoordeeld, kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. Die opvatting strookt niet met het uitgangspunt dat voor de beantwoording van de vraag of in de fiscale sfeer een geldverstrekking als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel de civielrechtelijke vorm beslissend is. Zij doet bovendien afbreuk aan de rechtszekerheid die door de Hoge Raad met het formuleren van de criteria voor de deelnemerschapslening is beoogd. Het voorgaande laat onverlet dat aan een beding in een leningsovereenkomst waaraan zelfstandige betekenis moet worden ontszegd, kan worden voorbijgegaan (vgl. HR 25 november 2005, nr. 40989, ECLI:NL:HR:2005:AT5958, *BNB* 2006/82) (...)"

4.3.

Het Hof stelt voorop dat, naar volgt uit artikel 2:375 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), tot de civielrechtelijke schulden niet alleen (geld)leningen behoren, doch ook andersoortige schulden. Beoordeeld dient derhalve te worden of de geldverschaffing door geldverstrekkers aan belanghebbende in de vorm van de onderhavige perpetual securities civielrechtelijk als kapitaal (derhalve als eigen vermogen van belanghebbende) dan wel als schuld dienen te worden

aangemerkt. Daarbij zal het Hof – in navolging van partijen – eerst onderzoeken of de overeenkomst van de perpetual securities civielrechtelijk is aan te merken als een geldlening.

4.4.

Het BW bepaalt voor zover hier van belang:

Artikel 7A:1791

Verbruikleening is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve.

Artikel 7A:1800

Die iets ter leen ontvangt is verplicht hetzelfde, in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid, en op den bepaalden tijd, terug te geven.

Artikel 7A:1807

Het vestigen eener altijddurende rente eene overeenkomst, waarbij de uitleener interessen bedingt, tegen betaling eener hoofdsom welke hij aanneemt niet terug te zullen vorderen.

Artikel 7A:1808

1. Deze rente is uit haren aard aflosbaar.
(...)

Artikel 7A:1809

De schuldenaar eener altijddurende rente kan tot de aflossing genoodzaakt worden:

- 1°. Indien hij niets betaald heeft op de gedurende twee achtereenvolgende jaren verschuldigde renten;
- 2°. Indien hij verzuimt aan den geldschieter de bij de overeenkomst beloofde zekerheid te bezorgen;
- 3°. Indien hij in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard.

4.5.

Een overeenkomst van geldlening is civielrechtelijk als een bijzondere overeenkomst van verbruikleen aan te merken.

4.6.

In zijn voor de kapitaalsbelasting gewezen arrest van 8 september 2006, nr. 42 015, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, *BNB* 2007/104 overweegt de Hoge Raad ten aanzien van de civielrechtelijke verplichting tot terugbetaling in r.o. 3.5 onder meer: "(...) laten geen andere conclusie toe dan dat aan de onderhavige geldverstrekking voor de ontvanger een terugbetalingsverplichting is verbonden, en dat het ten tijde van de geldverstrekking niet was te voorzien dat het nimmer tot terugbetaling zou komen. Dit brengt mee dat deze geldverstrekking moet worden beschouwd als een lening (...)"

4.7.

Het Hof leidt uit bovenstaande overweging van de Hoge Raad af dat in het geval er met betrekking tot een geldverstrekking civielrechtelijk een terugbetalingsverplichting bestaat waarvan feitelijk niet volstrekt onaannemelijk is dat zij nagekomen zal (kunnen) worden, er voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie van die geldverstrekking in beginsel niet wordt afgeweken van de civielrechtelijke kwalificatie 'lening' (vgl A-G Wattel in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37).

4.8.

Naar het oordeel van het Hof zijn de onderhavige perpetual securities aan te merken als een overeenkomst van altijddurende rente als bedoeld in artikel 7A:1807 BW. Niet in geschil is dat er een hoofdsom is betaald (2.5). Voorts is belanghebbende over de hoofdsom een rente verschuldigd aan de houders van de perpetual securities en is er geen (vaste) aflossingstermijn overeengekomen. Het Hof wijst hierbij op de bepalingen in de Terms and Conditions, onderdelen 5 (Coupon Payment) onder (a) Coupon Payment Dates ("The securities bear interest from, and including, the Issue Date") en

6 (Redemption and Purchase) onder (a) No Maturity Date ("The securities are perpetual securities and have no fixed maturity date."). De perpetual securities voldoen ook aan de voorwaarde van artikel 7A:1808, eerste lid BW, hetgeen blijkt uit de in onderdeel 6 van de Terms and Conditions onder (b) tot en met (e) beschreven situaties waarin belanghebbende tot aflossing gerechtigd is, en van welke mogelijkheden belanghebbende op 21 november 2013 ook daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt (2.9.). Dat – zoals de Inspecteur heeft gesteld – op de perpetual securities niet het bepaalde in artikel 7A:1809 BW van toepassing is, staat aan voorgaande conclusie niet in de weg aangezien – zoals de Rechtbank met juistheid heeft geoordeeld – die bepaling geen dwingend recht vormt. Bovendien wijst het Hof in dit verband op het bepaalde in onderdeel 9 van de Terms and Conditions (Enforcement Events). Zoals uit onderdeel 9 (i) volgt, worden ingeval van faillissement of ontbinding en vereffening van het vermogen van belanghebbende de perpetual securities tegen het bedrag van de hoofdsom vermeerderd met eventuele achterstallige rente direct opeisbaar ("immediately become due and repayable at their principal amount together with accrued interest and any Arrears of Interest"), terwijl in geval van niet-betaling van de renten, anders dan bedoeld in onderdeel 4 (a) van de Terms and Conditions, de houders van de perpetual securities jegens belanghebbende gerechtigd zijn haar ontbinding en vereffening in rechte te vorderen.

4.9.

Het Hof is eveneens met de Rechtbank van oordeel dat de overeenkomst van altijddurende rente een bijzondere vorm is van de overeenkomst van geldlening tegen rente. Evenals de overeenkomst van geldlening eindigt ook de overeenkomst van altijddurende rente door terugbetaling van de hoofdsom, welke terugbetaling door partijen niet kan worden uitgesloten; de altijddurende rente is immers op de voet van artikel 7A:1808, eerste lid BW "uit haren aard" aflosbaar.

4.10.

In vergelijking met de overeenkomst van geldlening is bij de overeenkomst van altijddurende rente de verplichting van de geldnemer om een gelijke hoeveelheid geld terug te geven, in beginsel omgevormd tot een niet-afdwingbaar recht. In het onderhavige geval heeft belanghebbende als geldnemer echter, zoals hiervoor onder 4.8. reeds is opgemerkt, voor de in onderdeel 9 (i) van de Terms and Conditions vermelde situaties wel degelijk ook een terugbetalingsverplichting. Van deze verplichting kan naar het oordeel van het Hof niet gezegd worden dat deze ieder realiteitsgehalte ontbeert. De door de Inspecteur vermelde *pari passu* bepaling (onderdeel 3 (ii) van de Terms and Conditions) doet daaraan niet af. In de eerste plaats niet omdat deze bepaling onverlet laat dat ingeval van ontbinding en vereffening van belanghebbende de uit hoofde van de perpetual securities ter beschikking gestelde gelden direct en volledig opeisbaar worden en de houders daarvan – anders dan de (preferente) aandeelhouders – als schuldeiser van belanghebbende in de zin van artikel 2:23b BW (en eventueel ook voor de toepassing van de Faillissementswet) moeten worden aangemerkt. In de tweede plaats niet omdat – naar tussen partijen niet in geschil is – tijdens de gehele looptijd van de in geschil zijnde perpetual securities geen preferente aandelen hebben bestaan, en de *pari passu* bepaling eerst betekenis krijgt als belanghebbende preferente aandelen uitgeeft, hetgeen naar belanghebbende onweersproken heeft gesteld nimmer het geval is geweest. Daardoor is er ook daadwerkelijk nimmer sprake geweest van een gelijkstelling van de perpetual securities met preferente aandelen. De vervulling van de voorwaarde voor een dergelijke gelijkstelling is namelijk nimmer ingetreden.

4.11.

Nu de aard van de overeenkomst van geldlening er niet aan in de weg staat dat de verplichting tot terugbetaling voorwaardelijk wordt aangegaan en dat terugbetaling onzeker is (vgl. HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, NJ 2003, 50 en HR 8 september 2006, nr. 42015, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, BNB 2007/104), dient de conclusie te zijn dat in de onderhavige situatie sprake is van een terugbetalingsverplichting waarvan feitelijk niet volstrekt onaannemelijk is dat zij nagekomen zal (kunnen) worden.

4.12.

Het voorgaande brengt mee dat naar het oordeel van het Hof de perpetual securities civielrechtelijk dienen te worden aangemerkt als een geldlening.

4.13.

Ten overvloede merkt het Hof op dat indien de perpetual securities civielrechtelijk niet als geldlening zouden kunnen worden gekwalificeerd, zij nochtans – op grond van het bepaalde in de artikelen 2:373 en 2:375 BW, en hetgeen met betrekking tot de verplichting tot terugbetaling hiervoor onder 4.8., 4.10. en 4.11. is overwogen – civielrechtelijk als schuld van belanghebbende dienen te worden aangemerkt.

Deelnemerschapslening

4.14.

Voor het geval de perpetual securities civielrechtelijk kunnen worden aangemerkt als geldlening, stelt de Inspecteur dat die geldverstrekking fiscaalrechtelijk dient te worden gekwalificeerd als een "deelnemerschapslening" op grond waarvan de op

de perpetual securities betaalde vergoeding van € 3.339.041 evenmin voor aftrek in aanmerking komt. De lening is – aldus de Inspecteur – aangegaan onder zodanige voorwaarden dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van belanghebbende (artikel 10, eerste lid, letter d, van de Wet Vpb).

4.15.

Van een deelnemerschapslening is sprake indien de lening wordt verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar. Aan deze voorwaarden is slechts voldaan indien de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie. Dit zijn cumulatieve voorwaarden (Zie onder andere HR 11 maart 1998, nr. 32240, ECLI:NL:HR:1998:AA2453, *BNB* 1998/208 en HR 5 januari 2018, nr. 16/01047, ECLI:NL:HR:2018:2, *BNB* 2018/60).

4.16.

Uit het hiervoor onder 4.2 vermelde arrest van de Hoge Raad van 5 januari 2018 volgt het uitgangspunt dat de beoordeling of sprake is van een deelnemerschapslening dient plaats te vinden aan de hand van formele criteria, waarbij echter aan bedingen in een leningsovereenkomst waaraan zelfstandige betekenis moet worden ontzegd, kan worden voorbijgegaan.

4.17.

Door de combinatie van de pari passu bepaling en de mogelijkheid tot uitstelbaarheid van rente als vermeld in onderdeel 4 van de Terms and Conditions, wordt de verschuldigdheid van de rente afhankelijk van de resultaten van de onderneming van belanghebbende, aldus de Inspecteur.

4.18.

Blijkens onderdeel 5 (b) van de Terms and Conditions bedraagt de door belanghebbende te vergoeden rente op de perpetuals:

- de eerste vijf jaar na uitgifte (First Fixed Coupon Rate) 4,875 % per jaar;
- de tweede vijf jaar na uitgifte (Second Fixed Coupon Rate) 2,9% vermeerderd met het rekenkundig gemiddelde van de bied- en laatprijs van het vaste deel van een nader omschreven vijfjarige fixed-for-floating Euro interest rate swap, en
- na tien jaar na uitgifte (Floating Coupon Rate) 3,9% vermeerderd met een per steeds rentebetaaldag vast te stellen percentage gebaseerd op een nader omschreven Euribor rente.

4.19.

Het Hof constateert dat de door belanghebbende te betalen vergoeding voor de perpetual securities, contractueel gedurende de eerste vijf jaren een bij de aanvang vaststaand vast percentage van de hoofdsom belooft en ook gedurende het tweede tijdvak van vijf jaren sprake is van een vaste rentevergoeding, in welk laatste geval de exacte hoogte van het rentepercentage te zijner tijd nog dient te worden vastgesteld. De hoogte van het rentepercentage voor de periode die aanvangt na tien jaar, is per rentebetaaldatum uiteindelijk afhankelijk van de hoogte van een nader omschreven Euribor rente. Daarmee is het beloop (de hoegrootheid) van de door belanghebbende op de perpetual securities verschuldigde rentevergoeding, en dus het beloop van de vergoeding voor de geldverstrekking, formeel niet afhankelijk van de winst van belanghebbende. Daar komt bij dat, in het geval de rente op enige betaaldatum zou worden gepasseerd (uitgesteld) deze op grond van onderdeel 4 (a) (Deferral of Payments) onder (ii) en (iii) van de Terms and Conditions nochtans door belanghebbende rentedragend verschuldigd blijft ("shall remain due") en in geval van vrijwillige aflossing van de perpetual securities door belanghebbende, of in geval van ontbinding en vereffening van haar vermogen, op grond van onderdeel 4 (b) (Compulsory Payments) belanghebbende verplicht is tot betaling van die eerder gepasseerde rente.

4.20.

De stelling van de Inspecteur dat door de combinatie van de pari passu bepaling en de mogelijkheid tot uitstelbaarheid van rente als vermeld in onderdeel 4 (a) van de Terms and conditions, de verschuldigdheid van de rente de facto afhankelijk wordt van de resultaten van de onderneming van belanghebbende, impliceert een materiële toetsing van één van de criteria voor de deelnemerschapslening, waarvoor hier echter – zoals door de Hoge Raad in zijn in 4.2 aangehaalde arrest van 5 januari 2018 is overwogen – geen plaats is. Met betrekking tot de bepalingen over de vaststelling van de hoegrootheid van de door belanghebbende verschuldigde rentevergoedingen, kan in het licht van hetgeen daarover hiervoor, onder 4.19, is overwogen, naar het oordeel van het Hof ook niet worden gezegd dat daaraan zelfstandige betekenis moet worden ontzegd. Belanghebbende heeft die rente ook tot aan de aflossing op 21 november 2013 aan de houders van de perpetual securities vergoed. Verder is het Hof van oordeel dat bij een materiële toets, zoals de Inspecteur kennelijk voorstaat, niet eraan voorbij mag worden gegaan dat tijdens de gehele looptijd van de in geschil zijnde perpetual securities geen preferente aandelen hebben bestaan. Ook materieel gezien is er derhalve nimmer van enige winstafhankelijkheid van de door belanghebbende

verschuldigde vergoeding op de perpetual securities, als door de Inspecteur bedoeld, sprake geweest. Zoals in 4.10 overwogen krijgt de pari passu bepaling immers eerst betekenis als belanghebbende preferente aandelen uitkeert. Dat – zoals de Inspecteur tot slot nog heeft gesteld – de feitelijke betaling van de rentevergoeding afhankelijk is van de resultaten van belanghebbende, acht het Hof niet relevant, nu immers in het algemeen heeft te gelden dat de vermogenspositie van belanghebbende voor iedere door belanghebbende te verrichten betaling van belang kan zijn.

4.21.

Gelet op hetgeen hiervóór is overwogen, is geen sprake van een deelnemerschapslening. De overige verweren van belanghebbende behoeven geen behandeling.

Slotsom

Het hoger beroep van de Inspecteur is ongegrond.

5. Proceskosten

Het Hof acht termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling van de Inspecteur in hoger beroep. Overeenkomstig het Besluit proceskosten bestuursrecht stelt het Hof de vergoeding vast op € 1.002 ter zake van in hoger beroep beroepsmatig verleende rechtsbijstand. Daarbij is het Hof uitgegaan van twee punten voor proceshandelingen en een wegingsfactor van 1 en een waarde per punt van € 501.

6. Beslissing

Het Hof:

- bevestigt de uitspraak van de Rechtbank;
- veroordeelt de Inspecteur in de proceskosten aan de zijde van belanghebbende, vastgesteld op € 1.002, en
- bepaalt dat van de Inspecteur op het moment dat deze uitspraak onherroepelijk is komen vast te staan een griffierecht zal worden geheven van € 501.

Voorgaande uitspraak

Uit het beroepsschrift in cassatie van de staatssecretaris:

Als middel van cassatie draag ik voor:

Schending van het recht, met name van artikel 10, eerste lid, onderdelen c en d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 doordat het Hof met betrekking tot de op de perpetual securities betaalde vergoedingen heeft geoordeeld dat sprake is van aftrekbare rente en dat de perpetual securities ook niet aangemerkt kunnen worden als een deelnemerschapslening, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen omdat:

- a. er geen sprake is van een geldlening (schuld) omdat (i) er sprake is van schuldaansprakelijkheid dan wel (ii) een daadwerkelijke verplichting tot terugbetaling ontbreekt vanwege de contractueel overeengekomen pari passu bepaling;
- b. wanneer wel sprake is van een geldlening, deze aangemerkt dient te worden als een deelnemerschapslening, nu sprake is van een onbepaalde looptijd, volledige achterstelling en een vanwege de pari passu bepaling contractuele winstafhankelijke vergoeding.

Toelichting op het middel (onderdeel a) Civielrechtelijk geen geldlening

Bij de vraag of sprake is van een geldlening of kapitaal is volgens vaste jurisprudentie in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend. De civielrechtelijke vorm is echter niet altijd eenduidig, zoals ook wordt onderkend door A-G Wattel in o.a. ECLI:NL:PHR:2013:BZ0216.

Ik ben van mening dat met name in die civielrechtelijk niet eenduidige situaties als beslissende civielrechtelijke (en fiscale) scheidslijn geldt of de geldverstrekker via dit instrument aansprakelijk is voor schulden. Ook A-G Wattel acht in de hiervoor genoemde conclusie deze rangorde beslissend:

'6.1

Als uitgangspunt is de civielrechtelijke kwalificatie beslissend voor de vraag of een geldverstrekking door een aandeelhouder aan een vennootschap fiscaalrechtelijk als vreemd of eigen vermogen wordt aangemerkt. Soms is echter ook de civielrechtelijke kwalificatie niet op voorhand duidelijk (...)

6.2.

Van de door u genoemde beoordelingscriteria voor kwalificatie als kapitaal of lening is mijns inziens doorslaggevend het criterium 'voor schulden aansprakelijk en (dus?) in het bedrijfsrisico delend,' dat herhaald wordt in het samenvattende criterium 'aantasting door verliezen'.

Anders dan het Hof leid ik uit de vastgestelde feiten af dat de verplichting ten aanzien van de hoofdsom die belanghebbende jegens de houders van de perpetual securities heeft, vanwege de (afwijkende) contractuele bepalingen civielrechtelijk gelijk is aan de verplichting ten aanzien van houders van preferent aandelenkapitaal. De vennootschap is slechts gehouden het eventuele overschot na voldoening van alle schuldeisers in faillissement of vereffening ter beschikking te stellen aan de aandeelhouders. De vennootschap heeft geen terugbetalingsverplichting (ook niet een voorwaardelijke) jegens haar gewone en preferente aandeelhouders. In contractuele zin is de verplichting van belanghebbende jegens de houders van de perpetual securities dus teruggebracht tot het – in een situatie van discontinuïteit van de onderneming – na betaling van alle (andere) schuldeisers ter beschikking stellen van een eventueel afwikkelings- of vereffeningsoverschot tot een maximum van de hoofdsom plus eventueel achterstallige coupons en vertragingsrente, maar nooit meer dan wat er aan preferente aandeelhouders zou worden uitbetaald. Rekening houdend met deze contractuele voorwaarden is er geen sprake van een verplichting tot terugbetaling (belanghebbende heeft het in eigen hand of het zover komt) en daarmee evenmin van een overeenkomst van geldlening.

Ik herhaal dat de voorwaarden van de perpetual securities ertoe leiden dat deze op dezelfde manier risicodragend kunnen zijn als preferente aandelen en niet voorgaan op de preferente aandeelhouders. Immers, zoals hierboven is toegelicht, de aanspraken van de houders van perpetual securities op de hoofdsom zijn voor wat betreft timing en opeisbaarheid gelijk aan de aanspraken van de houders van preferente aandelen op het door hen gestorte kapitaal. Bovendien kunnen de houders van de perpetual securities, net zo als preferente aandeelhouders, geen aflossing of betaling van coupons afdwingen. Dat de coupons verschuldigd blijven en rentedragend worden is een voorwaarde die ook wel bij preferente aandelen voorkomt (cumulatief preferente aandelen). Het feit dat de niet betaalde coupons rentedragend worden is derhalve geen sluitend argument voor het oordeel van het Hof dat sprake is van een reële terugbetalingsverplichting.

Het Hof beslist in r.o. 4.10. desondanks dat de geldverstrekking is aan te merken als een geldlening omdat sprake is van een terugbetalingsverplichting. Daaraan doet de contractueel vastgelegde pari passu bepaling volgens het Hof niet af omdat:

- a. De ter beschikking gestelde gelden bij ontbinding en vereffening opeisbaar worden en de houders van de perpetual securities schuldeiser zijn in de zin van 2:23b BW, en
- b. De gelijkstelling nooit in werking is getreden doordat belanghebbende nooit preferente aandelen heeft uitgegeven.

Ik acht dit oordeel strijdig met artikel 2:23b BW. In dat artikel is een rangorderegeling neergelegd op basis waarvan schuldeisers bij faillissement voorrang hebben op verschaffers van kapitaal. Naar mijn mening heeft de pari passu in casu tot gevolg dat de houders van de perpetual securities niet als schuldeiser zijn aan te merken.

Ik baseer mijn standpunt ook op het arrest van 7 februari 2014. ECLI:NL:HR:2014:181, *BNB 2014/80* waarin de Hoge Raad in r.o. 3.4.3. overweegt (cursivering toegevoegd):

'Bij vereffening van een besloten vennootschap doet de vereffenaar krachtens artikel 2:23b BW pas uitkeringen aan de aandeelhouders nadat de schulden van de schuldeisers zijn afgelost. Uit deze regelingen volgt dat (achtergestelde) schuldeisers in rangorde voorgaan op alle aandeelhouders, ook op de aandeelhouders die preferent zijn.
(...)

Uit deze regelingen volgt dat (achtergestelde) schuldeisers in rangorde voorgaan op alle aandeelhouders, ook op de aandeelhouders die preferent zijn. Na de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht per 1 oktober 2012 geldt voor de besloten vennootschap een andere kapitaalbescherming, met name artikel 2:216 BW. Ook deze regeling beoogt, zij het op een andere wijze, te voorkomen dat aan aandeelhouders uitkeringen worden gedaan die ten koste gaan van de crediteuren van de vennootschap. *Een en ander – in verbinding met het bepaalde in artikel 2:23b, lid 1, BW – houdt in dat het door aandeelhouders aan een vennootschap verschafte kapitaal als risicodragend is te beschouwen, dat wil zeggen aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap.'*

Hier benoemt de Hoge Raad uitdrukkelijk de voorrang op preferente aandeelhouders als kenmerk voor het zijn van schuldeiser in de zin van artikel 2:23b BW. Dit maakt het oordeel van het Hof onjuist dan wel onbegrijpelijk nu in casu de houders van perpetual securities in rangorde gelijk zijn aan de houders van preferente aandelen, althans niet kunnen voorkomen dat dit het geval zal zijn.

A-G Wattel concludeert in zijn conclusie ECLI:NL:PHR:2013:701, onderdeel 6.7. (cursivering toegevoegd):

*'Het kwalificatiecriterium: de plaats in de rij der geldgevers: (...)*Daaruit volgt mijns inziens dat uiteindelijk een criterium beslissend is: *waar staat de geldverstrekker in de rij in geval van voortijdig faillissement van de geldontvanger?* Na alle – concurrente en achtergestelde – crediteuren ('postconcurrent' dus, zoals Maeijer, Westbroek, Van der Grinten en Scholten het uitdrukken)? Of is hij voor de curator van de vennootschap een (al dan niet achtergestelde) te verifiëren crediteur?'

In dat kader wijs ik ook op artikel van J.G.A. Struycken, 'Ranking the debt' in *Ondernemingsrecht* 2013/13 waarin hij schrijft: 'Als onderscheidend element van aandelen is [...] voor een perpetual van belang dat ze in geval van een liquidatie of faillissement voor de aandeelhouders gaan, dat wil zeggen eerder in rang in de opbrengst delen'.

R. Snoei en G.K. Fibbe, 'De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ('perpetual')', *WFR* 2010/644 zitten wat betreft de opvatting dat geen sprake is van een geldlening ook op deze lijn:

'Het uitgangspunt bij de gevestigde of altijddurende rente is en blijft slechts een terugbetalingsrecht. Hierdoor verschillen beide rechtsfiguren in wezen van elkaar. Volgens C. Asser is het voorgaande destijds voor de wetgever aanleiding geweest de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente afzonderlijk van de overeenkomst van geldlening te behandelen. Op grond van dit wezenlijk onderscheid, de wetshistorie alsmede de wetsystematiek, zijnde de gescheiden wettelijke behandeling van de altijddurende of gevestigde rente enerzijds en de verbruikleen en geldlening anderzijds, concluderen wij dat deze rechtsfiguur civielrechtelijk niet kwalificeert als een overeenkomst van geldlening.'

De door Snoei en Fibbe aangehaalde C. Asser¹¹ is van mening dat de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente niet alleen bewust door de wetgever anders is aangemerkt dan een variëteit van de overeenkomst van geldlening, maar dat de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente, door het ontbreken van een terugbetalingsverplichting, ook te veel afwijkt van een overeenkomst van geldlening om deze nog als een variëteit ervan aan te kunnen merken.

Het Hof voert geen dan wel onvoldoende gronden aan op basis waarvan kan worden aangenomen dat de *pari passu* geen afbreuk doet aan het schuldeiserschap van de houders van de perpetual securities. Door de *pari passu* bepaling gaat de geldverstrekker bij faillissement niet meer voor op de aandeelhouder. Dat maakt de beslissing op dit punt ook onbegrijpelijk.

Als tweede argument noemt het Hof dat tijdens de looptijd van de perpetual securities geen preferente aandelen hebben bestaan. Hierdoor is de *pari passu* bepaling buiten werking gebleven en vormt daarmee volgens het Hof ook geen element voor de kwalificatie van de geldverstrekking. Daarmee miskent het Hof dat de geldverstrekking gekwalificeerd dient te worden op het moment van afsluiten van de overeenkomst. Op dat moment bestaat er contractueel de reële mogelijkheid dat de *pari passu* bepaling in werking zal treden. Geldverschaffers zullen met deze mogelijkheid dan ook rekening hebben gehouden. In de voorwaarden van de perpetual securities, zoals opgenomen in de prospectus, staat expliciet dat de uitgifte van preferente aandelen niet leidt tot tussentijdse opeisbaarheid van de hoofdsom inclusief eventuele uitgestelde rente. Op grond hiervan kan belanghebbende te allen tijde en zonder verdere gevolgen eenzijdig overgaan tot uitgifte van preferente aandelen. Resultaat hiervan is dat de *pari passu* bepaling dan ook feitelijk werking krijgt en daarmee betekenis heeft in de verhouding tot de geldverstrekker. De geldverstrekkers hebben derhalve op voorhand hun recht op terugbetaling prijsgegeven.

Een curator in faillissement zal dit aspect op zijn minst moeten onderzoeken en dat maakt dat de houder van de perpetual securities geen schuldeiser is. De vordering is immers niet onbetwist. Tegelijkertijd zal ook een houder van de perpetual securities in zijn risico-analyse mee laten wegen dat belanghebbende preferent aandelenkapitaal kan uitgeven.

Ten slotte merk ik op dat het Hof zijn conclusie mede baseert op wetenschap van dit moment. De in geding zijnde geldverstrekking is in 2013 afgehandeld/afgelost. Het lijkt mij niet juist om een geldverstrekking te kwalificeren op basis van een beoordeling achteraf.

Toelichting op het middel (onderdeel b) Fiscale herkwalificatie

Subsidiair is de vraag aan de orde of de geldlening al dan niet hybride is in de zin van 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het Hof concludeert dat geen sprake is van een deelnemerschapslening vanwege de contractueel overeengekomen vaste vergoeding.

Naar mijn mening is de vergoeding echter schuld aansprakelijk (zie hierboven), en daarmee winstafhankelijk, door de combinatie van *pari passu* bepaling met de contractueel vastgelegde mogelijkheid voor belanghebbende om de vergoeding eenzijdig uit te stellen. Deze stelling acht het Hof onjuist.

Het Hof motiveert dit door te wijzen op het arrest HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:2. In dat arrest beslist de Hoge Raad dat de door partijen gekozen civielrechtelijke vorm beslissend is voor de beoordeling van de criteria voor de deelnemerschapslening. Er is geen ruimte voor een materiële beoordeling daarvan.

Het Hof beslist in casu dat bovengenoemde stelling een dergelijke verboden materiële toetsing impliceert. Dat oordeel miskent de strekking van het betoog van de inspecteur. In de beoordeling van de winstafhankelijkheid van de vergoeding is het namelijk van belang hetgeen partijen contractueel zijn overeengekomen. Daarbij dient men zich niet te beperken tot wat daarbij onder de kop 'Interest' is overeengekomen. Ook de overige bepalingen van de overeenkomst dienen in die beoordeling te worden betrokken. Daarop is de stelling van de inspecteur gebaseerd. Dat is geen materiële toetsing, maar een civielrechtelijke beoordeling die naar mijn mening binnen de kaders van het hierboven aangehaalde arrest van 5 januari 2018 blijft. De civielrechtelijke vorm houdt in casu in dat belanghebbende de betaling van de vergoeding kan en mag

opschorten, zonder dat daardoor een aflossingsverplichting ontstaat en zonder dat nadere zekerheden verstrekt hoeven te worden. In combinatie met de pari passu bepaling ontstaat dan een situatie dat de vergoeding alleen betaald zal worden als de preferente aandeelhouders ook hun dividend uitgekeerd krijgen. In zoverre is de vergoeding in potentie geheel winstafhankelijk.

Ook in dit verband acht het Hof overigens van belang dat belanghebbende gedurende de looptijd van de perpetual securities geen preferente aandelen heeft uitgegeven. Bij de toelichting op onderdeel a van het middel gaf ik al aan dat deze vaststelling/dit argument niet van betekenis kan zijn voor de beslechting van het geschil.

Overige opmerkingen

In dit verband wil ik nog graag wijzen op een aspect dat niet aan de orde komt in de uitspraak maar dat mogelijk wel relevant kan zijn. Belanghebbende heeft namelijk ook een a contrario redenering in stelling gebracht. Die redenering houdt in dat er wel sprake moet zijn van vreemd vermogen omdat geen sprake is van eigen vermogen.

Die stelling is ook tijdens de behandeling voor het Hof aan de orde geweest waarbij aan de inspecteur de vraag is gesteld in welke in het BW genoemde categorie van eigen vermogen deze geldverstrekking hoort. De inspecteur heeft daarop geantwoord dat hij dat niet weet, maar dat zijn benaderingswijze een andere is. Belanghebbende stelt dat sprake is van een geldlening. Die stelling toetst de inspecteur aan de hand van de vereisten die aan een dergelijk instrument worden gesteld. Getoetst wordt dus sec of het door belanghebbende gekozen etiket geldlening rechtens juist is in verband met de vraag of er sprake is van rente van schulden. Zie in dit verband pagina 8 en 9 van het proces-verbaal van de mondelinge behandeling.

Het standpunt van de inspecteur komt er in wezen op neer dat sprake is van preferent aandelenkapitaal, althans iets wat daarmee volledig op één lijn wordt gezet c.q. kan worden gezet.

Op pagina 8 van het proces-verbaal is daarnaast aan de orde of er al dan niet een tussencategorie is tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Want als het geen eigen vermogen is en het is ook geen geldlening, wat is het dan wel? In de Wet op de vennootschapsbelasting 1964 is een dergelijke tussencategorie niet beschreven. Tijdens de invoering van deze wet is geen rekening gehouden met hybrids die een mogelijke tussencategorie kunnen vormen. Overigens kan uit artikel 29a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1964 en de wetsgeschiedenis worden afgeleid dat de wetgever meent dat dergelijke hybrids als eigen vermogen aangemerkt dienen te worden, anders zou dit artikel een zinledige bepaling zijn.

Op grond van het vorenstaande ben ik van oordeel dat de uitspraak van het Hof niet in stand zal kunnen blijven.

Conclusie

Conclusie Advocaat-Generaal mr. Wattel:

1. Overzicht

1.1

In geschil is de aftrekbaarheid van de rente die de belanghebbende heeft betaald op door haar aan het publiek uitgegeven perpetual securities (voluit: fixed-to-floating rate perpetual capital securities). De fiscus meent dat hun uitgifte civielrechtelijk geen geldlening is, maar de belanghebbende eigen vermogen heeft opgeleverd, zodat de rentekosten niet aftrekbaar zijn. Gaat het civielrechtelijk wél om een geldlening, dan stelt hij subsidiair dat het belastingrecht af moet wijken van het civiele omdat de perpetuals een deelnemerschapslening ex art. 10(1)(d) Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb) opleveren, zodat ook dan de rentekosten niet in aftrek komen.

1.2

De perpetuals hebben geen fixed maturity date (geen bepaalde aflossingsdatum). In bepaalde situaties is aflossing (redemption) mogelijk, maar niet verplicht en daarmee overgelaten aan belanghebbendes discretie. De belanghebbende kan betaling van de jaarlijks vervallende rente uitstellen zonder daardoor verplicht te worden de hoofdsom af te lossen of zekerheid te stellen, maar die renteschuld draagt op zijn beurt wel weer rente. Hoofdsom en achterstallige rente zijn wel direct opeisbaar bij faillissement van de belanghebbende of ontbinding en vereffening (winding-up) van haar vermogen, met dien verstande dat de perpetual-houders alsdan in rang gelijk staan (pari passu ranking) met eventuele preferente aandeelhouders. De belanghebbende heeft geen preferente aandelen uitgegeven.

1.3

De Rechtbank heeft de uitgifte van de perpetuals aangemerkt als een overeenkomst van alijdurende rente ex art. 1807

boek 7A Burgerlijk Wetboek (BW). Op basis daarvan heeft zij een terugbetalingsplicht geconstateerd en de perpetuals als een bijzondere vorm van geldlening aangemerkt. Nu de rente niet van de winst afhangt, heeft zij de perpetuals fiscaal-rechtelijk niet als deelnemerschapslening aangemerkt. Zij achtte de rente daarom aftrekbaar.

1.4

Op het hogere beroep van de Inspecteur heeft ook het Hof de perpetuals civielrechtelijk als geldlening – een bijzondere overeenkomst van verbruikleen – gekwalificeerd en niet als eigen vermogen. Uit HR *BNB* 2007/104 (*[C]*-boringen) heeft hij afgeleid dat als civielrechtelijk een terugbetalingsplicht bestaat en niet volstrekt onaannemelijk is dat terugbetaald zal (kunnen) worden, het ook fiscaalrechtelijk om een lening gaat. Nu in casu een terugbetalingsplicht bestaat, zag ook het Hof de uitgifte van de perpetuals als een bijzondere vorm van geldlening tegen rente, nl. een overeenkomst van altyddurende rente ex art. 7A:1807 BW. Voor fiscaalrechtelijke afwijking van het civiele recht zag het Hof geen grond. Gelet op HR *BNB* 2018/60 moet deelnemerschap en dus ook winstafhankelijkheid van rentebetaling beoordeeld worden op basis van juridische criteria. Het Hof achtte de op de perpetuals verschuldigde vergoeding overigens formeel noch materieel winstafhankelijk.

1.5

De Staatssecretaris acht art. 10(1)(c) en (d) Wet Vpb dan wel 's Hof's motiveringsplicht geschonden doordat (a) de kwalificaties 'geldlening' en 'schuld' onjuist zijn omdat (i) hij het perpetual-vermogen bij faillissement aansprakelijk acht voor de schulden van de vennootschap en (ii) door de pari passu bepaling een daadwerkelijke terugbetalingsplicht ontbreekt, en (b) zo er civielrechtelijk al een geldlening zou zijn, deze als deelnemerschapslening moet worden aangemerkt omdat zij een onbeperkte looptijd heeft en volledig is achtergesteld bij alle concurrente crediteuren en de rente door de pari passu bepaling contractueel winstafhankelijk is.

1.6

Ik acht rechtskundig en feitelijk onjuist de stelling van de fiscus dat de geldverstrekkers met de pari passu bepaling op voorhand hun recht op terugbetaling zouden hebben prijsgegeven. Dat een geldverstrekker de hoofdsom alleen in bepaalde bijzondere omstandigheden kan opeisen omdat hij zich verbonden heeft dat overigens niet te doen, wil niet zeggen dat de geldnemer geen terugbetalingsplicht (schuld) heeft; het wil slechts zeggen dat het (buiten de situaties waarin wel degelijk terugbetaling geëist kan worden) om een natuurlijke verbintenis gaat: een vorderingsrecht waaraan alleen de rechtsvordering ontbreekt. Als het in casu om een altyddurende rente gaat, is de belanghebbende dus wel degelijk verbonden de hoofdsom terug te betalen en heeft het Hof correct geoordeeld dat een terugbetalingsplicht bestaat. De precieze civielrechtelijke kwalificatie van de schuld causa (geldlening, gevestigde rente, verbruikleen, of enige andere verbintenis uit de wet of uit overeenkomst) acht ik overigens fiscaalrechtelijk niet relevant, als civielrechtelijk maar een – al dan niet afdwingbare, al dan niet voorwaardelijke – schuld vaststaat ter zake van zowel hoofdsom als eventueel uitgestelde rente, waarvan betaling niet volstrekt onaannemelijk is. Dat een terugbetalingsplicht voorwaardelijk is en terugbetaling onzeker, neemt de terugbetalingsplicht niet weg en sluit dus niet uit dat de geldverstrekking fiscaalrechtelijk vreemd vermogen is (HR *JOR* 2016/354 en *[C]*).

1.7

Volgens het Hof is niet volstrekt onaannemelijk dat de terugbetalingsverplichting niet nagekomen zal (kunnen) worden. Deze uitleg van de terms and conditions van de perpetuals lijkt mij niet onbegrijpelijk, gegeven dat een hoge rentevoet tot aflossing kan urgeren en de perpetuals daadwerkelijk geheel zijn afgelost. Dit feitelijke oordeel lijkt mij daarmee in cassatie onaantastbaar. 's Hof's rechtskundige oordeel over de volgorde bij faillissement lijkt mij juist. Ik zie niet hoe de curator in een faillissement van de belanghebbende de alsdan direct opeisbare vorderingen van de perpetuals-houders met vrucht zou kunnen betwisten; hij zou wel – als de vereffening van het vennootschapsvermogen zover zou komen – bij het opstellen van de uitdelingslijst rekening moeten houden met hun achterstelling. Middelonderdeel (a) lijkt mij daarmee ongegrond.

1.8

Ad middelonderdeel (b): voor fiscaalrechtelijke afwijking van de civielrechtelijke kwalificatie 'schuld' wegens het risico- en winstdeelnemerschap van de geldverstrekker is cumulatief vereist dat de rentevergoeding winstafhankelijk is, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft en slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie. Niet in geschil is dat de perpetuals zijn achtergesteld bij alle concurrente vorderingen. De belanghebbende heeft gesteld dat zij materieel een vaste looptijd hebben, maar in 's Hof's oordeel ligt mijns inziens de niet-onbegrijpelijke uitleg besloten dat zij civielrechtelijk geen vaste looptijd hebben; dat het in de praktijk mogelijk anders is (gebleken), is niet van belang; het gaat om de civielrechtelijke voorwaarden, tenzij daaraan zelfstandige betekenis moet worden ontzegd (HR *BNB* 2018/60).

1.9

Beslissend is dan of de vergoeding aan perpetual-houders afhankelijk is van belanghebbendes winst. De belanghebbende

kan rentebetaling opschorten zonder verplicht te worden de hoofdsom af te lossen of zekerheid te stellen. Door de combinatie met de *pari passu* bepaling ontstaat dan volgens de Staatssecretaris een situatie waarin de vergoeding alleen betaald wordt als preferente aandeelhouders dividend uitgekeerd krijgen, zodat in zoverre de vergoeding 'in potentie' geheel winstafhankelijk is. Ook deze stelling lijkt mij rechtskundig en feitelijk onjuist. De opschortingsbevoegdheid maakt rentebetaling niet afhankelijk van de jaarwinst of van vrije winstreserves; zij maakt slechts de timing van betaling wilsafhankelijk. De *pari passu* bepaling bepaalt slechts een (achtergestelde) schuldeisersrang bij faillissement of ontbinding. Uit HR *BNB* 1999/176 volgt dat rentebetaling niet winst-afhankelijk wordt door de mogelijkheid tot opschorting, noch door koppeling aan declaratie van dividend. Uit HR *BNB* 2018/60 volgt dat aan de criteria voor een deelnemerschapslening niet economisch wordt getoetst, maar – in verband met de gewenste rechtszekerheid – op basis van hetgeen civielrechtelijk is overeengekomen, tenzij daaraan geen zelfstandige betekenis toekomt. Het Hof heeft met name op basis van het prospectus geoordeeld dat de rente formeel noch materieel afhankelijk is van de winstgevendheid van de belanghebbende.

1.10

Dat een bijzondere samenloop van toekomstige omstandigheden en toekomstige wilsbesluiten niet uitgesloten is te achten ((i) opschorting van de rentebetalingen, (ii) zonder aflossing of zekerheid, (iii) tot aan een hypothetisch ontbindingsbesluit, terwijl (iv) tussentijds preferente aandelen worden uitgegeven, en (v) bij ontbinding onvoldoende vermogen beschikbaar is om de perpetual-houders af te lossen én de – niet bestaande – preferente aandeelhouders hun – hypothetisch – gestorte kapitaal terug te geven), maakt de rente niet afhankelijk van belanghebbendes winst in de jaren waarin die combinatie van ontbindingsbesluit, pref-uitgifte en vereffeningstekort niet viel te verwachten. Uiteindelijk is alles winstafhankelijk, ook het loon van de werknemers. Relevant lijkt mij of de perpetual-houders met hun geldverstrekking een mede-eigenaarachtig ondernemersrisico lopen en medewinstgerechtigd zijn. 's Hofs uitleg van de overeenkomst en zijn waardering van de feiten houden in dat dat niet het geval is. Dat oordeel lijkt mij niet onbegrijpelijk.

1.11

Ik geef u in overweging het beroep van de Staatssecretaris ongegrond te verklaren.

2. De feiten en het geding in feitelijke instanties

De feiten

2.1

De belanghebbende is een niet-beursgenoteerde naamloze vennootschap. Zij drijft een zelfstandig netwerkbedrijf dat elektriciteit- en gasdistributie-netwerken beheert. Op 1 juli 2010 heeft zij [A] B.V. overgenomen voor € 712.000.000. Tot financiering daarvan heeft zij op 11 november 2010 voor € 500.000.000 perpetual securities uitgegeven aan het publiek. De perpetuals zijn genoteerd aan de Amsterdamse beurs Euronext.

2.2

Volgens de International Financial Reporting Standards (IFRS) kunnen perpetuals als eigen vermogen worden beschouwd. Ook rating agencies kunnen perpetuals geheel of gedeeltelijk tot het eigen vermogen rekenen.

2.3

Het prospectus^[1] voor de op 11 november 2010 uitgegeven perpetuals bevat voorwaarden die het Hof heeft geciteerd. Ik herhaal die citaten hier niet, maar verwijs hieronder waar nodig naar de citaten in de Hofuitspraak. Ik citeer wel de onderdelen die de Staatssecretaris in zijn beroepschrift heeft opgenomen. Dat zijn de volgende:

"2. STATUS AND SUBORDINATION

This Condition 2 (Status and Subordination) is an irrevocable stipulation (derdenbeding) for the benefit of the creditors referred to in paragraph (iii) of Condition 3 (Winding-up) and each such creditor may rely on and enforce this Condition 2 (Status and Subordination) under Section 6:253 of the Dutch Civil Code.

(a) Status

The securities, together with interest accrued thereon, including any Arrears of Interest, constitute direct unsecured and subordinated obligations of the Issuer which will at all times rank *pari passu* without any preference among themselves.

(b) Subordination

The rights and claims of the Holders and Couponholders against the Issuer under the Securities in respect of the principal amounts due and payable on redemption and any Arrears of Interest and any other sum payable in respect of or arising under the Securities are subordinated on a Winding-up in accordance with provisions of Condition 3 (Winding-up), save for such obligations as may be preferred by provisions of law that are both mandatory and of general application.

(...).

3. WINDING-UP

The rights of the Holders and Couponholders will be subordinated in right of payment in the event of a Winding-up of the Issuer, and will rank:

- (i) in priority to any distributions in respect of any ordinary shares in the capital of the Issuer;
- (ii) pari passu with the holders of preference shares (if any) from time to time issued or which may be issued by the Issuer; and
- (iii) junior to the claims of all unsubordinated creditors, present and future, of the Issuer and to all subordinated creditors of the Issuer other than those whose claims (whether only in the event of a Winding-up of the Issuer or otherwise) rank pari passu with or junior to the claims of the Holders of the Securities, so that in the event of a Winding-up amounts due and payable in respect of the Securities shall be paid by the Issuer only after all of the creditors of the issuer referred to in paragraph (iii) in this Condition 3 (Winding-up) have been reimbursed or paid in full and the Holders irrevocably waive their right to be treated equally with all such creditors of the Issuer in such circumstances.

The Issuer does not currently have any preference shares outstanding and does not currently have any plans to create any preference shares.

(...).

9. ENFORCEMENT EVENTS

- (i) If any of the following events (each an "Enforcement Event") occurs:

(a)Non-payment

Subject to Condition 4(a) (Deferral of Payments), default is made in the payment of any amount in respect of the Securities on the due date for payment thereof within 14 days after the date upon which such amount became due; or

(b)Winding-up

An order is made or an effective resolution is passed for the Winding-up^[2] of the Issuer (except in the case of a winding-up for the purpose of a merger, reconstruction or amalgamation the terms of which have previously been approved by an Extraordinary Resolution (as defined in the Agency Agreement) of the Holders), then, in the case of paragraph (a) (Non-payment), the Holder of such Security may, at its discretion and, subject to any applicable laws, without further notice, institute proceedings for the Winding-up of the Issuer in The Netherlands (but not elsewhere) and/or prove in any Winding-up of the Issuer, but may take no other action in respect of such default and, in the case of paragraph (b) (Winding-up), the Securities will immediately become due and repayable at their principal amount together with accrued interest and any Arrears of Interest and/or prove in the Winding-up of the Issuer, subject always to the ranking provided in Condition 2 (Status and Subordination).

(...)."

2.4

Condition 3(ii) (de pari passu ranking) is opgenomen in verband met de destijds door kredietbeoordelaars gebruikte criteria om een geldverstrekking voor financieringsdoeleinden (deels) als eigen vermogen aan te merken.

2.5

Op 15 augustus 2013 heeft kredietbeoordelaar [B] belanghebbendes long term credit rating opgewaardeerd, hetgeen voor de belanghebbende aanleiding was om condition 6(e) van de terms and conditions in te roepen en de perpetuums op 21 november 2013 af te lossen.^[3]

2.6

De belanghebbende heeft aangifte vennootschapsbelasting 2010 gedaan naar een negatief belastbaar bedrag ad € 135.015.741. Dat bedrag omvat de volgende negatieve posten inzake de perpetuums:

Rentekosten perpetuals	€ 3.339.041
Emissiekosten perpetuals	€ 5.226.586
Kosten rente swap	€ 10.191.458
Disagio perpetuals	€ 2.489.931
Totaal	€ 21.247.016

2.7

De Inspecteur heeft deze posten niet in aftrek toegelaten en het verlies 2010 daarom vastgesteld op € 113.768.725. De belanghebbende heeft vergeefs bezwaar gemaakt. In beroep en hoger beroep was alleen nog in geschil of de rentekosten ad € 3.339.041 in aftrek komen. De overige genoemde kostenposten zijn niet meer in geschil (r.o. 10 Rechtbank en r.o. 2.14 Hof).

De Rechtbank Gelderland^[4]

2.8

De geheimhoudingskamer van de Rechtbank heeft op 25 februari 2016 het verzoek van de Inspecteur tot beperking van de kennisneming van de opinie van de Landsadvocaat toegewezen en heeft verder bepaald dat de Inspecteur een deels geanonimiseerde versie van het antwoord van de kennisgroep van de Belastingdienst van 18 juni 2014 aan de belanghebbende moet verstrekken. Ten gronde heeft de Rechtbank belanghebbendes beroep gegrond verklaard en de rentekosten in aftrek toegelaten. Zij heeft daartoe eerst de geldverstrekking civielrechtelijk als geldlening gekwalificeerd, daartoe onder verwijzing naar HR *BNB* 1988/217^[5] (zie 5.5 hieronder) als volgt overwegende:

"15. (...). Vast staat dat de houders van de perpetual securities in beginsel recht hebben op rente, geen stem- en zeggenschapsrecht hebben en onder omstandigheden het faillissement van eiseres kunnen aanvragen. Dit zijn rechten die niet toekomen aan houders van eigen vermogen. De enkele verwijzing door verweerder naar de pari passu-bepaling, al dan niet in samenhang met de omstandigheid dat slechts ingeval van een Winding-up een terugbetalingsverplichting opkomt, is onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat het de bedoeling van partijen (bij de overeenkomst) is geweest kapitaal te verstrekken. (...).

(...).

18. De rechtbank is, gelet op (...) artikel 7A:1807 BW, met eiseres van oordeel dat de perpetual securities als een overeenkomst van altyddurende rente zijn aan te merken. De omstandigheid dat geen aflossingsverplichting ontstaat indien eiseres gedurende twee achtereenvolgende jaren de verschuldigde rente niet heeft voldaan maakt dit niet anders. Immers artikel 7A:1809 BW vormt geen dwingend recht. Uit Hoge Raad 17 februari 1999 [zie 5.7 hieronder; PJW] vloeit vervolgens het uitgangspunt voort dat een overeenkomst van altyddurende rente als bedoeld in artikel 7A:1807 BW als een (bijzondere) overeenkomst van geldlening kwalificeert. Met betrekking tot een overeenkomst van geldlening heeft te gelden dat zij civielrechtelijk als (bijzondere) overeenkomst van verbruikleen is aan te merken. Dit is als zodanig ook niet in geschil (...). Op grond van artikel 7A:1791 BW is essentieel aan een overeenkomst van geldlening dat er een (...) terugbetalingsverplichting [bestaat] (zie ook artikel 7A: 1800 BW). (...) de aard van de overeenkomst van geldlening staat er niet aan in de weg dat de verplichting tot terugbetaling voorwaardelijk wordt aangegaan en dat terugbetaling onzeker is (vgl. Hoge Raad 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005 [zie 5.3 hieronder; PJW] en Hoge Raad 8 september 2006 ECLI:NL:HR:2006:AV2327 [*C*]-arrest; zie 5.8 hieronder; PJW)). Bovendien ontstaat er in het onderhavige geval niet alleen een terugbetalingsverplichting ingeval van faillissement, maar ook ingeval van ontbinding en vereffening."

2.9

Vervolgens heeft de Rechtbank de rentebetaling op deze lening niet afhankelijk geacht van belanghebbendes winst en de lening daarom niet als deelnemerschapslening aangemerkt:

"23. Vast staat dat eiseres zowel in de First en de Second Fixed Rate Period als ook in de Floating Rate Period een vaste rente verschuldigd is. Weliswaar kan deze rente worden uitgesteld, maar de niet betaalde rente wordt rentedragend bijgeschreven. De enkele omstandigheid dat ingeval van een winding-up de houders van de perpetual securities hun (bijgeschreven) rente mogelijkerwijs niet zullen ontvangen brengt geen winstafhankelijkheid van de rente mee (zie ook Hoge Raad 17 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2655 [zie 5.7 hieronder; PJW]). De samenhang met de pari-passu-bepaling is onvoldoende om tot een ander oordeel te komen. Weliswaar is de rangorde van de houders van de perpetual securities gelijk aan die van preferente aandeelhouders, maar dat maakt de vergoeding voor de lening nog niet afhankelijk van de winst. Immers uitgangspunt is dat de rente verschuldigd is. Verweerder moet worden nagegeven dat de betaling aan de houders van de perpetual securities evenals de preferente aandeelhouders in dit geval in gelijke mate afhankelijk

is van de omvang van het liquidatieoverschot, maar dit is een omstandigheid die (materieel) voor menig verstrekker van (achtergesteld) vreemd vermogen heeft te gelden indien er sprake is van een beperkt liquidatieoverschot of een liquidatietekort. Naar het oordeel van de rechtbank is de rente dan ook niet winstafhankelijk en is reeds hierom geen sprake van een deelnemerschapslening."

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden^[6]

2.10

Het Hof heeft het hogere beroep van de Inspecteur ongegrond verklaard. Uit art. 2:375 BW volgt dat tot de civielrechtelijke schulden niet alleen behoren die uit (geld)lening, zodat beoordeeld moet worden of de geldverschaffing door de perpetualhouders aan de belanghebbende civielrechtelijk als kapitaal (eigen vermogen) of als schuld moet worden aangemerkt. Ook het Hof heeft daartoe eerst onderzocht of de perpetuals civielrechtelijk zijn aan te merken als een overeenkomst van geldlening, die volgens het Hof een bijzondere overeenkomst van verbruikleen is. Uit het *[C]*-arrest HR *BNB 2007/104*^[7] (zie 5.8 hierna) heeft hij afgeleid dat als civielrechtelijk een terugbetalingsverplichting bestaat waarvan feitelijk niet volstrekt onaannemelijk is dat zij nagekomen zal (kunnen) worden, de fiscaalrechtelijke kwalificatie in beginsel niet afwijkt van de civielrechtelijke kwalificatie 'lening'. Met de Rechtbank ziet ook het Hof de perpetuals als een overeenkomst van alijdurende rente ex art. 7A:1807 BW en daarmee als vreemd vermogen:

"4.8.

(...). Niet in geschil is dat er een hoofdsom is betaald (...). Voorts is belanghebbende over de hoofdsom een rente verschuldigd (...) en is er geen (vaste) aflossingstermijn overeengekomen. Het Hof wijst hierbij op de bepalingen in de Terms and Conditions, onderdelen 5 (Coupon Payment) onder (a) Coupon Payment Dates ("The securities bear interest from, and including, the Issue Date") en 6 (Redemption and Purchase) onder (a) No Maturity Date ("The securities are perpetual securities and have no fixed maturity date."). De perpetual securities voldoen ook aan de voorwaarde van artikel 7A:1808, eerste lid BW, hetgeen blijkt uit de in onderdeel 6 van de Terms and Conditions onder (b) tot en met (e) beschreven situaties waarin belanghebbende tot aflossing gerechtigd is, en van welke mogelijkheden belanghebbende op 21 november 2013 ook daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt (...). Dat (...) op de perpetual securities niet (...) artikel 7A:1809 BW van toepassing is, staat aan voorgaande conclusie niet in de weg aangezien (...) die bepaling geen dwingend recht vormt. Bovendien wijst het Hof in dit verband op het bepaalde in onderdeel 9 van de Terms and Conditions (Enforcement Events). Zoals uit onderdeel 9 (i) volgt, worden ingeval van faillissement of ontbinding en vereffening (...) de perpetual securities tegen het bedrag van de hoofdsom vermeerderd met eventuele achterstallige rente direct opeisbaar ("immediately become due and repayable at their principal amount together with accrued interest and any Arrears of Interest"), terwijl in geval van niet-betaling van de renten, anders dan bedoeld in onderdeel 4(a) van de Terms and Conditions, de houders van de perpetual securities jegens belanghebbende gerechtigd zijn haar ontbinding en vereffening in rechte te vorderen."

2.11

Met de Rechtbank meent ook het Hof dat het aldus om een bijzondere overeenkomst van geldlening tegen rente gaat. Ook de overeenkomst van alijdurende rente eindigt door terugbetaling van de hoofdsom, die de partijen niet kunnen uitsluiten omdat de alijdurende rente "uit haren aard" aflosbaar is (art. 7A:1808(1) BW). Over de terugbetalingsplicht heeft het Hof overwogen:

"4.10.

(...) bij de overeenkomst van alijdurende rente [is] de verplichting van de geldnemer om een gelijke hoeveelheid geld terug te geven, in beginsel omgevormd tot een niet-afdwingbaar recht. In het onderhavige geval heeft belanghebbende als geldnemer echter (...) voor de in onderdeel 9 (i) van de Terms and Conditions vermelde situaties wel degelijk ook een terugbetalingsverplichting. Van deze verplichting kan naar het oordeel van het Hof niet gezegd worden dat deze ieder realiteitsgehalte ontbeert. De door de Inspecteur vermelde pari passu bepaling (onderdeel 3 (ii) van de Terms and Conditions) doet daaraan niet af. In de eerste plaats niet omdat deze bepaling onverlet laat dat ingeval van ontbinding en vereffening (...) de (...) perpetual securities (...) direct en volledig opeisbaar worden en de houders (...) - anders dan de (preferente) aandeelhouders - als schuldeiser van belanghebbende in de zin van artikel 2:23b BW (en eventueel ook voor de toepassing van de Faillissementswet) moeten worden aangemerkt. In de tweede plaats niet omdat - naar (...) niet in geschil is - tijdens de gehele looptijd (...) geen preferente aandelen hebben bestaan, en de pari passu bepaling eerst betekenis krijgt als belanghebbende preferente aandelen uitgeeft, hetgeen (...) nimmer het geval is geweest. Daardoor is er ook daadwerkelijk nimmer sprake geweest van een gelijkstelling van de perpetual securities met preferente aandelen. De vervulling van de voorwaarde voor een dergelijke gelijkstelling is namelijk nimmer ingetreden.

4.11.

Nu de aard van de overeenkomst van geldlening er niet aan in de weg staat dat de verplichting tot terugbetaling

voorwaardelijk wordt aangegaan en dat terugbetaling onzeker is (vgl. HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, NJ 2003, 50 [zie 5.3 hieronder; PJW] en HR 8 september 2006, nr. 42015, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, BNB 2007/104 [zie 5.8 hieronder; PJW]), dient de conclusie te zijn dat (...) sprake is van een terugbetalingsverplichting waarvan feitelijk niet volstrekt onaannemelijk is dat zij nagekomen zal (kunnen) worden.

4.12.

Het voorgaande brengt mee dat (...) de perpetual securities civielrechtelijk dienen te worden aangemerkt als een geldlening.

4.13.

Ten overvloede merkt het Hof op dat indien de perpetual securities civielrechtelijk niet als geldlening zouden kunnen worden gekwalificeerd, zij nochtans - op grond van (...) de artikelen 2:373 en 2:375 BW, en hetgeen (...) hiervoor onder 4.8., 4.10. en 4.11. is overwogen - civielrechtelijk als schuld van belanghebbende dienen te worden aangemerkt."

2.12

Met de Rechtbank meende ook het Hof dat deze lening fiscaalrechtelijk geen deelnemerschapslening is in de zin van HR BNB 1998/208 (zie 5.6 hieronder). Uit HR BNB 2018/60 (zie 5.11 hierna) volgt dat dit wordt beoordeeld op basis van formele criteria, zij het dat wel wordt voorbijgegaan aan bedingen in de leningsovereenkomst waaraan zelfstandige betekenis moet worden ontzegd. Het Hof acht de rentevergoeding op de perpetuals formeel noch materieel afhankelijk van belanghebbendes winst:

"4.19.

Het Hof constateert dat de door belanghebbende te betalen vergoeding voor de perpetual securities, contractueel gedurende de eerste vijf jaren een bij de aanvang vaststaand vast percentage van de hoofdsom belooft en ook gedurende het tweede tijdvak van vijf jaren sprake is van een vaste rentevergoeding, in welk laatste geval de exacte hoogte van het rentepercentage te zijner tijd nog dient te worden vastgesteld. De hoogte van het rentepercentage voor de periode die aanvangt na tien jaar, is per rentebetaaldatum uiteindelijk afhankelijk van de hoogte van een nader omschreven Euribor rente. Daarmee is het beloop (...) van de (...) rentevergoeding, en dus het beloop van de vergoeding voor de geldverstrekking, formeel niet afhankelijk van de winst van belanghebbende. Daar komt bij dat, in het geval de rente op enige betaaldatum zou worden gepasseerd (uitgesteld) deze op grond van onderdeel 4(a) (Deferral of Payments) onder (ii) en (iii) van de Terms and Conditions nochtans door belanghebbende rentedragend verschuldigd blijft ("shall remain due") en in geval van vrijwillige aflossing (...) door belanghebbende, of in geval van ontbinding en vereffening van haar vermogen, op grond van onderdeel 4(b) (Compulsory Payments) belanghebbende verplicht is tot betaling van die eerder gepasseerde rente.

4.20.

De stelling van de Inspecteur dat door de combinatie van de pari passu bepaling en de mogelijkheid tot uitstelbaarheid van rente (...), de verschuldigdheid van de rente de facto afhankelijk wordt van de resultaten van de onderneming van belanghebbende, impliceert een materiële toetsing van één van de criteria voor de deelnemerschapslening, waarvoor hier echter - zoals door de Hoge Raad in [HR BNB 2018/60; zie 5.11 hieronder; PJW] is overwogen - geen plaats is. Met betrekking tot de bepalingen over de vaststelling van de hoegrootheid van de (...) rentevergoedingen, kan in het licht van hetgeen daarover (...) onder 4.19 is overwogen, naar het oordeel van het Hof ook niet worden gezegd dat daaraan zelfstandige betekenis moet worden ontzegd. Belanghebbende heeft die rente ook tot aan de aflossing op 21 november 2013 aan de houders van de perpetual securities vergoed. Verder is het Hof van oordeel dat bij een materiële toets (...) niet eraan voorbij mag worden gegaan dat tijdens de gehele looptijd van de (...) perpetual securities geen preferente aandelen hebben bestaan. Ook materieel gezien is er derhalve nimmer van enige winstafhankelijkheid van de (...) vergoeding op de perpetual securities (...) sprake geweest. Zoals (...) overwogen krijgt de pari passu bepaling immers eerst betekenis als belanghebbende preferente aandelen uitgeeft. Dat (...) de feitelijke betaling van de rentevergoeding afhankelijk is van de resultaten van belanghebbende, acht het Hof niet relevant, nu immers in het algemeen heeft te gelden dat de vermogenspositie van belanghebbende voor iedere door belanghebbende te verrichten betaling van belang kan zijn."

3. Het geding in cassatie

3.1

De Staatssecretaris van Financiën heeft tijdig en regelmatig beroep in cassatie ingesteld. De belanghebbende heeft zich verweerd. De partijen hebben elkaar van re- en dupliek gediend.

3.2

De Staatssecretaris acht art. 10(1)(c) en (d) Wet Vpb dan wel 's Hof's motiveringsplicht geschonden doordat (a) de kwalificaties 'geldlening' en 'schuld' onjuist zijn omdat (i) het perpetual-vermogen bij faillissement aansprakelijk is voor de

schulden van de vennootschap en (ii) door de pari passu bepaling een daadwerkelijke terugbetalingsplicht ontbreekt, en (b) zo er civielrechtelijk al een geldlening zou zijn, het om een deelnemerschapslening gaat omdat zij een onbeperkte looptijd heeft en volledig is achtergesteld bij alle concurrente crediteuren en de rente door de pari passu bepaling contractueel winstafhankelijk is.

3.3

De Staatssecretaris licht toe dat de litigieuze overeenkomst afwijkt van art. 7A:1809 BW doordat ook als de belanghebbende twee jaar geen rente betaalt, zij niet verplicht is tot aflossing en zij evenmin beloofd heeft om zekerheid te stellen of om af te lossen als zij verzuimt zekerheid te stellen. Condition 9(i)(b) (zie 2.3 hiervoor) verplicht de belanghebbende weliswaar bij faillissement of ontbinding tot (terug)betaling van "the principal amount together with accrued interest and any Arrears of Interest" maar alleen "subject to the ranking (...)", zodat condition 9(i)(b) moet worden gelezen in samenhang met conditions 2 en 3, die belanghebbendes verplichtingen jegens de perpetual-houders in rang gelijk stelt met haar verplichtingen jegens eventuele preferente aandeelhouders.

3.4

Ad (a) (civielrechtelijke kwalificatie) betoogt de Staatssecretaris onder verwijzing naar de conclusie voor HR *BNB* 2014/79^[9] dat in civielrechtelijk niet-eenduidige gevallen, zoals in casu, beslissend is of de geldverstrekker aansprakelijk is voor schulden van de geldnemer. Volgens de Staatssecretaris is belanghebbendes hoofdsomverplichting jegens de perpetual-houders gelijk aan haar hoofdsomverplichting jegens preferente aandeelhouders en daarmee beperkt tot het bij ondernemingsstaking uitkeren van een vereffeningsoverschot na voldoening van alle (andere) schuldeisers, zulks tot maximaal de hoofdsom plus achterstallige couponrente en vertragingsrente, maar nooit meer dan wat aan preferente aandeelhouders zou toekomen. Dat acht hij geen terugbetalingsplicht omdat de belanghebbende het in eigen hand heeft of wordt terugbetaald, zodat geen sprake is van een geldlening. De perpetuals dragen door hun voorwaarden hetzelfde risico als preferente aandelen; hun houders gaan bij déconfiture niet vóór op preferente aandeelhouders; net als die aandeelhouders kunnen zij noch hoofdsomaflossing, noch couponbetaling afdwingen. Dat niet-betaalde coupons rentedragend verschuldigd blijven, ziet men ook wel bij niet-betaald dividend op preferente aandelen, zodat dit 's Hofs oordeel niet kan dragen dat een reële terugbetalingsverplichting bestaat. De pari passu bepaling heeft volgens de Staatssecretaris tot gevolg dat de perpetual-houders geen schuldeisers zijn als bedoeld in art. 2:23b BW. In HR *BNB* 2014/80^[9] (zie 5.10 hierna) wijst u volgens hem expliciet op de voorrang op preferente aandeelhouders als kenmerk van schuldeiserschap in de zin van art. 2:23b BW. De perpetual-houders staan echter in rang gelijk aan preferente aandeelhouders, althans niet kan worden voorkomen dat dit het geval zal zijn, zodat zij bij faillissement niet voor gaan op de aandeelhouders. De Staatssecretaris acht niet relevant dat tijdens de perpetual-looptijd geen preferente aandelen hebben bestaan en de pari passu bepaling dus niet is geactiveerd, nu de geldverstrekking moet worden gekwalificeerd op het moment van sluiten van de overeenkomst en toen de reële mogelijkheid betstond dat zij in werking zou treden. De geldverstrekkers hebben met die bepaling op voorhand hun recht op terugbetaling prijsgegeven, aldus de Staatssecretaris.

3.5

Ad (b) (fiscaalrechtelijke kwalificatie) betoogt de Staatssecretaris dat rentebetaling ervan afhangt of de belanghebbende haar schulden kan betalen en daarmee winstafhankelijk is, nl. door de combinatie van de pari passu bepaling en belanghebbendes bevoegdheid om rentebetaling eenzijdig uit te stellen. Alle contractuele bepalingen moeten in samenhang worden beoordeeld; dat is geen verboden materiële beoordeling van de geldverstrekking, maar een civielrechtelijke beoordeling binnen de kaders van HR *BNB* 2018/60 (zie 5.11 hierna). Civielrechtelijk kan de belanghebbende eenzijdig de rentebetaling opschorten zonder dat daardoor een aflossingsplicht ontstaat of zekerheden verstrekt moeten worden. Door de combinatie met de pari passu bepaling ontstaat dan een situatie waarin de vergoeding alleen betaald wordt als preferente aandeelhouders dividend uitgekeerd krijgen, zodat in zoverre de vergoeding in potentie geheel winstafhankelijk is.

3.6

De Staatssecretaris heeft in een Besluit van 29 augustus 2017^[10] over de criteria voor beoordeling van hybride geldverstrekkingen hetzelfde standpunt ingenomen als in casu:

"2. De perpetuele geldverstrekking met schuldaansprakelijkheid

a. Aftrekbaarheid vergoeding

Bij (...) perpetuals wordt het geld niet voor een bepaalde looptijd ter beschikking gesteld maar permanent. Wel wordt daarbij in de regel bedongen dat voor de geldverstrekker een recht op aflossing bestaat bij faillissement of ontbinding van de geldnemer. Er worden ook perpetuals uitgegeven waarbij de geldverstrekker bij faillissement of ontbinding geen nominaal recht heeft op aflossing, maar gelijk in rang staat met de (preferente) aandeelhouders. De verstrekker van de perpetual

deelt bij faillissement of ontbinding dan op gelijke wijze als de (preferente) aandeelhouders in de verliezen van de vennootschap. Ik ben van mening dat bij deze laatste perpetuals geen sprake is van de voor een geldlening kenmerkende terugbetalingsverplichting. De verstrekker van een geldlening is naar zijn aard schuldeiser van de geldlener. Een recht dat in de verhaalsrangorde gelijk staat aan dat van de aandeelhouder, kan niet worden aangemerkt als het recht van een schuldeiser van de vennootschap. Deze perpetuele geldverstrekking is, beoordeeld naar de civielrechtelijke vorm, geen geldlening. Door de gelijkstelling bij de verdeling van het vermogen met (bepaalde) aandeelhouders zijn deze perpetuals op gelijke wijze als het kapitaal van (die) aandeelhouders aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. Uit de jurisprudentie blijkt dat aansprakelijkheid van de geldverstrekking voor schulden van de vennootschap (hierna schuldaansprakelijkheid) het wezenlijke kenmerk is van fiscaal (en civiel) kapitaal.^[11] Gezien dit door de schuldaansprakelijkheid enerzijds afwezig zijn van de civielrechtelijke geldlening en het anderzijds aanwezig zijn van het wezenlijke kenmerk van kapitaal, ben ik van mening dat deze schuldaansprakelijke perpetuals als kapitaal moeten worden gekwalificeerd.^[12] De vergoeding op deze geldverstrekkingen is daarmee niet aftrekbaar."

3.7

Bij verweer acht de belanghebbende middelonderdeel (a) (civielrechtelijke kwalificatie) ongegrond omdat:

- (i) het geen rechts- of motiveringsklachten bevat die voldoen aan de daaraan te stellen eisen, maar een feitelijke discussie heropent over de kenmerken van de perpetuals waarvoor in cassatie geen ruimte bestaat;
- (ii) de Staatssecretaris er geen belang bij heeft, nu het niet 's Hofs oordeel bestrijdt dat ook als civielrechtelijk er geen geldlening zou zijn, de perpetuals nog steeds als een schuld van de belanghebbende moeten worden aangemerkt. Dat het Hof zulks ten overvloede heeft overwogen, neemt niet weg dat (ook) die overweging zelfstandig het oordeel draagt dat de perpetuals als vreemd vermogen moeten worden aangemerkt;
- (iii) de perpetuals civielrechtelijk geen eigen, maar vreemd vermogen zijn – al dan niet in de vorm van geldlening of eeuwigdurende rente – omdat (a) slechts de keuze bestaat uit eigen vermogen en vreemd vermogen (artt. 2:364(4), 2:373(1) en 2:375(1) BW) en de perpetuals niet onder de eigen-vermogen-bepalingen vallen, zodat zij (dus) schulden zijn in de zin van art. 2:375(1)(a) BW; (b) de perpetuals 'obligatieleningen' zijn als bedoeld in art. 2:375(1)(a) BW en vaststaat dat alle betrokkenen steeds bedoelden vreemd vermogen aan te trekken; (c) aan de perpetual-houders bevoegdheden toekomen die aandeelhouders niet hebben en die hen als schuldeiser kenmerken, zoals hun recht op rente, de mogelijkheid om faillissement aan te vragen, en hun uiteindelijke recht op terugbetaling van de hoofdsom, die weliswaar door de belanghebbende kan worden uitgesteld, maar niet afgesteld; (d) perpetual-houders geen zeggenschapsrechten hebben, noch recht op een liquidatieoverschot bij vereffening in of buiten faillissement: zij zullen nooit meer ontvangen dan de hoofdsom en de overeengekomen rente. De pari passu bepaling is slechts een wegens de eisen van kredietbeoordelaars opgenomen achterstellingsbepaling die de verhouding regelt tussen perpetual-houders en preferente aandeelhouders. Zo'n bepaling kan niet, met voorbijgaan aan andere contractuele voorwaarden en vennootschapsrechtelijke regels, het goederenrechtelijke en vennootschaps-rechtelijke gevolg hebben dat de perpetuals eigen vermogen ex art. 2:373(1) BW zouden zijn;
- (iv) het berust op de zowel feitelijk als juridisch onjuiste stellingen dat de perpetual-houders hun recht op terugbetaling zouden hebben prijsgegeven en dat betwisting van hun vorderingen door een faillissementscurator zou betekenen dat zij geen schuldeisers zouden zijn.

3.8

Ad middelonderdeel (b) (fiscaalrechtelijke kwalificatie) merkt de belanghebbende op dat niet in geschil is dat de perpetual-houders achtergesteld zijn bij alle concurrente schuldeisers, maar alleen of de rente winstafhankelijk is en of de looptijd onbepaald is. De Staatssecretaris gaat volgens haar niet in op de looptijd, maar alleen op de winstafhankelijkheid. Contractueel is een vaste rente bepaald (i) waarvan betaling kan worden uitgesteld maar niet afgesteld, (ii) die bij uitstel zelf weer rente draagt, en (iii) die ook bij faillissement, surséance en liquidatie verschuldigd blijft. De pari passu bepaling acht de belanghebbende irrelevant omdat die de verschuldigdheid van de rente niet wegneemt. Zij meent dat de Staatssecretaris HR BNB 2014/80 ([D] -arrest) verkeerd leest: of en hoe de perpetual-houders een door hen bij liquidatie ontvangen opbrengst moeten verdelen is niet relevant voor de vraag of de verschuldigde rente van de winst afhangt. Zou middelonderdeel (b) toch tot cassatie leiden, dan is beslissend of de looptijd vast of onbepaald is, wat de feitenrechters niet hebben onderzocht. De belanghebbende acht de materiële looptijd beslissend, conform de conclusie voor HR BNB 2012/39;^[13] die is korter dan 50 jaar.

3.9

De perpetuals kunnen volgens de belanghebbende niet gelijkgesteld worden met de instrumenten bedoeld in art. 29a Wet Vpb. De parlementaire geschiedenis van die bepaling bepaalt niet de kwalificatie van geldleningen, zeker niet van die van vóór haar invoering.

3.10

De belanghebbende betoogt dat de fiscus de vraag ontloopt wat de perpetuals dan wél zijn als zij geen geldlening zijn. Ter rechtvaardiging van aftrekweigerings kan hij haars inziens niet volstaan met verwerping van het standpunt dat zij geldleningen zijn, omdat die verwerping niet ontzenuwt dat de perpetuals ook dan nog steeds schulden van de vennootschap zijn.

3.11

Bij repliek stelt de Staatssecretaris dat volgens HR *BNB* 2014/79 (redeemable preference shares; zie 5.9 hierna) geen beslissende betekenis toekomt aan het jaarrekeningenrecht. Voor zover dat in casu anders zou zijn, pleit de jaarrekening 2010 voor kwalificatie als eigen vermogen. Civielrechtelijk is onduidelijk of de pari passu bepaling in de weg staat aan de terugbetalingsplicht die de Hoge Raad kenmerkend acht voor de civielrechtelijke geldlening en die bij faillissement de perpetual-houders moet beschermen tegen de verplichtingen van de vennootschap jegens aandeelhouders. De pari passu bepaling neemt die ongelijkheid tussen perpetual-houders en aandeelhouders echter juist weg. De Staatssecretaris bepleit op basis van HR *BNB* 2014/80 en van de conclusie voor HR *BNB* 2014/79 (zie onderdeel 3.4 hiervoor) een beslissende rol voor de – al dan niet uit art. 2:23b BW – voortvloeiende verhaalsrangorde bij faillissement. Hij bestrijdt dat de rentevergoeding winstonafhankelijk zou zijn. Hij wijst op een (in hoger beroep bestreden) uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 16 november 2018,^[14] waaruit volgt dat op basis van alle overeengekomen bedingen beoordeeld moet worden of een geldverstrekking een deelnemerschapslening is en dat zo'n beoordeling geen materiële toetsing inhoudt.

3.12

Bij dupliek stelt de belanghebbende dat de kwalificatie in het jaarrekeningenrecht geen betekenis heeft voor de civielrechtelijke kwalificatie van de perpetuals: de IFRS-kwalificatie is autonoom en staat los van Boek 2 BW en van de Nederlandse civielrechtelijke (en fiscale) kwalificatie. Zij herhaalt dat de pari passu bepaling het schuldeiserschap van de perpetual-houders niet wegneemt en betwist de suggestie dat geen terugbetalingsverplichting zou bestaan doordat het jaarverslag 2010 vermeldt dat de perpetuals een "eeuwigduurende obligatielening" zijn. Zij kan de stellingen van de Staatssecretaris over art. 2:23b BW niet volgen omdat die bepaling niet ziet op de verhouding tussen, of de kwalificatie van, eigen en vreemd vermogen en evenmin op de vraag wanneer een schuldeiser voorrang heeft. HR *BNB* 2014/80 zegt niet dat een schuldeiser steeds vóór moet gaan op alle aandeelhouders om te kunnen spreken van vreemd vermogen en de Staatssecretaris miskent dat de perpetual-houders wel degelijk vóór alle bestaande aandeelhouders aan de beurt komen.

4. De wet

Boek 2 Burgerlijk Wetboek

4.1

Artikel 2:23b(1) BW luidde in 2010 (en thans nog steeds):

- "1. De vereffenaar draagt hetgeen na de voldoening der schuldeisers van het vermogen van de ontbonden rechtspersoon is overgebleven, in verhouding tot ieders recht over aan hen die krachtens de statuten daartoe zijn gerechtigd, of anders aan de leden of aandeelhouders. Heeft geen ander recht op het overschot, dan keert hij het uit aan de Staat, die het zoveel mogelijk overeenkomstig het doel van de rechtspersoon besteedt."

4.2

Titel 9 van Boek 2 BW bevat bepalingen van jaarrekeningenrecht, waarvan de volgende over eigen en vreemd vermogen gaan:

"Artikel 364

(...).

4. Onder de passiva worden afzonderlijk opgenomen het eigen vermogen, de voorzieningen, de schulden en, voor zover zij niet onder de schulden zijn vermeld, de overlopende passiva.

(...).

Artikel 373

1. Onder het eigen vermogen worden afzonderlijk opgenomen:
 - a. het geplaatste kapitaal;
 - b. agio;

- c.
herwaarderingsreserves;
- d.
andere wettelijke reserves, onderscheiden naar hun aard;
- e.
statutaire reserves;
- f.
overige reserves;
- g.
niet verdeelde winsten, met afzonderlijke vermelding van het resultaat na belastingen van het boekjaar, voor zover de bestemming daarvan niet in de balans is verwerkt.
(...).

Artikel 375

- 1. Onder de schulden worden afzonderlijk opgenomen:
 - a.
obligatieleningen, pandbrieven en andere leningen met afzonderlijke vermelding van de converteerbare leningen;
 - b. t/m i.
(...).
 - j.
overige schulden.
(...).

Boek 7A BW

4.3

Van 1 januari 1992 tot 1 januari 2017 bevatte titel 14 ('Van verbruikleening') van Boek 7A ('Bijzondere overeenkomsten (vervolg)') de volgende bepalingen in de 'Eerste afdeling. Algemeene bepalingen':

"Artikel 1791

Verbruikleening is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid, terug geve.
(...).

Artikel 1793

De schuld, uit leening van geld voortspruitende, bestaat alleen in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt."

4.4

De 'Derde afdeling; Van de verplichtingen des leeners' van titel 14 bepaalde tussen 1 september 1993 en 1 januari 2017:

"Artikel 1800

Die iets ter leen ontvangt is verplicht hetzelfde, in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid, en op den bepaalden tijd, terug te geven."

4.5

De 'Vijftiende titel; Van gevestigde of alijdurende renten' van boek 7A BW luidde in 2010 – en luidt nog steeds – als volgt:

"Artikel 1807

Het vestigen eener alijdurende rente is eene overeenkomst, waarbij de uitleener interessen bedingt, tegen betaling eener hoofdsom welke hij aanneemt niet terug te zullen vorderen.

Artikel 1808

1. Deze rente is uit haren aard aflosbaar.
2. Partijen kunnen alleenlijk overeenkomen dat de aflossing niet geschieden zal dan na verloop van eenen zekeren tijd, welke niet langer dan voor tien jaren mag gesteld worden, of zonder dat zij den schuldeischer vooraf verwittigd hebben op eenen zekeren, door hen bevorens vastgestelden termijn, welke echter den tijd van een jaar niet zal mogen te boven gaan.

Artikel 1809

De schuldenaar eener altyddurende rente kan tot de aflossing genoodzaakt worden:

- 1°. Indien hij niets betaald heeft op de gedurende twee achtereenvolgende jaren verschuldigde renten;
- 2°. Indien hij verzuimt aan den geldschieter de bij de overeenkomst beloofde zekerheid te bezorgen;
- 3°. Indien hij in staat van faillissement is verklaard of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard.

Artikel 1810

In de twee eerste gevallen, bij het vorige artikel vermeld, kan de schuldenaar zich van de verplichting tot aflossing ontheffen, indien hij binnen de twintig dagen, te rekenen van de geregtelijke aanmaning, alle de verschenen termijnen betaalt of de beloofde zekerheid stelt.”

Boek 7 BW; nieuwe titel 2C over geldlening

4.6

Sinds 1 januari 2017 heeft Boek 7 BW een Titel 2C; Geldlening, die titel 14 (verbruiklening) van boek 7A deels vervangt en voortbouwt op afdeling 7.2.1 van het voorontwerp BW 1972 over verbruikleen van geld.^[15] De nieuwe bepalingen over geldlening luiden, voor zover hier van belang, als volgt:

“Artikel 129

1. De overeenkomst van geldlening is de kredietovereenkomst waarbij de ene partij, de uitlener, zich verbindt aan de andere partij, de lener, een som geld te verstrekken en de lener zich verbindt aan de uitlener een overeenkomstige som geld terug te betalen.
2. (...).

Artikel 129a

Indien op een overeenkomst van geldlening tevens titel 2A of titel 2B van toepassing is, zijn de bepalingen van titel 2A of titel 2B en die van deze titel naast elkaar van toepassing. In geval van strijd zijn de bepalingen van titel 2A of titel 2B van toepassing.
(...).

Artikel 129c

1. Indien beide partijen natuurlijke personen zijn en geen van beide partijen in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt, is over het geleende bedrag slechts rente verschuldigd, indien dit schriftelijk is bedongen.
2. In andere gevallen is de lener verplicht over de geleende som rente te betalen, tenzij uit de overeenkomst voortvloeit dat geen rente verschuldigd is.

Artikel 129d

Indien uit de overeenkomst voortvloeit dat over de geleende som rente verschuldigd is, maar de hoogte van die rente niet door partijen is bepaald, moet de rente volgens de voor wettelijke rente vastgestelde rentevoet worden berekend.

Artikel 129e

De lener is verplicht het door hem op grond van de overeenkomst verschuldigde terug te geven binnen zes weken nadat de uitlener heeft medegedeeld tot opeising over te gaan, tenzij een ander tijdstip voor de terugbetaling uit de overeenkomst voortvloeit.

Artikel 129f

Indien is overeengekomen dat een lener de geleende geldsom terug zal betalen, wanneer hij daartoe in staat zal zijn, zal de rechter, naar gelang van de omstandigheden, het tijdstip van de opeisbaarheid nader kunnen bepalen."

Wet op de vennootschapsbelasting 1969

4.7

Artikel 10(1)(c) en (d) Wet Vpb bepaalde in 2010 – en nog steeds – dat bij het bepalen van de winst niet in aftrek komen:

- "c. (...), in het algemeen, alle vergoedingen voor kapitaalverstrekkingen door oprichters, aandeelhouders, leden, deelnemers of deelgerechtigden als zodanig;
- d. vergoedingen op een geldlening alsmede waardemutaties van de lening, indien de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige;"

4.8

Met terugwerkende kracht naar 1 januari 2014 is in art. 29a Wet Vpb voor banken en verzekeraars de fiscale aftrekbaarheid van de vergoeding betaald op aanvullend tier 1 kapitaalinstrumenten verzekerd:

"Bij het bepalen van de winst worden:

- a. een kapitaalinstrument als bedoeld in artikel 52, eerste lid, van Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (*PbEU* 2013, L 176), waarbij geen sprake is van de uitgifte van aandelen of certificaten dan wel de verkrijging van een lidmaatschap van een coöperatie in de zin van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek; en
- b. een vermogensbestanddeel dat bij de uitgever als een volgestorte, achtergestelde verplichting onderdeel is van het tier 1-vermogen, bedoeld in artikel 94, eerste lid, van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (*PbEU* 2009, L 335) en dat bij de uitgever geen deel uitmaakt van het aandelenkapitaal, het agio, het waarborgkapitaal, de ledenbijdragen, de surplusfondsen of de aansluitingsreserve;

bij de uitgever behandeld als een geldlening en bij de houder als een schuldvordering, niet zijnde een lening, onderscheidenlijk een schuldvordering, als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d."

4.9

Bij brief van 27 juni 2018 heeft de staatssecretaris mede in verband met bezwaren van de Europese Commissie aangekondigd deze regeling per 1 januari 2019 af te schaffen.^[16] Die brief vermeldt over de achtergrond en de vorige maand dus ingetrokken speciale fiscale behandeling van deze kapitaalinstrumenten het volgende (ik laat voetnoten weg):

"Achtergrond

Tijdens de financiële crisis kwamen meerdere banken wereldwijd in de problemen. Om de financiële stabiliteit te borgen waren overheden genooddacht om diverse maatregelen te treffen, waaronder het verschaffen van kapitaal aan banken. Om banken voor de toekomst weerbaarder te maken zijn internationale afspraken gemaakt om ervoor te zorgen dat banken meer kapitaal aanhouden, zodat zij zelf beter verliezen kunnen dragen. In Europa zijn deze internationale afspraken, ook wel Basel III genoemd, omgezet in het kapitaalraamwerk (CRD IV/CRR) dat per 1 januari 2014 in werking is getreden. Binnen deze afspraken leveren zogenoemde aanvullend tier 1- kapitaalinstrumenten (contingent convertibles) een bijdrage aan de vereiste kapitaalversterking van banken. Deze instrumenten, die vaak als coco's worden geduid, zijn verhandelbaar, verliesabsorberend en achtergesteld. De karakteristieken van dit type instrument zorgen ervoor dat het verliesabsorberend vermogen van een bank die zo'n instrument heeft uitgegeven wordt vergroot. Verzekeraars kunnen – in het kader van de Europese richtlijn Solvency II – vergelijkbare kapitaalinstrumenten uitgeven om hun solvabiliteit te versterken.

Fiscale behandeling

Aanvullend tier 1-kapitaalinstrumenten hebben kenmerken van zowel eigen als vreemd vermogen en worden daardoor vaak aangeduid als 'hybride kapitaal'. Hybride kapitaal dat voldeed aan de eisen van Basel II (de voorloper van Basel III) werd fiscaal veelal gekwalificeerd als vreemd vermogen. In de kapitaalakkoorden van Basel III zijn de eisen aan het hybride kapitaal van banken aangescherpt, wat ertoe leidde dat deze vermogensverstrekkingen fiscaal werden aangemerkt als eigen vermogen en de coupon over aanvullend tier 1-kapitaalinstrumenten bijgevolg niet aftrekbaar zou zijn.

Aangezien de coupon over aanvullend tier 1-kapitaalinstrumenten in veel omringende andere EU-landen fiscaal wel

afrekbaar zou zijn of worden gemaakt, heeft het toenmalige kabinet met het oog op het gelijke speelveld tussen Nederlandse banken en banken in andere Europese landen voorgesteld om ook in de Nederlandse fiscale wetgeving te regelen dat de coupon over aanvullende tier 1-kapitaalinstrumenten bij banken fiscaal afrekbaar is. Daarnaast heeft het toenmalige kabinet gemeend dat een gezonde financiële sector gebaat was bij continuering van de hiervoor bedoelde bestaande afrekbaarheid van de coupon."

5. Rechtspraak

Civil

5.1

HR NJ 1974/265^[17] betrof een bank die aan [E] NV effecten ter beschikking had gesteld om die te belenen bij derden. [E] kon een deel van het met belening verkregen geld te eigen behoefte gebruiken en moest het overige storten bij de bank. Het litigieuze geld was door [E] ter voldoening aan deze afspraak bij de bank gestort, die het op een rekening ten name van [E] had gesteld en daarop depositorente had vergoed. In geschil was of de geldoverdracht aan de bank verkregen was uit hoofde van geldlening, zoals de curator in [E] 's faillissement stelde, of uit anderen hoofde, zoals de bank inbracht tegen de vordering van de curator. Uw eerste kamer overwoog:

"dat het Hof, (...) oordelend dat [E] de daar bedoelde gelden 'voor de Bank, en niet voor zichzelf, verkreeg', slechts bedoelt dat [E] krachtens der pp. overeenkomst verplicht was die gelden aan de Bank af te dragen; dat het Hof (...) van oordeel is dat de omstandigheid dat [E] verplicht was de gelden aan de Bank af te dragen, meebracht dat aan de afdracht van die gelden aan de Bank nimmer het karakter van een geldlening kon toekomen; dat dit oordeel in zijn algemeenheid (...) onjuist is, omdat de omstandigheid dat [E] tot afdracht van de gelden aan de Bank verplicht was, niet uitsluit dat pp. aan die afdracht het karakter van een geldlening hebben willen geven; dat echter de vraag of aan gemelde stortingen het karakter van een geldlening toekwam, (...) uitsluitend daarop neerkomt of [E] in beginsel vrij kon beschikken over de rekening waarop de ten processe bedoelde bedragen waren gestort en in het bijzonder of de Bank in beginsel verplicht was aan [E] op haar verlangen de gestorte bedragen terug te betalen; dat het Hof (...) op grond van de omstandigheden van het geval heeft geoordeeld dat een zodanige beschikkingsbevoegdheid voor [E] niet bestond; dat een en ander betekent dat naar 's Hofs oordeel in ieder geval aan de onderhavige afdrachten niet het karakter van een geldlening in de door de curator bedoelde zin toekomt; dat het Hof (...) dit oordeel naar de eis der wet met redenen heeft omkleed en door aldus te oordelen geen rechtsregel heeft geschonden;"

Voor een geldlening is dus vereist dat de geldontvanger verplicht is het geld op verlangen van de geldverstrekker terug te betalen. De perpetuals lijken niet aan deze eis te voldoen omdat de perpetual-houders terugbetaling alleen (direct) kunnen eisen bij faillissement en winding up. Bij non-payment kunnen zij echter wel belanghebbendes faillissement aanvragen (zie condition 9(i)(a) in 2.3 hierboven) en dat zij contractueel grotendeels hebben afgezien van opeisbaarheid, betekent niet dat zij hebben afgezien van hun 'verlangen' tot terugbetaling: zij hebben niet afgezien van hun vorderingsrecht, maar alleen (deels) van de afdwingbaarheid ervan, behoudens bepaalde enforcement events.

5.2

Zonder specifiek daartoe strekkend beding heeft achterstelling van een geldlening volgens uw eerste kamer (HR NJ 2003, 503^[18]) niet mede tot gevolg dat de debiteur zijn verrekeningsbevoegdheid verliest, noch dat bij faillissement alle andere crediteuren voorgaan:

"3.4.2

(...). Een tussen een schuldeiser en een schuldenaar gesloten overeenkomst als bedoeld in art. 3:277 lid 2 BW, die bepaalt dat de vordering van die schuldeiser jegens alle of bepaalde andere schuldeisers een lagere rang neemt dan de wet hem toekent, impliceert niet zonder meer dat die schuldeiser zijn bevoegdheid tot verrekening heeft prijsgegeven of in geval van faillissement van zijn schuldenaar eerst dan zijn verhaalsrecht kan uitoefenen indien die andere schuldeisers zijn voldaan. Of deze gevolgen aan een overeenkomst van achterstelling zijn verbonden, is afhankelijk van hetgeen partijen in het concrete geval zijn overeengekomen."

5.3

Uit HR NJ 2003/50^[19] volgt dat uw eerste kamer een verplichting tot terugbetaling van geld niet alleen nodig, maar in beginsel ook voldoende acht voor het aanmerken van een overeenkomst als een geldlening in de zin van art. 7A:1791 BW, ook al is die verplichting afhankelijk van een onzekere toekomstige gebeurtenis:

"3.4.5

Onderdeel 2.1 klaagt dat het Hof art. 7A:1791 BW heeft geschonden omdat een overeenkomst waarin een verplichting tot terugbetaling afhankelijk wordt gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis, rehtens niet als een overeenkomst van geldlening kan worden aangemerkt. Onderdeel 2.2 klaagt daarenboven dat het Hof niet heeft beslist op het verweer van [eiseres] dat de overeenkomsten van geldlening in de gegeven omstandigheden schijnhandelingen zijn. Onderdeel 2.1 faalt reeds omdat voor het aanmerken van een overeenkomst als een overeenkomst van geldlening in de zin van art. 7A:1791 BW voldoende is dat een verplichting tot teruggave bestaat. Deze verplichting kan zeer wel voorwaardelijk zijn aangegaan. Anders dan onderdeel 2.2 betoogt, maakt zulks de overeenkomst nog niet tot een schijnhandeling. Onderdeel 2.2 faalt evenzeer."

5.4

HR JOR 2016/354^[20] betrof een contractuele bepaling inhoudende dat de geldontvanger moest terugbetalen "wanneer hij daartoe in staat zal zijn". Ook zo'n beding staat niet in de weg aan het aannemen van een overeenkomst van geldlening:

"3.4

Onderdeel 1.1 van het middel strekt ten betoge dat het hof heeft miskend dat de overeenkomst van geldlening naar huidig recht niet een consensuele maar een reële overeenkomst is, en dat de uit de wet (art. 7A:1791-1801 BW) voortvloeiende verplichting van de lener tot terugbetaling zich daarom onttrekt aan de bedoeling van partijen zoals deze tot uiting komt in de door het hof aangenomen opschortende voorwaarde. Het onderdeel faalt, omdat noch de genoemde bepalingen, noch de aard van de overeenkomst van geldlening als reële overeenkomst, eraan in de weg staat dat de verplichting tot terugbetaling voorwaardelijk wordt aangegaan (vgl. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, NJ 2003/50, rov. 3.4.5 [zie 5.3 hiervoor; PJW])."

Fiscaal

5.5

In de zaak HR BNB 1988/217^[21] achtte u de civielrechtelijke vorm van een gelieerde geldlening bepalend voor haar fiscale kwalificatie als eigen of vreemd vermogen, behoudens drie uitzonderingen: schijnleningen, permanente verliesfinanciering en prêts participatifs:

"4.2.

(...) het Hof (heeft) terecht vooropgesteld dat ter beantwoording van de vraag of voor de toepassing van [art. 13 Wet Vpb] een geldverstrekking door een moedervennootschap aan haar dochtervennootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel een formeel criterium moet worden aangelegd, zodat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen.

4.3.

Deze regel lijdt naar 's Hof's oordeel slechts in twee gevallen uitzondering, te weten 1. indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen, en 2. indien "de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar".

4.4.

Aldus heeft het Hof echter blijk gegeven van een te beperkte opvatting (...). Van deze regel is ook uitgezonderd het geval dat een belastingplichtige op grond van zijn positie als aandeelhouder in een vennootschap in welke hij een deelneming in de zin van artikel 13 houdt, aan deze vennootschap een geldlening verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar hem reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald, zodat het geheel of gedeeltelijk zijn vermogen - voor zover dat niet bestaat uit de aandelen in de dochtervennootschap - blijvend heeft verlaten. In zodanig geval moet de lening voor de toepassing van artikel 13 worden aangemerkt als een toevoeging aan het vermogen van de dochtervennootschap van het bedrag dat (...) het vermogen van de belastingplichtige heeft verlaten, hetgeen met zich brengt dat de kostprijs van de deelneming met dit bedrag wordt verhoogd. Het verlies dat ontstaat doordat hetgeen aldus aan de dochtervennootschap wordt verstrekt, in de waarde van de deelneming niet wordt teruggevonden, dient met toepassing van het eerste lid van artikel 13 bij de bepaling van de winst van de belastingplichtige buiten aanmerking te blijven."

Ik merk op dat een schijnlening per definitie civielrechtelijk evenmin een lening is, zodat die uitzondering mij geen uitzondering op het civiele recht lijkt,^[22] en dat, als aanstonds duidelijk is dat nooit terugbetaald zal (kunnen) worden, wellicht zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk iets anders gaande is, bijvoorbeeld bescherming van de roep van het concern, zodat ook die uitzondering wellicht geen uitzondering op het burgerlijke recht is.^[23] Dan blijft als enige fiscale

5.6

HR *BNB* 1998/208^[24] betref een belanghebbende die haar langlopende schulden omzette, deels in 10% cumulatief preferente aandelen en deels in achtergestelde winstdelende obligaties. De obligaties waren in beginsel in 2033 aflosbaar à pari of, indien hoger, tegen de gemiddelde koers van de cumprefs in de drie voorafgaande jaren. De rechten van de obligatiehouders waren voor het overige min of meer gerelateerd aan de rechten van de cumpref-houders. In 1983 werden zowel de cumprefs als de obligaties genoteerd aan de Amsterdamse beurs. In 1987/1988 werden de obligaties omgewisseld in cumprefs. In geschil was of het verschil tussen de (bij compromis vastgestelde) economische en de nominale waarde van de verplichting jegens de obligatiehouders als kosten van geldlening in aftrek kwam. U oordeelde:

"3.2.

Het Hof heeft geoordeeld, dat de rechten van de obligatiehouders in zodanige mate gelijk zijn aan en zo nauw verbonden zijn met de rechten van de houders van de cumprefs dat de obligatiehouders in vergelijkbare mate bij de onderneming van NV X betrokken zijn en daarin in vergelijkbare mate deel hebben en dat er onder die omstandigheden geen aanleiding bestaat om de achtergestelde winstdelende obligaties in fiscaal opzicht anders te behandelen dan de cumprefs. Naar het oordeel van het Hof behoort de omwisseling van de winstdelende obligaties in cumprefs tot de kapitaalsfeer en raakt zij de verlies- en winstrekening niet.

3.3.

Tegen deze oordelen keert zich middel I, onder meer met de stelling dat de omstandigheid dat de winstdelende obligaties een vaste looptijd hebben, haar gelijkstelling met kapitaal verhindert. Het middel treft doel. Voor de beantwoording van de vraag of in de fiscale sfeer een geldverstrekking door een schuldeiser aan een ondernemer als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is als regel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijdt uitzondering, indien de lening wordt verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deelheeft in de onderneming van de schuldenaar. Aan deze voorwaarden is slechts voldaan, indien de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst, de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie. Nu de winstdelende obligaties een vaste looptijd hebben, is niet aan alle voorwaarden voldaan. De omstandigheid dat de looptijd 50 jaar bedraagt, brengt niet mee dat daaraan voor de vraag of de obligatiehouders in de onderneming van belanghebbende in zekere mate deelhebben, betekenis moet worden ontzegd. (...)."

Uit dit arrest volgt dat u in beginsel ook in niet-gelieerde verhoudingen civielrechtelijke maatstaven beslissend acht voor de fiscale kwalificatie van een geldverstrekking. Die maatstaven gelden immers in het algemeen bij kwalificatie van 'een geldverstrekking door een schuldeiser aan een ondernemer', en niet slechts in de deelnemings/concernverhoudingen waarover de in dit onderdeel behandelde arresten gaan. Ik merk op dat de achtergestelde winstdelende obligaties meer op de cumprefs leken dan de nu te beoordelen perpetuums lijken op de (hypothetische) preferente aandelen waarmee zij in geval van déconfiture in rang gelijk gesteld zijn. Toch kwalificeerde u de achtergestelde winstdelende obligaties als vreemd vermogen op grond van hun vaste looptijd van 50 jaar.

5.7

HR *BNB* 1999/176^[25] betref 8½%-rentende, perpetuele, cumulatieve en achtergestelde obligaties, in 1994 uitgegeven door een bank. De belanghebbende beleggingsmaatschappij had een deel van die obligaties overgenomen van de bank, na overleg met de inspecteur, om op korte termijn van de belastingrechter een kwalificatie van de lening te verkrijgen. Belanghebbende was door de schuldoverneming rente aan de bank verschuldigd geworden. Voor het Hof was in geschil of de rente die de bank op de obligaties vergoedt in mindering kwam op haar resultaat, want van het antwoord op die vraag hadden de partijen de aftrekbaarheid van de schuldovernemingsrente afhankelijk gesteld. U oordeelde:

"3.3.

Het Hof heeft - in cassatie onbestreden - geoordeeld dat de door de Bank betaalde vergoeding niet afhankelijk is van de winst. Zulks brengt mee dat niet kan worden gezegd dat de obligatiehouders met het door hen uitgeleende bedrag in zekere mate deelhebben in de onderneming van de Bank (Hoge Raad 11 maart 1998, nr. 32240, *BNB* 1998/208). Daaraan doet op de in punt 7 van de conclusie van het Openbaar Ministerie genoemde gronden niet af de omstandigheid, dat in het onderhavige geval de betaling van de vergoeding mede afhankelijk is gesteld van de betaling van dividend."

Uit dit arrest volgt dat opschorting van rentebetaling wegens ontbreken van winst of ontbreken van winstuitkering op zichzelf niet impliceert dat de rente afhangt van de winst.^[26]

5.8

Het door het Hof aangehaalde *[C]*-arrest betref de vraag naar de verschuldigdheid van kapitaalsbelasting over door een

aandeelhoudster zonder zekerheden aan haar dochter verstrekt geld om naar olie en gas te zoeken in de [C] . In het geschiljaar (1997) was niets te zeggen over economische winbaarheid van eventuele reserves. De terugbetalingsplicht had volgens het Hof in deze omstandigheden geen reële betekenis; een derde zou nooit geld hebben verstrekt zonder zekerheden. U overwoog echter:

"3.3.

(...) dat ter beantwoording van de vraag of een geldverstrekking door een moedervernootschap aan haar dochtervernootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalvertrekking heeft te gelden, als regel een formeel criterium dient te worden aangelegd, zodat in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend is voor de fiscale gevolgen.

3.4.

In 's Hofs hiervóór weergegeven oordelen ligt besloten het oordeel dat de geldverstrekking (...), hoewel betiteld als een lening, niet de wezenlijke karaktertrekken heeft van een lening. Die conclusie volgt echter niet uit de door het Hof vermelde omstandigheden. Noch de omstandigheid dat de geldverstrekking door een onafhankelijke derde niet zou hebben plaatsgevonden zonder dat (...) (HR NJ 2003, 50) [zie onderdeel 5.3 hiervoor; PJW]: zekerheid was gesteld, respectievelijk dat de geldverstrekking is geschied op onzakelijke voorwaarden, noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalings-verplichting. Die terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening. Nu het Hof dit heeft miskend, slaagt het middel.

3.5. (...).

s Hofs uitspraak en de stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat aan de onderhavige geldverstrekking voor de ontvanger een terugbetalingsverplichting is verbonden, en dat het ten tijde van de geldverstrekking niet was te voorzien dat het nimmer tot terugbetaling zou komen. Dit brengt mee dat deze geldverstrekking moet worden beschouwd als een lening, (...)."

Ook de belastingkamer acht voor een lening dus kenmerkend de terugbetalingsverplichting. Dat zij voorwaardelijk is en feitelijke terugbetaling onzeker, neemt de verplichting niet weg.

5.9

Op 7 februari 2014 heeft u twee arresten gewezen over fiscale kwalificatie van hybride geldverstrekkingen. HR *BNB* 2014/79^[27] betrof Redeemable Preference Shares (RPS) in een gelieerde Australische vennootschap, waarop jaarlijks en cumulatief 8% werd vergoed in de eerste twee jaren, waarna de vergoeding met 1 punt per twee jaar opliep tot maximaal 12%. RPS-houders hadden voorrang op gewone aandeelhouders bij betaling van de financiersvergoeding en bij terugbetaling van kapitaal/hoofdsom. De RPS konden op elk moment, maar moesten uiterlijk na tien jaar worden afgelost. De RPS-houders hadden – enige bijzondere situaties daargelaten – geen stemrecht. De belanghebbende had de op haar RPS ontvangen vergoeding aangemerkt als vrijgesteld deelnemingsdividend. De fiscus zag echter belastbare rente, mede omdat die vergoeding bij de Australische debiteur aftrekbaar was; een klassieke hybride-financieringsmismatch. U preciseerde de eerder door u gebruikte term 'civielrechtelijke vorm': u verwees nu naar beoordeling naar 'civielrechtelijke maatstaven', onder toevoeging van '(...)' al dan niet in overeenstemming met de vorm die door de partijen (...) gegeven is', en u koos voor de kwalificatie dividend:

"3.2.2.

Het Hof heeft geoordeeld dat tot de uitgangspunten van de Wet [Vpb; PJW] behoort dat voor de duiding van de begrippen "vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld" en "aandeel" in beginsel wordt aangesloten bij het civiele recht. Hierin ligt, aldus het Hof, besloten dat het kapitaal in vennootschapsrechtelijke zin van een "vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld" - behoudens (...) uitdrukkelijk gemaakte uitzonderingen - ook fiscaalrechtelijk als kapitaal heeft te gelden. Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de RPS zodanig grote overeenkomsten vertonen met cumulatief preferente aandelen - die ook voor de toepassing van artikel 13, lid 2, letter a, van de Wet als aandelen worden aangemerkt - dat ook de RPS voor de toepassing van die bepaling zijn aan te merken als "aandelen".

(...).

3.3.1. (...)

ter beantwoording van de vraag of voor de toepassing van artikel 13 van de Wet een geldverstrekking door een moedervernootschap aan haar dochtervernootschap als een geldlening dan wel als een kapitaalverstreking heeft te gelden [is] in beginsel beslissend (...) de civielrechtelijke vorm die de partijen aan de geldverstrekking hebben gegeven (vgl. HR 27 januari 1988, nr. 23919, *BNB* 1988/217). Gelet op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in het arrest van heden in de zaak met nr. 12/04640, ECLI:NL:HR:2014:181, onderdeel 3.4, (...) [zie 5.10 hieronder; PJW], moet in een geval waarin de geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld - al dan niet in overeenstemming met de vorm die door de

partijen daaraan gegeven is - geldt als een verstrekking van aandelenkapitaal, ook voor de toepassing van artikel 13 van de Wet daarvan worden uitgegaan.

3.3.2.

Het eerste middel, dat zich keert tegen het hiervoor in 3.2.2. weergegeven oordeel, faalt. Met dit oordeel heeft het Hof hetgeen hiervoor in 3.3.1 is overwogen niet miskend. Het Hof behoefde zich hierbij niet te laten weerhouden door de omstandigheden dat:

- ter zake van de RPS is overeengekomen dat deze (...) na uiterlijk tien jaar worden ingetrokken;
- dat de RPS een jaarlijkse, cumulatieve vergoeding dragen;
- dat de uitgifte van de shares in bedrijfseconomische zin op één lijn kan worden gesteld met het aangaan van een (achtergestelde) lening en
- dat het op de shares gestorte kapitaal naar Australisch en Nederlands jaarrekeningenrecht als vreemd vermogen wordt aangemerkt.

Die omstandigheden kunnen zich immers ook voordoen bij door Nederlandse vennootschappen uitgegeven cumulatief preferente aandelen met beperkte stemrechten, zonder dat dit ertoe leidt dat voor de toepassing van artikel 13, lid 2, letter a, van de Wet geen sprake is van "aandelen". Evenmin behoefde het Hof zich van dit oordeel te laten weerhouden door de omstandigheid dat het door [X] Australia betaalde dividend bij haar op grond van Australisch fiscaal recht aftrekbaar is van de winst. Immers, de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is niet afhankelijk van het al dan niet aftrekbaar zijn van de winst van de desbetreffende vergoeding bij de (in het buitenland gevestigde) deelneming."

5.10

Het tweede kwalificatie-arrest van dezelfde datum, HR *BNB* 2014/80 ([D] -arrest)^[20], betrof een [D] dat naar de civielrechtelijk vorm preferent aandelenkapitaal in de zin van art. 2:175 en art. 2:178 BW aan een concern verschaft. Bij de kwalificatie van deze geldverstrekking als eigen of vreemd vermogen lagen de fiscale belangen omgekeerd: de fiscus zag vreemd vermogen en wilde de door het syndicaat ontvangen vergoeding als rente belasten in plaats van haar als deelnemingsdividend te moeten vrijstellen, zoals het syndicaat bepleitte. Ook in deze zaak stelde u de belanghebbende in het gelijk:

"3.4.1

. (...) Uit deze strekking [van de deelnemingsvrijstelling; PJW] vloeit voort dat in beginsel de vergoeding voor een geldverstrekking door een moedervernootschap aan haar dochter-vernootschap onder de deelnemingsvrijstelling valt wanneer deze vergoeding op grond van artikel 10 van de Wet, in verbinding met artikel 9 (...), bij de dochtervernootschap niet voor aftrek in aanmerking komt. Daarom is voor het antwoord op de vraag of (...) de uitkeringen op de aandelen B onder de deelnemingsvrijstelling vallen beslissend of deze zijn aan te merken als een vergoeding voor het op de aandelen gestorte kapitaal of anderszins voor een kapitaalverstrekking door een aandeelhouder als zodanig.

3.4.2.

Voor de (...) vraag of een geldverstrekking door een moedervernootschap aan haar dochtervernootschap voor wat betreft de fiscale gevolgen als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend. Voor het geval dat naar de civielrechtelijke vorm sprake is van een geldlening heeft de Hoge Raad in een aantal arresten (zie onder meer HR 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37) drie uitzonderingsgevallen op deze regel geformuleerd. In het onderhavige geval gaat het om de vraag of in het omgekeerde geval, waarin naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld niet sprake is van een geldlening, maar van verschaffing van kapitaal op aandelen in de zin van artikel 2:175 en artikel 2:178 BW, ook uitzonderingen op de hoofdregel gelden.

3.4.3.

Bij vereffening van een besloten vennootschap doet de vereffenaar krachtens artikel 2:23b BW pas uitkeringen aan de aandeelhouders nadat de schulden van de schuldeisers zijn afgelost. Verder hielden de (...) wettelijke bepalingen inzake de kapitaalbescherming (voor de besloten vennootschap met name de artikelen 2:207, 2:209 en 2:216 BW) – zakelijk weergegeven – in dat aan een aandeelhouder pas uitkeringen kunnen worden gedaan – zowel winstuitkeringen als terugbetalingen op het aandelenkapitaal – indien het beschikbare vermogen daartoe toereikend is. Uit deze regelingen volgt dat (achtergestelde) schuldeisers in rangorde voorgaan op alle aandeelhouders, ook op de aandeelhouders die preferent zijn. Na de inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht per 1 oktober 2012 geldt voor de besloten vennootschap een andere kapitaalbescherming, met name artikel 2:216 BW. Ook deze regeling beoogt, zij het op een andere wijze, te voorkomen dat aan aandeelhouders uitkeringen worden gedaan die ten koste gaan van de crediteuren van de vennootschap. Een en ander - in verbinding met het bepaalde in artikel 2:23b, lid 1, BW - houdt in dat het door aandeelhouders aan een vennootschap verschaft kapitaal als risicodragend is te beschouwen, dat wil zeggen aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap. Dat karakter gaat niet verloren in gevallen waarin de

aandeelhouder, zoals in het onderhavige geval, de mogelijkheid heeft na enkele jaren de kapitaalverschaffing aan de vennootschap te beëindigen en die kapitaalverschaffing in een aantal opzichten – zoals wat betreft de door de geldgever te ontvangen vergoeding – gelijkenis vertoont met een geldlening. Daarom zal in geval waarin naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld sprake is van het verstrekken van aandelenkapitaal daarvan ook voor de toepassing van de hiervoor in 3.4.1 bedoelde bepalingen van de Wet moeten worden uitgegaan. De Hoge Raad ziet geen reden tot een ander oordeel te komen indien in een zodanig geval ten tijde van de storting van het kapitaal het risico dat dit kapitaal daadwerkelijk zal worden aangesproken voor de betaling van schulden verwaarloosbaar lijkt en daardoor, in zoverre, nauwelijks verschil bestaat tussen die kapitaalstorting en het verstrekken van een geldlening. Het maken van een uitzondering op de hoofdregel afhankelijk van de mate van risico zou tot rechtsonzekerheid leiden over de vraag waar bij naamloze en besloten vennootschappen de grens moet worden getrokken tussen het verstrekken van risicodragend kapitaal en het verstrekken van een geldlening."

Volgens de Staatssecretaris volgt hieruit dat u voor schuldeiserschap in de zin van art. 2:23b BW voorrang op preferente aandeelhouders kenmerkend acht. De belanghebbende stelt daarentegen dat uit art. 2:23b BW niet a contrario kan worden afgeleid dat als bepaalde schuldeisers zoals de litigieuze perpetual-houders, in bepaalde situaties in rang gelijk gesteld worden aan bepaalde preferente eigen-vermogensverschaffers, zij daardoor geen schuldeisers meer zouden zijn. Een contractuele pari passu bepaling kan volgens haar niet afwijken van dwingende vennootschapsrechtelijke bepalingen over een besluit tot aandelenuitgifte en over die uitgifte zelf. Ik maak uit het arrest slechts op dat voor kwalificatie van een geldverstrekking als kapitaal (eigen vermogen) niet relevant is dat (i) de (preferente) aandeelhouder na een bepaalde tijd de mogelijkheid heeft de kapitaalverstrekking te beëindigen; (ii) het risico dat het kapitaal daadwerkelijk wordt aangesproken voor de schulden van de vennootschap ab initio verwaarloosbaar lijkt, en (iii) de beloning vergelijkbaar is met de beloning op een (achtergestelde) geldlening, en (daardoor) (iv) nauwelijks verschil bestaat tussen de kapitaalverstrekking en een geldlening. Mijs inziens werpt art. 2:23b BW geen licht op de vraag of de litigieuze perpetuals fiscaalrechtelijk eigen of vreemd vermogen hebben geproduceerd voor de belanghebbende, omdat art. 2:23b BW pas relevant is nadat is vastgesteld of een geldverstrekker 'schuldeiser' is of slechts is gerechtigd tot een vereffeningsoverschot. Uit het arrest, waarin u uiteraard niet het oog kon hebben op de litigieuze situatie waarin bepaalde achtergestelde schuldeisers, indien zich bepaalde situaties voordoen, in rang gelijk worden gesteld met (niet-bestaande) preferente aandeelhouders, volgt niet dat de perpetual-houders met de pari passu bepaling op voorhand hun recht op terugbetaling hebben prijsgegeven. Uit niets volgt dat zij dat hebben gedaan. Zij hebben immers alleen de opeisbaarheid van hun vorderingsrecht (grotendeels) opgegeven; dat neemt de verschuldigdheid van de rente en de hoofdsom niet weg, en dus evenmin belanghebbendes verplichting om rente en hoofdsom te betalen, al kan zij daartoe alleen in bepaalde gevallen (déconfiture; ontbinding) of indirect (faillissementsverzoek) worden gedwongen.

5.11

Beide partijen verwijzen naar HR *BNB* 2018/60.^[29] Die zaak betrof managers van een vennootschap die als minderheidsaandeelhouders toetraden en daarbij elk € 300.000 uitleenden aan de vennootschap, zonder aflossingsschema en zonder zekerheden. In geschil was of een verlies op die vordering aftrekbaar was of als deelnemerschapslening in de kapitaalsfeer lag, gegeven dat er geen vaste looptijd was en de fiscus de leningen materieel achtergesteld achtte bij alle concurrente crediteuren, hoewel contractueel geen sprake was van achterstelling. U overwoog:

"2.4.2

. (...). De door het middel [van de Staatssecretaris; PJW] verdedigde rechtsopvatting dat de criteria voor de deelnemerschapslening materieel moeten worden beoordeeld, kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. Die opvatting strookt niet met het uitgangspunt dat voor (...) de vraag of in de fiscale sfeer een geldverstrekking als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel de civielrechtelijke vorm beslissend is. Zij doet bovendien afbreuk aan de rechtszekerheid die door de Hoge Raad met het formuleren van de criteria voor de deelnemerschapslening is beoogd. Het voorgaande laat onverlet dat aan een beding in een leningsovereenkomst waaraan zelfstandige betekenis moet worden ontzegd, kan worden voorbijgegaan (vgl. HR 25 november 2005, nr. 40989, ECLI:NL:HE:2005:AT5958, *BNB* 2006/82). (...)."

6. Literatuur en commentaren op de uitspraken van de feitenrechters

6.1

De Redactie van *Fiscaal up to Date* 2017-0001 becommentarieerde de uitspraak van onze rechtbank als volgt:

"Uit het [C] -arrest kan (...) worden afgeleid dat de Hoge Raad een beperktere definitie van het begrip winstafhankelijke vergoeding voorstaat. Bepalend lijkt of de rente die periodiek verschuldigd wordt al dan niet winstafhankelijk is. In deze zaak is sprake van een vaste periodieke rente. Deze rente kan weliswaar worden uitgesteld, maar wordt dan rentedragend bijgeschreven en is dus alsnog verschuldigd. De Rechtbank concludeert dat geen sprake is van een deelnemerschapslening. (...) deze beslissing ligt naar onze mening in lijn met de jurisprudentie."

6.2

De redactie van V-N 2018/41.9 vindt 's Hofs oordeel niet sterk onderbouwd:

"(...). Als een altijddurende rente als bedoeld in art. 7A:1807 BW een geldlening is, waarom is dan nog relevant of er een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting is? Of bedoelt het hof dat een overeenkomst van altijddurende rente alleen als geldlening kwalificeert als er ook een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting is? Dat laatste lijkt niet in lijn met hetgeen het hof in r.o. 4.8 opmerkt. Wellicht is r.o. 4.10 als een soort overweging ten overvloede bedoeld, maar dat staat er niet met zoveel woorden. Hoe dan ook, wij denken dat er bij dit soort instrumenten veelal wel sprake zal zijn van een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting, zodat voor de praktijk dit niet zo relevant lijkt. Als uitsmijter merkt het hof ten overvloede op dat, als geen sprake zou zijn van een geldlening, op grond van art. 2:373 en 2:375 BW sprake is van een schuld (r.o. 4.13). Deze artikelen zien (echter) op het jaarrekeningenrecht. Het hof doelt naar wij veronderstellen met name op art. 2:375 BW. Deze bepaling geldt niet als een rechtspersoon op grond van art. 2:362 lid 8 BW voor de jaarrekening IFRS toepast; zie de schakelbepaling van art. 2:362 lid 9 BW.

(...).

Het hof gaat daarna nog in op het argument van de inspecteur dat de gelijkstelling met preferente aandelen ertoe leidt dat sprake is van winstafhankelijkheid. Het hof oordeelt dat dit niet het geval is, onder meer omdat er geen preferente aandelen uitstaan. Dat roept (...) de vraag op of het oordeel anders had geluid als er wel preferente aandelen hadden uitgestaan. Wij hebben enige moeite om dat te accepteren, want dan zou het instrument "van kleur kunnen verschieten" bij uitgifte of intrekking van preferente aandelen. Dit zou merkwaardig zijn, aangezien het instrument zelf niet wijzigt."

De redactie vergelijkt de perpetuals ook met de coco's genoemd in 4.8 en 4.9 hierboven.

6.3

Van den Bos schreef in *NTFR* 2018/1980 bij de Hofuitspraak:

"Zowel rechtbank (...) als hof (...) [is] (...) van oordeel dat [de] overeenkomst van altijddurende rente in de zin van art. 7A:1807 BW een bijzondere vorm is van de overeenkomst van geldlening tegen rente. Dat (...) is niet vanzelfsprekend. De altijddurende rente is vervat in titel 15 van boek 7A BW. Die titel bevat geen enkele verwijzing naar de overeenkomst van geldlening. De definitie van de altijddurende rente staat in art. 7A:1807 BW en luidt: 'Het vestigen ener altijddurende rente is eene overeenkomst, waarbij de uitlener interessen bedingt, tegen betaling ener hoofdsom welke hij aanneemt niet terug te zullen vorderen.' Enerzijds bevat die definitie de term 'uitlener', maar anderzijds gaat die definitie uit van het afzien van een terugvorderingsrecht. Vanuit de historie van de altijddurende rente bezien is er wellicht ook verwantschap met de lijfrente. Een verband met de overeenkomst van geldlening ligt ook dan minder voor de hand. Ik kwam nog geen oordeel tegen van de Hoge Raad waarin ondubbelzinnig werd bevestigd dat de (...) altijddurende rente een bijzondere vorm is van de overeenkomst van geldlening. Ik zou zo'n oordeel wel willen horen. HR 17 februari 1999, nr. 34.151, ECLI:NL:HR:1999:AA2655, bevat zo'n oordeel niet. De Hoge Raad bevestigt in dat arrest slechts dat de daarin besproken perpetual obligatie geen deelnemerschapslening is."

6.4

De Staatssecretaris wijst op een publicatie van Snoei en Fibbe,^[30] die betogen dat (i) perpetuals naar IFRS/IAS-32-maatstaven vreemd vermogen zijn, (ii) civielrechtelijk een overeenkomst van altijddurende rente zijn (art. 1807 boek 7A BW), (iii) die overeenkomst historisch voortspruit uit het verbod van de Rooms-katholieke kerk op renteberekening, (iv) zo'n contract civielrechtelijk noch geldlening, noch kapitaalverstrekking is, maar rentekoop, en (v) de rentebetalingen daarom aftrekbaar zijn (behalve de eerste vier, laat ik voetnoten weg):

"1. Inleiding

"Maar hebt uw vijanden lief, en doet goed, en leent, zonder iets weder te hopen; en uw loon zal groot zijn (...)."^[31] Onder verwijzing naar voornoemd citaat uit het Nieuwe Testament, voerde paus Urbanus III in 1187 aan dat de verstrekking van een geldlening een daad van naastenliefde was, een christenplicht waarover geen vergoeding mocht worden verwacht.^[32] Er bestond gedurende de door de kerk geregeerde middeleeuwen in het christelijk deel van Europa een algeheel kerkelijk verbod op rente, dat met overmacht door de kerk in stand werd gehouden. Slechts het terugverlangen van hetgeen was verstrekt (lees: de hoofdsom), was gerechtvaardigd.^[33] Het renteverbod maakte onderdeel uit van het destijds geldende principe dat rijkdom alleen met arbeidsinspanning mocht worden verworven. Ter ontwijking van het verbod om rente voor geldleningen te bedingen, werden enkele constructies bedacht. Zo werd kapitaal verstrekt, zonder de verplichting voor de verkrijger tot terugbetaling hiervan, doch onder de verplichting voor hem om periodiek geld uit te keren aan de geldverstrekker.^[34] Partijen presenteerden hun overeenkomst niet als een geldlening, maar als een vorm van niet-verboden (rente)koop. De vorenbedoelde overeenkomst van koop staat heden ten dage in geëvolueerde vorm beter bekend als de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente, zoals opgenomen in Titel 15, Boek 7A, BW.

(...).

6.3. Standpunten in de Nederlandse juridische literatuur

Opzoomer stelt bij zijn vergelijking tussen de Franse Code Civil en het hierop gebaseerde Nederlandse BW 1838 specifiek met betrekking tot de overeenkomst van "gevestigde of alijdurende renten" in Titel 15 dat, alhoewel deze gelijkenis vertoont met de overeenkomst van (rente)koop, het niets anders is dan een variëteit van de overeenkomst van geldlening. (...).

In afwijking van Opzoomer, vergelijkt Diephuis de overeenkomst van gevestigde of alijdurende rente die tot stand komt door middel van de verstrekking van een som geld, met een vorm van koop en verkoop, waarbij de geldsom de koopprijs vormt voor de gekochte zaak, de alijdurende rente. Het afzien van het recht op terugvordering van hetgeen is verstrekt, acht Diephuis in strijd met het wezen van de overeenkomst van geldlening.

(...).

C. Asser is van mening dat de overeenkomst van gevestigde of alijdurende rente niet alleen bewust door de wetgever anders is aangemerkt dan een variëteit van de overeenkomst van geldlening, maar dat de overeenkomst van gevestigde of alijdurende rente, door het ontbreken van een terugbetalingsverplichting, ook te veel afwijkt van een overeenkomst van geldlening om deze nog als een variëteit ervan aan te kunnen merken.

6.4. Civielrechtelijke analyse

(...). Onder de Franse Code Civil werd de overeenkomst van geldlening behandeld als een variëteit der overeenkomst van verbruikleen, terwijl de overeenkomst van gevestigde of alijdurende rente op haar beurt werd behandeld als een variëteit der overeenkomst van geldlening. Reeds ten tijde van het Ontwerp van het Nederlands Burgerlijk Wetboek uit 1820 zag onze wetgever kennelijk aanleiding tot een gescheiden behandeling van de (...) alijdurende rente enerzijds en de verbruikleen en geldlening anderzijds. De (...) alijdurende rente was in het Ontwerp van het Nederlands Burgerlijk Wetboek uit 1820 apart opgenomen onder de titel "Van koop, of vestiging van rente". In het wetsontwerp uit 1824 was vervolgens slechts plaats voor een afwijkende wettelijke duiding van de (...) alijdurende rente, maar van een aanwijzing tot hereniging met de verbruikleen en geldlening ontbrak (ook) in dit wetsvoorstel ieder spoor. De wettelijke bepalingen inzake de overeenkomst van (...) alijdurende rente zijn vandaag de dag terug te vinden in Titel 15, Boek 7A, terwijl de overeenkomst van verbruikleen en geldlening afzonderlijk worden behandeld in Titel 14 van hetzelfde boek. Deze wijze van behandeling en totstandkoming vormen voor ons een belangrijke indicatie dat de wetgever (destijds) bewust de overeenkomst van gevestigde of alijdurende rente niet (langer) als een variëteit van de overeenkomst van geldlening heeft willen aanmerken.

Zoals Opzoomer terecht stelt, ontbreekt in de overeenkomst van (...) alijdurende rente een hoofdkenmerk van de overeenkomst van geldlening. Een overeenkomst kwalificeert volgens de Hoge Raad civielrechtelijk als een overeenkomst van geldlening indien op de lener de ((al dan niet zeer) voorwaardelijke) verplichting rust de geleende geldsom terug te betalen (...). Deze terugbetalingsverplichting rustende op lener houdt een corresponderend recht op terugvordering in voor de geldverstrekker. Een dergelijk hoofdkenmerk van de overeenkomst van geldlening ontbreekt bij de overeenkomst van (...) alijdurende rente, aangezien de geldontvanger c.q. renteplichtige als uitgangspunt slechts een terugbetalingsrecht heeft. Een recht op terugvordering ontbreekt dan als uitgangspunt ook voor de geldverstrekker c.q. rentegerechtigde. De drie uitzonderingsgevallen op basis waarvan de geldverstrekker toch het recht heeft om de aflossing door de geldontvanger te vorderen c.q. op de geldontvanger toch een terugbetalingsverplichting rust (zie art. 7A:1809 BW), leiden er ons inziens niet toe dat van meet af aan sprake is van een (voorwaardelijke) terugbetalingsverplichting. Het uitgangspunt bij de gevestigde of alijdurende rente is en blijft slechts een terugbetalingsrecht. Hierdoor verschillen beide rechtsfiguren in wezen van elkaar. Volgens C. Asser is het voorgaande destijds voor de wetgever aanleiding geweest de overeenkomst van gevestigde of alijdurende rente afzonderlijk van de overeenkomst van geldlening te behandelen. Op grond van dit wezenlijk onderscheid, de wetshistorie, alsmede de wetsystematiek, zijnde de gescheiden wettelijke behandeling van de alijdurende (...) rente enerzijds en de verbruikleen en geldlening anderzijds, concluderen wij dat deze rechtsfiguur civielrechtelijk niet kwalificeert als een overeenkomst van geldlening.

7. De fiscale kwalificatie en behandeling van de overeenkomst van gevestigde of alijdurende rente ("perpetual")

In BNB 1998/208 heeft de belastingkamer (...) geoordeeld (...) [zie 5.6 hierboven; PJW]. Omdat de belastingkamer (...) ten aanzien van verstrekkingen waarvan (een) geld(som) het onderwerp vormt, slechts een tweeledige, alles-of-nietskwalificatie lijkt toe te laten (een geldlening óf kapitaalverstrekking), zou op grond van onze voorgaande conclusie de gedachte kunnen postvatten dat geldverstrekkingen ten titel van (...) alijdurende rente in de fiscale winstfeer kwalificeren als kapitaalverstrekking. De geldverstrekking ten titel van (...) alijdurende rente heeft echter ook de karaktertrekken van (rente)koop. Mede omdat de nadruk van de overeenkomst van (...) alijdurende rente niet ligt op het verstrekken van (een) geld(som), maar op het kopen van toekomstige rentebetalingen waarbij de geldsom de koopprijs vormt, zijn wij van mening

dat de voormelde fiscale kwalificatiehoofregel toepassing mist en dat een dergelijke overeenkomst als een vorm van een koopovereenkomst ex art. 7:1 jo. 7:47 BW is aan te merken. (...). Wij zijn van mening dat de overeenkomst van (...) alijdurende rente, zoals opgenomen in Titel 15, Boek 7A, BW, niets anders is dan de eigentijdse variant van (rente)koop zoals in de middeleeuwen werd gebruikt ter ontwijking van het kerkelijk renteverbod. (...). Doordat een overeenkomst van gevestigde of alijdurende rente ("perpetual") ons inziens in civielrechtelijke zin niet kwalificeert als een geldlening of kapitaalverstrekking, maar als (een vorm van) een koopovereenkomst, kwalificeert de geldverstrekking ten titel van deze rechtsfiguur ook in de fiscale winstsfeer noch als geldlening noch als kapitaalverstrekking. Daarnaast is ons inziens ook niet sprake van informeel fiscaal kapitaal, omdat een dergelijke kwalificatie - buiten de gevallen van de deelnemerschapslening om - onder meer een reeds bestaande aandeelhoudersrelatie vereist. Bij de uitgifte van perpetuums door een bank zal doorgaans niet aan deze eis zijn voldaan. Het bestaan van informeel kapitaal vereist - buiten de gevallen van de deelnemerschapslening om - voorts een bevoordeling van de dochtermaatschappij waarvan de inbrengende aandeelhouder zich bewust moet zijn. Zelfs indien reeds sprake is van een aandeelhoudersrelatie tussen de bank en de houder van perpetuums, zal doorgaans geen informele kapitaalbreng hebben plaatsgevonden; perpetuums worden door marktpartijen immers veelal gepercipieerd als vreemd vermogen. Ondanks het feit dat deze veronderstelling in onze ogen is gebaseerd op een onjuiste aanname van de civielrechtelijke kwalificatie (namelijk geldlening in plaats van koopovereenkomst), zijn wij niettemin van mening dat de fiscale gevolgen doorgaans hetzelfde zijn. Gelijk de rente op een overeenkomst van geldlening, behoren de (rente)betalingen van een bank op perpetuums ex Titel 15, Boek 7A, BW, in beginsel fiscaal aftrekbaar te zijn, want het betreft een zakelijke vergoeding voor een zakelijke verstrekking van geld, terwijl de geldverstrekker niet deelt in het vermogen noch in de winst van de vennootschap. Uit het totaalwinstbeginsel ex art. 8, eerste lid, Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 volgt dat (on)middellijke uitdelingen van winst niet in aftrek komen op de fiscale winst. Ook vergoedingen op geldleningen die feitelijk functioneren als eigen vermogen van de belastingplichtige, zijn fiscaal niet aftrekbaar. Ondernemingskosten behoren daarentegen bij het bepalen van de winst in beginsel wel in aftrek te komen, tenzij in de wet anders is bepaald. De Wet VPB 1969 bevat geen expliciete bepaling die aan een aftrek van (rente)betalingen op een geldverstrekking ten titel van gevestigde of alijdurende rente ("perpetual") die kwalificeert als een koopovereenkomst, in de weg staat. Dergelijke rentebetalingen zijn voor de emittent c.q. renteplichtige aftrekbare ondernemingskosten die ten laste van het resultaat behoren te komen."

Civilrechtelijke literatuur

6.5

De Staatssecretaris citeert de hierna gecursiveerde passage uit een publicatie van Struycken.^[35] Ik citeer ook de omliggende passages, waarin Struycken ingaat op de civilrechtelijke kwalificatie van perpetuums en op pari passu ranking:

"1.2

Het kapitaal van een vennootschap laat zich niet alleen onderverdelen in eigen en vreemd vermogen, maar ook aan de hand van andere criteria, zoals deel uitmakend van het aandelenkapitaal, opeisbaarheid, winst- en stemgerechtigdheid, het gedekt zijn door middel van onderpand, rentedragendheid, converteerbaarheid, het achtergesteld zijn (in al zijn variaties), lang-, eeuwigdurend- of korter lopend, enz. Het vennootschapsrecht geeft in afd. 2 titels 4 en 5 Boek 2 BW een duidelijke basis voor aandelenkapitaal en kwalificeert alle soorten geplaatste aandelen als eigen vermogen. Anders dan zou volgen uit art. 2:373 BW kwalificeert uitgegeven aandelenkapitaal overigens niet altijd per definitie als eigen vermogen onder de verslaggevingsstandaarden. Zo kunnen cumulatief preferente aandelen onder IFRS en onder de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (RJ) als financiële verplichting kwalificeren. Het vennootschapsrecht geeft geen kaders voor uitgifte en kwalificatie van schuld papier.

(...).

1.4

Een aandeelhouder heeft recht op het batig saldo na vereffening (art. 2:23b BW). Dit impliceert dat hij bij een faillissement van de vennootschap helemaal achteraan staat en dus achter houders van (achtergesteld) schuld papier. Wat betreft rechten op winstuitkeringen of uitkering ten laste van het vermogen als er geen sprake is van een faillissement, is een aandeelhouder afhankelijk van 1. het besluit van het bevoegde orgaan ter zake winstbestemming en het vermogen; en 2. hetgeen de statuten over winstuitkering bepalen (art. 2:105 en 2:216 BW). Dit verschil tussen dividend en contractueel verschuldigde coupon kenmerkt het verschil tussen de aandeelhouder van de houder van vastrentend schuld papier.

(...).

3.3

Of het schuld instrument in een aflossingsverplichting voorziet, is van groot belang voor de ranking van het instrument. (...). Het vermogensrecht hecht minder waarde aan het bestaan van een aflossingsverplichting dan verslaggevingsstandaarden

en de toezichtsnormen. Ook (achtergesteld) schuld papier zonder aflossingstermijn (een zogenoemde perpetual) kwalificeert als een overeenkomst van gevestigde of alijdurende renten als bedoeld in art. 7A:1807 BW (titel 15) en daarmee naar heersende opvatting in de literatuur als een overeenkomst van geldlening.^[36] Ik ben overigens van mening dat mocht de civielrechtelijke kwalificatie ooit anders zijn, dit voor de ranking niet van grote betekenis zou moeten zijn omdat substance ook wat betreft ranking boven form zou moeten gaan en daarmee ook boven de civielrechtelijke benoeming van de overeenkomst. Als onderscheidend element van aandelen is voor een perpetual van belang dat ze in geval van een liquidatie of faillissement vóór de aandeelhouders gaan, dat wil zeggen: eerder in rang in de opbrengst delen.

(...).

4.1

Art. 3:277 lid 2 BW geeft een basis voor achterstelling (...). Veel duidelijkheid geeft dat artikel voor de ranking overigens niet. Lid 2 bepaalt dat bij overeenkomst van een schuldeiser en de schuldenaar kan worden bepaald dat de vordering van de schuldeiser jegens alle of bepaalde andere schuldeisers een lagere rang neemt dan de wet hem toekent. Bij overeenkomst zijn dus alle varianten van achterstelling mogelijk. De achterstelling van art. 3:277 lid 2 BW heeft alleen effect als het tot verdeling van de vermogensbestanddelen van de schuldenaar aankomt. (...). De luttel vermelding van achterstelling zegt dus niet zo veel; de meest voor de hand liggende interpretatie is dat het een achterstelling is in de zin van art. 3:277 BW. Wat die achterstelling dan betekent in een situatie buiten concursus, is onduidelijk. De enkele vermelding dat een bepaald kapitaalinstrument achtergesteld is of een juniorpositie inneemt, is dan ook onvoldoende om de precieze reikwijdte en betekenis daarvan te bepalen. Zo ook de Hoge Raad die overwoog 'of bepaalde gevolgen aan een overeenkomst van achterstelling zijn verbonden, is afhankelijk van hetgeen partijen in het concrete geval zijn overeengekomen.'^[37] Ook de kreet dat een vordering pari passu is met een andere vordering maakt nog niet alles duidelijk omtrent de verhaalspositie die die vordering inneemt.^[38]

6.6

Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/215-261 beschrijft oorsprong en achtergrond van de overeenkomst van alijdurende rente en meent dat perpetuums zoals de litigieuze een alijdurende rente zijn.^[39]

"Bij een overeenkomst van alijdurende (...) rente verplicht de ene partij zich tegenover de andere partij tot de periodieke betaling van een som geld. Deze periodiek te betalen geldsommen worden rente genoemd en omdat zij in beginsel gedurende onbepaalde, maar naar de bedoelingen van partijen lange tijd moeten worden betaald, spreekt men van alijdurende – of van gevestigde – rente. De overeenkomst (...) heeft haar wortels in de middeleeuwen, toen de almachtige kerk het verwerven van rijkdom zonder inspanning als een zonde bestempelde. Daarom was het verboden om winst te maken bij de uitwisseling van goederen en om rente te bedingen voor geldleningen. Deze verboden konden worden omzeild door land of kapitaal over te dragen onder de zakelijke last om periodiek opbrengsten van het land respectievelijk kapitaal uit te keren. In de loop der eeuwen evolueerde het zakelijke recht op het overgedragen goed in een zuiver obligatoire aanspraak op een periodieke prestatie die niet noodzakelijk door enige zekerheid is versterkt. Doordat de Code civil het bedingen van rente op geldleningen uitdrukkelijk toestaat, is het bestaansrecht van de overeenkomst van alijdurende rente eigenlijk vervallen. (...). In de landen die een wettelijke regeling voor de rechtsfiguur kennen, heeft de overeenkomst niet of nauwelijks tot rechtspraak geleid. In het ontwerp-NBW is geen regeling voor de overeenkomst voorzien. De bestaande verschillen van mening over de uitleg van de wettelijke regels en de aard van de rechtsfiguur zullen dan ook wel nooit worden opgelost.^[40] (...). In Nederland is de perpetuele obligatie een bekende – en tijdens de kredietcrisis riskant gebleken – beleggingsvorm, waarbij de belegger tegenover de inleg van een geldsom in de vorm van een achtergestelde lening met onbepaalde looptijd, een relatief hoge rente ontvangt. De belegger kan geen terugbetaling van de hoofdsom vorderen, maar als is te voorzien dat de uitgever niettemin binnen afzienbare tijd onverplicht tot terugbetaling van de hoofdsom overgaat, kan de perpetuele obligatie een aantrekkelijke belegging zijn. Deze beleggingsvorm kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van alijdurende rente, die voor de uitgever fiscale voordelen kan opleveren. Vgl. Rb. Gelderland 20 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6790 met betrekking tot zogenaamde 'Fixed-to-Floating Rate Perpetual Capital Securities'.

(...).

Het BW voorziet alleen in een regeling voor de overeenkomst waarbij iemand het recht op betaling van rente verwerft doordat hij aan een ander een som geld verstrekt. Het recht op alijdurende rente kan echter ook een andere bron hebben. Ter verkrijging van een recht op alijdurende rente kan men natuurlijk ook een roerende of onroerende zaak aan een ander overdragen. Anders dan Pitlo/Croes e.a., Bijzondere overeenkomsten 1995, p. 396, meen ik dat art. 7A:1807 e.v. BW dan niet (rechtstreeks) van toepassing zijn; partijen sluiten dan een onbenoemde – consensuele – overeenkomst. (...). Iemand kan zich ook om niet verbinden tot het betalen van alijdurende rente. Dan schenkt hij de rente en misst art. 7A:1807 e.v. BW eveneens toepassing. Verder kan het recht op alijdurende rente ontspruiten aan een andere bron dan een overeenkomst, zoals een legaat onder een last of zelfs verkrijgende verjaring, ook dan zijn art. 7A:1807 e.v. BW niet van toepassing. Dat wil overigens niet zeggen dat het recht op de rente niet afdwingbaar zou zijn. Men vergelijk art. 7A:1807 BW met art. 1909 lid 1 Ccfr [code civil français; PJW], dat niet van een overeenkomst spreekt maar in geheel algemene zin

bepaalt dat men rente kan bedingen tegen betaling van een kapitaal.
(...)."

6.7

Over de vraag of de overeenkomst van altijddurende rente een overeenkomst van geldlening is, schrijft Asser/Van Schaick 7-VIII:^[41]

264.

(...). Meer dan de vorige bewerkers ben ik geneigd de opvatting te volgen van Opzoomer, (...), dat de overeenkomst van altijddurende rente een bijzondere vorm is van de overeenkomst van geldlening tegen rente (vgl. Rb. Gelderland 20 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6790 [zie 2.8 hierboven: de uitspraak van onze Rechtbank; PJW]), die echter de verplichting van de lener om een gelijke hoeveelheid geld terug te verstrekken, bij wijze van uitgangspunt mitigeert tot een niet-afdwingbaar recht van de verkrijger van de geldsom. De overeenkomst van altijddurende rente heeft met de overeenkomst van geldlening gemeen dat zij eindigt doordat de renteplichtige de hoofdsom aan de rentegerechtigde terugbetaalt. Daaraan kan niet afdoen dat partijen bij het sluiten van de overeenkomst aan een 'altijddurende' rente denken; zij hebben het niet in hun macht om de aflosbaarheid van de hoofdsom en daarmee de beëindiging van de overeenkomst volstrekt uit te sluiten. Dat komt ook tot uitdrukking in art. 7A:1808 BW, bepalend dat de overeenkomst van altijddurende rente 'uit haren aard' aflosbaar is. De wet voorziet dat de overeenkomst op enig moment eindigt. Het is dan ook ongelukkig dat Pitlo/Croes e.a., (...), in de definitie van de overeenkomst opneemt dat de renteplichtige zich verplicht om 'ten eeuwigden dage' rente te betalen. Dat is de renteplichtige namelijk verboden.

Diephuis, (...), ontkende het verband met de overeenkomst van geldlening. Hij legde meer de nadruk op de toezegging van de rentegerechtigde dat hij de hoofdsom niet zal terugvorderen, een toezegging die hij met het wezen van een geldlening in strijd achtte. Veel Nederlandse schrijvers hebben de opvatting van Diephuis gevolgd. Omdat ik in de overeenkomst van altijddurende rente w[é]l een species zie van de overeenkomst van geldlening tegen rente, acht ik de wettelijke regels met betrekking tot de overeenkomst van geldlening van toepassing voor zover art. 7A:1807 e.v. BW niet aan die regels derogeren. (...).

265.

(...).

De overeenkomst van altijddurende rente vertoont ook gelijkenis met de overeenkomst van lijfrente. Dat komt tot uitdrukking in art. 1910 Ccfr: "Cette rente peut être constituée de deux manières, en perpétuel ou en viager". Bij een lijfrente wordt de hoofdsom echter niet terugbetaald. Verder eindigt het recht op lijfrente van rechtswege bij het overlijden van de rentegerechtigde. De overeenkomst van lijfrente is dan ook een kansovereenkomst, en daardoor heeft zij een wezenlijk ander karakter dan de overeenkomst van altijddurende rente. (...).

266.

(...). Ook in Frankrijk en België is de overeenkomst van altijddurende rente een bijzondere vorm van de overeenkomst van geldlening tegen rente. Dat komt daar, meer dan bij ons, tot uitdrukking in de wet, doordat de regels voor de overeenkomst van altijddurende rente onmiddellijk op de overeenkomst van geldlening tegen rente aansluiten. (...)."

7. Middelen (a) - eigen of vreemd vermogen?

7.1

De feitenrechters gaan ervan uit dat het bij de perpetuums om een overeenkomst van altijddurende of gevestigde rente ex art. 7A:1807 BW gaat en dat die overeenkomst een bijzondere overeenkomst van geldlening is. De Rechtbank lijkt dat uit HR *BNB* 1999/176 af te leiden, maar ik lees dat niet in dat arrest (zie 5.7 hierboven). Civiele rechtspraak ontbreekt en de civielrechtelijke literatuur is niet eenduidig over de vraag of de overeenkomst van art. 7A:1807 BW (ook) een overeenkomst van geldlening is (zie 6.6 en 6.7 hierboven). Het systeem van het BW lijkt op ontkennende beantwoording te wijzen. Tot 1 januari 2017 waren de bepalingen over het (uit)lenen van geld onderdeel van titel 14 ('Van verbruikleen') van boek 7A BW en had de overeenkomst van 'gevestigde of altijddurende rente' een eigen titel 15. Het ligt niet voor de hand dat de wetgever een benoemd contract dubbel benoemt. Ook de wijziging van boek 7 BW per 1 januari 2017, leidende tot de nieuwe eigen titel 2C ('geldlening') suggereert dat de overeenkomst van altijddurende rente geen overeenkomst van geldlening is in de zin van de nieuwe titel 2C, nu de titel over altijddurende rente niet in de nieuwe titel over geldlening is geïntegreerd, maar geheel ongemoeid en zelfs ongenoemd is gelaten. Ik heb in de parlementaire geschiedenis van die wetwijziging geen passages gevonden die ingaan op de verhouding tussen geldlening en altijddurende rente. Anderzijds moet toegegeven worden dat het separeren van de geldlening uit de titel over verbruikleen niet impliceert dat geldlening niet meer (ook) onder verbruikleen valt. De ene civielrechtelijke kwalificatie lijkt de andere dus niet uit te sluiten: de litigieuze perpetuums zijn civielrechtelijk misschien zowel 'verbruikleen' als 'altijddurende rente' als 'geldlening'.

7.2

Wat de kerkelijke achtergrond van de overeenkomst van altijddurende rente betreft, bevreedt het mij dat een kerkelijk renteverbod ontweken zou kunnen worden door juist een rente te bedingen, en dan nog wel altijd durend. Dat lijkt de goden te verzoeken. Bezien vanuit het doel van het kerkelijke renteverbod lijkt het logischer om de jaarlijkse betalingen juist niet als 'rente' te benoemen, maar als termijnen van terugbetaling van de hoofdsom, zij het dat die hoofdsom op een gegeven moment wel 'op' zal zijn en dan de vraag rijst hoe de termijnen te benoemen die blijven verschijnen zolang niet óók de oorspronkelijk verstrekte som als zodanig is terugbetaald.^[42] In feitelijke instantie is hierover enige discussie gevoerd (zie het proces-verbaal van de Hofzitting). Wat daarvan zij, vaststaat dat naast jaarlijkse 'rente'-betalingen een nominale hoofdsom terugbetaald moest worden en dat die ook daadwerkelijk is terugbetaald.

7.3

Dat een geldverstrekker de door hem verstrekte hoofdsom niet kan opeisen omdat hij zich verbonden heeft dat niet te zullen doen, wil niet zeggen dat de geldnemer geen terugbetalingsplicht (schuld) heeft. Dat een vordering niet opeisbaar is, wil niet zeggen dat zij niet bestaat. Dat er geen rechtsvordering is, wil niet zeggen dat er geen vorderingsrecht is. Als de litigieuze perpetuums onder art. 1807 boek 7A BW vallen, volgt uit die bepaling dat de geldverstrekker zich verbindt de hoofdsom niet op te eisen, hetgeen impliceert dat zij verschuldigd is, zij het dat de schuldeiser – behoudens in gecontracteerde of in de wet genoemde specifieke gevallen – betaling niet kan afdwingen. Als het in casu om een altijddurende rente gaat, heeft het Hof dus rechtskundig correct geoordeeld (r.o. 4.19) dat een terugbetalingsplicht ter zake van de hoofdsom bestaat. In bepaalde situaties (faillissement en ontbinding) bestaat overigens óók een rechtsvordering, en bij non-payment kan kennelijk indirect, door faillissementsaanvraag, de hoofdsom teruggevorderd worden.

7.4

Art. 3 boek 6 BW bepaalt:

- “1. Een natuurlijke verbintenis is een rechtens niet-afdwingbare verbintenis.
2. Een natuurlijke verbintenis bestaat:
 - a. wanneer de wet of een rechtshandeling aan een verbintenis de afdwingbaarheid onthoudt;
 - b. (...),”

De verbintenis van de geldnemer ex een overeenkomst van altijddurende rente lijkt mij onder deze omschrijving te vallen, dus als de litigieuze perpetuums een altijddurende rente ex art. 1807 boek 7A BW zijn, volgt ook hieruit dat de geldontvanger verbonden is de hoofdsom terug te betalen, zij het dat terugbetaling niet kan worden afgedwongen behoudens in aangewezen specifieke gevallen. Materiële belastingschulden ter zake waarvan de navorderingstermijn is verstreken of formele belastingschulden ter zake waarvan de invorderingstermijn is verstreken, zijn wel degelijk schulden; de betalingsverplichting blijft ook na verjaring bestaan. Wordt zo'n niet-opeisbare schuld betaald, dan kan die betaling niet teruggevorderd worden als onverschuldigd betaald.^[43] Ontvangen gewetensgeld wordt bij mijn weten door de fiscus ook niet terugstort als onverschuldigd betaald.

7.5

Nu het er fiscaalrechtelijk slechts om gaat of er civielrechtelijk een – al dan niet afdwingbare, al dan niet voorwaardelijke, al dan niet opschortbare – terugbetalingsplicht bestaat, is het mijns inziens niet relevant of die plicht voortvloeit uit geldlening, altijddurende rente of verbruikleen. Het lijkt mij voor de renteaftrek zelfs niet van belang of het om een terugbetalingsplicht gaat, als de belastingplichtige civielrechtelijk maar een schuld heeft, die dus ook kan voortvloeien uit leverancierskrediet, onrechtmatige daad of enige andere oorzaak. Zoals het Hof terecht aangaf: het gaat bij renteaftrek niet zozeer om 'geldlening' als wel om 'schuld' (vreemd vermogen), ongeacht waaruit die civielrechtelijke en rentedragende schuld voortvloeit. Het ging in de boven geciteerde fiscale rechtspraak steeds om een geldverstrekking die civielrechtelijk als geldlening werd geduid en om de vraag of die duiding ook fiscaalrechtelijk gevolgd moest worden, maar die rechtspraak geldt mijns inziens evenzeer als uit anderen hoofde dan geldlening een rentedragende schuld bestaat. De civielrechtelijke kwalificatie van de perpetuums, al dan niet als benoemd contract, doet mijns inziens voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie dus slechts ter zake voor zover die civielrechtelijke kwalificatie bepaalt of al dan niet een (terug)betalingsschuld bestaat. Hoe de perpetuums civielrechtelijk ook precies gekwalificeerd moeten worden, vaststaat dat civielrechtelijk een terugbetalings-schuld bestaat die bovendien bij faillissement en andere winding-up direct opeisbaar is.

7.6

Middelonderdeel (a) lijkt mij daarmee ongegrond. Ik ga er niettemin nader op in.

7.7

De Staatssecretaris stelt dat bij de invoering van de Wet Vpb geen rekening is gehouden met hybrid finance als een

categorie tussen eigen en vreemd vermogen in, maar dat uit (de parlementaire geschiedenis van) art. 29a Wet Vpb kan worden afgeleid dat de wetgever meent dat hybrids fiscaalrechtelijk eigen vermogen zijn. Met de belanghebbende zie ik de grond voor die stelling niet. Art. 29a Wet Vpb is, zoals bleek, alweer verdwenen per 1 januari 2019.^[44] Zelfs als de stelling juist zou zijn, kan de (mede)wetgever, als hij een al decennia bestaand vermogensonderscheid van zó eminent fiscaal belang wil verleggen, niet volstaan met een vage suggestie bij de invoering van een zéér specialistische, ondergeschikte en omstreden regeling over coco's, die bovendien alweer ingetrokken is. Uw vaste rechtspraak over hybrid finance is helder: zien wij civielrechtelijk een (niet-gesimuleerde en niet-denkbeeldige) terugbetalingsplicht, dan zien wij fiscaalrechtelijk vreemd vermogen, tenzij de geldverstrekker deelneemt in het ondernemersrisico en de winst van de geldnemer. De rechtszekerheid eist dat. Uit HR *BNB* 1998/208 (zie 5.6 hiervoor) volgt dat dit ook geldt bij ongelieerde geldverstrekkingen aan het publiek zoals de litigieuze. Wil de wetgever het anders, dan zal hij de door hem gewenste verlegging van het fiscaalrechtelijke onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen volledig en expliciet bij formele wet moeten regelen, mét alle consequenties daarvan, en hij moet dan op andere wijze voorzien in de rechtszekerheid die de praktijk van ondernemingsfinanciering behoeft.

7.8

U heeft niet gepreciseerd wat u bedoelt met 'de civielrechtelijke vorm'. Uit HR *BNB* 2014/79 (Australische RPS; zie 5.9 hiervoor) volgt dat het jaarrekeningenrecht niet beslist en maak ik op dat u een objectievere benadering wenst dan puur naar de maatstaf van 'de vorm die de partijen aan de geldverstrekking hebben gegeven'. In dat arrest preciseerde u immers de term 'civielrechtelijke vorm', nl. door beoordeling voor te schrijven 'naar civielrechtelijke maatstaven,' onder toevoeging van 'al dan niet in overeenstemming met de vorm die door de partijen daaraan is gegeven' (curs. PJW). Wellicht wilde u duidelijk maken dat de civielrechtelijke presentatie (uiteraard) niet beslist als het (ook) civielrechtelijk om een (relatieve) schijnhandeling gaat.

7.9

Dat de belanghebbende in afwijking van het regelende recht van art. 7A:1809 BW is overeengekomen dat zij ook na twee jaar opschorting van rentebetaling niet gedwongen kan worden tot aflossing, is mijns inziens niet relevant. Het neemt immers noch haar terug-betalingschuld, noch haar (op zijn beurt rentedragende) renteschuld weg. Dat de belanghebbende eveneens in afwijking van regelend recht is overeengekomen dat zij geen zekerheid hoeft te stellen als zij de rentebetaling opschort, doet om dezelfde reden evenmin ter zake.

7.10

De stelling dat de geldverstrekkers met de *pari passu* bepaling op voorhand hun recht op terugbetaling zouden hebben prijsgegeven, is mijns inziens rechtskundig en feitelijk onjuist. Zoals bleek, hebben zij niet hun vorderingsrecht, maar alleen hun rechtsvordering (deels) opgegeven. Dat zij daarnaast in geval van concursus een bepaalde achterstelling hebben aanvaard, neemt noch hun schuldeiserschap, noch belanghebbendes terugbetalingsschuld weg. Dat de geldverstrekkers, als er ook preferente aandeelhouders zouden zijn, zouden moeten delen met die preferente aandeelhouders, neemt hun schuldeiserschap evenmin weg. Alle bestaande aandeelhouders staan hoe dan ook ten achter bij de perpetual-houders. Dat hun schuldeiserschap weinig voorstelt (zij verschillen in grote lijnen slechts op twee punten van preferente aandeelhouders: zij kunnen indirect bij non-payment belanghebbendes faillissement aanvragen en zij maken geen kans op een liquidatie-uitkering boven *pari*), moge zo zijn, maar, zoals u in HR *BNB* 2018/60 (zie 5.11 hierboven) overwoog: de rechtszekerheid eist duidelijke criteria; en zoals u in HR *BNB* 2014/80 ([D]; zie 5.10 hierboven) overwoog: dat achtergestelde winstdelende obligaties en cumulatief preferente aandelen economisch soms nauwelijks uit elkaar zijn te houden, is niet relevant. Eigen en vreemd vermogen moeten fiscaalrechtelijk juist wél duidelijk uit elkaar gehouden kunnen worden vanwege de verstreckende fiscale gevolgen van die kwalificatie. In het [D]-arrest achtte u in de omgekeerde situatie dan ook niet van belang dat het risico dat het preferente-aandelenkapitaal zou worden aangesproken voor vennootschapsschulden verwaarloosbaar was. Ook zwak aandeelhouderschap is aandeelhouderschap en ook zwak schuldeiserschap is schuldeiserschap. Het staat de wetgever vrij om van de belastingrechter de ondankbare taak over te nemen om de praktijk op dat vlak van rechtszekerder handvatten te voorzien.

7.11

In feitelijke instantie is gediscussieerd over de vraag of de curator in een faillissement van de belanghebbende de vorderingen van de perpetual-houders zou erkennen of betwisten en of hij bij de verificatie van vorderingen te maken zou hebben met preferente aandeelhouders, als die zouden bestaan (zie het proces-verbaal van de Hofzitting). De processtukken en de vaststaande feiten lijken mij geen andere conclusie toe te laten dan dat de hoofdsomvordering en eventuele achterstallige-rentevorderingen van de perpetual-houders bij faillissement van de belanghebbende direct opeisbaar zijn en dat voor betwisting ervan door de curator geen rechtsgrond bestaat. Wel zal hij bij het opmaken van de uitdelingslijst rekening moeten houden met hun achterstelling, aangenomen dat er na voldoening van de separatisten, de bevoorrechten en de concurrenten nog ergens rekening mee te houden valt. Overigens zijn er geen preferente

aandeelhouders (geweest), zodat het probleem hypothetisch is.

7.12

Dat een terugbetalingsplicht voorwaardelijk is en terugbetaling onzeker, neemt de terugbetalingsplicht niet weg en sluit daarom geenszins uit dat een geldverstrekking fiscaalrechtelijk vreemd vermogen is, zo volgt uit HR *JOR* 2016/354 (zie 5.4 hierboven) en uit het [C]-arrest (zie 5.8 hierboven). Volgens het Hof is niet volstrekt onaannemelijk dat de terugbetalingsverplichting niet nagekomen zal (kunnen) worden (zie r.o. 4.10 Hof in 2.11 hierboven). 's Hofs uitleg van de terms and conditions lijkt mij op dit punt geenszins onbegrijpelijk, mede gegeven dat de perpetuals daadwerkelijk geheel zijn afgelost en dat de rentevoet op perpetuals doorgaans in zekere mate aflossing-urgender is voor de geldnemer, die niet eeuwig een hoge rente zal willen betalen. 's Hofs uitleg lijkt mij daarmee in cassatie onaantastbaar. Het rechtskundige deel van 's Hofs oordeel over de volgorde bij faillissement lijkt mij juist.

7.13

Ik acht middelonderdeel (a) daarom ongegrond. Daardoor komt onderdeel (b) aan snee.

8. Middelonderdeel (b) - deelnemerschapslening?

8.1

Zoals boven (5.6) bleek, is voor fiscaalrechtelijke afwijking van het burgerlijke recht wegens het bestaan van een deelnemerschapslening cumulatief vereist dat de rentevergoeding van de winst afhangt en dat de schuld achtergesteld is bij alle concurrente schuldeisers en geen vaste looptijd heeft, maar slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling en liquidatie. Niet in geschil is dat de perpetuals zijn achtergesteld bij alle concurrente vorderingen.^[45] De belanghebbende heeft gesteld dat zij materieel een vaste looptijd hebben, maar in 's Hofs oordeel ligt mijns inziens de niet-onbegrijpelijke uitleg van de terms and conditions besloten dat zij civielrechtelijk geen vaste looptijd hebben. Zoals bleek, is niet van belang dat materieel aflossing (veel) eerder dan na 50 jaar valt te verwachten. Het gaat immers om hetgeen civielrechtelijk is overeengekomen (in casu een onbepaalde looptijd), tenzij daaraan zelfstandige betekenis moet worden ontzegd, waarvan volgens het Hof kennelijk onvoldoende blijkt.

8.2

Beslissend is dan of de vergoeding aan de perpetual-houders afhankelijk is van belanghebbende winst. Zij kan rentebetalingen opschorten zonder daardoor verplicht te worden de hoofdsom af te lossen of zekerheid te stellen. Door de combinatie met de pari passu bepaling ontstaat dan volgens de Staatssecretaris een situatie waarin de vergoeding alleen betaald wordt als preferente aandeelhouders dividend uitgekeerd krijgen, zodat in zoverre de vergoeding 'in potentie' geheel winstafhankelijk is. Ook deze stelling lijkt mij rechtskundig en feitelijk onjuist. Een opschortingsbevoegdheid maakt rentebetaling geenszins afhankelijk van de jaarwinst vóór rentebetaling of van vrije winstreserves. Zij maakt slechts de timing van de betaling wilsafhankelijk. De pari passu bepaling doet niet meer dan een achtergestelde schuldeisersrang bepalen in geval van faillissement of ontbinding. Uit HR *BNB* 2018/60 (zie 5.11 hiervoor) volgt dat de vraag of aan de criteria voor een deelnemerschapslening is voldaan, dus ook de vraag of de vergoeding afhangt van de winst van de debiteur, in beginsel niet materieel wordt onderzocht, maar in verband met de gewenste rechtszekerheid wordt beantwoord op basis van civielrechtelijke maatstaven, i.e. op basis van hetgeen is overeengekomen, tenzij daaraan zelfstandige betekenis moet worden ontzegd. Uit HR *BNB* 1999/176 volgt (zie 5.7 hierboven) dat rente niet afhankelijk wordt van de winst door de mogelijkheid tot uitstel van betaling ervan, noch door koppeling ervan aan declaratie van dividend. Het Hof heeft op basis van zijn uitleg van met name het prospectus geoordeeld dat de op de perpetuals verschuldigde rente formeel noch materieel afhankelijk is van belanghebbendes winst.

8.3

De Staatssecretaris richt het oog op een hypothetische situatie, waarin (i) de belanghebbende de rentebetaling steeds zou hebben opgeschort, (ii) zonder af te lossen of zekerheid te stellen, (iii) tot aan een hypothetisch ontbindingsbesluit door belanghebbendes vergadering van aandeelhouders (waar de perpetual-houders niet zouden aanzitten), terwijl (iv) tussentijds preferente aandelen zouden zijn uitgegeven (de houders waarvan mogelijk wél bij de a.v.a. zouden aanzitten, maar dan denkelijk zonder stemrecht) en tenslotte (v) bij die ontbinding onvoldoende vennootschapsvermogen beschikbaar zou blijken te zijn om zowel de perpetual-houders af te lossen als de – in werkelijkheid niet-bestaande – preferente aandeelhouders het hypothetisch door hen gestorte kapitaal terug te betalen. Zelfs als deze situatie zich zou kunnen voordoen, zou dat de rente niet afhankelijk maken van belanghebbendes winst vóór rentebetaling in de jaren waarin de combinatie van een ontbindingsbesluit en een vereffeningstekort niet viel te verwachten. Dat een hypothetische samenloop van omstandigheden en wilsbesluiten in de (verre) toekomst niet uitgesloten kan worden geacht, rechtvaardigt mijns inziens niet de conclusie dat de rente winstafhankelijk is in de jaren waarin die hypothetische bijzondere samenloop van omstandigheden en wilsbesluiten helemaal niet aan de orde is.

8.4

Het ontgaat mij ook waarom een aandelenemissie van (zeg) € 100 miljoen aan 5% cumulatief preferente aandelen winstafhankelijkheid van de lopende rentetermijn op de perpetuums zou veroorzaken, terwijl dat effect zou uitblijven bij het aantrekken van hetzelfde bedrag, maar dan door uitgifte tegen 50% van de nominale waarde van achtergestelde 10-jaars zero bonds ad nominaal € 200 miljoen met dezelfde rang als de perpetuums.

8.5

Uiteindelijk is alles winstafhankelijk, ook het loon van de werknemers. Relevant lijkt mij of de perpetual-houders met hun geldverstrekking een mede-eigenaarsachtig ondernemersrisico lopen en mede-winstgerechtigd zijn. 's Hofs uitleg van de overeenkomst en zijn waardering van de feiten houdt uiteindelijk in dat dat niet het geval is. Dat oordeel lijkt mij niet onbegrijpelijk.

8.6

Ook middelonderdeel (b) lijkt mij daarom ongegrond.

9. Conclusie

Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de Staatssecretaris ongegrond te verklaren.

Noot

Auteur: R.J. de Vries

Op het snijvlak van fiscaal eigen versus vreemd vermogen: inventarisatie van de huidige stand van zaken op basis van de eerder gewezen jurisprudentie en het onderhavige arrest van de Hoge Raad

1.

Het geschil in het thans besproken arrest is door de Hoge Raad aangegrepen om – onder verwijzing naar zijn eigen rechtspraak – de maatgevende criteria voor het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen in de fiscaliteit, meer in het bijzonder in de context van de heffing van vennootschapsbelasting, nog eens op een rijtje te zetten én nader in te vullen. Gegeven het fundamentele onderscheid in de fiscale behandeling van eigen vermogen (vergoedingen ter zake zijn fiscaal niet aftrekbaar) versus vreemd vermogen (vergoedingen ter zake zijn fiscaal (wel) aftrekbaar tenzij een of meer van de diverse renteaftrekbeperkingen daaraan in de weg staan) hoeft het niet te verbazen dat over de kwalificatie van geldverstrekkingen in met name de sfeer van de vennootschapsbelastingheffing met zekere regelmaat onenigheid tussen de belastingplichtigen en de Belastingdienst ontstaat.

2.

Ik hoop evenwel en ben daarnaast van mening dat met het wijzen van dit arrest de fiscale jurisprudentiecontouren in verband met het voormelde onderscheid zo langzamerhand zodanig scherp zijn afgebakend dat hierover in de uitvoeringssfeer tussen de betrokken partijen eigenlijk niet langer (dan wel nauwelijks meer) hoeft te worden 'gebakkeleid'. Echter, naar alle waarschijnlijkheid getuigt deze hoop – of is het veeleer een 'verzuchting' mijnerzijds? – van (aanmerkelijk te) veel optimisme aangezien de Belastingdienst er in de laatste jaren in steeds toenemende mate op gespitst lijkt de fiscale aftrek van (gepresenteerde) rente met het oog op de heffing van vennootschapsbelasting zo veel mogelijk te blokkeren. Naar mijn beleving kan in dit kader op ten minste één punt zonder overdrijving worden gesproken over een vorm van fiscale grensverkenning door de fiscus. Zie hierover nader mijn (kritische) afsluitende kanttekeningen in de onderdelen 14 t/m 18 van deze noot.

Het eerste adagium: civielrechtelijk eigen vermogen = fiscaalrechtelijk eigen vermogen

3.

In HR 7 februari 2014, nr. 12/03540 en nr. 12/04640, *BNB* 2014/79 en 2014/80, beide na conclusie van A-G Wattel en met mijn noot, is in essentie door de Hoge Raad het volgende beslist: een geldverstrekking die op grond van het toepasselijke civiele recht is aan te merken als (een) kapitaal(storting), heeft wat betreft de fiscaliteit, althans voor de heffing van vennootschapsbelasting en in elk geval met het oog op de toepassing van art. 9 en 10 Wet VPB 1969 én de deelnemingsvrijstelling, eveneens als (een) kapitaal(storting) te gelden. Volledigheidshalve zij aangetekend dat de Hoge Raad zijn kernoordelen in deze beide arresten expliciet toespitste op, casu quo uitdrukkelijk beperkte tot een aantal

specifiek door dit rechtscollege vermelde (en zojuist door mij opgesomde) bepalingen uit de Wet VPB 1969. Vergelijk in het bijzonder r.o. 3.3.1 uit *BNB 2014/79** en r.o. 3.4.1 in verbinding met r.o. 3.4.3 uit *BNB 2014/80**.

4.

De Hoge Raad bezigde niet alleen in *BNB 2014/79**, r.o. 3.3.1, eerste volzin, maar eveneens in *BNB 2014/80**, r.o. 3.4.2, eerste volzin, – zulks tegen de achtergrond van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling – in relatie tot het adagium civielrechtelijk eigen vermogen = fiscaalrechtelijk eigen vermogen de woorden 'in beginsel'. In casu stelt dit rechtscollege in r.o. 2.3.1 voorop dat 'als regel' de civielrechtelijke vorm van de geldverstrekking beslissend is voor het antwoord op de rechtsvraag of voor fiscale doeleinden al dan niet sprake is van (een) kapitaal(verstrekking). Deze enigszins afwijkende formulering van de Hoge Raad in vergelijking met *BNB 2014/79**-80* impliceert mijns inziens overigens geen andere fiscale benadering van dit rechtscollege; ook vermag ik er geen nuanceverschil of iets dergelijks in te zien maar bedoelt de Hoge Raad hetzelfde tot uitdrukking te brengen, zij het in ietwat andere bewoordingen.

5.

Opvallend was dat de rechterlijke nuance in de vorm van de uitdrukking 'in beginsel' vervolgens zowel in de tweede volzin van r.o. 3.3.1 (*BNB 2014/79**) als in de belangrijke overweging 3.4.2 (*BNB 2014/80**) ontbrak. In de onderdelen 7 en 8 van mijn noot in *BNB 2014/79** heb ik – onder verwijzing naar een aantal door mij in dezen relevant geachte omstandigheden – reeds geconcludeerd dat deze nuance naar mijn mening een soort marginale toetsing van de (bestuurs)rechter behelst waaraan in de fiscale (rechts)praktijk van alledag naar alle waarschijnlijkheid weinig betekenis toekomt. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden laat zich in mijn beleving een uitzondering op het adagium civielrechtelijk eigen vermogen = fiscaalrechtelijk eigen vermogen denken. In onderdeel 9 van mijn noot in *BNB 2014/79** heb ik – met inachtneming van de gepaste voorzichtigheid – een situatie beschreven die daarvoor mogelijkserwijs in aanmerking komt.

6.

Ook in r.o. 2.3.2 van het thans centraal staande arrest concludeert de Hoge Raad stellig, dat wil zeggen zonder enig voorbehoud, en in – althans wat mij betreft – niet mis te verstane bewoordingen:

"Indien de geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld als een verstrekking van aandelenkapitaal geldt, dient zij voor de toepassing van de fiscale wetgeving te worden aangemerkt als kapitaalverstrekking."

In navolging van (de constatering zojuist in onderdeel 5 ten aanzien van) *BNB 2014/79**-80* ontbreekt dus wederom een rechterlijke nuance, terwijl de Hoge Raad in vergelijking met deze twee eerdere arresten nu – in veel algemenere bewoordingen – het meergenoemde adagium maatgevend acht voor 'de fiscale wetgeving' in plaats van voor een aantal specifiek genoemde vennootschapsbelastingartikelen.

Het tweede adagium: civielrechtelijk vreemd vermogen = fiscaalrechtelijk vreemd vermogen tenzij daar een van de drie bekende uitzonderingen op van toepassing is

7.

Omarming van het adagium civielrechtelijk eigen vermogen = fiscaalrechtelijk eigen vermogen brengt met betrekking tot de fiscale kwalificatie van geldverstrekkings logischerwijs (er is namelijk sprake van de andere kant van dezelfde fiscale medaille) mee dat in de fiscaliteit eveneens het volgende uitgangspunt geldt: civielrechtelijk vreemd vermogen = fiscaalrechtelijk vreemd vermogen. Echter, in tegenstelling tot het eerste adagium heeft de Hoge Raad van meet af aan (vergelijk reeds in deze zin HR 27 januari 1988, nr. 23 919, *BNB 1988/217*, na conclusie van A-G Verburg en met noot van G. Slot) een drietal uitzonderingen op deze hoofdregel omarmd: a. de zogeheten schijnlening (partijen zijn in wezen (een) kapitaal(verstrekking) overeengekomen, b. de zogenoemde deelnemerschapslening (waarvoor de maatgevende criteria met name in a. HR 11 maart 1998, nr. 32 240, *BNB 1998/208*, na conclusie van plaatsvervangend P-G Van Soest en met noot van G. Slot, en b. HR 25 november 2005, nr. 40 989, *BNB 2006/82*, na conclusie van A-G Overgaauw en met noot van D. Juch, in kaart zijn gebracht) en c. de zogeheten bodemlozeputlening (voor het eerst geïntroduceerd in *BNB 1988/217**).

8.

R.o. 2.3.2 van het onderhavige arrest maakt duidelijk dat het kardinale onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen in de zienswijze van de Hoge Raad wordt gevormd door het gegeven "of er een verplichting tot terugbetaling bestaat". Zie ik het goed dan wordt A-G Wattel aldus niet gevolgd, want hij heeft in onderdeel 7.5 van zijn conclusie voor dit arrest onder andere opgemerkt dat het hem voor de renteaftrek zelfs niet van belang lijkt "of het om een terugbetalingsplicht gaat". Is op basis van de voor de geldverstrekking gekozen civielrechtelijke vorm sprake van een terugbetalingsverplichting, dan heeft de geldnemer "volgens de gekozen civielrechtelijke vorm een schuld aan de geldgever, waardoor de geldverstrekking voor de toepassing van de belastingwet als regel niet als het verstrekken van kapitaal is aan te merken." Nieuw is dat de Hoge

Raad dusdoende – en dit in navolging van de r.o. 4.3 en 4.13 uit de in cassatie bestreden uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden – in wezen beslist dat voor de fiscale renteaftrek een schuld (en derhalve niet een geldlening) onontbeerlijk is. Onder verwijzing naar het Kaspische Zee-arrest – HR 8 september 2006, nr. 42 015, *BNB* 2007/104, na conclusie van A-G Van Ballegooijen en met noot van A.H.M. Daniels, – herhaalt onze hoogste nationale belastingrechter in r.o. 2.3.2, voorlaatste volzin, bovendien dat een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting en een onzekere terugbetaling niet aan de (fiscale) kwalificatie ‘vreemd vermogen’ in de weg staan.

9.

Eveneens nieuw is de laatste volzin van r.o. 2.3.2 waarin de Hoge Raad het volgende beslist:

“Hetzelfde geldt indien de overeenkomst van geldverstrekking inhoudt dat de geldverstrekker bij het geldend maken van zijn rechten in geval van faillissement of ontbinding en vereffening van het vermogen van de geldnemer gelijk in rang deelt met de houders van preferente aandelen in de geldnemer.”

Met dit oordeel wordt het besluit van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 29 augustus 2017, nr. 2017-38941, *Stcrt.* 2017, 50521, *V-N* 2017/44.15, in elk geval gedeeltelijk naar de prullenmand verwezen. In onderdeel 2 van dat besluit heeft de bewindsman onder meer het standpunt ingenomen dat als de perpetuele geldverstrekker qua verhaalsrangorde gelijk staat met preferente aandeelhouders, voor fiscale doeleinden geen geldlening kan worden aangenomen en diensgevolge fiscale renteaftrek niet mogelijk is. De beslissing van de Hoge Raad op dit punt vloeit mijns inziens (automatisch) voort uit zijn schuldbenadering die zojuist in onderdeel 8 aan de orde is gekomen: dezelfde rangorde als preferente aandeelhouders qua verhaalsmogelijkheden doet aan belanghebbendes terugbetalingsverplichting inzake de onderhavige perpetuele geldverstrekking – zoals het Hof, de A-G en de Hoge Raad mijns inziens terecht hebben geconcludeerd – en daarmee aan het schuld karakter van dit instrument immers niet af. Eerder had ik al in mijn column getiteld ‘Fiscale en civiele werkelijkheid’, *WFR* 2015/7097, mijn serieuze twijfels uitgesproken over het door Staatssecretaris van Financiën Wiebes tijdens de parlementaire behandeling van de Fiscale verzamelwet 2014 (*Kamerstukken I 2014/15, 33 950, C*, p. 1) ingenomen standpunt, welk standpunt nadien beleidsmatig is geconcretiseerd in het voormelde (beleids)besluit en nu dus hopelijk voor het laatst in de onderhavige (cassatie)zaak ‘om de hoek komt kijken’.

10.

In r.o. 2.3.2, derde volzin, van dit arrest oordeelt de Hoge Raad voorts dat de rechtsvraag of in concreto (al dan niet) een verplichting tot terugbetaling bestaat, beoordeeld dient te worden op basis van de voor de geldverstrekking gekozen civielrechtelijke vorm. Met deze rechtsoverweging streeft dit rechtscollege er naar om de rechtszekerheid te dienen. Dit conform r.o. 2.4.2 uit HR 5 januari 2018, nr. 16/01047, *BNB* 2018/60, na conclusie van A-G Niessen en met noot van E.J.W. Heithuis, waarin reeds was beslist “dat voor de beantwoording van de vraag of in de fiscale sfeer een geldverstrekking als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, als regel de civielrechtelijke vorm beslissend is” en welke beslissing door de Hoge Raad in dat arrest vervolgens uitdrukkelijk wordt geplaatst in de sleutel van de rechtszekerheid door de volgende rechtsoverweging: “De (...) rechtsopvatting dat de criteria voor de deelnemerschapslening materieel moeten worden beoordeeld (...) doet bovendien afbreuk aan de rechtszekerheid die door de Hoge Raad met het formuleren van de criteria voor de deelnemerschapslening is beoogd”. Hetgeen de betrokken partijen civielrechtelijk zijn overeengekomen, is in dit verband doorslaggevend en een (nadere) materiële beoordeling ter zake dient in de visie van dit rechtscollege achterwege te blijven.

Van een uitzondering op het adagium civielrechtelijk vreemd vermogen = fiscaalrechtelijk vreemd vermogen in de vorm van een deelnemerschapslening is in de onderhavige zaak geen sprake

11.

De staatssecretaris betoogt in zijn cassatieberoepschrift ten slotte dat de perpetuele geldverstrekking een deelnemerschapslening is, waardoor belanghebbende geen fiscale renteaftrek kan claimen. In r.o. 2.3.5 herhaalt de Hoge Raad de bekende deelnemerschapsleningcriteria en bouwt hij vervolgens voort op zijn oordeel in *BNB* 2018/60* door andermaal te benadrukken dat voor het antwoord op de drie doorslaggevende rechtsvragen – a. is de schuld achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers, b. is de vergoeding winstafhankelijk en c. wat is de looptijd van de schuld – bepalend moet worden geacht hetgeen partijen daaromtrent zijn overeengekomen. De toevoeging in de laatste volzin van r.o. 2.3.5 dat in dit deelnemerschapsleningkader voorbij kan worden gegaan aan een beding in een overeenkomst tot geldverstrekking waaraan zelfstandige betekenis moet worden onzegd, is eveneens niet nieuw, want deze rechterlijke kanttekening is – zij het in een iets andere formulering – al terug te vinden in *BNB* 2018/60*, r.o. 2.4.2, tweede alinea.

12.

Daarentegen zijn de volgende twee zinsneden uit r.o. 2.3.5 bij mijn weten nieuw:

“Wel komt bij de beoordeling van hetgeen is overeengekomen betekenis toe aan een gezamenlijk oogmerk van partijen bij het sluiten van de overeenkomst. Bij het vaststellen van dat oogmerk kan de feitelijke situatie op dat moment een rol spelen.”

Deze nieuwe rechtsoverwegingen alsmede de in onderdeel 11 aan de orde gestelde toevoeging hebben naar mijn inschatting dezelfde achtergrond: weliswaar blijft in de context van de deelnemerschapslening een materiële beoordeling van de drie maatgevende criteria achterwege, maar deze benadering gaat – uiteraard, zo zou ik haast willen zeggen – niet zo ver dat aan (civielrechtelijke) bedingen in een overeenkomst tot geldverstrekking die niet corresponderen met hetgeen partijen daadwerkelijk zijn overeengekomen casu quo werkelijk beogen, met het oog op de fiscale kwalificatie van de onderliggende instrumenten betekenis toekomt. Aan relatieve simulatie wordt met andere woorden – volkomen terecht – voorbijgegaan, zij het dat het voor de Belastingdienst in de praktijk van alledag vermoedelijk bepaald geen sinecure zal blijken te zijn om aannemelijk te maken dat het oogmerk van partijen afwijkt van hetgeen zij op papier hebben gezet. Dat hierbij de feiten ten tijde van het sluiten van de (geldverstrekkingsovereenkomst een rol kunnen spelen, lijkt mij eveneens vanzelf te spreken. Immers, de fiscale duiding van geldverstrekkingen – waaronder de zeer feitelijke beoordeling of een geldverstrekking als een bodemlozeputlening moet worden aangemerkt – dient te geschieden met inachtneming van alle relevante omstandigheden op het moment van het aangaan van de overeenkomst. Wel acht ik het aannemelijk te veronderstellen dat als partijen op enig tijdstip de condities van de geldverstrekkingsovereenkomst (wezenlijk) wijzigen, de feiten ten tijde van een dergelijke aanpassing eveneens relevant kunnen zijn. Vergelijk bijvoorbeeld HR 4 september 1996, nr. 31 067, *BNB* 1997/42, met noot van P.H.J. Essers, alsmede onderdeel 1 van de noot bij dat arrest.

13.

De afwijzing door de Hoge Raad van de opvatting van de Staatssecretaris van Financiën die inhoudt dat het in geschil zijnde perpetuele instrument moet worden beschouwd als een deelnemerschapslening en de fiscale renteaftrek dientengevolge is geblokkeerd, hoeft overigens geenszins te verbazen indien naast *BNB* 2018/60c* ook – het al veel eerder gewezen en vrij onbekend gebleven arrest – HR 14 april 2006, nr. 42 547, *BNB* 2006/229 in ogenschouw wordt genomen. In die toch wel enigszins krasse zaak – belanghebbende was een geldlening voor de duur van maar liefst 210 jaar aangegaan, waarbij de vervallen jaarlijkse rente niet werd betaald maar elk jaar werd bijgeschreven op de hoofdsom – is het incidentele cassatieberoep van de bewindsman, waarin de desbetreffende geldverstrekking op grond van een materiële benadering ten aanzien van het aspect winstafhankelijkheid als deelnemerschapslening werd bestempeld, eveneens door dit rechtscollege verworpen. Kortom, het wordt mijns inziens zo langzamerhand de hoogste tijd dat de fiscus de Pavlovreactie in de vorm van een materiële benadering in dit kwalificatiekader niet alleen (volledig) onder controle krijgt maar deze benadering bovendien laat varen.

Nu eindelijk rust op het fiscale ‘kwalificatiefront’ aangaande eigen vermogen versus vreemd vermogen of staat ons nieuwe jurisprudentie te wachten met betrekking tot de zogenoemde leer van het stamkapitaal?

14.

In onderdeel 2 van deze noot heb ik zopas de voorzichtige hoop uitgesproken dat met de nadere invulling die de Hoge Raad in dit arrest heeft gegeven aan het onderscheid tussen fiscaal eigen en vreemd vermogen, de ‘schermutselingen’ op dat vlak tussen de belastingplichtigen en de fiscus (grotendeels) tot het verleden zullen gaan behoren. Ik sprak in dat onderdeel echter tegelijkertijd mijn zorg uit dat deze hoop wel eens ijdel zou kunnen blijken te zijn. Ik doel dan in het bijzonder op de pogingen van de fiscus om in de sfeer van de vennootschapsbelasting met alle mogelijke middelen de fiscale aftrek van rente aan banden te leggen, onder meer door te pogen de zogeheten leer van het stamkapitaal nieuw leven in te blazen. De stamkapitaalleer, die voorschrijft dat een lichaam over een minimale hoeveelheid eigen vermogen dient te beschikken casu quo dat Nederland een bepaalde norm kent inzake de kapitalisatie van (dochter)vennootschappen, is – na aanvankelijke jurisprudentiële omarming in HR 22 juni 1927, *B* 4088 en HR 13 november 1935, *B* 5963 – in het verleden door de Hoge Raad meermaals uitdrukkelijk afgewezen. Zie onder andere HR 18 mei 1949, *B* 8648 en HR 3 november 1954, nr. 11 928, *BNB* 1954/357. En dit rechtscollege heeft nadien nimmer een arrest gewezen dat er op duidt dat deze leer in de zienswijze van de Hoge Raad inmiddels wel acceptabel zou zijn. Juist integendeel, zou ik menen. Zie daarover nader onderdeel 16 van deze noot.

15.

Indertijd heeft de regering in het kader van de totstandkoming van de Wet VPB 1969 – vide de tweede nota van wijziging (*Kamerstukken II* 1967/68, 6000, nr. 17, p. 2 en 10) – geprobeerd een stamkapitaalvariant in te voeren. De Tweede Kamer wilde daar echter niet aan en het parlement heeft via het amendement Brouwer (*Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 47) ook een latere (en lichtere) versie van een stamkapitaalvariant geblokkeerd. Met de verwijzing naar onder andere *B* 8648 gaf de regering in feite toe dat de twee voorgestelde (stamkapitaal)benaderingen niet in overeenstemming waren met de jurisprudentie van de Hoge Raad (Verslag van het mondeling overleg, *Kamerstukken II* 1968/69, 6000, nr. 25, vraag 23, p.

8). Dit wettelijke uitgangspunt is nadien niet gewijzigd (de thincapregeling ex art. 10d (oud) Wet VPB 1969 is alweer vele jaren geleden 'ter ziele gegaan'). De totstandkomingsgeschiedenis van de Wet VPB 1969 wijst met andere woorden uit dat enige stamkapitaaltheorie geen deel uitmaakt van onze vennootschapsbelastingwetgeving.

16.

De Hoge Raad heeft dit wettelijke uitgangspunt mijns inziens expliciet en meerdere malen onderschreven door in een reeks van arresten consequent te overwegen dat – afgezien van de eerder vermelde drie uitzonderingen op de hoofdregel – civielrechtelijk vreemd vermogen voor de toepassing van het fiscale recht als vreemd vermogen in aanmerking dient te worden genomen. Van de vele arresten wijs ik bij wijze van voorbeeld op HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37, na conclusie van A-G Wattel en met noot van P.G.H. Albert. Dit – met betrekking tot de zogenoemde onzakelijke lening gewezen – arrest bevat in r.o. 3.3.1 de volgende passage:

"Het past niet in het wettelijke systeem in een geval waarin naar de vorm sprake is van een geldlening en zich niet één van bovenvermelde uitzonderingen voordoet, voor de fiscale winstberekening niettemin ervan uit te gaan dat eigen vermogen is verstrekt."

Me dunkt een bijzonder heldere en consistente benadering van de Hoge Raad die mede – of naar alle waarschijnlijkheid zelfs vooral – is ingegeven door zijn alleszins respectabele wens om de rechtszekerheid te waarborgen.

17.

Niettemin confronteert de fiscus – onder verwijzing naar art. 8b Wet VPB 1969, in welk verband ik volledigheidshalve specifiek refereer aan het recente OECD/G20 base erosion and profit shifting project, transfer pricing guidance on financial transactions van februari 2020, waarin één van de kopjes (te weten die van onderdeel B.1 op p. 7) luidt: "Determination of whether a purported loan should be regarded as a loan" – de belastingplichtigen al vele jaren met de stelling dat de aflossingscapaciteit van sommige lichamen dusdanig ontoereikend is dat de (in navolging van het civiele recht) door de belastingplichtigen als vreemd vermogen gepresenteerde geldverstrekkingen fiscaalrechtelijk niet als zodanig kunnen worden geaccepteerd. In wezen komt deze werkwijze van de Belastingdienst neer op het afwijzen van fiscale renteaftrek door het in stelling brengen van de stamkapitaalleer.

18.

Deze stamkapitaalaanpak van de fiscus druist niet alleen in tegen de ontstaansgeschiedenis van de Wet VPB 1969 en de rechtszekerheid die de Hoge Raad in dit kwalificatiekader nu juist zo hoog in het vaandel heeft staan, maar kan bovendien slechts worden 'gebaseerd' op vrij vage en – in mijn visie veel belangrijker – parlementair niet gelegitimeerde uitspraken in OESO-verband. Dit soort stamkapitaalgerechten wordt in de fiscale rechtspraak (vrijwel) altijd afgedaan in de compromissaire sfeer, omdat de belastingplichtigen in de regel niet zitten te wachten op een vele jaren durende en geldverslindende rechtsgang naar de Hoge Raad. Bezien vanuit een principieel oogpunt zou het wat mij betreft echter een heel goede zaak zijn indien deze fiscale grensverkenning van de Belastingdienst op het snijvlak van fiscaal eigen versus vreemd vermogen aan de Hoge Raad wordt voorgelegd. Want het lijkt mij ondanks de huidige, als uitvloeisel van het Coronavirus, uiterst onzekere (economische) tijden onwaarschijnlijk dat de Belastingdienst dit dubieuze stamkapitaalstandpunt zal laten varen.

Voetnoten "Uitspraak"

[1.]

ECLI:NL:PHR:2019:169.

[2.]

Zie HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 en HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:2, rechtsoverweging 2.4.2.

[3.]

Vgl. HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:181, rechtsoverweging 3.4.

[4.]

Vgl. HR 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, rechtsoverweging 3.4.

[5.]

HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744.

[6.]

Vgl. voor dit e.e.a. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5958, rechtsoverweging 3.2 en HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:2, rechtsoverweging 2.4.2.

Voetnoten "Voorgaande uitspraak"

[1.]

C. Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek, vergeleken met het wetboek Napoleon*: nagelaten werk van mr. Carel Asser (uitgegeven door L. Asser en C.D. Asser), 's-Gravenhage: Gebroeders Van Cleef, 1838, p.571–572.

Voetnoten "Conclusie"

[1.]

Zie voor het goedgekeurde prospectus de *website* van de Autoriteit Financiële Markten (AFM)

[2.]

Het prospectus definieert "Winding-up" als: "a situation where or the event that (i) an order is made or a decree or resolution is passed for the winding-up, liquidation or dissolution of the Issuer, or (ii) a trustee (curator) is appointed by the competent District Court in The Netherlands in the event of bankruptcy (faillissement) affecting the whole or a substantial part of the undertaking or assets of the Issuer and such appointment is not discharged within 30 days;" Ik verwijs naar die situaties hieronder met de term winding-up.

[3.]

Het prospectus vermeldt onder Terms and Conditions of the Securities, hoofdstuk 6 (Redemption and Purchase), onderdeel (e) (Redemption for Rating Reasons): "If, at any time, the Issuer has received confirmation from one or more rating agencies which has assigned a sponsored rating to the Issuer that the Securities will no[g] longer be eligible for the same or higher category of equity (as defined by such rating agency) as attributed to the Securities at the Issue Date (a "Rating Event") then the Securities will be redeemable, at the option of the Issuer, in the whole but not in part."

[4.]

Rb. Gelderland 20 december 2016, nr. AWB 15/2268, ECLI:NL:RBGEL:2016:6790, *NFR* 2017/402 met noot De Jonge, *FutD* 2017-0001.

[5.]

HR 27 januari 1988, nr. 23.919, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217 met noot Slot, *V-N* 1988/1078, 17.

[6.]

Hof Arnhem-Leeuwarden 12 juni 2018, nr. 17/00203, ECLI:NL:GHARL:2018:5362, *NFR* 2018/1980 met noot Van den Bos, *NLF* 2018/1644 met noot Adema, *V-N* 2018/41.9.

[7.]

HR 8 september 2006, nr. 42.015, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, *BNB* 2007/104 met noot Daniels, *FED* 2007/9 met noot Arts, *V-N* 2006/47.21.

[8.]

Conclusie van 9 januari 2013, nr. 12/03540, ECLI:NL:PHR:2013:BZ0216, *NFR* 2013/367 met noot Van Lindonk, *V-N* 2013/10.13, behorende bij het arrest HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, ECLI:NL:HR:2014:224, *BNB* 2014/79 met noot De Vries, *FED* 2014/37 met noot Marres, *NFR* 2014/738 met noot Van Lindonk, *V-N* 2014/9.13, *FutD* 2014-0266.

[9.]

HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, ECLI:NL:HR:2014:181, *BNB* 2014/80 met noot De Vries (noot opgenomen in *BNB* 2014/79), *FED* 2014/38 met noot Marres, *NFR* 2014/739 met noot Van Lindonk (noot opgenomen in *NFR* 2014/738), *V-N* 2014/9.12, *FutD* 2014-0265.

[10.]

Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 29 augustus 2017, nr. 2017-38941, *Stcrt.* 8 september 2017, nr. 50521.

[11.]

Voetnoot in origineel: "Hoge Raad, 7 februari 2014, 12/04640, ECLI:HR:2014:181, ro. 3.4.3".

[12.]

Voetnoot in origineel: "Gelijk standpunt heb ik verwoord bij de behandeling van de Fiscale verzamelwet 2014 (zie o.a. kamerstukken, vergaderjaar 2014–2015, 33 950, C, blz. 1); de uitspraak van Rechtbank Gelderland, 20-12-2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6790, dient dan ook niet gevolgd te worden."

[13.]

Conclusie (noot in *V-N* 2011/41.14) bij HR 25 november 2011, nr. 10/05394, ECLI:NL:HR:2011:BR4813, *BNB* 2012/39 met noot Albert, *NFR* 2011/2790 met noot Niessen-Cobben, *V-N* 2011/63.12.

[14.]

Rb. Noord-Holland 16 november 2018, nr. AWB-17/581, ECLI:NL:RBNHO:2018:9865, *NFR* 2019/211 met noot Bierman, *FutD* 2018-3080.

[15.]

Kamerstukken II, 2015/16, 34 442, nr. 3, blz. 15.

[16.]

Brief van de staatssecretaris van Financiën van 27 juni 2018 met kenmerk 2018-0000112820.

[17.]

HR 22 maart 1974, nr. 1974-03-22/NJ_54679, ECLI:NL:HR:1974:AC5422, *NJ* 1974/265 met noot Scholten.

[18.]

HR 18 oktober 2002, nr. C01/066HR, ECLI:NL:HR:2002:AE5160, *NJ* 2003/503 m.nt. Du Perron.

[19.]

HR 29 november 2002, nr. C01/011HR, ECLI:NL:HR:2002:AE7005, *NJ* 2003, 50.

[20.]

HR 30 september 2016, nr. 15/02275, ECLI:NL:HR:2016:2228, *JOR* 2016/354 met noot Verdaas.

[21.]

HR 27 januari 1988, nr. 23.919, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217 met noot Slot, *V-N* 1988/1078, 17.

[22.]

Zie ook O.C.R. Marres, 'Winstdrainage door renteaftrek (art. 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na 'Werken aan winst')', Deventer: Kluwer 2008 (tweede druk), blz. 22.

[23.]

Zie O.C.R. Marres, 'Winstdrainage door renteaftrek (art. 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na 'Werken aan winst')', Deventer: Kluwer 2008 (tweede druk), blz. 26.

[24.]

HR 11 maart 1998, nr. 32.240, ECLI:NL:HR:1998:AA2453, *BNB* 1998/208 met noot Slot, *FED* 1998/272 met noot Brandsma, *V-N* 1998/15.26.

[25.]

HR 17 februari 1999, nr. 34.151, ECLI:NL:HR:1999:AA2655, *BNB* 1999/176 met noot Hoogendoorn, *FED* 1999/339 met noot Juch, *V-N* 1999/13.23, *FutD* 1999-0252.

[26.]

Aldus ook de Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, 05 – Vennootschapsbelasting, Artikel 9 [Van de winst aftrekbare uitgaven. Coöperaties], onderdeel 16.5 De afbakening van vreemd en eigen vermogen, Aant. 16.5.14 De perpetuele lening; online geraadpleegd op 6 februari 2019.

[27.]

HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, ECLI:NL:HR:2014:224, *BNB* 2014/79 met noot De Vries, *FED* 2014/37 met noot Marres, *NTFR* 2014/738 met noot Van Lindonk, *V-N* 2014/9.13, *FutD* 2014-0266.

[28.]

HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, ECLI:NL:HR:2014:181, *BNB* 2014/80 met noot De Vries (noot opgenomen in *BNB* 2014/79), *FED* 2014/38 met noot Marres, *NTFR* 2014/739 met noot Van Lindonk (noot opgenomen in *NTFR* 2014/738), *V-N* 2014/9.12, *FutD* 2014-0265.

[29.]

HR 5 januari 2018, nr. 16/01047, ECLI:NL:HR:2018:2, *BNB* 2018/60 met noot Heithuis, *FED* 2018/77 met noot Hafkenscheid, *NTFR* 2018/169 met noot Ligthart, *NLF* 2018/0133 met noot Van Gijlswijk/De Groot, *V-N* 2018/4.5, *FutD* 2018-0106.

[30.]

R. Snoeij en G.K. Fibbe, 'De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ("perpetual")', *WFR* 2010/644. Beide auteurs werk(t)en bij PwC; de laatst genoemde tevens als universitair docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

[31.]

Voetnoot in origineel: "Zie Lukas 6:35 (vertaling ontleend aan de Statenvertaling). Verwijzingen naar het renteverbod zijn reeds terug te vinden in het Oude Testament, zie Exodus 22:25, Deuteronomium 23:19-20 en Leviticus 25:35-37."

[32.]

Voetnoot in origineel: "Hoewel niet ingegeven door religieuze overwegingen, werd het verbod op rente ook in de klassieke oudheid voorgestaan door de Griekse filosofen Plato (427-347 v. Chr.) en Socrates (470-399 v. Chr.), waar het renteverbod werd gebaseerd op ethische en humanitaire opvattingen met betrekking tot armoedebestrijding en het niet profiteren van de noden van een ander. Zie A.J. van Straaten, *Woeker en het verbod op rente*; een verkenning naar inzichten onder drie wereldgodsdiensten gedurende drie millennia, blz. 10 en 28, Amsterdam: Boom 2002."

[33.]

Voetnoot in origineel: "Het verbod op rente heeft voor de kerk van Rome tot 1838 in formele zin bestaan. Zie A.J. van Straaten, a.w., blz. 24."

[34.]

Voetnoot in origineel: "Zie A.C. van Schaick, *Bijzondere overeenkomsten* (Asserserie deel 5-IV), nr. 56, Deventer: Kluwer 2004 (zesde druk)."

[35.]

G.A. Struycken, 'Ranking the debt', *Ondernemingsrecht* 2013/13.

[36.]

Voetnoot in origineel: "*Asser-Van Schaick* 5-IV 2004/58, Deventer: Kluwer 2004, p. 37."

[37.]

Voetnoot in origineel: "HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003/503, *JOR* 2002/234."

[38.]

Voetnoot in origineel: "Philip R. Wood QC, 'Sovereign insolvency: the bankruptcy ladder of priorities and the pari passu clause', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2012, nr. 3, p. 64: "The leading clause which deals with the equality of creditors on bankruptcy in the case of a sovereign bond (and also in the case of bank syndicated credits) is the famous pari passu clause. This clause is astonishingly weak in achieving its objectives and in practice, both in the case of sovereign and corporate documentation is little more than a ceremonial beating of the chest, a rhetorical assertion of equitable treatment and fairness which means practically nothing."

[39.]

A.C. van Schaick, Asser 7-VIII, Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, altijddurende rente, spel en weddenschap 2018, Hoofdstuk 5 De overeenkomst van altijddurende rente, 5.1 Begrip van de overeenkomst van altijddurende rente, 262 Definitie van de overeenkomst van altijddurende rente & 263 De bron van het recht op altijddurende rente, bijgewerkt tot en met 1 januari 2018, online geraadpleegd op 6 februari 2019.

[40.]

PJW: misschien nu toch wel door de belastingkamer.

[41.]

Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/264-266: Verwantschap met geldlening en lijfrente & Eenzijdige, reële overeenkomst; bijgewerkt tot en met 1 januari 2018, online geraadpleegd op 6 februari 2019.

[42.]

Islamic finance lijkt in dit opzicht beter toegesneden op de ontwijking van het shari'a verbod op riba (= rente), met zijn sukuk, die financiering inhoudt ergens tussen winstdelende obligaties en preferente aandelen in (de redeemable preference shares uit HR BNB 2014/79 (zie 5.9 hierboven) zouden het denkbaar als sukuk goed doen), zijn murabaha-contract (gelijkend op financial lease) en zijn musharaka en mudaraba contracten (gelijkend op limited respectievelijk unlimited partnerships). Juist omdat zij de kwalificatie riba willen vermijden door mee te delen in het risico van de investering (een beloning daarvoor is wél shari'a-conform), komen zij echter denkbaar veelal in de hoek van het eigen vermogen terecht.

[43.]

HR 16 mei 1986, nr. 12.456, ECLI:NL:HR:1986:AC9347, NJ 1986/723 met noot Scheltema.

[44.]

Stb. 2018, 505.

[45.]

Zie verweerschrift in cassatie, blz. 6, 3e alinea.

Aanvaarding hoofdelijke aansprakelijkheid voor schuld gelieerde vennootschap. Aandeelhoudershandelen. Reikwijdte Paraplukredietarrest en Onzakelijk...

HR 10-05-2019, ECLI:NL:HR:2019:681, m.nt. W.F.E.M. Egelie

Instantie

Hoge Raad

Datum

10 mei 2019

Magistraten

Mrs. Koopman, Van Loon, Van Kalmthout, Van Hilten, Faase

Zaaknummer

17/04930

Conclusie

A-G Wattel

Noot

W.F.E.M. Egelie

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS70192:1

Vakgebied(en)

Vennootschapsbelasting / Winstbepaling

Inkomstenbelasting / Winst

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2019:681, Uitspraak, Hoge Raad, 10-05-2019

ECLI:NL:PHR:2018:737, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 19-06-2018

Beroepschrift, Hoge Raad, 01-12-2017

Wetgeving

Art. 8 lid 1 Wet VPB 1969; art. 3.8 Wet IB 2001

Essentie

Aanvaarding hoofdelijke aansprakelijkheid voor schuld gelieerde vennootschap. Aandeelhoudershandelen. Reikwijdte Paraplukredietarrest en Onzakelijkeleningarrest

Samenvatting

Belanghebbende hield alle aandelen in een dochtervennootschap. Aan de dochter is in 2003 door de bank een krediet verstrekt. In een aanvullende overeenkomst met de bank heeft belanghebbende hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard voor de betaling van bedragen aan hoofdsommen, rente en kosten die de bank van de dochtervennootschap te vorderen heeft of mocht krijgen uit hoofde van het krediet. Tussen belanghebbende en de dochtervennootschap is geen nadere overeenkomst gesloten over de gevolgen van de aansprakelijkheid. Evenmin heeft belanghebbende van de dochtervennootschap zekerheden bedongen. Op 16 mei 2013 is de dochtermaatschappij failliet verklaard. Belanghebbende heeft in haar aangifte voor dat jaar een voorziening gevormd die onder meer bestaat uit het bedrag van de schuld van de dochtervennootschap aan de bank waarvoor belanghebbende hoofdelijk aansprakelijk is. Het Hof heeft geoordeeld dat het bedrag van de voorziening met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid ten laste van de belastbare winst van belanghebbende komt.

HR: In het Paraplukredietarrest (HR, BNB 2013/109) zijn drie cumulatieve voorwaarden gesteld waaronder uitgaven van een vennootschap die hun oorsprong vinden in de aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden van een gelieerde vennootschap, bij de winstbepaling zonder meer buiten aanmerking blijven. Voor een ruimere toepassing van deze bijzondere rechtsregel uit het Paraplukredietarrest bestaat geen aanleiding. Het Hof heeft bij zijn beoordeling terecht*

als maatstaf gehanteerd dat voor de beantwoording van de vraag of aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden van een gelieerde vennootschap moet worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, beslissend is of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden (vgl. HR, BNB 2015/13).

Uitspraak

ARREST

gewezen op het beroep in cassatie van de Staatssecretaris van Financiën tegen de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 7 september 2017, nr. 16/03447, op het hoger beroep van [X] B.V. te [Z] (hierna: belanghebbende) tegen een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (nr. BRE 15/1769) betreffende de aan belanghebbende voor het jaar 2012 opgelegde aanslag in de vennootschapsbelasting. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

De Staatssecretaris heeft tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 19 juni 2018 geconcludeerd tot het ongegrond verklaren van het beroep in cassatie (ECLI:NL:PHR:2018:737 met bijlage ECLI:NL:PHR:2018:739).

De Staatssecretaris heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

2. Beoordeling van het middel

2.1.

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1.

Belanghebbende hield alle aandelen in [A] B.V. (hierna: de dochtervennootschap). Aan de dochtervennootschap is in het jaar 2003 door de bank een krediet in rekening-courant verstrekt van maximaal € 408.402,19 (hierna: het krediet).

2.1.2.

In een aanvullende overeenkomst van 1 oktober 2003 met de bank heeft belanghebbende hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard voor de betaling van de bedragen die de bank aan hoofdsom(men), renten en kosten van de dochtervennootschap te vorderen heeft en te vorderen mocht krijgen uit hoofde van het krediet (hierna: de aansprakelijkheid). Tussen belanghebbende en de dochtervennootschap is geen (nadere) overeenkomst gesloten waarin de gevolgen van de aansprakelijkheid zijn geregeld. Voorts heeft belanghebbende geen zekerheden van de dochtervennootschap bedongen ter zake van de aansprakelijkheid.

2.1.3.

De dochtervennootschap is op 16 mei 2013 failliet verklaard. Op deze datum bedroeg de schuld van de dochtervennootschap aan de bank, voortvloeiend uit het krediet, € 155.971. Belanghebbende heeft in haar aangifte voor de vennootschapsbelasting voor het jaar 2012 ten laste van de belastbare winst een voorziening gevormd (hierna: de voorziening). De voorziening bestaat onder meer uit het bedrag van de schuld van de dochtervennootschap aan de bank waarvoor belanghebbende hoofdelijk aansprakelijk is. De Inspecteur heeft bij het vaststellen van de aanslag het bedrag van de voorziening niet in aftrek toegelaten.

2.2.

Voor het Hof was in geschil of het bedrag van de voorziening met betrekking tot de hoofdelijke aansprakelijkheid ten laste van de belastbare winst van belanghebbende komt.

2.3.1.

Het Hof heeft die vraag bevestigend beantwoord. Daarbij heeft het vooropgesteld hetgeen is overwogen in het arrest van de Hoge Raad van 17 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2984 (hierna: het arrest van 17 oktober 2014), met betrekking tot de situatie waarin een aanmerkelijkbelanghouder hoofdelijke aansprakelijkheid heeft aanvaard voor een geldverstrekking aan de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft. Naar het oordeel van het Hof is er geen reden om voor de heffing van vennootschapsbelasting anders te oordelen ten aanzien van een vennootschap die hoofdelijke aansprakelijkheid heeft aanvaard voor een geldverstrekking aan een gelieerde vennootschap.

2.3.2.

Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat de Inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat een onafhankelijke derde in oktober 2003 niet bereid zou zijn geweest, tegen een niet van de winst van de dochtervennootschap afhankelijke vergoeding, eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden.

2.4.1.

Het middel bestrijdt de hiervoor in 2.3.1 en 2.3.2 vermelde oordelen. Het voert daartoe onder meer aan dat het Hof is uitgegaan van een onjuiste maatstaf. Het middel betoogt dat de verdeling van risico's in de rechtsverhouding tussen belanghebbende en de dochtervennootschap meebrengt dat een onafhankelijke derde een aansprakelijkheid als die van belanghebbende nooit had aanvaard. Daarom vindt de aanvaarding van de aansprakelijkheid volgens het middel haar oorzaak in de vennootschappelijke betrekkingen tussen belanghebbende en de dochtervennootschap. Gelet hierop behoeft het Hof niet te onderzoeken of een winstonafhankelijke vergoeding mogelijk zou zijn geweest voor de aanvaarde aansprakelijkheid, aldus het middel, net zo min als dat nodig was in het geval dat aan de orde kwam in het arrest van de Hoge Raad van 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520 (hierna: het paraplucredietarrest).

2.4.2.

In het paraplucredietarrest zijn drie cumulatieve voorwaarden gesteld waaronder uitgaven van een vennootschap die hun oorsprong vinden in de aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden van een gelieerde vennootschap, bij de winstbepaling zonder meer buiten aanmerking blijven. Voor een ruimere toepassing van deze bijzondere rechtsregel uit het paraplucredietarrest bestaat geen aanleiding. Voor zover het middel een zodanige ruimere toepassing bepleit, faalt het.

2.4.3.

Het Hof heeft bij de beoordeling van het hiervoor in 2.2 genoemde geschilpunt de algemene maatstaf die tot uitdrukking is gebracht in het arrest van 17 oktober 2014 tot leidraad genomen. Deze maatstaf houdt in dat voor de beantwoording van de vraag of aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden van een gelieerde vennootschap moet worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, beslissend is of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Het Hof heeft deze maatstaf terecht toegepast. Daarom faalt het middel ook in zoverre.

2.4.4.

Ook voor het overige kan het middel niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie, geen nadere motivering, omdat het middel in zoverre niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3. Proceskosten

De Hoge Raad ziet geen aanleiding voor een veroordeling in de proceskosten.

4. Beslissing

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie ongegrond.

Voorgaande uitspraak

HOF 's-Hertogenbosch, Meerv. belastingk., 7 september 2017 (Nr. 16/3447)

Uitspraak

op het hoger beroep enz.;

tegen de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant te Breda (hierna: de Rechtbank) van 10 mei 2016, nummer BRE 15/1769, in het geding enz.;

1. (...)

3. Geschil, alsmede standpunten en conclusies van partijen

3.1.

Het geschil betreft het antwoord op de volgende vragen:

- I. Kan belanghebbende het bedrag van de gevormde voorziening niet ten laste van haar belastbare winst over het jaar 2012 brengen omdat sprake is van een onzakelijke borgstelling?
- II. Indien de eerste vraag bevestigend beantwoord moet worden, heeft de Inspecteur het vertrouwensbeginsel geschonden?

Belanghebbende is van mening dat vraag I ontkennend en vraag II bevestigend moeten worden beantwoord. De Inspecteur is de tegenovergestelde opvatting toegedaan.

3.2.

Partijen doen hun standpunten in hoger beroep steunen op de gronden welke daartoe door hen zijn aangevoerd in de van hen afkomstige stukken, waarvan de inhoud als hier ingevoegd moet worden aangemerkt. Voor hetgeen hieraan ter zitting is toegevoegd, wordt verwezen naar het van deze zitting opgemaakte proces-verbaal.

3.3.

Belanghebbende concludeert tot vernietiging van de uitspraak van de Rechtbank, vernietiging van de uitspraken op bezwaar, vermindering van de aanslag naar een belastbaar bedrag groot negatief € 33.853 en, naar het Hof veronderstelt, vermindering van de in rekening gebrachte heffingsrente tot een te betalen bedrag van nihil. De Inspecteur concludeert tot bevestiging van de uitspraak van de Rechtbank.

4. Gronden

Ten aanzien van het geschil

Vraag I

4.1.

In het arrest van 26 september 2014, 13/02261, ECLI:NL:HR:2014:2781, *BNB* 2015/12, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, ingeval een aanmerkelijkbelanghouder zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een geldverstrekking aan de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft en dat hoofdelijk aansprakelijk stellen slechts kan worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, het eventueel uit die hoofdelijke aansprakelijkheid voortvloeiende verlies niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kan worden gebracht. Hierbij is beslissend of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden (vgl. Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37). Naar het oordeel van het Hof is er geen reden om voor de heffing van vennootschapsbelasting anders te oordelen ten aanzien van vennootschap die zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een geldverstrekking aan een gelieerde vennootschap.

4.2.

Bij de beoordeling van dit geschil dient voorop te worden gesteld dat de Inspecteur de bewijslast draagt van feiten en omstandigheden die leiden tot een bevestigend antwoord op de eerste in geschil zijnde vraag. De Inspecteur heeft in dit verband, verkort weergegeven, gesteld dat:

- a) een aansprakelijkheidstelling in zijn algemeenheid niet voorkomt tussen derden;
- b) er geen looptijd is overeengekomen en er geen voorwaarden zijn verbonden aan de aansprakelijkheidstelling, hetgeen een oneindig risico met zich brengt waardoor er enkel sprake kan zijn van een niet-bepaalbare risico-opslag;
- c) er geen (goederenrechtelijke) zekerheden zijn verstrekt door [A];
- d) er door belanghebbende geen vergoeding is overeengekomen, berekend of ontvangen;
- e) het rendement dat door [A] wordt behaald middels door haar bij de [E-bank] verkregen krediet(en) in rekening-courant, aan belanghebbende als aandeelhouder toekomt middels dividenduitkeringen;
- f) er geen schriftelijke vastlegging is tussen [A] en belanghebbende ter zake van de aansprakelijkheidstelling; en
- g) er geen mondelinge afspraken zijn gemaakt tussen [A] en belanghebbende ter zake van de aansprakelijkheidstelling.

4.3.

Met hetgeen de Inspecteur heeft gesteld (punt 4.2), ook in onderlinge samenhang bezien, maakt hij, mede gelet op de gemotiveerde betwisting daarvan door belanghebbende, niet aannemelijk dat een onafhankelijke derde in oktober 2003 niet bereid zou zijn geweest, tegen een niet van de winst van [A] afhankelijke vergoeding, eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden.

4.4.

De omstandigheid dat tussen belanghebbende en [A] op schrift geen (nadere) overeenkomst is gesloten waarin de

gevolgen van de aansprakelijkstelling zijn geregeld en voorts de omstandigheid dat belanghebbende geen vergoeding heeft bedongen ter zake van de aansprakelijkstelling, maken op zichzelf nog niet dat daardoor de aansprakelijkstelling een onzakelijk karakter had, dat wil zeggen: dat een derde enkel een winstafhankelijke vergoeding zou hebben bedongen. Dat belanghebbende in oktober 2003 geen zekerheden van [A] heeft bedongen noch verkregen ter zake van de aansprakelijkstelling, behoeft evenmin in de weg te staan aan het zakelijke karakter van de aansprakelijkstelling (vgl. Hoge Raad 13 januari 2012, 10/03654, ECLI:NL:HR:2012:BP8068, *BNB* 2012/79).

4.5.

Dat zekerheden ontbreken behoeft evenmin tot de conclusie te leiden dat een (op 1 oktober 2003 te bepalen) vergoeding enkel winstafhankelijk kan zijn. Tussen partijen staat immers vast dat de bedrijfsresultaten van [A] van 2001 tot en met 2008 positief waren en dat [A] tot en met het jaar 2007 jaarlijks winst heeft uitgekeerd aan belanghebbende (punt 2.3). Belanghebbende heeft voorts gesteld, en de Inspecteur heeft dit onvoldoende weersproken, dat per 31 december 2003 de waarde van de voorraden en vorderingen van [A] in totaal € 1.417.405 bedroeg, terwijl het krediet maximaal € 408.402,19 bedroeg. Het vorenstaande duidt, gezien naar de toestand in de desbetreffende jaren, op een solide vermogens- en liquiditeitspositie en winstpotentie van [A]. Het ligt dan op de weg van de Inspecteur om zijn stellingname dat er geen vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, nader te onderbouwen. Die onderbouwing kan plaatsvinden door het overleggen van een nader overzicht van de vermogens- en liquiditeitspositie van [A] in 2003, van de leenovereenkomst tussen [A] en de [E-bank], van prognoses, een bedrijfsplan en/of een liquiditeitsoverzicht van [A], en van een vergelijking van de (voorwaarden van de) aansprakelijkstelling met op het onderhavige verleden betrekking hebbende marktgegevens. Een dergelijke nadere onderbouwing heeft de Inspecteur echter niet gegeven.

4.6.

Het risico dat op enig moment na oktober 2003 een waardeloos regresrecht bij belanghebbende zou kunnen ontstaan, waarop de Inspecteur heeft gewezen, maakt het voorgaande niet anders. Het bestaan van die mogelijkheid laat immers onverlet dat het Hof geen inzicht is verschaft in de wijze waarop een onafhankelijke derde in overigens gelijke omstandigheden met dat risico zou zijn omgegaan. In het bijzonder heeft de Inspecteur niet inzichtelijk gemaakt wat de invloed van dat risico zou zijn geweest op de bereidheid van een zodanige derde om per 1 oktober 2003 tegen een niet-winstafhankelijke vergoeding eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden.

4.7.

Belanghebbende heeft gesteld dat het zich hoofdelijk mede verbinden ten opzichte van de [E-bank] in die tijd, oktober 2003, min of meer usance was. Uit deze stelling kan, zonder nadere onderbouwing, niet, zoals de Inspecteur betoogt, de conclusie worden getrokken dat door belanghebbende rondom 1 oktober 2003 geen (enkele) zakelijke afweging is gemaakt betreffende de risico's verbonden aan de aansprakelijkstelling.

4.8.

Het vorenoverwogene leidt tot de conclusie dat niet is komen vast te staan dat het aangaan van de aansprakelijkstelling in 2003 moet worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig. De aansprakelijkstelling dient derhalve op het moment van aangaan daarvan als zakelijk aangemerkt te worden.

4.9.

De Inspecteur heeft als meer subsidiair standpunt gesteld dat de aansprakelijkstelling, door stilzitten door belanghebbende na 1 oktober 2003, alsnog onzakelijk is geworden. De Inspecteur verwijst hierbij naar het arrest van de Hoge Raad van 1 maart 2013, nr. 12/03088, ECLI:NL:HR:2013:BZ2735, *BNB* 2013/148, en onderbouwt deze stelling door op te merken dat:

- vanaf 2001 door [A] dividenduitkeringen aan belanghebbende als aandeelhouder zijn gedaan, welke hebben gezorgd voor een uitholling van de verhaalsmogelijkheden van belanghebbende als schuldeiser. Een onafhankelijke derde zou in overleg met [A] aanvullende zekerheden of een hogere vergoeding voor de aansprakelijkstelling hebben verlangd;
- een onafhankelijke derde van [A] een vergoeding voor de aansprakelijkstelling zou hebben verlangd en deze vergoeding ook zou hebben geïnd bij [A]. Belanghebbende heeft een dergelijke vergoeding niet verlangd en van invorderingsmaatregelen welke belanghebbende heeft genomen is niet gebleken;
- [A] vanaf het jaar 2009 negatieve resultaten heeft geleden welke tot een verhoogd risico aan de kant van belanghebbende hebben geleid. Een onafhankelijke derde zou als dan in overleg zijn getreden met [A] en (meer) zekerheden en/of een hogere vergoeding hebben verlangd. Belanghebbende is blijven stilzitten en dat heeft zij in haar hoedanigheid van aandeelhoudster van [A] gedaan.

4.10.

Uit het in punt 4.9 genoemde arrest blijkt dat het op de weg van de Inspecteur ligt om feiten (en omstandigheden)

aannemelijk te maken, waaruit volgt op welk moment een zakelijk handelende derde in soortgelijke omstandigheden als belanghebbende (waaronder de kennis die belanghebbende heeft van de debiteur), welke maatregel zou hebben genomen om zijn rechten veilig te stellen, en in hoeverre deze daarin dan zou zijn geslaagd.

4.11.

Dienaangaande is de Inspecteur evenmin geslaagd in zijn bewijslast. Hij heeft niet aannemelijk gemaakt dat een onafhankelijke derde, civielrechtelijk mogelijkheden zou hebben gehad om van [A] aanvullende zekerheden en/of een (hogere) vergoeding te eisen, aangezien de mogelijkheid daartoe in oktober 2003 niet was overeengekomen tussen belanghebbende en [A]. Voorts heeft de Inspecteur niets gesteld noch aannemelijk gemaakt betreffende de kans dat genoemde extra zekerheden en/of een (hogere) vergoeding daadwerkelijk zouden zijn verkregen en betreffende de kans dat een dergelijke vergoeding daadwerkelijk zou hebben kunnen worden geïnd. Gelet op het vorenstaande heeft de Inspecteur met hetgeen hij heeft gesteld niet aannemelijk gemaakt dat de aansprakelijkstelling op enig moment na 1 oktober 2003 alsnog onzakelijk is geworden.

4.12.

Vraag I dient gelet op het vorenstaande ontkennend beantwoord te worden.

Vraag II

4.13.

Nu vraag I ontkennend beantwoord moet worden behoeft vraag II geen beantwoording meer.

Slotsom

4.14.

De slotsom is dat het hoger beroep gegrond is en dat de uitspraak van de Rechtbank dient te worden vernietigd.

Ten aanzien van het griffierecht

4.15.

Nu de uitspraak van de Rechtbank en de uitspraken op bezwaar worden vernietigd, dient de Inspecteur aan belanghebbende het door haar ter zake van de behandeling van het beroep bij de Rechtbank en het hoger beroep bij het Hof betaalde griffierecht ten bedrage van € 331 respectievelijk € 503 te vergoeden.

Ten aanzien van de proceskosten

4.16.

Nu het door belanghebbende ingestelde hoger beroep gegrond is, acht het Hof termen aanwezig de Inspecteur te veroordelen tot betaling van een tegemoetkoming in de kosten die belanghebbende in verband met de behandeling van het beroep bij de Rechtbank en het hoger beroep bij het Hof redelijkerwijs heeft moeten maken.

4.17.

Het Hof stelt deze tegemoetkoming, mede gelet op het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht, op 2 (punten) x € 495 (waarde per punt) x 1 (factor gewicht van de zaak), is € 990, voor de behandeling bij de Rechtbank, en op 2,5 (punten) x € 495 (waarde per punt) x 1 (factor gewicht van de zaak) is € 1.237,50, voor de behandeling bij het Hof. De totale proceskostenvergoeding bedraagt derhalve (€ 990 + € 1.237,50 =) € 2.227,50.

4.18.

Gesteld noch gebleken is dat belanghebbende overige voor vergoeding in aanmerking komende kosten als bedoeld in artikel 1 van het Besluit proceskosten bestuursrecht heeft gemaakt.

5. Beslissing

Het Hof:

- vernietigt de uitspraak van de Rechtbank;
- vermindert de aanslag naar een te betalen bedrag van nihil;
- stelt het verlies over het jaar 2012 vast op een bedrag van € 33.853;
- vermindert de in rekening gebrachte belastingrente naar een te betalen bedrag van nihil;
- gelast dat de Inspecteur aan belanghebbende het door deze ter zake van de behandeling van het beroep bij de Rechtbank en het hoger beroep bij het Hof betaalde griffierecht ten bedrage van, in totaal, € 834 vergoedt, en veroordeelt de Inspecteur in de kosten van het geding bij de Rechtbank en bij het Hof aan de zijde van

Voorgaande uitspraak

Uit het beroepsschrift in cassatie van de staatssecretaris:

Als middel van cassatie draag ik voor:

Schending van het recht, met name van artikel 8 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 en/of artikel 8:77 van de Algemene wet bestuursrecht, doordat het Hof heeft geoordeeld dat de onzakelijkheid van de aansprakelijkheidstelling van belanghebbende voor de financiering van haar dochtermaatschappij niet is komen vast te staan, nu de inspecteur onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een derde een dergelijke aansprakelijkheidstelling alleen tegen een winstafhankelijke vergoeding zou zijn aangegaan, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen omdat:

- a. Het Hof in feite de primaire stelling van de inspecteur, gebaseerd op het paraplukrediet-arrest, niet dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft behandeld;
- b. Het onder de vastgestelde feiten en omstandigheden onjuist dan wel onbegrijpelijk is dat het Hof oordeelt dat geen sprake is van een aansprakelijkheidstelling die uitsluitend in de hoedanigheid van aandeelhouder is aangegaan;
- c. De uitspraak innerlijk tegenstrijdig is op het punt van de bij gewijzigde omstandigheden niet verlangde aanvullende zekerheden e.d.

Voor de vaststelling van de feiten verwijs ik naar de gedingstukken en de uitspraak van het Hof. Uit deze vastgestelde feiten en omstandigheden komt kort samengevat het volgende met betrekking tot de in 2003 aanvaarde aansprakelijkheid naar voren:

- Er zijn met de dochtervennootschap ([A] B.V.) geen schriftelijke afspraken gemaakt over de aansprakelijkheid voor het krediet van deze dochtervennootschap;
- Er zijn met de dochtervennootschap daarover ook geen mondelinge afspraken gemaakt;
- Er zijn geen (goederenrechtelijke) zekerheden gevraagd en verstrekt van/door de dochtervennootschap. Evenmin is afgesproken dat dit tussentijds alsnog zou kunnen worden gedaan;
- De voorraden en debiteuren zijn als zekerheid door de dochtervennootschap verstrekt aan de bank, waardoor de kans op verhaal bij het ontstaan van een regresvordering substantieel verminderd wordt;
- De aangegane aansprakelijkheid kent geen beperking in de looptijd;
- De hoogte van het krediet in rekening-courant ad € 408.402,19 waarvoor de aansprakelijkheid is aanvaard, kan verder oplopen door kosten en onbetaalde rente;
- Er zijn geen afspraken zijn gemaakt over het maximale bedrag waarvoor belanghebbende aansprakelijk kan worden gesteld;
- Er is geen vergoeding overeengekomen, berekend of ontvangen voor de aansprakelijkheidstelling;
- Het vermogen is door de dochtervennootschap in de positieve jaren stelselmatig uitgehold door dividenduitkeringen aan belanghebbende (in 2007 is bij een winst van € 217.257 zelfs € 450.000 dividend uitgekeerd);
- Belanghebbende kon zelf geen gebruik maken van de verleende kredietfaciliteit.

Uit bovenstaande volgt dat door belanghebbende materieel een carte blanche garantie aan de dochteronderneming is verstrekt door middel van een hoofdelijke aansprakelijkheidstelling jegens de bank, die een krediet heeft verstrekt aan de dochteronderneming van belanghebbende. Er zijn immers tussen belanghebbende en de dochteronderneming mondeling noch schriftelijk afspraken gemaakt over de voorwaarden waaronder belanghebbende garant staat.

Dit betekent dat de dochteronderneming dus in principe kan doen en laten wat ze wil (een Ferrari kopen, dividend uitkeren, etc.), omdat het risico van het niet kunnen terugbetalen van het bankkrediet door belanghebbende wordt afgedekt. Belanghebbende draagt daarmee feitelijk het risico van het entrepreneurschap van de dochteronderneming, in die zin dat als het mis zou gaan met de dochteronderneming de rekening daarvan door belanghebbende zal moeten worden voldaan. Daarbij geldt dat belanghebbende niet gerechtigd is tot de eventuele baten van het entrepreneurschap van de dochteronderneming, want in het geval van een voorspoedige gang van zaken, waarbij de aansprakelijkheid niet wordt ingeroepen, krijgt belanghebbende geen (extra) vergoeding in haar hoedanigheid als garantsteller. Het positieve resultaat heeft belanghebbende juist in haar rol van aandeelhouder genoten, door in de periode tot en met 2007 dividenden aan zich zelf uit te keren.

Het Hof komt in r.o. 4.3 tot de conclusie dat de Inspecteur, zelfs in onderlinge samenhang van de afzonderlijke elementen, niet aannemelijk heeft kunnen maken dat een onafhankelijke derde niet bereid zou zijn geweest, tegen een niet van de winst van schuldenaar afhankelijke vergoeding, eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder dezelfde voorwaarden

en omstandigheden.

Het Hof lijkt derhalve te denken dat een winstonafhankelijke vergoeding voor de aansprakelijkstelling mogelijk is. Mijns inziens is dat een onjuiste veronderstelling. De onevenwichtige risico-allocatie maakt dat onmogelijk. Belanghebbende heeft namelijk het gehele neerwaartse risico van het entrepreneurschap van de dochteronderneming, en zou bij een winstonafhankelijke vergoeding slechts een beperkt deel van de positieve resultaten ontvangen. Een onafhankelijke derde zal een dergelijke situatie nooit aanvaarden. In zoverre is de situatie in deze zaak vergelijkbaar met de situatie uit het paraplukrediet-arrest (HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, ECLI:NL:HR:2013:BW6520).

Deze benadering vormt de primaire stelling van de inspecteur. Het Hof gaat op deze primaire stelling niet in. Reeds hierom zou de uitspraak gecasseerd dienen te worden. Ook Ligthart merkt in zijn noot onder deze uitspraak in *NL Fiscaal*, nr. 2017/2245 op dat het Hof deze stelling niet heeft behandeld:

'Het is dan ook jammer dat het Hof niet expliciet ingaat op de stelling van de Inspecteur dat een aansprakelijkstelling in zijn algemeenheid niet voorkomt tussen derden, en aldus dient te worden beschouwd als een handelen dat uitsluitend in de hoedanigheid van aandeelhouder plaatsvindt.'

Overigens wordt in casu door belanghebbende zelf ook bevestigd dat tussen derden een dergelijke aansprakelijkstelling niet zou voorkomen. In de uitspraak van rechtbank wordt daarover namelijk opgemerkt:

'2.7.

(...) Overigens heeft belanghebbende zelf in een bijlage bij haar brief van 21 augustus 2014 aan de inspecteur verklaard dat een onafhankelijke derde zich in dergelijke gevallen niet borg zou stellen, ook niet als er een borgstellingsvergoeding tegenover zou staan.'

In het door Ligthart aangehaalde arrest HR 12 december 2003, nr. 38 124, ECLI:NL:HR:2003:AH8973 overwoog de Hoge Raad:

'3.2.

Bij de behandeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Indien een moedermaatschappij het recht haar dochtermaatschappij in vrijwaring te roepen ter zake van een aan een derde verstrekte lening prijsgeeft, en dat prijsgeven niet slechts kan worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, dient het eventueel uit het vervallen van de mogelijkheid tot regres voortvloeiende verlies in fiscale zin te worden bepaald op het bedrag waarop de rechten uit hoofde van de garantstelling door de dochtermaatschappij ten tijde van het prijsgeven daarvan moet worden gewaardeerd. Als ter zake van het prijsgeven geen of een te lage prestatie is bedongen van de dochtermaatschappij, en zulks berust op onzakelijke overwegingen, moet de winst van de moedermaatschappij dienovereenkomstig worden gecorrigeerd. Indien echter het prijsgeven zelf van dat recht slechts kan worden aangemerkt als een handelen van de aandeelhouder als zodanig, is sprake van een handelen in de kapitaalsfeer, hetgeen meebrengt dat het prijsgeven en de gevolgen daarvan geen invloed hebben op de fiscale winst.'

Duidelijker komt dit nog naar voren in de hiervoor door mij genoemde paraplukrediet-arrest, HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, ECLI:NL:HR:2013:BW6520:

'3.4.

Bij de beoordeling van de middelen stelt de Hoge Raad het volgende voorop. Een geval als het onderhavige kenmerkt zich daardoor dat (i) het gaat om een vennootschap die deelneemt aan een kredietarrangement waarin tevens wordt deelgenomen door andere vennootschappen van het concern waartoe die vennootschap behoort en (ii) waarbij die vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle vorderingen die de bij het arrangement betrokken schuldeiser of schuldeisers uit hoofde van dat arrangement heeft of hebben op die andere vennootschappen, en voorts (iii) een regresvordering die uit die aansprakelijkheid ontstaat niet zal worden opgeëist zolang de gehele uit het arrangement voortvloeiende schuld niet is voldaan. In een zodanig geval geldt bij de heffing van vennootschapsbelasting van die vennootschap dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. Immers, in een zodanig geval vindt ten behoeve van de kredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk een consolidatie plaats en stellen de desbetreffende vennootschappen de financiering van de door hen in stand gehouden ondernemingen met vreemd vermogen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen.'

Ook in de onderhavige zaak vindt de aanvaarding van de onbeperkte en niet zekergestelde aansprakelijkheid zijn oorzaak in de vennootschappelijke betrekkingen tussen belanghebbende en haar dochtervennootschap. Belanghebbende stelt de financiering van haar dochtervennootschap en het door haar daarbij aanvaarde risico in functie van het groepsbelang, waarbij zij een aansprakelijkheid aanvaard die groter is dan bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen.

Belanghebbende trekt namelijk geen vreemd vermogen aan en aanvaard toch een risico van € 408.402,19 vermeerderd met rente en kosten.

Gelet hierop hoeft niet onderzocht te worden of een winstonafhankelijke vergoeding mogelijk zou zijn geweest voor de aanvaarde aansprakelijkheid.

Mocht dat wel onderzocht moeten worden, in afwijking van de lijn uit de hierboven geciteerde arresten dan ben ik van mening dat het al zeer de vraag is of in casu een winstafhankelijke vergoeding kan worden gevonden, laat staan een winstonafhankelijke vergoeding.

Als gevolg van het ontbreken van voorwaarden en het ontbreken van een einde aan de termijn waarin belanghebbende aansprakelijk kan worden gesteld is zij 'aan de goden overgeleverd' en zal de voor belanghebbende enige aanvaardbare vergoeding het maximale risico zijn dat ze loopt. Een dergelijke vergoeding zal echter voor de dochteronderneming niet aanvaardbaar zijn. Met als resultaat dat een dergelijke transactie niet tot stand kan komen. Hieruit volgt dat het Hof ten onrechte is uitgegaan van de mogelijkheid dat een winstonafhankelijke vergoeding kan worden bepaald. Belanghebbende heeft zich bij aanvang hoofdelijk aansprakelijk gesteld zonder dat zij voor zich de mogelijkheid heeft geschapen gedurende de onbeperkte looptijd van de aansprakelijkheidstelling in te kunnen grijpen. Voorts is er geen maximum bedrag aan aansprakelijkheidstelling overeengekomen én zijn geen zekerheden meer aanwezig op het moment dat de aansprakelijkheid actueel wordt. In ben van mening dat er geen enkele onafhankelijke en zakelijk handelende derde te vinden is die dit risico wil lopen.

Het Hof geeft in r.o. 4.5 aan dat onderbouwing mogelijk zou kunnen zijn op basis van een vergelijking van de (voorwaarden van de) aansprakelijkheidstelling met op het verleden betrekking hebbende marktgegevens. Dit is voor mij onbegrijpelijk, omdat voor een aansprakelijkheidstelling onder deze voorwaarden geen markt bestaat.

In dit kader zou ik nogmaals willen wijzen op de noot van Ligthart in NL Fiscaal. Hij wijst erop dat het doortrekken van de onzakelijke leningsjurisprudentie naar borgstelling en hoofdelijk aansprakelijkheid onjuist lijkt en de praktijk opzadelt met onmogelijke bewijsopdrachten:

'Bij de door de Hoge Raad ingeslagen weg met betrekking tot het leerstuk van de onzakelijke lening en de onzakelijke borg- of garantstelling (daaronder mede verstaan de hoofdelijkheidsverklaring) kunnen diverse vraagtekens worden gezet. Mijn grootste bezwaar ziet op de wijze waarop de Hoge Raad de leer van de onzakelijke lening heeft doorgetrokken naar de onzakelijke borg- of garantstelling. Het totaalwinstprincipe – zo volgt ook uit eerdere jurisprudentie – noopt ertoe dat een handelen dat 'uitsluitend' of 'slechts' in de hoedanigheid van aandeelhouder plaatsvindt, met al zijn gevolgen in de kapitaalsfeer wordt geplaatst. Wanneer een rechtshandeling niet uitsluitend in de hoedanigheid van aandeelhouder is aangegaan, maar de voorwaarden en condities waaronder deze is aangegaan onzakelijke 'trekjes' vertonen, dient in zoverre een zakelijkheidscorrectie plaats te vinden. De Hoge Raad acht voor de aanwezigheid van 'het handelen van een aandeelhouder als zodanig' de bepaalbaarheid van een winstonafhankelijke vergoeding beslissend. Daarmee wordt – naar ik meen ten onrechte – een inbreuk gemaakt op vorenbedoelde jurisprudentie. Relevant is de zakelijkheid van de verplichting welke voortvloeit uit (en bepalend is voor het karakter van) de aangegane borg- of garantstelling. Dit betreft primair een beoordeling van de onderliggende rechtshandeling en niet zozeer van de mogelijke vergoeding. Door de zakelijkheid van de rechtshandeling te laten afhangen van een – zeker bij borg- of garantstellingen – onpraktisch en uiterst discussiegevoelig criterium, ziet men in de lagere rechtspraak ook verschillende uitkomsten in min of meer vergelijkbare situaties.'

Het lijkt mij dan ook gewenst dat de Hoge Raad op dit punt de praktijk zou helpen door aan te geven in welke gevallen volstaan kan worden met een paraplukrediet-arrestoets en in welke gevallen onderzocht moet worden in hoeverre er een winstonafhankelijke vergoeding denkbaar is.

Ik wijs er daarbij op dat in de conclusie van A-G Wattel bij het paraplukrediet-arrest door de A-G nog werd uitgegaan van een noodzakelijk onderzoek naar een mogelijke winstonafhankelijke vergoeding. De Hoge Raad volgde die opvatting echter toen niet.

Uit de uitspraken van andere hoven blijkt ook dat de reikwijdte van de benadering die volgt uit het paraplukrediet-arrest onduidelijk is. Ik wijs u in dit kader op een tweetal uitspraken van Hof 's-Hertogenbosch van 26 oktober 2017, nr. 15/00467 en 15/00468, ECLI:NL:GHSHE:2017:4668 en 4669. Ook in die zaken ben ik van mening dat de aanvaarding van de aansprakelijkheid in het kader van de saldooverrekeningsafpraak uitsluitend aan de vennootschappelijke betrekkingen kan worden toegeschreven, terwijl het Hof toch het beroep op het paraplukrediet-arrest verwerpt. Ook in die zaken ben ik voornemens om beroep in cassatie in te stellen. Het cluster van deze drie zaken kan dan gebruikt worden om meer duidelijkheid te creëren over de reikwijdte van het paraplukrediet-arrest en de vraag in welke gevallen onderzocht moet worden in hoeverre er een winstonafhankelijke vergoeding mogelijk is en op welke wijze dit al dan niet bewezen kan worden.

Ten slotte wil ik nog wijzen op een in mijn ogen aanwezige tegenstrijdigheid in de uitspraak van het Hof. In r.o. 4.11 overweegt het Hof dat de inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat er een civielrechtelijke mogelijkheid bestaat om in

te grijpen gedurende de looptijd van de aansprakelijkheidstelling. Hieruit volgt dat het Hof bij de tussentijdse beoordeling van mening lijkt te zijn dat zakelijk handelende partijen wel een mogelijkheid tot ingrijpen zouden zijn overeengekomen, waarmee de aansprakelijkheidstelling bij aanvang tot onzakelijk wordt gekwalificeerd. Die conclusie trekt het Hof (ten onrechte) echter niet, waardoor de uitspraak qua toetsing bij aanvang en toetsing gedurende de looptijd innerlijk tegenstrijdig is.

Op grond van het vorenstaande ben ik van oordeel dat de uitspraak van het Hof niet in stand zal kunnen blijven.

Conclusie

Conclusie Advocaat-Generaal mr. Wattel:

1. Overzicht

1.1

Bij deze conclusie hoort een bijlage die ook hoort bij de zaken met de nummers 17/05713 en 17/05714 waarin ik heden eveneens concludeer.^[1] In die bijlage behandel ik de voor alle drie de zaken relevante vraag naar de reikwijdte van uw Paraplukredietarrest,^[1] met name de vraag hoe dat arrest zich verhoudt tot uw onzakelijke-leningen-/onzakelijke-garantierechtspraak. De Staatssecretaris bepleit een ruime toepassing van het paraplukredietarrest onder meer omdat hij het (on)zakelijkheids criterium van de onzakelijke-leningrechtspraak (was het uitgesloten dat een derde eenzelfde lening c.q. borgtocht verstrekke zou hebben tegen een vaste (niet-winstafhankelijke) vergoeding onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden?) onpraktisch acht.

1.2

De belanghebbende was van 2000 t/m 2006 moedermaatschappij van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met haar dochtervennootschap [A] BV ([A]). De Rabobank heeft [A] in 2003 een krediet in rekening-courant ter beschikking gesteld ad maximaal € 408.402,19. Bij overeenkomst van 1 oktober 2003 heeft de belanghebbende zich jegens die bank hoofdelijk aansprakelijk verklaard voor betaling van de bedragen die de bank uit hoofde van het krediet aan hoofdsom(men), renten en kosten van [A] had te vorderen en te vorderen mocht krijgen. Op 28 februari 2013 en 11 maart 2013 heeft zij bedragen aan [A] uitgeleend ad € 45.000 resp. € 20.000 om [A]'s bij de bank openstaande schuld te verlagen en daarmee aansprakelijkheid te voorkomen. Er is geen (nadere) overeenkomst tussen [A] en de belanghebbende die de gevolgen van aansprakelijkheid regelt. De belanghebbende heeft geen zekerheden van [A] bedongen. In de jaren 2001 t/m 2008 waren [A]'s bedrijfsresultaten positief en tot 2008 keerde zij jaarlijks winst uit aan de belanghebbende. Op 16 mei 2013 is [A] failliet verklaard.

1.3

In geschil is of de belanghebbende in 2012 een voorziening ad € 220.971 mocht treffen, opgebouwd uit het bedrag van [A]'s schuld aan de bank op datum faillissement (€ 155.971) en de bedragen ad € 45.000 en € 20.000 die zij in 2013 aan [A] heeft uitgeleend om aansprakelijkheid te voorkomen. In cassatie is met name in geschil of uw Paraplukredietarrest HR BNB 2015/109 van toepassing is. Is dat het geval, dan hoeft niet te worden onderzocht of een niet-winstafhankelijke vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, omdat alsdan de aansprakelijkheidsaanvaarding geacht moet worden in de kapitaal-/deelnemings sfeer te liggen.

1.4

De Rechtbank achtte niet aannemelijk dat een dergelijke niet-winstafhankelijke vergoeding bestaat en heeft belanghebbendes beroep ongegrond verklaard. Zij heeft niet, althans niet met zoveel woorden, beoordeeld of belanghebbendes geval (voldoende) vergelijkbaar is met dat van het Paraplukredietarrest.

1.5

Het Hof zag op het hogere beroep van de belanghebbende geen reden om een andere toets aan te leggen dan die van HR BNB 2015/13 voor de onzakelijke garantstelling door een aanmerkelijk-belanghouder jegens de BV waarin hij dat belang houdt (zie onderdeel 2.16 van de bijlage bij deze conclusie). Beoordeeld moest dus worden of een niet van [A]'s winst afhankelijke vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Naar 's Hof's oordeel heeft de Inspecteur niet aannemelijk gemaakt dat een onafhankelijke derde in oktober 2003 niet bereid zou zijn geweest om tegen een niet-winstafhankelijke vergoeding eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden. De subsidiaire stelling van de Inspecteur – dat de garantstelling door stilzitten na 1 oktober 2003 onzakelijk is geworden – achtte het Hof evenmin aannemelijk gemaakt.

1.6

Volgens het eerste middelonderdeel van de Staatssecretaris heeft het Hof het beroep op uw Paraplukredietarrest (op de stelling dat de aansprakelijkheidsaanvaarding slechts verklaard wordt door aandeelhoudersmotieven) niet of onvoldoende gemotiveerd behandeld. Ik meen dat het Hof dat impliciet wel gedaan heeft door te oordelen dat de feiten anders zijn dan in het Paraplukredietarrest: er is geen sprake van een groepskrediet of van feitelijke consolidatie ten behoeve van de kredietverlening van alle leningen en van alle aansprakelijkheden daarvoor in functie van het groepsbelang, noch van een individuele aansprakelijkheid van elke groepsvennootschap die (daardoor) niet in verhouding staat tot die bij individuele ondernemingsfinanciering met vreemd vermogen. Ik meen daarom dat 's Hofs oordeel op dit punt weliswaar dogmatisch een stap overslaat, maar niet onjuist uitpakt. Het Hof heeft terecht de bewijslast van onzakelijkheid bij de Inspecteur gelegd, die daarin niet is geslaagd. Op basis van het *arm's length* criterium (is het uitgesloten dat een derde onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden eenzelfde aansprakelijkheid zou hebben aanvaard tegen een winstonafhankelijke vergoeding?) heeft het Hof geoordeeld dat de Inspecteur niet is geslaagd in het bewijs dat daaraan is voldaan. Het heeft feitelijk geoordeeld dat die derde wél te vinden zou zijn en gezien de vastgestelde feiten ten tijde van het aangaan van de aansprakelijkheid, lijkt mij dat geen onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd oordeel. Dit oordeel impliceert mijns inziens dat evenmin aan het Paraplukredietarrestcriteria is voldaan.

1.7

Het tweede onderdeel houdt in dat het "onder de vastgestelde feiten en omstandigheden onjuist dan wel onbegrijpelijk is dat het Hof oordeelt dat geen sprake is van een aansprakelijkstelling die uitsluitend in de hoedanigheid van aandeelhouder is aangegaan" omdat de belanghebbende een *carte blanche* heeft verstrekt, nu mondeling noch schriftelijk afspraken zijn gemaakt over de voorwaarden waaronder zij garant stond. [A]'s krediet en daarmee belanghebbendes garantie is echter gemaximeerd op € 408.402,19 en ook overigens bestrijdt dit onderdeel in wezen 's Hofs niet-onbegrijpelijke feitenvaststelling c.q. houdt het een andere waardering van de vastgestelde feiten in dan die van het Hof. Dat een aangesproken medeschuldenaar regres heeft op de hoofdschuldenaar en bij niet-betaling na peremptoirstelling recht heeft op wettelijke rente, spreekt vanzelf en hoeft niet overeengekomen te worden.

1.8

Het derde middelonderdeel betreft de stelling dat de garantie alsnog onzakelijk is geworden doordat de belanghebbende, toen zij lont had moeten ruiken, geen maatregelen heeft genomen om haar aansprakelijkheid te beperken. Het Hof heeft daarop geoordeeld dat de Inspecteur

"niet aannemelijk [heeft] gemaakt dat een onafhankelijke derde, civielrechtelijk mogelijkheden zou hebben gehad om van [A] aanvullende zekerheden en/of een (hogere) vergoeding te eisen, aangezien de mogelijkheid daartoe in oktober 2003 niet was overeengekomen tussen belanghebbende en [A]".

De Staatssecretaris stelt dat het Hof lijkt te menen dat zakelijk handelende partijen wel een mogelijkheid tot ingrijpen zouden zijn overeengekomen. Door die conclusie niet aan zijn oordeel te verbinden, is de uitspraak tegenstrijdig, aldus de Staatssecretaris. Ik meen dat het Hof bedoelde dat ook een zakelijk handelende derde in 2003 bij het stellen van de garantie heel wel niet op het idee had kunnen komen om een ontsnapingsmogelijkheid in te bouwen c.q. dat het overeenkomen van een aansprakelijkheidsvluchtmogelijkheid de zin van een garantie zou wegnemen. Het middelonderdeel berust mijns inziens op verkeerde lezing van de Hofuitspraak.

1.9

Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de Staatssecretaris ongegrond te verklaren.

2. De feiten en het geding in feitelijke instanties

De feiten

2.1

De belanghebbende was van 2000 t/m 2006 moedermaatschappij van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met haar dochter [A] B.V. (A)]. De Rabobank heeft in 2003 aan [A] een rekening-courantkrediet tot € 408.402,19 verstrekt. Bij overeenkomst van 1 oktober 2003 heeft de belanghebbende jegens de bank hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard voor betaling van de hoofdsom(men), renten en kosten die de bank uit hoofde van dat krediet van [A] had te vorderen en te vorderen mocht krijgen.

2.2

Op 28 februari 2013 en 11 maart 2013 heeft de belanghebbende respectievelijk € 45.000 en € 20.000 aan [A] uitgeleend om [A]'s openstaande schuld bij de bank te verlagen en om aldus aansprakelijkstelling te voorkomen. Er is geen (nadere) overeenkomst gesloten waarin de gevolgen van eventuele aansprakelijkstelling zijn geregeld. De belanghebbende heeft

geen zekerheden van [A] bedongen. Kennelijk is niet in geschil dat – indien deze leningen niet buiten de winstfeer liggen – aan de Baksteenarrest-criteria^[2] voor het treffen van een voorziening in 2012 is voldaan.

1.1

In de jaren 2001 tot en met 2008 waren de bedrijfsresultaten [A] positief en tot 2008 keerde zij jaarlijks winst uit aan de belanghebbende. Op 16 mei 2013 is [A] failliet verklaard.

1.2

In haar aangifte 2012 heeft de belanghebbende een voorziening ad € 220.971 opgevoerd, bestaande uit [A]'s schuld aan de bank op de datum van dier faillissement (€ 155.971) en haar vorderingen op [A] ad € 45.000 en € 20.000.

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant^[3]

1.3

De Rechtbank achtte niet aannemelijk dat een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde hoofdelijke aansprakelijkheid als die van de belanghebbende te aanvaarden, ook niet tegen een niet van [A]'s winst afhankelijke vergoeding:

"2.6.

De rechtbank is van oordeel dat, gelet op de in 2.4 en 2.5 vermelde arresten, voor het bepalen of het aanvaarden van de hoofdelijke aansprakelijkheid door belanghebbende moet worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, beslissend is of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden.

2.7.

De rechtbank is van oordeel dat de inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat niet een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat de aansprakelijkheid zonder nadere voorwaarden voor onbepaalde tijd is aanvaard en dat [A] aan belanghebbende geen zekerheden heeft verstrekt. De rechtbank acht aannemelijk dat het gegeven dat [A] geen zekerheden heeft kunnen verstrekken omdat [A] reeds alle mogelijke zekerheden aan de bank had verstrekt, voor een onafhankelijke derde te meer een reden zou zijn om de aansprakelijkheid in deze vorm niet te aanvaarden, ook niet tegen vergoeding. De omstandigheid dat [A] lange tijd winstgevend was en winstuitkeringen deed (zie 2.1), leidt niet tot een ander oordeel. Een onafhankelijke derde zou juist eerder waarborgen hebben geëist, zeker bij gebrek aan zekerheden, dat [A] niet dergelijke winstuitkeringen – die relatief groot waren – zou doen. Dat belanghebbende – zoals ter zitting door haar gesteld – als tegenprestatie voor de aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid een hogere vergoeding op haar depositorekening bij de bank kreeg, kan niet aan het voorgaande afdoen: de vergoeding van rente door de bank aan belanghebbende is niet te beschouwen als een vergoeding van [A] aan belanghebbende voor de aansprakelijkheid en zegt overigens niets over de vraag of een onafhankelijke derde de aansprakelijkheid zou aanvaarden. Overigens heeft belanghebbende zelf in een bijlage bij haar brief van 21 augustus 2014 aan de inspecteur verklaard dat een onafhankelijke derde zich in dergelijke gevallen niet borg zou stellen, ook niet als er een borgstellingsvergoeding tegenover zou staan. Ter zitting heeft belanghebbende nog aangevoerd dat het 'usance' was om aansprakelijkheid te aanvaarden omdat de bank anders geen lening aan [A] verstrekke. Ook dit duidt eerder op handelen uit aandeelhoudersmotieven dan op het tegendeel."

1.4

Dit hield volgens de Rechtbank echter niet in dat de aanvaarding van de aansprakelijkheid door de belanghebbende niet zakelijk was:

"2.8.

De rechtbank merkt overigens op dat het vorenoverwogene niet inhoudt dat de aanvaarding van de aansprakelijkheid door belanghebbende niet zakelijk was. Dat is ter beoordeling aan de ondernemer en daarin treedt de rechtbank niet. Wel ter beoordeling ligt – in het kader van het geschil over de aftrekbaarheid van het verlies – in welke hoedanigheid de aanvaarding van de aansprakelijkheid is geschied (als aandeelhouder of niet). Voor die beoordeling is maatgevend of een derde (niet zijnde een aandeelhouder) onder dezelfde voorwaarden de aansprakelijkheid had aanvaard (tegen een niet-winstafhankelijke vergoeding). Naar het oordeel van de rechtbank is dat niet het geval.

2.9.

Nu, gelet op het in 2.6 en 2.7 overwogene, belanghebbende de hoofdelijke aansprakelijkheid heeft aanvaard als

aandeelhouder, kan het uit die hoofdelijke aansprakelijkheid voortvloeiende verlies niet ten laste van de winst worden gebracht."

Het Hof 's-Hertogenbosch^[4]

1.5

Het Hof legde de volgende beoordelingsmaatstaf aan:

"4.1.

In het arrest van 26 september 2014, 13/02261, ECLI:NL:HR:2014:2781, *BNB* 2015/12, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, ingeval een aanmerkelijkbelanghouder zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een geldverstrekking aan de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft en dat hoofdelijk aansprakelijk stellen slechts kan worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, het eventueel uit die hoofdelijke aansprakelijkheid voortvloeiende verlies niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kan worden gebracht. Hierbij is beslissend of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden (vgl. Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37). Naar het oordeel van het Hof is er geen reden om voor de heffing van vennootschapsbelasting anders te oordelen ten aanzien van vennootschap die zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een geldverstrekking aan een gelieerde vennootschap."

1.6

De Inspecteur heeft voor het Hof gesteld dat:

- a) een aansprakelijkheidsstelling in zijn algemeenheid niet voorkomt tussen derden;
- b) er geen looptijd is overeengekomen en er geen voorwaarden zijn verbonden aan de aansprakelijkstelling, hetgeen een oneindig risico met zich brengt waardoor er enkel sprake kan zijn van een niet-bepaalbare risico-opslag;
- c) er geen (goederenrechtelijke) zekerheden zijn verstrekt door [A];
- d) er door belanghebbende geen vergoeding is overeengekomen, berekend of ontvangen;
- e) het rendement dat door [A] wordt behaald middels door haar bij de Rabobank verkregen krediet(en) in rekening-courant, aan belanghebbende als aandeelhouder toekomt middels dividenduitkeringen;
- f) er geen schriftelijke vastlegging is tussen [A] en belanghebbende ter zake van de aansprakelijkstelling; en
- g) er geen mondelinge afspraken zijn gemaakt tussen [A] en belanghebbende ter zake van de aansprakelijkstelling."

1.7

Anders dan de Rechtbank oordeelde het Hof dat de Inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat een onafhankelijke derde in oktober 2003 niet bereid zou zijn geweest, tegen een niet van [A]'s winst afhankelijke vergoeding, eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden:

"4.4.

De omstandigheid dat tussen belanghebbende en [A] op schrift geen (nadere) overeenkomst is gesloten waarin de gevolgen van de aansprakelijkstelling zijn geregeld en voorts de omstandigheid dat belanghebbende geen vergoeding heeft bedongen ter zake van de aansprakelijkstelling, maken op zichzelf nog niet dat daardoor de aansprakelijkstelling een onzakelijk karakter had, dat wil zeggen: dat een derde enkel een winstafhankelijke vergoeding zou hebben bedongen. Dat belanghebbende in oktober 2003 geen zekerheden van [A] heeft bedongen noch verkregen ter zake van de aansprakelijkstelling, behoeft evenmin in de weg te staan aan het zakelijke karakter van de aansprakelijkstelling (vgl. Hoge Raad 13 januari 2012, 10/03654, ECLI:NL:HR:2012:BP8068, *BNB* 2012/79).

4.5.

Dat zekerheden ontbreken behoeft evenmin tot de conclusie te leiden dat een (op 1 oktober 2003 te bepalen) vergoeding enkel winstafhankelijk kan zijn. Tussen partijen staat immers vast dat de bedrijfsresultaten van [A] van 2001 tot en met 2008 positief waren en dat [A] tot en met het jaar 2007 jaarlijks winst heeft uitgekeerd aan belanghebbende (punt 2.3). Belanghebbende heeft voorts gesteld, en de Inspecteur heeft dit onvoldoende weersproken, dat per 31 december 2003 de waarde van de voorraden en vorderingen van [A] in totaal € 1.417.405 bedroeg, terwijl het krediet maximaal € 408.402,19 bedroeg. Het vorenstaande duidt, gezien naar de toestand in de desbetreffende jaren, op een solide vermogens- en liquiditeitspositie en winstpotentie van [A]. Het ligt dan op de weg van de Inspecteur om zijn stellingname dat er geen vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, nader te onderbouwen. Die onderbouwing kan plaatsvinden door het overleggen van een nader overzicht van de vermogens- en liquiditeitspositie van [A] in 2003, van

de leenovereenkomst tussen [A] en de Rabobank, van prognoses, een bedrijfsplan en/of een liquiditeitsoverzicht van [A], en van een vergelijking van de (voorwaarden van de) aansprakelijkstelling met op het onderhavige verleden betrekking hebbende marktgegevens. Een dergelijke nadere onderbouwing heeft de Inspecteur echter niet gegeven.”

1.8

Subsidiair stelde de Inspecteur dat de garantstelling door belanghebbende's stilzitten na 1 oktober 2003 alsnog onzakelijk was geworden. Ook in het bewijs van die stelling achtte het Hof hem niet geslaagd:

“4.10.

Uit [HR BNB 2013/148] blijkt dat het op de weg van de Inspecteur ligt om feiten (en omstandigheden) aannemelijk te maken, waaruit volgt op welk moment een zakelijk handelende derde in soortgelijke omstandigheden als belanghebbende (waaronder de kennis die belanghebbende heeft van de debiteur), welke maatregel zou hebben genomen om zijn rechten veilig te stellen, en in hoeverre deze daarin dan zou zijn geslaagd.

4.11.

Dienaangaande is de Inspecteur evenmin geslaagd in zijn bewijslast. Hij heeft niet aannemelijk gemaakt dat een onafhankelijke derde, civielrechtelijk mogelijkheden zou hebben gehad om van [A] aanvullende zekerheden en/of een (hogere) vergoeding te eisen, aangezien de mogelijkheid daartoe in oktober 2003 niet was overeengekomen tussen belanghebbende en [A]. Voorts heeft de Inspecteur niets gesteld noch aannemelijk gemaakt betreffende de kans dat genoemde extra zekerheden en/of een (hogere) vergoeding daadwerkelijk zouden zijn verkregen en betreffende de kans dat een dergelijke vergoeding daadwerkelijk zou hebben kunnen worden geïnd. Gelet op het vorenstaande heeft de Inspecteur met hetgeen hij heeft gesteld niet aannemelijk gemaakt dat de aansprakelijkstelling op enig moment na 1 oktober 2003 alsnog onzakelijk is geworden.”

1.9

Het Hof heeft de voorziening ad € 220.971 aanvaard, de aanslag verminderd naar nihil en een verlies ad € 33.853 vastgesteld. Hij heeft geen garantievergoeding bepaald en bijgeteld die een derde zou hebben bedongen en ontvangen, hoewel zijn oordeel daartoe wel aanleiding lijkt te geven. De Inspecteur heeft dat (subsidiare) standpunt echter kennelijk niet ingenomen en de feitenrechter kan mijns inziens ondanks art. 8:69 Awb niet van ambtswege de feiten zo vergaand aanvullen.

1.10

In een commentaar op de Hofuitspraak in *NLF 2017/2245* zet Ligthart vraagtekens bij uw onzakelijke lening- en borgstellingsjurisprudentie. Uw beoordelingscriterium (zou een derde een vergelijkbare garantie hebben kunnen geven tegen een niet-winstafhankelijke vergoeding onder overigens dezelfde omstandigheden en voorwaarden?) acht hij 'onpraktisch en uiterst discussiegevoelig':

“Bij de door de Hoge Raad ingeslagen weg met betrekking tot het leerstuk van de onzakelijke lening en de onzakelijke borg- of garantstelling (daaronder mede verstaan de hoofdelijkheidsverklaring) kunnen diverse vraagtekens worden gezet. Mijn grootste bezwaar ziet op de wijze waarop de Hoge Raad de leer van de onzakelijke lening heeft doorgetrokken naar de onzakelijke borg- of garantstelling. Het totaalwinstprincipe – zo volgt ook uit eerdere jurisprudentie – noopt ertoe dat een handelen dat 'uitsluitend' of 'slechts' in de hoedanigheid van aandeelhouder plaatsvindt, met al zijn gevolgen in de kapitaalsfeer wordt geplaatst. Wanneer een rechtshandeling niet uitsluitend in de hoedanigheid van aandeelhouder is aangegaan, maar de voorwaarden en condities waaronder deze is aangegaan onzakelijke 'trekjes' vertonen, dient in zoverre een zakelijkheidscorrectie plaats te vinden. De Hoge Raad acht voor de aanwezigheid van 'het handelen van een aandeelhouder als zodanig' de bepaalbaarheid van een winstafhankelijke vergoeding beslissend. Daarmee wordt – naar ik meen ten onrechte – een inbreuk gemaakt op vorenbedoelde jurisprudentie. Relevant is de zakelijkheid van de verplichting welke voortvloeit uit (en bepalend is voor het karakter van) de aangegane borg- of garantstelling. Dit betreft primair een beoordeling van de onderliggende rechtshandeling en niet zozeer van de mogelijke vergoeding. Door de zakelijkheid van de rechtshandeling te laten afhangen van een – zeker bij borg- of garantstellingen – onpraktisch en uiterst discussiegevoelig criterium, ziet men in de lagere rechtspraak ook verschillende uitkomsten in min of meer vergelijkbare situaties.

Toetsingskader

Rechtbanken en Hoven laten het criterium van de winstafhankelijke vergoeding in de regel afhangen van feitelijkheden als de verstrekte zekerheden, de overeengekomen vergoeding, de al dan niet betaling hiervan en de financiële positie van de borg. Weliswaar kunnen deze omstandigheden behulpzaam zijn bij de beoordeling van de zakelijkheid van een rechtshandeling, maar wanneer een bepaalde rechtshandeling naar zijn aard slechts zijn oorzaak vindt in de aanwezige

aandeelhoudersrelatie c.q. vennootschapsrechtelijke betrekkingen, voegt dit verder weinig toe.

Daar komt bij dat in zijn algemeenheid met het aannemelijk maken van de afwezigheid van zekerheden – de aanwezigheid van een slechte financiële positie enz. – niet zonder meer hoeft vast te staan dat een winstafhankelijke vergoeding in derdenverhoudingen ondenkbaar is. Dat zou immers een feitelijk onderzoek onder diverse potentiële schuldeisers vereisen. Een dergelijk onderzoek wordt in de rechtspraak niet verlangd. Dit zou de Inspecteur overigens in een lastige bewijspositie plaatsen. Het ware in mijn ogen dan ook beter geweest als de Hoge Raad alle mogelijke relevante criteria als toetsingskader had gegeven in plaats van één criterium (vaste vergoeding).

(...)

Tot slot ben ik benieuwd naar hoe Inspecteur en belanghebbende zijn omgegaan met de betaling in 2013 van € 65.000 door belanghebbende. Hiermee heeft D bv de schuld aan de bank verminderd. Dit brengt naar ik meen met zich dat ook de gevormde voorziening met een zelfde bedrag (belast) zou moeten komen vrijvallen. En wanneer belanghebbende niet in de hoedanigheid van borg tot betaling is overgegaan, maar feitelijk een lening heeft verstrekt aan D bv, kan het niet anders dan dat de daaruit voortvloeiende vordering alsnog buiten de winstfeer valt vanwege het – op dat moment aanwezige – onzakelijke debiteurenrisico.”

2. Het geding in cassatie

De Staatssecretaris heeft tijdig en regelmatig beroep in cassatie ingesteld. De belanghebbende heeft zich niet verweerd. De Staatssecretaris stelt één middel voor in drie onderdelen. Hij meent dat het Hof art. 8 Wet Vpb 1969 en art. 3.8 Wet IB 2001 en/of art. 8:77 Awb heeft geschonden doordat:

“(…) het Hof heeft geoordeeld dat de onzakelijkheid van de aansprakelijkheidsstelling van belanghebbende voor de financiering van haar dochtermaatschappij niet is komen vast te staan, nu de inspecteur onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een derde een dergelijke aansprakelijkstelling alleen tegen een winstafhankelijke vergoeding zou zijn aangegaan, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen omdat:

- a. Het Hof in feite de primaire stelling van de inspecteur, gebaseerd op het paraplucrediet-arrest, niet dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft behandeld;
- b. Het onder de vastgestelde feiten en omstandigheden onjuist dan wel onbegrijpelijk is dat het Hof oordeelt dat geen sprake is van een aansprakelijkstelling die uitsluitend in de hoedanigheid van aandeelhouder is aangegaan;
- c. De uitspraak innerlijk tegenstrijdig is op het punt van de bij gewijzigde omstandigheden niet verlangde aanvullende zekerheden e.d.”

2.2

Ad (a) betoogt de Staatssecretaris dat belanghebbendes geval vergelijkbaar is met dat van het Paraplucrediet-arrest en dat het Hof de door de Inspecteur op basis van dat arrest ingenomen stelling niet (voldoende) heeft behandeld:

“Het Hof komt in r.o. 4.3 tot de conclusie dat de Inspecteur, zelfs in onderlinge samenhang van de afzonderlijke elementen, niet aannemelijk heeft kunnen maken dat een onafhankelijke derde niet bereid zou zijn geweest, tegen een niet van de winst van schuldenaar afhankelijke vergoeding, eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder dezelfde, voorwaarden en omstandigheden.

Het Hof lijkt derhalve te denken dat een winstafhankelijke vergoeding voor de aansprakelijkstelling mogelijk is. Mijns inziens is dat een onjuiste veronderstelling. De onevenwichtige risico-allocatie maakt dat onmogelijk. Belanghebbende heeft namelijk het gehele neerwaartse risico van het entrepreneurschap van de dochteronderneming, en zou bij een winstafhankelijke vergoeding slechts een beperkt deel van de positieve resultaten ontvangen. Een onafhankelijke derde zal een dergelijke situatie nooit aanvaarden. In zoverre is de situatie in deze zaak vergelijkbaar met de situatie uit het paraplucrediet-arrest (HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, ECLI:NL:HR:2013:BW6520).

Deze benadering vormt de primaire stelling van de inspecteur. Het Hof gaat op deze primaire stelling niet in. Reeds hierom zou de uitspraak gecasseerd dienen te worden. (...)”

2.3

De Staatssecretaris meent dat uit uw jurisprudentie^[5] volgt dat in casu niet hoeft te worden onderzocht of een winstafhankelijke vergoeding denkbaar was voor de aanvaarde aansprakelijkheid. Mocht u daar anders over denken, dan meent hij dat zelfs de vraag is of een winstafhankelijke vergoeding zou hebben kunnen worden gevonden, laat staan een winstafhankelijke vergoeding. De Staatssecretaris acht voorts onbegrijpelijk 's Hof's oordeel dat de Inspecteur zijn stelling had kunnen onderbouwen met een vergelijking met op het verleden betrekking hebbende marktgegevens.

2.4

Onder verwijzing naar het boven (2.12) geciteerde commentaar van Ligthart betoogt de Staatssecretaris dat de inspecteur met een onmogelijke bewijslast wordt opgezadeld en dat het hem wenselijk lijkt dat u aangeeft in welke gevallen volstaan

kan worden met een paraplukrediet-toets (dus in welke gevallen ervan uitgegaan moet worden dat het debiteurenrisico of de garantstelling zich in de aandeelhouder/deelnemingssfeer bevinden) en in welke gevallen onderzocht moet worden of een derde gevonden had kunnen worden die eenzelfde risico had willen lopen tegen een niet-winstafhankelijke vergoeding:

"Ik wijs er (...) op dat in de conclusie van A-G Wattel bij het paraplukredietarrest door de A-G nog werd uitgegaan van een noodzakelijk onderzoek naar een mogelijke winstafhankelijke vergoeding. De Hoge Raad volgde die opvatting echter toen niet. Uit de uitspraken van andere hoven blijkt ook dat de reikwijdte van de benadering die volgt uit het paraplukrediet-arrest onduidelijk is. Ik wijs u in dit kader op een tweetal uitspraken van Hof 's-Hertogenbosch van 26 oktober 2017, nr. 15/00467 en 15/00468, ECLI:NL:GHSHE:2017:4668 en 4669 [bij u inmiddels bekend onder de rolnummers 17/05713 en 17/05714; ook in deze twee zaken concludeer ik heden; PJW]. Ook in die zaken ben ik van mening dat de aanvaarding van de aansprakelijkheid in het kader van de saldoverrekeningsafpraak uitsluitend aan de vennootschappelijke betrekkingen kan worden toegeschreven, terwijl het Hof toch het beroep op het paraplukredietarrest verwerpt. Ook in die zaken ben ik voornemens om beroep in cassatie in te stellen. Het cluster van deze drie zaken kan dan gebruikt worden om meer duidelijkheid te creëren over de reikwijdte van het paraplukrediet-arrest en de vraag in welke gevallen onderzocht moet worden in hoeverre er een winstafhankelijke vergoeding mogelijk is en op welke wijze dit al dan niet bewezen kan worden."

2.5

Ad (b) voert de Staatssecretaris aan dat de belanghebbende aan [A] materieel een *carte blanche*-garantie heeft gegeven doordat mondeling noch schriftelijk afspraken zijn gemaakt over de voorwaarden waaronder de belanghebbende garant staat.

2.6

Ad (c) betoogt de Staatssecretaris dat 's Hof's uitspraak innerlijk tegenstrijdig is:

"Ten slotte wil ik nog wijzen op een in mijn ogen aanwezige tegenstrijdigheid in de uitspraak van het Hof. In r.o. 4.11 overweegt het Hof dat de inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat er een civielrechtelijke mogelijkheid bestaat om in te grijpen gedurende de looptijd van de aansprakelijkheidstelling. Hieruit volgt dat het Hof bij de tussentijdse beoordeling van mening lijkt te zijn dat zakelijk handelende partijen wel een mogelijkheid tot ingrijpen zouden zijn overeengekomen, waarmee de aansprakelijkheidstelling bij aanvang tot onzakelijk wordt gekwalificeerd. Die conclusie trekt het Hof (ten onrechte) echter niet, waardoor de uitspraak qua toetsing bij aanvang en toetsing gedurende de looptijd innerlijk tegenstrijdig is."

3. Behandeling van het middel

Middelonderdeel (a)

3.1

De Inspecteur heeft zijn primaire standpunt bij verweer in hoger beroep als volgt verwoord:

"7.3.1

Ik ben primair van mening dat de hoofdelijke aansprakelijkheidstelling door belanghebbende zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen belanghebbende en [A] B.V. Ik verwijs hiervoor naar Hoge Raad 1 maart 2013, *BNB* 2013/109. De op 1 oktober 2003 gesloten 'hoofdelijke medeschuldverbintenis voor kredieten(en) in rekening-courant' kan naar mijn mening op één lijn worden gesteld met de garantstelling als bedoeld in voornoemd arrest. Op grond van artikel 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001 komt het nadeel dat belanghebbende geleden heeft in haar hoedanigheid als aandeelhouder niet op in de (belaste) ondernemingssfeer maar in de (onbelaste) kapitaalsfeer en is daarom niet aftrekbaar van de winst."

3.2

Het Hof heeft in r.o. 4.1 overwogen:

"Hierbij is beslissend of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden (...). Naar het oordeel van het Hof is er geen reden om voor de heffing van vennootschapsbelasting anders te oordelen ten aanzien van vennootschap die zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een geldverstrekking aan een gelieerde vennootschap".

Vervolgens legt het Hof de bewijslast van onzakelijkheid bij de Inspecteur en oordeelt hij dat deze niet aannemelijk heeft gemaakt dat aan dit criterium is voldaan.

3.3

De Staatssecretaris moet toegegeven worden dat het Hof aldus voorbijgegaan lijkt aan de in het standpunt van de

Inspecteur te lezen stelling dat men aan de *arm's length* test niet toekomt, omdat de aansprakelijkstelling als zodanig uitsluitend verklaard wordt door het aandeelhouderschap van de belanghebbende, net zoals in het Paraplukredietarrest.

3.4

De feiten zijn echter anders dan in het Paraplukredietarrest: er is geen sprake van een groepskrediet, noch van feitelijke consolidatie ten behoeve van de kredietverlening van alle leningen en van de aansprakelijkheden daarvoor in functie van het groepsbelang, noch van een individuele aansprakelijkheid van elke groepsvennootschap die (daardoor) niet in verhouding staat tot die bij individuele ondernemingsfinanciering met vreemd vermogen. Beslissend voor het toepassingsgebied van het Paraplukredietarrest is mijns inziens (zie onderdeel 4 van de bijlage) dat (i) feitelijk sprake is van groepsconsolidatie ten behoeve van de kredietverlening van alle leningen en van alle aansprakelijkheden daarvoor binnen het concern in functie van het groepsbelang en (ii) de individuele aansprakelijkheid van elke groepsvennootschap (daardoor) niet in verhouding staat tot die bij individuele ondernemingsfinanciering met vreemd vermogen. Aan deze objectieve criteria voldoet belanghebbendes situatie niet.

3.5

Ten overvloede merk ik op dat mijns inziens in 's Hofs oordeel besloten ligt dat hij het standpunt heeft verworpen dat de aansprakelijkheidsaanvaarding uitsluitend door het aandeelhouderschap wordt verklaard. Het Hof gaat er immers van uit dat de Paraplukrediet-test dezelfde is als de *arm's length* test. Dat is niet zo (zie onderdeel 4 van de bijlage), maar dat tast zijn oordeel niet aan: volgens hem is aan de Paraplukredietcriteria niet voldaan omdat er zijns inziens een derde gevonden kan worden die na prijscorrectie mee had kunnen doen. Daarmee heeft het Hof weliswaar dogmatisch inderdaad een stap overgeslagen (de aandeelhoudershoedanigheidstest), maar zijn oordeel dat de inspecteur niet heeft bewezen dat de belanghebbende zakt voor de dogmatisch daarop volgende *arm's length* test impliceert dat hij, als hij er bewust op ingegaan zou zijn, de inspecteur evenmin geslaagd zou hebben geacht in het bewijs van uitsluitend aandeelhoudershandelen. Gezien de door het Hof onderzochte en vastgestelde feiten ten tijde van het aangaan van de aansprakelijkheid, lijkt mij dat geen onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd oordeel.

3.6

Wat daarvan zij, aan de criteria van het Paraplukredietarrest wordt, zoals bleek, in casu niet voldaan.

Middelonderdeel (b)

3.7

Uit 's Hofs feitenvaststelling en de hoofdelijke medeschuldverbintenis voor krediet(en) in rekening-courant van 1 oktober 2003⁶¹ blijkt dat [A]'s krediet en daarmee belanghebbendes garantie is gemaximeerd op € 408.402,19. Dat lijkt mij geen *carte blanche*. Ook overigens bestrijdt dit middelonderdeel in wezen 's Hofs niet-onbegrijpelijke feitenvaststelling c.q. houdt het een andere waardering van de vastgestelde feiten in dan die van het Hof, die echter niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is. Dat een aangesproken medeschuldenaar regres heeft op de hoofdschuldenaar en bij niet-betaling na peremptoirstelling recht heeft op wettelijke rente, spreekt mijns inziens vanzelf en hoeft niet overeengekomen te worden.

Middelonderdeel (c)

3.8

Dit middelonderdeel betreft de stelling dat de garantie alsnog onzakelijk is geworden doordat de belanghebbende toen zij de aansprakelijkstellingslont had moeten ruiken, geen maatregelen heeft genomen om haar aansprakelijkheid te beperken. Het Hof heeft geoordeeld dat de Inspecteur

“niet aannemelijk [heeft] gemaakt dat een onafhankelijke derde, civielrechtelijk mogelijkheden zou hebben gehad om van [A] aanvullende zekerheden en/of een (hogere) vergoeding te eisen, aangezien de mogelijkheid daartoe in oktober 2003 niet was overeengekomen tussen belanghebbende en [A]”.

De Staatssecretaris leidt daaruit af dat het Hof lijkt te menen dat zakelijk handelende partijen wel een mogelijkheid tot ingrijpen zouden zijn overeengekomen. Door die conclusie niet aan zijn oordeel te verbinden, is de uitspraak tegenstrijdig, aldus de Staatssecretaris.

3.9

Ik meen dat het Hof bedoelde dat ook een zakelijk handelende derde in 2003 bij het stellen van de garantie heel wel niet op het idee had kunnen komen om een ontsnappingsmogelijkheid in te bouwen c.q. dat het overeenkomen van een dergelijke aansprakelijkheidsvluchtmogelijkheid het hele punt van het verlenen van de garantie zou hebben weggenomen. Het middelonderdeel berust mijns inziens dus op verkeerde lezing van de Hofuitspraak.

4. Conclusie

Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de staatssecretaris ongegrond te verklaren.

Noot

Auteur: W.F.E.M. Egelie

1. Aansprakelijkheid in gelieerde verhoudingen

Het onderhavige arrest is verwant aan het op dezelfde dag gewezen arrest met nr. 17/05713, opgenomen in *BNB* 2019/120, m.nt. Albert). Beide zaken regaderen de reikwijdte van het arrest HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, *BNB* 2013/109* (het *Paraplukredietarrest*). Op 19 juni 2018 heeft A-G Wattel in beide zaken conclusie genomen en deze van een gemeenschappelijke bijlage voorzien.^[1]

In beide (betrokkelijk korte) arresten draait het om de vraag of een betaling aan een derde financier op grond van een in gelieerd verband aanvaarde aansprakelijkheid^[2] bij de betalende vennootschap ten laste van de winst komt. Meer in het bijzonder draait het om de vraag of de (on)zakelijkheid van die aansprakelijkheid moet worden beoordeeld langs de lijnen van (i) het voor de vennootschapsbelasting gewezen *Paraplukredietarrest* dan wel (ii) het voor de inkomstenbelasting gewezen arrest HR 17 oktober 2014, nr. 14/00955, *BNB* 2015/13*.

Ook in beide laatstgenoemde arresten draait het om een aansprakelijkheid in gelieerde verhoudingen. In het *Paraplukredietarrest* maakte die aansprakelijkheid deel uit van een tussen enerzijds een groep banken en anderzijds tot een concern behorende vennootschappen gesloten, meeromvattend kredietarrangement. De Hoge Raad oordeelde dat de aansprakelijkheid haar grond vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen de bij het paraplukrediet betrokken vennootschappen en hij achtte de aansprakelijkheid daarom *a priori* onzakelijk.^[3]

In *BNB* 2015/13* aanvaardde de belanghebbende (een natuurlijk persoon) aansprakelijkheid voor een lening van de bank aan een vennootschap waarin de belanghebbende alle aandelen bezat. De Hoge Raad merkte die aansprakelijkheid niet *a priori* aan als onzakelijk, maar achtte daartoe beslissend of een (winstonafhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Daartoe refereerde de Hoge Raad met zoveel woorden aan HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37* waarin hij een vergelijkbaar criterium heeft geïntroduceerd ter bepaling van de (on)zakelijkheid van een lening.

In *BNB* 2019/120 acht de Hoge Raad het *Paraplukredietarrest* maatgevend (en de aansprakelijkheid onzakelijk). In het onderhavige arrest daarentegen acht hij *BNB* 2015/13* maatgevend (en de aansprakelijkheid zakelijk).

Voor een goed begrip van het onderhavige arrest ga ik eerst kort in op HR *BNB* 2019/120, omdat de Hoge Raad daarin meer zegt over de reikwijdte van het *Paraplukredietarrest* dan in het onderhavige arrest.

2. *BNB* 2019/120

R.o. 2.4 bevat de kern van *BNB* 2019/120 en luidt als volgt:

"In het paraplukredietarrest is een bijzondere rechtsregel gegeven voor gevallen waarin (i) een vennootschap deelneemt aan een kredietarrangement waarin tevens wordt deelgenomen door andere vennootschappen van het concern waartoe die vennootschap behoort, en (ii) die vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle vorderingen die de bij het arrangement betrokken schuldeiser of schuldeisers uit hoofde van dat arrangement heeft of hebben op die andere vennootschappen, en voorts (iii) een regresvordering die uit die aansprakelijkheid ontstaat niet zal worden opgeëist zolang de gehele uit het arrangement voortvloeiende schuld niet is voldaan. In zodanige gevallen moet voor de heffing van vennootschapsbelasting ervan worden uitgegaan dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. In dergelijke gevallen vindt ten behoeve van de kredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk een consolidatie plaats. Daarbij stellen de desbetreffende vennootschappen de financiering met vreemd vermogen van de door hen in stand gehouden ondernemingen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen."

Het arrest betreft een door een groep tot hetzelfde concern behorende vennootschappen met een bank gesloten overeenkomst inzake rentecompensatie en saldoverrekening. Niet in geschil is dat de overeenkomst voldoet aan voorwaarde (ii) en (iii). Anders dan het Hof oordeelt de Hoge Raad dat eveneens is voldaan aan voorwaarde (i). Voor een verdere toelichting op het arrest verwijs ik de geïnteresseerde lezer naar de noot van Albert.

3. De casus in het onderhavige arrest

Het onderhavige arrest is betrekkelijk summier, ook wat betreft de daarin opgenomen feiten. Belanghebbende heeft alle aandelen in Y BV. In 2003 verkrijgt Y BV een krediet in rekening-courant van de bank ad maximaal € 408.000. In een nadere overeenkomst van 1 oktober 2003 met de bank aanvaardt belanghebbende hoofdelijke aansprakelijkheid voor al hetgeen de bank te vorderen heeft van Y BV uit hoofde van het krediet. Tussen belanghebbende en Y BV wordt te dier zake niets overeengekomen. Evenmin bedingt belanghebbende ter zake van de aansprakelijkheid zekerheden van Y BV. Op 16 mei 2013 wordt Y BV failliet verklaard. De schuld aan de bank bedraagt op dat moment € 155.000. In geschil is of de door belanghebbende te dier zake gevormde voorziening bij haar ten laste van haar winst komt.

4. *BNB 2013/109** of *BNB 2015/13**?

Onder verwijzing naar het *Paraplukredietarrest* betoogde de Inspecteur primair dat de aansprakelijkheid a priori onzakelijk is zodat niet hoeft te worden onderzocht of een winstafhankelijke derdenvergoeding kan worden gevonden. Subsidiair stelde hij zich op het standpunt dat een dergelijke vergoeding in casu niet kan worden gevonden en meer subsidiair dat de aansprakelijkheid, zo die bij verstrekking zakelijk was, nadien onzakelijk is geworden.

Het Hof gaat voorbij aan de primaire stelling van de Inspecteur, oordeelt dat het voor de inkomstenbelasting gewezen arrest *BNB 2015/13** van overeenkomstige toepassing is in de vennootschapsbelasting én dat de Inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat (bij de aanvaarding van de aansprakelijkheid) geen winstafhankelijke derdenvergoeding kan worden gevonden, noch dat de aansprakelijkheid nadien alsnog onzakelijk is geworden.

Volgens A-G Wattel is het Hof weliswaar ten onrechte voorbijgegaan aan de primaire stelling van de Inspecteur, maar is zijn eindoordeel desondanks juist: de onderhavige situatie wordt volgens de A-G niet bestreken door het *Paraplukredietarrest*, maar door *BNB 2015/13**. Het daarop gebaseerde oordeel van het Hof is volgens de A-G niet onbegrijpelijk.

De Hoge Raad bekrachtigt de visie van de A-G op het primaire punt kort maar krachtig in r.o. 2.4.2:

"In het paraplukredietarrest zijn drie cumulatieve voorwaarden gesteld waaronder uitgaven van een vennootschap die hun oorsprong vinden in de aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden van een gelieerde vennootschap, bij de winstbepaling zonder meer buiten aanmerking blijven. Voor een ruimere toepassing van deze bijzondere rechtsregel uit het paraplukredietarrest bestaat geen aanleiding. Voor zover het middel een zodanige ruimere toepassing bepleit, faalt het."

Vervolgens bevestigt de Hoge Raad dat het Hof in casu terecht de aan *BNB 2015/13** ontleende maatstaf heeft toegepast.

5. Het *Paraplukredietarrest*: tot waar reikt het?

Volgens de Hoge Raad is in casu niet voldaan aan de drie voorwaarden van het *Paraplukredietarrest* (zie onderdeel 2 van deze noot). Aan welke voorwaarde(n) niet is voldaan licht hij niet toe. Hij oordeelt slechts dat het middel faalt voor zover het een ruimere toepassing van het *Paraplukredietarrest* bepleit.

De voorwaarden (i) en (ii) lijken (impliciet) te eisen dat *ten minste twee* vennootschappen (a) deelnemen aan het kredietarrangement, (b) uit dien hoofde een krediet ontvangen en (c) over en weer hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaarden. In casu is dat niet het geval. Alleen Y BV verkrijgt een krediet en alleen belanghebbende stelt zich daarvoor hoofdelijk aansprakelijk.

Zou het in casu (al) anders liggen als ingevolge één en dezelfde overeenkomst Y BV en belanghebbende (ieder voor de helft) een krediet hadden ontvangen en zij over en weer aansprakelijkheid hadden aanvaard (inclusief achterstelling van eventuele regresvorderingen)? Ook in dat geval, zo lijkt mij, vindt ten behoeve van de kredietverlening aan beide zijden van het spectrum feitelijk een consolidatie plaats, stellen Y BV en belanghebbende de financiering met vreemd vermogen van hun ondernemingen en de daarbij gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan die bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen.

Nu de Hoge Raad (in elk geval in het onderhavige arrest) weinig loslaat over de vraag waar de grens ligt tussen *Paraplukredietarrest*-gevallen en andere gevallen moet daarvoor nadere jurisprudentie worden afgewacht.

6. De maatstaf van *BNB 2015/13**

Evenals in *BNB 2015/13** is volgens de Hoge Raad in casu beslissend "of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden."

Dat oordeel komt niet als een verrassing. Beide zaken vormen immers respectievelijk de IB- en de VPB-variatie op hetzelfde oerthema: de enige aandeelhouder van een vennootschap stelt zich aansprakelijk (borg of garant) voor een lening van de bank aan die vennootschap.

Desalniettemin betreur ik dat oordeel. Om een aantal redenen acht ik het (aan het beoordelingskader van de onzakelijke

lening ontleende) criterium onbruikbaar en/of ongeschikt ter beoordeling van de (on)zakelijkheid van een aansprakelijkheid, 4) in ieder geval wanneer sprake is van vorenbedoeld oerthema.

Ten eerste komen leningen tussen derden veelvuldig voor en aansprakelijkheden tussen derden slechts bij hoge uitzondering.

Ten tweede dient de aansprakelijkheid in de hier bedoelde gevallen als gangbare (extra) zekerheid voor het bankkrediet en is het standaard de aandeelhouder van de schuldenaar die tot die aansprakelijkheid wordt 'geroepen'. Weigering is geen optie, de aandeelhouder heeft er (in de hoedanigheid van aandeelhouder) juist belang bij dat 'zijn vennootschap' de verlangde financiering verkrijgt. Anders dan tot die aandeelhouder zal de bank zich voor deze extra zekerheid niet tot een derde (kunnen) wenden en zal een derde zich ook niet aansprakelijk (willen) stellen voor een dergelijk bankkrediet (aan een ongelieerde vennootschap).

Ten vierde is het bij een aansprakelijkheid anders dan bij een lening (bij mijn weten) niet mogelijk c.q. gebruikelijk om (naast een vergoeding) zekerheden te bedingen. Juist omdat de aansprakelijksteller fungeert als zekerheid voor een ander (de bank) zal deze doorgaans alleen een vergoeding kunnen bedingen.

Ten vijfde wordt in dit soort gelieerde situaties doorgaans (zo ook in de casus in het onderhavige arrest) afgezien van een vergoeding. Een belangrijke reden daarvoor lijkt mij dat een accurate vergoeding zich niet licht in een bruikbare formule laat vangen: in wezen moet deze (omgekeerd) 'meebewegen' met de gang van zaken bij de vennootschap wier schuld de aansprakelijkheid regardeert. Presteert die vennootschap naar behoren, dan is het risico gering en dus ook de vergoeding. Gaat het slecht met de vennootschap dan stijgt het risico en moet de vergoeding omhoog. Dat laatste wringt direct met het al vermelde punt dat de aansprakelijkheid dient als extra zekerheid voor de bank: als de bank al instemt met een vergoeding, dan zal die een hoge vergoeding in slechte tijden juist (op voorhand) willen uitsluiten.

De voorgaande punten brengen naar mijn mening mee dat in de hier bedoelde situatie een derde zich niet aansprakelijk stelt en dat, waar de aandeelhouder dat (logischerwijs) wel doet (moet doen), deze bijgevolg handelt in zijn hoedanigheid van aandeelhouder.

Het voorgaande laat onverlet dat ik er begrip voor heb dat de Hoge Raad toepassing van het *Paraplukredietarrest* in casu niet aan de orde acht. In uitzonderlijke situaties immers laat zich een zakelijke aansprakelijkheid naar mijn mening wel denken. Ik wijs in dat licht op HR 14 oktober 2016, nr. 16/01370, *BNB 2017/6**, waarin de Hoge Raad heeft opgehelderd onder welke 'bijzondere omstandigheden' een op het oog onzakelijke lening toch als zakelijk heeft te gelden. Mij dunkt dat ook een onder dergelijke bijzondere omstandigheden aanvaarde aansprakelijkheid zakelijk kan zijn.⁵ Ook voor die gevallen echter acht ik ter bepaling van de (on)zakelijkheid van de aansprakelijkheid het onzakelijke-leningcriterium ongeschikt: zoals reeds gememoreerd past in mijn ogen bij een aansprakelijkheid geen winstonafhankelijke vergoeding. In plaats daarvan en analoog aan *BNB 2017/6** is het naar mijn mening aan de belanghebbende om aannemelijk te maken dat sprake is van bijzondere omstandigheden die van voldoende gewicht zijn om het aan de aansprakelijkheid verbonden risico te aanvaarden.

Samenvattend heb ik er enerzijds begrip voor dat de Hoge Raad de onderhavige aansprakelijkheid buiten het bereik van het *Paraplukredietarrest* houdt. Anderzijds betreur ik het dat hij persisteert bij zijn oordeel in *BNB 2015/13** (waarin hij het ter beoordeling van de (on)zakelijkheid van een lening relevante criterium doortrekt naar de beoordeling van de (on)zakelijkheid van een aansprakelijkheid). Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat in dat laatste geval (anders dan bij een onzakelijke lening) niet de inspecteur het bewijs dient te leveren dat de aanvaarding van de aansprakelijkheid onzakelijk is, maar de belanghebbende het bewijs dient te leveren dat die aanvaarding op zakelijke gronden berust, i.e. omdat sprake is van 'bijzondere omstandigheden' zoals bedoeld in *BNB 2017/6**.

7. De onderhavige aansprakelijkheid is zakelijk (gebleven)

Volgens de Rechtbank maakt de Inspecteur aannemelijk dat in casu geen winstonafhankelijke derdenvergoeding kan worden gevonden. Volgens het Hof maakt de Inspecteur dat juist niet aannemelijk en evenmin dat de aansprakelijkheid na de aanvaarding (door stilzitten) onzakelijk is geworden.

Hoewel naar mijn smaak het nodige valt af te dingen op (het resultaat van) de wijze waarop het Hof de relevante feiten weegt, komt die weging zoals bekend in cassatie niet of nauwelijks aan bod. Ik beperk mij daarom tot het derde middel waarin de staatssecretaris (mijns inziens terecht) betoogt dat het oordeel van het Hof innerlijk tegenstrijdig is.

Die klacht regardeert het oordeel van het Hof dat de aansprakelijkheid na 2003 niet onzakelijk is geworden, omdat, aldus het Hof in r.o. 4.11, de Inspecteur niet aannemelijk maakt dat een onafhankelijke derde civielrechtelijk mogelijkheden zou hebben gehad om van Y BV aanvullende zekerheden en/of een (hogere) vergoeding te eisen, aangezien de mogelijkheid daartoe in oktober 2003 niet was overeengekomen tussen belanghebbende en Y BV.

Kennelijk redeneert het Hof als volgt: waar in casu geen vergoeding is overeengekomen laat zich denken dat een onafhankelijke derde de onderhavige aansprakelijkheid tegen een winstonafhankelijke vergoeding zou hebben aanvaard. Nadien zou die derde echter geen hogere vergoeding hebben kunnen bedingen omdat zulks *in casu* niet is overeengekomen. Kortom, bij de beoordeling van de (on)zakelijkheid bij aanvaarding negeert het Hof dat partijen in casu geen vergoeding zijn overeengekomen maar gaat hij uit van wat tussen derden zou zijn overeengekomen (dat lijkt me juist).

Bij de beoordeling van de eventuele latere onzakelijkheid vindt het Hof echter dat tussen derden niet iets anders kan zijn overeengekomen dan hetgeen partijen in casu zijn overeengekomen. Dat lijkt inderdaad tegenstrijdig.

In punt 3.9 van de conclusie schrijft de A-G daar het volgende over:

"Ik meen dat het Hof bedoelde dat ook een zakelijk handelende derde in 2003 bij het stellen van de garantie heel wel niet op het idee had kunnen komen om een ontsnappingsmogelijkheid in te bouwen c.q. dat het overeenkomen van een dergelijke aansprakelijkheidsvluchtmogelijkheid het hele punt van het verlenen van de garantie zou hebben weggenomen. Het middelonderdeel berust mijns inziens op verkeerde lezing van de hofuitspraak."

In mijn ogen wordt de bedoelde innerlijke tegenstrijdigheid daarmee niet opgehelderd. Mij lijkt immers dat de A-G hier betoogt dat als de in casu relevante onafhankelijke derde zich daadwerkelijk zou gedragen als een onafhankelijke derde, de onderhavige aansprakelijkheid niet tot stand zou komen (een visie die ik in wezen in punt 6 van deze noot bepleit). Kennelijk bedoelt de A-G iets anders, hij concludeert immers tot ongegrondheid van het cassatieberoep van de staatssecretaris. De Hoge Raad laat zich er niet over uit. Kennelijk acht hij de uitspraak niet volstrekt onbegrijpelijk.

Hoe dan ook, nu de aansprakelijkheid als zakelijk moet worden aangemerkt wijs ik nog op het tweede punt 1.9 van de conclusie (zie voetnoot 1):

"Het Hof heeft [...] geen garantievergoeding bepaald en bijgeteld die een derde zou hebben bedongen en ontvangen, hoewel zijn oordeel daartoe wel aanleiding lijkt te geven. De Inspecteur heeft dat (subsidiare) standpunt echter kennelijk niet ingenomen en de feitenrechter kan mijns inziens ondanks art. 8:69 Awb niet van ambtswege de feiten zo vergaand aanvullen."

Achteraf bezien kan men inderdaad concluderen dat de Inspecteur (jaarlijks) een vergoeding tot belanghebbendes winst had moeten rekenen. Gegeven de uitkomst van het onderhavige arrest zal de Inspecteur zich voortaan geroepen kunnen voelen om reeds bij de aanvaarding van een aansprakelijkheid een vergoeding bij de winst te tellen, hetgeen ongetwijfeld tot de nodige discussies zal leiden. Niet alleen dogmatisch maar ook in praktisch opzicht heb ik daarom mijn bedenkingen bij arrest.

Voetnoten "Conclusie"

[1]

De bijlage is opgenomen in *BNB* 2019/120*. *Red.*

[1.]

HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, na conclusie A-G Wattel, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *BNB* 2013/109 met noot Albert, *V-N* 2013/12.17 met aantekening van de redactie, *FED* 2013/53 met aantekening Snoeks, *NTFR* 2013/586 met commentaar Egelie, *JOR* 2013/195 met noot Tekstra en *FutD* 2013/0568 met aantekening van de redactie.

[2.]

HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, ECLI:NL:HR:1998:AA2555, *BNB* 1998/409 met noot De Vries, *V-N* 1998/51.15, *FED* 1999/154 met aantekening Cornelisse.

[3.]

Proces-verbaal van de mondelinge uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant d.d. 10 mei 2016, nr. BRE 15/1769, ECLI:NL:RBZWB:2016:2848.

[4.]

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 september 2017, nr. 16/03447, ECLI:NL:GHSHE:2017:3838, *NLF* 2017/2245 met noot Ligthart.

[5.]

Hij verwijst naar HR 12 december 2003, nr. 38 124, ECLI:NL:HR:2003:AH8973 en HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, ECLI:NL:HR:2013:BW6520.

[6.]

Bijlage 1 bij het verweerschrift in hoger beroep van de Inspecteur.

Voetnoten "Noot"

[1.]

De nummering van de conclusie in het onderhavige arrest springt na punt 2.2 terug naar punt 1.1. De punten 1.1 tot en met 1.9 alsmede de punten 2.1 en 2.2 verschijnen in de conclusie dus tweemaal. Waar ik in deze noot naar een dubbel onderdeel van de conclusie verwijs zal ik dat 'het eerste punt [...]' of 'het tweede punt [...]' noemen.

[2.]

Zoals de A-G opmerkt in punt 1.4 van de gemeenschappelijke bijlage bestaan er civielrechtelijk weliswaar verschillen tussen borgstelling, aansprakelijkheid, garantie en garantstelling, maar zijn die voor de onderhavige fiscaalrechtelijke kwestie zonder betekenis.

[3.]

Daarmee week hij af van A-G Wattel die betoogde dat moest worden onderzocht of al dan niet een (winstonafhankelijke) vergoeding kan worden

bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden.

[4.]

Zie in gelijke zin Ligthart in *NLF* 2017/2245 (aangehaald in het tweede punt 1.10 van de conclusie).

[5.]

Zie ook *BNB* 2019/113*, inzake een vermogensvermeerdering als gevolg van een in gelieerd verband verstrekte garantie en waarin de Hoge Raad ruimte lijkt te zien om de garantie als deels zakelijk en deels onzakelijk aan te merken.

Aanvaarding hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden concernvennootschappen. Reikwijdte Paraplukredietarrest. Verbreking concernverband na garants...

HR 10-05-2019, ECLI:NL:HR:2019:683, m.nt. P.G.H. Albert

Instantie

Hoge Raad

Datum

10 mei 2019

Magistraten

Mrs. Koopman, Van Loon, Van Kalmthout, Van Hilten, Faas¹

Zaaknummer

17/05713

17/05714

Conclusie

A-G Wattel

Noot

P.G.H. Albert

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS70193:1

Vakgebied(en)

Vennootschapsbelasting / Winstbepaling

Inkomstenbelasting / Winst

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2019:682, Uitspraak, Hoge Raad, 10-05-2019

ECLI:NL:HR:2019:683, Uitspraak, Hoge Raad, 10-05-2019

ECLI:NL:PHR:2018:738, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 19-06-2018

ECLI:NL:PHR:2018:739, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 19-06-2018

Beroepschrift, Hoge Raad, 17-01-2018

Beroepschrift, Hoge Raad, 17-01-2018

Wetgeving

Art. 8 lid 1 Wet VPB 1969; art. 3.8 Wet IB 2001

Essentie

Aanvaarding hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden concernvennootschappen. Reikwijdte Paraplukredietarrest. Verbreking concernverband na garantstelling

Samenvatting

Belanghebbende (X1 BV) en X2 BV hielden ieder 50% van de aandelen in Beheermaatschappij C, die op haar beurt middellijk of onmiddellijk (nagenoeg) alle aandelen hield in zes andere vennootschappen. Al deze vennootschappen samen vormden de N-groep. In 2008 en 2009 hebben belanghebbende en X2 hun aandelenbelang in de overige vennootschappen verkocht aan derden. Elke vennootschap van de groep had op 1 augustus 2007 een afzonderlijke bankrekening bij de Rabobank. Op die datum zijn alle vennootschappen met de bank een overeenkomst tot rentecompensatie/saldooverrekening aangegaan. Die overeenkomst hield in dat de bank op de bankrekeningen kredieten verstrekt tot maximaal het totaalbedrag van de aan de bank verpande creditsaldi op die rekeningen. Elke vennootschap heeft zich door middel van de overeenkomst hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor alle vorderingen die de bank uit hoofde van de overeenkomst heeft op de andere vennootschappen van de groep. De bank is bevoegd om creditsaldi van de vennootschappen te verrekenen met debetsaldi van andere vennootschappen, mits het betreft debet- en creditsaldi op in de overeenkomst betrokken

bankrekeningen. Voorts is in de overeenkomst bepaald dat eventuele regresvorderingen van een vennootschap op een andere vennootschap worden achtergesteld bij alle vorderingen van de bank op de laatstbedoelde vennootschap. Enkele vennootschappen behoorden op 14 oktober 2009 niet meer tot de groep. Deze vennootschappen hadden op die datum negatieve banksaldi. De bank heeft op 14 oktober 2009 gebruik gemaakt van de mogelijkheid om rekeninghouders met een positief saldo – belanghebbende en X2 – hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor deze negatieve saldi. Belanghebbende heeft in haar aangifte vennootschapsbelasting het bedrag waarvoor zij aansprakelijk is gesteld in aftrek gebracht. De Inspecteur heeft die aftrek geweigerd. Het Hof heeft geoordeeld dat aftrek wel moet worden toegelaten.

HR: In het Paraplukredietarrest (HR, BNB 2013/109c*) is een bijzondere rechtsregel gegeven voor gevallen waarin (i) een concernvennootschap deelneemt aan een kredietovereenkomst waarin ook wordt deelgenomen door andere vennootschappen van het concern, (ii) die vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle vorderingen die de bij het arrangement betrokken schuldeiser uit hoofde van dat arrangement heeft op die andere vennootschappen en (iii) een regresvordering die uit die aansprakelijkheid ontstaat niet zal worden opgeëist zolang de gehele uit het arrangement voortvloeiende schuld niet is voldaan. In deze gevallen worden uitgaven van die vennootschap geacht hun oorsprong te vinden in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en de andere concernvennootschappen. Het Hof heeft geoordeeld dat de onderhavige overeenkomst het hiervoor onder (i) genoemde kenmerk ontbeert. Daarmee geeft het oordeel van het Hof blijk van een te beperkte uitleg van het begrip kredietarrangement. Een kredietarrangement als bedoeld in het Paraplukredietarrest voldoet aan het onder (i) genoemde criterium indien afzonderlijke, aan het arrangement deelnemende, concernvennootschappen door het arrangement in staat worden gesteld krediet op te nemen bij een niet tot het concern behorende schuldeiser. Voor de beoordeling of een arrangement voldoet aan de criteria van het Paraplukredietarrest, is niet van belang of het arrangement (mede) ertoe dient te voorkomen dat rente verschuldigd wordt indien een aan het arrangement deelnemende vennootschap een debetstand heeft op een bij de schuldeiser aangehouden bankrekening, terwijl deze debetstand gecompenseerd wordt door creditsaldi op bij die bank aangehouden rekeningen van andere aan het arrangement deelnemende vennootschappen. Evenmin is van belang of het arrangement voorziet in de mogelijkheid van een (geringe) rentevergoeding voor een deelnemende groepsvennootschap met een creditsaldo. Door aan deze omstandigheden belang te hechten is het Hof ook van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan. De overeenkomst voldoet ook aan het onder (i) aangeduide criterium. Daarom dient de bijzondere rechtsregel uit het Paraplukredietarrest toepassing te vinden. Die rechtsregel houdt in dat buiten aanmerking blijven uitgaven die hun oorsprong vinden in de aanvaarding van de aansprakelijkheid voor schulden van andere concernvennootschappen. Daarbij geldt niet de eis dat het concernverband met die vennootschappen nog bestaat op het tijdstip waarop de uit de aansprakelijkheid voortvloeiende lasten tot uitdrukking komen.

Uitspraak

ARREST

gewezen op het beroep in cassatie van de Staatssecretaris van Financiën tegen de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 26 oktober 2017, nr. 15/00467, op het hoger beroep van [X1] B.V. te [Z] (hierna: belanghebbende) tegen een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (nr. AWB 14/2979) betreffende de aan belanghebbende voor het jaar 2009 opgelegde aanslag in de vennootschapsbelasting en de voor dat jaar gegeven beschikking bedoeld in artikel 20b, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

De Staatssecretaris heeft tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld. Het beroepsschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Belanghebbende heeft een verweerschrift ingediend.

De Staatssecretaris heeft een conclusie van repliek ingediend.

Belanghebbende heeft een conclusie van dupliek ingediend.

De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 19 juni 2018 geconcludeerd tot het ongegrond verklaren van het beroep in cassatie (ECLI:NL:PHR:2018:738 met bijlage ECLI:NL:PHR:2018:739).

2. Beoordeling van het middel

2.1.

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1.

Belanghebbende en [X2] B.V. hielden elk 50 procent van de aandelen in Beheermaatschappij [C] B.V., die op haar beurt

middellijk of onmiddellijk (nagenoeg) alle aandelen hield in zes andere vennootschappen. Alle hier bedoelde vennootschappen samen vormden de [N]-groep (hierna: de groep). In 2008 en 2009 hebben belanghebbende en [X2] B.V. hun aandelenbelang in de overige vennootschappen (hierna: de dochtervennootschappen) verkocht aan derden. [X2] B.V. is de belanghebbende in de zaak met nummer 17/05714, waarin heden uitspraak wordt gedaan onder verwijzing naar de gronden vermeld in dit arrest.

2.1.2.

Elke tot de groep behorende vennootschap had op 1 augustus 2007 een afzonderlijke bankrekening bij de Rabobank (hierna: de bank). Op die datum zijn alle groepsvennootschappen ter zake van deze bankrekeningen een overeenkomst tot "rentecompensatie/saldooverrekening" aangegaan met de bank (hierna: de overeenkomst).

2.1.3.

De overeenkomst houdt in dat de bank op de bankrekeningen kredieten verstrekt en dat de hoogte van deze kredieten tezamen is beperkt tot het totaalbedrag van, kort gezegd, de aan de bank verpande creditsaldi op die rekeningen. Elke vennootschap heeft zich door middel van de overeenkomst hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor alle vorderingen die de bank uit hoofde van de overeenkomst heeft op de andere vennootschappen van de groep. Op grond van de overeenkomst is de bank bevoegd om creditsaldi van de vennootschappen te verrekenen met debetsaldi van andere vennootschappen, mits het betreft debet- en creditsaldi op in de overeenkomst betrokken bankrekeningen. Voorts is in de overeenkomst bepaald dat eventuele regresvorderingen van een vennootschap op een andere vennootschap worden achtergesteld bij alle vorderingen van de bank op de laatstbedoelde vennootschap.

2.1.4.

Enkele vennootschappen behoorden op 14 oktober 2009 niet meer tot de groep als gevolg van de verkoop van de aandelen in 2008. Deze vennootschappen hadden op 14 oktober 2009 negatieve banksaldi. Zij hebben die negatieve banksaldi niet aangezuiverd, ondanks diverse verzoeken van de bank. De bank heeft op 14 oktober 2009 gebruik gemaakt van de in de overeenkomst opgenomen mogelijkheid om rekeninghouders met positieve banksaldi, namelijk belanghebbende en [X2] B.V., hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de aanzuivering van voornoemde debetsaldi. Belanghebbende is aansprakelijk gesteld voor, in totaal, een bedrag van € 104.822. Op 14 oktober 2009 heeft de bank de overeenkomst ook opgezegd.

2.1.5.

Belanghebbende heeft in haar aangifte voor de vennootschapsbelasting voor het jaar 2009 het bedrag van € 104.822 in aftrek gebracht. De Inspecteur heeft die aftrek niet toegelaten.

2.2.

Het geschil voor het Hof betrof het antwoord op de vraag of de Inspecteur die aftrek terecht heeft geweigerd.

2.3.

Het Hof heeft die vraag ontkennend beantwoord. Het heeft daartoe geoordeeld dat het arrest van de Hoge Raad van 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520 (hierna: het parapluukredietarrest), in dit geval toepassing mist. Naar het oordeel van het Hof heeft de Inspecteur ook voor het overige niet aannemelijk gemaakt dat belanghebbende de overeenkomst vanwege aandeelhoudersmotieven is aangegaan. Tegen deze oordelen keert zich het middel.

2.4.

Bij de behandeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld. In het parapluukredietarrest is een bijzondere rechtsregel gegeven voor gevallen waarin (i) een vennootschap deelneemt aan een kredietarrangement waarin tevens wordt deelgenomen door andere vennootschappen van het concern waartoe die vennootschap behoort, en (ii) die vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle vorderingen die de bij het arrangement betrokken schuldeiser of schuldeisers uit hoofde van dat arrangement heeft of hebben op die andere vennootschappen, en voorts (iii) een regresvordering die uit die aansprakelijkheid ontstaat niet zal worden opgeëist zolang de gehele uit het arrangement voortvloeiende schuld niet is voldaan. In zodanige gevallen moet voor de heffing van vennootschapsbelasting ervan worden uitgegaan dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. In dergelijke gevallen vindt ten behoeve van de kredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk een consolidatie plaats. Daarbij stellen de desbetreffende vennootschappen de financiering met vreemd vermogen van de door hen in stand gehouden ondernemingen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen.

2.5.1.

In de bestreden uitspraak heeft het Hof geoordeeld dat de overeenkomst de hiervoor in 2.4 onder (ii) en (iii) vermelde eigenschappen bezit, doch het onder (i) genoemde kenmerk ontbeert. Het Hof heeft aan dat laatste oordeel ten grondslag gelegd dat de hoogte van de kredieten op grond van de overeenkomst beperkt is tot, kort gezegd, het totaalbedrag van de aan de bank verpande creditsaldi, zodat naar zijn oordeel geen sprake is van een kredietarrangement als bedoeld in het paraplukredietarrest.

2.5.2.

Daarmee geeft het oordeel van het Hof blijk van een te beperkte uitleg van het begrip kredietarrangement in de zin van het paraplukredietarrest. Een kredietarrangement als in dat arrest bedoeld, voldoet al aan het onder (i) genoemde criterium indien afzonderlijke, aan het arrangement deelnemende concernvennootschappen door het arrangement in staat worden gesteld krediet op te nemen bij een niet tot het concern behorende schuldeiser. Reeds door de mogelijkheid dat een concernvennootschap krediet opneemt onder het arrangement, lopen de overige deelnemende concernvennootschappen immers risico's in functie van het groepsbelang, en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen.

2.5.3.

Voor de beoordeling of een arrangement voldoet aan de criteria van het paraplukredietarrest, is niet van belang of het arrangement (mede) ertoe dient te voorkomen dat rente verschuldigd wordt indien een aan het arrangement deelnemende vennootschap een debetstand heeft op een bij de schuldeiser (een bank) aangehouden bankrekening, terwijl deze debetstand gecompenseerd wordt door creditsaldi op bij die bank aangehouden rekeningen van andere aan het arrangement deelnemende vennootschappen. Evenmin is van belang of het arrangement voorziet in de mogelijkheid van een (geringe) rentevergoeding voor een deelnemende groepsvennootschap met een creditsaldo. Ook door bij de beoordeling van de overeenkomst aan die omstandigheden belang te hechten, is het Hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

2.5.4.

Gelet op hetgeen in 2.5.2 en 2.5.3 is overwogen, slaagt het middel in zoverre.

2.6.

De bestreden uitspraak kan niet in stand blijven. Voor het overige behoeft het middel geen behandeling. De Hoge Raad kan de zaak afdoen.

De overeenkomst voldoet ook aan het hiervoor in 2.4 onder (i) aangeduide criterium. Daarom dient de bijzondere rechtsregel uit het paraplukredietarrest in dit geval toepassing te vinden.

Voor het Hof heeft belanghebbende verder gesteld dat de overeenkomst, zo die onzakelijk zou zijn, alsnog zakelijk is geworden toen de aandelen in de dochtervennootschappen aan derden werden verkocht. Belanghebbende heeft hieraan toegevoegd dat op het moment van verkoop geen sprake zou zijn van negatieve banksaldi. Het Hof is aan de behandeling van die stelling niet toegekomen. Die stelling kan belanghebbende niet baten, omdat de bijzondere rechtsregel uit het paraplukredietarrest inhoudt dat buiten aanmerking blijven uitgaven die hun oorsprong vinden in de aanvaarding van aansprakelijkheid voor de aldaar bedoelde schulden van andere concernvennootschappen. Daarbij geldt niet de eis dat het concernverband met die vennootschappen nog bestaat op het moment waarop de uit de aansprakelijkheid voortvloeiende lasten tot uitdrukking komen. De uitspraak van de Rechtbank moet daarom worden bevestigd.

3. Proceskosten

De Hoge Raad ziet geen aanleiding voor een veroordeling in de proceskosten.

4. Beslissing

De Hoge Raad:
verklaart het beroep in cassatie gegrond,
vernietigt de uitspraak van het Hof, en
bevestigt de uitspraak van de Rechtbank.

Voorgaande uitspraak

HOF 's-Hertogenbosch, Meerv. belastingk., 26 oktober 2017 (Nr. 15/0467)

Uitspraak

op het hoger beroep enz.;

1. (...)

4. Gronden

Ten aanzien van het geschil

4.1.

Belanghebbende stelt zich op het standpunt dat het bedrag waarvoor zij op grond van de overeenkomst door Rabobank aansprakelijk is gesteld, aftrekbaar is, aangezien zij deze overeenkomst op grond van zakelijke overwegingen is aangegaan. Belanghebbende heeft ter onderbouwing van dit standpunt aangevoerd dat de overeenkomst een overeenkomst van rentecompensatie en saldoverrekening betreft, waardoor het arrest van de Hoge Raad van 1 maart 2013, nr. 11/01985, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, toepassing mist.

4.2.

De Inspecteur heeft het tegendeel betoogd.

4.3.

Het Hof stelt voorop dat de zaak die aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad van 1 maart 2013, nr. 11/01985, ECLI:NL:HR:2013:BW6520 de situatie betreft waarin een kredietfaciliteit, bestemd voor het concern, is verstrekt aan de moedermaatschappij van het concern, terwijl de belanghebbende zich, evenals de andere concernmaatschappijen, hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor het volledige bedrag van het verleende krediet en de maatschappijen die aansprakelijk zijn gesteld slechts een regresvordering rest op medeschuldenaren indien de volledige schuld is voldaan. Zij verbinden zich tot hoofdelijke aansprakelijkheid op de grond dat zij tot de desbetreffende groep behoren, terwijl een directe tegenprestatie voor die hoofdelijke verbondenheid ontbreekt. De Hoge Raad heeft in voornoemd arrest het volgende overwogen:

“3.4.

Bij de beoordeling van de middelen stelt de Hoge Raad het volgende voorop. Een geval als het onderhavige kenmerkt zich daardoor dat (i) het gaat om een vennootschap die deelneemt aan een kredietarrangement waarin tevens wordt deelgenomen door andere vennootschappen van het concern waartoe die vennootschap behoort en (ii) waarbij die vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle vorderingen die de bij het arrangement betrokken schuldeiser of schuldeisers uit hoofde van dat arrangement heeft of hebben op die andere vennootschappen, en voorts (iii) een regresvordering die uit die aansprakelijkheid ontstaat niet zal worden opgeëist zolang de gehele uit het arrangement voortvloeiende schuld niet is voldaan. In een zodanig geval geldt bij de heffing van vennootschapsbelasting van die vennootschap dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. Immers, in een zodanig geval vindt ten behoeve van de kredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk een consolidatie plaats en stellen de desbetreffende vennootschappen de financiering van de door hen in stand gehouden ondernemingen met vreemd vermogen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen.

3.5.

Het hiervoor in 3.4 overwogene leidt tot de gevolgtrekking dat uitgaven van een vennootschap die hun oorsprong vinden in een aansprakelijkstelling als hiervoor omschreven bij de winstbepaling van die vennootschap buiten aanmerking blijven. De omstandigheid dat in de regel elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap daarvan voordeel heeft, direct – door de mogelijkheid om het krediet voor eigen aanwending aan te spreken – of indirect – door de positieve invloed die het arrangement heeft op de verschillende ondernemingsactiviteiten en daaruit voortvloeiende onderlinge betrekkingen tussen de vennootschappen in de ondernemingsuitoefening –, welke voordelen bij de bepaling van de winst van de desbetreffende vennootschap in aanmerking worden genomen, doet aan die gevolgtrekking niet af. Hoezeer ook het optreden van dergelijke voordelen wordt bevorderd door het behoren tot een groep, zij komen immers op in de uitoefening van de door de verschillende vennootschappen in stand gehouden ondernemingen.”.

4.4.

Evenals de belanghebbende uit voornoemde zaak heeft belanghebbende zich door middel van de overeenkomst hoofdelijk

aansprakelijk gesteld voor alle vorderingen die Rabobank uit hoofde van de overeenkomst heeft op andere groepsvennootschappen.

Op grond van de overeenkomst is Rabobank namelijk bevoegd om creditsaldi van belanghebbende te verrekenen met debetsaldi van andere leden van de [N]-groep, mits het debet- en creditsaldi op in de overeenkomst betrokken bankrekeningen betreft.

4.5.

Bovendien is in de overeenkomst (onder h) voorzien in een achterstelling van een eventuele regresvordering van belanghebbende op de andere groepsvennootschappen.

4.6.

Naar het oordeel van het Hof wijkt de onderhavige zaak echter feitelijk en rechtens af van de aan het voornoemde arrest ten grondslag liggende casus. Daardoor is de onderhavige overeenkomst niet aan te merken als een kredietarrangement waarop in dat arrest wordt gedoeld. De [N]-groep heeft, naar het Hof aannemelijk acht, met het sluiten van de overeenkomst niet beoogd om op groepsniveau gelden te lenen van Rabobank. Het Hof legt aan dit oordeel ten grondslag dat in de overeenkomst is opgenomen dat de hoogte van de "kredieten" beperkt is tot het totaalbedrag van de aan Rabobank verpande creditsaldi, verminderd met de door Rabobank voor rekening en risico van de [N]-groep aangegane verplichtingen.

4.7.

De onderhavige overeenkomst is daarentegen aan te merken als een overeenkomst tot verrekening van de saldi op alle bij de overeenkomst betrokken bankrekeningen. Op grond van de tekst van de overeenkomst, de door Rabobank met betrekking tot deze overeenkomst verstrekte inlichtingen en belanghebbendes reactie op deze inlichtingen, acht het Hof aannemelijk dat de overeenkomst, door middel van saldocompensatie tussen de diverse bij Rabobank aangehouden bankrekeningen, ertoe dient om te voorkomen dat de [N]-groep debetrente verschuldigd wordt indien een individuele vennootschap van deze groep een debetstand heeft op een bij Rabobank aangehouden bankrekening terwijl deze debetstand gecompenseerd wordt door creditsaldi op andere door de [N]-groep bij Rabobank aangehouden bankrekeningen. Voorts voorziet de onderhavige overeenkomst in de mogelijkheid van een (geringe) rentevergoeding voor een individuele groepsvennootschap met een creditsaldo.

4.8.

Gelet op het hierboven beschreven karakter van de onderhavige overeenkomst kan zij niet op één lijn worden gesteld met het kredietarrangement dat aan de orde was in het voornoemde arrest. Met de onderhavige overeenkomst kan immers ook door individuele groepsvennootschappen een voordeel worden behaald in de vorm van een besparing van debetrente, dan wel het ontvangen van creditrente, terwijl het bedoelde kredietarrangement erdoor wordt gekenmerkt dat er voor de verbonden groepsmaatschappij, niet-zijnde de moedermaatschappij/geldlener, geen direct voordeel aan dat arrangement is verbonden, maar wel het risico te worden aangesproken wegens hoofdelijke verbondenheid.

4.9.

Naar het oordeel van het Hof heeft de Inspecteur ook voor het overige niet aannemelijk gemaakt dat belanghebbende de overeenkomst vanwege aandeelhoudersmotieven is aangegaan. Het Hof legt aan dit oordeel ten grondslag dat de Inspecteur geen bewijsstukken heeft overgelegd waaruit blijkt dat belanghebbende ten tijde van het aangaan van de overeenkomst een zodanig betere liquiditeits- en solvabiliteitspositie had dan de (meeste) andere leden van de [N]-groep, waardoor, op dat moment, te voorzien was dat de kans op hoofdelijke aansprakelijkstelling groter was dan de kans dat de op haar naam staande bankrekening een debetsaldo zou vertonen en (dientengevolge) voor belanghebbende te voorzien was dat de overeenkomst, bezien vanuit haar individuele vennootschap, nadelig zou zijn. Gelet daarop heeft de Inspecteur niet aannemelijk gemaakt dat een onafhankelijke derde, die overigens in dezelfde positie zou verkeren als belanghebbende, de overeenkomst niet zou zijn aangegaan, althans ook niet zonder vaststelling van een op zakelijke grondslag bepaalde vergoeding.

4.10.

Aangezien de bewijslast met betrekking tot de onzakelijkheid van het sluiten van de overeenkomst op de Inspecteur rust en de Inspecteur, naar het oordeel van het Hof, niet voldaan heeft aan deze bewijslast, is het Hof van oordeel dat de Inspecteur ten onrechte de aftrek van het bedrag van € 104.822 heeft geweigerd.

Ten aanzien van immateriële schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn

4.11.

Belanghebbende heeft in de onderhavige zaak niet verzocht om vergoeding van immateriële schade. Een dergelijk verzoek

kan echter ook niet worden verlangd indien de redelijke termijn eerst verstrijkt na afloop van de termijn van zes weken voor het doen van uitspraak in hoger beroep, hetgeen in het onderhavige geval aan de orde is (zie hierna). Alsdan dient het Hof ambtshalve te beoordelen of de redelijke termijn is overschreden en zo nodig ambtshalve een vergoeding voor immateriële schade toekennen (*BNB 2016/140*, ov. 3.13.2), waarbij de duur van de totale procedure tot dusverre in ogenschouw wordt genomen (*BNB 2016/140*, ov. 3.13.3). Het Hof hanteert in dit verband als uitgangspunt dat de redelijke termijn voor die procedure tot dusverre (bezwaar, beroep en hoger beroep) vier jaar bedraagt.

4.12.

Het Hof heeft heden, 26 oktober 2017, uitspraak gedaan, terwijl de aan het einde van het onderzoek ter zitting aangekondigde uitspraakdatum 13 oktober 2016 was. Daarom zal het Hof de voornoemde ambtshalve beoordeling verrichten.

4.13.

Belanghebbende heeft bij schrijven van 19 september 2013 pro forma bezwaar gemaakt tegen de uitspraken op bezwaar van de Inspecteur. Dit pro forma bezwaarschrift is op 20 september 2013 ontvangen bij de Belastingdienst. Uitgaande van de voornoemde termijn van vier jaar, is in het onderhavige geval de redelijke termijn verstreken op 20 september 2017. Aangezien er naar het oordeel van het Hof geen sprake is van bijzondere omstandigheden die aanleiding zijn voor verlenging van de termijn, is de redelijke termijn in dit geval met – naar boven afgerond – een half jaar overschreden. Deze overschrijding is toerekenbaar aan de behandeling van het hoger beroep. Het Hof zal aan belanghebbende een vergoeding van immateriële schade toekennen van € 500 wegens de genoemde termijnoverschrijding, te betalen door de Staat (de Minister van Veiligheid en Justitie).

Slotsom

4.14.

De slotsom is dat het hoger beroep gegrond is. De uitspraak van de Rechtbank dient te worden vernietigd. Het Hof zal het beroep gegrond verklaren, de uitspraken op bezwaar van de Inspecteur vernietigen, de aanslag verminderen tot een aanslag berekend naar een belastbaar bedrag van nihil en het verlies vaststellen op een bedrag van € 76.847.

Ten aanzien van het griffierecht

4.15.

Aangezien de uitspraak van de Rechtbank wordt vernietigd, dient de Inspecteur aan belanghebbende het door haar ter zake van de behandeling van het beroep bij de Rechtbank en het hoger beroep bij het Hof betaalde griffierecht ten bedrag van € 328 respectievelijk € 497 te vergoeden.

Ten aanzien van de proceskosten

4.16.

Aangezien het door belanghebbende ingestelde hoger beroep gegrond is, acht het Hof termen aanwezig de Inspecteur te veroordelen tot betaling van een tegemoetkoming in de kosten die belanghebbende in verband met de behandeling van het beroep bij de Rechtbank en het hoger beroep bij het Hof redelijkerwijs heeft moeten maken.

4.17.

Daarbij wordt uitgegaan van 2 samenhangende zaken waarin belanghebbende en [X2] B.V. geheel of gedeeltelijk in het gelijk zijn gesteld. Dit betreft de onderhavige zaak ten name van belanghebbende met kenmerk 15/00467 en de zaak ten name van [X2] B.V. met kenmerk 15/00468.

4.18.

Het Hof stelt deze tegemoetkoming ter zake van de behandeling van het beroep bij de Rechtbank, mede gelet op het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht, op 2 (punten) x € 495 (waarde per punt) x 1 (factor gewicht van de zaak) x 1 (factor samenhangende zaken) is in totaal € 990.

4.19.

Het Hof stelt deze tegemoetkoming ter zake van de behandeling van het hoger beroep bij het Hof, mede gelet op het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht, op 2,5 (punten) x € 495 (waarde per punt) x 1 (factor gewicht van de zaak) x 1 (factor samenhangende zaken) is in totaal € 1.237,50.

4.20.

Gesteld noch gebleken is dat belanghebbende overige voor vergoeding in aanmerking komende kosten als bedoeld in

artikel 1 van het Besluit proceskosten bestuursrecht heeft gemaakt.

4.21.

Het Hof zal in deze zaak en in de zaak met kenmerk 15/00468 per zaak een proceskostenvergoeding toekennen van, in totaal, (€ 2.227,50 / 2=) € 1.113,75.

5. Beslissing

Het Hof:

- verklaart het hoger beroep gegrond,
- vernietigt de uitspraak van de Rechtbank,
- vernietigt de uitspraken van de Inspecteur,
- vermindert de aanslag tot een aanslag berekend naar een belastbaar bedrag van nihil,
- vermindert de beschikking heffingsrente dienovereenkomstig,
- stelt het verlies vast op een bedrag van € 76.847,
- veroordeelt de Staat (de Minister van Veiligheid en Justitie) tot vergoeding van immateriële schade, vastgesteld op € 500;
- gelast dat de Inspecteur aan belanghebbende het door deze ter zake van de behandeling van het beroep bij de Rechtbank en het hoger beroep bij het Hof betaalde griffierecht ten bedrage van, in totaal, € 825 vergoedt, en
- veroordeelt de Inspecteur in de kosten van het beding bij de Rechtbank en het Hof aan de zijde van belanghebbende, vastgesteld op, in totaal, € 1.113,75.

Voorgaande uitspraak

Uit het beroepschrift in cassatie van de staatssecretaris:

Als middel van cassatie draag ik voor:

Schending van het recht, met name van artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 en artikel 8 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en/of artikel 8:77 van de Algemene wet bestuursrecht, doordat het Hof heeft geoordeeld dat de onzakelijkheid van de aansprakelijkstelling van belanghebbende voor alle vorderingen die de bank uit hoofde van de overeenkomst heeft op andere groepsvennootschappen niet is komen vast te staan, nu de inspecteur onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een onafhankelijke derde – die overigens in dezelfde positie zou verkeren als belanghebbende – de overeenkomst niet zou zijn aangegaan, althans ook niet zonder vaststelling van een op zakelijke grondslag bepaalde (winstonafhankelijke) vergoeding, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen.

Toelichting op het middel

In het arrest van 1 maart 2013, nr. 11/01985, ECLI:NL:HR:2013:BW6520 (hierna: het parapluukrediet-arrest of het arrest) heeft de Hoge Raad het volgende geoordeeld:

3.4.

Bij de beoordeling van de middelen stelt de Hoge Raad het volgende voorop. Een geval als het onderhavige kenmerkt zich daardoor dat (i) het gaat om een vennootschap die deelneemt aan een kredietarrangement waarin tevens wordt deelgenomen door andere vennootschappen van het concern waartoe die vennootschap behoort en (ii) waarbij die vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle vorderingen die de bij het arrangement betrokken schuldeiser of schuldeisers uit hoofde van dat arrangement heeft of hebben op die andere vennootschappen, en voorts (iii) een regresvordering die uit die aansprakelijkheid ontstaat niet zal worden opgeëist zolang de gehele uit het arrangement voortvloeiende schuld niet is voldaan. In een zodanig geval geldt bij de heffing van vennootschapsbelasting van die vennootschap dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. Immers, in een zodanig geval vindt ten behoeve van de kredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk een consolidatie plaats en stellen de desbetreffende vennootschappen de financiering van de door hen in stand gehouden ondernemingen met vreemd vermogen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen.

3.5.

Het hiervoor in 3.4 overwogene leidt tot de gevolgtrekking dat uitgaven van een vennootschap die hun oorsprong vinden in

een aansprakelijkstelling als hiervoor omschreven bij de winstbepaling van die vennootschap buiten aanmerking blijven. De omstandigheid dat in de regel elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap daarvan voordeel heeft, direct – door de mogelijkheid om het krediet voor eigen aanwending aan te spreken – of indirect – door de positieve invloed die het arrangement heeft op de verschillende ondernemingsactiviteiten en daaruit voortvloeiende onderlinge betrekkingen tussen de vennootschappen in de ondernemingsuitoefening –, welke voordelen bij de bepaling van de winst van de desbetreffende vennootschap in aanmerking worden genomen, doet aan die gevolgtrekking niet af. Hoezeer ook het optreden van dergelijke voordelen wordt bevorderd door het behoren tot een groep, zij komen immers op in de uitoefening van de door de verschillende vennootschappen in stand gehouden ondernemingen.'

Terecht overweegt het Hof dat belanghebbende zich, evenals de belanghebbende in het paraplu-krediet-arrest, door middel van de overeenkomst hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor alle vorderingen die de bank uit hoofde van de overeenkomst heeft op andere groepsvennootschappen. Op grond van de overeenkomst is de bank bevoegd om creditsaldi van belanghebbende te verrekenen met debetsaldi van andere groepsvennootschappen, mits het debet- en creditsaldi op in de overeenkomst betrokken bankrekeningen betreft. Bovendien is in de overeenkomst (onder letter h) voorzien in een achterstelling van een eventuele regresvordering van belanghebbende op de andere groepsvennootschappen, aldus het Hof.

Naar het oordeel van het Hof wijkt de onderhavige zaak echter feitelijk en rechtens af van de aan het paraplu-krediet-arrest ten grondslag liggende casus. Het Hof meent namelijk dat de onderhavige overeenkomst niet is aan te merken als een kredietarrangement dat aan de orde was in genoemd arrest. In casu heeft het concern, naar het Hof aannemelijk acht, met het sluiten van de overeenkomst (waaruit de aansprakelijkstelling voortvloeit) niet beoogd om op groepsniveau gelden te lenen van de bank. Ik kan het Hof daarin niet volgen. Evenals de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in haar uitspraak van 13 januari 2015, nr. 14/02979, ECLI:NL:RBZWB:2015:94, heeft beslist, kan mijns inziens een kredietarrangement op één lijn kan worden gesteld met de mogelijkheid tot 'rood staan', zoals in de overeenkomst. Een negatief saldo op een rekening impliceert dat de groepsvennootschap voor dat bedrag een schuld heeft aan de bank en in zoverre geld leent van de bank. De Rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de omstandigheid dat er per saldo aan alle groepsvennootschappen samen geen gelden door de bank ter beschikking zijn gesteld, er niet toe leidt dat het arrest toepassing zou missen. Bovendien heeft te gelden dat ook wanneer de overeenkomst niet zou kwalificeren als een kredietarrangement omdat de overeenkomst niet beoogt om op groepsniveau gelden te lenen van een bank, de uit de overeenkomst voortvloeiende aansprakelijkstelling onzakelijk is vanwege de kenmerken van de overeenkomst.

Het Hof acht voor het niet op één lijn kunnen stellen van de overeenkomst met het kredietarrangement in het arrest voorts redengevend dat de overeenkomst verschilt van het kredietarrangement, in die zin dat individuele groepsvennootschappen met de overeenkomst een voordeel kunnen behalen – in de vorm van een besparing van debetrente, dan wel het ontvangen van creditrente – en met het kredietarrangement niet. Mijns inziens is die opvatting van het Hof niet juist, reeds omdat de daaraan ten grondslag liggende veronderstelling dat met het kredietarrangement door individuele groepsvennootschappen geen voordeel zou kunnen worden behaald, niet juist is. De Hoge Raad gaat er in r.o. 3.5. van het arrest van uit dat dit wel het geval kan zijn. Het behalen van (bepaalde directe en indirecte) voordelen door elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap doet echter naar het oordeel van de Hoge Raad niet af aan de gevolgtrekking dat uitgaven van een vennootschap, die hun oorsprong vinden in een aansprakelijkstelling als in het arrest omschreven, bij de winstbepaling buiten aanmerking blijven. De voordelen behaald door individuele groepsvennootschappen komen immers op in de uitoefening van de door de verschillende vennootschappen in stand gehouden ondernemingen, aldus de Hoge Raad.

Naar mijn mening vallen de door het Hof genoemde (rente)voordelen die door individuele groepsvennootschappen met de overeenkomst kunnen worden behaald onder de door de Hoge Raad bedoelde voordelen. Er wordt overigens pas rente vergoed indien en voor zover het gecombineerde saldo van de saldi op de rekeningen positief is. Ook voor een rentevoordeel dat een individuele groepsvennootschap kan behalen, geldt dat dit bij de bepaling van de winst van de desbetreffende vennootschap in aanmerking wordt genomen en dat dit voordeel opkomt in de uitoefening van de door de vennootschap in stand gehouden onderneming. De mogelijkheid van het behalen van een rentevoordeel door de individuele groepsvennootschappen doet er derhalve niet aan af dat de aansprakelijkstelling door belanghebbende zijn oorzaak vindt in de vennootschappelijke betrekkingen. Anders dan het Hof heeft beslist, meen ik dat de rechtsregels uit het paraplu-krediet-arrest ook in casu beslissend zijn voor de uitkomst van het geschil.

De Hoge Raad heeft in het paraplu-krediet-arrest in een geval waarin aan drie voorwaarden was voldaan geconcludeerd dat bij de heffing van vennootschapsbelasting van een vennootschap het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen (zie r.o. 3.4. van het arrest). De onderhavige kwestie spitst zich toe op de vraag of het door belanghebbende aanvaarden van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor het aanzuiveren van negatieve banksaldi van andere groepsvennootschappen zijn oorzaak vindt in de aanwezige vennootschapsrechtelijke betrekkingen. Naar mijn mening is dat het geval, omdat is voldaan aan de drie in r.o. 3.4. van het

arrest geformuleerde voorwaarden. Belanghebbende neemt namelijk samen met andere groepsvennootschappen deel aan de overeenkomst, stelt zich hoofdelijk aansprakelijk voor de negatieve banksaldi van de andere groepsvennootschappen en verkrijgt – nadat zij uit hoofde van de overeenkomst is aangesproken door de bank – een regresvordering op de (voormalige) groepsvennootschappen die is achtergesteld bij de vorderingen van de bank en geen waarde heeft (zie pagina 6 van het verweerschrift van de Inspecteur in eerste aanleg).

Belanghebbende stelt de saldooverrekeningsafpraak en het daarbij gelopen risico in functie van het groepsbelang en aanvaardt een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het door haar zelfstandig aantrekken van een financiering. De bankrekening van belanghebbende vertoonde, evenals de bankrekening van [X2] B.V., immers bij het aangaan van de overeenkomst in 2007 een aanzienlijk creditsaldo. Uitgaande van een creditsaldo bij belanghebbende en debetsaldi bij de andere groepsvennootschappen die betrokken waren bij de overeenkomst, was de overeenkomst voor belanghebbende en [X2] B.V. voorzienbaar nadeliger dan voor de andere groepsvennootschappen. Het andersluidende oordeel van het Hof dat niet aannemelijk is gemaakt dat het – kort samengevat – voor belanghebbende te voorzien was dat de overeenkomst, bezien vanuit haar individuele vennootschap, nadelig zou zijn acht ik onbegrijpelijk. In dit kader is relevant dat er slechts wanneer het gecombineerde saldo van de saldi op de rekeningen positief is er rente wordt vergoed. Gelet op de feiten en omstandigheden heeft belanghebbende een aansprakelijkheid op zich genomen die een onafhankelijke derde niet op zich zou hebben genomen en die zijn oorzaak vindt in de vennootschappelijke betrekkingen tussen belanghebbende en de andere vennootschappen.

Volledigheidshalve merk ik op dat ingeval van een aansprakelijkstelling zoals de onderhavige, die zich niet laat denken in een situatie zonder vennootschappelijke betrekkingen, geen vergoeding is vast te stellen die de aansprakelijkstelling zou kunnen verzakelijken. De mogelijkheid van een – onder voorwaarden – (geringe) rentevergoeding voor een individuele groepsvennootschap met een creditsaldo waarin de overeenkomst voorziet, kan in ieder geval een onevenwichtige risico-allocatie niet goedmaken.

Op grond van het vorenstaande ben ik van oordeel dat de uitspraak van het Hof niet in stand zal kunnen blijven.

Conclusie

Conclusie Advocaat-Generaal mr. Wattel:^[1]

1. Overzicht

1.1

Bij deze conclusie hoort een bijlage die ook hoort bij de zaak met nummer 17/04930^[2] waarin ik heden eveneens concludeer. In die bijlage behandel ik de voor die en de onderhavige twee zaken relevante vraag naar de betekenis en reikwijdte van uw Paraplukredietarrest,^[1] met name de vraag hoe dat arrest zich verhoudt tot uw onzakelijke-leningen-/onzakelijke-garantiesrechtspraak beperkt. De Staatssecretaris ziet een ruim toepassingsbereik van het Paraplukredietarrest, mede vanwege het zijns inziens onpraktische en discussiegevoelige (on)zakelijkheids criterium van de onzakelijke-leningrechtspraak (dat criterium is: was het uitgesloten dat een derde eenzelfde lening c.q. (krediet)garantie verstrekt zou hebben tegen een niet-winstafhankelijke vergoeding overigens gelijke voorwaarden en omstandigheden?).

1.2

Twee broers zijn directeur en enig aandeelhouder van respectievelijk [X1] B.V. en [X2] B.V., de belanghebbenden. Die BV's houden direct of indirect alle aandelen in zes vennootschappen en indirect 94,4% van de aandelen in een zevende vennootschap (tezamen: de [N]-groep). Alle tot deze groep behorende vennootschappen hadden op 1 augustus 2007 elk afzonderlijk eigen rekeningen bij de Rabobank. Op 1 augustus 2007 is de groep met die bank rentecompensatie en saldooverrekening overeengekomen ter zake van die tien bankrekeningen, kort gezegd inhoudende dat groepsvennootschappen rood kunnen staan, maar tezamen niet verder dan het gezamenlijke creditsaldo van de andere groepsvennootschappen, alleen rente wordt berekend op het saldo van alle rekeningen-courant en dat de bank de individuele rekening-courantsaldi met elkaar mag verrekenen en elk van de vennootschappen voor elk van de debetstanden kan aanspreken (die hun regresvordering en hun creditsaldi verpanden aan de bank). Kennelijk hebben de betrokken vennootschappen elkaar voor hun wederzijdse aansprakelijkheidsaanvaardingen geen vergoedingen betaald. In 2008 en 2009 hebben de belanghebbenden directe en indirecte deelnemingen verkocht aan derden.

1.3

Op 14 oktober 2009 hadden sommige van de vennootschappen negatieve banksaldi. Op die datum heeft de bank, nadat eerder geen gehoor was gegeven aan haar verzoeken om die negatieve saldi aan te zuiveren, de groepsvennootschappen met positieve saldi (de belanghebbenden) aansprakelijk gesteld voor de aanzuivering van de debetstanden. [X1] BV is

aansprakelijk gesteld voor € 104.822 en [X2] voor € 105.671. Op 14 oktober 2009 heeft de bank de negatieve saldi van enige – inmiddels verkochte – vennootschappen aangezuiverd door overboekingen vanuit de positieve saldi van de belanghebbenden. Zij hebben die bedragen als 'overig bijzondere lasten' in aftrek gebracht op hun fiscale winst 2009. Op het moment waarop de belanghebbenden werden aangesproken, waren de deelnemingen in de debetstand-vennootschappen waarvoor zij werden aangesproken al geleverd aan derden (zie 1.2). Hun regresvorderingen op die vennootschappen zijn kennelijk waardeloos.

1.4

In geschil is de aftrekbaarheid van de genoemde bedragen, met name de vraag of uw Paraplukredietarrest HR *BNB* 2013/109 meebrengt dat niet beoordeeld hoeft te worden of een niet van de winst van de debetstand-vennootschappen afhankelijke vergoeding kon worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, omdat de overeenkomst slechts binnen een concern denkbaar is en daarmee in de kapitaal- c.q. deelnemingssfeer ligt.

1.5

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant meende dat de overeenkomst met de bank beantwoordt aan de criteria van het Paraplukredietarrest, zodat de betaalde bedragen in de kapitaal-/deelnemingssfeer vallen en niet aftrekbaar zijn. Zij achtte niet relevant dat, anders dan in het Paraplukredietarrest, de bank op groepsniveau per saldo geen krediet aan de groep heeft verleend. Evenmin van belang achtte de Rechtbank dat de belanghebbenden pas door de bank zijn aangesproken ná verkoop van de aandelen in de debetstand-vennootschappen.

1.6

Op de hogere beroepen van de belanghebbenden heeft het Hof Den Bosch de uitspraken van de Rechtbank vernietigd. Zijns inziens is het geval van de belanghebbenden rechtens noch feitelijk vergelijkbaar met dat van het Paraplukredietarrest. De litigieuze overeenkomst is geen kredietarrangement zoals in dat arrest bedoeld omdat de totale debetstand niet hoger kan zijn dan het totaal van de aan bank verpande creditsaldi, verminderd met de door de bank voor rekening en risico van de groep aangegane verplichtingen. Ook overigens acht het Hof niet aannemelijk gemaakt dat de belanghebbenden de overeenkomst op grond van aandeelhoudersmotieven zijn aangegaan.

1.7

De Staatssecretaris meent primair dat wel degelijk aan de criteria van het Paraplukredietarrest is voldaan, en subsidiair dat de hoofdelijke aansprakelijkstelling op andere gronden onzakelijk moet worden geacht. Dat per saldo door de bank geen gelden aan de groep ter beschikking zijn gesteld, leidt er volgens hem niet toe dat de Paraplukredietarrestbenadering geen opgeld zou doen. Hij acht onjuist 's Hofs veronderstelling dat met een groepskredietarrangement door individuele groepsvennootschappen geen voordeel zou kunnen worden behaald.

1.8

Van groot belang lijkt mij in hoeverre de aansprakelijkheid van elke betrokken groepsvennootschap is beperkt. Is die beperkt tot haar eigen creditsaldo, dan is mijns inziens geen sprake van in beginsel onbeperkte risico-aanvaarding in functie van het groepsbelang en lijkt mij de overeenkomst niet onbestaanbaar in derdenverhoudingen. Hoe beperkt of onbeperkt in omvang de aansprakelijkheid is, hebben de feitenrechtters enigszins in het midden gelaten en de overeenkomst is er niet expliciet over. Enerzijds lijken de aansprakelijkheden niet verder beperkt te worden dan door het totaal van de *debetsaldi* (die zich volgens de overeenkomst slechts 'incidenteel' zouden voordoen); anderzijds is het verrekeningsrecht van de bank beperkt tot de *creditsaldi* en hebben de vennootschappen alleen hun *creditsaldi* (en eventuele regresvorderingen) aan de bank verpand.

1.9

's Hofs uitleg van de overeenkomst inhoudende dat (i) haar overwegende strekking was om te voorkomen dat 12% debetrente betaald zou moeten worden hoewel er tegelijk minstens even grote creditstanden waren waarop vrijwel niets werd vergoed, (ii) zij niet tot doel of effect had dat de bank (per saldo) een kredietfaciliteit aan het concern ter beschikking stelde, en (iii) de overeenkomst daarmee feitelijk noch rechtens vergelijkbaar is met het paraplukrediet-arrangement uit het gelijknamige arrest, sluit niet uit dat de overeenkomst desondanks slechts verklaard kan worden door het groepsbelang.

1.10

U kunt 's Hofs uitspraak aldus uitleggen dat hij deze *cash pooling* van kennelijk incidentele debetstanden ter voorkoming van debetrente niet onbestaanbaar achtte tussen derden tegen zakelijke voorwaarden en daarom geen handelen als aandeelhouder/dochter aannemelijk achtte (zie r.o. 4.9). Het Hof achtte kennelijk zelfs berekening van onderlinge *arm's length* vergoedingen niet nodig omdat hij de Inspecteur niet geslaagd achtte in het bewijs dat er tussen de vennootschappen significante verschillen in kansen op voor- en nadeel bestonden (zie r.o. 4.9). Dat lijkt mij geen onbegrijpelijk oordeel, dat

verweven is met uitleg van de overeenkomst en waardering van feiten die in cassatie niet ter beoordeling staan.

1.11

U kunt 's Hofs uitspraak ook lezen als onvoldoende gemotiveerd omdat hij vaag blijft over de vraag hoe (on)beheersbaar c.q. gelimiteerd de potentiële aansprakelijkheid voor de individuele groepsvennootschappen was. U zou dan moeten verwijzen naar de feitenrechter om dat uit te zoeken.

1.12

Uitgaande van de criteria die u stelde in het Paraplukredietarrest, zou ik geneigd zijn om te verwijzen, maar wellicht is dat niet nodig. De belanghebbenden hebben subsidiair het standpunt in hoger beroep ingenomen dat de overeenkomst, zo zij qua aansprakelijkheidsaanvaarding niet zakelijk zou zijn, alsnog zakelijk is geworden toen de aandelen in de latere debetstand-vennootschappen werden verkocht aan derden, nu vervreemding aan derden per definitie zakelijk is.

1.13

De Staatssecretaris kan toegegeven worden dat onduidelijk is waaróm de belanghebbenden nog steeds saldooverrekeningsplichtig waren na die verkoop en dat dit bevreemding wekt. Ik zie drie mogelijkheden: (i) men is domweg vergeten de overeenkomst met de bank tijdig op te zeggen of aan te passen; (ii) in de verkoopprijs is een vergoeding begrepen voor de garantie, of (iii) men is er (nog steeds) van uitgegaan dat het verrekeningsrisico gelijkelijk twee kanten op werkte, zodat er geen vergoeding of korting voor berekend hoefde te worden. Welke van de drie ook de juiste is, alle drie lijken mij zakelijk, de tweede en de derde per definitie (rationele overeenkomst met een derde), en ook de eerste omdat ook een domme transactie met een derde waarbij iets vergeten is waar die derde zich achteraf over kan verkneukelen, zakelijk is. Zakelijk is niet hetzelfde als slim, handig of opportuun. Ook gênante blunders, flaters, stomiteiten en misrekeningen zijn zakelijk als ze zich bij de totstandkoming van transacties met (alserter) derden voordoen.

1.14

Ik meen daarom dat het middel niet tot cassatie leidt.

2. De feiten en het geding in feitelijke instanties

De feiten

2.1

[A] is directeur en enig aandeelhouder van [X1] BV. Zijn broer [B] is directeur en enig aandeelhouder van [X2] BV. Die BV's hielden elk een 50% belang in Beheermaatschappij [C] BV. Via [C] hielden zij voorts alle aandelen in: (i) Beheermaatschappij [F] BV, (ii) [H] BV, (iii) [I] Beheer BV, (iv) [J] BV, en (v) [K] NV, en voorts (vi) 94,4% in [L] BV. [X1] BV en [X2] BV (de belanghebbenden) vormden samen met de genoemde direct en indirect gehouden vennootschappen de [N]-groep.

2.2

De aandelenbelangen in de sub (i), (ii), (iii), (iv) en (vi) genoemde vennootschappen zijn in 2008 verkocht aan derden. In 2009 hebben de belanghebbenden vervolgens ook hun belang in [C] en daarmee ook het middellijke belang in [K] verkocht aan derden.

2.3

Alle genoemde tot de [N]-groep behorende vennootschappen hadden op 1 augustus 2007 elk een afzonderlijke zakelijke bankrekening bij de Rabobank. Op 1 augustus 2007 is de groep met die bank rentecompensatie en saldooverrekening (*cash pooling*) ter zake van die tien bankrekeningen overeengekomen (de overeenkomst). De debetrente op de saldi bedroeg 12% per jaar en de creditrente 0,25% per jaar. De Hofuitspraak citeert een deel van die overeenkomst (zie r.o. 2.7). Ik citeer daarvan enige onderdelen:

"(...)

Krediet, saldooverrekening en verpanding creditsaldi

- a. De bank verstrekt vanaf de ingangsdatum tot wederopzegging aan de rekeninghouder kredieten op de rekeningen. Het is de bedoeling dat van deze kredieten slechts incidenteel gebruik wordt gemaakt. De hoogte van deze kredieten samen is beperkt tot het totaalbedrag van de rechtsgeldig als eerste in rang aan de bank verpande creditsaldi op de rekening(en) verminderd met de door de bank voor rekening en risico van de rekeninghouder aangegane verplichtingen. De bank is altijd bevoegd limieten voor deze kredieten vast te stellen en/of te wijzigen.

- b. Iedere rekeninghouder stelt zich jegens de bank – die dit aanneemt – voor iedere andere rekeninghouder genoemd in deze overeenkomst, hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van het door een rekeninghouder aan de bank verschuldigde uit hoofde van een debetsaldo op een rekening en verbindt zich jegens de bank het verschuldigde op eerste verzoek van de bank te betalen.
- c. De bank is altijd bevoegd creditsaldi op een of meer rekeningen ten name van een rekeninghouder geheel of gedeeltelijk te verrekenen met debetsaldi op een of meer rekeningen ten name van een rekeninghouder. De bank is altijd bevoegd en daartoe met het recht van substitutie onherroepelijk gevolmachtigd door de rekeninghouder om bedragen over te boeken naar elke rekening naar keuze van de bank. Dit laat onverlet de rechten van de bank op grond van artikel 19 van de Algemene Bankvoorwaarden.

(...)

- e. De rekeninghouder verpand hierbij – zoals overeengekomen – aan de bank, tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen de bank volgens haar administratie van de rekeninghouder uit hoofde van vermelde krediet(en) alsmede uit welken hoofde dan ook te vorderen heeft of zal hebben het creditsaldo op elke rekening. Het pandrecht strekt zich tevens uit tot toekomstige renteaanspraken en creditsaldi op elke rekening. Hierbij wordt het pandrecht tevens meegedeeld aan de bank.
- f. De bank als pandhoudster verleent tot nader order de betrokken rekeninghouder toestemming te beschikken over de in deze akte aan de bank verpande creditsaldi geadmistreerd op de rekening(en) ten name van die betrokken rekeninghouder indien en voorzover het totaalbedrag van de verrekenbare en rechtsgeldige als eerste in rang aan de bank verpande creditsaldi groter is dan het totaalbedrag van debetsaldi op de rekening(en) vermeerderd met de door de bank voor rekening en risico van de rekeninghouder aangegane verplichtingen. De bank is bevoegd deze toestemming altijd in te trekken, of daaraan voorwaarden te verbinden.
- g. Het bepaalde in de in deze overeenkomst toepasselijk verklaarde Algemene voorwaarden voor de rekening-courant van de Rabobank geldt eveneens voor het(de) krediet(en).
- h. (...) De rekeninghouder stelt nu reeds voor alsdan eventuele vorderingen uit hoofde van regres achter op al hetgeen de bank van rekeninghouder te vorderen heeft of mocht hebben uit welken hoofde dan ook. Tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen de bank blijkens haar administratie van de rekeninghouder te vorderen heeft en/of zal hebben, ongeacht uit welken hoofde, verpandt de rekeninghouder – zoals overeengekomen – bij voorbaat aan de bank, die dit pandrecht aanneemt, de eventuele vorderingen uit hoofde van regres. De rekeninghouder verklaart, dat deze verpanding aan hem is medegedeeld en dat hij zich dienovereenkomstig zal gedragen. Onder achterstelling wordt verstaan: de verplichting om geen (gehele of gedeeltelijke) betaling van de achtergestelde vordering(en) en de daarover verschuldigde rente aan te nemen, deze vordering(en) en de daarover verschuldigde rente niet in verrekening te brengen, niet te vervreemden of te bezwaren, niet nogmaals achter te stellen en geen zekerheid voor deze vordering(en) en de rente te accepteren van (een van) de schuldenaar(schuldenaren) van die achtergestelde vordering(en).
- j. Rekeninghouder doet hierbij – voor zover van toepassing – afstand van het recht om van de bank te verlangen, dat eerst (overige) zekerheden gesteld voor de verplichtingen van de rekeninghouder worden uitgewonnen voordat de bank de rekeninghouder kan aanspreken.
- k. De rekeninghouder stemt ermee in, dat de bank hem kan aanspreken zonder dat mededeling daarvan aan of enige ingebrekestelling van de rekeninghouder is vereist en zonder dat de rekeninghouder in de nakoming van zijn verplichtingen is tekortgeschoten.

(...)”

2.4

Op 14 oktober 2009 hadden sommige groepsvennootschappen negatieve banksaldi. Op die datum heeft de bank, nadat geen gehoor was gegeven aan haar verzoeken om die negatievealdi aan te zuiveren, de rekeninghouders met positieve banksaldi (de belanghebbenden) hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de aanzuivering. De belanghebbenden zijn aansprakelijk gesteld voor respectievelijk € 104.822 ([X1] BV) en € 105.671 ([X2] BV). De bank heeft bij brief van 14 oktober 2009 aan [G] BV en de broers laten weten de negatievealdi te hebben aangezuiverd ten laste van de rekeningen van de belanghebbenden.^[2] De belanghebbenden hebben de desbetreffende bedragen als ‘overig bijzondere lasten’ in aftrek gebracht op hun fiscale winst 2009.

2.5

Onduidelijk is (mij) waarom de overeenkomst met de bank niet is opgezegd of aangepast ter gelegenheid van de verkoop aan derden van de belangen in de vennootschappen die debet bleken te staan. In het dossier heb ik geen aandelenoverdrachtsovereenkomst(en) aangetroffen. De belanghebbenden stellen dat (i) de saldooverrekening door hen niet was voorzien en geen invloed heeft gehad op de koopsom voor of de waarde van de verkochte aandelen^[3] en (ii) zij geen regres hebben omdat de vervreemde vennootschappen wier debetstanden zij hebben moeten compenseren inmiddels ontbonden zijn, althans geen verhaal bieden.^[4] De Inspecteur acht dat minder duidelijk.^[5]

"Wat betreft de regresvordering van belanghebbenden op de vervreemde vennootschappen mag ik er redelijkerwijs van uitgaan dat die zal zijn verrekend in de verkoopprijs van de aandelen; het gaat in dat geval – de redenering van belanghebbenden volgend – toch om transacties in het zakelijke verkeer tussen onafhankelijke derden. De vordering is met het voldoen van de koopprijs dus afgelost.

(...)

Over de liquidatie van een of meer dochtervennootschappen hebben belanghebbenden zich niet specifiek uitgelaten, zodat ik – alleen al bij gebreke aan kennis over het precieze jaar van liquidatie – daarover geen definitieve conclusie meen te kunnen nemen. Liquidatie heeft mogelijk eerst plaatsgehad na het opzeggen van de overeenkomst door Rabobank. Ik concludeer dat belanghebbenden niet aannemelijk hebben gemaakt dat aandelenoverdracht of liquidatie tot een afwaardering leidt die ten laste komt van het fiscale resultaat."

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant⁶¹

2.6

De belanghebbenden stelden in beroep dat de overeenkomst met de bank niet voldoet aan de criteria van uw Paraplukredietarrest en dat de onderlinge garanties ook tussen derden overeengekomen hadden kunnen worden tegen winstonafhankelijke vergoedingen. De Rechtbank meende echter dat wél wordt voldaan aan die criteria en plaatste de betalingen daarom in de niet-aftrekbare kapitaal/deelnemingssfeer. Zij achtte niet relevant dat (i) per saldo door de bank geen lening aan de groep werd verstrekt en (ii) de belanghebbenden pas zijn aangesproken ná de vervreemding van de belangen in de vennootschappen voor wier debetstand zij mede aansprakelijk waren. Zij overwoog in twee – op de namen en de bedragen na – gelijk luidende uitspraken als volgt:

"4.3

(...) De rechtbank merkt daarbij op dat een kredietarrangement naar haar oordeel op één lijn dient te worden gesteld met de mogelijkheid om 'rood staan', zoals in onderhavige overeenkomst. De omstandigheid dat, anders dan in het [paraplukrediet-]arrest, er per saldo aan alle groepsvennootschappen samen, geen gelden door de Rabobank ter beschikking zijn gesteld, leidt er naar het oordeel van de rechtbank niet toe dat het arrest hier toepassing mist. Door zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de negatieve banksaldi van andere vennootschappen binnen het concern, heeft belanghebbende naar het oordeel van de rechtbank een debiteurenrisico genomen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. De omstandigheid dat de overeenkomst belanghebbende recht gaf op een rentevergoeding van 0,25% over haar positieve banksaldo maakt dit niet anders. Ook de omstandigheid dat het onderlinge betalingsverkeer tussen de groepsvennootschappen als gevolg van de overeenkomst werd vergemakkelijkt, kan niet tot een ander oordeel leiden. Anders dan belanghebbende kennelijk meent, dient niet beoordeeld te worden of de [N]-groep voordeel heeft gehad, maar vindt de toets of zakelijk is gehandeld op het niveau van belanghebbende plaats. Ter zitting heeft belanghebbende gesteld dat een dergelijke overeenkomst ook door onafhankelijke praktijkvennootschappen wordt gesloten. Nu belanghebbende deze stelling op geen enkele wijze nader heeft onderbouwd, gaat de rechtbank hieraan voorbij.

4.4.

De rechtbank acht niet van belang dat belanghebbende pas door de Rabobank is aangesproken na verkoop van de aandelen in de (klein)dochtervennootschappen. De rechtbank is van oordeel dat gezien het bepaalde in de overeenkomst een onafhankelijke derde deze overeenkomst onder deze voorwaarden en omstandigheden niet zou zijn aangegaan. Dat belanghebbende pas is aangesproken door de Rabobank nadat de aandelen in de vennootschappen die 'rood stonden' zijn verkocht, doet aan het voorgaande niet af. De inspecteur heeft terecht het bedrag van € 104.822 [resp. € 105.671; PJW] niet als kostenpost geaccepteerd."

2.7

Ligthart (*NTFR* 2015/1533) becommentarieerde deze uitspraak als volgt:

"Wat opvalt is dat de rechtbank, hoewel zij de overeenkomst uiteindelijk toetst aan de criteria uit het Paraplufinancierings-arrest, in r.o. 4.1 de onzakelijke garantstelling vooropstelt, zijnde een garantstelling waarbij de moedervennootschap een debiteurenrisico loopt dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, ook niet tegen een hogere vergoeding. Daarmee lijkt de rechtbank te refereren aan de onzakelijkeleningjurisprudentie en het meer recente Borgstellings-arrest (HR 17 oktober 2014, nr. 14/00955, *NTFR* 2014/2659). Naar ik meen, vormen de criteria uit de onzakelijkeleningjurisprudentie (die ook zijn doorgetrokken naar situaties waarin sprake is van een borgstelling) géén houvast voor concernfinancieringen als bedoeld in het Paraplufinancierings-arrest en voor garantstellingen in het algemeen. De al dan niet aanwezigheid van een niet-winstdelende vergoeding, c.q. een zakelijke beprijzing, is in het Paraplufinancierings-arrest zonder betekenis gebleven. Dit element heeft de Hoge Raad weliswaar voor leningen en borgstellingen vooropgesteld, maar de vraag of (en in welke mate) een aangegane transactie is gelegen in de aandeelhouderssfeer, c.q. sprake is van een handelen van de aandeelhouder als zodanig, kan via meer wegen worden beantwoord. Meer in het algemeen geldt dat een transactie, die is

gestoeld op de (...) vennootschapsrechtelijke betrekkingen, niet kan worden 'verzakelijkt' via een aanpassing van de bijbehorende vergoeding (evenmin als een onzakelijke vergoeding zonder meer met zich brengt dat de transactie als zodanig onzakelijk is).

Een rechtshandeling die slechts zijn oorzaak vindt in het aandeelhouderschap als zodanig, ligt met al zijn gevolgen in de kapitaalsfeer, zo is beslist in het Garantievrijwarings-arrest (HR 12 december 2003, nr. 38.124, *NTFR* 2003/2112). Van der Geld merkt in zijn noot bij dit arrest in *BNB* 2004/265 op dat dit impliceert dat er weinig ruimte is voor het überhaupt duiden van rechtshandelingen als thuishorend in de kapitaalsfeer; alleen kapitaalmutaties en dividenden zijn zo hecht verbonden aan het aandeelhouderschap als zodanig dat zij in de kapitaalsfeer gesitueerd moeten worden. In alle andere gevallen is sprake van rechtshandelingen die zich ook in niet-gelieerde situaties laten denken. Naar ik meen, moet de term 'kapitaalsfeer' niet zo strikt worden geïnterpreteerd als Van der Geld doet en kan voor 'kapitaalsfeer' in dit kader 'aandeelhoudersfeer' worden gelezen. Daar komt bij dat het bij 'een handelen van de aandeelhouder als zodanig' niet alleen om het karakter van de rechtshandeling gaat als ook om de achterliggende motieven die aan een bepaalde handeling ten grondslag liggen."

Het Hof 's-Hertogenbosch⁷¹

2.8

Anders dan de Rechtbank, meende het Hof dat de gevallen van de belanghebbenden rechtens en feitelijk afwijken van het geval in het Paraplukredietarrest omdat de litigieuze overeenkomst geen vergelijkbaar concernkrediet inhoudt:

"4.4.

Evenals de belanghebbende uit voornoemde zaak [het paraplukredietarrest; PJW] heeft belanghebbende zich door middel van de overeenkomst hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor alle vorderingen die Rabobank uit hoofde van de overeenkomst heeft op andere groepsvennootschappen. Op grond van de overeenkomst is Rabobank namelijk bevoegd om creditsaldi van belanghebbende te verrekenen met debetsaldi van andere leden van de [N]-groep, mits het debet- en creditsaldi op in de overeenkomst betrokken bankrekeningen betreft.

4.5.

Bovendien is in de overeenkomst (onder h) voorzien in een achterstelling van een eventuele regresvordering van belanghebbende op de andere groepsvennootschappen.

4.6.

Naar het oordeel van het Hof wijkt de onderhavige zaak echter feitelijk en rechtens af van de aan het voornoemde arrest ten grondslag liggende casus. Daardoor is de onderhavige overeenkomst niet aan te merken als een kredietarrangement waarop in dat arrest wordt gedoeld. De [N]-groep heeft, naar het Hof aannemelijk acht, met het sluiten van de overeenkomst niet beoogd om op groepsniveau gelden te lenen van Rabobank. Het Hof legt aan dit oordeel ten grondslag dat in de overeenkomst is opgenomen dat de hoogte van de "kredieten" beperkt is tot het totaalbedrag van de aan Rabobank verpande creditsaldi, verminderd met de door Rabobank voor rekening en risico van de [N]-groep aangegane verplichtingen.

4.7.

De onderhavige overeenkomst is daarentegen aan te merken als een overeenkomst tot verrekening van de saldi op alle bij de overeenkomst betrokken bankrekeningen. Op grond van de tekst van de overeenkomst, de door Rabobank met betrekking tot deze overeenkomst verstrekke inlichtingen en belanghebbendes reactie op deze inlichtingen, acht het Hof aannemelijk dat de overeenkomst, door middel van saldocompensatie tussen de diverse bij Rabobank aangehouden bankrekeningen, ertoe dient om te voorkomen dat de [N]-groep debetrente verschuldigd wordt indien een individuele vennootschap van deze groep een debetstand heeft op een bij Rabobank aangehouden bankrekening terwijl deze debetstand gecompenseerd wordt door creditsaldi op andere door de [N]-groep bij Rabobank aangehouden bankrekeningen. Voorts voorziet de onderhavige overeenkomst in de mogelijkheid van een (geringe) rentevergoeding voor een individuele groepsvennootschap met een creditsaldo.

4.8.

Gelet op het hierboven beschreven karakter van de onderhavige overeenkomst kan zij niet op één lijn worden gesteld met het kredietarrangement dat aan de orde was in het voornoemde arrest. Met de onderhavige overeenkomst kan immers ook door individuele groepsvennootschappen een voordeel worden behaald in de vorm van een besparing van debetrente, dan wel het ontvangen van creditrente, terwijl het bedoelde kredietarrangement erdoor wordt gekenmerkt dat er voor de verbonden groepsmaatschappij, niet-zijnde de moedermaatschappij/geldlener, geen direct voordeel aan dat arrangement is verbonden, maar wel het risico te worden aangesproken wegens hoofdelijke verbondenheid."

2.9

De Inspecteur heeft volgens het Hof ook overigens niet aannemelijk gemaakt dat de belanghebbenden de overeenkomst op grond van aandeelhoudersmotieven zijn aangegaan:

“4.9.

Naar het oordeel van het Hof heeft de Inspecteur ook voor het overige niet aannemelijk gemaakt dat belanghebbende de overeenkomst vanwege aandeelhoudersmotieven is aangegaan. Het Hof legt aan dit oordeel ten grondslag dat de Inspecteur geen bewijsstukken heeft overgelegd waaruit blijkt dat belanghebbende ten tijde van het aangaan van de overeenkomst een zodanig betere liquiditeits- en solvabiliteitspositie had dan de (meeste) andere leden van de [N]-groep, waardoor, op dat moment, te voorzien was dat de kans op hoofdelijke aansprakelijkstelling groter was dan de kans dat de op haar naam staande bankrekening een debetsaldo zou vertonen en (dientengevolge) voor belanghebbende te voorzien was dat de overeenkomst, bezien vanuit haar individuele vennootschap, nadelig zou zijn. Gelet daarop heeft de Inspecteur niet aannemelijk gemaakt dat een onafhankelijke derde, die overigens in dezelfde positie zou verkeren als belanghebbende, de overeenkomst niet zou zijn aangegaan, althans ook niet zonder vaststelling van een op zakelijke grondslag bepaalde vergoeding.”

Commentaren op de Hofuitspraak

2.10

Rijff (*NTFR 2017/3053*) acht onbeslist de vraag of 's Hof's kennelijke uitgangspunt juist is dat u met 'voordelen' in het Paraplukredietarrest niet doelde op rentestandvoordelen, nu u die niet noemde maar wel uitdrukkelijk op andere voordelen van het arrangement inging:

“De Hoge Raad oordeelde in r.o. 3.5 van dit arrest dat het behalen van bepaalde directe en indirecte voordelen, die worden bevorderd door het behoren tot een groep, aan dit oordeel niet afdoet. Dergelijke voordelen komen op in de uitoefening van de diverse tot de groep behorende ondernemingen. Het hof legt de overeenkomst tot 'rentecompensatie/saldooverrekening' langs de hiervoor genoemde kenmerken uit het 'Paraplufinancieringsarrest' en oordeelt dat de onderhavige overeenkomst niet op één lijn kan worden gesteld met de kredietovereenkomst uit het arrest. De omstandigheid die het hof hiervoor noemt is dat met de onderhavige overeenkomst rentevoordelen kunnen worden behaald, terwijl aan de kredietovereenkomst in het 'Paraplufinancieringsarrest' geen direct voordeel was verbonden. Het hof schaaft rentevoordelen dus niet onder de in r.o. 3.5 genoemde voordelen van het 'Paraplufinancieringsarrest'. Het is echter maar de vraag of de conclusie van het hof, dat de term voordelen in r.o. 3.5 van het arrest geen rentevoordelen omvat, juist is. Kan het hebben van rentevoordeel bewerkstelligen dat het aanvaarden van de hoofdelijke aansprakelijkheid niet zijn oorzaak vindt in de vennootschappelijke betrekkingen? Dit is mijns inziens na het 'Paraplufinancieringsarrest' een nog openstaande vraag, maar het lijkt mij niet onwaarschijnlijk.”

2.11

Bruins Slot (*NLF 2017/2860*) meent dat het Hof ten onrechte het Paraplukredietarrest terzijde heeft gelegd, maar ook dat u met dat arrest wellicht iets te ver bent doorgeschoten in het uitschakelen van de *arm's length* test bij garanties binnen concerns:

“In het Paraplukrediet-arrest was de Hoge Raad zich bewust van het feit dat de groepsmaatschappijen die zich over en weer voor de voldoening van ieders schuld hoofdelijk aansprakelijk stelden, ook voordeel bij die overeenkomst hadden. 'Direct – door de mogelijkheid om het krediet voor eigen aanwending aan te spreken – of indirect – door de positieve invloed die het arrangement heeft op de verschillende ondernemingsactiviteiten en daaruit voortvloeiende onderlinge betrekkingen tussen de vennootschappen in de ondernemingsuitoefening.' Die voordelen werden door de Hoge Raad bij de beoordeling van het zakelijke karakter van de garantstelling niet in beschouwing genomen omdat zij opkwamen 'in de uitoefening van de door de verschillende vennootschappen in stand gehouden ondernemingen'. In mijn optiek is deze motivering enigszins vaag: valt er bijvoorbeeld ook het voordeel onder dat de groepsmaatschappijen door de groepsfinanciering goedkoper kunnen lenen dan in het geval zij ieder voor zich financiering zouden moeten aanvragen? Of het voordeel dat iedere groepsmaatschappij goedkoper kan lenen nu andere groepsmaatschappijen hoofdelijk aansprakelijk zijn? Zo nee, dan hoort u mij niet verder, maar als deze voordelen er wel onder vallen kun je toch niet zeggen dat ze opkomen 'in de uitoefening van de door de verschillende vennootschappen in stand gehouden ondernemingen'? Dan komen ze direct op uit de garantstelling. In dat geval moet de zakelijkheid van de garantstelling dus worden beoordeeld met inachtneming van de daaruit ook voortvloeiende voordelen. Wat mij betreft zou de Hoge Raad dan met het Paraplukrediet-arrest iets te ver zijn doorgeschoten.

Het belang van het Paraplukrediet-arrest voor de onderhavige casus

Zolang het antwoord op mijn hierboven gestelde vraag niet gegeven is, blijft het wat mij betreft onzeker of het Hof het in de

voorzittende casus bij het rechte – door de Hoge Raad aangereikte – eind heeft. Enerzijds omdat het Hof mijns inziens het Paraplukrediet-arrest ten onrechte terzijde legt en anderzijds omdat het niet zeker is of de Hoge Raad de voordelen die de groepsmaatschappijen hebben bij de garantstellingsbepaling in de overeenkomst van rentecompensatie/saldooverrekening, zou zien als voordelen uit de in stand gehouden ondernemingen of als voordelen uit hoofde van de garantstelling. Is het eerste het geval, dan is het oordeel van het Hof in mijn optiek begrijpelijk maar in strijd met het Paraplukrediet-arrest. Is het tweede het geval, dan is het oordeel van het Hof niet alleen begrijpelijk maar ook juist.”

2.12

Ook de redactie van *FutD* (2017/2869) speculeert over de reikwijdte van het Paraplukredietarrest en de vraag of het Hof dat arrest terecht terzijde heeft gelegd:

“Naar aanleiding van het “paraplufinancieringsarrest” van 1 maart 2013 (... *FutD* 2013-0568 ...) viel op dat de Hoge Raad bij de duiding van die kredietfaciliteit – in tegenstelling tot de duiding van daadwerkelijke geldverstrekkingen (“onzakelijke leningen”) – niet de eis stelde dat een derde niet bereid zou zijn geweest een soortgelijke garantie te verstrekken tegen een niet-winstafhankelijke vergoeding. Daarmee heeft dit arrest tot gevolg dat altijd sprake is van een afwikkeling in de kapitaalsfeer als wordt voldaan aan de drie voorwaarden die door de Hoge Raad in dat arrest worden benoemd. Daarom is voor de praktijk relevant te weten welke kredietovereenkomsten wel, en welke niet onder de reikwijdte van het paraplufinancieringsarrest zijn te plaatsen.

Het is geruststellend dat Hof Den Bosch, in afwijking van Rechtbank Zeeland-West-Brabant, tot de conclusie komt dat een overeenkomst van “rentecompensatie en saldooverrekeningen”, waarmee (1) feitelijk niet beoogd is op groepsniveau vreemd vermogen aan te trekken en (2) waaruit ook rentevoordelen kunnen vloeien, niet aan de door de Hoge Raad in het paraplufinancieringsarrest gestelde criteria voldoet.

Wij plaatsen echter wel vraagtekens bij het tweede argument van Hof Den Bosch over de met de overeenkomst gepaard gaande mogelijke rentevoordelen, aangezien de Hoge Raad in het paraplufinancieringsarrest (in r.o. 3.5) juist uitdrukkelijk besliste dat de omstandigheid dat elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap daarvan voordeel heeft, niet aan de gevolgtrekking afdoet dat het betreffende kredietarrangement haar oorzaak vindt in groepsoverwegingen. Het eerste argument van Hof Den Bosch – dat met de overeenkomst in feite geen vreemd vermogen wordt aangetrokken – lijkt ons echter al voldoende om te beslissen dat het paraplufinancieringsarrest in dit geval toepassing mist.

Als het paraplufinancieringsarrest niet van toepassing is, dan kan de inspecteur uiteraard alsnog betogen dat aandeelhoudersmotieven doorslaggevend waren geweest bij het aangaan van de overeenkomst. De inspecteur draagt de bewijslast dat dit het geval is. In deze zaak slaagde de inspecteur er niet in om aannemelijk te maken dat het op het moment van aangaan van de overeenkomst voorzienbaar zou zijn dat de overeenkomst nadelig zou uitpakken. Het Hof besliste op basis van de liquiditeits- en solvabiliteitspositie van de bij de overeenkomst betrokken partijen dat de kans op toekomstig nadeel voor BV X en BV Y niet groter was in te schatten dan de kans op toekomstig voordeel. In deze economische benadering van de feiten en omstandigheden op het moment van aangaan van de overeenkomst kunnen wij ons goed vinden.”

3. Het geding in cassatie

3.1

De Staatssecretaris van Financiën heeft in beide zaken tijdig en regelmatig beroep in cassatie ingesteld. Beide belanghebbenden hebben een verweerschrift ingediend. De partijen hebben elkaar van re- en dupliek gediend.

3.2

De Staatssecretaris stelt in beide zaken één gelijklopend cassatiemiddel voor. Naar zijn oordeel heeft het Hof art. 8 Wet Vpb 1969 en art. 3.8 Wet IB 2001 en/of art. 8:77 Awb geschonden doordat

“(…) het Hof heeft geoordeeld dat de onzakelijkheid van de aansprakelijkstelling van belanghebbende voor alle vorderingen die de bank uit hoofde van de overeenkomst heeft op andere groepsvennootschappen niet is komen vast te staan, nu de inspecteur onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een onafhankelijke derde – die overigens in dezelfde positie zou verkeren als belanghebbende – de overeenkomst niet zou zijn aangegaan, althans ook niet zonder vaststelling van een op zakelijke grondslag bepaalde (winstonafhankelijke) vergoeding, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen.”

3.3

De Staatssecretaris acht het paraplukredietarrest wél van toepassing. Subsidiair meent hij dat de kenmerken van de overeenkomst de aansprakelijkstelling onzakelijk maken:

“Het Hof meent (...) dat de (...) overeenkomst niet is aan te merken als een kredietarrangement dat aan de orde was in [het Paraplukredietarrest; PJW]. In casu heeft het concern, naar het Hof aannemelijk acht, met het sluiten van de overeenkomst

(waaruit de aansprakelijkstelling voortvloeit) niet beoogd om op groepsniveau gelden te lenen van de bank. Ik kan het Hof daarin niet volgen. Evenals de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in haar uitspraak van 13 januari 2015, nr. 14/02979, ECLI:NL:RBZWB:2015:94, heeft beslist, kan mijns inziens een kredietarrangement op één lijn (...) worden gesteld met de mogelijkheid tot "rood staan", zoals in de overeenkomst. Een negatief saldo op een rekening impliceert dat de groepsvennootschap voor dat bedrag een schuld heeft aan de bank en in zoverre geld leent van de bank. De Rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de omstandigheid dat er per saldo aan alle groepsvennootschappen samen geen gelden door de bank ter beschikking zijn gesteld, er niet toe leidt dat het arrest toepassing zou missen. Bovendien heeft te gelden dat ook wanneer de overeenkomst niet zou kwalificeren als een kredietarrangement omdat de overeenkomst niet beoogt om op groepsniveau gelden te lenen van een bank, de uit de overeenkomst voortvloeiende aansprakelijkstelling onzakelijk is vanwege de kenmerken van de overeenkomst."

3.4

De Staatssecretaris acht onjuist 's Hof's veronderstelling dat met het kredietarrangement in het Paraplukredietarrest door individuele groepsvennootschappen geen direct voordeel zou hebben kunnen worden behaald:

"Het Hof acht voor het niet op één lijn kunnen stellen van de overeenkomst met het kredietarrangement in het arrest voorts redengevend dat de overeenkomst verschilt van het kredietarrangement, in die zin dat individuele groepsvennootschappen met de overeenkomst een voordeel kunnen behalen – in de vorm van een besparing van debetrente, dan wel het ontvangen van creditrente – en met het kredietarrangement niet. Mijns inziens is die opvatting van het Hof niet juist, reeds omdat de daaraan ten grondslag liggende veronderstelling dat met het kredietarrangement door individuele groepsvennootschappen geen voordeel zou kunnen worden behaald, niet juist is. De Hoge Raad gaat er in r.o. 3.5. van het arrest van uit dat dit wel het geval kan zijn. Het behalen van (bepaalde directe en indirecte) voordelen door elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap doet echter naar het oordeel van de Hoge Raad niet af aan de gevolgtrekking dat uitgaven van een vennootschap, die hun oorsprong vinden in een aansprakelijkstelling als in het arrest omschreven, bij de winstbepaling buiten aanmerking blijven. De voordelen behaald door individuele groepsvennootschappen komen immers op in de uitoefening van de door de verschillende vennootschappen in stand gehouden ondernemingen, aldus de Hoge Raad."

3.5

Ook rentestandvoordelen zijn volgens de Staatssecretaris 'voordelen' in de zin van het Paraplukredietarrest, die de overeenkomst niet uit de kapitaal/deelnemingssfeer trekken, ook al worden zij wél belast:

"Naar mijn mening vallen de door het Hof genoemde (rente)voordelen die door individuele groepsvennootschappen met de overeenkomst kunnen worden behaald onder de door de Hoge Raad bedoelde voordelen. Er wordt overigens pas rente vergoed indien en voor zover het gecombineerde saldo van de saldi op de rekeningen positief is. Ook voor een rentevoordeel dat een individuele groepsvennootschap kan behalen, geldt dat dit bij de bepaling van de winst van de desbetreffende vennootschap in aanmerking wordt genomen en dat dit voordeel opkomt in de uitoefening van de door de vennootschap in stand gehouden onderneming. De mogelijkheid van het behalen van een rentevoordeel door de individuele groepsvennootschappen doet er derhalve niet aan af dat de aansprakelijkstelling door belanghebbende zijn oorzaak vindt in de vennootschappelijke betrekkingen. Anders dan het Hof heeft beslist, meen ik dat de rechtsregels uit het paraplukrediet-arrest ook in casu beslissend zijn voor de uitkomst van het geschil."

Volgens de Staatssecretaris is voldaan aan de drie criteria van het Paraplukredietarrest:

"Belanghebbende stelt de saldooverrekeningsafspraken en het daarbij gelopen risico in functie van het groepsbelang en aanvaardt een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het door haar zelfstandig aantrekken van een financiering. De bankrekening van belanghebbende vertoonde, evenals de bankrekening van [X2] B.V., immers bij het aangaan van de overeenkomst in 2007 een aanzienlijk creditsaldo. Uitgaande van een creditsaldo bij belanghebbende en debetsaldi bij de andere groepsvennootschappen die betrokken waren bij de overeenkomst, was de overeenkomst voor belanghebbende en [X2] B.V. voorzienbaar nadeliger dan voor de andere groepsvennootschappen. Het andersluidende oordeel van het Hof dat niet aannemelijk is gemaakt dat het – kort samengevat – voor belanghebbende te voorzien was dat de overeenkomst, bezien vanuit haar individuele vennootschap, nadelig zou zijn acht ik onbegrijpelijk. In dit kader is relevant dat er slechts wanneer het gecombineerde saldo van de saldi op de rekeningen positief is er rente wordt vergoed. Gelet op de feiten en omstandigheden heeft belanghebbende een aansprakelijkheid op zich genomen die een onafhankelijke derde niet op zich zou hebben genomen en die zijn oorzaak vindt in de vennootschappelijke betrekkingen tussen belanghebbende en de andere vennootschappen."

De Staatssecretaris meent dat geen vergoeding denkbaar is die de overeenkomst *arm's length* kan maken:

"Volledigheidshalve merk ik op dat ingeval van een aansprakelijkstelling zoals de onderhavige, die zich niet laat denken in een situatie zonder vennootschappelijke betrekkingen, geen vergoeding is vast te stellen die de aansprakelijkstelling zou kunnen verzakelijken. De mogelijkheid van een – onder voorwaarden – (geringe) rentevergoeding voor een individuele groepsvennootschap met een creditsaldo waarin de overeenkomst voorziet, kan in ieder geval een onevenwichtige risico-

allocatie niet goedmaken."

3.6

Bij verweer stellen de belanghebbenden dat de debetsaldi waarvoor zij zijn aangesproken, zich pas voordeden ná de – per definitie zakelijke – verkoop van de desbetreffende (klein)dochters en dat onjuist is de veronderstelling dat reeds bij het aangaan van de overeenkomst een onbalans in voor- en nadeelkansen zou hebben bestaan:

"Het is (...) uitdrukkelijk niet vast komen te staan dat de kredietwaardigheid van belanghebbende en [X2] BV garant hebben gestaan voor kredietopnamen en/of debetsaldi van de andere groepsmaatschappijen. Van debetsaldi was pas sprake na de verkoop van de dochtervennootschappen. Bij het aangaan van de overeenkomst met de Rabobank hebben alle vennootschappen op basis van gelijkwaardigheid deelgenomen aan de faciliteitenovereenkomst met de Rabobank. Na de verkoop van de groepsvennootschappen door [X2] BV en belanghebbende is het de verkochte groepsvennootschappen slecht vergaan. Onder de nieuwe eigenaar, en pas op dat moment, zijn de debetsaldi ontstaan bij de groepsvennootschappen die niet meer aangezuiverd konden worden binnen die verkochte groep. En pas op dat moment heeft de Rabobank in extremis gebruik gemaakt van haar bevoegdheden onder de overeenkomst door ten laste van de bankrekeningen van belanghebbende en [X2] BV gelden over te boeken om de bankrekeningen van de verkochte vennootschappen aan te zuiveren. De meest in het oog springende vergissing is ten slotte de aanneming op pagina 6, laatste alinea en volgende van het beroep in cassatie, waarbij wordt vermeld dat belanghebbende en [X2] BV bij het aangaan van de overeenkomst hoge creditsaldi hadden en de overige vennootschappen hoge debetsaldi. Dit was niet het geval en is ook niet in eerdere instanties vastgesteld."

3.7

De belanghebbenden menen met het Hof dat het Paraplukredietarrest niet relevant is als per saldo niet van de bank wordt geleend. Aan kenmerk (i) van dat arrest (deelname aan een kredietarrangement) is dan immers niet voldaan:

"Op groepsniveau is er geen krediet aangetrokken door het concern, noch is het de bedoeling geweest om een dergelijk kredietarrangement aan te trekken. Incidenteel kan een vennootschap van de groep een debetsaldo op haar eigen individuele rekening-courantverhouding met de bank hebben gehad. Zoals echter uit de voorwaarden blijkt, zal het saldo van de rekening-couranten altijd een creditsaldo moeten vertonen. Van een deelname aan een kredietarrangement voor het concern is geen sprake, omdat daarvoor per definitie aan het concern gelden duurzaam in leen hadden moeten worden verstrekt. Vast is komen te staan dat dit niet is gebeurd, in ieder geval niet uit hoofde van de rentecompensatie- en saldooverrekeningsovereenkomst. De aanwezigheid van een concernfinanciering is een voorwaarde uit het Concernfinancieringsarrest. Nu aan die voorwaarde niet is voldaan, is het Hof ons inziens terecht tot de conclusie gekomen dat het Concernfinancieringsarrest toepassing mist. Er werd niet deelgenomen aan een kredietarrangement waaraan ook andere concernvennootschappen deelnamen."

3.8

Onjuist is volgens de belanghebbenden de stelling dat een incidentele en individuele debetstand op één lijn zou zijn te stellen met een kredietarrangement hoewel de rekening-courantverhouding met de bank op groepsniveau steeds credit staat:

"1. Er is ons inziens sprake van een kredietarrangement als er een overdracht van koopkracht plaatsvindt door gelden ter beschikking te stellen, waarbij de gelden na een bepaalde tijd en met een vergoeding (rente) zullen worden terugbetaald. Een rekening-courant heeft een andere aard en is een saldo van een geheel van tegenover elkaar staande betalingen en ontvangsten. Eén van de essentiële kenmerken van een kredietarrangement, de overmaking van een geldsom om de koopkracht van de inlener(s) te vergroten, doet zich hier niet voor. Er is slechts een stelsel van tegenover elkaar staande rechten en verplichtingen, waarbij geen vermogen vanuit de Rabobank naar de vennootschappen is verschoven. Om te voorkomen dat de vennootschappen van de Van der Horstgroep onderling moeten overboeken, past de Rabobank een saldooverrekenstelsel toe.

Ook het incidentele karakter betekent dat er geen sprake is van een geldlening. Een geldlening kan weliswaar een beperkte looptijd hebben, maar gedurende de looptijd staan gelden duurzaam ter beschikking aan de geldnemer. De mogelijkheid om incidenteel rood te staan is niet gelijk aan het duurzaam ter beschikking stellen van gelden. De ene partij verschaft geen koopkracht aan de andere partij, hetgeen een wezenskenmerk is van een geldlening (zo ook Asser 7-VIII*, nummer 245 e.v.). Ook overige kenmerken van een geldlening, zoals een afsluitprovisie en een bereidstellingsprovisie ontbreken hier.

2.

Een rekening-courant is niet hetzelfde als een geldleningsovereenkomst. Ook de Belastingdienst maakt een duidelijk onderscheid tussen lening en rekening-courant, zoals ook is vermeld op de site van de Belastingdienst:

(

).

3. Ook de civiele kamers van zowel Rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2011:BR1948) van 8 juni 2011 als van het Hof Arnhem (ECLI:NL:GHARN:2006:AV7615) van 21 maart 2006 hebben eerder beslist dat een rekening-courantovereenkomst geen overeenkomst van geldlening inhoudt."

3.9

Bij *repliek* reageert de Staatssecretaris op de stelling van de belanghebbenden dat de debetsaldi pas zijn ontstaan onder de nieuwe eigenaar van de vervreemde vennootschappen:

"Indien deze stelling juist is, dan geldt des te meer dat belanghebbende en [X2] B.V. door zich, ook na de verkoop, bij voortduring hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de negatieve banksaldi van de verkochte vennootschappen, een debiteurenrisico hebben genomen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen."

2.11

Bij *dupliek* herhalen de belanghebbenden dat op groepsniveau geen sprake was van enig krediet en (mede daarom) evenmin van een onzakelijk debiteurenrisico, nu alle vennootschappen vergelijkbare (kansen op) saldofluctuaties vertoonden.

4. Behandeling van het middel

4.1

Niet in geschil lijkt dat aan criteria (ii) en (iii) van het Paraplukredietarrest is voldaan: ter zake van de eventuele debetstanden is een hoofdelijke aansprakelijkheid overeengekomen en eventuele onderlinge regresvorderingen zijn achtergesteld bij verrekening door (en verpand aan) de bank. In geschil lijkt daarmee slechts of voldaan is aan criterium (i). Gaat het in casu om "een vennootschap die deelneemt aan een kredietarrangement waarin tevens wordt deelgenomen door andere vennootschappen van het concern waartoe die vennootschap behoort"? Dat per saldo door de bank geen gelden aan de groep ter beschikking zijn gesteld, leidt er volgens de Staatssecretaris niet toe dat de Paraplukredietarrest-benadering geen opgeld zou doen. Hij acht voorts onjuist 's Hofs veronderstelling dat met een groepskredietarrangement door individuele groepsvennootschappen geen direct voordeel zou kunnen worden behaald, zodat 's Hofs onderscheidende criterium (in casu hebben de betrokken individuele vennootschappen wél een rechtstreeks voordeel: geen debetrente en een bescheiden creditrente) niet onderscheidend zou zijn.

4.2

U oordeelde in het Paraplukredietarrest dat de bevinding dat betalingen uit hoofde van garanties vervat in een Paraplukredietarrangement in de kapitaalsfeer liggen, niet wordt aangetast doordat in de regel elke afzonderlijke betrokken concernvennootschap ook voordeel van het paraplukrediet heeft, dat wél belast wordt. U noemde echter niet enig rentestandvoordeel, laat staan het voordeel dat *überhaupt* geen debetrente betaald hoeft te worden, zoals in casu. U noemde alleen de mogelijk ruimere toegang tot krediet en mogelijk betere ondernemingsresultaten door synergie ter zake van de door het paraplukrediet gefinancierde ondernemingsactiviteiten, die u in de ondernemingsfeer en niet in de kapitaalsfeer situeerde.

4.3

In casu gaat het om *cash pooling*. Per saldo wordt op groepsniveau niets geleend van de bank. In wezen lenen de groepsvennootschappen via de bank overtollig kasgeld van en aan elkaar zonder elkaar rente te berekenen of van elkaar zekerheden te bedingen.

4.4

De literatuur bestrijdt de in uw Paraplukredietarrest gelezen bevinding dat in die zaak geen CUP (*comparable uncontrolled price*) voor de onderlinge garanties denkbaar was (zie de onderdelen 3.2 - 3.4 van de bijlage) c.q. beschouwt dat als een (deels) feitelijk oordeel dat u niet zelf kon vellen, maar aan de feitenrechter had moeten overlaten (zie onderdeel 2.17 van de bijlage). Ik meen echter dat dat niet is wat het Paraplukredietarrest zegt. Het zegt mijns inziens (zie onderdeel 4 van de bijlage) dat aan een CUP-test niet werd toegekomen omdat de objectieve kenmerken van het desbetreffende kredietarrangement geen andere conclusie toelieten dan dat alle betrokken groepsvennootschappen handelden als geconsolideerd groepsonderdeel en daarmee in de deelnemings/kapitaalsfeer, zulks omdat (i) ten behoeve van de groepskredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk werd geconsolideerd, (ii) de desbetreffende vennootschappen de financiering van de door hen in stand gehouden ondernemingen met vreemd vermogen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie stelden van het groepsbelang en (iii) zij een aansprakelijkheid aanvaardden die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig

aantrekken van vreemd vermogen.

4.5

De vraag is of ook in casu aan deze criteria is voldaan. Voor bevestigende beantwoording van die vraag is wat te zeggen. De belanghebbenden hebben de overeenkomst immers als groep gesloten: de rekening-courantverhoudingen zijn feitelijk zowel aan debiteurskant als aan crediteurskant geconsolideerd: economisch gaat het om één (groeps)rekening-courant (die echter niet debet mag staan). Ook hebben zij (dus) een aansprakelijkheid aanvaard die groter is dan bij het onderhouden van een individuele rekening-courantverhouding. Daar staat echter tegenover dat *per saldo* op geen enkel moment iets aan belanghebbendes groep werd uitgeleend door de bank, zodat geen sprake is van onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid voor een enorme groepsschuld aan de bank, terwijl evenmin sprake was van financiering met vreemd vermogen door de bank van de ondernemingen van de groepsvennootschappen. Ik merk in dat verband op dat de overeenkomst bepaalt dat "het (...) de bedoeling (is) dat van deze [rekening-courant; PJW] kredieten slechts incidenteel gebruik wordt gemaakt".

4.6

Beslissend lijkt mij in hoeverre de aansprakelijkheid van elke betrokken groepsvennootschap beperkt is. Is die beperkt tot haar eigen creditsaldo, dan is geen sprake van een individueel in omvang onbeheersbare risico-aanvaarding in functie van uitsluitend het groepsbelang en lijkt mij de overeenkomst ook niet onbestaanbaar in derdenverhoudingen. De aansprakelijkheid is in elk geval beperkt tot het totaal van de op enig moment bestaande debetsaldi, die zich volgens de overeenkomst slechts in incidentele gevallen zouden moeten voordoen. Hoe beperkt of onbeperkt in omvang de aansprakelijkheid feitelijk is, heeft het Hof enigszins in het midden gelaten (door de bewijslast bij de Inspecteur te leggen) en de overeenkomst is er niet expliciet over. Enerzijds lijken de aansprakelijkheden niet verder beperkt te worden dan door het totaal van de *debetsaldi* (die zich echter slechts incidenteel zouden voordoen); anderzijds is het verrekeningsrecht van de bank beperkt tot de *creditsaldi* en verpandden de vennootschappen alleen hun *creditsaldi* aan de bank. Ik neem aan dat de aansprakelijkheid beperkt is tot het totaal van de debetstanden.

4.7

's Hofs uitleg van de overeenkomst inhoudende dat (i) haar overwegende strekking was om te voorkomen dat 12% debetrente betaald zou moeten worden hoewel er tegelijk minstens even grote creditstanden waren waarop vrijwel niets werd vergoed, (ii) zij niet tot doel of effect had dat de bank (per saldo) een kredietfaciliteit aan het concern ter beschikking stelde, en (iii) de overeenkomst daarmee feitelijk noch rechtens vergelijkbaar is met het paraplu-krediet-arrangement uit het gelijknamige arrest, lijkt mij geenszins onbegrijpelijk, maar sluit niet uit dat de overeenkomst desondanks slechts verklaard kan worden door het groepsbelang en daarmee door handelen als aandeelhouder/dochter.

4.8

Het Hof heeft wezenlijk geoordeeld (i) dat niet slechts is gehandeld in de aandeelhouderssfeer, zodat *de garanties zelf* ook fiscaalrechtelijk een garantie blijft en niet als storting, onttrekking of uitdeling moet worden beschouwd, (ii) dat voorts de voorwaarden en omstandigheden ook niet zodanig onzakelijk waren dat geen derde gevonden zou kunnen worden, zodat ook *de gevolgen van de garanties* niet buiten de winstsfeer lagen en ten slotte nogal impliciet (iii) dat zelfs geen prijscorrectie nodig is omdat de kansen op voor- en nadeel bij aanvang, over de lange termijn bezien, voor de betrokken vennootschappen vergelijkbaar waren.

4.9

's Hofs uitspraak kan aldus gelezen worden dat hij deze *cash pooling* van kennelijk incidentele debetstanden ter voorkoming van debetrente niet onbestaanbaar achtte tussen derden tegen zakelijke voorwaarden en *daarom* geen handelen als aandeelhouder/dochter aannemelijk achtte (zie r.o. 4.9). Dat is geen sluitende redenering (zie onderdeel 4 van de bijlage), maar dat doet aan de uitkomst ervan niet af. Het Hof is niet ingegaan op de berekening van onderlinge *arm's length* vergoedingen omdat hij de inspecteur niet geslaagd achtte in het bewijs dat er tussen de vennootschappen significante verschillen in kansen op voor- en nadeel bestonden (zie r.o. 4.9). Dit alles lijkt mij geen onbegrijpelijk oordeel, dat verweven is met uitleg van de overeenkomst en waardering van feiten die in cassatie niet ter beoordeling staan.

4.10

U kunt 's Hofs uitspraak echter ook lezen als onvoldoende gemotiveerd omdat hij vaag blijft over de vraag hoe (on)beheersbaar c.q. gelimiteerd de potentiële aansprakelijkheid voor de individuele groepsvennootschappen was, nu uit het Paraplu-krediet volgt dat die (on)beperktheid van (groot) belang is voor de vraag of als groepsonderdeel en daarmee in de kapitaal/deelnemingssfeer is gehandeld. U zou dan moeten verwijzen naar de feitenrechter om dat uit te zoeken.

4.11

De Staatssecretaris stelt dat de belanghebbenden bij aanvang een groot creditsaldo hadden en de andere vennootschappen niet en dat de overeenkomst voor de belanghebbenden voorzienbaar nadelig zou zijn geweest, maar

daarmee bestrijdt hij mijns inziens een niet-onbegrijpelijk bewijsoordeel dan wel een mijns inziens correcte bewijslastverdeling. De Inspecteur heeft volgens het Hof niet aannemelijk gemaakt dat die stelling juist zou zijn. Het middel bestrijdt mijns inziens voor het overige standpunten (zoals de veronderstelling dat met het kredietarrangement in het Paraplukredietarrest door individuele groepsvennootschappen geen voordeel zou hebben kunnen worden behaald en het standpunt dat de mogelijkheid van een (geringe) rentevergoeding voor een individuele creditstand-vennootschap een onevenwichtige risico-allocatie zou kunnen goedmaken) die het Hof niet heeft ingenomen dan wel gebaseerd zijn op een feitelijk uitgangspunt (onevenwichtige risico-allocatie) dat juist niet aannemelijk is geoordeeld.

4.12

Het standpunt van de Staatssecretaris en 's Hofs oordeel op dit punt lijken mij wel aanleiding om uw opmerkelijke zwijgen in het Paraplukredietarrest te doorbreken ter zake van de vraag die onder meer Bruins Slot (zie 2.11) terecht opwerpt: *als deze cash pooling als handelen in de kapitaal-/deelnemingssfeer wordt beschouwd en de aftrek wordt geweigerd, moeten dan de winsten van de betrokken vennootschappen niet ook neerwaarts worden bijgesteld met 12% over hun debetstanden, nu dat voordeel dan immers eveneens opkwam uit hun intervennootschappelijke verhoudingen en niet uit hun ondernemingsuitoefening?*

4.13

Ik zou geneigd zijn om de zaak te verwijzen, maar wellicht is dat niet nodig. De belanghebbenden hebben subsidiair het standpunt in hoger beroep ingenomen dat de saldooverrekeningsovereenkomst, zo zij niet zakelijk zou zijn, alsnog zakelijk is geworden toen de aandelen in de later debet staande vennootschappen werden verkocht aan derden, nu vervreemding aan derden per definitie zakelijk is.

4.14

De Staatssecretaris kan toegegeven worden dat onduidelijk is waarom de belanghebbenden nog steeds saldooverrekeningsplichtig waren na die verkoop en dat dit bevreemding wekt. Ik zie drie mogelijkheden: (i) men is domweg vergeten de overeenkomst met de bank tijdig op te zeggen of aan te passen; (ii) in de verkoopprijs is een vergoeding begrepen voor de garantie, of (iii) men is er (nog steeds) van uitgegaan dat het verrekeningsrisico gelijkelijk twee kanten op werkte, zodat er geen vergoeding of korting voor berekend hoefde te worden. Welke van de drie ook de juiste is, alle drie lijken mij zakelijk, de tweede en de derde per definitie (rationele overeenkomst met een derde), en ook de eerste omdat ook een domme transactie met een derde waarbij iets vergeten is waar die derde zich achteraf over kan verkneukelen, zakelijk is. Zakelijk is niet hetzelfde als slim, handig of opportuun. Ook gênante blunders, flaters, stomiteiten en misrekeningen zijn zakelijk als ze zich bij de totstandkoming van transacties met (alserter) derden voordoen..

4.15

Ik meen daarom dat het middel niet tot cassatie leidt.

5. Conclusie

Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de Staatssecretaris ongegrond te verklaren.

Conclusie

Bijlage bij de conclusie van Advocaat-Generaal mr. Wattel:¹

1. Inleiding

1.1

De drie zaken waarbij deze bijlage een bijlage is, betreffen de vraag in hoeverre betalingen aan een derde-financier op grond van een intraconcern garantie ten laste van de winst van de verbonden garantieverstrekker kunnen komen.

1.2

De Staatssecretaris bepleit in de kern dat vanwege hun praktische en bewijstechnische problemen uw gelieerde-lening- en gelieerde-garantiesarresten HR BNB 2012/37 en HR BNB 2015/13 (die nopen tot *arm's length* onderzoek: zou een niet-gelieerde derde tegen een winstonafhankelijke vergoeding eenzelfde lening c.q. garantie verstrekt kunnen hebben onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden?) zo veel mogelijk plaats maken voor uw Paraplukredietarrest HR BNB 2013/109,¹ althans in geval van gelieerde garanties. Dat arrest gaat niet in op de vraag of de gelieerde garanties *arm's length* geprijsd kunnen worden als die garanties onderdeel zijn van een groepskredietarrangement dat zich buiten een groep nauwelijks laat denken; de garanties zelf worden in omstandigheden zoals in het Paraplukredietarrest geacht voort te

vloeien uit de vennootschappelijke betrekkingen en daarmee in de onbelaste kapitaal- of deelnemings sfeer te liggen. A *fortiori* liggen hun nadelige gevolgen (*Haftung*) dan evenmin in de belaste ondernemings sfeer van de betrokken vennootschappen, hoewel u de voordelen van dergelijke intragroeps garanties wél tot de belaste winstsfeer lijkt te rekenen.

1.3

In deze bijlage probeer ik de toepassingsgebieden van uw paraplukrediet-benadering en van uw *arm's length*-testarresten HR BNB 2012/37 en HR BNB 2015/13 te bepalen, nu daarover in de praktijk onduidelijkheid bestaat en er in de literatuur discussie over is.

1.4

De termen borgstelling, garantstelling, garantie en hoofdelijke aansprakelijkstelling worden door elkaar gebruikt, hoewel dat civielrechtelijk incorrect is.^[2] Met name borgtocht en hoofdelijke aansprakelijkheid verschillen civielrechtelijk significant van elkaar.^[3] Omdat de verschillen voor de litigieuze fiscaalrechtelijke kwestie echter geen gevolgen hebben, zal ook ik niet erg nauwkeurig zijn in de betiteling van de risico-allocatie.

2. Rechtspraak over onzakelijke leningen, onzakelijke garanties en paraplukrediet

2.1

Bij de vraag of een geldverstrekking fiscaalrechtelijk als eigen of vreemd vermogen wordt beschouwd, is het burgerlijke recht uitgangspunt: een lening is de terbeschikkingstelling van een hoofdsom die terugbetaald moet worden, al dan niet tegen vergoeding.^[4] Daarop bestaan volgens HR BNB 1988/217^[5] drie limitatieve uitzonderingen: (i) de schijnlening, (ii) de deelnemerschapslening (door haar objectieve kenmerken fiscaalrechtelijk eigen vermogen) en (iii) de bodemloze-putlening (permanente verliesfinanciering). Volgens deskundigen^[6] gaat het in wezen maar om één uitzondering (de deelnemerschapslening) omdat een schijnlening ook civielrechtelijk niet als lening zal worden beschouwd en permanente verliesfinanciering impliceert dat vaststaat dat nooit terugbetaald zal worden, zodat materieel de verplichting tot terugbetaling van een hoofdsom ontbreekt, hetgeen denkkelijk ook civielrechtelijk in de weg staat aan het aannemen van een leningovereenkomst.

2.2

Afgezien van deze uitzondering(en) zijn civielrechtelijke leningen, denkkelijk op grond van door u gewenste rechtszekerheid, ook fiscaalrechtelijk altijd leningen. Dat neemt niet weg dat de voorwaarden waaronder geleend wordt, met name het rentepercentage en het debiteurenrisico, tussen gelieerde partijen onzakelijk kunnen zijn (af kunnen wijken van die tussen onafhankelijke marktpartijen). Dergelijke onzakelijke voorwaarden moeten fiscaalrechtelijk gecorrigeerd worden op basis van het *arm's length*-beginsel, hetgeen betekent dat de overeengekomen rente moet worden vervangen door de markrentre die zou hebben gegolden bij overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, c.q. dat voor het (anderszins) onzakelijk nemen van een debiteurenrisico alsnog een zakelijke vergoeding moet worden berekend. Is het mogelijk om een dergelijke CUP (*comparable uncontrolled price*) te bepalen, dan is met de toepassing daarvan de lening/borgstelling alsnog zakelijk. Is een ongelieerde rente- of garantievergoeding onder overigens dezelfde voorwaarden niet bepaalbaar, althans niet zonder de vergoeding in wezen afhankelijk te maken van de winst van de debiteur, dan is de transactie onreparabel onzakelijk en kunnen de gevolgen van realisering van het onzakelijk genomen debiteurenrisico niet ten laste van de winst van de crediteur/garantiegever komen. De lening c.q. de garantie blijft ook fiscaalrechtelijk een lening c.q. een garantie, tenzij de verstrekking slechts verklaard wordt door de gelieerdheid tussen de verstrekker en de aanvaarder.

2.3

Er zijn dus drie gevallen: (i) de lening is fiscaalrechtelijk geen lening, maar eigen vermogen omdat zij zich geheel in de intervennootschappelijke sfeer bevindt; (ii) de lening is wel een lening, maar de voorwaarden zijn zó onzakelijk dat zij zonder winstafhankelijke vergoeding voor het debiteurenrisico door een niet-gelieerde derde nooit verstrekt zou zijn (gevolg: realisering van het debiteurenrisico is niet aftrekbaar), en (iii) de lening heeft weliswaar onzakelijke voorwaarden, maar die kunnen met behulp van een *arm's length* prijscorrectie verzakelijkt worden (gevolg: realisering debiteurenrisico wel aftrekbaar, maar de rente moet gecorrigeerd worden).

2.4

Mijns inziens zijn er evenzo drie soorten gevallen van gelieerde kredietrisicogaranties: (i) de garantie wordt slechts verklaard door de intervennootschappelijke verhoudingen en is dus fiscaalrechtelijk geen garantie, maar een storting, onttrekking of uitdeling; (ii) de garantie is ook fiscaalrechtelijk een garantie, maar er is geen derde te vinden die eenzelfde garantie onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden zou willen verstrekken als hij niet in de winst van de debiteur deelt (gevolg: *Haftung* na inroepen van de garantie niet aftrekbaar), en (iii) de garantie is ook fiscaalrechtelijk een garantie, maar er had (meer) provisie voor berekend moeten worden (gevolg: *Haftung* wél aftrekbaar; prijscorrectie). Ik werk dat hieronder uit, met name in onderdeel 4.

2.5

Ik begin het overzicht van uw illustratieve rechtspraak over gelieerde garanties voor debiteurenrisico's op een vrij willekeurig, maar mijns inziens belangrijk punt: het Garantieprijsgevingsarrest HR *BNB* 2004/265,^[7] dat een duidelijk onderscheid maakt tussen een handelen (slechts) als aandeelhouder (c.q. dochter), dat in de kapitaalsfeer ligt, en onzakelijk handelen als crediteur, dat in de corrigeerbare winstsfeer ligt. De zaak betrof een moederverenootschap die haar recht had prijsgegeven om zich jegens haar dochterverenootschap te beroepen op door die dochter gegeven garanties voor door de moeder aan derden uitgegeven leningen. De kredietrisico's realiseerden zich en de belanghebbende wilde haar vorderingen afwaarderen. Het Hof had afboeking toegelaten maar wel de winst van de moeder gecorrigeerd met de niet-bedongen vergoeding die de dochter in ongelieerde verhoudingen zou hebben moeten betalen voor het moederlijke afzien van de garanties. De fiscus bestreed de aftrek als zodanig als onzakelijk. U overwoog:

"3.2.

Bij de behandeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld.

Indien een moedermaatschappij het recht haar dochtermaatschappij in vrijwaring te roepen ter zake van een aan een derde verstrekte lening prijsgeeft, en dat prijsgeven niet slechts kan worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, dient het eventueel uit het vervallen van de mogelijkheid tot regres voortvloeiende verlies in fiscale zin te worden bepaald op het bedrag waarop de rechten uit hoofde van de garantstelling door de dochtermaatschappij ten tijde van het prijsgeven daarvan moet worden gewaardeerd. Als ter zake van het prijsgeven geen of een te lage prestatie is bedongen van de dochtermaatschappij, en zulks berust op onzakelijke overwegingen, moet de winst van de moedermaatschappij dienovereenkomstig worden gecorrigeerd. Indien echter het prijsgeven zelf van dat recht slechts kan worden aangemerkt als een handelen van de aandeelhouder als zodanig, is sprake van een handelen in de kapitaalsfeer, hetgeen meebrengt dat het prijsgeven en de gevolgen daarvan geen invloed hebben op de fiscale winst.

3.3.

Het Hof heeft geoordeeld dat de winst van belanghebbende slechts moet worden gecorrigeerd in verband met de omstandigheid dat B [de dochter; PJW] voor het prijsgeven van de garantie geen vergoeding heeft betaald. Dit oordeel heeft het Hof doen steunen op de zakelijke relatie die tussen belanghebbende en B in het kader van beider ondernemingsuitoefening bestond met betrekking tot de door belanghebbende aan E en H verstrekte geldleningen. Het Hof is bij zijn oordeel kennelijk ervan uitgegaan dat niet alleen het door B verstrekken van de garantie met betrekking tot de aan E en H verstrekte geldleningen, maar ook het prijsgeven daarvan binnen het kader van de zakelijke relatie tussen belanghebbende en B heeft plaatsgevonden, zodat belanghebbende ter zake van dat prijsgeven niet heeft gehandeld in haar kwaliteit van aandeelhouder als zodanig. Aldus begrepen geeft dit oordeel in het licht van het in onderdeel 3.2 overwogene geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, en het kan, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Uitgaande van dat oordeel heeft het Hof terecht de winst van belanghebbende slechts verhoogd met een zakelijke vergoeding voor het prijsgeven van de garantie. (...)."

2.6

Uw richtinggevende arrest HR *BNB* 2012/37^[8] betrof een belanghebbende die aan haar dochter (eigen vermogen € 18.151; geen andere activiteiten) effecten had overgedragen tegen een vordering in rekening-courant ad € 5.3 miljoen, zonder zekerheden, aflossingsschema of renteberekening. Later werd alsnog een overeenkomst opgesteld waarin 5% rente en aflossing in tien jaar was opgenomen. In 2001 wilde de belanghebbende € 1.2 miljoen afboeken op haar vordering wegens negatief eigen vermogen van de dochter als gevolg van rentebijbeschrijving en waardedaling van de effecten. De fiscus weigerde de afboeking. U definieerde onzakelijke leningen (leningen die niet wezenlijk eigen vermogen vormen, maar ter zake waarvan het debiteurenrisico zó onzakelijk is dat dat risico en diens gevolgen – zoals afboeking – niet in de winstsfeer maar in de kapitaalsfeer vallen) als leningen waarop geen winstonafhankelijke rente kan worden bepaald waarbij een derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Bij dergelijke onbeprijstbaar riskante leningen moet worden verondersteld dat de verstrekker het debiteurenrisico heeft aanvaard om het belang van de inlenende gelieerde vennootschap als aandeelhouder of als dochter te dienen. U overwoog voorts dat de fiscale winst van de uitlener dan zoveel mogelijk moet worden vastgesteld alsof zij zich borg had gesteld voor de terugbetaling van een lening die de gelieerde inlener bij een derde had opgenomen:

"3.3.1.

Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking door een moederverenootschap aan haar dochterverenootschap voor wat betreft de fiscale gevolgen als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijdt in drie gevallen uitzondering, te weten:

1. indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen,
2. indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende

- bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar, en
3. ingeval – kort gezegd – de geldlening is verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar de uitlener reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald (onder meer HR 24 mei 2002, nr. 37071, *LJN* AE3171, *BNB* 2002/231).

Het past niet in het wettelijk systeem in een geval waarin naar de vorm sprake is van een geldlening en zich niet één van bovenvermelde uitzonderingen voordoet, voor de fiscale winstberekening niettemin ervan uit te gaan dat eigen vermogen is verstrekt.

3.3.2.

Ingeval bij een geldlening tussen gelieerde partijen de rente niet in overeenstemming met het 'at arm's length' beginsel is vastgesteld, zal voor de fiscale winstberekening moeten worden uitgegaan van een rente die wel aan dit criterium voldoet. Daarbij zal – behoudens het rentepercentage – uitgegaan moeten worden van hetgeen partijen zijn overeengekomen (zoals met betrekking tot zekerheden en de looptijd van de lening). Met dat uitgangspunt strookt niet dat de rente zodanig wordt aangepast dat de geldlening in wezen winstdelend zou worden. Dan zou het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen worden aangetast.

3.3.3.

Indien met inachtneming van het hiervoor in 3.3.2 overwogene geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken aan de met de vennootschap gelieerde partij, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, moet worden verondersteld dat bij die verstrekking door de vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen. Alsdan moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat de betrokken vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel dochtervennootschap te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening niet op de winst van de vennootschap in mindering kan worden gebracht (vgl. HR 9 mei 2008, nr. 43849, *LJN* BD1108, *BNB* 2008/191). Hierna zal een zodanige lening worden aangeduid als een onzakelijke lening.

3.3.4.

Er zijn argumenten voor de opvatting dat bij de vaststelling van de fiscale winst van de uitlenende concernvennootschap en de met haar gelieerde vennootschap de in aanmerking te nemen rente op een onzakelijke lening moet worden ontdaan van iedere opslag voor debiteurenrisico. Dit heeft echter als bezwaar dat de uitlenende concernvennootschap in geval zij de lening bij derden heeft gefinancierd fiscaal een structureel verlies zou lijden op de financiering van de gelieerde vennootschap.

Het debiteurenrisico dat een vennootschap bij het verstrekken van een onzakelijke lening aanvaardt, is te vergelijken met het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap. Gelet hierop zal in geval van een onzakelijke lening de fiscale winst van de vennootschap zoveel mogelijk op dezelfde wijze moeten worden vastgesteld als wanneer zij borg zou hebben gestaan voor een door een met haar gelieerde vennootschap rechtstreeks bij een derde opgenomen lening onder vergelijkbare voorwaarden.

Gelet op het hiervoor overwogene en mede om redenen van eenvoud kan als vuistregel worden gehanteerd dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen. Aldus wordt tevens voorkomen dat er met betrekking tot de rentelast verschil ontstaat in het resultaat van de gelieerde vennootschap al naar gelang onder borgstelling van een derde wordt geleend, of rechtstreeks van de concernvennootschap.

3.3.5.

Of sprake is van een onzakelijke lening dient te worden beoordeeld naar het moment van het aangaan van de lening met dien verstande dat een zakelijke lening gedurende haar looptijd ten gevolge van onzakelijk handelen van de crediteur vervolgens alsnog een onzakelijke lening kan worden. Anders dan in de literatuur die naar aanleiding van het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad met nummer 43849 is verschenen wel is aangenomen, moet voor de lening als geheel worden beoordeeld of sprake is van een onzakelijke lening. Uitgangspunt voor de fiscale winstberekening vormt hetgeen partijen zijn overeengekomen en bij één overeenkomst is sprake van één debiteurenrisico. Zoals een borgstelling voor een lening die door een derde aan een gelieerde vennootschap is verstrekt in zijn geheel al dan niet in de kapitaalsfeer ligt, heeft hetzelfde te gelden voor het debiteurenrisico van een onzakelijke lening.

3.3.6.

Het bij een onzakelijke lening in de kapitaalsfeer liggende debiteurenrisico heeft in beginsel mede betrekking op het risico dat de rente over die lening niet wordt betaald. Derhalve valt ook het debiteurenrisico met betrekking tot verschuldigd

gebleven rente op een onzakelijke lening in beginsel in de kapitaalsfeer. Hetzelfde geldt immers met betrekking tot de niet betaalde rente indien een vennootschap geld heeft geleend van een derde onder een borgstelling die een met haar gelieerde vennootschap in de kapitaalsfeer heeft verstrekt.”

2.7

HR *BNB* 2013/109 (Paraplukredietarrest)^[9] betrof een belanghebbende die behoorde tot het A-concern, met aan het hoofd A Holding BV, met wie zij in een fiscale eenheid was gevoegd. Een bankenconsortium had aan A Holding BV een kredietfaciliteit ad € 110 miljoen verstrekt, ook ten behoeve van de andere concernmaatschappijen. Alle concernmaatschappijen waren hoofdelijk aansprakelijk voor het volle bedrag waarvoor van de kredietfaciliteit gebruik werd gemaakt. De belanghebbende had voor haar hoofdelijkheid geen vergoeding bedongen of ontvangen, noch was zij iets verschuldigd voor de hoofdelijkheid van de anderen. De kredietovereenkomst bepaalde dat als een concernmaatschappij aansprakelijk zou worden gesteld, deze geen regres zou nemen op de medeschuldenaren zolang de totale schuld aan het consortium niet was voldaan. In januari 2003 bleek de liquiditeitspositie van het A-concern zeer zwak. Op 1 april 2003 beëindigde het consortium de financiering en eiste hij het uitstaande krediet op. De belanghebbende, die zelf maar beperkt gebruik had gemaakt van de kredietfaciliteit, droeg € 5.191.883 bij aan de aflossing en wilde dat bedrag ten laste van haar winst brengen omdat de regresvordering op haar medeschuldenaren niets waard zou zijn. U oordeelde echter dat die regresvordering in de kapitaalsfeer lag, evenals de aansprakelijkheidsaanvaarding zelf:

“3.4.

(...) Een geval als het onderhavige kenmerkt zich daardoor dat (i) het gaat om een vennootschap die deelneemt aan een kredietarrangement waarin tevens wordt deelgenomen door andere vennootschappen van het concern waartoe die vennootschap behoort en (ii) waarbij die vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle vorderingen die de bij het arrangement betrokken schuldeiser of schuldeisers uit hoofde van dat arrangement heeft of hebben op die andere vennootschappen, en voorts (iii) een regresvordering die uit die aansprakelijkheid ontstaat niet zal worden opgeëist zolang de gehele uit het arrangement voortvloeiende schuld niet is voldaan. In een zodanig geval geldt bij de heffing van vennootschapsbelasting van die vennootschap dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. Immers, in een zodanig geval vindt ten behoeve van de kredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk een consolidatie plaats en stellen de desbetreffende vennootschappen de financiering van de door hen in stand gehouden ondernemingen met vreemd vermogen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen.”

2.8

Dat de betrokken concernvennootschappen ook krediettoegang- en rentabiliteitsvoordelen ontleenden aan een dergelijk kredietarrangement – die wél in de belaste winstsfeer worden geplaatst – deed daaraan volgens u niet af:

“3.5.

Het hiervoor in 3.4 overwogene leidt tot de gevolgtrekking dat uitgaven van een vennootschap die hun oorsprong vinden in een aansprakelijkstelling als hiervoor omschreven bij de winstbepaling van die vennootschap buiten aanmerking blijven. De omstandigheid dat in de regel elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap daarvan voordeel heeft, direct – door de mogelijkheid om het krediet voor eigen aanwending aan te spreken – of indirect – door de positieve invloed die het arrangement heeft op de verschillende ondernemingsactiviteiten en daaruit voortvloeiende onderlinge betrekkingen tussen de vennootschappen in de ondernemingsuitoefening –, welke voordelen bij de bepaling van de winst van de desbetreffende vennootschap in aanmerking worden genomen, doet aan die gevolgtrekking niet af. Hoezeer ook het optreden van dergelijke voordelen wordt bevorderd door het behoren tot een groep, zij komen immers op in de uitoefening van de door de verschillende vennootschappen in stand gehouden ondernemingen.”

2.9

Ik meende (conclusie voor het Paraplukredietarrest)^[10] dat de omstandigheid dat een concernkrediet zich net als hoofdkantoorkosten per definitie slechts bij een concern en daarmee in gelieerde verhoudingen voordoet, geen reden is om een zakelijke vergoeding voor het saldorisco onbestaanbaar te achten, al is het bepalen daarvan uiteraard, net als bij hoofdkantoorkosten, voor discussie vatbaar:

“De omstandigheid dat een concernkrediet zich per definitie slechts bij een concern en daarmee bij gelieerde verhoudingen voordoet, is geen reden om een zakelijke vergoeding voor belanghebbendes saldorisco zonder meer onbestaanbaar te achten. Ook hoofdkantoorkosten doen zich uitsluitend binnen een concern voor, maar dat is geen reden om hen onzakelijk en onaftrekbaar te achten. Hun toerekening en de bepaling van hun waarde moeten alleen redelijk zijn. Het lijdt geen twijfel

dat de litigieuze kredietfaciliteit als geheel een zakelijke transactie van het concern met het bankenconsortium was. Het gaat vervolgens om een zakelijke verdeling van (het saldo van) voordelen en risico's uit die zakelijke parapluovereenkomst over de hoofdelijk verbonden concernvennootschappen op het moment waarop zij zich hoofdelijk verbonden en het tegen elkaar wegstrepen van de geschatte waarde van onderlinge potentiële regresaanspraken. Die verdeling kan, net als bij hoofdkantoorkosten, volgens verschillende methoden plaatsvinden, bijvoorbeeld op basis van (potentieel) profijt of gebruik (waarvan het Hof kennelijk is uitgegaan), maar ook, als geen goede bedrijfseconomische of juridische sleutel gevonden kan worden, volgens een omslagsysteem dat zou kunnen resulteren in een *knock for knock* benadering, dat wil zeggen het afzien van het bedenken van onderlinge – elkaar grotendeels uitdovende – garantievergoedingen op grond van de overweging dat elk concernonderdeel in beginsel naar verhouding zowel evenveel krediettoegang heeft als evenveel risico loopt, nu het totale krediet elke afzonderlijke hoofdelijk aansprakelijke groepsvennootschap ver boven het hoofd stijgt en elke vennootschap verhaal heeft op elke andere vennootschap. Een dergelijke benadering is uiteraard alleen aangewezen als geen duidelijk scheve verhoudingen bestaan tussen de concernvennootschappen voor wat betreft (potentiële) kredietbehoefte en verhaalsmogelijkheden (geen rotte appels). Zijn die er wel – de vaststellingen van de feitenrechters duiden er in casu op dat die er mogelijk reeds waren ten tijde van de garantie, nu er reeds toen problemen waren in sommige takken van het concern – dan zal toch een onderling saldogarantievergoedingencircuit bedacht moeten worden, hetgeen er bij erg scheve verhoudingen toe kan leiden dat voor het garant staan voor sommige zwakke broeders en zusters geen prijs te bepalen valt omdat een derde (kredietverzekeraar) hoe dan ook zou bedanken, en dat, andersom, het garant staan door sommige concernvennootschappen weinig of niets waard is, gezien hun eigen zwakheid."

2.10

Anders dan u kwam ik daarom tot de conclusie dat de zaak verwezen moest worden:

"s Hof's overwegingen suggereren mijns inziens dat hij de (dis)balans van goede en kwade kansen in de achteruitkijkspiegel heeft beoordeeld. Hij baseert zich op belanghebbendes feitelijke gebruik van de kredietfaciliteit (de omvang waarvan overigens in geschil is; zie onderdeel 7). Het Hof gaat niettemin uit van een aansprakelijkheidsrisico ad € 110 miljoen zonder rekening te houden met de omvang van de kans op een dergelijke ondraaglijke aansprakelijkstelling en zonder rekening te houden met onderling regres, terwijl bovendien diezelfde achteruitkijkspiegel toont dat het verhaal van de banken op de belanghebbende feitelijk reeds bij ruim € 5,1 miljoen (5% van de kredietfaciliteit) is gestopt. Belanghebbendes hoofdelijke aansprakelijkheid blijkt dus geen ondraaglijke gevolgen te hebben. Bij de beoordeling van de omvang van het risico op het moment van garanderen moet ook met de waarschijnlijkheid van rationeel handelen van banken rekening gehouden worden (het vermoedelijk laten voortbestaan van de kredietwaardige concertakken met winstverwachtingen). Evenmin heeft het Hof aandacht geschonken aan de mogelijk gunstiger leningvoorwaarden die de belanghebbende feitelijk of potentieel genoot als gevolg van de concernwijde onderlinge garanties jegens de banken. Bij concernwijde wederzijdse garanties jegens de financier kan meer krediet, en tegen gunstiger voorwaarden, worden verkregen dan gecompartmenteerd, per stand alone concernvennootschap mogelijk zou zijn. Bovendien kunnen concernvennootschappen indirect voordeel hebben bij een concernkredietfaciliteit als de litigieuze doordat groei van andere concernvennootschappen op basis van het krediet ook tot meer bedrijvigheid bij hen leidt."

2.11

In een commentaar op de conclusie in *NTFR 2012/1743* achtte Egelie moeilijk denkbaar dat een derde partij zou willen zijn bij een groepskrediet:

"(...) Een derde (kredietverzekeraar of anders) is simpelweg geen partij bij een groepskrediet. Een belang om daar wel in te (willen) participeren lijkt mij moeilijk te bedenken. De hoofdelijke aansprakelijkheid heeft voor het bankenconsortium ten doel om het concern als geheel te kunnen 'vangen' als het op onderdelen minder goed gaat. Het lijkt mij daarom, zoals Wattel toch ook lijkt te stellen, uit de aard der zaak ondenkbaar dat een derde daar deel van uit zou kunnen of willen maken."

2.12

Albert (*BNB 2013/109*) benoemt twee methoden waarmee aandeelhoudersinvloeden uit de winst kunnen worden geëlimineerd, de prospectieve en de retrospectieve en meent dat u terecht voor de achteruitkijkspiegel heeft gekozen:

"3.

[dat de aandeelhoudersinvloed uit de fiscale winst moet worden geëlimineerd] is conceptueel helder en niet omstreden; de praktische invulling – welk bedrag moet worden geëlimineerd? – is lastiger. Eliminatie van de aandeelhoudersinvloed op het resultaat van een transactie kan op twee manieren plaatsvinden:

- a. elimineer het nadeel dat de vennootschap feitelijk met de transactie lijdt ((...) methode a);
- b. analyseer de nadelig gebleken overeenkomst naar het tijdstip waarop deze werd gesloten (wat waren op dat moment de te verwachten voor- en nadelen?) en corrigeer de gehanteerde prijsstelling tot een 'at arm's length'-prijs ((...) methode b). Dat een vergelijkbare transactie tussen onafhankelijke derden onbestaanbaar is, is niet van belang (vergelijk HR 14 april 2006, nr. 41 569, *BNB 2006/278**). Evenmin is van belang of de transactie tot

Hij acht methode b praktisch onuitvoerbaar:

"7.

Wat tegen de zienswijze van de A-G pleit (methode b), is de praktische onuitvoerbaarheid ervan. Alleen al om die reden is het goed dat de Hoge Raad voor methode a heeft gekozen. Maar hij heeft de keuze voor methode a ook nog van een overtuigende, het geval overstijgende, motivering weten te voorzien (zie r.o. 3.4). Samengevat: als de garantstelling voldoet aan drie voorwaarden is de aandeelhoudersinvloed zo overheersend dat methode a is aangewezen (r.o. 3.5, eerste volzin; vergelijk de laatste zin van r.o. 3.2 van *BNB* 2004/265*, die ik hierboven in punt 4 heb geciteerd)."

2.13

Snoeks (*FED* 2013/53) acht het praktisch ongewenst dat u concernkrediet-arrangementen categorisch als onzakelijk aanmerkt, zonder de door u in alle andere gevallen aangewezen *arm's length* test toe te passen:

"10.

Het onderhavige arrest compliceert de onderlinge vennootschappelijke verhoudingen nog verder. Concernkredietarrangementen (met de daarbij behorende hoofdelijke aansprakelijkheid) zijn namelijk zeer gebruikelijk in de praktijk. Enerzijds kan zo'n parapluukrediet zorgen voor een vreemd vermogen-financiering van een concernvennootschap, die zelfstandig gezien onvoldoende kredietwaardig is. Anderzijds kan zo'n parapluukrediet zorgen voor gunstigere leningsvoorwaarden, waaronder met name is te verstaan een lagere rente voor het concern als geheel. Ik vraag mij af of de Hoge Raad niet wat meer oog had kunnen hebben voor gangbare vennootschappelijke gedragingen binnen concernverband. Ik had daarom liever gezien dat de Hoge Raad een arrest had gewezen dat een opening zou hebben geboden om de (on)zakelijkheid van dit soort garantstellingen van geval tot geval te beoordelen. Te vrezen valt dat dit arrest de fiscale uitvoeringspraktijk verder zal bemoeilijken, tenzij de Staatssecretaris van Financiën alsnog tegemoetkomend beleid formuleert om de scherpste kanten van dit arrest af te halen."

2.14

De redactie van *Vakstudie Nieuws* (2013/12.17) verklaart het ontbreken van de *arm's length*-test in het Parapluukredietarrest als volgt:

"Opvallend is dat de Hoge Raad hier, anders dan in de arresten met betrekking tot de onzakelijke lening, niet de eis stelt dat een derde niet bereid zou zijn geweest een soortgelijke garantie te verstrekken tegen een niet-winstafhankelijke vergoeding. Dat is nieuw en hiermee wijkt de Hoge Raad af van de lijn ingezet in *BNB* 2012/37. Tegelijk is het wellicht minder verbazingwekkend dan men op het eerste gezicht zou verwachten. Bij een parapluulening zou het zeer wel zo kunnen zijn dat sommige vennootschappen een vaste vergoeding zouden vragen en andere vennootschappen een winstafhankelijke. Dat roept allerlei vragen op die de Hoge Raad omzeilt door in het geheel niet te kijken naar de vergoeding die een derde zou hebben berekend. Dat dergelijke parapluuleningen tussen derden niet voorkomen, vormt daarbij een deel van de motivering. Dat deel van de motivering spreekt ons overigens minder aan: voor de individuele groepsvennootschap is alleen relevant voor welke schulden deze aansprakelijk is en wat daar tegenover staat."

De redactie vindt r.o. 3.5 minstens verwarrend omdat onduidelijk blijft waarom u betere rentevoorwaarden niet noemt als individueel voordeel van een concernparapluukrediet en omdat u de indruk wekt dat u asymmetrisch de nadelen van een concernkrediet in de kapitaalsfeer plaatst en de voordelen ervan in de belaste-winstsfeer:

"Opvallend is dat de Hoge Raad als voordelen slechts noemt 1. het kunnen aantrekken van krediet (direct voordeel) en 2. de positieve invloed op de verschillende ondernemingen en de onderlinge betrekkingen die tot winst kunnen leiden (indirect voordeel). De Hoge Raad gaat niet in op de invloed op de rentestand en dat achten wij opmerkelijk, ook gelet op het arrest *BNB* 2012/37. Deze overweging van de Hoge Raad achten wij – op zijn minst – verwarrend. Bij een parapluulening spelen er verschillende elementen. Een nadeel voor de vennootschap is dat deze kan worden aangesproken uit hoofde van de hoofdelijke aansprakelijkheid onder de parapluulening. Daarnaast zou het zo kunnen zijn dat, voor zover andere vennootschappen meer kredietwaardig zijn, er aan andere groepsvennootschappen een vergoeding wordt betaald ter zake van de impliciete borgstelling. Daarnaast zou het zo kunnen zijn dat, voor zover andere groepsvennootschappen minder kredietwaardig zijn, de vennootschap van deze andere groepsvennootschappen een vergoeding ontvangt ter zake van de impliciete borgstelling voor deze andere vennootschappen. Wij veronderstellen dat de Hoge Raad heeft bedoeld aan te geven dat het debiteurenrisico en onderlinge betalingen binnen de groep ter zake van impliciete borgstellingen in de kapitaalsfeer vallen. Nu de Hoge Raad de borgstelling in de kapitaalsfeer plaatst, lijkt het logisch om eventuele feitelijk verrekende vergoedingen te elimineren en ook in de kapitaalsfeer te plaatsen. Een voordeel voor de vennootschap vormt de lagere rente die door de bank wordt verleend aan een groep, ook al zouden alle groepsmaatschappijen even kredietwaardig zijn. Het algemene voordeel van een lagere rente hangt echter mogelijk niet zo zeer samen met de borgstellingen, maar mogelijk simpelweg met het opereren als een groep. Wij kunnen in dat laatste geval billijken dat dit buiten de kapitaalsfeer valt. Wij zien echter wel grond tot aanpassing van de rentelast wanneer deze hoger zou zijn bij zelfstandig inlenen,

voorzover dit verder gaat dan een gunstiger rentestand vanwege het optreden als groep en meer specifiek is terug te voeren op de garantie, omdat in dat geval kennelijk de groepsborgstelling specifiek tot de lagere rente bijdraagt. Het arrest *BNB 2012/37* geeft ons inziens ook aanleiding tot het in aanmerking nemen van de invloed van de groepsrelatie op de rente.

De Hoge Raad noemt echter niet de mogelijkheid van vergoedingen over en weer ter zake van de borgstelling. De Hoge Raad spreekt wel over de positieve invloed die het arrangement heeft op de verschillende ondernemingsactiviteiten. Niet duidelijk is wat de Hoge Raad daarmee precies bedoelt en of daar ook rentestandvoordelen onder vallen. Hoe dan ook, de Hoge Raad lijkt meer algemeen het nadeel ten gevolge van de borgstelling te zetten tegenover de voordelen verbonden aan de paraplulening. Dat werpt de suggestie op dat het nadeel wel, maar het voordeel niet in de kapitaalsfeer zou vallen. Wij gaan er vanuit dat dit niet zo bedoeld is. Duidelijk is dat overigens niet, vandaar onze toevoeging dat de desbetreffende overweging van de Hoge Raad op zijn minst verwarrend is.”

2.15

Egelie (*NtFR 2013/586*) ziet de verklaring voor uw niet-toepassing van de *arm's length* test in het Paraplukredietarrest in het volgende:

“(…) waar leningen ook tussen derden worden verstrekt dient de (on)zakelijkheid daarvan te worden onderzocht aan de hand van de vergelijking met een derde. Waar een kredietfaciliteit daarentegen uit de aard der zaak door een groep van verbonden vennootschappen wordt aangegaan, is de vergelijking met 'een derde' simpelweg non-existent.^[11.]”

2.16

Wél weer in overeenstemming met de onafhankelijke-derde-test van HR *BNB 2012/37* was uw arrest in de latere zaak HR *BNB 2015/13*.^[12.] De belanghebbende was enig aandeelhouder van A Beheer BV en hoofdelijk aansprakelijk voor de aflossing van een lening van de Rabobank aan die BV. Hij betaalde uit hoofde van die aansprakelijkheid € 160.000 aan de bank, gefinancierd met een lening. Dat bedrag, en de kosten van de lening, wilde hij als negatief resultaat uit overige werkzaamheden in mindering op zijn inkomen brengen. U oordeelde over de zakelijkheid van de aanvaarding van aansprakelijkheid als volgt:

“2.3.

Indien een aanmerkelijkbelanghouder zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor een geldverstrekking aan de vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, en dat hoofdelijk aansprakelijk stellen slechts kan worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, zal het eventueel uit die hoofdelijke aansprakelijkheid voortvloeiende verlies niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden kunnen worden gebracht (vgl. HR (...) *BNB 2004/265*). Voor (...) de vraag of de (...) aanvaarding van de (...) aansprakelijkheid moet worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, is beslissend of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden (...). Met de (...) in 2.2. weergegeven oordelen heeft het Hof dit miskend. Dat geen sprake is van een situatie waarin duidelijk was dat de vennootschap het ontvangen krediet in de toekomst niet zou kunnen terugbetalen, sluit niet uit dat een onafhankelijke derde niet (tegen een vergoeding) bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Bij de beantwoording van deze vraag is niet van belang dat de desbetreffende lening bij een derde is gesloten.”

2.17

Heithuis ging in *BNB 2015/13* in op het verschil tussen dit arrest (en HR *BNB 2012/37*) en het Paraplukredietarrest:

“7.

In het Paraplukredietarrest (...) oordeelde de Hoge Raad niet, zoals hij in onderhavig arrest wél doet, dat beslissend is of een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. De vraag rijst waarom de Hoge Raad dit in onderhavig arrest wel oordeelt en in *BNB 2013/109** niet. Helaas werpt onderhavig arrest geen nader licht op de vraag waarom een hoofdelijke aansprakelijkheid uit hoofde van een paraplukrediet per definitie zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen de vennootschappen en een hoofdelijke aansprakelijkheid uit hoofde van een andersoortige geldlening niet. Of het moet zijn dat de Hoge Raad van mening is dat in de situatie van een paraplukrediet per definitie niet een willekeurige derde is te vinden die bereid is tegen een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Daar is in de situatie van een paraplukrediet misschien iets voor te zeggen maar het was fijn geweest als de Hoge Raad dit in het Paraplukredietarrest had geëxpliciteerd. Dan hadden we toen reeds geweten dat een hoofdelijke aansprakelijkheid respectievelijk borgstelling door een gelieerde partij in beginsel langs

dezelfde lijnen moet worden beoordeeld als een geldlening van een gelieerde partij maar dat het in de situatie van een paraplukrediet een kennelijk zinloze exercitie is om nader te onderzoeken of een willekeurige derde bereid zou zijn eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden tegen een (niet van de winst van de vennootschap afhankelijke) vergoeding (onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden), aangezien die derde niet bestaat. Overigens, zo komt mij voor, had dit in het Paraplukredietarrest dan nog wel feitelijk moeten worden vastgesteld, zodat, net als in onderhavig arrest en in het arrest *BNB 2015/12**, verwijzing had moeten volgen.”

3. (Overige) Literatuur

3.1

Ligthart^[13] acht ondenkbaar dat een kredietarrangement als dat in het Paraplukredietarrest zou worden gesloten zonder gelieerdheid (ik laat voetnoten weg):

“Het onderhavige kredietarrangement leidt tot voordelen voor de betrokken vennootschappen en heeft een positieve invloed op de ondernemingsactiviteiten en onderlinge betrekkingen (zie r.o. 3.5). Vanuit concernverband bezien liggen aan de garantstelling zonder meer zakelijke overwegingen ten grondslag en betreft het géén ongebruikelijke transactie. Anders dan de redactie Vakstudie Nieuws acht ik deze aspecten evenwel van onvoldoende belang om de garantstelling buiten de kapitaalsfeer te houden. Feit is immers dat bij afwezigheid van de gelieerde verhoudingen, c.q. vennootschappelijke betrekkingen, een garantstelling als de onderhavige ondenkbaar is. Daarmee staat vast dat de garantstelling en bijkomende risico's en uitgaven *uitsluitend* hun oorzaak vinden in deze vennootschappelijke betrekkingen. Een rechtshandeling, die zozeer zijn ontstaansgrond vindt in de aanwezige gelieerdheid, kan voor de totaalwinstbepaling niet worden geacht in de onderneming te zijn opgekomen. De totaalwinst dient daarbij ook per belastingplichtige te worden beoordeeld en niet op concernniveau.”

Het Paraplukredietarrest sluit zijns inziens echter niet uit dat gelieerde garant- en borgstellingen zich in de winstsfeer afspelen (ik laat voetnoten weg):

“Ik gaf hiervoor al aan dat bij de zakelijkheidstoets dient te worden geabstraheerd van een aandeelhoudersrelatie. Dit uitgangspunt brengt met zich dat rechtshandelingen, die zich naar hun aard niet of nauwelijks laten denken in derdenverhoudingen, niet zomaar kunnen worden verzakelijkt door op zoek te gaan naar een derdenvergoeding. Dergelijke rechtshandelingen, die louter berusten op de aanwezige vennootschappelijke betrekkingen, liggen in de kapitaalsfeer. Het onderhavige arrest maakt dit nogmaals duidelijk. In het onderhavige arrest valt evenwel niet te lezen dat garant- of borgstellingen zich nimmer in de winstsfeer kunnen afspelen.

(...)

Het concernfinancieringsarrest biedt geen rechtsregels voor garant- en borgstellingen in gelieerde verhoudingen in het algemeen. De feiten en omstandigheden, die kenmerkend zijn voor de desbetreffende garant- of borgstelling zijn van doorslaggevend belang. De criteria uit de onzakelijkeleningjurisprudentie bieden hierbij geen houvast. Daarvoor zijn de onderliggende rechtshandelingen te verschillend van aard en is de onzakelijkeleningjurisprudentie te specifiek. Garant- en borgstellingen dienen op hun eigen fiscale merites te worden beoordeeld, teneinde de gevolgen van vermogensrisico's die hun oorzaak uitsluitend vinden in de aandeelhoudersrelatie, buiten de belaste winstsfeer te houden. Daarin verschillen garant- en borgstellingen niet van een onzakelijke lening.”

3.2

Van der Breggen en Lierens zien ongelieerde transacties die vergelijkbaar zijn met een kredietgarantie:^[14]

“In de financiële markten komen wel degelijk transacties voor die (min of meer) vergelijkbaar zijn met het afdekken van risico's ten aanzien van financiële transacties. Er is immers een grote (secundaire) markt waar risico's op financiële transacties worden verlegd, namelijk via zogenoemde “Credit Default Swaps” (CDS). Een CDS kan worden aangegaan met een schuldverzekeraar tegen een premie, waarbij de verzekeraar aan de schuldeiser de bedragen voldoet die gemoeid zijn met de uitstaande leningen bij het in gebreke blijven van de schuldenaar. Veel financiële partijen, waaronder banken, sluiten dergelijke contracten af om kapitaal vrij te kunnen maken voor het verstrekken van nieuwe leningen. Een CDS heeft derhalve een hoge mate van vergelijkbaarheid met een kredietgarantie, zowel qua risico-overdracht als qua pricing.”

Zelfs in gevallen die zich tussen derden niet voordoen, kunnen kredietgaranties huns inziens zakelijk zijn:

“Bij het bepalen van de credit rating van een transactie (de zogenoemde “issue rating”) heeft het al dan niet aanwezig zijn van een (...) structural subordination een effect op deze rating en derhalve op de prijs van de transactie (de rente). Dit effect kan op basis van rapporten van de bekende rating agencies worden vastgesteld. Als gevolg hiervan kan ook de waarde van de garanties van de betreffende groepsmaatschappijen (zogenoemde “upstream guarantees”) worden vastgesteld. Dit is weliswaar een situatie die zich niet tussen derden voordoet, maar beargumenteerd kan worden dat in principe wel sprake kan zijn van een zakelijke garantie die de groepsmaatschappijen verschaffen ten gunste van de moedermaatschappij en die dienovereenkomstig geprijsd kan worden. Het zal vervolgens afhangen van de specifieke voorwaarden en de betrokken partijen of de kredietgarantie wel of niet zakelijk is – deze mogelijkheid bij voorbaat uitsluiten geeft blijk van miskenning van

3.3

Reyneveld en Sporken menen dat u ten onrechte niet de mogelijkheid heeft laten onderzoeken dat groepsmaatschappijen elkaar garantievergoedingen in rekening brengen:^[15]

"Wij zijn van mening dat de Hoge Raad ten onrechte voorbij is gegaan aan de mogelijkheid om groepsmaatschappijen onderling garantievergoedingen in rekening te laten brengen om tot een evenwichtige allocatie van de voor- en nadelen te komen van het paraplukredietarrangement. Deze mogelijkheid is bewust niet onderzocht in dit arrest. Nu de formulering van de Hoge Raad erop duidt dat dit oordeel voor alle parapluleningen van toepassing is, lijkt de weg der verrekenprijzen geen uitweg te bieden om alsnog te komen tot een evenwichtige behandeling in de winstsfeer van de voor- en nadelen die samenhangen met parapluleningen. Dit betekent dat verliezen die voortvloeien uit regresvorderingen in het kader van een paraplukredietarrangement niet aftrekbaar zijn. Overigens zou dit ook moeten betekenen dat de door een Nederlandse borgmaatschappij ontvangen garantievergoedingen niet belastbaar zijn."

3.4

(Ook) Van Scharrenburg en Van der Vegt^[16] hebben kritiek op het Paraplukredietarrest en hebben moeite met verklaren waarom u in dat arrest, anders dan in zowel eerdere als latere arresten, de *arm's length* test negeert. Zij menen dat u (op wankel basis) een onweerlegbaar vermoeden c.q. een onzakelijkheidsfictie introduceert (ik laat voetnoten deels weg):

"Zoals zojuist geschreven, hadden wij verwacht dat de Hoge Raad in deze zaak aansluiting zou zoeken bij zijn rechtspraak over onzakelijke leningen. De Hoge Raad doet dit echter niet, maar creëert een onweerlegbaar bewijsvermoeden door te oordelen dat in een geval met de zojuist weergegeven kenmerken heeft te gelden "dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. Immers, in een zodanig geval vindt ten behoeve van de kredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk een consolidatie plaats en stellen de desbetreffende vennootschappen de financiering van de door hen in stand gehouden ondernemingen met vreemd vermogen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen"

Ofschoon vanuit een economische invalshoek het een en ander valt te zeggen voor de benadering van de Hoge Raad, komt het ons voor dat zij toch op gespannen voet staat met een aantal beginselen dat aan de heffing van de vennootschapsbelasting ten grondslag ligt. Ten eerste vragen wij ons af of relevant is dat ten behoeve van de kredietverlening feitelijk een consolidatie plaatsvindt aan de zijde van de desbetreffende groep. Het is immers vaste rechtspraak dat groepsvennootschappen op zichzelf staande lichamen vormen, die, voor zover de wet niet anders bepaalt, elk afzonderlijk belastingplichtig zijn.^[17] Dit uitgangspunt brengt mee dat "voor de heffing der belasting de bijzondere verhouding tussen een moedermaatschappij en haar dochterondernemingen betekenis mist, zodat, indien bij de winstberekening van de moedermaatschappij transacties met dochterondernemingen een rol spelen, deze als transacties met derden moeten worden gezien".^[18] In een geval als hier aan de orde betekent dit naar onze mening dat het met de garantstelling geleden verlies niet zonder meer moet worden genegeerd door dit verlies in de aandeelhouderssfeer te situeren, maar dat in plaats daarvan moet worden onderzocht of voor de verschuiving van risico's die optreedt ten gevolge van de garantstelling een zakelijke vergoeding kan worden bepaald. Eerst wanneer een zakelijke vergoeding gelet op het hoge debiteurenrisico niet kan worden bepaald, is er, net als in het geval van leningen, reden om een onzakelijke garantstelling aan te nemen. Illustratief in dit kader is een arrest uit 1985,^[19] waarin het ging om een belanghebbende die betalingen deed aan een groepsvennootschap die als groepsverzekeraar optrad. Met betrekking tot de aftrekbaarheid van de door de belanghebbende aan die groepsverzekeraar gedane betalingen overwoog de Hoge Raad dat "[i]ndien en voor zover in een concernverhouding tegenover het overgedragen risico een zakelijke – derhalve niet door de concernrelatie beïnvloede – premie staat (...) voor de heffing van vennootschapsbelasting met betaling van die premie rekening [zal] dienen te worden gehouden". Voor garantstellingen binnen groepsverband, waarbij het evenzeer gaat om het verschuiven van risico's binnen de groep, zou dit, zoals gezegd, naar onze mening niet anders moeten zijn.

Voorts vragen wij ons af waarom de Hoge Raad betekenis toekent aan de omstandigheid dat de belanghebbende in het arrest van 1 maart 2013 de hoofdelijke aansprakelijkheid met het oog op het groepsbelang aanvaardde. Naar onze mening zou dit niet relevant moeten zijn omdat, zoals hiervoor al is opgemerkt, enkel moet worden gezien of voor het aanvaarden van de aan die aansprakelijkstelling verbonden risico's een zakelijke vergoeding kan worden bepaald. Indien dat het geval is, zou die vergoeding voor de fiscale winstberekening in aanmerking moeten worden genomen en dient de garantstelling bij zowel de moeder- als bij de dochtermaatschappij binnen de winstsfeer te worden afgewikkeld. Op die wijze wordt de winst van beide vennootschappen volledig geschoond van aandeelhoudersinvloeden, nu alle goede en slechte kansen met betrekking tot de garantstelling zijn verdisconteerd in de zakelijke garantstellingsvergoeding. Ter onderbouwing van dit standpunt zij gewezen op een arrest uit 2004 over een aan de vennootschapsbelasting onderworpen belanghebbende die optiecontracten sloot met haar enig aandeelhouder. De staatssecretaris betoogde in cassatie dat de belanghebbende niet

uit zakelijke overwegingen aan de transactie had deelgenomen omdat het sluiten van de desbetreffende contracten niet tot haar normale bedrijfsuitoefening behoorde. Daaraan verbond de staatssecretaris de gevolgtrekking dat het verlies dat de vennootschap op die contracten had geleden in de kapitaalsfeer moest worden geplaatst en dus niet aftrekbaar was. De Hoge Raad verwierp – terecht – deze stelling en oordeelde dat bij de beantwoording van de vraag of de gevolgen die voortvloeien uit de door een vennootschap met haar aandeelhouder gesloten overeenkomst bij de bepaling van de winst in aanmerking moeten worden genomen, niet van belang is of het sluiten van de betreffende overeenkomst tot de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap behoort.^[20] Slechts van belang is, naar volgt uit een eerder arrest^[21] dat over een vergelijkbare situatie ging, of bij het sluiten van de optieovereenkomsten een zakelijke vergoeding is overeengekomen. Geheel in lijn van de hiervoor bedoelde rechtspraak is overigens het na 1 maart 2013 gewezen arrest van 17 oktober 2014, *BNB 2015/13* [zie 2.14 hierboven; PJW]. (...).

De vraag is nu waarom de Hoge Raad in het arrest *BNB 2013/109* is afgeweken van de zo-even bedoelde eerdere rechtspraak. Die vraag klemmt naar onze mening te meer nu het arrest *BNB 2015/13* wél in overeenstemming is met die eerdere rechtspraak. Een mogelijke verklaring is dat het arrest van 1 maart 2013 moet worden gezien in het licht van de specifieke feiten en omstandigheden van dat geval. Zo voorzag de Hoge Raad wellicht allerlei praktische problemen bij de beprijzing van garantstellingen over en weer binnen groepen, aangezien deze garantstellingen zich buiten groepsverband vaak moeilijk laten denken.^[22] Indien dit inderdaad de achterliggende gedachte is geweest, hebben wij daar bedenkingen bij. De eerste bedenking is een zuiver theoretische, namelijk dat de (enkele) omstandigheid dat een bepaalde transactie zich tussen derden bezwaarlijk laat denken, niet reeds met zich brengt dat sprake is van onzakelijk handelen.^[23] Ook biedt de enkele omstandigheid dat de transactie tot stand is gekomen op initiatief van de moedermaatschappij onvoldoende grond om aan te nemen dat sprake is van een onzakelijk handelen.^[24] Nu kunnen wij er, gelet op de aard van de garantstellingsproblematiek binnen grote concerns, wel begrip voor opbrengen dat de Hoge Raad het met dit theoretische bezwaar mogelijk niet zo nauw neemt, maar, en daarmee komen we bij onze tweede bedenking, er zijn naar onze mening zeer wel gevallen denkbaar waarin die praktische problemen omtrent de beprijzing zich helemaal niet voordoen. Te denken valt aan een simpele groep van twee vennootschappen (een moeder- en een dochtermaatschappij) die beide solvabel zijn en beide op eigen kracht leningen kunnen aantrekken. Indien nu de dochtermaatschappij een lening aantrekt onder een kredietarrangement als aan de orde in het arrest van 1 maart 2013, wordt de gehele garantstelling bij fictie als onzakelijk aangemerkt, terwijl daar naar onze mening geen goede reden voor is. Wat ons betreft schiet de Hoge Raad op dit punt dan ook enigszins door en had hij wat meer vrijheid mogen laten aan en vertrouwen stellen in de rechter die over de feiten oordeelt om van geval tot geval met inachtneming van de normale regels van stelplicht en bewijslast te oordelen of met de garantstelling een debiteurenrisico wordt gelopen dat een derde niet zou hebben aanvaard. (...).

3.5

Bobeldijk, Van der Velden en Schakenraad^[25] verklaren uw afzien van een *arm's length* test in het Paraplukredietarrest als volgt (ik laat voetnoten deels weg):

"11.4. Borgtocht als transactioneel onzakelijke handeling

(...). Kenmerk van deze 'transactionele' vorm van onzakelijkheid is dat er überhaupt geen onafhankelijke derde zou zijn te vinden die de handeling zou hebben verricht, ook niet tegen volstrekt andere voorwaarden en een andere vergoeding. In de onzakelijkeleningsfeer kan in dit kader worden gedacht aan de bodemlozeputlening van *BNB 1988/217*. In de sfeer van borgstellingen vindt deze jurisprudentie zijn evenknie in het (...) arrest *BNB 2004/265* en in het zogenoemde Paraplukredietarrest van *BNB 2013/109*. (...). De Hoge Raad oordeelde dat de hoofdelijke aansprakelijkheid in deze omstandigheden zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen met andere vennootschappen, doordat ten behoeve van de kredietverlening feitelijk een consolidatie plaatsvindt waarbij de deelnemende groepsvennootschappen hun eigen financiering en gelopen risico's in dienst stellen van het groepsbelang. Een verlies dat een deelnemende groepsvennootschap op grond van de hoofdelijkheid lijdt, komt daardoor niet in mindering op zijn fiscale resultaat. Hoewel de Hoge Raad niet inhoudelijk ingaat op het eigen belang dat participanten bij het kredietarrangement kunnen hebben, kunnen wij de Hoge Raad hier goed volgen vanuit de gedachte dat de handeling als zodanig (het zich zonder beperking hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle schulden van de groep als geheel) niet door een derde partij zou zijn verricht, ook niet tegen andere voorwaarden of een andere vergoeding. Een dergelijke mate van aansprakelijkheidsaanvaarding doet zich buiten concernverband eenvoudigweg niet voor, moet de Hoge Raad hebben gedacht. Wij zijn van mening dat ook de aanvaarding van aansprakelijkheid uit hoofde van een 403-verklaring onder deze categorie is te scharen.

11.5. De 'onzakelijke borgstelling'

Naar aanleiding van het Paraplukrediet-arrest is de vraag opgeworpen of niet elke borgstelling in gelieerde verhoudingen

zich in de vennootschappelijke betrekkingen afspeelt. De gedachte lijkt daarbij te zijn dat er geen onafhankelijke derden zijn te vinden die sec een borgstellingsrisico op zich zouden willen nemen.

(...).

Uit het arrest *BNB 2015/13* [zie 2.14 hierboven; PJW] volgt dat de Hoge Raad de onzakelijkheid van de borgstelling niet tot uitgangspunt neemt, (...). In het arrest oordeelt de Hoge Raad: [zie 2.14 hierboven; PJW].

Hiermee trekt de Hoge Raad de lijn die hij in de onzakelijkeleningjurisprudentie heeft ingezet voor de behandeling van onzakelijke debiteurenrisico's door naar andere vormen van onzakelijk debiteurenrisico, zoals de onzakelijke borgstelling. Uit het arrest kan voorts worden afgeleid dat de risico's uit hoofde van borgstelling en hoofdelijkheid niet bij voorbaat al in de vennootschappelijke betrekkingen worden geplaatst. Hoewel de aanvaarding van dergelijke risico's zich tussen derden weliswaar minder vaak zal voordoen dan een geldverstrekking, is de mate waarin bepaalde transacties zich voordoen tussen derden niet het leidende criterium voor onzakelijkheid, als vaststaat dat dergelijke transacties wel degelijk tussen derden plaatshebben. In dat geval moet voor de vraag of een risico is aanvaard in een handelen als gelieerde partij het criterium uit de onzakelijkeleningjurisprudentie worden aangelegd, namelijk of er een (niet winstafhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde eenzelfde debiteurenrisico zou hebben aanvaard.

Naar aanleiding van dit arrest is in de literatuur de vraag opgeworpen hoe dit arrest zich verhoudt tot het Paraplukrediet-arrest, waarin de Hoge Raad in het geheel niet toetste of een zakelijke vergoeding voor de aanvaarding van het aldaar aanwezige debiteurenrisico kon worden bepaald.^[26] Naar wij menen kan het verschil tussen *BNB 2013/109* en *BNB 2015/13* worden verklaard doordat in deze arresten twee verschillende verschijningsvormen van 'onzakelijkheid' aan de orde waren.

In *BNB 2013/109* was dit de 'transactionele onzakelijkheid'. Er was sprake van een transactie (de aanvaarding van aansprakelijkheid) die een onafhankelijke derde onder geen beding zou verrichten, ook niet tegen andere voorwaarden en een andere vergoeding. Net als bij de afgifte van een 403-verklaring kon de in dat arrest aan de orde zijnde (onbeperkte en ruime) aansprakelijkheidsaanvaarding alleen uit de aanwezigheid van vennootschappelijke betrekkingen worden verklaard. In *BNB 2015/13* was de onzakelijkheid van de handeling als zodanig nog geen gegeven. Het stellen van zekerheid voor debiteurenrisico's op een schuld van een ander doet zich in beginsel ook tussen derden voor (zoals bij een credit default swap). Niettemin kan ook dan de aanvaarding van het met de borgstelling samenhangende debiteurenrisico zijn oorzaak vinden in gelieerde verhoudingen. Net als bij de onzakelijke lening moet daartoe worden getoetst of een debiteurenrisico wordt aanvaard waarvoor geen (niet-winstafhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde onder de gegeven voorwaarden en omstandigheden hetzelfde risico had aanvaard.^[27]

4. Analyse

4.1

Gezien HR *BNB 2015/13*, dat gewezen is ná het Paraplukredietarrest en dezelfde (*arm's length*) boodschap inhoudt ter zake van onzakelijke garanties als HR *BNB 2012/37* ter zake van onzakelijke leningen, is niet aannemelijk dat u met het Paraplukredietarrest wilde afwijken van HR *BNB 2012/37*. U ziet dus denkkelijk, anders dan sommige auteurs, geen tegenstelling of spanning tussen uw Paraplukredietarrest en de *arm's length* test van HR *BNB 2012/37* en HR *BNB 2015/13*.

4.2

Dat zou impliceren dat ofwel paraplukrediet-gevallen en *arm's length* test-gevallen elkaar wederzijds uitsluiten, ofwel dat de *arm's length* test niet ter zake doet in paraplukrediet-gevallen. Een paraplukredietgeval wordt dus niet pas geïdentificeerd door het falen voor de *arm's length* test, maar men komt aan die test helemaal niet toe als het om een paraplukredietgeval gaat, juist omdat het om een paraplukredietgeval gaat. Dan rijst uiteraard de vraag hoe men dan wél vaststelt of het om een paraplukredietgeval gaat als dat niet door toepassing van de *arm's length* test geschiedt. Het arrest geeft mijns inziens impliciet antwoord op die vraag: als het om een arrangement gaat dat in feite deelnemerschap of bodemloosheid impliceert (onbeperkt meedeinen met alle ondernemersrisico's van de hele groep), is fiscaalrechtelijk geen sprake van een garantie, maar van een handelen als aandeelhouder of dochter, dus van een storting, een onttrekking of een uitdeling, althans om iets dat zich buiten de eigenlijke ondernemingsuitoefening en daarmee buiten de belaste-winstsfeer afspeelt.

4.3

Ik meen dat die gevallen op basis van twee criteria kunnen worden geïdentificeerd, een subjectief criterium en een objectief criterium. Uit onder meer het boven (2.5) geciteerde Garantieprijsgevingsarrest HR *BNB 2004/265* volgt dat als (het afzien van) een kredietgarantie slechts kan worden aangemerkt als een handelen van de aandeelhoudster c.q. de dochter als zodanig, het om handelen in de kapitaalsfeer gaat, hetgeen meebrengt dat noch garantie, noch dier gevolgen invloed hebben op de fiscale winst. De garantie zou dan dus, als zij een lening zou zijn, aangemerkt worden als eigen vermogen in plaats van vreemd vermogen, net zoals een bodemloze-putlening en een deelnemerschapslening als eigen vermogen worden aangemerkt. De eerste op grond van de motieven van de 'uitlener' (permanente verliesfinanciering), de laatste op

grond van haar objectieve kenmerken (achtergesteld, quasi-perpetueel, winstdelend).

4.4

Daaruit volgt dat ook parapluukredietgevallen op twee manieren kunnen worden vastgesteld: (i) op basis van de *bedoelingen* van de betrokken concernvennootschappen en (ii) op basis van de *objectieve kenmerken* van het groepskredietarrangement. In het eerste geval doet niet ter zake dat de onderlinge garanties tussen de groepsvennootschappen zich wellicht ook in ongelieerde verhoudingen zouden kunnen voordoen en bepaald zouden kunnen worden, want in deze benadering zijn beslissend de motieven voor de garanties, niet de denkbaarheid of ondenkbaarheid van een *CUP* voor vergelijkbare ongelieerde garanties. Die motieven zijn een feitelijke kwestie, dus als deze benadering de juiste is, zou Heithuis (noot in *BNB* 2015/13; zie 2.17 hierboven) gelijk hebben dat u de parapluukredietzaak had moeten verwijzen naar de feitenrechter.

4.5

U heeft die zaak echter niet verwezen, hetgeen suggereert dat u in die zaak de subjectieve bedoelingen niet beslissend of zelfs niet relevant achtte. Ook de bewoordingen van dat arrest suggereren dat u inderdaad de *objectieve kenmerken* van het parapluukrediet beslissend achtte. Die door u opgesomde kenmerken brachten volgens u mee dat ten behoeve van de kredietverlening bij zowel de bank(en) als de betrokken groepsvennootschappen feitelijk een consolidatie plaatsvond en zowel de financiering van de ondernemingen met vreemd vermogen als de daarbij onderling gelopen risico's in functie van het groepsbelang werden gesteld. Dat impliceert dat u meende dat er economisch maar één groepslening met één groepsrisico was opgenomen door één belastingplichtige (de groep) bij één bank (ook al was dat een consortium) waarvoor alle individuele groepsvennootschappen hetzelfde (enorme) risico liepen en die dus per definitie voortvloeide uit de interveniëntenschappelijke verhoudingen: de aansprakelijkheidsaanvaarding zelf ligt dan in de kapitaalsfeer, zodat ook in deze benadering niet meer over een *CUP* hoeft te worden nagedacht. Daaraan komt men pas toe als de aansprakelijkheidsaanvaarding niet objectief of subjectief slechts verklaard wordt door het groepsbelang, dus als de garantie nog wel als garantie (en niet als storting, onttrekking of uitdeling) gezien kan worden, zij het mogelijk een onzakelijke.

4.6

De *arm's length* test was dus in het Parapluukredietarrest niet relevant, net zomin als bij een deelnemerschapslening van belang is of een derde denkbaar is die tegen een (winstafhankelijke) vergoeding mee zou willen doen. Het Parapluukredietarrest is de gelieerde-garantie-tegenhanger van HR *BNB* 1988/217 (zie 2.1 hierboven) voor gelieerde leningen: het betrof een 'deelnemerschapsgarantie'.

4.7

Beslissend voor het toepassingsgebied van het Parapluukredietarrest lijkt te zijn dat (i) feitelijk sprake is van groepsconsolidatie ten behoeve van de kredietverlening van alle leningen en van alle aansprakelijkheden daarvoor in functie van het groepsbelang en (ii) de individuele aansprakelijkheid van elke groepsvennootschap (daardoor) niet in verhouding staat tot die bij individuele ondernemingsfinanciering met vreemd vermogen.

4.8

Deze bevindingen en criteria pas ik toe in de conclusies waarbij deze bijlage een bijlage is. De Staatssecretaris lijkt te stellen dat intragroepsgaranties steeds als handelen in de kapitaal-/deelnemingssfeer gezien moeten worden, maar mijns inziens zijn uw Parapluukredietcriteria strenger en bent u net als bij gelieerde leningen terughoudend in het afwijken van de civielrechtelijke werkelijkheid.

Noot

Auteur: P.G.H. Albert

1. Toetsingskader

Wanneer een vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor een (bank)schuld van een gelieerde vennootschap en door de bank wordt aangesproken, rijst de vraag of die (eerstgenoemde) vennootschap het bedrag waarvoor zij (door de bank) wordt aangesproken, ten laste van haar winst mag brengen.^[1] Het toetsingskader voor het antwoord op die vraag wordt gevonden in twee arresten van 10 mei 2019. Het ene arrest (nr. 17/04930, opgenomen in *BNB* 2019/119^{c*}) is een bevestiging van HR 17 oktober 2014, nr. 14/00955, *BNB* 2015/13^{c*}, het andere (onderhavige) arrest is een bevestiging van HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, *BNB* 2013/109^{c*} (het *Parapluukredietarrest*). Als de aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid uitsluitend kan worden verklaard uit de aandeelhoudersrelatie (ook wel 'vennootschappelijke

betrekkingen' of 'vennootschapsrechtelijke betrekkingen' genoemd), is het bedrag waarvoor de vennootschap wordt aangesproken niet aftrekbaar (maar vormt een winstuitdeling of informele kapitaalstorting). Er zijn twee situaties waarin de aansprakelijkstelling zich in de aandeelhouderssfeer bevindt (uitsluitend verklaard kan worden door de vennootschapsrechtelijke betrekkingen):

- a. een aansprakelijkstelling die voldoet aan de drie eisen van het *Paraplukredietarrest* (in r.o. 2.4 herhaalt de Hoge Raad die drie eisen);
- b. een aansprakelijkstelling waarbij het niet mogelijk is een (niet van de winst afhankelijke) vergoeding te bepalen waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden (*BNB 2015/13c**).

2. Een schoonheidsfoutje?

De Hoge Raad spreekt over de 'bijzondere rechtsregel' uit het *Paraplukredietarrest* (r.o. 2.4 van het onderhavige arrest; r.o. 2.4.2 van *BNB 2019/119c**). Ik vermoed dat de term 'bijzondere rechtsregel' noodzakelijk is geworden door het feit dat de Hoge Raad in r.o. 2.3 van *BNB 2015/13c** een te beperkte (te nauwe, te limitatieve) omschrijving heeft gegeven van het geval dat een aansprakelijkstelling zich in de aandeelhouderssfeer bevindt. In *BNB 2015/13c** was voor situering in de aandeelhouderssfeer namelijk "beslissend of een (niet van de winst afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden". De Hoge Raad had in *BNB 2015/13c** volgens mij beter niet kunnen kiezen voor de term 'beslissend', maar voor een frase die de mogelijkheid openlaat dat er ook nog andere gevallen denkbaar zijn waarin een aansprakelijkstelling zich in de aandeelhouderssfeer bevindt. De tweede volzin van r.o. 2.3 in *BNB 2015/13c** had daarom volgens mij beter als volgt kunnen luiden:

"De hiervoor bedoelde aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid moet als een handelen van een aandeelhouder als zodanig worden aangemerkt als geen (niet van de winst afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden."

Het vermijden van de term 'bijzondere rechtsregel' zou om twee redenen mijn voorkeur hebben gehad. In de eerste plaats omdat er nog andere gevallen denkbaar zijn waarin een aansprakelijkstelling zich in de aandeelhouderssfeer bevindt zonder dat voldaan is aan het criterium van de onvindbaarheid van een niet van de winst afhankelijke vergoeding van *BNB 2015/13c**. Een voorbeeld is de hoofdelijke aansprakelijkstelling uit hoofde van een zogenoemde '403-verklaring'.²¹ In de tweede plaats vind ik de term 'bijzondere rechtsregel' niet gelukkig, omdat het bij de fiscale behandeling van een hoofdelijke aansprakelijkstelling volgens mij niet gaat om een hoofdregel (*BNB 2015/13c**) aangevuld met een 'bijzondere rechtsregel' (*Paraplukredietarrest*), maar om de vraag (het criterium) of de aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid (uitsluitend) moet worden verklaard uit de aandeelhoudersrelatie (vennootschapsrechtelijke betrekkingen). Er zijn verschillende situaties denkbaar waarin aan het laatstgenoemde criterium is voldaan (punt 1a, punt 1b, een hoofdelijke aansprakelijkstelling uit hoofde van een '403-verklaring'). Er bestaat geen rangorde tussen die situaties.

3. Of een borgstellingsvergoeding is overeengekomen, is niet relevant

Men zou wellicht verwachten dat de aanvaarding van de aansprakelijkheid zich (eerder) in de aandeelhouderssfeer bevindt, indien de debiteurvennootschap en de vennootschap die zich aansprakelijk heeft gesteld géén borgstellingsvergoeding zijn overeengekomen. En omgekeerd, dat de aanvaarding van de aansprakelijkheid zich *niet* (of minder snel) in de aandeelhouderssfeer bevindt, indien de debiteurvennootschap en de vennootschap die zich aansprakelijk heeft gesteld een borgstellingsvergoeding zijn overeengekomen. Deze (mogelijke) intuïtie is niet juist, zo volgt uit punt 1. Of partijen een borgstellingsvergoeding zijn overeengekomen (en zo ja, hoe hoog), speelt geen rol bij de beoordeling van de vraag of de aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid uitsluitend kan worden verklaard uit de aandeelhoudersrelatie (in punt 10 kom ik hierop terug). Net zo min als de overeengekomen rente een rol speelt bij de vraag of een lening een onzakelijke lening vormt (r.o. 3.3 van HR 13 januari 2012, nr. 10/3654, *BNB 2012/79c** en r.o. 3.3 van HR 9 maart 2012, nr. 10/04488, *BNB 2012/132c**).

4. De betrekkelijkheid van verrekenprijzen

'Verrekenprijzadepten' zijn de opvatting toegedaan dat iedere transactie tussen gelieerde partijen (met een wiskundig model) te beprijzen valt en dat een juiste fiscale winstvaststelling uitsluitend bereikt kan worden met de prijs die uit hun model is gerold. Verrekenprijzadepten achten het *Paraplukredietarrest* en het onderhavige arrest daarom onjuist. Zo schrijft de redactie van *V-N* over het onderhavige arrest:²²

“Als de vennootschappen met een negatief saldo niet zoveel lenen dat een derde een winstafhankelijke rente zou eisen, zien wij eigenlijk niet goed in waarom de onderhavige overeenkomst niet zou kunnen worden verzakelijkt door een vaste (niet van de winst afhankelijke) rente te imputeren.”

Als er beprijsd kan worden, dan moet er ook beprijsd worden.^[4] Het commentaar van V-N (en de opvatting van verrekenprijsadepten) gaat volledig voorbij aan de kern van het *Paraplukredietarrest* en van het onderhavige arrest. Die kern houdt in dat als een vennootschap zich garant stelt voor (op het moment van de garantstelling nog) onbekende schulden van een groepsmaatschappij, die garantstelling *uitsluitend* verklaarbaar is uit de aandeelhoudersrelatie.^[5] En dat heeft tot gevolg dat een verlies als gevolg van de garantstelling, uit de winst geëlimineerd moet worden (niet aftrekbaar is; een winstuitdeling of informele kapitaalstorting vormt). Dat het verlies achteraf gezien blijkt te zijn meegevallen, doet niet ter zake. Dat er met een wiskundig model een prijs voor de transactie te berekenen valt, is irrelevant. Immers, de transactie als zodanig kan enkel uit de aandeelhoudersrelatie worden verklaard, zodat het nadeel dat uit de transactie voortvloeit, geen invloed mag hebben op de fiscale winst. Het berekenen van een verrekenprijs is geen doel op zichzelf; het is slechts een middel om het doel te bereiken van een winstbepaling die is ontdaan van aandeelhoudersinvloed. Soms is er een beter middel (dan het berekenen van een verrekenprijs) om het doel te bereiken (winstbepaling die is ontdaan van aandeelhoudersinvloed), namelijk als de transactie als zodanig slechts uit de aandeelhoudersrelatie verklaard kan worden (in dat geval wordt het resultaat van de transactie geëlimineerd).

5. Geen bewijsregel bij aanvaarding aansprakelijkheid voor schulden van een ander

Tegenover de verrekenprijsadepten die van mening zijn dat op elke garantstelling een prijskaartje valt te plakken dat fiscaal gevolgd zou moeten worden, staan auteurs die van mening zijn dat elke garantstelling (aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid) buiten de winstsfeer moet worden geplaatst, omdat zij slechts uit de aandeelhoudersrelatie verklaard kan worden.^[6] Ik voel een eind mee met laatstgenoemde auteurs. Het komt volgens mij maar bij hoge uitzondering voor dat een vennootschap of natuurlijke persoon zich aansprakelijk stelt voor schulden van een onafhankelijke derde.^[7] Daarom had ik liever gezien dat de Hoge Raad als hoofdregel (bewijsregel) had beslist dat een garantstelling zich in de aandeelhouderssfeer afspeelt, tenzij degene die zich op de uitzondering beroept (veelal de belastingplichtige) aannemelijk maakt dat de overeengekomen garantstelling ook tussen onafhankelijke derden denkbaar was geweest. In dat geval (bij aanvaarding van de bepleite bewijsregel) zou betekenis kunnen toekomen aan de vraag of partijen bij het aangaan van de garantstelling een borgstellingsvergoeding hebben afgesproken (nu is die vraag zonder belang, zie punt 3). Ter voorkoming van misverstand: de Hoge Raad kiest voor een middenpositie. Hij volgt niet de opvatting van de verrekenprijsadepten, maar voelt evenmin voor de door mij bepleite bewijsregel.

6. Vergelijking overeenkomst tot rentecompensatie/saldooverrekening met paraplukrediet

Het onderhavige arrest gaat over de in punt 1a genoemde situatie: voldoet de overeenkomst die een aantal gelieerde vennootschappen (de N-groep) met de Rabobank had gesloten (een overeenkomst tot ‘rentecompensatie/saldooverrekening’), aan de drie eisen van het *Paraplukredietarrest*? Rechtbank Zeeland-West-Brabant vond van wel, Hof 's-Hertogenbosch van niet en A-G Wattel meende, vrij vertaald, dat het antwoord niet te geven valt, omdat bij de feitenrechter onvoldoende duidelijk zou zijn geworden tot hoever de aansprakelijkheid van de afzonderlijke vennootschappen strekt.^[8] De Hoge Raad volgt de opvatting van de Rechtbank;^[9] zie r.o. 2.5.1 en 2.5.2. Ik kan mij in die opvatting goed vinden. Het feit dat de gezamenlijke vennootschappen niet rood mogen staan bij de Rabobank (en dus gesaldeerd gezien geen schuld aan de Rabobank hebben), neemt niet weg dat een individuele vennootschap het risico loopt door de Rabobank te worden aangesproken tot aanzuivering van het bedrag dat een zustervennootschap bij de Rabobank heeft opgenomen (een risico dat voor die individuele vennootschap moeilijk valt te overzien, omdat zij niet weet welke bedragen zustervennootschappen hebben kunnen opnemen en wat de gegoedheid is van die zustervennootschappen). Kortom: de aandeelhoudersinvloed is zo dominant bij het sluiten van de overeenkomst tot ‘rentecompensatie/saldooverrekening’ dat het risico op aansprakelijkheid buiten de winstsfeer moet worden geplaatst (ongeacht de omvang van het risico, zie punt 4).

7. Verbreking aandeelhoudersrelatie/compartimentering

Belanghebbende werd door de Rabobank aangesproken op een moment dat de vennootschap die een schuld jegens de Rabobank had, niet meer tot het concern behoorde als gevolg van een verkoop van de aandelen (r.o. 2.1.4). Dat gegeven bracht A-G Wattel tot de opvatting dat de overeenkomst tot ‘rentecompensatie/saldooverrekening’ voor belanghebbende zakelijk was geworden en dat het bedrag waarvoor belanghebbende werd aangesproken (€ 104.822) aftrekbaar was.^[10] De opvatting van de A-G gaat voorbij aan het feit dat de transactie als zodanig (i.c. de aanvaarding van de aansprakelijkheid) uitsluitend verklaarbaar is uit de aandeelhoudersrelatie (zie punt 4 en 6). Dat laatste betekent dat het nadeel dat uit die

transactie voortvloeit uit de winst geëlimineerd moet worden, ongeacht het moment waarop het nadeel zich verwezenlijkt.^[11] De Hoge Raad volgt de A-G terecht niet en verklaart het nadeel niet aftrekbaar (r.o. 2.6).

Een (niet-onzakelijke) lening kan gedurende de looptijd ten gevolge van onzakelijk handelen van de crediteur omslaan in een onzakelijke lening ('onzakelijk stilzitten'; HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, r.o. 3.4.1, *BNB* 2013/148*). Men kan zich afvragen of dat ook geldt voor een garantstelling: kan een zakelijke garantstelling (een garantstelling in de winstsfeer) omslaan in een onzakelijke (een garantstelling in de aandeelhouderssfeer) als gevolg van 'onzakelijk stilzitten' van de garantsteller? En omgekeerd: kan een onzakelijke garantstelling omslaan in een zakelijke garantstelling doordat de debiteurvennootschap in betere doen is geraakt? Zo ja, dan moet er vanaf het omslagpunt met een borgstellingsvergoeding worden gerekend.

8. Toerekening rentecompensatievoordelen

Elke vennootschap van de N-groep had een rekening bij de Rabobank, waarbij de debetrente 12% per jaar bedroeg en de creditrente 0,25%.^[12] Door de overeenkomst tot 'rentecompensatie/saldooverrekening' werd voorkomen dat de N-groep 12% debetrente was verschuldigd op een rekening van een groepsvennootschap, terwijl de debetstand werd gecompenseerd door een creditsaldo op een rekening van een andere groepsvennootschap (met een creditrente van slechts 0,25%). A-G Wattel werpt de vraag op wat de (rente)gevolgen zijn voor de fiscale winst, indien (zoals het geval is) de aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid uitsluitend kan worden verklaard uit de aandeelhoudersrelatie (vennootschapsrechtelijke betrekkingen).^[13]

Het zal duidelijk zijn dat de overeenkomst tot 'rentecompensatie/saldooverrekening' op concernniveau zakelijk is en dat het rentevoordeel dat het concern met de overeenkomst realiseert tot de winst van het concern behoort.^[14] De belastingheffing vindt evenwel niet op concernniveau plaats (tenzij er sprake is van een fiscale eenheid), maar op niveau van de afzonderlijke vennootschappen. De vraag is hoe het rentevoordeel over de concernvennootschappen moet worden verdeeld. Laten wij uitgaan van de meest eenvoudige situatie. De N-groep bestaat uit drie vennootschappen D1, D2 en D3. D1 en D2 hebben het gehele jaar een positief saldo van 6.000 resp. 4.000 en D3 staat het gehele jaar 10.000 rood. Per saldo is de N-groep geen rente verschuldigd aan de Rabobank. Zonder overeenkomst tot 'rentecompensatie/saldooverrekening' zou D1 een bedrag van 15 aan rente hebben ontvangen ($6.000 \times 0,25\%$), D2 een bedrag van 10 ($4.000 \times 0,25\%$), terwijl D3 een bedrag van 1.200 aan rente was verschuldigd ($10.000 \times 12\%$). De N-groep bespaart zich dus per saldo 1.175 rentekosten ($1.200 - 15 - 10$). Aan welke vennootschap moet het voordeel van 1.175 worden toegerekend? Anders gezegd, hoe moet het voordeel van 1.175 over de vennootschappen worden verdeeld? Het lijkt mij logisch dat de belastingheffing aansluit bij het (rente)bedrag dat elke vennootschap van de Rabobank ontvangt of aan de Rabobank betaalt, i.c. nihil (zie punt 8 van mijn noot bij *BNB* 2013/109). Dat zal de verrekenprijsadepten een gruwel zijn, maar een verdeling van het voordeel is naar mijn mening zo bewerkelijk (zeker bij meerdere vennootschappen en fluctuerende rekening-courantstanden) en arbitrair dat een verdeling niet aan de orde is.

9. Verdeling bewijslast

Het onderhavige arrest gaat over de situatie die ik in punt 1 onder a heb genoemd (*Paraplukredietarrest*), terwijl arrest nr. 17/04930 (*BNB* 2019/119*) over de situatie gaat die ik in punt 1 onder b heb aangeduid (is er een winstonafhankelijke borgstellingsvergoeding te vinden?). Ik veroorloof mij twee opmerkingen over het laatstgenoemde arrest. De ene opmerking staat in dit punt, de andere in punt 10 hierna.

De vraag is op wie de bewijslast rust of er een (niet van de winst afhankelijke) vergoeding kan worden bepaald waartegen een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde aansprakelijkheid te aanvaarden, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden. Moet de inspecteur aannemelijk maken dat zo'n vergoeding niet kan worden bepaald (zodat de garantstelling zich in de aandeelhouderssfeer afspeelt)? Of moet de belastingplichtige aannemelijk maken dat er zo'n vergoeding te bepalen is (zodat de garantstelling zich in de winstsfeer afspeelt)? Uit arrest nr. 17/04930 (*BNB* 2019/119*) volgt dat de bewijslast op de inspecteur rust.^[15] Hoewel de inspecteur in theoretische zin nooit aan zijn bewijslast kan voldoen – immers niet uit te sluiten valt dat er ergens ter wereld een onafhankelijke derde is te vinden die zich garant had willen stellen tegen een (niet van de winst afhankelijke) vergoeding – veronderstel ik dat de Hoge Raad de feitenrechtters de nodige vrijheid laat om te beoordelen of de inspecteur in zijn bewijslast is geslaagd. Hierbij zullen de volgende beoordelingsfactoren een rol spelen:^[16]

- a. Wat is de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen (solvabiliteit) bij de debiteur?
- b. Kunnen de rente, aflossing en borgstellingsvergoeding worden voldaan uit de verwachte cashflow van de debiteur?
- c. Had de debiteur de lening ook kunnen verkrijgen zonder aansprakelijkstelling van de gelieerde partij?
- d. Waarvoor gebruikt de debiteur de lening? Hoe risicovol is de activiteit die met de schuld wordt gefinancierd?
- e. Hoeveel tijd is er verstreken tussen het aangaan van de aansprakelijkstelling en het aangesproken worden door de bank?

Wat betreft beoordelingsfactor c kan worden gewezen op de volgende (mijns inziens juiste) zin in par. 9 van het Verrekenprijbesluit van 22 april 2018, nr. 2018-6865 (V-N 2018/37):

"Indien de concernvennootschap niet in staat is om zelfstandig, zonder de garantie van gelieerde vennootschappen, een lening op de kapitaalmarkt aan te trekken vindt de garantstelling in beginsel plaats in de aandeelhouderssfeer en is er geen sprake van een conerndienst waarvoor een vergoeding in rekening gebracht dient te worden."

10. Borgstelling door aanmerkelijkbelanghouder

Tot slot nog het volgende. De onzakelijkeleningjurisprudentie en de (in punt 1 vermelde) onzakelijke-aansprakelijkheidsjurisprudentie gelden ook voor natuurlijke personen (aanmerkelijkbelanghouders).^[17]

Als een aanmerkelijkbelanghouder zich aansprakelijk heeft gesteld voor een schuld van zijn BV, lijkt hij er goed aan te doen géén borgstellingsvergoeding overeen te komen, zo zou kunnen worden geconcludeerd uit punt 3 van deze noot in combinatie met de omstandigheid dat een borgstellingsvergoeding belastbaar is in box 1 (art. 3.92 lid 2 onderdeel c Wet IB 2001). Immers, als later blijkt dat de aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid uitsluitend uit de aandeelhoudersrelatie verklaard kan worden, had de aanmerkelijkbelanghouder de borgstellingsvergoeding niet in box 1 (als resultaat uit overige werkzaamheden) moeten aangeven, maar in box 2 (als dividend). Beter was het dan geweest om in het geheel geen vergoeding te bedingen; dan was er in box 1 en 2 niets belastbaar geweest.^[18] Men zou kunnen tegenwerpen dat als de aanmerkelijkbelanghouder en zijn BV geen borgstellingsvergoeding overeenkomen, het denkbaar is dat de inspecteur de aangifte IB wil corrigeren met het bedrag van een zakelijk te achten borgstellingsvergoeding. Maar bedacht moet dan worden dat die correctie voor de inspecteur risicovol is. Met die correctie brengt hij namelijk tot uitdrukking dat de aansprakelijkstelling niet is ingegeven door aandeelhoudersmotieven (met als gevolg dat in de toekomst een box 1-verlies ontstaat als de aanmerkelijkbelanghouder door de bank zou worden aangesproken).

Is – bij aanvaarding van aansprakelijkheid door de aanmerkelijkbelanghouder voor een bankschuld van zijn BV – het niet-bedingen van een borgstellingsvergoeding (van de BV) het ei van Columbus? Als de aanmerkelijkbelanghouder en zijn BV geen borgstellingsvergoeding zijn overeengekomen en de aanmerkelijkbelanghouder wil later het bedrag waarvoor hij door de bank is aangesproken ten laste van zijn box 1-inkomen brengen, zal de inspecteur hem tegenwerpen dat de aanmerkelijkbelanghouder met het feit dat er geen borgstellingsvergoeding is overeengekomen tot uitdrukking heeft gebracht dat het risico van de aansprakelijkstelling zich in de aandeelhouderssfeer bevindt. De aanmerkelijkbelanghouder zal tegen die stelling kunnen inbrengen dat hij geen borgstellingsvergoeding is overeengekomen, omdat het al dan niet overeenkomen van een borgstellingsvergoeding principieel irrelevant is (zie punt 3).

[1.]

Het op dezelfde dag gewezen arrest in zaak nr. 17/05714 betreft de vennootschap X2 en is afgedaan onder verwijzing naar deze zaak. Wij nemen dat arrest niet op in *BNB. Red.*

Voetnoten "Conclusie"

[1.]

Deze conclusie ziet ook op de niet in *BNB* opgenomen zaak met nr. 17/05714. *Red.*

[*]

Opgenomen in *BNB* 2019/119*. *Red.*

[1.]

HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, na conclusie A-G Wattel, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *BNB* 2013/109 met noot Albert, *V-N* 2013/12.17 met aantekening van de redactie, *FED* 2013/53 met aantekening Snoeks, *NTR* 2013/586 met commentaar Egelie, *JOR* 2013/195 met noot Tekstra en *FutD* 2013/0568 met aantekening van de redactie.

[2.]

Bijlage 2 bij het verweerschrift in eerste aanleg van de Inspecteur d.d. 14 augustus 2014.

[3.]

Hoger beroepschriften van de belanghebbenden d.d. 23 februari 2015, p. 10.

[4.]

Hoger beroepschriften van de belanghebbenden d.d. 23 februari 2015, p. 2.

[5.]

Verweerschrift in hoger beroep van de Inspecteur d.d. 6 mei 2015, p. 4 en 5.

[6.]

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 13 januari 2015, nr. AWB 14/2979, ECLI:NL:RBZWB:2015:94, *NTR* 2015/1533 met noot Ligthart en *FutD*

[7.]

[X1] B.V.: Hof 's-Hertogenbosch 26 oktober 2017, nr. 15/00467, ECLI:NL:GHSHE:2017:4668, *NTFR* 2017/3053 met noot Rijff, *NLF* 2017/2860 met noot Bruins Slot en *FutD* 2017/2869 met noot redactie, respectievelijk nr. 15/00468, ECLI:NL:GHSHE:2017:4669, *FutD* 2017/2869 met noot redactie.

Voetnoten "Conclusie"

[*]

Deze bijlage hoort ook bij de conclusie van A-G Wattel in de zaak met nr. 17/04930 (hiervoor opgenomen in *BNB* 2019/119*. *Red.*

[1.]

HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, na conclusie A-G Wattel, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *BNB* 2013/109 met noot Albert, *V-N* 2013/12.17 met aantekening van de redactie, *FED* 2013/53 met aantekening Snoeks, *NTFR* 2013/586 met commentaar Egelie, *JOR* 2013/195 met noot Tekstra en *FutD* 2013/0568 met aantekening van de redactie.

[2.]

Zie voetnoot 4 van de conclusie voor HR *BNB* 2013/109.

[3.]

Zie ook A.C.P. Bobeldijk, R.L.P. van der Velden en L.A. Schakenraad, De onzakelijke lening anno 2018 (deel II), *MBB* 2018/5.

[4.]

Art. 7:129(1) BW: "De overeenkomst van geldlening is de kredietovereenkomst waarbij de ene partij, de uitlener, zich verbindt aan de andere partij, de lener, een som geld te verstrekken en de lener zich verbindt aan de uitlener een overeenkomstige som geld terug te betalen."

[5.]

HR 27 januari 1988, nr. 23 919, na conclusie Verburg, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 (Unilever-arrest), *BNB* 1988/217 met noot Slot, *FED* 1988/401 met noot Juch en *V-N* 1988/1078.

[6.]

O.C.R. Marres, 'Winstdrainage door renteaftrek (10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na 'Werken aan winst')', Deventer: Kluwer 2008, en dezelfde: 'Over bodemloze putten', *NTFR* 2014/2126.

[7.]

HR 12 december 2003, nr. 38.124, na conclusie A-G Van Kalmthout, ECLI:NL:HR:2003:AH8973, *BNB* 2004/265 met noot Van der Geld, *FED* 2003/667, *V-N* 2004/2.21, *NTFR* 2003/2112 met commentaar Hemels.

[8.]

HR 25 november 2011, nr. 08/05323, na conclusie Wattel, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37 met noot Albert, *V-N* 2011/63.10 met aantekening van de Redactie, *NTFR* 2011/2722 met commentaar Nieuweboer, *FED* 2012/20 met aantekening Marres.

[9.]

HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, na conclusie Wattel, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *BNB* 2013/109 met noot Albert, *V-N* 2013/12.17 met aantekening van de redactie, *FED* 2013/53 met aantekening Snoeks, *NTFR* 2013/586 met commentaar Egelie, *JOR* 2013/195 met noot Tekstra en *FutD* 2013/0568 met aantekening van de redactie.

[10.]

Conclusie van 27 april 2012, nr. 11/01985, ECLI:NL:PHR:2013:BW6520, *V-N* 2012/35.12 met aantekening van de redactie en *NTFR* 2012/1743 met commentaar Egelie.

[11.]

Voetnoot in origineel: "Dat zou slechts uitzondering kunnen lijden ingeval de vennootschap in kwestie er zijn bedrijf van maakt om op grote schaal (tegen een vergoeding) garanties voor schulden van anderen (gelieerd en niet gelieerd) te aanvaarden. A bv kwalificeert niet als een zodanige vennootschap."

[12.]

HR 17 oktober 2014, nr. 14/00955, ECLI:NL:HR:2014:2984, *BNB* 2015/13 met noot Heithuis, *FED* 2015/14 met noot Hafkenscheid en *V-N* 2014/54.12 met aantekening van de redactie.

[13.]

N.M. Ligthart, "To whom it may concern": de zakelijkheid van een concernfinanciering', *NTFR-B* 2013/17.

[14.]

M.E.P. van der Breggen en D. Lierens, 'Kredietgaranties binnen groepsverband: gegarandeerd onzakelijk?', *WFR* 2014/78.

[15.]

J.T. Reyneveld en mr. C.J.E.A. Sporken, 'Parapluleningen en transfer pricing', *WFR* 2013/948.

[16.]

R. van Scharrenburg en P.C. van der Vegt, 'Onzakelijke aanvaarding van kredietrisico's', *WFR* 2015/422, onderdeel 3.2.

[17.]

Voetnoot in origineel: "Zie onder meer HR 7 maart 1962, *BNB* 1962/166; HR 21 augustus 1985, *BNB* 1985/301; HR 27 september 1995, *BNB* 1996/18; HR 3 mei 2002, *BNB* 2002/257, alsmede HR 21 oktober 2005, *BNB* 2006/114."

[18.]

Voetnoot in origineel: "HR 8 mei 1957, *BNB* 1957/208."

[19.]

Voetnoot in origineel: "HR 21 augustus 1985, *BNB* 1985/301."

[20.]

Voetnoot in origineel: "HR 13 oktober 2006, *BNB* 2007/60."

[21.]

Voetnoot in origineel: "HR 9 april 2004, *BNB* 2004/207."

[22.]

Voetnoot in origineel: "Ook Egelie noemt dit in zijn aantekening bij het arrest in *NTFR* 2013/586 als een mogelijke verklaring voor de afwijking van de rechtspraak over onzakelijke leningen."

[23.]

Voetnoot in origineel: "Zie hierover nader J.G. Verseput, *De totale winst in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2013, p. 202, die het volgende opmerkt: "Bij gebreke van concrete vergelijkingsgegevens wordt door de rechter, in meerdere of mindere mate, rechtstreeks getoetst aan een verondersteld gedrag van onafhankelijke partijen.""

[24.]

Voetnoot in origineel: "Zie HR 16 juli 1935, B. 5912, waarin de Hoge Raad het volgende overwoog: "Alleen het gebruiken van een machtspositie vormt geen reden voor correctie. Daarvoor is tevens nodig dat een nadeel ontstaat.""

[25.]

A.C.P. Bobeldijk, R.L.P. van der Velden en L.A. Schakenraad, 'De onzakelijke lening anno 2018 (deel II)', *MBB* 2018/5, p. 229.

[26.]

Voetnoot in origineel: "Zie hierover o.m. N.M. Ligthart, 'Verzakelijk de Hoge Raad of verzaakt hij...?', *WFR* 2015/110; R. van Scharrenburg & P.C. van der Vegt, 'Onzakelijke aanvaarding van kredietrisico's', *WFR* 2015/422 en E.J.W. Heithuis, noot bij HR 17 oktober 2014, nr. 14/00955, *BNB* 2015/13."

[27.]

Voetnoot in origineel: "Belastingplichtigen zouden een dergelijke vergoeding wellicht kunnen onderbouwen door aannemelijk te maken dat een onafhankelijke geldverstrekker ook zonder borgstelling de financiering zou hebben verstrekt. In dat geval leidt de borgstelling hooguit tot een rentevoordeel dat met de borgsteller zou kunnen worden gedeeld."

Voetnoten "Noot"

[1.]

Ik gebruik de termen 'borgstelling', 'garantstelling', 'garantie' en 'hoofdelijke aansprakelijkstelling' door elkaar (in navolging van punt 1.4 van de gemeenschappelijke bijlage bij de conclusies van 19 juni 2018 in de zaken met nr. 17/04930, 17/05713 en 17/05714 van A-G Wattel).

[2.]

Zie A.C.P. Bobeldijk, 'De vennootschapsbelastingaspecten van financiële herstructureren', *TFO* 2019/162.1, par. 7.2.

[3.]

V-N 2019/23.10, p. 40.

[4.]

Voor aanhangers van die opvatting zie punt 3 van de gemeenschappelijke bijlage bij de conclusies van 19 juni 2018 in de zaken met nr. 17/04930, 17/05713 en 17/05714 van A-G Wattel.

[5.]

Mits ook aan de overige voorwaarden van het *Paraplukredietarrest* is voldaan (zie r.o. 2.4 van het onderhavige arrest). Een belangrijke voorwaarde is dat de vennootschap die zich voor een groepsmaatschappij garant heeft gesteld, een regresvordering die uit de aansprakelijkheid ontstaat pas opeist zodra de externe schuldeiser volledig is voldaan.

[6.]

Nikolajev Ligthart, 'Verzakelijk de Hoge Raad of verzaakt hij...?', *WFR* 2015/110.

[7.]

Een uitzondering wordt gevormd door professionele kredietverzekeraars.

[8.]

Zie punt 4.5 e.v. van de conclusie van A-G Wattel.

[9.]

De opvatting van de Rechtbank wordt weergegeven in punt 2.6 van de conclusie van A-G Wattel.

[10.]

Zie punt 4.14 van de conclusie van A-G Wattel.

[11.]

Vergelijk het voorbeeld van de tijger in par. 3 van hoofdstuk 15 van mijn bijdrage getiteld 'Over onttrekkingen en informele kapitaalstortingen' in: A.J.A. Stevens en J.L. van de Streek (red.), *De toekomst van de vennootschapsbelasting: lessen uit 50 jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 222.

[12.]

Zie punt 2.3 van de conclusie van A-G Wattel bij de zaken met nr. 17/05713 en 17/05714 (ECLI:NL:PHR:2018:738).

[13.]

Zie punt 4.12 van de conclusie van A-G Wattel bij de zaken nr. 17/05713 en 17/05714 (ECLI:NL:PHR:2018:738). De redactie van V-N 2019/23.10 merkt op: "Helaas volhardt de Hoge Raad stoïcijns in zijn zwijgen op dit punt." De geciteerde opmerking gaat er aan voorbij dat niet in geschil was welk bedrag aan (positieve of negatieve) rente tot de fiscale winst van belanghebbende behoorde.

[14.]

De betaling van € 104.822 aan de Rabobank (waarvan de aftrek in geschil was) vormt op concernniveau geen last. Immers, het concern betaalt slechts terug wat het concern geleend heeft (wie zijn schulden betaalt, verarmt niet).

[15.]

Zie r.o. 2.3.2. De Hoge Raad bevestigt de in r.o. 2.3.2 weergegeven verdeling van de bewijslast impliciet.

[16.]

Vergelijk P.G.H. Albert, *De onzakelijke lening* (Fiscaal actueel), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 6.4.

[17.]

In *BNB 2015/13** (in punt 1 genoemd) was het een natuurlijke persoon/enig aandeelhouder die zich aansprakelijk had gesteld voor een schuld van zijn BV bij de Rabobank.

[18.]

X.G.R. Auerbach, 'Weg met de borgstellingsanalogie!', *WFR* 2018/140, schrijft in par. 4 (p. 966) dat het redelijk zou zijn dat de vennootschap die zich in de aandeelhouderssfeer borg heeft gesteld (een onzakelijke borgstelling) geen (fictieve) borgstellingsvergoeding hoeft aan te geven, maar Auerbach betwijfelt of de Hoge Raad dat ook zo ziet. Die twijfel deel ik niet. Auerbachs premisse is dat er geen zakelijke (niet van de winst afhankelijke) borgstellingsvergoeding bestaat. Dat heeft tot gevolg dat er geen borgstellingsvergoeding wordt geïmputeerd (als partijen geen borgstellingsvergoeding zijn overeengekomen) of dat de borgstellingsvergoeding een verkapte winstuitdeling of informele kapitaalstorting vormt (als partijen een borgstellingsvergoeding zijn overeengekomen).

Analoge toepassing paraplukredietarrest in IB-winst en onzakelijke lening voor deel rekeningcourantopnamen

Hof Arnhem-Leeuwarden 13-10-2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8237, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws

Instantie

Hof Arnhem-Leeuwarden

Datum

13 oktober 2020

Magistraten

Gladpootjes, Kromhout, Klein Tank

Zaaknummer

19/00906 t/m 19/00911

Noot

Redactie Vakstudie Nieuws

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS251409:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Winst

Brondocumenten

ECLI:NL:GHARL:2020:8237, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 13-10-2020

Wetgeving

art. 3.25 Wet IB 2001

Essentie

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat X een deel van zijn vordering in rekening courant op G bv ten laste van zijn winst mag afwaarderen. Tot 1 januari 2009 was de rc-vordering namelijk nog zakelijk.

Samenvatting

X exploiteert in vof-verband een kapperszaak met zijn vrouw Y. Het aandeel van X in het resultaat van de vof is 60%. In 2003 laten X en Y een marktonderzoek verrichten naar de levensvatbaarheid van een winkelformule, gericht op de verkoop van haarverzorgingsproducten. Naar aanleiding van het onderzoek richt alleen X F bv op. De nieuwe winkelformule wordt gedreven via G bv, een dochtermaatschappij van F bv. In 2004 verstrekt de SNS Bank een lening van € 575.000 aan X in privé, de vof, F bv en G bv, aan ieder voor een gedeelte van het totale bedrag. De leningovereenkomst bevat een hoofdelijke aansprakelijkheid van de gezamenlijke schuldenaren. Daarnaast heeft de vof vanaf 2004 in rekening courant bedragen geleend aan G bv. In de rekeningcourantovereenkomst is bepaald dat de overeenkomst door ieder van partijen met in achtneming van een termijn van drie maanden kan worden opgezegd en G bv gedurende de opzegtermijn geen bedragen meer in rekening courant kan opnemen. Door de snel opkomende internethandel en de start van de economische crisis blijkt de winkelformule van G bv niet voldoende levensvatbaar. G bv verkoopt daarom in 2008 haar activa en goodwill aan een derde. In 2009 heeft de SNS Bank de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vof voor de schulden van G bv ingeroepen voor een bedrag van € 103.000. De regresvordering voor dit bedrag is in de rekeningcourantverhouding verwerkt. De rekeningcourantvordering van de vof op G bv bedraagt uiteindelijk afgerond € 158.000, waarvan € 118.000 fiscaal wordt afgewaardeerd. De inspecteur is van mening dat sprake is van een onzakelijke lening en accepteert de afwaardering niet. Rechtbank Gelderland oordeelt dat X zijn 60%-aandeel in de vordering op G bv ten laste van zijn winst mag afwaarderen, omdat de inspecteur er niet in slaagt te bewijzen dat sprake is van een onzakelijke lening. Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt onder verwijzing naar HR 1 maart 2013, 11/01985, BNB 2013/109, V-N 2013/12.17 dat X het deel van zijn vordering dat samenhangt met de regresvordering ad € 103.000 op G bv, niet ten laste van zijn winst kan afwaarderen. Het resterende bedrag van de rekeningcourantvordering kwalificeert het hof als een onzakelijke lening, voor zover de rekeningcourant is ontstaan, nadat G bv haar activiteiten aan een derde heeft verkocht. Op dat moment is de

potentiële winstgevende activiteit namelijk verdwenen en was er ook geen zicht op nieuwe activiteiten die mogelijk winstgevend zouden zijn. Het hof stelt uiteindelijk vast dat X € 18.515 (60% x € 30.858) ten laste van zijn winst mag afwaarderen.

Uitspraak

Het geschil betreft de navorderingsaanslagen IB/PVV 2011-2013, alsmede een beschikking heffingsrente en een beschikking belastingrente.

De uitspraken waartegen hoger beroep is ingesteld, zijn van Rechtbank Gelderland, MK, 29 mei 2019, 17/4242-4247, V-N 2019/43.2.1.

Vaststaande feiten (ontleend aan de hofuitspraak)

2.1.

Belanghebbende is sinds 29 april 1997 gehuwd met [D] (hierna: de echtgenote). Bij het aangaan van dit huwelijk zijn huwelijkse voorwaarden opgemaakt waarbij iedere gemeenschap van goederen is uitgesloten.

2.2.

Sinds 1 mei 1997 is in het handelsregister bij de Kamer van Koophandel ingeschreven de vennootschap onder firma [E] (hierna: de vof). Belanghebbende en zijn echtgenote zijn de (enige) vennoten van de vof.

2.3.

De vof heeft tot doel de exploitatie van een kapperszaak. Volgens de statuten wordt de winst voor 60% aan belanghebbende en 40% aan de echtgenote toebedeeld.

2.4.

In 2003 hebben belanghebbende en zijn echtgenote een marktonderzoek laten doen naar de levensvatbaarheid van een winkelformule gericht op de verkoop van haarverzorgingsproducten. De uitkomsten van het onderzoek en de geprognosticeerde resultaten waren positief. Gelet op de omstandigheid dat een belangrijke categorie afnemers van de producten concurrenten waren van de vof, is besloten om deze winkelformule door middel van een besloten vennootschap te gaan exploiteren.

2.5.

Belanghebbende is sinds 2004 enig aandeelhouder van [F] BV. Deze BV is sinds de oprichting in 2004 enig aandeelhouder van [G] B.V. (hierna: [G]). De nieuwe winkelformule gericht op de verkoop van haarverzorgingsproducten is vanaf 2004 vanuit [G] geëxploiteerd.

2.6.

Op 2 maart 2004 doet de SNS Bank een financieringsvoorstel. Hierin staat, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

"Totale kredietfaciliteit van € 575.000,- bedoeld ter (her)financiering van de V.o.f., [G] BV i.o. en privé naar de onderstaande verdeling:

Privé	
Vaste lening:	€ 200.000,-
Looptijd:	20 jaar
Aflossing:	lineair, € 833.33 per maand voor het eerst op 01-01-2005 (voorlopig uitgangspunt)
V.O.F.	
Vaste lening:	€ 250.000,-
Looptijd:	20 jaar
Aflossing:	lineair, € 1041.67 per maand voor het eerst op 01-07-2004
Rentepercenta ge leningen:	10 jaar vast thans uitkomend op 5.2%5 jaar vast thans uitkomend op 4.4%3 jaar vast thans uitkomend op 3.9%1 jaar vast thans uitkomend op 3.4%variabele rente thans uitkomend op 4.2%
[F] BV, en [G] BV i.o	
Rekening Courant:	Limiet € 125.000,-
Looptijd:	6 jaar
Aflossing:	Inperking met € 1750,- per maand, voor het eerst per 01-01-2005
Rentepercenta ge:	SNS Basisrente, momenteel 2,75% met een opslag van 3% en met een minimum van 5% per jaar
Kredietprovisie:	0,25% per kwartaal

Zekerheden:

- nieuwe hypothecaire inschrijving ad € 600.000,- op resp. [a-straat] 8 te [Z] alsmede [b-straat] 6 te [Z]
- continuatie bestaande zekerheden d.d. 20-6-2001
- te verpanden activa [F] BV / [G] BV i.o.
- hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle financieringen"

2.7.

De vof en [G] hebben op 4 november 2005 een onderhandse overeenkomst tot kredietverstrekking in rekening-courant getekend. Daarin staat, voor zover van belang, het volgende vermeld.

"OVEREENKOMST TOT KREDIETVERSTREKKING IN REKENING-COURANT

De ondergetekenden:

1. de vennootschap onder firma Haarmode Rinie V.O.F. vertegenwoordigd door haar vennoot de heer [X], hierna te noemen: geldgever;

en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [G] B.V., (...), hierna te noemen: geldnemer;

Overwegende:

–

dat geldnemer aan geldgever een kredietfaciliteit in rekening-courant heeft verstrekt tot een bedrag van maximaal € 150.000; (...)

verklaren te zijn overeengekomen als volgt:

Artikel 1

De geldnemer verklaart aan de geldgever – die dit aanneemt – een krediet in rekening-courant te hebben verstrekt tot een bedrag van € 150.000 (zegge: honderdvijftig duizend euro).

Artikel 2

Deze overeenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd en kan door ieder der partijen worden opgezegd met inachtneming van een termijn van ten minste drie maanden. Gedurende de opzegtermijn zal de geldgever van het krediet geen gebruik meer kunnen maken en terstond na afloop van die termijn moet de geldgever een eventueel debetsaldo voldoen. Overigens kan de geldnemer de kredietlimiet te allen tijde geheel naar eigen inzicht wijzigen.

Artikel 3

Zowel de creditrente (...) alsmede de debetrente (...) bedraagt een percentage gelijk aan het per 1 januari van enig jaar geldende percentage van het 1 maands euribor vermeerderd met 1,5 punten.

De rente wordt jaarlijks door de geldnemer berekend en geadministreerd op de door geldnemer ter zake van deze overeenkomst aan te houden rekening, hierna te noemen: de rekening.

Artikel 4

De geldnemer is bevoegd alle bedragen die door of ten gunste van de geldgever worden gestort, alsmede de ten laste van geldgever komende betalingen op de rekening te boeken.

Artikel 5

De geldgever is gehouden op eerste aanvraag van de geldnemer in de door de geldnemer gewenste vorm en omvang zekerheid te stellen of gestelde zekerheid aan te vullen.

Artikel 6

Deze overeenkomst kan door geldnemer met onmiddellijke ingang worden beëindigd en het door de geldgever verschuldigde is terstond en zonder opzegging, ingebrekestelling of andere formaliteit opeisbaar in de volgende gevallen:

a.

wanneer de geldgever nalatig is in de nakoming van, of in strijd handelt met een bepaling van deze akte;

b.

wanneer de geldgever overlijdt, failliet wordt verklaard of surséance van betaling aanvraagt, in geval van boedelafstand door de geldgever, wanneer het vermogen van de geldgever geheel of gedeeltelijk onder bewind of onder beheer wordt gesteld, wanneer een andere geldnemer beslag legt ten laste van de geldgever of anderszins verhaal wordt gezocht op het vermogen van de geldgever;

c.

wanneer ten behoeve van de geldnemer gestelde zekerheden in waarde zijn verminderd of zijn tenietgegaan.

(...)"

2.8.

De resultaten van [G] over de jaren 2004 tot en met 2008 waren als volgt:

2004	€ 54.789	verlies
2005	€ 13.742	verlies
2006	€ 32.686	verlies
2007	€ 30.181	verlies
2008	€ 3.792	verlies

2.9.

Het verloop van de rekening-courant van de vof op [G] kan als volgt worden weergegeven:

(...)

2.11.

Door de snel opkomende internethandel en de start van de economische crisis bleek de winkelformule geëxploiteerd in [G] niet voldoende levensvatbaar. [G] heeft daarom op 1 oktober 2008 haar activa (€ 30.000) en goodwill (30.000) voor € 60.000 aan een derde verkocht.

2.12.

Op 10 februari 2009 heeft de SNS Bank ter amortisering van haar vordering op [G] een bedrag van € 103.000 ten laste van de vof geboekt. De vordering voor dit bedrag van de vof op [G] die hierdoor ontstond, is verwerkt in rekening-courant.

2.13.

De vennoten van de vof hebben van hun totale vordering in rekening-courant op [G] van € 158.394 in de jaren 2011 tot en met 2013 een bedrag van in totaal € 118.796 wegens oninbaarheid afgeboekt.

2.14.

Op 18 november 2015 is door verweerder een boekenonderzoek bij de vof ingesteld. Het doel van het onderzoek was de aanvaardbaarheid van de aangiften IB/PVV 2013 en omzetbelasting over de periode 1 januari 2013 tot en met 31 december 2013 te controleren. Naderhand is het onderzoek uitgebreid naar de jaren 2011 en 2012.

2.15.

Met dagtekening 15 januari 2016 is een concept controlerapport uitgebracht. Hierin is aangekondigd dat de in de jaren 2011, 2012 en 2013 door de vof getroffen voorziening oninbare rekening-courant van € 118.796 zou worden gecorrigeerd.

2.16.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag IB/PVV 2011 opgelegd. Het inkomen is vastgesteld als volgt:

(...)

2.17.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag ZVW 2011 opgelegd naar een bijdrage-inkomen van (25.322 + 30.000 -/- 3.600 =) € 51.722.

2.18.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag IB/PVV 2012 opgelegd. Het inkomen is vastgesteld als volgt:
(...)

2.19.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag ZVW 2012 opgelegd naar een bijdrage-inkomen van € 39.987 (13.587 + 30.000 -/- 3.600).

2.20.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag IB/PVV 2013 opgelegd. Het inkomen is vastgesteld als volgt:
(...)

2.21.

Met dagtekening 16 juli 2016 is de navorderingsaanslag ZVW opgelegd naar een bijdrage-inkomen van (18.397 + 917 + 11.278 -/- 1.707 =) € 28.885.

Geschil (ontleend aan de hofuitspraak)

3.1.

In geschil is of de geldverstrekking door belanghebbende aan [G] als onzakelijke lening moet worden aangemerkt en of de door de Inspecteur aangebrachte correcties ter zake van de afwaardering terecht zijn aangebracht.

Overwegingen van de rechtbank

(Niet opgenomen, *red.*)

Overwegingen van het hof

4.1.

Belanghebbende heeft in de jaren 2011, 2012 en 2013 de rekening-courantvordering van de vof op [G] afgewaardeerd. Ten laste van het resultaat van de vof zijn in die jaren € 50.000, € 50.000 en € 18.796 gebracht. Het aandeel van belanghebbende in het resultaat van de vof is 60%.

4.2.

Indien en voor zover een geldverstrekking door een aandeelhouder aan een vennootschap plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die aandeelhouder een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat die aandeelhouder dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de vennootschap in zijn hoedanigheid als aandeelhouder te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van de onderneming kan worden gebracht (zie Hoge Raad 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1108, *BNB* 2008/191 en Hoge Raad 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8952, *BNB* 2012/78). Deze rechtspraak geldt ook in een geval als het onderhavige waarbij de vof gelden verstrekt via een rekening-courant aan [G], aangezien belanghebbende zowel vennoot is in de vof als (middellijk) aandeelhouder van [G].

4.3.

Onderdeel van de rekening-courantvordering ultimo 2011 is een bedrag van € 103.000 dat is ontstaan doordat de SNS Bank in 2009 dit bedrag ten laste heeft geboekt van de rekening-courant tussen de bank en de vof en ten gunste van de rekening-courant tussen de bank en [G]. Als gevolg daarvan is de rekening-courantvordering van de SNS Bank op [G] teruggebracht naar nihil. Het Hof is van oordeel dat de bank hiermee de hoofdelijke aansprakelijkheid heeft ingeroepen

zoals deze is vastgelegd in het onder 2.6 opgenomen financieringsvoorstel. Hoewel tot de gedingstukken geen definitieve financieringsovereenkomst behoort, acht het Hof, in aansluiting op hetgeen belanghebbende heeft gesteld, aannemelijk dat een financieringsovereenkomst tot stand is gekomen zoals verwoord in het financieringsvoorstel.

4.4.

Aangezien de vordering van de vof op [G] voor een bedrag van € 103.000 voortkomt uit de hoofdelijke aansprakelijkheid van belanghebbende op basis van de financieringsovereenkomst met de SNS Bank, dient de vraag te worden beantwoord of het aangaan van deze hoofdelijke aansprakelijkheid berust op zakelijke overwegingen en of het daaruit voortvloeiende verlies aftrekbaar is van het resultaat van de vof.

4.5.

Het Hof is van oordeel dat met het aangaan van de financieringsovereenkomst met de SNS Bank sprake is van een zogenoemde paraplu-financieringsovereenkomst als bedoeld in het arrest Hoge Raad 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in zo'n situatie het aanvaarden door een vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. Hoewel dit arrest is gewezen voor de heffing van de vennootschapsbelasting, ziet het Hof geen reden om deze leer niet ook toe te passen op een geval als dit waarbij belanghebbende zowel vennoot is in de vof als (middellijk) aandeelhouder van [G]. Dit betekent dat geen afwaardering ten laste van de winst kan worden gebracht met betrekking tot dit deel van de rekening-courantvordering.

4.6.

Vervolgens moet naar het restant van de rekening-courantvordering worden gekeken. Het Hof hanteert daarbij de volgende uitgangspunten. Uit de feiten leidt het Hof af dat reeds in de loop van het jaar 2004 tussen de vof en [G] een rekening-courantverhouding is ontstaan. Deze rekening-courantverhouding is eind 2005 vastgelegd in de onder 2.7 vermelde overeenkomst. Een rekening-courant kenmerkt zich doordat er boekingen over en weer plaatsvinden. Partijen zijn het erover eens dat tegenboekingen waarbij de rekening-courantvordering van de vof op [G] vermindert, een aflossing betekent van de oudste boekingen in rekening-courant waarbij een vordering van de vof op [G] is ontstaan. Tot de gedingstukken behoort een overzicht per jaar waarbij is aangegeven wat het saldobedrag aan mutaties is in de rekening-courant in elk jaar en welke rentebedragen zijn geboekt in het betreffende jaar (bijlage 26 bij het verweerschrift bij de Rechtbank). Het Hof leidt hieruit af dat er in 2010 en 2012 aflossingen in voormelde zin hebben plaatsgevonden tot bedragen van € 2.300 en € 51.766.

4.7.

De vraag of sprake is van een onzakelijke lening dient te worden beoordeeld naar het moment van het aangaan van de lening, met dien verstande dat een lening gedurende haar looptijd door onzakelijk handelen van de crediteur vervolgens alsnog een onzakelijke lening kan worden (zie Hoge Raad 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442). Bij een rekening-courant is sprake van diverse momenten waarop belanghebbende gelden aan [G] heeft verstrekt. Steeds zal dan ook moeten worden beoordeeld of elke geldverstrekking op zichzelf op dat moment aangemerkt moet worden als het aanvaarden van een debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, in het bijzonder omdat in de rekening-courantovereenkomst is opgenomen dat partijen het recht op beëindiging hebben met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden.

4.8.

Bij het aangaan van de rekening-courantverhouding in 2004 is naar het oordeel van het Hof geen sprake van een onzakelijke lening. In dit geval is sprake van een nieuwe activiteit die wordt ontplooid in [G] en voorafgaand aan het opstarten van deze activiteit heeft belanghebbende een extern onderzoek laten doen naar de financiële haalbaarheid daarvan. Belanghebbende had geen reden om de twijfelen aan de inhoud van dit externe rapport, zeker nu de SNS Bank evenzeer bereid was tot financiering. Daaraan doet niet af dat als gevolg van de door de SNS Bank verlangde zekerheden, op het moment van aangaan van de rekening-courantverhouding [G] op dat moment geen zekerheden aan de vof kon verstrekken. In dit kader moet immers ook acht worden geslagen op de verwachtingen met betrekking tot toekomstige winsten die in het externe rapport zijn opgenomen. Ook het feit dat in de eerste jaren van de opstart van deze onderneming verliezen worden geleden, betekent niet dat op dat moment een derde niet langer bereid zou zijn geweest een dergelijk debiteurenrisico te nemen. De opstart van een nieuwe onderneming vergt in het begin veelal extra investeringen en inspanningen alvorens de beoogde resultaten worden behaald. Dit betekent dan ook niet dat een financiering direct moet worden gestopt wanneer de resultaten in zo'n opstartfase tegenvallen. Voorts was in 2007 en 2008 sprake van het begin van de economische crisis, waarvan niet kon worden voorzien hoelang deze zou aanhouden. Het verder financieren van de activiteiten van [G], mede in het licht van het feit dat [G] tevens een leverancier voor de vof was, acht het hof dan ook niet

onzakelijk. Dit wordt echter anders op het moment dat [G] haar activiteiten per 1 oktober 2008 vervreemdt aan een derde. Op dat moment is de potentiële winstgevende activiteit verdwenen en was er ook geen zicht op nieuwe activiteiten die mogelijk winstgevend zouden zijn. De verdere toename van de rekening-courantvordering vormt daarom een onzakelijke lening. Mede gelet op de opzegtermijn in de rekening-courant overeenkomst, en het feit dat niet bekend is of in de periode tussen 1 oktober 2008 en 1 januari 2009 de rekening-courantvordering nog is toegenomen, gaat het Hof ervan uit dat de toenames vanaf 1 januari 2009 zijn aan te merken als het verstrekken van een onzakelijke lening.

4.9.

Belanghebbende heeft tijdens de zitting nog gesteld dat de aflossing in 2012 van € 51.766 moet worden aangemerkt als een aflossing van het overgeboekte bedrag van € 103.000. Volgens belanghebbende had hij de verkoopopbrengst van de activiteiten van [G] in privé belegd en zodoende had hij een schuld aan [G]. Dit bedrag was eigenlijk bestemd voor aflossing van de schuld aan de SNS Bank.

Het Hof verwerpt dit standpunt. De feitelijke situatie is dat dit bedrag niet is aangewend voor aflossing van de schuld aan de SNS Bank. Door de overboeking van het bedrag van € 103.000 is de rekening-courantvordering van de vof op [G] in 2009 verhoogd met dit bedrag. Deze vordering is dus voor dit bedrag ontstaan in 2009. Aangezien in rekening-courantverhoudingen een 'aflossing' geacht wordt betrekking te hebben op de oudste schuld, kan de 'aflossing' van € 51.766 dan ook niet worden toegerekend aan de schuld die in 2009 is ontstaan, aangezien over een eerdere periode nog schulden bestaan die het bedrag van € 51.766 overstijgen.

4.10.

Het voorgaande leidt tot de volgende conclusie. Ultimo 2008 bedroeg het saldo van de rekening-courantvordering € 84.924. Nadien hebben er tegenboekingen plaatsgevonden (aflossing) van € 2.300 (2010) en € 51.766 (2012). Van het saldo van € 84.924, dat niet als onzakelijke lening wordt bestempeld, is € 54.066 afgelost en resteert er dus € 30.858. Voor dit bedrag is een afwaardering mogelijk ten laste van het resultaat van de vof. De toename van de rekening-courantvordering na 31 december 2008 is – zoals hiervoor is geoordeeld – aan te merken als het verstrekken van een onzakelijke lening, omdat van de crediteur mocht worden verwacht dat een beroep zou worden gedaan op de mogelijkheid van opzegging van de rekening-courantovereenkomst. Het Hof wijst er op dat de aangifte over het jaar 2011 is gedaan in januari 2013. Op dat moment was bij belanghebbende, vanwege het feit dat hij middellijk aandeelhouder in [G] is, bekend dat op balansdatum 31 december 2011 [G] een vordering ter grootte van € 51.766 op de vof had, zodat voor de vraag of recht bestaat op afwaardering van de rekening-courantvordering met deze omstandigheid rekening moet worden gehouden.

4.11.

Belanghebbende heeft in het jaar 2011 dus recht op een afwaardering ten laste van zijn aandeel in de winst van de vof van $60\% \times € 30.858 = € 18.515$. Het belastbaar inkomen uit werk en woning dient als volgt te worden vastgesteld:

- belastbaar inkomen uit werk en woning volgens de aanslag € 15.423
- correctie lening (€ 30.000 -/- € 18.515) € 11.485
- correctie mkb-vrijstelling € 1.378 -/-
- belastbaar inkomen uit werk en woning € 25.530.

Het bijdrage-inkomen voor de zorgverzekeringswet moet worden gesteld op € 25.322 + € 11.485 -/- € 1.378 = € 35.429.

Aangezien dit hoger is dan het voor het jaar geldende maximum (€ 33.427) blijft de navorderingsaanslag inkomensafhankelijke bijdrage zorgverzekeringswet 2011 in stand.

De navorderingsaanslagen over de jaren 2012 en 2013 blijven evenzeer in stand.

4.12.

Feiten en omstandigheden op grond waarvan zou kunnen worden geoordeeld dat de Inspecteur heeft gehandeld in strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur heeft belanghebbende niet aannemelijk gemaakt. Niet gebleken is dat tijdens of na het boekenonderzoek door of namens de Inspecteur duidelijke en ondubbelzinnige uitlatingen zijn gedaan dat daardoor bij belanghebbende de rechtens te honoreren verwachting is gewekt dat geen correctie zou plaatsvinden. Het is een partij bovendien toegestaan om een ander of nader standpunt in te nemen. Niet is gebleken dat belanghebbende door de handelwijze van de Inspecteur in zijn procesbelang is geschaad. Belanghebbende is steeds voldoende in de gelegenheid geweest om zich tegen de standpunten van de Inspecteur te verweren.

Ook overigens is het Hof niet gebleken van strijd met enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

(Volgt gegrondverklaring, vernietiging en vaststelling van het belastbaar bedrag.)

Noot

Auteur: Redactie Vakstudie Nieuws



In deze uitspraak is in de eerste plaats een gezamenlijk kredietarrangement aan de orde van de belanghebbende en zijn echtgenote in privé, hun vof en de bv van de belanghebbende. Dit kredietarrangement is vergelijkbaar met dat uit het paraplu-krediet-arrest HR 1 maart 2013, 11/01985, *BNB* 2013/109, *V-N* 2013/12.17. Essentie van een dergelijk arrangement is dat de schuldenaren in de kredietovereenkomst een hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaarden voor elkaars schulden. Hun aansprakelijkheid is daarmee omvangrijker dan die zou zijn, indien zij individueel geld zouden lenen. In genoemd arrest maakten de schuldenaren deel uit van één concern en overwoog de Hoge Raad dat het aanvaarden door de vennootschappen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van de andere vennootschappen zijn oorzaak vond in de onderlinge vennootschappelijke betrekkingen. Het gevolg daarvan was dat voor een individuele vennootschap de aansprakelijkheid voor de schulden van de andere vennootschappen buiten de fiscale winstbepaling bleef. Hof Arnhem-Leeuwarden past deze leer analoog toe op onderhavige casus. De vof was aansprakelijk gesteld voor de schulden van de bv en had daardoor een regresvordering op de bv gekregen. De belanghebbende wenste voor zijn winstaandeel de regresvordering af te waarderen. Naar onze mening staat het hof dat terecht niet toe. De hoofdelijke aansprakelijkheid vond in het voorliggende geval zijn oorzaak in de persoonlijke betrekkingen die op grond van de totaalwinstgedachte buiten beschouwing dienen te worden gelaten.

In de tweede plaats had de vof met de bv een rekeningcourantovereenkomst gesloten op grond waarvan de bv tot maximaal € 150.000 in rekening courant kon lenen. Niet in geschil was kennelijk dat de rekeningcourantvordering tot het ondernemingsvermogen van de vennoten behoorde. Naar onze indruk had de inspecteur dat wel kunnen betwisten. Hij stelde echter slechts dat sprake was van een onzakelijke lening. Het hof overweegt op dit punt dat bij het aangaan van de rekeningcourantvordering in 2004 nog geen sprake was van een onzakelijke lening. Dat de bv op dat moment geen zekerheden aan de vof kon verstrekken, omdat deze al aan de schuldeiser waren verstrekt, acht het hof niet van belang. Ook het feit dat in de eerste jaren van de opstart van de onderneming verliezen zijn geleden, is niet van belang, aangezien sprake is van een startende onderneming. Het verstrekken van geld tijdens de economische crisis in 2007-2008 maakt de lening volgens het hof ook niet onzakelijk. Dit gebeurt pas nadat de bv haar activiteiten eind 2008 vervreemdt aan een derde. Op dat moment is de potentiële winstgevende activiteit verdwenen en was er ook geen zicht (meer) op nieuwe activiteiten die mogelijk winstgevend zouden zijn. De toenamen van de rekening courant nadien zijn volgens het hof dan aan te merken als het verstrekken van een onzakelijke lening. Daarbij is ook van belang dat de vof de bevoegdheid had om de kredietovereenkomst op te zeggen, waardoor de bv geen nieuwe bedragen meer had kunnen opnemen in rekening courant.

Kijk tot slot ook op TaxVisions.nl voor een korte en duidelijke video van deze hofuitspraak.

Resultaat uit overige werkzaamheden. Verlies onvolwaardige vordering bij omzetting vordering geen gevolg van aanvaarden onzakelijk debiteurenrisico

HR 20-11-2020, ECLI:NL:HR:2020:1856, m.nt. O.C.R. Marres

Instantie

Hoge Raad

Datum

20 november 2020

Magistraten

Mrs. Van Hilten, Van Loon, Faase

Zaaknummer

19/04790

Noot

O.C.R. Marres

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS248774:1

Vakgebied(en)

Inkomstenbelasting / Resultaat uit overige werkzaamheden

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2020:1856, Uitspraak, Hoge Raad, 20-11-2020

Beroepschrift, Hoge Raad, 20-11-2020

Wetgang

Art. 3.8 en 3.92 Wet IB 2001

Essentie

Resultaat uit overige werkzaamheden. Verlies onvolwaardige vordering bij omzetting vordering geen gevolg van aanvaarden onzakelijk debiteurenrisico

Samenvatting

Belanghebbende is enig aandeelhouder van D BV. D BV houdt indirect alle aandelen in onder meer F BV. De groep waartoe D BV behoort, de D-groep, wordt sinds lange tijd gefinancierd door belanghebbende door geldverstrekking in rekening-courant. F BV werd aanvankelijk hoofdzakelijk gefinancierd door verschillende vennootschappen van de D-groep door middel van doorlening van gelden die zij via rekening-courant van belanghebbende hadden geleend. In 2012 zijn deze gelden omgezet in een vordering in rekening-courant van belanghebbende op F BV. In 2013 is F BV in staat van faillissement verklaard. In zijn aangifte IB/PVV 2012 heeft belanghebbende de rekening-courantvordering op F BV gewaardeerd op nihil en het afwaarderingsverlies ten laste gebracht van het resultaat uit overige werkzaamheden.

Hof: Tegenover de vermindering van de vorderingen in rekening-courant die belanghebbende op de andere groepsvennootschappen had staat voor eenzelfde bedrag een toename van de vordering die belanghebbende in rekening-courant op F BV kreeg. Om die reden is geen sprake van verstrekking van een nieuwe geldlening aan F BV maar van debiteursvervanging. Vanwege de zeer slechte financiële positie van F BV en het daardoor ontbreken van de mogelijkheid zekerheid te bedingen heeft belanghebbende onzakelijk gehandeld door bij de omzetting een debiteurenrisico te aanvaarden dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard. Het afwaarderingsverlies komt dan niet ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden. Niet van belang is dat dit verlies feitelijk ziet op de afwaardering van de vorderingen die belanghebbende had op de andere groepsvennootschappen.

HR: Als de vorderingen op de andere groepsvennootschappen ten tijde van de omzetting onvolwaardig waren, dan vindt het vermogensverlies dat bij die gelegenheid aan het licht trad niet zijn oorzaak in de aanvaarding van een onzakelijk debiteurenrisico bij het aantreden van F BV als debiteur en komt het verlies in beginsel ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden. Het Hof heeft dit miskend. Verwijzing volgt.

Uitspraak

ARREST

in de zaak van

[X] te [Z] (hierna: belanghebbende)

tegen

de STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN

op het beroep in cassatie tegen de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 4 september 2019, nrs. BK-18/00572 tot en met BK-18/00574, op de hoger beroepen van belanghebbende tegen uitspraken van de Rechtbank Den Haag (nrs. SGR 17/2110, SGR 17/2111 en SGR 17/2114) betreffende de aan belanghebbende voor de jaren 2012 tot en met 2014 opgelegde aanslagen in de inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen en de daarbij gegeven beschikkingen inzake belastingrente. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld. Het beroepsschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

2. Beoordeling van de middelen

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1

Belanghebbende is enig aandeelhouder van [D] B.V. (hierna: [D]). [D] houdt alle aandelen in [E] B.V., die op haar beurt alle aandelen in verschillende groepsmaatschappijen houdt, waaronder [F] B.V. (hierna: [F]).

2.1.2

De groep waartoe [D] behoort (hierna: de [D]-groep), is jarenlang gefinancierd door banken. Sinds het einde van de jaren negentig geschiedt de financiering van de [D]-groep grotendeels door belanghebbende door geldverstrekking in rekening-courant.

2.1.3

[F] werd aanvankelijk hoofdzakelijk gefinancierd door verschillende vennootschappen van de [D]-groep. Deze vennootschappen leenden gelden, die zij van belanghebbende hadden geleend, door aan [F]. In 2012 zijn de gelden die belanghebbende met het oog op de financiering van [F] aan andere vennootschappen van de [D]-groep (hierna: de andere groepsvennootschappen) had verstrekt, 'omgezet' in een vordering in rekening-courant van belanghebbende op [F]. In 2012 heeft belanghebbende een betaling van € 90.000 aan een derde gedaan ter voldoening van een huurschuld van [F]. Dat bedrag is tussen belanghebbende en [F] in rekening-courant geboekt. De vordering in rekening-courant van belanghebbende op [F] bedroeg eind 2012 € 560.758. Op 31 december 2012 is op die vordering een bedrag van € 20.000 aan rente bijgeschreven.

2.1.4

Op 8 oktober 2013 is [F] in staat van faillissement verklaard.

2.1.5

Belanghebbende heeft in zijn aangifte voor de inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen (hierna: IB/PVV) voor het jaar 2012 zijn rekening-courantvordering op [F] gewaardeerd op nihil en een bedrag van € 580.758 in aftrek gebracht bij de berekening van zijn resultaat uit overige werkzaamheden. De Inspecteur heeft dit bedrag (hierna ook: het afwaarderingsverlies) niet in aftrek toegelaten.

2.2.1

Voor het Hof was onder meer in geschil of de afwaardering van de rekening-courantvordering ten laste van het behaalde resultaat uit overige werkzaamheden van belanghebbende kan worden gebracht.

2.2.2

Het Hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord. Het heeft geoordeeld dat tegenover de vermindering van de vorderingen in rekening-courant op de andere groepsvennootschappen met een bedrag van in totaal € 470.758, een toename van de vordering in rekening-courant op [F] voor eenzelfde bedrag staat. Voor dit bedrag is niet sprake van de verstrekking van een nieuwe geldlening, aldus het Hof, maar van "debiteursvervanging". Het Hof heeft vervolgens geoordeeld dat de jurisprudentie van de Hoge Raad over onzakelijke leningen ook toepassing vindt op een dergelijk geval. Gelet op de zeer slechte financiële positie van [F] in het jaar van de debiteursvervanging (2012) en de daaraan voorafgaande jaren, alsmede het daardoor ontbreken van de (feitelijke) mogelijkheid tot het bedingen van zekerheid, heeft belanghebbende met de debiteursvervanging, die plaatsvond in het zicht van het faillissement van [F], onzakelijk gehandeld en een debiteurenrisico aanvaard dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard, aldus het Hof. Met betrekking tot de hiervoor in 2.1.3 bedoelde geldlening van € 90.000 is het Hof tot hetzelfde oordeel gekomen.

2.2.3

Volgens het Hof doet aan deze oordelen niet af of het afwaarderingsverlies feitelijk ziet op de afwaardering van de vorderingen die belanghebbende had op de andere groepsvennootschappen. Het heeft voor dat oordeel in aanmerking genomen dat het afwaarderingsverlies gelijk is aan de som van de vordering die belanghebbende door de debiteursvervanging heeft verkregen op [F] (€ 470.758), de daarop bijgeschreven rente (€ 20.000) en de geldlening ter zake van de huurschuld (€ 90.000), en verder dat belanghebbende in zijn aangifte IB/PVV 2012 in de toelichting met betrekking tot het afwaarderingsverlies heeft vermeld: "Afboeking rk. Cr. [D] ([F])". Door de debiteursvervanging had belanghebbende immers in zoverre geen vordering meer op de andere groepsvennootschappen, aldus het Hof.

2.2.4

Het Hof heeft tot slot geoordeeld dat de Inspecteur niet bij belanghebbende het in rechte te beschermen vertrouwen heeft gewekt dat het afwaarderingsverlies aftrekbaar is, door de aangifte van belanghebbende voor de IB/PVV voor het jaar 2009 te volgen. Ook in die aangifte had belanghebbende een bedrag als afwaardering van vorderingen op vennootschappen van de [D]-groep ten laste van zijn resultaat uit overige werkzaamheden gebracht. Naar het oordeel van het Hof kan een eventuele bewuste standpuntbepaling van de Inspecteur in 2009 over de afwaardering van de vordering(en) op de [D]-groep niet betrekking hebben op de vordering van belanghebbende op [F], aangezien die vordering pas in 2012 is verkregen.

2.3.1

Middel I bestrijdt het hiervoor in 2.2.3 weergegeven oordeel van het Hof.

2.3.2

Het Hof is bij zijn beoordeling van de aftrekbaarheid van het afwaarderingsverlies ervan uitgegaan dat de jurisprudentie van de Hoge Raad over onzakelijke leningen toepassing vindt. Daarbij is het Hof kennelijk ervan uitgegaan dat een [D]-groepsvennootschap een vordering op [F] heeft overgedragen aan belanghebbende ter aflossing van een schuld aan belanghebbende en belanghebbende dus met betrekking tot de oorspronkelijke geldverstrekking heeft bewilligd in het aantreden van een andere debiteur ("debiteursvervanging"). Volgens het Hof is daarom het afwaarderingsverlies in zijn geheel niet aftrekbaar.

2.3.3

Als de vordering op een [D]-groepsvennootschap ten tijde van de aflossing ervan onvolwaardig was, kan niet worden gezegd dat het vermogensverlies dat bij die gelegenheid voor belanghebbende aan het licht trad, zijn oorzaak vindt in de aanvaarding van een onzakelijk debiteurenrisico bij het aantreden van [F] als debiteur. Voor zover de nominale waarde van die vordering op dat tijdstip de waarde in het economische verkeer overtrof, komt het verlies in beginsel ten laste van het resultaat van belanghebbende.

2.3.4

Met zijn oordeel dat bij de beoordeling van de aftrekbaarheid van de afwaardering van de rekening-courantvordering niet van belang is of het afwaarderingsverlies ziet op de afwaardering van de vorderingen die belanghebbende had op de andere groepsvennootschappen, heeft het Hof miskend hetgeen hiervoor in 2.3.3 is overwogen. Middel I slaagt.

2.4

Middel II bestrijdt het hiervoor in 2.2.4 weergegeven oordeel van het Hof. Aangezien dat oordeel voortbouwt op het hiervoor in 2.2.3 weergegeven oordeel en dat oordeel in cassatie terecht wordt bestreden, is dit middel terecht voorgesteld. Tot cassatie kan het echter niet leiden. De stukken van het geding laten geen andere gevolgtrekking toe dan dat de Inspecteur slechts de voor het jaar 2009 gedane aangifte heeft gevolgd. Dat volstaat niet om in rechte te beschermen vertrouwen te wekken.^[1]

2.5

Gelet op hetgeen hiervoor in 2.3.4 is overwogen, kan de uitspraak van het Hof niet in stand blijven. Verwijzing moet volgen.

3. Proceskosten

De Staatssecretaris zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie. Door het verwijzingshof zal worden beoordeeld of aan belanghebbende voor de kosten van het geding voor het Hof, van het geding voor de Rechtbank en in verband met de behandeling van het bezwaar een vergoeding moet worden toegekend.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verklaart het beroep in cassatie gegrond,
- vernietigt de uitspraak van het Hof,
- verwijst het geding naar het Gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing van de zaak met inachtneming van dit arrest,
- draagt de Staatssecretaris van Financiën op aan belanghebbende te vergoeden het griffierecht dat belanghebbende voor de behandeling van het beroep in cassatie heeft betaald van € 128, en
- veroordeelt de Staatssecretaris van Financiën in de kosten van belanghebbende voor het geding in cassatie, vastgesteld op € 1.050 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Voorgaande uitspraak

HOF Den Haag, Meerv. belastingk., 4 september 2019 (Nr. 18/0572 t/m 18/0574)

Uitspraak

in het geding enz.;

op de hoger beroepen van belanghebbende tegen de uitspraken van de rechtbank Den Haag (de Rechtbank) van 23 februari 2018, nummers SGR 17/2110 respectievelijk SGR 17/2111 en SGR 17/2114.

1.1.1. (...)

Omschrijving geschil in hoger beroep en conclusies van partijen

4.1.

Tussen partijen is het antwoord op de volgende vragen in geschil:

- (i) Is de Rechtbank bij de toepassing van artikel 8:69, lid 2, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) buiten de rechtsstrijd getreden?
- (ii) Heeft de Rechtbank bij toepassing van artikel 8:69, lid 2, Awb de beginselen van behoorlijke rechtspleging geschonden?
- (iii) Heeft de Inspecteur de aftrek van het afwaarderingsverlies terecht geweigerd?

Belanghebbende beantwoordt de vragen (i) en (ii) bevestigend en vraag (iii) ontkennend. De Inspecteur is de tegenovergestelde mening toegedaan.

4.2.

Belanghebbende concludeert tot vernietiging van de uitspraken van de Rechtbank, de uitspraken op bezwaar en de beschikkingen belastingrente, tot vermindering van de aanslagen IB/PVV voor de jaren 2012 t/m 2014 tot aanslagen berekend naar een belastbaar inkomen uit werk en woning van nihil en tot vaststelling van het na verrekening met de belastbare inkomens uit werk en woning over de jaren 2013 en 2014 resterende verlies uit werk en woning voor het jaar 2012 op € 335.244.

4.3.

De Inspecteur concludeert tot bevestiging van de uitspraken van de Rechtbank.

Beoordeling van het hoger beroep

Vragen (i) en (ii)

5.1.1.

De Rechtbank heeft geoordeeld dat de preambule en de verdere inhoud van de kredietovereenkomst geen andere

gevolgtrekking toelaten dan dat belanghebbende op 31 december 2012 aan [F] een nieuwe geldlening in de vorm van een rekening-courant heeft verstrekt. Vervolgens heeft de Rechtbank geoordeeld dat de toepassing van het recht meebrengt dat met betrekking tot de zojuist genoemde geldlening eerst beoordeeld moet worden of (fiscaalrechtelijk) sprake is van een lening dan wel van een informele kapitaalstorting en dat deze beoordeling dient plaats te vinden naar het moment waarop de kredietovereenkomst is aangegaan. De Rechtbank is ten slotte tot het oordeel gekomen dat de geldlening onder zodanige omstandigheden is verstrekt dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar belanghebbende reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet, of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald, zodat het geheel of gedeeltelijk het vermogen van belanghebbende heeft verlaten (de zogenaamde bodemlozeputlening). Aldus heeft de Rechtbank de geldlening aangemerkt als een informele kapitaalstorting door belanghebbende in [F].

5.1.2.

In hoger beroep klaagt belanghebbende erover dat de Rechtbank buiten de rechtsstrijd is getreden door te oordelen dat de geldlening gekwalificeerd dient te worden als een bodemlozeputlening en daarmee als een informele kapitaalstorting. Belanghebbende stelt dat de Rechtbank niet ambtshalve mocht overgaan tot herkwalificatie van de geldlening omdat de Inspecteur zich zowel in de bezwaarfase als in beroep steeds op het standpunt heeft gesteld dat sprake is van een onzakelijke lening, zodat er geen reden is om een informele kapitaalstorting aan te nemen. Belanghebbende heeft voorts aangevoerd dat de Rechtbank met haar in 5.1 weergegeven beslissing heeft gehandeld in strijd met de beginselen van behoorlijke rechtspleging, meer in het bijzonder het verdedigingsbeginsel. Deze stelling heeft belanghebbende onderbouwd met het argument dat hij door de Rechtbank niet in de gelegenheid is gesteld te reageren op de kwalificatie van de geldlening als bodemlozeputlening respectievelijk informele kapitaalstorting.

5.1.3.

Met betrekking tot de klacht van belanghebbende dat de Rechtbank buiten de rechtsstrijd is getreden, overweegt het Hof als volgt. Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking tussen gelieerde partijen voor wat betreft de fiscale gevolgen als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend. Deze regel lijkt in drie gevallen uitzondering, te weten indien sprake is van een schijnlening, een deelnemerschapslening of een bodemlozeputlening (zie HR 27 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744, *BNB* 1988/217). Het is aan de inspecteur om te stellen dat van een dergelijke uitzondering sprake is en die stelling te onderbouwen met de van belang zijnde feiten. In het onderhavige geval heeft de Inspecteur niet gesteld dat zich één van bovengenoemde uitzonderingen op de hoofdregel voordoet, zodat de rechtsstrijd – waarbinnen de rechter ingevolge artikel 8:69, lid 2, Awb ambtshalve de rechtsgronden aanvult – zich niet uitstrekt tot de vraag of de geldverstrekking als eigen vermogen moet worden aangemerkt. Meer in het bijzonder heeft hij niet gesteld dat belanghebbende de geldlening aan [F] onder zodanige omstandigheden heeft verstrekt dat hem toen al duidelijk moet zijn geweest dat [F] het geleende bedrag niet (geheel) zou kunnen terugbetalen. Gelet hierop heeft de Rechtbank niet tot het oordeel kunnen komen dat sprake is van een bodemlozeputlening. De Rechtbank is derhalve buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil getreden.

5.1.4.

Zelfs als de Rechtbank wel tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden had kunnen overgaan, dan geldt dat daarbij het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor in acht genomen moet worden. Op grond van dit beginsel moeten partijen voldoende zijn gehoord over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing en mogen zij niet verrast worden met een beslissing waarmee zij, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening behoeften te houden (zie o.m. HR 21 december 2001 (civiele kamer), ECLI:NL:HR:2001:AD3997, *NJ* 2004, 34). Uit de stukken van het geding en het proces-verbaal van het verhandelde ter zitting van de Rechtbank kan niet opgemaakt worden dat partijen in de gelegenheid zijn gesteld zich uit te laten over de vraag of (voor fiscale doeleinden) sprake is van een geldlening dan wel een informele kapitaalstorting, terwijl de beantwoording van deze vraag een wezenlijk element vormt van de beslissing van de Rechtbank. Door partijen die mogelijkheid te onthouden, heeft de Rechtbank gehandeld in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor.

5.1.5.

Deze grieven zijn derhalve terecht voorgesteld, maar dit kan, gelet op het hierna volgende, niet tot vernietiging van de uitspraak van de Rechtbank leiden.

Vraag (iii)

5.2.1.

Partijen houdt het antwoord op de vraag verdeeld of de Inspecteur de aftrek van het afwaarderingsverlies terecht heeft geweigerd. Voor de beantwoording van deze vraag dient allereerst te worden nagegaan of in het onderhavige jaar (2012) sprake is van verstrekking van een nieuwe geldlening door belanghebbende aan [F], welke vraag de Inspecteur

bevestigend, maar belanghebbende ontkennend beantwoordt. Het Hof overweegt hieromtrent als volgt.

5.2.2.

Belanghebbende heeft in het onderhavige jaar een betaling gedaan van € 90.000 aan [I] Advocaten in verband met de voldoening van een oude huurschuld van [F] (de huurschuld; zie 2.4). Aangezien de betaling van de huurschuld in de rekening-courantverhouding tussen belanghebbende en [F] is geboekt, heeft belanghebbende aan [F] voor een bedrag van € 90.000 een (nieuwe) geldlening verstrekt.

5.2.3.

[F] werd voorafgaand aan haar faillissement hoofdzakelijk gefinancierd door verschillende vennootschappen van de [D]-groep. De daarvoor benodigde financiële middelen zijn door belanghebbende aan laatstgenoemde vennootschappen verstrekt. De vorderingen die belanghebbende in dit kader op deze vennootschappen verkreeg, heeft hij in het onderhavige jaar omgezet in een vordering in rekening-courant op [F]. Uit de tot de gedingstukken behorende mutatieoverzichten van de rekening-courantverhouding tussen belanghebbende en de [D]-groep en tussen belanghebbende en [F] (zie 2.5) kan worden opgemaakt dat tegenover de afboeking van de vorderingen in rekening-courant op andere vennootschappen van de [D]-groep met een bedrag van in totaal € 470.758 (€ 580.758 - € 90.000 - € 20.000) een toename van de vordering in rekening-courant op [F] voor eenzelfde bedrag staat. Ter zitting van het Hof heeft belanghebbende een nadere toelichting gegeven en onweersproken verklaard dat in het onderhavige jaar de vorderingen binnen de [D]-groep zodanig zijn geherstructureerd dat [F] geen bedragen meer is verschuldigd aan andere [D]-vennootschappen, maar uitsluitend aan belanghebbende. Het voorgaande brengt het Hof tot het oordeel dat belanghebbende de ene (interne) schuldenaar (te weten: diverse [D]-vennootschappen) heeft vervangen door een andere (interne) schuldenaar (te weten: [F]). Bij dit oordeel heeft het Hof in aanmerking genomen dat de kredietovereenkomst tussen belanghebbende en [F] blijkens de preambule ervan kennelijk is gesloten met het oog op de schriftelijke vastlegging van de reeds bestaande situatie. Anders dan de Rechtbank heeft beslist, is dus voor een bedrag van € 470.758 geen sprake van de verstrekking van een nieuwe geldlening door belanghebbende aan [F], maar van debiteursvervanging.

5.2.4.

Een afwaarderingsverlies ter zake van een vordering komt niet voor aftrek in aanmerking wanneer sprake is van een onzakelijke lening. Hiervan is sprake indien een aandeelhouder van een vennootschap aan die vennootschap een geldlening verstrekt en daarbij een debiteurenrisico aanvaardt dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard, ook niet voor een hogere rente. Ingeval geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest eenzelfde lening te verstrekken, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, zonder dat de rente zodanig wordt aangepast dat de geldlening daardoor winstdelend zou worden, moet ervan worden uitgegaan dat de crediteur dit risico heeft aanvaard met de bedoeling zijn belang als aandeelhouder te dienen. De vraag of sprake is van een onzakelijke lening dient beoordeeld te worden naar het moment van het aangaan van de lening met dien verstande dat een zakelijke lening gedurende haar looptijd ten gevolge van onzakelijk handelen van de crediteur alsnog een onzakelijke lening kan worden (zie HR 25 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, *BNB* 2012/37).

5.2.5.

De Inspecteur heeft ter onderbouwing van zijn standpunt dat het afwaarderingsverlies niet aftrekbaar is, gewezen op de al jaren bestaande zeer slechte financiële situatie van [F] zoals weergegeven in 2.9. Voorts heeft de Inspecteur gesteld dat belanghebbende wegens de afwezigheid van noemenswaardige activa geen zekerheden kon bedingen en dat belanghebbende zijn verhaalsrecht heeft verslechterd door de vorderingen op de [D]-groep in te ruilen voor een vordering op [F].

5.2.6.

Naar het oordeel van het Hof is de onzakelijkeleningjurisprudentie van de Hoge Raad ook van toepassing op een geval als het onderhavige waarin een debiteursvervanging heeft plaatsgevonden. Gelet op de zeer slechte financiële positie van [F] in het onderhavige jaar en de daaraan voorafgaande jaren alsmede het daardoor ontbreken van de (feitelijke) mogelijkheid tot het bedingen van zekerheid, heeft belanghebbende met de in 5.2.3. bedoelde debiteursvervanging onzakelijk gehandeld en aldus een debiteurenrisico aanvaard dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard. Door (een deel van) zijn vorderingen op de [D]-groep te vervangen door een vordering op uitsluitend [F] heeft belanghebbende zijn verhaalsmogelijkheden immers laten afnemen. Daarbij komt dat belanghebbende zelf te kennen heeft gegeven dat het faillissement van [F] voorzienbaar was. Het Hof acht dan ook aannemelijk dat de debiteursvervanging heeft plaatsgevonden in het zicht van het faillissement van [F], gelet ook op de omstandigheid dat belanghebbende het afwaarderingsverlies in aanmerking heeft genomen over het jaar 2012.

5.2.7.

Met betrekking tot de geldlening van € 90.000 is het Hof, op grond van de in 5.2.6. genoemde feiten en omstandigheden,

eveneens van oordeel dat belanghebbende een debiteurenrisico heeft aanvaard dat een onafhankelijke derde niet zou hebben aanvaard, ook niet voor een hogere rente, zonder dat de lening winstafhankelijk zou zijn geworden.

5.2.8.

Aan het hiervóór overwogene doet niet af de stelling van belanghebbende dat het afwaarderingsverlies volgens hem feitelijk ziet op de afwaardering van de vorderingen die hij had op de [D]-groep. Het bedrag van het afwaarderingsverlies is gelijk aan de som van de vordering die belanghebbende door de debiteursvervanging heeft verkregen op [F] (€ 470.758), de daarop bijgeschreven rente (€ 20.000) en de geldlening ter zake van de huurschuld (€ 90.000). Gelet hierop en op de toelichting van belanghebbende in zijn aangifte over het jaar 2012 (zie onder 2.10 hiervoor) moet ervan worden uitgegaan dat het afwaarderingsverlies betrekking heeft op de (totale) vordering op [F]. Door de debiteursvervanging had belanghebbende immers in zoverre op de andere vennootschappen van de [D]-groep geen vordering meer.

5.2.9.

Het beroep van belanghebbende op het vertrouwensbeginsel leidt evenmin tot een ander oordeel. Volgens belanghebbende heeft de Inspecteur bij hem het in rechte te beschermen vertrouwen gewekt dat het afwaarderingsverlies aftrekbaar is, omdat de Inspecteur de over het jaar 2009 ingediende aangifte IB/PVV heeft gevolgd, waarin in verband met de afwaardering van vorderingen op de [D]-groep een bedrag van € 321.065 in aftrek is gebracht op het resultaat uit ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen. Zo al sprake is van een bewuste standpuntbepaling van de Inspecteur in 2009, dan zag dat op de afwaardering van de vordering(en) op de [D]-groep. Belanghebbende heeft pas in het onderhavige jaar een vordering op [F] verkregen. Een eventuele standpuntbepaling van de Inspecteur in 2009 kan dan geen betrekking hebben op deze vordering. Het beroep van belanghebbende op het vertrouwensbeginsel faalt derhalve.

Slotsom

5.3.

Gelet op al het vorenoverwogene is het hoger beroep ongegrond.

Proceskosten en griffierecht

6.

Het Hof acht geen termen aanwezig voor een veroordeling in de proceskosten als bedoeld in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

Beslissing

Het Gerechtshof bevestigt de uitspraak van de Rechtbank.

Voorgaande uitspraak

Uit het beroepsschrift in cassatie van belanghebbende:

Cassatiemiddelen

I.

Het Hof heeft ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd geconcludeerd, dat er van moet worden uitgegaan dat het in het jaar 2012 in aftrek gebrachte afwaarderingsverlies ad € 580.758 betrekking heeft op de (totale) vordering van belanghebbende op [F] en dus niet zoals belanghebbende heeft gesteld feitelijk ziet op de afwaardering van al de vorderingen die hij had op de [D]-groep.

II.

Het Hof heeft ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd geconcludeerd, dat het beroep van belanghebbende op het vertrouwensbeginsel niet tot een andersluidend oordeel leidt.

Toelichting op cassatiemiddel I

Het Hof heeft zijn conclusie dat het afwaarderingsverlies uitsluitend en alleen ziet op de totale vordering op [F] gebaseerd op:

- het gegeven dat het bedrag van het afwaarderingsverlies gelijk is aan de som van de vordering die belanghebbende door de door het Hof aangenomen debiteursvervanging heeft verkregen op [F] (€ 470.758), en de daarop bijgeschreven rente (€ 20.000) en de geldlening ter zake van de huurschuld (€ 90.000);

- de toelichting van belanghebbende in zijn aangifte inkomstenbelasting over het jaar 2012.

Zie overweging 5.2.8. uitspraak Gerechtshof:

'Het bedrag van het afwaarderingsverlies is gelijk aan de som van de vordering die belanghebbende door de debiteursvervangende heeft verkregen op [F] (€ 470.758), de daarop bijgeschreven rente (€ 20.000) en de geldlening ter zake van de huurschuld (€ 90.000). Gelet hierop en op de toelichting van belanghebbende in zijn aangifte over het jaar 2012 (zie onder 2.10 hiervoor) moet ervan worden uitgegaan dat het afwaarderingsverlies betrekking heeft op de (totale) vordering op [F]'.

In het rapport betreffende de aangifte inkomstenbelasting 2012 van belanghebbende is bij de toelichting op de aangegeven inkomsten uit TBS-vermogen ter zake van het afwaarderingsverlies vermeld: 'afboeking rek.crt. [D] ([F]) € 580.758'.

De enkele vermelding '([F])' kan ons inziens niet worden geïnterpreteerd als (afdoende) bewijs voor de aanname dat het afwaarderingsverlies enkel en alleen betrekking zou hebben op de vordering van belanghebbende op [F]. Ook kan de genoemde vermelding niet worden opgevat als bewijs of aanname dat belanghebbende zelf in zijn aangifte het standpunt heeft dan wel zou hebben ingenomen dat het afwaarderingsverlies uitsluitend en alleen betrekking heeft op (de vordering op) [F].

Met betrekking tot het gegeven dat het bedrag van het afwaarderingsverlies gelijk is aan de som van de vordering die belanghebbende door de door het Hof aangenomen debiteursvervangende heeft verkregen op [F] (€ 470.758), en de daarop bijgeschreven rente (€ 20.000) en de geldlening ter zake van de huurschuld (€ 90.000) heeft belanghebbende ter zitting van het Hof onweersproken gesteld dat: 'het achteraf bezien een buitengewoon ongelukkige manoeuvre is geweest om het bedrag van de afwaardering gelijk te stellen aan de vordering die ik ultimo 2012 had op [F]. Het was logischer geweest als de onderhavige afwaardering bij de betreffende groepsmaatschappijen die een vordering op [F] hadden in aanmerking was genomen. Voor de inkomstenbelasting 2012 had, net als in 2009, de afwaardering berekend moeten worden op 10 % van de vorderingen op de [D]-groep. In de jaren voor 2012 zijn de vorderingen ook steeds als zodanig behandeld' (zie proces-verbaal zitting Gerechtshof d.d. 19 september 2018, pagina 2, tweede alinea).

Wij zijn van mening dat 'een ongelukkige manoeuvre' in de presentatie van de cijfers in de aangifte er niet toe mag leiden dat het belastbaar inkomen over 2012 – het inkomen uit ter beschikking gesteld vermogen – onjuist (te hoog) wordt vastgesteld; dat wil zeggen een vaststelling zonder rekening te houden met enig afwaarderingsverlies op de vorderingen van belanghebbende op de [D]-groep als totaal. Het is ons inziens, gelet op de feiten, evident dat de slechte financiële situatie van [F] ook de financiële positie van de andere [D]-vennootschappen met vorderingen op [F] in negatieve zin raakte. Daarmee werd ook de verhaalspositie van belanghebbende met betrekking tot zijn rekening-courant-vorderingen op de andere [D]-vennootschappen in negatieve zin beïnvloed. In die zin is het dan ook niet vreemd of onverklaarbaar dat het door belanghebbende in 2012 afgetrokken afwaarderingsverlies (min of meer) overeenstemt met het bedrag van zijn vordering op [F] per ultimo 2012.

Het Hof heeft ons inziens dan ook onder punt 5.2.8. ten onrechte geconcludeerd dat 'ervan moet worden uitgegaan dat het afwaarderingsverlies betrekking heeft op de (totale) vordering op [F]'.

Toelichting op cassatiemiddel II

Belanghebbende is zoals hierboven onder Toelichting op cassatiemiddel I van mening dat het Hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd heeft geconcludeerd, dat er van moet worden uitgegaan dat het in het jaar 2012 in aftrek gebrachte afwaarderingsverlies ad € 580.758 enkel en alleen betrekking heeft op de (totale) vordering van belanghebbende op [F] en dus niet op zijn vorderingen op de [D]-groep als geheel.

Belanghebbende is van mening dat het afgetrokken afwaarderingsverlies in ieder geval tot een bedrag van € 470.758 (€ 580.758 minus € 90.000 minus € 20.000) betrekking heeft op dan wel is toe te rekenen aan een alleszins gerechtvaardigde afwaardering van zijn vorderingen op de andere vennootschappen in de [D]-groep (andere dan [F]). Indien dit standpunt juist wordt bevonden wordt daarmee direct het door belanghebbende gedane beroep op het vertrouwensbeginsel wel degelijk relevant.

Voor deze andere vorderingen op de [D]-groep heeft de Inspecteur in het jaar 2009 immers wel een afwaarderingsverlies van € 321.065 in aftrek op het TBS-inkomen geaccepteerd, althans de over het jaar 2009 ingediende aangifte inkomstenbelasting op dit punt gevolgd. Volgens belanghebbende heeft de inspecteur daarmee bewust het standpunt ingenomen dat deze vorderingen c.q. leningen als zakelijk zijn te beschouwen en bij belanghebbende het in rechte te beschermen vertrouwen gewekt dat verdere afwaarderingsverlies in latere jaren – en dus ook in het jaar 2012 – aftrekbaar zouden zijn.

Het Hof heeft dan ook ons inziens ten onrechte het gedane beroep op het vertrouwensbeginsel verworpen. Althans heeft het Hof dit beroep op onjuiste gronden verworpen door aan te nemen dat:

- de afwaardering en het afwaarderingsverlies uitsluitend ziet op de in 2012 verkregen vordering op [F] en

- een eventuele bewuste standpuntbepaling van de Inspecteur in 2009 dus geen betrekking kan hebben op de vordering op [F].

Bij vaststelling dat het afwaarderingsverlies wel degelijk geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op de andere reeds in 2009 bestaande vorderingen van belanghebbende op de [D]-groep had het Hof niet in het midden mogen laten of er al dan niet sprake is geweest van een bewuste standpuntbepaling van de Inspecteur in 2009.

Conclusie

Op grond van het bovenstaande concluderen wij als volgt:

- Het Hof heeft ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd geconcludeerd, dat er van moet worden uitgegaan dat het in het jaar 2012 in aftrek gebrachte afwaarderingsverlies ad € 580.758 uitsluitend betrekking heeft op de (totale) vordering van belanghebbende op [F];
- Het Hof heeft ten onrechte het door belanghebbende gedane beroep op het vertrouwensbeginsel ongegrond verklaard;
- De uitspraak van het Hof dient te worden vernietigd.

Noot

Auteur: O.C.R. Marres

1.

Wanneer, zoals in deze zaak, een vordering van een (indirect) enig aandeelhouder op een door hem beheerste vennootschap wordt 'omgezet' in een vordering op een andere vennootschap, dan zijn er – vanuit het perspectief van de crediteur – in beginsel twee manieren om deze 'omzetting' te beschouwen. Ten eerste als een aflossing van de lening en het aangaan van de nieuwe lening. Dat is kennelijk de manier waarop de Rechtbank deze omzetting beschouwt (zie onderdeel 2 van deze noot). Ten tweede kan de omzetting worden beschouwd als een vervanging van debiteuren van dezelfde lening. Dat is de manier waarop het Hof kennelijk naar deze omzetting kijkt (zie onderdeel 3). Deze verschillende kwalificaties leiden voor de crediteur tot een ander realisatiemoment en voorts tot een andere toepassing van de leer van de onzakelijke lening (zie onderdeel 4). De Hoge Raad lijkt in deze zaak de omzetting als een aflossing te kwalificeren, maar verzuimt dit te expliciteren (zie onderdeel 5).

2.

De 'omzetting' hield kennelijk in dat enerzijds vorderingen van de belanghebbende in rekening-courant op vennootschappen van de D-groep werden afgeboekt en dat anderzijds bedragen in rekening-courant op F zijn geboekt (zie hofuitspraak, r.o. 2.5 en 5.2.3).^[1] Of die omzetting berust op een schuldoverneming, cessie of een andere grond, is onduidelijk. Zoals ook het Hof constateert in r.o. 5.2.3, ging de Rechtbank ervan uit dat sprake was van een verstrekking van een nieuwe geldlening. Dat zou leiden tot afrekening over het verschil tussen de boekwaarde en de waarde in het economische verkeer van de vordering, maar daarover overweegt de Rechtbank niets (zie r.o. 13). De Rechtbank kwalificeert de nieuwe geldlening als een bodemlozeputlening (r.o. 14).

3.

Het Hof beschouwt de omzetting als een debiteursvervanging (r.o. 5.2.3), en ziet geen grond voor een nieuw toetsingsmoment voor de kwalificatie van de lening, maar beschouwt de instemming met de debiteursvervanging wel als een onzakelijk handelen waardoor de lening onzakelijk wordt in de door HR 25 november 2011, nr. 08/05323, *BNB* 2012/37*, r.o. 3.3.5 bedoelde zin (r.o. 5.2.4-5.2.6). Wanneer een aanvankelijk zakelijke lening gedurende haar looptijd onzakelijk wordt, dan is het de vraag tot welk (extra) verlies dit onzakelijk handelen heeft geleid. Immers, uit HR 1 maart 2013, nr. 12/03088, *BNB* 2013/148*, r.o. 3.4.1,^[2] blijkt dat in zo'n geval "de inspecteur feiten (en omstandigheden) aannemelijk [zal] moeten maken waaruit volgt op welk moment een zakelijk handelende derde in soortgelijke omstandigheden als belanghebbende (waaronder de kennis die belanghebbende heeft van de debiteur), welke maatregel zou hebben genomen om zijn rechten voortvloeiende uit de desbetreffende vordering veilig te stellen, en in hoeverre deze daarin dan zou zijn geslaagd." Voor zover een zakelijk handelende derde ook verlies zou hebben geleden, is het daadwerkelijk geleden verlies aftrekbaar. Het Hof past deze criteria echter niet toe en reeds daarom kon cassatie redelijkerwijze dan ook niet uitblijven. De stelling van belanghebbende dat het verlies feitelijk op de afwaardering van de vordering op de D-groep zag, en in zoverre dus in aftrek moest worden aanvaard, verwerpt het Hof met de door mij niet te volgen redenering dat het afwaarderingsverlies betrekking heeft op de vordering op F, en de belanghebbende sinds de debiteursvervanging geen vordering meer op de D-groep had. Die redenering is – nog afgezien van het feit dat het Hof voorbijgaat aan de volgens *BNB* 2013/148* op de Inspecteur rustende bewijslast – niet logisch: als de vordering voor de

onzakelijke debiteursvervangings al minder waard was, dan valt niet in te zien waarom het verlies ook in zoverre aan de periode daarna moet worden toegerekend.

4.

De twee besproken benaderingen leiden tot verschillende toetsen. In de eerste benadering (kwalificatie van de omzetting als aflossing) moet de waarde in het economische verkeer ten tijde van de 'omzetting' worden bepaald. De waarde in het economische verkeer is de prijs, die bij aanbidding ter verkoop op de meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meestbiedende gegadigde daarvoor zou zijn betaald.^[3] In deze benadering wordt uitgegaan van een fictie, namelijk dat er een 'biedende gegadigde' voor de lening zou zijn. Of die er zou zijn geweest, is maar de vraag (want hoe liquide was in 2012 de markt voor dergelijke vorderingen?). In de tweede benadering (die van de debiteursvervangings) wordt uitgegaan van weer een andere fictie, en moet de inspecteur aannemelijk maken hoeveel verlies een zakelijk handelende crediteur zou hebben geleden. Die zakelijk handelende crediteur zou niet met de omzetting hebben ingestemd. Maar de vraag is in hoeverre de crediteur in dat geval zijn verlies had weten te beperken. Er zijn verschillende scenario's denkbaar. Het is niet gezegd dat die derde zijn vordering ter overname had aangeboden en de fictieve gegadigde uit de andere benadering tegen het lijf had gelopen. Mogelijk zou die derde de vordering op de oude debiteur hebben aangehouden en zou zijn vordering nog verder in waarde zijn gedaald.

5.

Welke benadering kiest de Hoge Raad? Kennelijk die van de Rechtbank: namelijk dat sprake is van een nieuwe lening. Hij spreekt in r.o. 2.3.3 van een 'aflossing', en van een vermogensverlies dat bij die gelegenheid aan het licht trad. Daarbij past dat het verlies, bestaande uit het verschil van de boekwaarde^[4] en de waarde in het economische verkeer, in aftrek kan worden gebracht. Deze benadering ligt mijns inziens ook het meest in de rede gegeven de feiten. In die benadering moet wel worden beoordeeld of de nieuwe lening een bodemlozeputlening of een onzakelijke lening is, anders zou immers ook een afwaarderingsverlies op de nieuwe lening kunnen worden genomen. Kennelijk is de Hoge Raad met de Rechtbank, maar anders dan het Hof, van opvatting dat er sprake is van een aflossing en dat de nieuwe lening onzakelijk of een bodemlozeputlening is. Dat betekent dat 'in beginsel' het verschil van de boekwaarde en de waarde in het economische verkeer, maar niet meer dan dat, in aftrek kan worden gebracht. Het verwijzingshof heeft zo beschouwd de opdracht om te bepalen wat de waarde van de vordering ten tijde van de 'omzetting' was. Maar het is niet geheel duidelijk dat de Hoge Raad dit bedoelt. Hij overweegt immers niet uitdrukkelijk dat het hofoordeel onjuist is voor zover het inhoudt dat sprake was van een debiteursvervangings van dezelfde lening. Voorts spreekt hij over het 'aantreden' van F als debiteur, en die woordkeuze wekt de suggestie van een debiteursvervangings. De gemachtigde van de belanghebbende kan zich daarom, met name wanneer de kredietwaardigheid van de oorspronkelijke debiteuren na de 'omzetting' verder is gedaald, gedwongen voelen om na verwijzing toch maar zekerheidshalve het standpunt in te nemen dat er geen sprake was van een aflossing maar van het onzakelijk worden van de lening. Daartegenover staat dat de Inspecteur een balletje kan opwerpen om te betogen dat er in casu grond bestaat om af te wijken van de regel dat het verlies 'in beginsel' aftrekbaar is. Een duidelijke verwijzingsopdracht zou dat allemaal voorkomen.

6.

Het wordt tijd dat de Hoge Raad ophoudt met kale verwijzingen. Verschijning van de – cum laude beoordeelde – dissertatie van Rens Pieterse^[5] is een goede gelegenheid om dit gebruik te heroverwegen. Volgens Koopman zouden de indringende conclusies van Pieterse binnen de Hoge Raad niet onopgemerkt kunnen blijven,^[6] maar de nuttige aanbevelingen van Pieterse^[7] zijn in dit geval niet ter harte genomen. Als de Hoge Raad van opvatting is dat het verwijzingshof de waarde van de oude lening ten tijde van de omzetting moet bepalen (zie onderdeel 5), laat hij dat dan zeggen, ook als hem dat vanzelfsprekend voorkomt. Het kost inderdaad wat meer tijd. Laat de Hoge Raad die tijd nemen. Het bespaart procespartijen en de verwijzingsrechter nog veel meer tijd. In zaken die niet tot cassatie kunnen leiden heeft de Hoge Raad de mogelijkheid om tijd te besparen door de artikelen 80a en 81 RO, en hij benut die mogelijkheid ruimschoots. Prima, maar laat hij dan de bespaarde tijd benutten door andere zaken beter te motiveren en verwijzingsopdrachten te expliciteren.

Voetnoten "Uitspraak"

[1.]

Vgl. HR 13 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:BI6540, rechtsoverweging 3.4.

Voetnoten "Noot"

[1.]

De vordering op F is ook deels toerekenbaar aan de voldoening door de belanghebbende van een oude huurschuld van F en bijschrijving van rente (zie hofuitspraak, r.o. 2.4 en 2.8). Ik beperk me in deze noot tot een bespreking van de omzetting.

[2.]

Zie ook HR 20 maart 2015, nr. 13/05470, *BNB* 2015/141*, r.o. 2.3.1.

[3.]

Zie bijvoorbeeld HR 21 december 2012, nr. 11/03377, *BNB* 2013/49*, r.o. 3.4.3 (over de waardering van de rechten uit een overeenkomst van kapitaalverzekering).

[4.]

De Hoge Raad spreekt van het verschil tussen de nominale waarde en de waarde in het economische verkeer, misschien omdat de boekwaarde overeenkwam met de nominale waarde, maar wanneer die twee waarden niet overeenkomen dan is de boekwaarde beslissend voor de bepaling van het resultaat.

[5.]

L.J.A. Pieterse, *Studies over verwijzingsinstructies in belastingzaken*, Wolters Kluwer, Deventer 2019 (bestaande uit vier delen).

[6.]

Zie R.J. Koopman, 'Boekbespreking "Verwijzing" van dr. L.J.A. Pieterse', *WFR* 2019/196, voorlaatste zin.

[7.]

Zie L.J.A. Pieterse, *Studies over verwijzingsinstructies in belastingzaken*, Wolters Kluwer, Deventer 2019, p. 63-70.

Splitsingsvrijstelling overdrachtsbelasting uit te leggen overeenkomstig de vrijstelling in de vennootschapsbelasting in overeenstemming met de Fusie...

HR 18-12-2020, ECLI:NL:HR:2020:2078, m.nt. R.J. de Vries

Instantie

Hoge Raad

Datum

18 december 2020

Magistraten

Mrs. Koopman, Overgaauw, Wortel, Van Kalmthout, Beukers-van Dooren

Zaaknummer

20/00199

Conclusie

A-G Wattel

Noot

R.J. de Vries

Folio weergave

Download gedrukte versie (PDF)

JCDI

JCDI:ADS251702:1

Vakgebied(en)

Vennootschapsbelasting / Fusie en splitsing

Europees belastingrecht / Richtlijnen EU

Belastingen van rechtsverkeer / Overdrachtsbelasting

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2020:2078, Uitspraak, Hoge Raad, 18-12-2020

Beroepschrift, Hoge Raad, 18-12-2020

ECLI:NL:PHR:2020:715, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 18-08-2020

Wetgang

Art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV; art. 5c Uitv.besl. BRV; art. 15 lid 1 onderdeel a Fusierichtlijn

Essentie

Splitsingsvrijstelling overdrachtsbelasting uit te leggen overeenkomstig de vrijstelling in de vennootschapsbelasting in overeenstemming met de Fusierichtlijn

Samenvatting

Een broer en zuster bezaten tot 30 december 2015 ieder 50% van de aandelen in G BV en waren bestuurders van die BV. G BV bezat tot die datum alle aandelen in H BV. De bezittingen van H BV bestonden onder andere uit een onroerende zaak. Zowel de aandelen in G BV als die in H BV waren fictieve onroerende zaken voor de overdrachtsbelasting. Op 30 december 2015 is G BV juridisch gesplitst in X BV (belanghebbende) en L BV. Enig aandeelhouder in belanghebbende is de zuster, enig aandeelhouder in L BV is de broer. Bij de splitsing heeft belanghebbende de aandelen in H BV, effecten en liquide middelen verkregen. Op 22 december 2015 is vrijstelling van de heffing van vennootschapsbelasting verleend ter zake van de overgang van het vermogen van G BV in het kader van de splitsing. De Inspecteur heeft geweigerd voor de verkrijging van de aandelen in H BV vrijstelling van overdrachtsbelasting te verlenen en heeft aan belanghebbende een naheffingsaanslag opgelegd wegens de (indirecte) verkrijging van 50% van de waarde van de onroerende zaak. Het Hof heeft geoordeeld dat de splitsing niet heeft plaatsgevonden uit zakelijke overwegingen en dat deze wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting. Dat bij de splitsing vrijstelling voor de vennootschapsbelasting is verleend, betekent volgens het Hof niet automatisch dat ook een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting moet worden verleend.

HR: Het is in overeenstemming met het oogmerk van de wetgever om de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting, net zoals de voorwaarden van de splitsingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, uit te leggen in overeenstemming met de Fusierichtlijn. Richtinggevend voor de uitleg van het begrip 'zakelijke overwegingen' is dus de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de uitleg van die richtlijn. Daaruit blijkt dat voor de vrijstelling bij fusie het enkele gegeven dat een verwervende of een verworven vennootschap geen onderneming drijft, niet in de weg staat aan de mogelijkheid dat die fusie berust op zakelijke overwegingen. Er is geen reden om aan te nemen dat het anders ligt in een geval waarin bij een splitsing geen van de bij de splitsing betrokken vennootschappen een onderneming drijft. De Fusierichtlijn maakt op dit punt immers geen onderscheid tussen fusies en splitsingen. De in de voorwaarden in het Uitv.besl. BRV genoemde herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden zijn niet meer dan voorbeelden van zakelijke overwegingen voor een splitsing. Het andersluidende oordeel van het Hof berust derhalve op een onjuiste rechtsopvatting.

Onder verwijzing naar de conclusie van de A-G verwerpt de Hoge Raad de klachten tegen het oordeel van het Hof dat een verleende vrijstelling van vennootschapsbelasting niet automatisch leidt tot vrijstelling van overdrachtsbelasting.

Uitspraak

ARREST

in de zaak van

[X] B.V. te [Z] (hierna: belanghebbende)

tegen

de STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN

op het beroep in cassatie tegen de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 december 2019, nr.

19/00225, op het hoger beroep van de Inspecteur tegen een uitspraak van de Rechtbank Gelderland (nr. AWB 17/6915)

betreffende een aan belanghebbende opgelegde naheffingsaanslag in de overdrachtsbelasting. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld.

Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 18 augustus 2020 geconcludeerd tot gegrondverklaring van het beroep in cassatie^[1]. De Staatssecretaris heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

2. Beoordeling van de middelen

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1

Tot 30 december 2015 bezaten [E] (hierna: de zus) en [F] (hierna: de broer) ieder 50% van de aandelen in [G] B.V. (hierna: [G]). Zij waren voorts beiden bestuurder van deze vennootschap. [G] bezat tot genoemde datum 100% van de aandelen in [H] B.V. (hierna: [H]). De bezittingen van [H] bestonden, onder andere, uit een onroerende zaak in [Q]. Zowel de aandelen in [G] als de aandelen in [H] waren fictieve onroerende zaken in de zin van artikel 4 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna: Wet BRV).

2.1.2

De broer en de zus hebben op 30 juni 2015 een voorstel tot splitsing van [G] ondertekend. In de toelichting op dit voorstel zijn als redenen voor de splitsing vermeld: vereenvoudiging van de bedrijfsvoering en de organisatie, alsmede flexibilisering. Bij akte van splitsing van 30 december 2015 is [G] juridisch gesplitst in belanghebbende enerzijds en [L] B.V. anderzijds. Enig aandeelhouder in belanghebbende is de zus, enig aandeelhouder in [L] B.V. is de broer. Bij de splitsing heeft belanghebbende de aandelen in [H], effecten en liquide middelen verkregen.

2.1.3

Met dagtekening 22 december 2015 is vrijstelling van de heffing van vennootschapsbelasting verleend ter zake van de overgang van het vermogen van [G] in het kader van de splitsing. Op 29 januari 2016 heeft belanghebbende aangifte voor de overdrachtsbelasting gedaan van de verkrijging van de aandelen in [H]. In de aangifte heeft belanghebbende een beroep gedaan op de vrijstelling bedoeld in artikel 15, lid 1, aanhef en letter h, Wet BRV en artikel 5c van het Uitvoeringsbesluit

belastingen van rechtsverkeer (hierna: de vrijstelling, respectievelijk Uitvoeringsbesluit BRV). De Inspecteur heeft de vrijstelling geweigerd en aan belanghebbende een naheffingsaanslag in de overdrachtsbelasting opgelegd wegens de (indirecte) verkrijging van 50% van de waarde van de onroerende zaak in [Q].

2.2.1

Voor het Hof was in geschil of de vrijstelling toepassing mist omdat de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing als bedoeld in artikel 5c, lid 1, Uitvoeringsbesluit BRV.

2.2.2

Het Hof heeft overwogen dat ten aanzien van [G], belanghebbende en [L] B.V. is komen vast te staan dat ten tijde van de splitsing geen sprake was van actieve werkzaamheden. Er was louter sprake van passief vermogensbeheer. Dat heeft het Hof tot de gevolgtrekking geleid dat reeds daarom geen sprake is van 'zakelijke overwegingen op grond waarvan de splitsing heeft plaatsgevonden' in de zin van artikel 5c Uitvoeringsbesluit BRV.

2.2.3

Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de splitsing wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting omdat belanghebbende niet heeft gesteld dat, en waarom, er, ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen, geen sprake is van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting.

2.2.4

Dat bij de splitsing vrijstelling voor de vennootschapsbelasting is verleend, betekent niet automatisch dat ook een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting moet worden verleend, aldus het Hof.

2.3.1

De middelen 1 en 2 richten zich tegen het in 2.2.2 weergegeven oordeel van het Hof. De middelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij betogen onder meer dat de enkele omstandigheid dat actieve werkzaamheden ontbreken niet aan de aanwezigheid van zakelijke overwegingen voor een splitsing in de weg staan, en dat een herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden niet de enig mogelijke zakelijke overwegingen voor een splitsing zijn.

2.3.2

De middelen slagen. Zoals is overwogen in het arrest van de Hoge Raad van 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297, heeft de wetgever met het stellen van voorwaarden voor de vrijstelling in artikel 5c, lid 1, Uitvoeringsbesluit BRV beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden voor de vennootschapsbelasting. Het is in overeenstemming met dat oogmerk om de voorwaarden van artikel 5c, lid 1, Uitvoeringsbesluit BRV, net zoals de voorwaarden van de splitsingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, uit te leggen in overeenstemming met artikel 15, lid 1, aanhef en letter a, van Richtlijn 2009/133/EG^[2] (hierna: de Richtlijn). De wetsgeschiedenis weergegeven in onderdeel 7.8 van de conclusie van de A-G noopt niet tot een ander oordeel.

2.3.3

Richtinggevend voor de uitleg van het begrip 'zakelijke overwegingen' in artikel 5c, lid 1, Uitvoeringsbesluit BRV is dus de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) over de uitleg van de Richtlijn. Uit die jurisprudentie blijkt dat artikel 15, lid 1, letter a, van de Richtlijn strikt moet worden uitgelegd^[3]. In het arrest Leur-Bloem^[4] heeft het HvJ overwogen dat niet is vereist dat bij een fusie de verwervende vennootschap zelf een onderneming drijft, en dat ook een fusie of herstructurering als gevolg waarvan een nieuwe houdstermaatschappij ontstaat die geen onderneming bezit, op grond van zakelijke overwegingen kan hebben plaatsgevonden. In het arrest Foggia^[5] heeft het HvJ overwogen dat een fusie of herstructurering in de vorm van de overname van een onderneming die geen activiteiten uitoefent en geen eigen activa in de overnemende onderneming inbrengt, vanuit het oogpunt van laatstbedoelde onderneming toch op grond van zakelijke overwegingen kan hebben plaatsgevonden. Voor de vrijstelling bij fusie staat het enkele gegeven dat een verwervende of een verworven vennootschap geen onderneming drijft dus niet in de weg aan de mogelijkheid dat die fusie berust op zakelijke overwegingen. Er is geen reden om aan te nemen dat een andere redenering gevolgd zou moeten worden in een geval als dit waarin bij een splitsing geen van de bij de splitsing betrokken vennootschappen een onderneming drijft. De Hoge Raad acht niet voor redelijke twijfel vatbaar dat de hiervoor genoemde overwegingen van het HvJ, evenzeer opgaan in dit geval, aangezien de tekst van artikel 15, lid 1, letter a, van de Richtlijn geen onderscheid maakt tussen fusies en splitsingen. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat de enkele omstandigheid dat de bij een splitsing betrokken vennootschappen geen onderneming uitoefenen, niet uitsluit dat de splitsing plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. De in artikel 5c, lid 1, Uitvoeringsbesluit BRV genoemde herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden zijn niet meer dan voorbeelden van zakelijke overwegingen voor een splitsing.

2.3.4

Hetgeen in 2.3.3 is overwogen leidt tot de conclusie dat het in 2.2.2 weergegeven oordeel van het Hof berust op een onjuiste rechtsopvatting.

2.4

Uit het voorgaande volgt dat ook middel 3, dat is gericht tegen het in 2.2.3 weergegeven oordeel van het Hof, slaagt omdat dit oordeel voortbouwt op het in 2.2.2 weergegeven, onjuist bevonden oordeel.

2.5

Middel 4, dat zich richt tegen het in 2.4 weergegeven oordeel van het Hof, faalt op de gronden vermeld in de onderdelen 6.1 tot en met 6.4 van de conclusie van de Advocaat-Generaal^[6].

2.6

Op grond van hetgeen in 2.3.4 en 2.4 is overwogen kan de uitspraak van het Hof niet in stand blijven. Het beroep is gegrond. Verwijzing moet volgen.

3. Proceskosten

De Staatssecretaris zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie.

Door het verwijzingshof zal worden beoordeeld of aan belanghebbende voor de kosten van het geding voor het Hof een vergoeding moet worden toegekend.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verklaart het beroep in cassatie gegrond,
- vernietigt de uitspraak van het Hof,
- verwijst het geding naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing van de zaak met inachtneming van dit arrest,
- draagt de Staatssecretaris van Financiën op aan belanghebbende te vergoeden het griffierecht dat belanghebbende voor de behandeling van het beroep in cassatie heeft betaald van € 519, en
- veroordeelt de Staatssecretaris van Financiën in de kosten van belanghebbende voor het geding in cassatie, vastgesteld op € 1.575 voor beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Voorgaande uitspraak

HOF Arnhem-Leeuwarden, Vijfde Meerv. belastingk., 17 december 2019 (Nr. 19/0225)

Uitspraak

op het hoger beroep enz.;

tegen de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 16 januari 2019, nummer AWB 17/6915, ECLI:NL:RBGEL:2019:142, in het geding enz.;

1. (...)

4. Beoordeling van het geschil

4.1

Op grond van het bepaalde in artikel 2 van de WBRV wordt overdrachtsbelasting geheven ter zake van de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen. Artikel 4 van de WBRV merkt aandelen in een rechtspersoon waarvan de bezittingen op het tijdstip van de verkrijging of op enig tijdstip in het daaraan voorafgaande jaar grotendeels bestaan of hebben bestaan uit onroerende zaken (waarvan ten minste 30% in Nederland is gelegen) aan als onroerende zaken. Zoals hiervoor is overwogen, is tussen partijen niet in geschil dat de aandelen in [G] als onroerende zaken moeten worden aangemerkt (hierna: de fictieve onroerende zaken).

4.2

Artikel 15, eerste lid, aanhef en onderdeel h, van de WBRV bepaalt dat onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden de verkrijging bij onder meer splitsing is vrijgesteld van de belasting. De voorwaarden bij vrijstelling wegens

splitsing zijn opgenomen in artikel 5c, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971 (hierna: het Uitvoeringsbesluit). Op grond van dit artikel is, voor zover hier van belang, de vrijstelling wegens splitsing van toepassing wanneer sprake is van overgang van vermogen onder algemene titel in het kader van een splitsing van een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal, behoudens in het geval dat de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (de zogenoemde antimisbruiktoets). De splitsing wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen.

4.3

De Inspecteur stelt betoogt in hoger beroep dat de vrijstelling niet van toepassing is. Voor dat geval is tussen partijen niet in geschil dat de bestreden naheffingsaanslag terecht en tot een juist bedrag is opgelegd.

4.4

Het Hof stelt voorop dat de last aannemelijk te maken dat de hiervoor – onder 4.2 – bedoelde vrijstelling van toepassing is, gelet op de gemotiveerde betwisting daarvan door de Inspecteur, rust op belanghebbende. Zoals uit de vastgestelde feiten blijkt, staat vast dat de verkrijging van de fictieve onroerende zaken door middel van overgang van vermogen onder algemene titel in het kader van een splitsing heeft plaatsgevonden.

4.5

Partijen houdt uitsluitend verdeeld of deze splitsing al dan niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Op grond van artikel 5c, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit geldt een weerlegbaar bewijsvermoeden dat de splitsing wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen, tenzij het tegendeel (er is ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen geen sprake van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting) aannemelijk wordt gemaakt.

4.6

Het Hof stelt voorop dat de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van zakelijke overwegingen, als hiervoor bedoeld, dient plaats te vinden vanuit het perspectief van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen, derhalve [G], belanghebbende en [L] B.V.

4.7

Ten aanzien van de hiervoor – onder 4.6 – genoemde vennootschappen is komen vast te staan dat ten tijde van de splitsing geen sprake was van actieve werkzaamheden. Er was louter sprake van passief vermogensbeheer. Dat leidt het Hof tot de gevolgtrekking dat reeds daarom geen sprake is van ‘zakelijke overwegingen op grond waarvan de splitsing heeft plaatsgevonden’ in de zin van artikel 5c van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer.

4.8

Nu belanghebbende voorts niet heeft gesteld dat, en waarom, er, ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen, geen is sprake van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting, wordt de splitsing geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting.

4.9

Belanghebbende heeft nog gesteld dat, nu ter zake van de onderhavige splitsing wel een vrijstelling voor de vennootschapsbelasting is verleend, reeds daarom vaststaat dat ook is voldaan aan de voorwaarden die zijn gesteld aan de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting. De gemachtigde van belanghebbende heeft in dat verband expliciet gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297. Dat arrest leidt, naar het oordeel van het Hof, evenwel niet tot een andere beslissing. In bedoeld arrest overweegt de Hoge Raad immers, voor zover voor de onderhavige zaak van belang, slechts – en kennelijk ontleend aan de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5c, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer – dat de wetgever heeft beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden voor de vennootschapsbelasting. Naar het oordeel van het Hof, betekent de omstandigheid dat bij een splitsing vrijstelling voor de vennootschapsbelasting is verleend, niet automatisch dat ook een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting moet worden verleend.

4.10

Het vorenoverwogene leidt tot de conclusie dat de vrijstelling van artikel 15, eerste lid, aanhef en onderdeel h, van de

WBRV terecht is geweigerd. Voor dat geval is tussen partijen niet in geschil dat de bestreden naheffingsaanslag terecht en tot het juiste bedrag is vastgesteld.

Slotsom

Op grond van het vorenstaande is het hoger beroep gegrond.

5. Proceskosten

Het Hof acht geen termen aanwezig voor een veroordeling in de proceskosten.

6. Beslissing

Het Hof vernietigt de uitspraak van de Rechtbank.

Voorgaande uitspraak

Uit het beroepsschrift in cassatie van belanghebbende:

1. Cassatiemiddel 1

Schending althans onjuiste toepassing van het recht, in het bijzonder van artikel 15, lid 1, onderdeel h van de Wet op belastingen van rechtsverkeer juncto artikel 5c Uitvoeringsbesluit WBR, juncto de EG-fusierichtlijn, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen, althans zonder nadere motivering – welke ontbreekt – onbegrijpelijk zijn nu het Gerechtshof in rov. 4.7 heeft geoordeeld dat ten tijde van de splitsing geen sprake was van actieve werkzaamheden, doordat er louter sprake was van passief vermogensbeheer en dat daarom volgens het Gerechtshof reeds geen sprake is van 'zakelijke overwegingen op grond waarvan de splitsing heeft plaatsgevonden'. Ter toelichting moge het volgende dienen.

1.1

Het Hof oordeelt in rov. 4.6:

'Het Hof stelt voorop dat de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van zakelijke overwegingen, als hiervoor bedoeld, dient plaats te vinden vanuit het perspectief van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen, derhalve [G] BV, [X] en [L] BV'

Het Hof oordeelt vervolgens in rov. 4.7:

'Ten aanzien van de hiervoor- onder 4.6 genoemde vennootschappen is komen vast te staan dat ten tijde van de splitsing geen sprake was van actieve werkzaamheden. Er was louter sprake van passief vermogensbeheer. Dat leidt het Hof tot de gevolgtrekking dat reeds daarom geen sprake is van 'zakelijke overwegingen op grond waarvan de splitsing heeft plaatsgevonden' in de zin van artikel 5c van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer.'

1.2

Artikel 5C Uitvoeringsbesluit WBR, lid 1, tweede volzin, luidt als volgt:

'De splitsing wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende vennootschappen.'

1.3

De Hoge Raad heeft op 13 september 2019 in zijn arrest ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB 2019/175*, geoordeeld dat artikel 5c Uitvoeringsbesluit WBR conform de op de Fusierichtlijn geënte faciliteiten moet worden toegepast. De splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting valt aldus onder het bereik van de Fusierichtlijn.^[1]

1.4.

Artikel 15, lid 1, onder a van de Fusierichtlijn luidt als volgt:

'Als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft; wanneer de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen, geldt het vermoeden dat die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft.'

1.5

[X] is van mening dat het Hof aldus de vereiste richtlijnconforme (EG-Fusierichtlijn artikel 15) interpretatie van artikel 5c Uitvoeringsbesluit WBR uit het oog heeft verloren met zijn oordeel in rov. 4.7 dat van 'zakelijke overwegingen' geen sprake kan zijn als de activiteiten van de bij een splitsing betrokken rechtspersonen uit passief vermogensbeheer bestaan. Bij de uitleg van de zakelijke overwegingen 'herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersoon' als bedoeld in het hiervoor geciteerde artikel 5c dient bij een Fusierichtlijnconforme interpretatie van het begrip 'actieve werkzaamheden' te moeten worden geconcludeerd dat beleggingsactiviteiten niet aan de aanwezigheid van zakelijke overwegingen voor een reorganisatie in de weg staan. Zie ter bevestiging voor deze conclusie de uitspraak van het Hof Amsterdam 31 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:A08903. Het Hof baseerde zijn overweging nadrukkelijk op het arrest Leur-Bloem (HvJ EU 17 juli 1997, nr. C-28/95, *BNB* 1998/31).^[2]

1.6

In geval van de juridische splitsing van [G] BV is onder andere wel sprake van rationalisering van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen (tevens wordt het bestuursvacuüm opgelost). Zie hiervoor de uitspraak van het Hof in rov. 2.3 en de door het Hof vernietigde uitspraak van Rechtbank Gelderland van 16 januari 2019 in de punten 12,16,17,18 en 19. Hiermee wordt voldaan aan de vereisten voor het toepassen van de faciliteit van artikel 5c Uitvoeringsbesluit WBR.

1.7

Dat een materiële onderneming dan wel actieve werkzaamheden niet zijn vereist voor het toepassen van de splitsingsvrijstelling blijkt volgens [X] ook uit andere rechtspraak. Men kan gebruik maken van de splitsingsfaciliteit hoewel de vennootschap alleen beleggingen bezit (zie o.a. het Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, *NTR* 2002/258. Zie ook uitspraak van het Hof Den Haag 1 mei 2002, nr. 01/01182, *V-N* 2002/42.15).^[3]

1.8

Het Hof geeft aan het woord 'zoals' in de tweede volzin van artikel 5c Uitvoeringsbesluit WBR, lid 1 ten onrechte een beperkende werking. Dit impliceert dat volgens het Hof enkel situaties die te vergelijken zijn met een 'herstructurering en rationalisering van actieve werkzaamheden' kwalificeren voor 'zakelijke overwegingen'. [X] is echter van mening dat het woord 'zoals' hierbij dient te worden opgevat als een inleiding tot een voorbeeld. Dit voorbeeld laat volgens [X] derhalve ruimte voor andere niet met 'herstructurering en rationalisering van actieve werkzaamheden' overeenstemmende zakelijke overwegingen.

In casu betreft dit onder andere specifiek het beëindigen van het bestuursvacuüm (de ruzie) al hoewel het beëindigen van het bestuursvacuüm volgens [X] ook gekwalificeerd kan worden onder de term rationalisering van de werkzaamheden.

1.9

De uitspraak van het Hof is mitsdien op dit onderdeel onjuist en onbegrijpelijk.

2. Cassatiemiddel 2

Schending althans onjuiste toepassing van het recht, in het bijzonder van artikel 15, lid 1, onderdeel h van de Wet op belastingen van rechtsverkeer juncto artikel 5c Uitvoeringsbesluit WBR, juncto de EG-Fusierichtlijn, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen, althans zonder nadere motivering – welke ontbreekt – onbegrijpelijk zijn, nu het Gerechtshof in rov. 4.5 en 4.7 een restrictieve werking toekent aan het woord 'zoals' in artikel 5c lid 1 tweede volzin van het Uitvoeringsbesluit WBR wat betreft het aldaar verwoorde bewijs vermoeden.

2.1

Het hof oordeelt in rov. 4.5:

'Partijen houdt uitsluitend verdeeld of deze splitsing al dan niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Op grond van artikel 5c, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit geldt een weerlegbaar bewijsvermoeden dat de splitsing wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen, tenzij het tegendeel (er is ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen geen sprake van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting) aannemelijk wordt gemaakt.'

2.2

Het hof oordeelt in rov. 4.7 dat 'Ten aanzien van de hiervoor – onder 4.6 – genoemde vennootschappen is komen vast te staan dat ten tijde van de splitsing geen sprake was van actieve werkzaamheden. Er was louter sprake van passief vermogensbeheer. Dat leidt het Hof tot de gevolgtrekking dat reeds daarom geen sprake is van 'zakelijke overwegingen op grond waarvan de splitsing heeft plaatsgevonden' in de zin van artikel 5c van het Uitvoeringsbesluit belastingen van

2.3

Artikel 5c Uitvoeringsbesluit WBR, lid 1, tweede volzin, luidt als volgt:

'De splitsing wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen *zoals* (cursivering [...]/[...]) herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende vennootschappen.'

2.4

[X] is het volgende van mening. Het Hof merkt in rov. 4.5 op dat op grond van art. 5c, lid 1 Uitvoeringsbesluit WBR een weerlegbaar (eerste) bewijsvermoeden geldt, inhoudende dat een splitsing geacht wordt in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen 'zoals' herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende vennootschap. In rov. 4.7 overweegt het Hof dat in casu geen sprake is van actieve werkzaamheden, maar van louter passief vermogensbeheer, zodat in eerste aanleg niet aan dit deel van de zakelijkheidstoets wordt voldaan. Daaruit valt volgens [X] op te maken dat het Hof het woord 'zoals' in het hiervoor bedoeld artikel ten onrechte een beperkende werking toekent. Een en ander impliceert dat volgens het Hof enkel situaties die zijn te vergelijken met een 'herstructurering en rationalisering van actieve werkzaamheden' voormeld bewijsvermoeden niet in werking doen treden. Het woord 'zoals' lijkt dus op het eerste gezicht volgens het Hof niet te moeten worden opgevat als een inleiding tot een voorbeeld – zijnde 'herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden' – dat ruimte laat voor andere, niet daarmee overeenstemmende, zakelijke overwegingen.

2.5

Gelet op de gelijkkluidende formuleringswijze van de zakelijkheidstoets in artikel 14a, lid 6 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 lijkt dit ook te moeten gelden voor het daarin opgenomen weerlegbare (eerste) bewijsvermoeden, zij het dat een dergelijke restrictieve benadering volgens [X] wringt met de antimisbruikbepaling opgenomen in art. 15 lid 1 onderdeel a EG-Fusierichtlijn. In zijn arrest HR 29 juni 2012, 10/00807, *BNB* 2012/261, *V-N* 2012/34.16 overwoog de Hoge Raad dat een richtlijnconforme uitleg met zich brengt dat ontwijking van belastingheffing slechts dan onder het antimisbruikvoorbehoud valt, indien de (voorgenomen) splitsing een volstrekt overheersend antifiscaal motief heeft en toepassing van de geboden fiscale faciliteiten zou leiden tot strijd met doel en strekking van die richtlijn. Volgens [X] is het geen vanzelfsprekendheid dat, indien geen sprake is van 'herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden', reeds om die reden steeds sprake zal zijn van een volstrekt overheersend antifiscaal motief. Kortom, een dergelijke restrictieve benadering voor de overdrachtsbelasting door het Hof is EU-rechtelijk onbegrijpelijk. Dit geldt te meer, nu art. 15 lid 1 onderdeel a EG-Fusierichtlijn eveneens het woord 'zoals' bevat. Indachtig het arrest HR 13 september 2019, 18/04792, *BNB* 2019/175, *V-N* 2019/43.9, waarin uitdrukkelijk is overwogen dat de besluitgever met de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling van art. 5c, lid 1 Uitvoeringsbesluit WBR heeft beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden voor de VPB, is [X] van mening dat de aldaar voorgestane ruimere uitleg op gelijke wijze doorgetrokken dient te worden naar de splitsingsvrij stelling in de overdrachtsbelasting.^[4]

2.6

Er is volgens [X] in casu geen sprake van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting.

2.7

De vraag wanneer een transactie 'in overwegende mate' is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, of (in de bewoordingen van de Fusierichtlijn) wanneer belastingontwijking het hoofddoel of één van de hoofddoelen van een transactie is, is in de parlementaire toelichting en in de op basis van de Fusierichtlijn gewezen jurisprudentie aan de orde geweest. In de parlementaire toelichting bij de invoering van de splitsingsfaciliteit in de inkomsten- en vennootschapsbelasting heeft de Staatssecretaris van Financiën aangegeven dat het bij deze toets gaat om het 'beslissende' motief (*Kamerstukken II 1997/98, 25709, 5, p. 5*). In HR 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:A3829, *BNB* 2000/111 oordeelt de Hoge Raad dat 'onderzocht dient te worden of de [transactie] ook zou worden uitgevoerd, indien het niet-fiscale doel niet zou bestaan'. In HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261 oordeelt de Hoge Raad voorts dat belastingontwijking slechts dan onder het antimisbruikvoorbehoud valt indien de (voorgenomen) splitsing een 'volstrekt overheersend anti-fiscaal motief' heeft. Het Hof van Justitie spreekt in HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718, *BNB* 2012/5 (Foggia SGPS SA) zelfs van het 'doorslaggevende' motief bij een transactie.^[5]

2.8

Op grond van het voorgaande is [X] van mening dat het bij het toetsen van art. 5c Uitvoeringsbesluit WBR beoordeeld dient te worden of de splitsing ook zou hebben plaatsgevonden zonder het bestaan van de splitsingsfaciliteit voor de overdrachtsbelasting. In dit verband wil [X] wijzen op de in cassatie vaststaande feiten zoals deze door het Hof zijn vastgesteld in rov. 2.4, 2.5, 2.6 en 2.7 van de uitspraak, die luiden als volgt:

2.4

Bij akte van splitsing van 30 december 2015 is [G] BV juridisch gesplitst. Vooruitlopend op de splitsing is de vordering van [H] op [K] BV gecedeerd aan [G] BV. Deze vordering en de vordering op [J] BV zijn bij de splitsing overgegaan op [L] BV, een nieuwe BV van de broer. De aandelen in [H] BV en effecten zijn overgegaan op belanghebbende, een nieuwe BV van de zus. [L] BV en belanghebbende hebben beide € 105.091 aan liquide middelen ontvangen. Belanghebbende is overbedeeld. [L] BV heeft hiervoor een vordering op belanghebbende verkregen van € 290.185.

2.5

Met dagtekening 22 december 2015 is vrijstelling van de heffing van vennootschapsbelasting (hierna: VPB) verleend ter zake van de overgang van het vermogen van [G] BV in het kader van deze splitsing.

2.6

Met dagtekening 14 maart 2016 heeft de Inspecteur aan de zus een beschikking afgegeven waarin is bepaald dat, op grond van artikel 4.41, tweede lid, en artikel 4.42, tweede lid, van de Wet IB 2001 het voordeel uit de vervreemding van de aandelen in het kader van de juridische splitsing als bedoeld in artikel 3.56 van de Wet IB 2001 niet in aanmerking zal worden genomen.

2.7

Op 29 januari 2016 heeft belanghebbende aangifte voor de overdrachtsbelasting gedaan van de verkrijging van de aandelen in [H] BV in verband met de splitsing op 30 december 2015. In de aangifte heeft belanghebbende een beroep gedaan op de vrijstelling van artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (hierna: WBRV).

2.9

In cassatie staat vast dat eerst (op 22 december 2015) een beschikking voor de vrijstelling van de heffing van vennootschapsbelasting is verkregen van de Belastingdienst. Er is vervolgens geen beschikking voor de overdrachtsbelasting verkregen. De splitsingsakte is vervolgens (30 december 2015) notarieel gepasseerd. En daarna is pas via de aangifte overdrachtsbelasting (29 januari 2016) een beroep gedaan op de vrijstelling voor de overdrachtsbelasting.

2.10

Hieruit volgt naar de mening van [X] onomstotelijk dat de splitsing daadwerkelijk heeft plaatsgevonden zonder het vaststaan van de splitsingsfaciliteit voor de overdrachtsbelasting. Het belang van de splitsing was voornamelijk aanwezig voor de vennootschapsbelasting (zie hierna onder 2.11). Er was geen sprake van het verkrijgen van een beschikking voor de vennootschapsbelasting (en inkomstenbelasting) met een klein belang die als eerste stap nodig was om daarna de beschikking voor de overdrachtsbelasting alsnog te verkrijgen (die dan een groot belang zou hebben). Er was geen sprake van een gekunstelde route om de overdrachtsbelasting te besparen. Daarmee is volgens [X] komen vast te staan dat de transactie niet 'in overwegende mate' is gericht op het ontgaan of uitstellen van heffing van overdrachtsbelasting.

2.11

In dit verband wil [X] wijzen op het belang van de splitsing qua hoogte van de vennootschapsbelasting en de overdrachtsbelasting. In het verweerschrift inzake hoger beroep van 4 juli 2019 op pagina 14 en 15 heeft [X] reeds het volgende opgemerkt:

'Het belang qua fiscale faciliteiten lag overigens ook met name op het vlak van de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting doordat er sprake was van aanzienlijke stille reserves op het pand en er een aanzienlijke latente aanmerkelijk belangclaim aanwezig was.

Qua vennootschapsbelasting gaat het om € 354.606 aan belasting die bij de splitsing niet hoefde te worden afgedragen maar kon worden doorgeschoven. Zie de delen uit de jaarrekening 2014 van [H] BV in de bijlage.

Qua inkomstenbelasting gaat het om € 262.970,25 aan belasting die bij de splitsing niet hoefde te worden afgedragen maar kon worden doorgeschoven. Zie de delen uit de jaarrekening 2014 van [G] BV in de bijlage (= (2.119.644 -/-15.882) *50 %* 25 % - 262.972,75).

Het totale bedrag aan vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting van € 615.578,75 was niet voorhanden om te worden

afgedragen. "

Ten behoeve van voorgaande is de jaarrekening 2014 voor die delen nogmaals in de bijlage opgenomen. De onderhavige aanslag voor de overdrachtsbelasting bedraagt € 22.500.

2.12

Het gaat er volgens [X] om wat het doorslaggevendende doel is van de splitsing en of de splitsing een niet-gekunstelde weg is om dat doel te bereiken.^[6] Het doorslaggevendende doel in casu was het oplossen van het bestuursvacuüm en het daarmee ook rationaliseren van de werkzaamheden van de splitsende en verkrijgende rechtspersonen. Zie hiervoor de uitspraak van het Hof in rov. 2.3 en de door het Hof vernietigde uitspraak van Rechtbank Gelderland van 16 januari 2019 in de punten 12, 16, 17, 18 en 19. De mogelijke niet-vrij gestelde splitsing voor de overdrachtsbelasting werd gezien het tijdsverloop van één en ander en de hoogte van de aanslag voor de overdrachtsbelasting ten opzichte van het belang voor de vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting eerst voor lief genomen. Dit geeft volgens [X] aan dat er geen sprake van was van een splitsing die in overwegende mate was gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing qua overdrachtsbelasting. De splitsing diende hoe dan ook doorgang te vinden ongeacht de uitkomst voor de overdrachtsbelasting. De splitsing was de beste oplossing om het bestuursvacuüm op te lossen en de activiteiten te rationaliseren.

2.13

De uitspraak van het Hof is mitsdien op dit onderdeel onjuist en onbegrijpelijk.

3. Cassatiemiddel 3

Schending althans onjuiste toepassing van het recht, in het bijzonder van artikel 15, lid 1, onderdeel h van de Wet op belastingen van rechtsverkeer juncto artikel 5c Uitvoeringsbesluit WBR, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen, althans zonder nadere motivering – welke ontbreekt – onbegrijpelijk zijn nu het Gerechtshof in rov. 4.8 heeft geoordeeld dat belanghebbende voorts niet heeft gesteld dat er geen sprake is van een splitsing die er in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting.

3.1

Het Hof overweegt in rov. 4.8 dat 'Nu belanghebbende voorts niet heeft gesteld dat, en waarom, er, ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen, geen sprake is van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting, wordt de splitsing geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting.'

3.2

[X] is van mening dat zij wel heeft voldaan aan de in art. 5c lid 1 Uitv.besl. BRv 1971 opgenomen passage 'tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt'. Dit wordt onder meer onderbouwd door het volgende:

in onderdeel 2.3 van de uitspraak van het Hof opgenomen en vaststaande feiten staat vermeld: 'De bestuurders van [G] BV, derhalve de broer en de zus, hebben op 30 juni 2015 een voorstel tot splitsing van [G] BV ondertekend. In de toelichting op dit voorstel zijn als redenen voor de splitsing vermeld: vereenvoudiging van de bedrijfsvoering en de organisatie, alsmede flexibilisering.'

Volgens [X] zijn dat vastgestelde redenen die onderbouwen dat er geen sprake is van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van overdrachtsbelastingheffing.

- [X] verwijst met instemming naar de door het Hof vernietigde uitspraak van Rechtbank Gelderland van 16 januari 2019, waarin de rechtbank nadrukkelijk wel ingaat op de diverse argumenten van [X] voor wat betreft dat er geen sprake is van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van overdrachtsbelastingheffing.

Volgens [X] zijn dat vastgestelde redenen die onderbouwen dat er geen sprake is van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting.

Samengevat betreft dat de volgende redenen:

- Beëindigen bestuursvacuüm dat de continuïteit van de onderneming bedreigde;
- Beëindigen dat de huur voor de winkel niet meer betaald werd;
- Beëindigen niet meer vaststellen van de jaarrekeningen van de BV;

Onderhoud aan het pand kon worden uitgevoerd.

3.3

De uitspraak van het Hof is mitsdien op dit onderdeel onjuist en onbegrijpelijk.

4. Cassatiemiddel 4

Schending althans onjuiste toepassing van het recht, in het bijzonder van artikel 15, lid 1, onderdeel h van de Wet op belastingen van rechtsverkeer juncto artikel 5c Uitvoeringsbesluit WBR, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen, althans zonder nadere motivering – welke ontbreekt – onbegrijpelijk zijn nu het Gerechtshof in rov. 4.9 heeft geoordeeld dat er bij het oordeel over de splitsingsvrij stelling voor de overdrachtsbelasting niet automatisch aangesloten hoeft te worden bij de splitsingsvrij stelling die voor de vennootschapsbelasting verleend is (HR 13 september 2019).

4.1

Het Hof overweegt in rov. 4.9

'Belanghebbende heeft nog gesteld dat, nu ter zake van de onderhavige splitsing wel een vrijstelling voor de vennootschapsbelasting is verleend, reeds daarom vaststaat dat ook is voldaan aan de voorwaarden die zijn gesteld aan de splitsingsvrij stelling in de overdrachtsbelasting. De gemachtigde van belanghebbende heeft in dat verband expliciet gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297. Dat arrest leidt, naar het oordeel van het Hof, evenwel niet tot een andere beslissing. In bedoeld arrest overweegt de Hoge Raad immers, voor zover voor de onderhavige zaak van belang, slechts – en kennelijk ontleend aan de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5c, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer – dat de wetgever heeft beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden voor de vennootschapsbelasting. Naar het oordeel van het Hof, betekent de omstandigheid dat bij een splitsing vrijstelling voor de vennootschapsbelasting is verleend, niet automatisch dat ook een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting moet worden verleend.'

4.2

[X] is van mening dat de aansluiting bij de toepassing voor de heffing van vennootschapsbelasting in de nota van toelichting (zie *Stb.* 2005, 688, p-4 en 5) op het tegendeel wijst. Daarin wordt namelijk opgemerkt:

'dat het immers van meet af aan de bedoeling is geweest dat, wanneer in de vennootschapsbelasting sprake is van een te faciliteren splitsing, dit in beginsel ook voor de overdrachtsbelasting het geval is.'

Tevens wordt in de nota van toelichting ((zie *Stb.* 2005, 688) het volgende opgemerkt (p-8):

'is voor de vennootschapsbelasting deze afweging gemaakt, met inbegrip van het overdrachtsbelastingaspect, en is geconcludeerd dat er sprake is van een te faciliteren splitsing voor de vennootschapsbelasting, dan zal dat ook het geval zijn voor de overdrachtsbelasting.'

4.3

In het arrest Hoge Raad van 13 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1297 heeft de Hoge Raad in rov 2.3.5 als volgt geoordeeld:

'Met het stellen van de voorwaarden voor de vrijstelling van artikel 5c, lid 1, Uitvoeringsbesluit BRV heeft de wetgever beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden voor de vennootschapsbelasting (Besluit van 6 februari 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (splitsing van rechtspersonen), *Stb.* 1999, 68, p. 4-5). Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in het (op die voorwaarden voor de vennootschapsbelasting betrekking hebbende) Bulkgasarrest, is de mogelijkheid tegenbewijs te leveren tegen het op vervreemding van de aandelen gebaseerde wettelijke vermoeden niet beperkt naar gelang het tijdstip van de vervreemding en ziet de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren op een omstandigheid – het aan de splitsing in overwegende mate ten grondslag liggen van zakelijke overwegingen – die niet uitsluit dat ten tijde van de splitsing al een voornemen tot vervreemding van de aandelen bestaat. Anders dan het middel betoogt, geldt dat ook indien met een splitsing waaraan in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, uitvoering wordt gegeven aan de wens om de af te splitsen activiteiten te verkopen. De klacht faalt.'

4.4

[X] is gelet op deze beslissing het volgende van mening:

Aan het begin van rechtsoverweging 2.3.5 maakt de Hoge Raad expliciet kenbaar dat de wetgever – of beter gezegd: de besluitgever – met het stellen van voorwaarden aan de splitsingsvrijstelling heeft willen aansluiten bij de voorwaarden die gelden voor de splitsingsvrij stelling in de VPB, opgenomen in art. 14a Wet VPB 1969. Hij verwijst daartoe naar de nota van toelichting bij het Besluit van 6 februari 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (splitsing van rechtspersonen), *Stb.* 1999, 68, p. 4-5, waarin dit uitdrukkelijk wordt aangegeven.

[X] is derhalve van mening dat daaruit het volgende volgt:

- (i) Hoge Raad belang hecht aan wat de intentie en het uitgangspunt is geweest van de besluitgever bij het invoeren van de bepaling, namelijk aansluiten bij de voorwaarden voor de splitsingsvrij stelling in de

vennootschapsbelasting; en

(ii) de Hoge Raad kennelijk geen of minder aarzeling kent met betrekking tot die synchronisatie.

Kortom, zijn de aan splitsing ten grondslag liggende motieven zakelijk voor de vennootschapsbelasting, dan zijn ze dat ook voor de overdrachtsbelasting.^[7]

In 2.5 van onderhavige uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 december 2019 staat het volgende opgenomen onder vaststaande feiten:

'Met dagtekening 22 december 2015 is vrijstelling van de heffing van vennootschapsbelasting (hierna: VPB) verleend terzake van de overgang van het vermogen van (G) in het kader van deze splitsing.'

Mitsdien zijn de aan de splitsing ten grondslag liggende motieven zakelijk voor de vennootschapsbelasting (door de Belastingdienst vastgesteld bij beschikking) en zijn ze dat ook voor de overdrachtsbelasting in casu.

4.5

De uitspraak van het Hof is mitsdien op dit onderdeel onjuist en onbegrijpelijk.

5. Conclusie

[X] BV concludeert tot vernietiging van de aangevallen uitspraak en zodanige beslissing als uw Raad juist voorkomt.

Conclusie

Conclusie Advocaat-Generaal mr. Wattel:

1. Overzicht

1.1

De belanghebbende [X] BV is op 30 december 2015 ontstaan uit een juridische splitsing van [G] BV ([G]). Zij is de persoonlijke houdster-vennootschap van [E] (Zus). De tweede vennootschap die bij die splitsing ontstond, [L] BV (Holding Broer), is de persoonlijke houdstervenootschap van de broer van [E], [F] (Broer).

1.2

Vóór de splitsing bezaten Zus en Broer elk 50% van de aandelen [G], waarvan zij beiden ook bestuurder waren. [G] bezat alle aandelen in [H] BV ([H]), die groepsvorderingen en een pand met winkelruimte en drie appartementen bezit. [H] is een onroerende-zaakrechtspersoon (OZR) (art. 4 Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (Wet BvR)). Broer bezit ook alle aandelen [J] BV, die alle aandelen houdt in [K] BV, die een juweliersbedrijf uitoefent in de van [H] gehuurde winkelruimte. [J] BV had een schuld aan [G] en [K] BV had een schuld aan [H]. Vóór de juridische splitsing van [G] is de vordering van [H] op [K] BV gecedeerd aan [G].

1.3

Bij de splitsing van [G] verkreeg de belanghebbende alle aandelen [H] (de OZR), dus indirect de groepsvorderingen en het pand. Holding Broer kreeg de vorderingen op [J] BV en [K] BV. Beide persoonlijke houdsters kregen verder € 105.091. Omdat Holding Broer werd onderbedeeld, kreeg zij een onderbedelingsvordering op de belanghebbende ad € 290.185.

1.4

Op 29 januari 2016 heeft de belanghebbende aangifte overdrachtsbelasting gedaan ter zake van de verkrijging van de aandelen [H]. Zij heeft zich daarbij beroepen op de splitsingsvrijstelling in art. 15(1)(h) Wet BvR jo. art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR. Vóór de splitsing had de Inspecteur vennootschapsbelasting (Vpb) al vrijstelling van Vpb verleend.

1.5

Op 15 maart 2017 heeft de Inspecteur overdrachtsbelasting nageheven omdat hij de splitsing niet vrijgesteld acht. Belanghebbendes bezwaar daartegen heeft hij afgewezen.

1.6

De rechtbank Gelderland achtte de splitsingsvrijstelling ex. art. 15(1)(h) Wet BvR jo. art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR wel van toepassing. Zij achtte aannemelijk dat langdurige ruzie tussen Broer en Zus de besluitvorming bij [G] verlamde en dat het in het belang van [G] was dat daaraan een einde kwam. De beoogde en volgens de Rechtbank bereikte doelen waren dat (i) het bestuursvacuüm zou worden opgeheven, (ii) Broer de rekening-courant niet verder kon laten oplopen, (iii) opgetreden zou kunnen worden tegen niet-betaling van huur door [K] BV aan [H] en (iv) jaarrekeningen zouden worden opgemaakt en

gedeponeerd. De Rechtbank achtte daarom aannemelijk dat het overwegende doel van de splitsing niet was het ontgaan van overdrachtsbelasting.

1.7

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde op het hogere beroep van de Inspecteur tegengesteld: (i) gegeven dat [G], noch de belanghebbende, noch Holding Broer 'actieve werkzaamheden' ondernamen in de zin van art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR, waren er geen 'zakelijke overwegingen' voor de splitsing zoals bedoeld in die bepaling; (ii) de belanghebbende heeft geen argumenten aangevoerd waarom niettegenstaande dat gebrek aan zakelijke overwegingen de splitsing niet in overwegende mate was gericht op ontgaan van belasting. HR *BNB* 2019/175 zegt niet dat een Vpb-splitsingsvrijstelling automatisch ook vervulling van de voorwaarden voor splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting inhoudt.

1.8

De *belanghebbende* bestrijdt dit oordeel met vier middelen:

- (i) Dat er ten tijde van de splitsing geen actieve werkzaamheden waren, leidt niet automatisch tot de conclusie dat zakelijke overwegingen voor de splitsing ontbreken, dus ook niet tot het bewijsvermoeden dat de splitsing in overwegende mate is gericht op ontgaan of uitstel van belasting; dat volgt uit HvJ C-28/95 *Leur-Bloem* en HR *BNB* 2019/175, waaruit blijkt dat de antimisbruikbepaling in de EU-Fusierichtlijn leidend is;
- (ii) Het woord 'zoals' in art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR vóór 'herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden' is niet bedoeld om 'zakelijke overwegingen' daartoe te beperken, maar geeft aan dat het om voorbeelden gaat.
- (iii) De belanghebbende heeft wel degelijk gesteld dat de splitsing niet in overwegende mate was gericht op ontgaan van belasting;
- (iv) De vrijstellingsbeschikking van de Inspecteur Vpb moet ook voor de overdrachtsbelasting gevolgd worden, nu de wetgever heeft verklaard dat de splitsingsvrijstelling voor de overdrachtsbelasting aansluit bij de gelijklopende vrijstelling voor de Vpb, én dat de Vpb-vrijstelling in binnenlandse gevallen gelijk is aan de vrijstelling in grensoverschrijdende gevallen, die beheerst wordt door de EU-Fusierichtlijn.

1.9

De *Staatssecretaris* acht de EU-Fusierichtlijn niet van toepassing op de overdrachtsbelasting en onderschrijft 's Hofs oordeel dat de splitsing in overwegende mate was gericht op het ontgaan van overdrachtsbelasting, nl. belastingvrije verdeling van beleggingsvermogen.

1.10

Het cassatieberoep steunt op de opvatting dat de splitsingsfaciliteit in de Wet BvR, met name het misbruikvoorbehoud in art. 5c(1) Uitvoeringsbesluit BvR, EU-Fusierichtlijnconform moet worden toegepast op grond van C-28/95 *Leur-Bloem*. Dat arrest ging over de vragen (i) of prejudiciële vragen over de EU-Fusierichtlijn ontvankelijk zijn in puur binnenlandse gevallen (waarvoor de Fusierichtlijn niet geldt) als de nationale wetgever bij de implementatie van de Richtlijn heeft aangegeven grensoverschrijdende en binnenlandse operaties gelijk te willen behandelen, en (ii) wat het misbruikvoorbehoud in (thans) art. 15(1)(a) van de Fusierichtlijn inhoudt. Het antwoord op vraag (i) luidde bevestigend in verband met het belang van uniforme uitleg van het Unierecht. De vraag óf en in hoeverre de nationale wetgever zich heeft geconformeerd aan Unierecht ook voor interne gevallen, is aan de nationale rechter.

1.11

HR *BNB* 2019/175 zegt dat de wetgever met de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling in art. 5c(1) Uitvoeringsbesluit BvR aansloot bij dezelfde voorwaarden in de Wet Vpb, die gebaseerd zijn op de EU-Fusierichtlijn. De wetgever heeft zich mijns inziens dus ook voor de overdrachtsbelasting bij splitsing geconformeerd aan de Fusierichtlijn. Het misbruikvoorbehoud in art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR moet dus richtlijnconform worden uitgelegd. Uit HvJ C-352/08 *Zwijnenburg* volgt weliswaar dat de Fusierichtlijn niet over de overdrachtsbelasting gaat, maar de wetgever heeft door zijn aansluiting voor de overdrachtsbelasting bij dezelfde vrijstelling en hetzelfde voorbehoud in de Wet Vpb – waarvoor de Fusierichtlijn wél geldt – bewerkstelligd dat die vrijstelling en dat voorbehoud ook voor de overdrachtsbelasting Unierechtconform moeten worden uitgelegd. *Zwijnenburg* leert slechts dat misbruikelijke overdrachtsbelastingbedelingen Unierechtelijk geen reden zijn om de Richtlijnvoordelen te weigeren, gegeven dat de Richtlijn slechts ziet op winstbelasting over meerwaarden en inkomstenbelasting over a.b.-winst. Het arrest benadrukt (r.o. 53) dat de overdrachtsbelasting nationale bevoegdheid is, maar uit HR *BNB* 2019/175 volgt dus dat Nederland die bevoegdheid heeft gebruikt om de overdrachtsbelasting bij splitsingen te conformeren aan de Fusierichtlijn en zichzelf aldus vrijwillig in een *Leur-Bloem*-positie heeft gebracht.

1.12

Voor zover de belanghebbende stelt dat de EU-Fusierichtlijn leidend is, heeft zij volgens mij dus gelijk. Anders dan middel (iv) stelt, brengt dat echter niet mee dat de Inspecteur overdrachtsbelasting de Inspecteur Vpb/IB klakkeloos moet volgen bij

de kwalificatie van de feiten. In de ene belasting is ander misbruik mogelijk dan in de andere; de Inspecteur Vpb is niet bevoegd voor de overdrachtsbelasting; en beide inspecteurs kunnen fouten maken. De belanghebbende heeft uitdrukkelijk verklaard zich niet te beroepen op vertrouwen gewekt door de Vpb-beschikking. Haar geval zal dus zelfstandig beoordeeld moeten worden op basis van correcte uitleg van de Wet BvR in het licht van de beoogde aansluiting bij de Wet Vpb en (daardoor) bij de Fusierichtlijn. Daarop stuit middel (iv) af.

1.13

De middelen (i) t/m (iii) stellen in essentie dat, gegeven de ruzie tussen Broer en Zus en de resulterende bestuursproblemen bij [G], de splitsing niet in overwegende mate was gericht op ontgaan van overdrachtsbelasting. De middelen (i) en (ii) stellen dat het bewijsvermoeden van art. 5c(1) Uitvoeringsbesluit BvR niet wordt geactiveerd omdat niet alleen herstructurering van 'actieve' werkzaamheden zakelijk kan zijn, maar ook herstructurering van beleggingsactiviteiten. Middel (iii) stelt dat, zo al een bewijsvermoeden zou zijn gerezen, de belanghebbende voldoende tegenbewijs heeft geleverd.

1.14

Art. 15(1)(a) Fusierichtlijn staat de lidstaten toe om de richtlijnvoordelen te weigeren als de (in casu) splitsing als hoofddoel of een van hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft. Art. 5c(1) Uitvoeringsbesluit BvR zegt dat de vrijstelling wordt geweigerd als de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Blijkens de parlementaire geschiedenis is de bedoeling de vrijstelling te onthouden in gevallen waarin de fusie of splitsing enkel gericht is op een zuiver fiscaal voordeel en het economische resultaat ervan alleen maar een overdrachtsbelastingvrije overdracht van onroerend goed is.

1.15

Art. 15(1)(a) Fusierichtlijn laat een bewijsvermoeden toe: de lidstaten mogen uitgaan van belastingontwijking als niet gesplitst wordt op grond van 'zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de *activiteiten*' (cursivering PJW); die 'activiteiten' worden niet omschreven, maar uit zowel HvJ C-28/95 *Leur-Bloem* als HvJ C-126/10 *Foggia* volgt dat ontbreken van elke activiteit zakelijke overwegingen niet uitsluit. Volgens HR BNB 2012/261, verwijzende naar HvJ *Leur-Bloem*, rechtvaardigt het misbruikvoorbehoud slechts bij uitzondering en in bijzondere omstandigheden weigering van de richtlijnvoordelen; conform *Leur-Bloem* en *Foggia* overwoog u dat 'zakelijke overwegingen' ontbreken als enkel zuiver fiscaal voordeel wordt nagestreefd. De Nederlandse wet vestigt een bewijsvermoeden als niet gesplitst wordt op grond van zakelijke overwegingen 'zoals herstructurering of rationalisering van de *actieve werkzaamheden*' (cursivering PJW). De MvT bij de parallelbepaling in art. 3.57(4) Wet IB 2001 licht toe dat de term 'actieve werkzaamheden' ertoe strekt om splitsing van activiteiten die niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer onder het bewijsvermoeden te brengen.

1.16

Dat betekent niet – en de MvT zegt ook niet – dat herstructurering van beleggingsvermogen nooit (nood)zakelijk kan zijn, noch dat behoefte daaraan nooit voldoende tegenbewijs is. Toch lijkt de Staatssecretaris dat bij verweer te betogen en lijkt het Hof dat geoordeeld te hebben (r.o. 4.7 en 4.8). Die opvatting leidt mijns inziens tot een onweerlegbaar bewijsvermoeden – een categorische uitsluiting dus – op basis van algemene criteria (geen 'actieve' werkzaamheden; aandeelhoudersmotieven). Dat strookt niet met de strekking van het algemene beginsel van EU-recht dat misbruik van recht verbiedt en waarvan art. 15(1)(a) Fusierichtlijn uitdrukking is (HvJ C-321/05, *Kofoed*, r.o. 36). Volgens HvJ C-504/16 en C-613/16, *Deister* en *Juhler*, moet een nationale antimisbruikbepaling toegespitst zijn op het te bestrijden misbruik (categorische uitsluitingen zijn dus in beginsel disproportioneel), moet de fiscus minstens een 'begin van bewijs' van misbruik leveren voordat misbruik verondersteld kan worden, moet de belastingplichtige effectief tegenbewijs van niet-fiscale overwegingen kunnen leveren en moet de rechter in elk concreet geval de transactie in haar geheel onderzoeken. Specifiek voor de Fusierichtlijn zeggen zowel HvJ *Leur-Bloem* als HvJ *Foggia* dat ontbreken van activiteit in een betrokken vennootschap niet automatisch de fusie of splitsing onzakelijk maakt en belastingontwijking als hoofddoel of één der hoofddoelen impliceert. U overwoog iets vergelijkbaars in HR BNB 2008/245: ontbreken van actieve werkzaamheden kan het oogmerk van belastingontwijking doen veronderstellen, maar ook dan is een onderzoek vereist naar alle relevante omstandigheden. In HR BNB 2000/111 overwoog u met zoveel woorden dat ook bij afwezigheid van de in art. 15(1)(a) Fusierichtlijn genoemde (voorbeelden van) zakelijke overwegingen de Richtlijnfaciliteiten gebruikt kunnen worden, mits belastingfraude of -ontwijking maar niet (een der) hoofddoel(en) van de operatie is, en dat daartoe onderzocht moet worden of de operatie ook zou zijn uitgevoerd als het niet-fiscale doel niet had bestaan.

1.17

Het Hof had dus moeten onderzoeken of de splitsing ondanks het normaal-vermogensbeheer karakter van de bezigheden overwegend gericht was op ontgaan van overdrachtsbelasting, met name of ook gesplitst zou zijn als er geen aandeelhouders/ bestuurdersruzie (de niet-fiscale overweging) was geweest. Dat heeft het Hof niet gedaan. Hij heeft slechts (i) uit het enkele ontbreken van meer dan normaal vermogensbeheer afgeleid dat geen "zakelijke overwegingen" voor de

splitsing bestonden en (ii) geoordeeld dat de belanghebbende niet heeft gesteld dat en waarom "ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen, geen sprake is van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen vast de heffing van overdrachtsbelasting." Oordeel (ii) impliceert dat het Hof de bestuurdersruzie ongemotiveerd irrelevant heeft geacht en is mijns inziens bovendien een contradictie in termen: de belanghebbende moet "ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen" bewijs leveren van zakelijke overwegingen. Het Hof kon mijns inziens niet zonder schending van het recht 'ontbreken van zakelijke overwegingen' als uitgangspunt voor omkering van de bewijslast nemen, maar hoogstens 'ontbreken van herstructurering of rationalisering van activiteiten' of 'ontbreken van ondernemingsactiviteiten,' want alleen dát activeert het misbruikvermoeden. Dat tegenbewijs mogelijk moet zijn, impliceert dat *andere* zakelijke overwegingen dan herstructurering of rationalisering van activiteiten bestaan, zoals de in HR BNB 2000/111 bedoelde aansprakelijkheidsbeperking of het in *Foggia* bedoelde mogelijke zakelijke belang bij overneming van een vennootschap zonder activiteit.

1.18

Het Hof heeft kennelijk als volgt geredeneerd: (i) normaal vermogensbeheer impliceert *altijd* ontbreken van 'zakelijke overwegingen' en activeert dus *altijd* het misbruikvermoeden (r.o. 4.7); (ii) ruzie tussen twee 50%-aandeelhouders/bestuurders is *nooit* een zakelijke overweging vanuit het perspectief van de vennootschap (r.o. 4.6 en 4.8). Beide oordelen lijken mij onjuist. Oordeel (i) lijkt mij onverenigbaar met zowel HvJ *Foggia* (zelfs het ontbreken van *elke* activiteit impliceert immers nog geen misbruik) als met HvJ *Deister en Juhler* (uit niets blijkt dat de Inspecteur begin van bewijs van misbruik heeft geleverd; categorische uitsluiting op basis van algemene kenmerken (normaal vermogensbeheer; aandeelhouders-motieven) is niet toegestaan). De term 'zoals' in art. 15(1)(a) Fusierichtlijn impliceert verder dat ook andere zakelijke overwegingen denkbaar zijn dan herstructurering of rationalisering van activiteiten, die volgens *Leur-Bloem* en *Foggia* dus niet eens bij alle betrokken vennootschappen aanwezig hoeven te zijn. Oordeel (ii) acht ik onjuist omdat de Fusierichtlijn en de rechtspraak van het HvJ mijns inziens niet toelaten dat de gemotiveerde wens om een einde te maken aan een besluitvormingshinderende aandeelhouders/bestuurdersruzie zonder onderzoek en zonder motivering als antifiscaal wordt aanmerkt. Oordeel (ii) is bovendien, voor zover feitelijk, geheel ongemotiveerd.

1.19

Ik meen daarom dat de middelen (i), (ii) en (iii) in zoverre doel treffen, zowel rechtskundig als in zoverre zij klagen over motiveringsgebreken, maar mijns inziens leidt alleen middel (iii) tot cassatie: gegeven *Foggia*, kon het Hof denkkelijk het – onbetwiste – ontbreken van meer activiteit dan normaal vermogensbeheer voldoende achten om het bewijsvermoeden te activeren, maar hij had vervolgens alle feiten en omstandigheden rond de gemotiveerd gestelde aandeelhouders/bestuurdersruzie moeten onderzoeken en moeten vaststellen dat ofwel die ruzie de vennootschappelijke besluitvorming *niet* hinderde of alleen maar goed uitkwam om een overdracht van onroerend goed in te vermommen, ofwel de splitsing in het licht van het beoogde niet-fiscale doel een antifiscale omweg was of bevatte.

1.20

Ik geef u in overweging het cassatieberoep gegrond te verklaren en de zaak voor feitelijk onderzoek te verwijzen naar een ander gerechtshof.

2. De feiten en het geding in feitelijke instanties

De feiten

2.1

De belanghebbende, [X] BV, is de persoonlijke houdstervenootschap van [E] (Zus). Ik begrijp uit het op dit punt niet helemaal concludente feitenrelaas van het Hof (r.o. 2.4) dat de belanghebbende is ontstaan uit een juridische splitsing op 30 december 2015 van [G] BV ([G]), waarbij tegelijk ook ontstond [L] BV (Holding Broer), de persoonlijke houdstervenootschap van de broer van [E], [F] (Broer). Dat wordt bevestigd door art. 1(1) van de in het dossier gevoegde splitsingsakte. Ik ga er vanuit dat de belanghebbende en Holding Broer bij die splitsing het gehele vermogen van [G] onder algemene titel hebben verkregen.

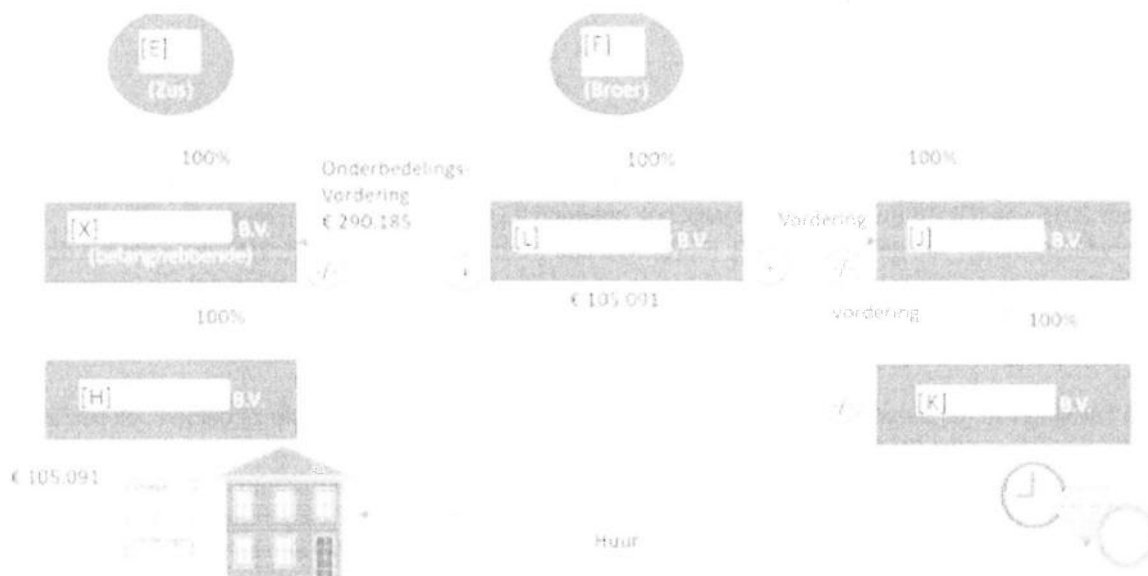
2.2

Vóór de splitsing van [G] bezaten Zus en Broer elk 50% van de aandelen [G], waarvan zij beiden ook bestuurder waren. [G] bezat alle aandelen in [H] BV ([H]), wier activa bestonden uit groepsvorderingen en een pand met een winkelruimte en drie woonappartementen. *In confesso* is dat de aandelen [G] fictieve onroerende zaken waren in de zin van art. 4 Wet BvR. Broer bezat ook alle aandelen in [J] BV die op haar beurt alle aandelen in [K] BV bezat. Die laatste vennootschap drijft een juweliersonderneming in de genoemde, van [H] gehuurde winkelruimte. [J] BV had een schuld aan [G] en [K] BV had een schuld aan [H]. Schematisch (vóór de splitsing):



2.3

Vóór de juridische splitsing heeft [H] haar vordering op [K] BV gecedeerd aan [G]. [G] is bij akte van 30 december 2015 juridisch gesplitst in (neem ik aan) de belanghebbende en Holding Broer. Ik maak uit het dossier, met name bijlage h bij de splitsingsakte op dat daarbij onder algemene titel alle aandelen in [H] BV, met daarin de groepsvorderingen en het pand, zijn overgaan op de nieuw ontstane belanghebbende, en de vorderingen op [J] BV en [K] BV zijn overgegaan op Holding Broer. De twee ontstane persoonlijke houdsters hebben daarnaast elk liquide middelen ad € 105.091 ontvangen. Omdat Holding Broer er na deze herschikking bekaaid vanaf kwam, verkreeg zij een onderbedelingsvordering op de belanghebbende ad € 290.185. Schematisch (ná de splitsing):



2.4

Volgens 's Hofs geschilomschrijving hield de partijen verdeeld de vraag of:

“belanghebbende een beroep kan doen op de vrijstelling van artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de WBRV. Over de maatstaf van heffing, het toegepaste tarief en het feit dat [G] kwalificeert als een lichaam in de zin van artikel 4 van de WBRV hebben partijen – voor het geval die vrijstelling niet van toepassing zou zijn – geen geschil.”

Het Hof wijst hier op de OZR-status (art. 4 Wet BvR) van [G], maar van belang voor deze procedure lijkt mij vooral de status van [H], nu de belanghebbende bij de splitsing geen aandelen heeft verkregen in [G], die verdwijnt, maar alle aandelen in [H]. Gegeven dat deze procedure wordt gevoerd, neem ik aan dat ook [H] een OZR is, hetgeen r.o. 2.7 van het Hof ook lijkt te impliceren:

2.7

Op 29 januari 2016 heeft belanghebbende aangifte voor de overdrachtsbelasting gedaan van de verkrijging van de aandelen in [H] in verband met de splitsing op 30 december 2015. In de aangifte heeft belanghebbende een beroep gedaan op de vrijstelling van artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 (hierna: WBRV)."

Anders gezegd: de OZR-status van [G] was denkkelijk gebaseerd op de aan haar ex. art. 4(4)(a) Wet BvR toerekenbare bezittingen en schulden van [H], die kennelijk zelf een OZR is, ervan uitgaande dat [G] geen wezenlijke andere bezittingen had dan de aandelen [H], de verdeelde liquide middelen en de vorderingen op [J] BV en [K] BV.

2.5

Op 22 december 2015, dus vóór de juridische splitsing, heeft de Inspecteur vennootschapsbelasting (Vpb) bij beschikking vrijstelling van Vpb verleend ter zake van de overgang van het vermogen van [G] door de splitsing. Aan Zus is bovendien op 14 maart 2016, dus na de aangifte overdrachtsbelasting, door de Inspecteur inkomstenbelasting een beschikking gegeven ex artt. 4.41(2) en 4.42(2) Wet IB 2001 inhoudende dat het vervreemdingsvoordeel bij de juridische splitsing ex. art. 3.65 Wet IB 2001 op de aandelen ([G], neem ik aan) niet in aanmerking wordt genomen. De verkrijgingsprijs van de verdwenen aandelen [G] werd doorgeschoven naar de verkregen aandelen in de belanghebbende.

2.6

Op 14 april 2016 heeft de Inspecteur de belanghebbende zijn voornemen tot naheffing van overdrachtsbelasting gemeld. De naheffingsaanslag is op 15 maart 2017 opgelegd. De Inspecteur acht de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting niet van toepassing. Wel heeft hij bij brief van eveneens 15 maart 2017 aangegeven dat de naheffing zal worden beperkt tot 50% van de waarde van de achterliggende onroerende zaak, omdat Zus middellijk al gerechtigd was tot 50% daarvan. Na vruchteloos bezwaar tegen de naheffingsaanslag, heeft de belanghebbende beroep ingesteld bij de Rechtbank.

De Rechtbank Gelderland^[1]

2.7

In geschil was of de splitsingsvrijstelling ex. art. 15(1)(h) Wet BvR jo. art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR van toepassing is. De belanghebbende stelde zakelijke overwegingen voor de splitsing en bestreed dat een ontgaansoogmerk bestond: de splitsing maakte een einde aan een ruzie tussen de bestuurders die het functioneren of zelfs het voortbestaan van [G] bedreigde. De Inspecteur daarentegen meende dat de splitsing in wezen geen ander effect had dan overdracht van een OZR. Hij zag geen zakelijke overwegingen en meende dat de belanghebbende de afwezigheid van een ontgaansmotief niet aannemelijk heeft gemaakt. De Rechtbank heeft de belanghebbende in het gelijk gesteld:

15.

In de argumenten van eiseres ligt besloten dat sprake is van overwegend zakelijke motieven, en niet louter of overwegend aandeelhoudersbelangen of het oogmerk belastingheffing te ontgaan. Ongeacht het feit dat zij daarbij zelf het etiket "ruzieplitsing" hanteert, dient de rechtbank te beoordelen of op grond van de feiten sprake is van zakelijke overwegingen. De rechtbank begrijpt de toelichting van de staatssecretaris aldus dat wanneer de splitsing voortkomt uit aandeelhoudersmotieven het (bijkomende) vereiste geldt dat sprake is van een reële bedreiging voor de continuïteit van de bedrijfsvoering. De toelichting waarnaar verweerder verwijst is namelijk het antwoord op een vraag over de situatie van een verstoorde aandeelhoudersrelatie.

16.

Eiseres heeft aangevoerd dat [G] een grote vordering op [K] BV, een bv van de broer, had. Doordat de broer en de zus de enige twee bestuurders van [G] waren, en de broer geen belang had bij het innen van de vordering, bestond er voor [G] geen mogelijkheid de schuld te innen. De relatie tussen de broer en de zus was al jaren moeizaam. Er zijn verschillende pogingen gedaan dit vlot te trekken, maar zonder succes. De broer kon alles tegenhouden wat de zus wilde en vice versa.

De broer verrekende de huur in rekening-courant, wat maakt dat formeel de huur werd betaald. Hij heeft ook een groot bedrag uit [G] opgenomen. Dit laatste heeft hij kunnen doen als (zelfstandig bevoegd) bestuurder, en niet als aandeelhouder. Het is naar het oordeel van de rechtbank de bestuursstructuur die de problemen veroorzaakte, althans een oplossing in de weg stond. Ook het feit dat jaarrekeningen niet werden vastgesteld speelt zich af op het niveau van de bestuurders.

17.

Ter zitting heeft eiseres nog aangevuld dat sprake was van achterstallig onderhoud aan de appartementen. Dit is mede een bestuurderskwestie, omdat dit uiteindelijk het verhuren (de bezigheid van [H]) bemoeilijkt. Ook al was er geen acute bedreiging voor het voortbestaan van de onderneming, het was in het belang van de onderneming dat hierin op enig moment verandering kwam. Omdat de argumenten voor de splitsing betrekking hebben op de moeilijkheden bij de besluitvorming, en niet primair in de aandeelhoudersrelatie liggen, doet naar het oordeel van de rechtbank niet ter zake of op dat moment al sprake was van een reële bedreiging voor de continuïteit van de bedrijfsvoering.

18.

Hoewel eiseres maar een beperkt aantal stukken heeft ingebracht, bevestigen die wel het beeld dat eiseres heeft geschetst. Verweerder heeft ook uitdrukkelijk niet betwist dat sprake was van een slechte verhouding tussen de broer en de zus. Bovendien heeft met de inspecteur in de Vpb overleg plaatsgevonden en heeft die inspecteur aanleiding gezien vrijstelling van Vpb te verlenen. Voor deze vrijstelling geldt een wettelijke bepaling die hetzelfde luidt als die voor de overdrachtsbelasting. De rechtbank ziet al met al geen aanleiding te twifelen aan de juistheid van de door eiseres gestelde feiten. Deze ondersteunen de stelling dat sprake was van zakelijke overwegingen.

19.

Het doel dat de zus wilde bereiken, was dat er niet langer sprake was van een bestuursvacuüm, dat de broer de rekening-courant niet verder kon laten oplopen en dat opgetreden zou kunnen worden tegen het eventueel niet betalen van de huur door [K] BV. Dat doel is bereikt met de splitsing. Het stond eiseres daarbij vrij de fiscaal meest voordelige route te kiezen. In het licht van de omstandigheden is aannemelijk dat het doel van de splitsing niet was het ontgaan van overdrachtsbelasting."

2.8

Simonis annoteerde in *NTFR 2019/292*:

"Ik kan mij volledig vinden in de uitspraak van de rechtbank. Een aantal punten die mij hierbij opvallen:

- Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de vrijstelling kan worden toegepast indien duidelijk sprake is van een ernstig verstoorde relatie tussen aandeelhouders die tot gevolg heeft dat de continuïteit van de activiteiten die voor rekening van een rechtspersoon worden ontplooid, worden bedreigd (*Kamerstukken II*, 1997-1998, nr. 5, p. 6). De rechtbank stelt vast dat het voorgaande alleen relevant is indien de splitsing voort[tk]omt uit aandeelhoudersmotieven. Nu de splitsing in casu reeds voortkwam uit zakelijke motieven op het niveau van de rechtspersoon zelf, en niet primair op aandeelhoudersniveau, was het feit dat op het moment van de splitsing nog geen reële bedreiging bestond voor de continuïteit van de bedrijfsvoering van F bv derhalve niet relevant.
- In de uitspraak ligt impliciet een (her)bevestiging besloten dat de aard van de activiteiten (actief dan wel passief) van de splitsende rechtspersoon niet onderscheidend is.
- Er is in deze zaak naar mijn mening geen sprake van een verkapte uitkoop van een aandeelhouder zoals dat het geval was in HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, *NTFR 2012/1695*. In laatstgenoemde zaak bestond geen conflict tussen de aandeelhouders en bleek uit de feiten dat uitkoop het hoofddoel was van de splitsing.
- Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de antimisbruiktoets van art. 5c Uitv.besl. BRV op dezelfde wijze toegepast dient te worden als de gelijkkluidende antimisbruiktoets van art. 14a, lid 6, Wet VPB 1969 (zie besluit van 15 december 2005, *Stb.* 688, p. 6). De rechtbank onderschrijft dit en kent waarde toe aan het feit dat voor de heffing van vennootschapsbelasting reeds een goedkeurende bevestiging was afgegeven. In de praktijk lijkt de Belastingdienst sinds het arrest Zwijnenburg (HR 11 februari 2011, nr. 43.144bis, *NTFR 2011/316*) voor de overdrachtsbelasting soms echter een strenger toetsingskader te hanteren dan voor de vennootschapsbelasting.
- Uit de feiten blijkt niet hoe de eventuele uitgifte van aandelen in eiseres [belanghebbende; PJW] aan B [Zus; PJW] kwalificeerde voor de heffing van overdrachtsbelasting. In bepaalde gevallen kan een splitsing namelijk twee belastbare feiten voor de heffing van overdrachtsbelasting met zich brengen: (i) de verkrijging van de (fictieve) onroerende zaken door de verkrijgende rechtspersoon en (ii) de verkrijging van aandelen in de verkrijgende rechtspersoon indien die op zijn beurt ook kwalificeert als een rechtspersoon als bedoeld in art. 4 Wet BRV. Het beleid hierbij is dat de splitsingsvrijstelling ook ten aanzien van de verkrijging onder (ii) kan worden toegepast indien en voor zover geen sprake is van een wijziging in de gerechtigdheid van de betreffende aandeelhouder tot de onroerende zaken (thans vastgelegd in onderdeel 6.1 van het besluit van 25 mei 2018, nr.

2018-50125, *NTFR* 2018/1340). Aangezien de gerechtigdheid van aandeelhouder B tot de onroerende zaken toenam van 50% tot 100% zou in het laatste geval heffing van overdrachtsbelasting hebben kunnen plaatsvinden over 50% van de waarde van de onroerende zaken. Uit de feiten blijkt overigens dat, ondanks de verkrijging door eiseres van alle aandelen in de onroerende zaakrechtspersoon G bv, de inspecteur had goedgekeurd dat naheffing beperkt zou blijven tot 50% van de waarde van de onroerende zaken, aangezien aandeelhouder B [Zus; PJW] voorafgaand aan de splitsing al gerechtigd was tot 50%. Dat vind ik dan wel weer sympathiek.

- De rechtbank bevestigt tot slot dat het zakelijke doel is bereikt met een splitsing. Volgens de rechtbank staat het een belastingplichtige daarbij vrij de fiscaal meest eenvoudige route te kiezen."

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden^[2]

2.9

Het geschil voor het Hof was gelijk aan dat bij de Rechtbank, maar eiser en verweerder zijn van positie gewisseld en beide partijen hebben extra argumenten aangevoerd.

2.10

Anders dan de Rechtbank, achtte het Hof de vrijstelling van art. 15(1)(h) Wet BvR niet van toepassing omdat (i) de splitsende en ontstane vennootschappen geen actieve werkzaamheden ondernamen, hetgeen volgens het Hof impliceerde dat er geen zakelijke overwegingen konden zijn voor herstructurering van die immers niet-bestaande actieve werkzaamheden, en (ii) de belanghebbende geen gronden had aangevoerd waarom ondanks ontbreken van zakelijke overwegingen de splitsing toch niet in overwegende mate was gericht op ontgaan van belastingheffing:

"4.5

(...). Op grond van artikel 5c, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit geldt een weerlegbaar bewijsvermoeden dat de splitsing wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen, tenzij het tegendeel (er is ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen geen sprake van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting) aannemelijk wordt gemaakt.

4.6

Het Hof stelt voorop dat de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van zakelijke overwegingen, als hiervoor bedoeld, dient plaats te vinden vanuit het perspectief van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen, derhalve [G], belanghebbende en [Holding Broer; PJW].

4.7

Ten aanzien van de (...) onder 4.6 genoemde vennootschappen is komen vast te staan dat ten tijde van de splitsing geen sprake was van actieve werkzaamheden. Er was louter sprake van passief vermogensbeheer. Dat leidt het Hof tot de gevolgtrekking dat reeds daarom geen sprake is van "zakelijke overwegingen op grond waarvan de splitsing heeft plaatsgevonden" in de zin van artikel 5c van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer.

4.8

Nu belanghebbende voorts niet heeft gesteld dat, en waarom, er, ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen, geen sprake is van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting, wordt de splitsing geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting."

2.11

De belanghebbende had ook gesteld dat met de verlening van de Vpb-splitsingsvrijstelling vaststond dat ook aan de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting was voldaan, die immers gelijk zijn aan die voor de Vpb-vrijstelling. Desgevraagd heeft de belanghebbende op de zitting bij het Hof verklaard dat zij zich daarmee niet beriep op het vertrouwensbeginsel.^[3] Haar standpunt was en is dat, gegeven dat de wetgever met de vrijstelling in de overdrachtsbelasting aansloot bij de Vpb-vrijstelling, het juridisch niet mogelijk is dat de splitsing voor de Vpb fiscaal geruisloos verloopt en voor de overdrachtsbelasting niet. Zij baseert zich daarbij op HR *BNB* 2019/175.^[4] Het Hof achtte de Vpb-splitsingsvrijstelling echter niet beslissend voor de overdrachtsbelasting:

"4.9

Belanghebbende heeft nog gesteld dat nu ter zake van de onderhavige splitsing wel een vrijstelling voor de vennootschapsbelasting is verleend, reeds daarom vaststaat dat ook is voldaan aan de voorwaarden die zijn gesteld aan de

splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting. De gemachtigde van belanghebbende heeft in dat verband expliciet gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297, Dat arrest leidt, naar het oordeel van het Hof, evenwel niet tot een andere beslissing. In bedoeld arrest overweegt de Hoge Raad immers, voor zover voor de onderhavige zaak van belang, slechts – en kennelijk ontleend aan de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5c, eerste lid, van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer – dat de wetgever heeft beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden voor de vennootschapsbelasting. Naar het oordeel van het Hof, betekent de omstandigheid dat bij een splitsing vrijstelling voor de vennootschapsbelasting is verleend, niet automatisch dat ook een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting moet worden verleend.”

2.12

De Redactie van V-N 2020/7.16 was niet geheel overtuigd:

“EG-fusierichtlijn van toepassing?

Een vraag die in dit kader relevant is, is of de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting kan worden getoetst aan de EG-fusierichtlijn. Evident is dat niet, want in het arrest-Zwijnenburg (HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08, *BNB* 2010/257, *V-N* 2010/24.14) heeft het Hof van Justitie EU juist geoordeeld dat de overdrachtsbelasting niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt. Ondanks dit arrest, ligt dat onzes inziens voor de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting echter anders, nu de besluitgever in art. 5c Uitv.besl. BRv 1970 er zelf voor heeft gekozen om de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting op (nagenoeg) identieke wijze vorm te geven als de soortgelijke faciliteiten in de inkomsten- en vennootschapsbelasting. En die laatste faciliteiten vallen zonder meer onder de EG-fusierichtlijn. Bevestiging hiervan vinden wij in het artikel van J.H. Elink Schuurman, ‘De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting: tijd voor een revisie!’, *WPNR* 2015/7060, die schrijft dat de zakelijkheidstoets in art. 5c Uitv.besl. BRv 1971 met ingang van 2001 is vervangen door een antimisbruiktoets die aansluit bij de tekst van art. 14a lid 6 Wet VPB 1969 en bovendien is ontleend aan die EG-fusierichtlijn. Gelet op het recente arrest HvJ EU 18 september 2019, C-662/18 en C-672/18 (AQ en DN), *V-N* 2019/52.7, zouden wij menen dat het hof daarom in de indirecte belastingen is gehouden tot een ‘uniforme toepassing’ van de ‘overgenomen bepalingen of begrippen van het Unierecht’. In die zaak merkt het Hof van Justitie EU nadrukkelijk op dat dit geldt ‘ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing vinden’. Dit is in lijn met eerdere jurisprudentie, zoals het beroemde arrest-Leur-Bloem (HvJ EG 17 juli 1997, C-28/95, *BNB* 1998/32, *V-N* 1997/2857, 25). In dezelfde zin ook R.L.P. van der Velden en P. Visser, ‘Het antimisbruikvoorbewoud van de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting’, *WFR* 2020/15 die in par. 3.3 eveneens tot de conclusie komen dat de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting – als de uitzondering die de regel bevestigt – onder het bereik van de EG-fusierichtlijn valt. Kortom, wij verwachten met betrekking tot de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting dan ook een Richtlijnconforme uitlegging.

Woordje ‘zoals’ beperkend of niet?

Het hof merkt in r.o. 4.5 op dat op grond van art. 5c lid 1 Uitv.besl. BRv 1971 een weerlegbaar (eerste) bewijsvermoeden geldt, inhoudende dat een splitsing geacht wordt in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen ‘zoals’ herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende vennootschap. In r.o. 4.7 overweegt het hof dat in casu geen sprake is van actieve werkzaamheden, maar van louter passief vermogensbeheer, zodat in eerste aanleg niet aan dit deel van de zakelijkheidstoets wordt voldaan. Daaruit valt op te maken dat het hof het woord ‘zoals’ in deze wettekst een beperkende werking toekent. Een en ander impliceert dat enkel situaties die zijn te vergelijken met een ‘herstructurering en rationalisering van actieve werkzaamheden’ voormeld bewijsvermoeden niet in werking doen treden. ‘Zoals’ lijkt dus op het eerste gezicht niet te moeten worden opgevat als een inleiding tot een voorbeeld – zijnde ‘herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden’ – dat ruimte laat voor andere, niet daarmee overeenstemmende, zakelijke overwegingen. Gelet op de gelijkkluidende formuleringswijze van de zakelijkheidstoets in art. 14a lid 6 Wet VPB 1969 lijkt dit ook te moeten gelden voor het daarin opgenomen weerlegbare (eerste) bewijsvermoeden, zij het dat een dergelijke restrictieve benadering kan wringen met de antimisbruikbepaling opgenomen in art. 15 lid 1 onderdeel a EG-fusierichtlijn. In zijn arrest HR 29 juni 2012, 10/00807, *BNB* 2012/261, *V-N* 2012/34.16 overwoog de Hoge Raad dat een richtlijnconforme uitleg met zich brengt dat ontwijking van belastingheffing slechts dan onder het antimisbruikvoorbewoud valt, indien de (voorgenomen) splitsing een volstrekt overheersend antifiscaal motief heeft en toepassing van de geboden fiscale faciliteiten zou leiden tot strijd met doel en strekking van die richtlijn. Het lijkt ons geen wetmatigheid dat, wanneer geen sprake is van ‘herstructurering of rationalisering van actieve werkzaamheden’, steeds sprake zal zijn van een volstrekt overheersend antifiscaal motief. Kortom, een dergelijke restrictieve benadering voor de VPB lijkt EU-rechtelijk te knellen. Dit geldt te meer, nu art. 15 lid 1 onderdeel a EG-fusierichtlijn eveneens het woord ‘zoals’ bevat. Indachtig het arrest HR 13 september 2019, 18/04792, *BNB* 2019/175, *V-N* 2019/43.9, waarin uitdrukkelijk is overwogen dat de besluitgever met de voorwaarden voor de splitsingsvrijstelling van art. 5c lid 1 Uitv.besl. BRv 1971 heeft beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden voor de VPB, lijkt er dan wat voor te zeggen om die minder

restrictieve benadering door te trekken naar de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting. Aldus beschouwd, kan men zich afvragen of de gevolgtrekking in r.o. 4.7 van het hof niet te kort door de bocht is.

Geen weerlegging bewijsvermoeden

In r.o. 4.8 overweegt het hof dat de belanghebbende niet heeft gesteld dat, en waarom, ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen, geen sprake is van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de heffing van overdrachtsbelasting. Dientengevolge slaagt hij er niet in het hiervóór genoemde bewijsvermoeden te weerleggen. De belanghebbende voldoet dus niet aan de in art. 5c lid 1 Uitm.besl. BRV 1971 opgenomen passage 'tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt'. Lezen wij voormelde overweging goed, dan is dat zo, omdat de belanghebbende dat kennelijk niet heeft gesteld. Maar hoe zit het dan met de in onderdeel 2.2 opgenomen en vastgestelde feiten dat in de toelichting op het splitsingsvoorstel als redenen voor de splitsing zijn vermeld: vereenvoudiging van de bedrijfsvoering en de organisatie, alsmede flexibilisering? Dat zijn toch vastgestelde redenen die in eerste aanleg niet appelleren aan het ontgaan of uitstellen van overdrachtsbelastingheffing? Heeft de belanghebbende daarmee in hoger beroep dan niets gedaan, anders dan het enkel benoemen van die redenen, of gaat het hof hier wat te kort door de bocht? En wat te denken van de voorafgaande uitspraak van Rechtbank Gelderland 16 januari 2019, 17/06915, V-N 2019/20.2.6, waarin de rechtbank nadrukkelijk wel ingaat op de diverse argumenten van de belanghebbende ten faveure van de splitsing? Die uitspraak behoort toch tot de processtukken. Kortom, de in r.o. 4.8 gebezigde overweging van het hof vinden wij niet echt overtuigend."

2.13

Simonis (NTR 2020/339) heeft de Hofuitspraak als volgt becommentarieerd:

Het contrast met de (...) rechtbankuitspraak (...) kan bijna niet groter zijn.

De (...) antimisbruikbepaling (in Art. 5c Uitm.besl. Wet BRV) is qua tekst gelijklopend aan die voor de toepassing van de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting (art. 14a, lid 6, Wet VPB 1969). Deze bepalingen zijn met ingang van 2006 bewust gelijkgetrokken. Uit de wetsgeschiedenis blijkt ondubbelzinnig dat de reikwijdte van beide bepalingen identiek is en dat voor beide belastingen dezelfde afwegingen gelden (zie het besluit van 15 december 2005, Stb. 688, p. 8). In genoemd besluit valt op p. 6 te lezen dat het de bedoeling is dat wanneer in de vennootschapsbelasting sprake is van een te faciliteren splitsing, dit in beginsel ook voor de overdrachtsbelasting het geval is.

Het is een gegeven dat de Belastingdienst de toepassing van de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting in de praktijk strenger toetst dan de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting. Op zich is dit begrijpelijk aangezien de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting leidt tot uitstel van belastingheffing, terwijl de toepassing van de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting leidt tot afstel van belastingheffing. Dit verschil in aard tussen beide belastingen bestond echter ook al in 2005 en desondanks heeft de besluitgever besloten de antimisbruikbepalingen voor beide belastingen dezelfde reikwijdte te geven. Wel is het zo dat na de stroomlijning van beide antimisbruikbepalingen het arrest Zwijnenburg is verschenen (zie NTR 2011/316), waarin kort gezegd werd beslist dat een op de Fusierichtlijn gebaseerde fiscale faciliteit niet mag worden geweigerd indien het hoofddoel is het ontgaan van een belasting (in casu overdrachtsbelasting) die niet onder die richtlijn valt. Sinds het arrest Zwijnenburg neemt de Belastingdienst nog weleens het standpunt in dat de antimisbruikbepaling van art. 5c Uitm.besl. BRV een eigen toetsingskader kent, al heeft dit arrest niet geleid tot enige wijziging in de relevante wetteksten en/of toelichtingen daarop.

Ik ben van mening dat voor beide belastingen afzonderlijk getoetst moet worden of al dan niet sprake is van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Het is zeker niet zo dat wanneer de beschikking op basis van art. 14a Wet VPB 1969 is afgegeven, daarmee ook de vrijstelling van art. 5c Uitm.besl. BRV van toepassing is. Het kan immers best zo zijn dat een bepaalde fusie of splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van overdrachtsbelasting, maar niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van vennootschapsbelasting. Vaak vermeldt een ex art. 14, lid 9, Wet VPB 1969 afgegeven beschikking ook dat die alleen specifiek geldt voor de vennootschapsbelasting en niet voor andere belastingen. In zoverre ben ik het eens met het hof wat betreft de slotzin in r.o. 4.9.

Wel is het zo dat het toetsingskader voor beide antimisbruikbepalingen identiek moet zijn. Dat betekent dat alle jurisprudentie die is gewezen over de toepassing van de antimisbruikbepaling van art. 14a, lid 6, Wet VPB 1969 in principe ook relevant is voor de toepassing van art. 5c Uitm.besl. BRV. Aangezien art. 14a, lid 6, Wet VPB 1969 in lijn met de Fusierichtlijn uitgelegd dient te worden, betekent dit naar mijn mening impliciet dat de antimisbruikbepaling van art. 5c Uitm.besl. BRV eveneens Fusierichtlijn-conform uitgelegd zal moeten worden. Dit is een gevolg van de ondubbelzinnige bedoeling van de besluitgever om voor beide belastingen dezelfde afwegingen te laten gelden (ook al valt de overdrachtsbelasting niet onder de Fusierichtlijn).(...).

De redenering van het hof ten aanzien van de toetsing van de aanwezigheid van zakelijke overwegingen lijkt mij niet juist. De Nederlandse wettekst spreekt inderdaad over actieve werkzaamheden, waarmee blijkens de wetsgeschiedenis is bedoeld een materiële onderneming, maar noemt dit slechts als een voorbeeld van zakelijke overwegingen. Dit blijkt vrij

duidelijk uit het woord 'zoals' in de tweede volzin van art. 14a, lid 6, Wet BRV. Ook zonder actieve werkzaamheden kan wel degelijk sprake zijn van zakelijke overwegingen voor een splitsing. Indien belanghebbende geen aan de splitsing ten grondslag liggende zakelijke overwegingen aannemelijk heeft gemaakt, dan had het hof dat moeten betrekken in zijn overwegingen en niet enkel en alleen de vaststelling dat geen sprake is van actieve werkzaamheden. Die enkele vaststelling kan de conclusie van het ontbreken van zakelijke overwegingen niet dragen.

Verwijzend naar mijn eerdere opmerking dat een EU-richtlijn-conforme toetsing van de splitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting impliciet ook een EU-richtlijn-conforme toetsing van de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting met zich brengt op basis van de duidelijke bedoelingen van de wetgever om beide bepalingen te stroomlijnen, merk ik bovendien op dat deze Fusierichtlijn niet spreekt van *actieve werkzaamheden*, maar van de *activiteiten* van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen.

Gesteld dat cassatie is ingesteld, meen ik dat de Hoge Raad deze zaak dient terug te verwijzen voor een nieuwe toetsing van de zakelijke overwegingen."

3. Het geding in cassatie

Het beroep van de belanghebbende

3.1

Belanghebbende heeft tijdig en regelmatig beroep in cassatie ingesteld. De Staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend. De belanghebbende heeft niet gerepliceerd.

3.2

De belanghebbende stelt vier middelen voor. De eerste twee stellen naast motiverings-verzuimen schending van art. 15(1)(h) Wet BvR jo. art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR jo. de EU-Fusierichtlijn.^[5] De laatste twee stellen naast vormverzuimen alleen schending van art. 15(1)(h) Wet BvR jo. art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR. Ik vat de middelen als volgt samen:

- (i) anders dan het Hof meent (r.o. 4.7), impliceert het ontbreken van actievere werkzaamheden dan passief vermogensbeheer niet automatisch dat 'zakelijke overwegingen' voor de splitsing ontbreken en doet dat op zichzelf niet het bewijsvermoeden rijzen dat de splitsing in overwegende mate is gericht op belastingontwijking;
- (ii) anders dan het Hof in r.o. 4.5 en 4.7 oordeelt, is het woord 'zoals' in art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR vóór de term 'herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen' geen beperking van de term 'plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen', maar geeft het aan dat het slechts om een voorbeeld gaat: dat woord sluit andere zakelijke overwegingen dan de genoemde niet uit;
- (iii) anders dan het Hof in r.o. 4.8 overweegt, heeft de belanghebbende wel degelijk gesteld en gemotiveerd dat de splitsing niet in overwegende mate was gericht op het anders dan het Hof in r.o. 4.9 heeft geoordeeld, had de Vpb-beschikking ook voor de overdrachtsbelasting gevolgd moeten worden.

3.3

Ad (i) licht de belanghebbende toe dat HR *BNB* 2019/175^[6] impliceert dat de uitleg van het misbruikvoorbehoud in art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR de uitleg van het misbruikvoorbehoud in art. 15(1)(a) Fusierichtlijn moet volgen. Dat laatste misbruikvoorbehoud houdt niet in dat beleggingsactiviteiten in de weg staan aan het aannemen van zakelijke overwegingen voor een reorganisatie. De belanghebbende wijst op een uitspraak van het Hof Amsterdam^[7] die volgens haar is gebaseerd op HvJ *Leur-Bloem*,^[8] op een tweede uitspraak van het Hof Amsterdam^[9] en op een uitspraak van het Hof Den Haag.^[10] Uit de r.o. 2.3 Hof en r.o. 12, 16, 17, 18 en 19 Rechtbank volgt dat in casu wel degelijk de vennootschappelijke activiteiten worden gerationaliseerd en niet slechts aandeelhoudersbelangen worden gediend.

3.4

Ook de toelichting ad (ii) steunt op Richtlijnconforme uitleg van art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR. De belanghebbende acht 's Hof's restrictieve uitleg van de mogelijkheden om buiten het misbruikvoorbehoud te vallen onverenigbaar met de Fusierichtlijn. Ze wijst op uw arrest HR *BNB* 2012/261^[11] en op het HvJ-arrest *Foggia*,^[12] waaruit volgt dat belastingontwijking pas onder het misbruikvoorbehoud valt als de (voorgenomen) splitsing een volstrekt overheersend c.q. doorslaggevend antifiscaal motief heeft en toekenning van de richtlijn-voordelen doel en strekking van de richtlijn zouden schenden. Ontbreken van 'actieve' werkzaamheden impliceert niet automatisch dat een splitsing volstrekt overheersend antifiscaal is ingegeven. Volgens HR *BNB* 2000/111^[13] gaat het er om of ook gesplitst zou zijn als het niet-fiscale doel niet had bestaan. Dat strookt volgens de belanghebbende met de parlementaire toelichting bij de invoering van de splitsingsfaciliteit in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, die zegt dat het gaat om het "beslissende" motief (*Kamerstukken II* 1997/98, 25 709, 5, p. 5). In casu blijkt uit de in r.o. 2.4 t/m 2.7 door het Hof vastgestelde feiten dat eerst een Vpb-splitsingsbeschikking is verkregen en pas daarna beroep is gedaan op de vrijstelling in de overdrachtsbelasting. Dat eerst de Vpb-beschikking is afgegeven, bewijst volgens de belanghebbende dat het haar niet te doen was om de

overdrachtsbelasting-vrijstelling. Die vormde volgens haar een klein en bijkomend belang; het grotere belang lag in de Vpb, waarvan wél vrijstelling is verleend. Zij herhaalt dat de splitsing primair was gericht op het opheffen van het bestuursvacuüm. Van gekunsteldheid was geen sprake en het belang bij de splitsing was niet primair gelegen in de overdrachtsbelasting, zodat geen misbruikvermoeden wordt geactiveerd.

3.5

Middel (iii) stelt dat wel degelijk tegenbewijs is geleverd en is dus logischerwijs subsidiair aan de middelen (i) en (ii), die in wezen betogen dat het misbruikvermoeden überhaupt niet is geactiveerd omdat vaststaat dat een bestuursvacuüm bestond dat moest worden opgelost met splitsing. Dezelfde argumenten legt de belanghebbende ook ten grondslag aan middel (iii): ook als de middelen (i) en (ii) falen en dus wel een misbruikvermoeden rijst, wordt dat vermoeden voldoende ontzenuwd door belanghebbendes redenen voor de splitsing, die zij als volgt herhaalt:

"Samengevat betreft dat de volgende redenen:

- Beëindigen bestuursvacuüm dat de continuïteit van de onderneming bedreigde;
- Beëindigen dat de huur voor de winkel niet meer betaald werd;
- Beëindigen niet meer vaststellen van de jaarrekeningen van de BV;
- Onderhoud aan het pand kon worden uitgevoerd.

3.6

Ook ad middel (iv) verwijst de belanghebbende naar HR *BNB* 2019/175. Zij verwijst verder naar de toelichtende nota (*Stb.* 2005, 688) bij art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR, die zegt dat

"het immers van meet af aan de bedoeling is geweest dat, wanneer in de vennootschapsbelasting sprake is van een te faciliteren splitsing, dit in beginsel ook voor de overdrachtsbelasting het geval is.

(...).

(...) is voor de vennootschapsbelasting deze afweging gemaakt, met inbegrip van het overdrachtsbelastingaspect, en is geconcludeerd dat er sprake is van een te faciliteren splitsing voor de vennootschapsbelasting, dan zal dat ook het geval zijn voor de overdrachtsbelasting."

Het verweer van de Staatssecretaris

3.7

De Staatssecretaris maakt eerst algemene opmerkingen en gaat daarna in op de middelen. Hij betoogt in het algemene deel:

"De splitsing is feitelijk de verdeling van beleggingsvermogen. De aandeelhouders houden vóór en na de splitsing enkel aandelen in een vennootschap met liquide middelen en/of (eenvoudig verzilverbare) beleggingen. Bovendien leidt de splitsing tevens niet, gezien de overbedelings-schuld/vordering wegens overbedeling, tot het definitief verbreken van de financiële banden tussen de rechtspersonen.^[14] Daarenboven blijft [H] B.V. (na splitsing een vennootschap van de zus) ook na de splitsing haar onroerende zaak verhuren aan het juweliersbedrijf van [K] B.V. (de vennootschap van de broer). Er blijft aldus een langdurige financiële en bedrijfseconomische verwevenheid bestaan tussen de broer en zus en hun vennootschappen."

3.8

De Staatssecretaris acht niet aannemelijk gemaakt dat conflicten tussen Broer en Zus bestonden of spoedig zouden zijn ontstaan die de bedrijfsresultaten van [G] beïnvloed zouden hebben of haar voortbestaan zouden hebben bedreigd. Hij ziet eerder aandeelhoudersmotieven dan zakelijke motieven bij de splitsende en verkrijgende vennootschappen zelf. Overigens meent hij dat het gebrek aan actieve werkzaamheden hoe dan ook aan de vrijstelling in de weg staat. De splitsing is zijns inziens duidelijk op fiscale motieven gebaseerd omdat de eenvoudigste weg naar het bereikte resultaat een reguliere aandelenoverdracht zou zijn geweest.

3.9

De Staatssecretaris betoogt verder dat vrijstelling in de overdrachtsbelasting nooit uitstel maar steeds afstel van heffing is, zodat de voorwaarden voor vrijstelling van overdrachtsbelasting niet identiek kunnen worden opgevat als voor vrijstelling van Vpb.

3.10

Ad middel (i) meent de Staatssecretaris dat uit de parlementaire geschiedenis^[15] volgt dat 's Hofs rechtsoordelen in r.o. 4.7 juist zijn. Hij leidt uit HR *BNB* 2019/175 niet af dat de vrijstelling Richtlijnconform moet worden toegepast, gegeven uw eindarrest^[16] in de zaak *HvJ Zwijnenburg*.^[17] De feitenrechtspraak waarnaar de belanghebbende verwijst acht de Staatssecretaris niet doorslaggevend of niet relevant.

3.11

Ad middel (ii) acht de Staatssecretaris voor de toepassing van de vrijstellingsvoorwaarden niet relevant of het om een 'volstrekt antifiscaal', 'doorslaggevend' of 'beslissend motief' gaat. Het ontbreken van zakelijke redenen voor de vennootschappen zelf vestigt een misbruik-vermoeden dat de belanghebbende moet ontzenuwen. De vraag of de splitsing ook zou hebben plaatsgevonden als de vrijstelling van overdrachtsbelasting niet zou hebben bestaan, acht hij daarom evenmin relevant. Ook het gegeven dat mogelijk geen gekunstelde omweg is gevolgd, stelt de wettelijke voorwaarden voor vrijstelling niet terzijde. Voor de overdrachtsbelasting gaat het er om of de splitsing leidt tot meer of ander resultaat dan het enkel vrijgesteld verkrijgen van een (fictieve) onroerende zaak; dat is niet het geval. Zou uitstel van inkomstenbelasting een splitsingsmotief zijn geweest, zoals de belanghebbende stelt, dan impliceert dat niet dat ontgaan van overdrachtsbelasting géén overwegend splitsingsmotief is geweest; een IB-motief is immers een per definitie aandeelhouder(s)motief, dat niet als zakelijke reden van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen aangemerkt kan worden.

3.12

Belanghebbendes middel (iii) bestrijdt volgens de Staatssecretaris een bewijsoordeel (r.o. 4.8), zodat het om een motiveringsklacht gaat, die volgens hem faalt omdat r.o. 4.8 niet onbegrijpelijk is.

3.13

Ad middel (iv) herhaalt de Staatssecretaris dat de overdrachtsbelasting een ander karakter heeft dan Vpb en inkomstenbelasting, zodat het resultaat van toepassing van de qua tekst gelijke anti-ontgaansbepalingen niet steeds hetzelfde hoeft te zijn voor de overdrachtsbelasting als voor de Vpb of de inkomstenbelasting.

4. De wet

4.1

Het misbruikvoorbehoud in art. 15(1)(a) EU-Fusierichtlijn^[18] luidt als volgt (cursivering PJW):

"1. De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de artikelen 4 tot en met 14 geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan geheel of gedeeltelijk teniet te doen, indien blijkt dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen:

a)

als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft; wanneer de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van *zakelijke overwegingen*, zoals herstructurering of rationalisering van *de activiteiten* van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen, geldt het vermoeden dat die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft;

(...);"

4.2

Art. 15(1)(h) Wet BvR luidt als volgt:

"1. Onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden is van de belasting vrijgesteld de verkrijging: (...);

h.

bij fusie, splitsing, interne reorganisatie en taakoverdracht tussen verenigingen als bedoeld in artikel 6.33, onderdeel c, van de Wet inkomstenbelasting 2001 of algemeen nut beogende instellingen."

4.3

Art. 5c(1) Uitvoeringsbesluit BvR luidt als volgt (cursivering PJW):

"1. De in artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de wet bedoelde vrijstelling wegens splitsing is van toepassing wanneer sprake is van overgang van vermogen onder algemene titel in het kader van een splitsing van een vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal, behoudens in het geval dat de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De splitsing wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van *zakelijke overwegingen* zoals herstructurering of rationalisering van *de actieve werkzaamheden* van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen. Indien aandelen in de gesplitste rechtspersoon, dan wel in een verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersonen is verbonden als bedoeld in artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt."

4.4

Art. 14a(6) Wet Vpb luidt als volgt:

"Het tweede lid, respectievelijk het derde lid, eerste volzin, is niet van toepassing indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. De splitsing wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de splitsende en de verkrijgende rechtspersonen. Indien aandelen in de gesplitste rechtspersoon, dan wel in een verkrijgende rechtspersoon binnen drie jaar na de splitsing geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de gesplitste rechtspersoon en met de verkrijgende rechtspersonen is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt."

5. Richtlijnconforme interpretatie?

5.1

Belanghebbendes middelen berusten mede op het uitgangspunt dat de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting, met name het daarop gemaakte misbruikvoorbehoud, uitgelegd moet worden conform de EU-Fusierichtlijn omdat de Besluitgever BvR verklaard heeft zich ter zake van die vrijstelling aan te sluiten bij de gelijkkluidende vrijstelling in de Vpb, waarvan vaststaat dat zij EU-Fusierichtlijnconform moet worden uitgelegd.

5.2

De belanghebbende verwijst naar de HvJ-zaak *Leur-Bloem*,^[19] waarin het Hof Amsterdam in een puur binnenslands (IB) fusiegeval het HvJ EU vroeg of hij desondanks prejudiciële vragen over de uitleg van de Fusierichtlijn kon stellen, gegeven dat de Nederlandse wetgever had verklaard puur binnenlandse fusiegevallen gelijk te willen behandelen als grensoverschrijdende gevallen, die door de Fusierichtlijn worden beheerst. Het HvJ EU achtte zich in die omstandigheden bevoegd om vragen over de uitleg van de Fusierichtlijn te beantwoorden, gegeven het belang van uniforme toepassing van de Richtlijn in de hele EU:

"32.

Wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeert aan de in het gemeenschapsrecht gekozen oplossingen, teneinde inzonderheid discriminaties ten nadele van nationale onderdanen of, zoals in de zaak in het hoofdgeding, eventuele distorsies van de mededinging te voorkomen, heeft de Gemeenschap er (...) stellig belang bij, dat ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen of begrippen van het gemeenschapsrecht op eenvormige wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moeten vinden (zie in die zin arrest Dzodzi, reeds aangehaald, r. o. 37).

33.

Evenwel zij gepreciseerd dat het in een dergelijk geval in het kader van de door artikel 177 [thans 167; PJW] beoogde bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechter en het Hof uitsluitend aan de nationale rechter staat, de precieze strekking van die verwijzing naar het gemeenschapsrecht te beoordelen, en het Hof enkel bevoegd is om de bepalingen van het gemeenschapsrecht te onderzoeken (arresten Dzodzi en Federconsorzi, reeds aangehaald, r. o. 41 en 42, respectievelijk r. o. 10). Welke grenzen de nationale wetgever eventueel heeft gesteld aan de toepassing van het gemeenschapsrecht op zuiver interne situaties, is immers een vraag van nationaal recht, die derhalve uitsluitend door de rechterlijke instanties van de betrokken LidStaten kan worden beoordeeld (arrest Dzodzi, reeds aangehaald, r. o. 42, en arrest van 12 november 1992, zaak C-73/89, Fournier, Jurispr. 1992, blz. I-5621, r. o. 23).

34.

Uit al het voorgaande volgt, dat op de eerste vraag moet worden geantwoord, dat het Hof krachtens artikel 177 van het Verdrag bevoegd is het gemeenschapsrecht uit te leggen wanneer dit de betrokken situatie niet rechtstreeks regelt, doch de nationale wetgever bij de omzetting van de bepalingen van een richtlijn in nationaal recht heeft besloten, zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als situaties die door de richtlijn worden geregeld, en hij zijn nationale wetgeving dus heeft aangepast aan het gemeenschapsrecht.

5.3

De vraag óf en zo ja, in hoeverre puur interne fusie- en splitsingsgevallen Richtlijnconform moeten worden behandeld, wordt dus beheerst door nationaal recht. Vastgesteld moet dus worden of nationaal recht (de nationale wetgever) de vrijstellingsvoorwaarden in art. 15(1)(h) Wet BvR jo. art. 5c(1) Uitvoeringsbesluit BvR heeft gesynchroniseerd met de splitsings-vrijstellingsvoorwaarden in de Wet Vpb. Dat is mijns inziens het geval. Het blijkt uit zowel twee toelichtingen van de Besluitgever als uit uw rechtspraak. De toelichting op het Kroonbesluit tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit BvR

"Artikel I, onderdeel C (overdrachtsbelasting)

In genoemde wijzigingswet wordt artikel 15, eerste lid, onderdeel h, van de Wet in die zin gewijzigd dat onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden, bij splitsing een vrijstelling van overdrachtsbelasting van toepassing is. Dit besluit strekt ertoe, in lijn met de wettelijke systematiek van de vrijstelling van overdrachtsbelasting bij fusie en interne reorganisatie, de voorwaarden voor de toepassing van de vrijstelling van overdrachtsbelasting bij splitsing in het Uitvoeringsbesluit op te nemen. Ik acht het gewenst om de voorwaarden voor de vrijstelling van overdrachtsbelasting aan te laten sluiten bij die voor de begeleiding van splitsing in de vennootschapsbelasting. Het eerste lid van artikel 5c van het Uitvoeringsbesluit bepaalt derhalve, conform de regeling in de vennootschapsbelasting, dat een vrijstelling van de heffing van overdrachtsbelasting geldt bij de overdracht van onroerende zaken ingeval van een splitsing ingevolge artikel 334a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, indien aan die splitsing in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

(...).

Of bepaalde overwegingen om tot splitsing over te gaan al dan niet als zakelijk moeten worden beschouwd voor de overdrachtsbelasting, zal mede afhangen van hetgeen voor de vennootschapsbelasting al dan niet als zakelijk wordt aangemerkt. Hoewel het geenszins de bedoeling is de overdrachtsbelasting een belemmering te doen zijn bij een splitsing, moet het echter niet zo zijn dat transacties die naar doel en strekking van de Wet belast zouden moeten zijn met overdrachtsbelasting, via de rechtsfiguur van splitsing buiten de heffing blijven."

De toelichting op de wijziging van het Uitvoeringsbesluit BvR bij de afschaffing van de kapitaalsbelasting waarop de belanghebbende wijst, is nog stilliger ('identiek'; 'dezelfde afwegingen'). De besluitgever heeft toen (2005) van de gelegenheid gebruik gemaakt om:^[21]

"(...) de tekst van de definitie van splitsing in artikel 5c van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer meer in lijn te brengen met die uit de vennootschapsbelasting en de thans afgeschafte kapitaalsbelasting. Het is immers van meet af aan de bedoeling geweest dat, wanneer in de vennootschapsbelasting sprake is van een te faciliteren splitsing, dit in beginsel ook voor de overdrachtsbelasting het geval is.

(...).

Het eerste lid van artikel 5c is vervangen door een tekst die aansluit bij de tekst van artikel 14a, zesde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Daarmee is bereikt dat er geen misverstand over kan bestaan dat de reikwijdte van deze bepalingen identiek is. Omdat de reikwijdte identiek is, geldt dit ook met betrekking tot de situaties waarin de vrijstelling wordt teruggenomen. Dit is het geval indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Bij deze toets gelden voor beide belastingen dezelfde afwegingen. Is voor de vennootschapsbelasting deze afweging gemaakt, met inbegrip van het overdrachtsbelastingaspect, en is geconcludeerd dat er sprake van een te faciliteren splitsing voor de vennootschapsbelasting, dan zal dat ook het geval zijn voor de overdrachtsbelasting. Deze situaties zijn, als weerlegbaar vermoeden, eveneens in het eerste lid opgenomen. Het voormalige tweede en derde lid kunnen in verband hiermee vervallen."

5.4

In de zaak HR *BNB* 2019/175^[22] bestond al vóór de splitsing van een vennootschap het plan om het af te splitsen deel van de onderneming inclusief onroerende zaken te verkopen aan een derde. De fiscus zag dat als misbruik van de splitsingsvrijstelling voor de overdrachtsbelasting. U overwoog echter dat (i) dat op zichzelf geen misbruik opleverde, en (ii) dat de vrijstellingsvoorwaarden voor de overdrachtsbelasting aansluiten op die voor de vennootschapsbelasting. U paste vervolgens uw eerdere, voor de vennootschapsbelasting gewezen *Bulkgas*-arrest ook toe voor de overdrachtsbelasting:

"2.3.5

(...). Met het stellen van de voorwaarden voor de vrijstelling van artikel 5c, lid 1, Uitvoeringsbesluit BRV heeft de wetgever beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellings-voorwaarden voor de vennootschapsbelasting (Besluit van 6 februari 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (splitsing van rechtspersonen), *Stb.* 1999, 68, p. 4-5). Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in het (op die voorwaarden voor de vennootschapsbelasting betrekking hebbende) *Bulkgas*arrest, is de mogelijkheid tegenbewijs te leveren tegen het op vervreemding van de aandelen gebaseerde wettelijke vermoeden niet beperkt naar gelang het tijdstip van de vervreemding en ziet de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren op een omstandigheid - het aan de splitsing in overwegende mate ten grondslag liggen van zakelijke overwegingen - die niet uitsluit dat ten tijde van de splitsing al een voornemen tot vervreemding van de aandelen bestaat. Anders dan het middel betoogt, geldt dat ook indien met een splitsing waaraan in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, uitvoering wordt gegeven aan de wens om de af te splitsen activiteiten te verkopen. (...)."

5.5

De splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting moet dus in overeenstemming met die in de vennootschapsbelasting worden toegepast, die in overeenstemming met de EU-Fusierichtlijn moet worden toegepast: de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden in het Uitvoeringsbesluit BvR 'sluiten aan bij', c.q. zijn 'identiek aan' die in de Vpb, en de vrijstelling in de Vpb voert volgens de MvT bij de Invoeringswet Wet IB 2001, in het bijzonder bij de antimisbruikbepaling, de Fusierichtlijn uit.^[23] Daarbij is bewust geen onderscheid gemaakt tussen grensoverschrijdende en interne gevallen. Uit HR *BNB* 2012/261,^[24] over een geheel binnenlandse splitsing, volgt dat ook u ervan uitgaat dat de wetgever interne en grensoverschrijdende fusie- en splitsingsgevallen gelijk behandelt. U nam dat in het voetspoor van het Hof tot uitgangspunt (zie r.o. 3.2 van uw arrest). Ik meen daarom dat er in belanghebbendes geval vanuit moet worden gegaan dat de wetgever zich in zuiver interne splitsingen ook voor de overdrachtsbelasting heeft 'geconformeerd' aan de in de Fusierichtlijn gekozen 'oplossingen'.

5.6

De Staatssecretaris werpt tegen dat de splitsingsfaciliteit in de Wetten IB en Vpb een ander karakter heeft dan in de overdrachtsbelasting. De inkomsten- en vennootschapsbelastingen zijn tijdvakbelastingen over in de (totaal)winst begrepen vermogensresultaten op onroerende zaken, waarbij de splitsingsfaciliteit in beginsel slechts heffingsuitstel inhoudt en geen afstel. Bij de overdrachtsbelasting daarentegen gaat het om een tijdstipbelasting over de waarde van een *transactie*, waarbij van uitstel geen sprake kan zijn, zodat de faciliteit steeds afstel van heffing inhoudt. Er kan daarom volgens de Staatssecretaris geen sprake zijn van uniforme uitleg van de splitsingsvrijstellingen voor de overdrachtsbelasting en de Vpb, en daarmee evenmin – zo begrijp ik – van Richtlijnconforme uitleg van de splitsingsvrijstelling voor de overdrachtsbelasting.

5.7

Ik meen dat dit betoog afstuit op de toelichtingen geciteerd in 5.3 en het arrest geciteerd in 5.4 hierboven. Dat het in de overdrachtsbelasting niet zal gaan om oneigenlijk 'uitstel' maar alleen om 'ontgaan', noopt mijns inziens geenszins tot verschillende uitleg van de voor beide belastingen identiek geformuleerde en volgens de wetgever bij elkaar aansluitende misbruikvoorbehouden. Hoe dan ook moet 'ontgaan' van belasting bestreden worden en 'ontgaan' sluit alle oneigenlijke machinaties in. 'Uitstel' is niet relevant voor de overdrachtsbelasting. Ik merk overigens op dat art. 5c uitvoeringsbesluit BvR wel degelijk, tot tweemaal toe, rept van 'ontgaan of uitstellen' (zie 4.3 hierboven), hetgeen de totale synchronisatie alleen maar bevestigt: de tekst is kennelijk woordelijk gekopieerd uit de Wet Vpb.

5.8

Dat dezelfde uitleg moet gelden, betekent niet dat in de ene belasting niet ander misbruik mogelijk is dan in de andere belasting. Dat blijkt uit de door de Staatssecretaris eveneens tegengeworpen zaak *Zwijnenburg*.^[25] Die zaak betrof een modehuis dat haar juridische structuur herzag. Voor de Vpb gold de op de EU-fusierichtlijn gebaseerde fusiefaciliteit ex art. 14(1) Wet Vpb. Voor de overdrachtsbelasting gold de vrijstelling ex art. 15(1)(h) Wet BvR juncto art. 5a Uitvoeringsbesluit BvR, die toen echter nog geen misbruikvoorbehoud bevatte. De Inspecteur weigerde de fusiefaciliteit *voor de vennootschapsbelasting* omdat de fusie volgens hem gericht was op ontgaan van *overdrachtsbelasting*: hij wilde het misbruikvoorbehoud in art. 14(4) Vpb, gebaseerd op art. 15 Richtlijn, ondanks ontbreken van misbruik in de Vpb, toch toepassen in de Vpb. De vraag was dus of 'misbruik' in art. 15 Fusierichtlijn ook misbruik in andere belastingen kon omvatten dan die waarop de Richtlijn ziet (IB en Vpb), zodat ook misbruik in de overdrachtsbelasting zou kunnen leiden tot weigering van vrijstelling in de Vpb of de inkomstenbelasting. Het HvJ EU oordeelde van niet:

"37.

Uit het dossier volgt dat bij gebreke van een uitdrukkelijke nationale bepaling die de Nederlandse belastingautoriteiten de mogelijkheid biedt om het voordeel van de vrijstelling van overdrachtsbelasting te weigeren in geval van een bedrijfsfusie waarbij vaststaat dat zij door de belastingplichtige in overwegende mate wordt voorgenomen om de heffing van die belasting te ontwijken, deze autoriteiten artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 zodanig willen toepassen dat vennootschapsbelasting wordt geheven ter compensatie van de ontweken overdrachtsbelasting.
(...).

47.

Door op het punt van de zakelijke overwegingen te verwijzen naar de herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, waarbij het vermoeden van belastingfraude of -ontwijking niet kan rijzen, is deze bepaling [de gelijkluidende voorganger van het huidige art. 15(1)(a), toevoeging PJW] duidelijk toegespitst op het domein van de bedrijfsfusies en andere reorganisaties en is zij enkel van toepassing op de belastingen waartoe dergelijke transacties aanleiding geven.
(...).

50.

Hieruit volgt dat enkel de belastingen waarop richtlijn 90/434 uitdrukkelijk betrekking heeft, in aanmerking kunnen komen voor de daarbij ingevoerde faciliteiten en dus binnen de werkingssfeer van de uitzondering voorzien in artikel 11, lid 1, sub a, van genoemde richtlijn kunnen vallen.

51.

In het kader van de ingevoerde faciliteiten verwijst richtlijn 90/434, die een bijzondere plaats inruimt voor belastingheffing over de meerwaarden, in essentie naar belastingen op vennootschappen en naar die welke door de deelgerechtigden daarvan verschuldigd zijn.

52.

Er is daarentegen geen enkele aanwijzing in genoemde richtlijn op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat deze de faciliteiten heeft willen uitbreiden tot andere belastingen zoals die in de hoofdzaak, namelijk een belasting die wordt geheven in geval van verwerving van een onroerende zaak die in de betrokken lidstaat is gelegen.

53.

Een dergelijk geval moet immers worden beschouwd als vallend onder de fiscale bevoegdheid van de lidstaten.

54.

In die omstandigheden kan het voordeel van de bij richtlijn 90/434 ingevoerde faciliteiten niet op grond van artikel 11, lid 1, sub a, van deze laatste worden geweigerd ter compensatie van de niet-betaling van een belasting, zoals die in het hoofdgeding, waarvan de grondslag en het tarief noodzakelijkerwijs verschillen van die welke van toepassing zijn op bedrijfsfusies en andere daarop betrekking hebbende reorganisaties.”

5.9

Dit arrest zegt dus dat de Fusierichtlijn niet *uit zichzelf* ook voor de overdrachtsbelasting geldt en dat de overdrachtsbelasting in beginsel onder de fiscale bevoegdheid van de lidstaten valt (r.o. 53). Nederland heeft zijn nationale bevoegdheid aldus gebruikt dat hij zich voor de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting heeft geconformeerd aan art. 14a Wet Vpb (zie het Besluit in 5.3 en HR *BNB* 2019/175 in 5.4) en zich voor de toepassing van die laatste bepaling heeft geconformeerd aan de Fusierichtlijn ook voor puur binnenlandse gevallen (zie 5.5 hierboven). Nederland heeft zichzelf aldus onder de reikwijdte van *Leur-Bloem* gebracht ook voor de toepassing van het misbruikvoorbehoud bij de splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting. *Zwijnenburg* doet op dat punt niets af aan *Leur-Bloem*.

5.10

Voor zover de middelen 1 en 2 betogen dat art. 15(1)(h) Wet BvR jo. art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR Fusierichtlijnconform moeten worden geïnterpreteerd, worden zij mijns inziens dus terecht voorgesteld. Anders dan de belanghebbende meent, betekent dat echter niet dat de Inspecteur overdrachtsbelasting klakkeloos de vrijstellingsbeschikking van haar Vpb-collega moet volgen (zie onderdeel 6 hieronder), nu in de ene belasting ander misbruik mogelijk is dan in de andere. Het betekent slechts dat ook de splitsingsvrijstelling in de Wet BvR Richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd (onderdeel 7 hieronder).

6. Moet de Inspecteur BvR de beschikking van de Inspecteur Vpb volgen?

6.1

Middel (iv) herhaalt het standpunt dat de Inspecteur overdrachtsbelasting de (vrijstellingsbeschikking van de) Inspecteur Vpb moet volgen. Uit het p-v van de Hofzitting blijkt dat de belanghebbende expliciet heeft verklaard daarmee geen beroep op het vertrouwensbeginsel te doen. De belanghebbende beroept zich op de passages uit de toelichting van de wetgever op het Uitvoeringsbesluit BvR, geciteerd in 3.6. Die passages zeggen niet dat de ene inspecteur de andere moet volgen, maar dat het ‘de bedoeling is (...) dat, wanneer in de vennootschapsbelasting sprake is van een te faciliteren splitsing, dit in beginsel ook voor de overdrachtsbelasting het geval is’ en dat als ‘voor de vennootschapsbelasting (...) is geconcludeerd dat er sprake is van een te faciliteren splitsing voor de vennootschapsbelasting, dan zal dat ook het geval zijn voor de overdrachtsbelasting.’

6.2

Dit zijn normatieve (materieelrechtelijke) uitspraken die dus niet gaan over (formele rechtskracht van) een beschikking. Zij zeggen dat als de *Wet Vpb* tot vrijstelling van vennootschapsbelasting bij fusie of splitsing noopt, dan in beginsel ook de *Wet BvR* tot overdrachtsvrijstelling bij die fusie of splitsing noopt. Zij zeggen niet dat als de ene inspecteur een beschikking heeft genomen, die beschikking bindend zou zijn voor de andere inspecteur, die immers zelfstandig de wet moet toepassen voor ‘haar’ belasting.

6.3

Hoewel de wetgever duidelijk bedoeld heeft de vrijstellingen in de twee belastingen zoveel mogelijk synchroon te doen toepassen, kan het voorkomen dat geen sprake is van ontgaan of uitstel van vennootschapsbelasting maar wel van ontgaan van overdrachtsbelasting of andersom. Het kan dus zijn dat uit het verschil in karakter tussen (splittingsmisbruik in) de Vpb en (splittingsmisbruik in) de overdrachtsbelasting voortvloeit dat de Inspecteurs Vpb en overdrachtsbelasting terecht tot een tegengesteld antwoord komen op de vraag of zich misbruik voordoet.

6.4

Ook kan het gebeuren, hoezeer ook onwenselijk gegeven de door de wetgever gewenste synchronisatie, dat de ene inspecteur dezelfde feiten anders duidt of dezelfde wettelijke bepaling anders toepast dan de andere inspecteur; beide inspecteurs kunnen fouten maken. De ene Inspecteur kan de andere niet binden, tenzij (de belanghebbende op grond van hun gedragingen mocht menen dat) de ene zich na onderlinge afstemming mede namens de andere uitte,^[26.] hetgeen de belanghebbende in casu desgevraagd expliciet heeft verklaard niet te stellen.

6.5

Kennelijk zag de Inspecteur Vpb in casu geen ontgaan of oneigenlijk uitstel van Vpb, of heeft die inspecteur een fout gemaakt. In het laatste geval heeft de belanghebbende met de Vpb-vrijstelling mazzel.

6.6

Ook uit uw rechtspraak over de vraag of een inspecteur beschikt over een navordering rechtvaardigend nieuw feit, volgt dat inspecteurs van verschillende belastingsoorten in beginsel niet elkaar(s) dossiers) hoeven te raadplegen.^[27.]

6.7

Middel 4, dat uitgaat van de opvatting dat de Inspecteur overdrachtsbelasting zonder meer de Vpb-beschikking moet worden gevolgd, acht ik dus ongegrond.

7. Toepassing van de splitsingsfaciliteit en het misbruikvoorbehoud bij beleggingen

7.1

Het gaat er dus om het misbruikvoorbehoud in art. 15(1)(h) Wet BvR juncto art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR zelfstandig te interpreteren, zoveel mogelijk conform het misbruikvoorbehoud in art. 14a Wet Vpb en daarmee zoveel mogelijk conform het misbruikvoorbehoud in de EU-Fusierichtlijn.

7.2

De middelen (i) t/m (iii) overlappen in die zin dat zij alle inhouden dat het Hof ten onrechte de litigieuze splitsing in overwegende mate gericht achtte op ontgaan van overdrachtsbelasting hoewel de ruzie tussen Broer en Zus een bestuursvacuüm in [G] had doen ontstaan dat door splitsing werd bezworen. De middelen (i) en (ii) stellen dat het bewijsvermoeden van art. 5c(1) Uitvoeringsbesluit BvR niet werd geactiveerd omdat ook een herstructurering van beleggingsactiviteiten zakelijk is als die een bestuursvacuüm in de te splitsen BV verhelpt en middel (iii) stelt op dezelfde gronden dat als al een bewijsvermoeden zou zijn gerezen, het Hof ten onrechte heeft overwogen dat de belanghebbende geen tegenbewijs zou hebben geleverd.

7.3

Niet in geschil is dat de splitsende en verkrijgende vennootschappen geen actieve ondernemingen dreven.

7.4

Het misbruikvoorbehoud in art. 15(1)(a) Fusierichtlijn is tekstueel niet gelijk aan het Nederlandse misbruikvoorbehoud in de artt. 14(4) Wet Vpb (bedrijfsfusie), 14a Wet Vpb (juridische splitsing) en 14b(5) Wet Vpb (juridische fusie), 3.55(4)(b) Wet IB 2001 (aandelenfusie), 3.56(4) Wet IB 2001 (juridische splitsing), 3.57(4) Wet IB 2001 (juridische fusie) en 4.41(3) Wet IB (doorschuiving a.b.-verkoopsprijs) en art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR.^[28.], ^[29.] Zoals in eerdere uitspraken opgemerkt,^[30.] zijn er drie verschillen: (i) de Richtlijnterm 'belastingfraude of -ontwijking' is omgezet in 'ontgaan of uitstellen van belastingheffing', (ii) de term 'activiteiten' is vervangen door 'actieve werkzaamheden' en (iii) de term 'hoofddoel of een der hoofddoelen' is vervangen door 'in overwegende mate gericht op'. Deze tekstuele verschillen zijn wellicht bedoeld om specifiek Nederlandse doelen te dienen, maar mijns inziens zinloos, gegeven dat de nationale implementatie van de splitsingsfaciliteiten en dier misbruikvoorbehouden Richtlijnconform moet worden toegepast, volgens de nationale wetgever ook in interne gevallen en ook voor de overdrachtsbelasting, hoewel de Richtlijn daarop niet ziet.

7.5

Het belangrijkste verschil tussen de Richtlijntekst en de Nederlandse tekst van het bewijsvermoeden is dat de Fusierichtlijn

het heeft over herstructurering van *de activiteiten* van de vennootschappen, terwijl het Nederlandse misbruikvermoeden het heeft over *actieve werkzaamheden* van de vennootschappen. (Ook) die laatste term zal Richtlijnconform geïnterpreteerd moeten worden, ook voor de overdrachtsbelasting.

7.6

Het misbruikvoorbehoud in art. 15(1)(h) BvR is volgens zijn parlementaire geschiedenis bedoeld om de vrijstelling te weigeren bij fusies en splitsingen die gericht zijn op zuiver fiscaal voordeel. De MvT vermeldt dat het gaat om rechtshandelingen waarvan het feitelijke resultaat slechts is een overdrachtsbelastingvrije overdracht van onroerend goed:^[31]

"In de aanhef van artikel 15 is voorzien in de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur voorwaarden te stellen met betrekking tot de vrijstellingen. In het onderhavige kader komt dat neer op voorwaarden waarmee wordt beoogd te waarborgen dat het feitelijke resultaat van de bedoelde transacties, al dan niet in onderlinge samenhang, niet slechts is de overdracht van onroerende zaken zonder dat overdrachtsbelasting is betaald."

7.7

In overeenstemming daarmee overwoog u voor de inkomstenbelasting in de zaak HR *BNB* 2012/261,^[32] verwijzend naar HvJ *Leur-Bloem*, *Kofoed* en *Zwijnenburg*, dat het misbruik-voorbehoud slechts bij uitzondering en slechts in bijzondere omstandigheden weigering van de richtlijnvoordelen rechtvaardigt en, verwijzend naar HvJ *Foggia*, dat enkel beogen van zuiver fiscaal voordeel geen zakelijke overweging is in de zin van art. 15 Fusierichtlijn. HR *BNB* 2012/261 betrof een OZR in de zin van art. 4 Wet BvR waarin twee broers, B en C, elk 50% hielden. Zij wilden de OZR-BV zuiver splitsen in F BV, beheerst door B, die de onroerende zaken zou verkrijgen, en G BV, beheerst door C, die enkel een bedrag in geld zou krijgen gelijk aan de waarde van C's gerechtigdheid tot het vermogen van de OZR vóór de splitsing. De Inspecteur weigerde vrijstelling in de *vennootschapsbelasting* omdat hij misbruik in de *inkomstenbelasting* (ontwijking a.b.-heffing) aanwezig achtte. U achtte dat toelaatbaar omdat het in wezen om de uitkoop van een broer ging, overwegende als volgt:

"3.3.2.

Artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn (thans: artikel 15, lid 1, letter a) bepaalt dat lidstaten geheel of gedeeltelijk kunnen weigeren toepassing te geven aan de faciliteiten voor splitsingen (...) indien blijkt dat de splitsing als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft beslist dat de Richtlijn aldus dient te worden uitgelegd dat de daarbij ingevoerde gemeenschappelijke fiscale regeling zonder onderscheid van toepassing is op iedere splitsing, ongeacht om welke redenen deze plaatsvindt en of deze van financiële, economische of zuiver fiscale aard zijn (HvJ 17 juli 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, Jurispr. blz. I-4161, punt 36, HvJ 5 juli 2007, *Kofoed*, C-321/05, Jurispr. blz. I-5795, punt 30, en HvJ 20 mei 2010, *Zwijnenburg*, C-352/08, LJN BM8414, *BNB* 2010/257, punt 41). De motieven voor de voorgenomen transactie zijn daarentegen van belang bij de tenuitvoerlegging van de in artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn geboden mogelijkheid om te weigeren de richtlijnfaciliteiten toe te passen (zie het arrest *Zwijnenburg*, punt 42). Slechts bij uitzondering en in bijzondere omstandigheden kan op grond van artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn deze geheel of gedeeltelijk buiten toepassing blijven of kan het voordeel ervan worden tenietgedaan (zie het arrest *Zwijnenburg*, punt 45). Artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn bepaalt dat het feit dat een splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, kan doen veronderstellen dat die transactie als hoofddoel of een van de hoofddoelen heeft belastingfraude of -ontwijking. Met betrekking tot het begrip "zakelijke overwegingen" heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een splitsing waarmee enkel een zuiver fiscaal voordeel wordt nagestreefd geen zakelijke overweging oplevert in de zin van artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn (vgl. de arresten *Leur-Bloem*, punt 47, en HvJ 10 november 2011, *Foggia*, C-126/10, V-N 2011/62.28, punten 34 en 46). Een splitsing kan niet geacht worden plaats te vinden op grond van zakelijke overwegingen, indien deze overwegingen volstrekt marginaal zijn ten opzichte van het bedrag van het verwachte fiscale voordeel (vgl. het arrest *Foggia*, punt 47). Of het in een concreet geval gerechtvaardigd is om toepassing van de in de Richtlijn voorziene faciliteiten geheel of gedeeltelijk te weigeren of het voordeel ervan teniet te doen, hangt af van de beoordeling van alle omstandigheden van het concrete geval (zie het arrest *Leur-Bloem*, punt 41). Ten slotte brengt richtlijnconforme uitleg mee dat de in artikel 14a, lid 10, van de Wet gebezigde term 'belastingheffing' ziet op alle belastingen waarop de Richtlijn betrekking heeft, aangezien (enkel) de belastingen waarop de Richtlijn uitdrukkelijk betrekking heeft in aanmerking kunnen komen voor de daarbij voorziene faciliteiten en dus binnen de werkingssfeer vallen van de uitzondering die is begrepen in artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn (vgl. het arrest *Zwijnenburg*, punt 50).

3.3.3.

Nederland heeft van de in artikel 11, lid 1, letter a, van de Richtlijn geboden mogelijkheid gebruik gemaakt door in artikel 14a, lid 6, van de Wet te bepalen dat de winst – behaald als gevolg van de splitsing – wel (zonder uitstel) in aanmerking wordt genomen indien de splitsing in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Anders dan de in artikel 11 van de Richtlijn gebezigde bewoording 'belastingfraude of -ontwijking' zijn in artikel 14a (in zowel het zesde lid, als in het in het onderhavige geval aan de orde zijnde tiende lid) van de Wet de woorden 'ontgaan of uitstellen van

belastingheffing' gebezigd.

3.3.4.

Richtlijnconforme uitleg van artikel 14a van de Wet brengt mee dat ontwijking van belasting-heffing slechts dan onder het anti-misbruikvoorbehoud valt indien de (voorgenomen) splitsing een volstrekt overheersend anti-fiscaal motief heeft en toepassing van de geboden fiscale faciliteiten zou leiden tot strijd met doel en strekking van de Richtlijn. Dit motief kan ook zijn gelegen in een uitstel van belastingheffing. Middel 2, dat blijkens zijn toelichting wil betogen dat het in artikel 14a, lid 6, van de Wet opgenomen anti-misbruikvoorbehoud verder gaat dan de Richtlijn toelaat, door ook het uitstellen van belastingheffing onder de term belastingontwijking te rangschikken, faalt derhalve.

3.4.1.

Met betrekking tot de door de Inspecteur gegeven beschikking heeft het Hof geoordeeld dat de Inspecteur zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de splitsing niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen en dat de Inspecteur terecht het standpunt heeft ingenomen dat de voorgenomen splitsing in overwegende mate geacht wordt te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Het Hof heeft in dit kader van belang geacht dat niet gebleken is dat conflicten bestaan tussen C en B en/of B's zonen die de te behalen bedrijfsresultaten van belanghebbende zullen beïnvloeden of het voortbestaan van belanghebbende bedreigen en dat op korte termijn geen bedrijfsopvolging wordt verwacht. Belanghebbende heeft het tegendeel niet aannemelijk gemaakt, aldus nog steeds het Hof. Volgens het Hof was de voorgenomen splitsing in overwegende mate gericht op het uitstellen van directe heffing van inkomstenbelasting, en andere doelen voor de splitsing heeft belanghebbende naar 's Hofs oordeel niet aannemelijk gemaakt.

3.4.2.

Middel 1 betoogt dat het Hof ten onrechte dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft geoordeeld dat in het onderhavige geval de voorgenomen splitsing niet op zakelijke overwegingen berust. Anders dan het middel kennelijk wil betogen is het Hof bij zijn oordeel, dat er tussen C enerzijds en B en zijn zonen anderzijds geen conflicten bestaan of binnenkort zullen ontstaan, niet uitgegaan van een onjuiste beoordelingsmaatstaf. 's Hofs oordeel is voor het overige van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk, zodat het in cassatie niet met vrucht kan worden bestreden. 's Hofs oordeel is ook niet onvoldoende gemotiveerd. Uitgaande van dit oordeel van het Hof, dat inhoudt dat de voorgenomen splitsing als enig doel heeft een alternatieve route te vormen voor de feitelijke uitkoop van een aandeelhouder, is sprake van het zodanig uitstellen van belasting dat strijd met doel en strekking van de Richtlijn ontstaat. Het Hof heeft derhalve terecht de beschikking van de Inspecteur in stand gelaten. Middel 1 faalt daarom eveneens."

7.8

De MvT bij het wetsvoorstel IB 2001 vermeldt dat de term 'actieve werkzaamheden' in het gelijkkluidende art. 3.57(4) Wet IB 2001 bedoeld is om – behoudens tegenbewijs – vennootschappen uit te sluiten die niet meer doen dan normaal vermogensbeheer:^[33]

"De term actieve werkzaamheden is gekozen teneinde een onderscheid te kunnen maken tussen vennootschappen bij wie de werkzaamheden niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer (passieve vennootschappen) en vennootschappen die materieel een onderneming drijven. Ingeval de vennootschap als passief kan worden aangemerkt, zal worden aangenomen dat de fusie niet is gericht op de herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden. Deze actieve werkzaamheden worden immers niet door een dergelijke vennootschap verricht. De faciliteit is in een dergelijke situatie dan ook niet van toepassing, tenzij belastingplichtige aannemelijk maakt dat de fusie niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. (...)"

7.9

De vraag is dus of het strookt met de Fusierichtlijn dat misbruik voorondersteld wordt als de bij de splitsing betrokken vennootschappen niet meer doen dan 'normaal vermogensbeheer'.

7.10

Onjuist lijkt mij het kennelijke oordeel van het Hof (r.o. 4.7 en 4.8) en het kennelijke standpunt van de Staatssecretaris dat herstructurering van normaal beheerd beleggingsvermogen, hoe noodzakelijk mogelijk ook om normaal te kunnen beheren, nooit 'zakelijk' is in de zin van de Fusierichtlijn omdat het om 'aandeelhoudersmotieven' gaat. Dat standpunt is onverenigbaar met de Fusierichtlijn, die minstens een reële tegenbewijsmogelijkheid eist en nergens suggereert dat een besluitvormingsbelemmerende aandeelhouders/bestuurdersruzie geen zakelijke reden voor splitsing kan zijn of dat een aandeelhouders/bestuurdersruzie per definitie onzakelijk is omdat alles dat ingegeven wordt door een aandeelhouders- en bestuurdersruzie 'aandeelhoudersmotieven' betreft en die per definitie onzakelijk zouden zijn. Dat standpunt valt ook niet te lezen in de in 7.8 geciteerde wetsgeschiedenis, die met zoveel woorden zegt dat het niet overstijgen van 'normaal vermogensbeheer' slechts een vermoeden oplevert dat de fusie niet is gericht op herstructurering of rationalisering van

actieve werkzaamheden (hetgeen zich laat horen: 'normaal vermogensbeheer' is per definitie geen 'actieve werkzaamheid'; dat was ook de bedoeling van het gebruik van die laatste term) en dat tegenbewijs van niet-fiscale motieven ook bij niet-actieve BV's wel degelijk toegelaten moet worden.

7.11

Als een belastingplichtige aannemelijk maakt dat de splitsing vooral dient om een aandeelhouders/bestuurdersruzie te beëindigen die normaal beleggingsvermogensbeheer door de vennootschap belemmert, maar bij die splitsing ook fiscaal rationeel wordt gehandeld, wordt mijns inziens niet 'in overwegende mate' beoogd 'de overdracht van onroerende zaken zonder dat overdrachtsbelasting is betaald' (zie 7.6 hierboven) en doet zich geen transactie voor waarmee 'enkel een zuiver fiscaal voordeel wordt nagestreefd' (zie 7.7 hierboven). Het ontbreken van een actieve onderneming sluit overwegend zakelijke overwegingen dus niet uit en een aandeelhouders/bestuurdersruzie is niet per definitie een antifiscale reden voor splitsing. Dit is alleen anders als (i) de belanghebbende geen besluitvormingbelemmerende ruzie aannemelijk maakt (maar dat heeft de belanghebbende in casu volgens de Rechtbank wél gedaan en het Hof zegt er niets over) of (ii) de fiscus aannemelijk maakt dat de splitsing ofwel een antifiscale omweg is ofwel een antifiscale omweg bevat naar het doel van beëindiging van de vennootschappelijke besluitvormings-belemmering. Ook daar zegt het Hof niets over.

7.12

De kennelijke benadering van het Hof (en de Staatssecretaris) leidt mijns inziens tot een *omweerlegbaar* categorisch bewijsvermoeden op basis van algemene kenmerken (niet meer dan normaal vermogensbeheer; aandeelhoudersmotieven). Dat strookt niet met de strekking van het algemene beginsel van EU-recht dat misbruik verboden is, van welk beginsel art. 15(1)(a) van de Fusierichtlijn een uitdrukking is, aldus het HvJ in *Kofoed*:^[34.]

"38.

Artikel 11 [thans 15; PJW], lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 weerspiegelt aldus het algemene beginsel van gemeenschapsrecht, dat rechtsmisbruik is verboden. De justitiabelen kunnen in geval van fraude of misbruik geen beroep op het gemeenschapsrecht doen. De toepassing van de gemeenschapsregels kan niet zo ver gaan, dat misbruiken worden gedekt, dat wil zeggen transacties die niet zijn verricht in het kader van normale handelstransacties, maar uitsluitend met het doel om de door het gemeenschapsrecht toegekende voordelen op onrechtmatige wijze te verkrijgen (zie, in die zin, arresten van 9 maart 1999, Centros, C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 24; 21 februari 2006, Halifax e.a., C-255/02, Jurispr. blz. I-1609, punten 68 en 69; 6 april 2006, Agip Petroli, C-456/04, Jurispr. blz. I-3395, punten 19 en 20, en 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 35)."^[35.]

7.13

Het doel om misbruik tegen te gaan, heeft in art. 15 Fusierichtlijn hetzelfde bereik als het ongeschreven algemene beginsel van EU-recht dat misbruik verboden is, aldus het HvJ in de zaak C-14/16, *Euro Park Service*:^[36.]

"69

Wat de dwingende reden van algemeen belang in verband met de bestrijding van belastingfraude of belastingontwijking betreft volstaat het vast te stellen (...) dat die doelstelling dezelfde draagwijdte heeft wanneer zij wordt ingeroepen ingevolge het bepaalde in artikel 11 [thans 15; PJW], lid 1, onder a), van richtlijn 90/434 of als rechtvaardiging van een uitzondering op het primaire recht. De overwegingen in de punten 54 tot en met 56 van het onderhavige arrest, aangaande de evenredigheid van de wettelijke regeling in het hoofdgeding die betrekking hebben op die bepaling, gelden dus ook voor de beoordeling of die wettelijke regeling evenredig is vanuit het oogpunt van de vrijheid van vestiging. Hieruit volgt dat een wettelijke regeling als die in het hoofdgeding, die een algemeen vermoeden van belastingfraude of belastingontwijking hanteert, verder gaat dan ter bereiking van genoemd doel noodzakelijk is en een belemmering van die vrijheid dus niet kan rechtvaardigen."

7.14

Volgens HvJ *Deister & Juhler*:^[37.] (over de EU-Moeder-Dochterrichtlijn) moet een nationale implementatiebepaling tot voorkoming van misbruik van Richtlijnvoordelen voldoende toespitst zijn op het te bestrijden misbruik en moet de nationale rechter in elk concreet geval de individuele transactie in haar geheel onderzoeken. Abstract geformuleerde misbruikcriteria moeten voldoende op concreet misbruik wijzen en de initiële bewijslast ('een begin van bewijs' of 'aanwijzingen') moet op de fiscus rusten, en de belastingplichtige moet steeds effectief gelegenheid hebben tot (tegen)bewijs van niet-misbruikelijke redenen voor de transactie:^[38.]

"62.

Bij het onderzoek of met een transactie fraude en misbruik wordt nagestreefd, kunnen de bevoegde nationale autoriteiten niet ermee volstaan vooraf vastgestelde algemene criteria toe te passen, maar zij moeten in elk concreet geval de betreffende transactie in haar geheel onderzoeken. De vaststelling van een belastingregel van algemene strekking die

bepaalde categorieën van belastingplichtigen automatisch van het belastingvoordeel uitsluit, zonder dat de belastingdienst gehouden is zij het maar een begin van bewijs of aanwijzingen van fraude en misbruik over te leggen, gaat verder dan ter voorkoming van fraude en misbruik noodzakelijk is (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak)."

7.15

Specifiek ter zake van het antimisbruikvoorbehoud in de Fusierichtlijn heeft het HvJ in de zaken *Leur-Bloem*^[39] en *Foggia*^[40] overwogen dat het ontbreken van activiteiten in een verwervende vennootschap resp. het ontbreken van zowel activa als activiteit in een over te nemen vennootschap, op zichzelf niet betekent dat de fusie of splitsing geen zakelijke grond kan hebben. Dat ontbreken impliceert dus op zichzelf niet dat de fusie of splitsing als hoofddoel of één der hoofddoelen belastingontwijking heeft. R.o. 4.2 van HR *BNB* 2008/245 (zie hieronder in dit onderdeel) luidt in gelijke zin. *Foggia* en HR *BNB* 2008/245 komen erop neer dat ontbreken van ondernemingsactiviteit weliswaar het doel van belastingontwijking kan doen veronderstellen, maar dat steeds een onderzoek naar alle relevante omstandigheden is vereist en steeds effectief tegenbewijs toegelaten moet worden. In *Leur-Bloem* overwoog het HvJ:

"37.

Derhalve staat het feit, dat de verwervende vennootschap in de zin van artikel 2, sub h, van de richtlijn niet zelf een onderneming drijft, of dat dezelfde natuurlijke persoon die enig aandeelhouder en directeur van de verworven vennootschappen was, enig aandeelhouder en directeur van de verwervende vennootschap wordt, niet eraan in de weg dat de rechtshandeling als een aandelenruil in d zin van artikel 2, sub d, van de richtlijn wordt aangemerkt. Evenmin is het noodzakelijk, dat de onderneming van twee vennootschappen in financieel en economisch opzicht duurzaam in één eenheid wordt samengebracht, om deze rechtshandeling als een aandelenruil in de zin van deze bepaling te kunnen aanmerken. (...).

41.

Bij het onderzoek of de bedoelde rechtshandeling een dergelijk doel [belastingfraude of -ontwijking; PJW] heeft, kunnen de bevoegde nationale autoriteiten zich (...) niet ertoe beperken vooraf vastgestelde algemene criteria toe te passen, doch moeten zij in elk concreet geval deze rechtshandeling in haar geheel onderzoeken. Volgens vaste rechtspraak dient een dergelijk onderzoek vatbaar te zijn voor rechterlijke toetsing (zie in die zin arrest van 31 maart 1993, zaak C-19/92, Kraus, Jurispr. 1993, blz. I-1663, r.o. 40).

42.

Dit onderzoek kan eventueel mede de door de verwijzende rechter in zijn tweede vraag, sub a tot en met d, genoemde elementen omvatten. Geen van deze elementen kan evenwel op zichzelf doorslaggevend worden geacht. Een fusie of herstructurering in de vorm van een aandelenruil als gevolg waarvan een nieuwe houdstermaatschappij ontstaat die dus geen onderneming bezit, kan immers worden geacht op grond van zakelijke overwegingen te hebben plaatsgevonden."

In *Foggia* overwoog het HvJ:

"40.

Een fusie of herstructurering in de vorm van de overname van een onderneming die geen activiteiten uitoefent en geen eigen activa in de overnemende onderneming inbrengt, kan vanuit het oogpunt van laatstbedoelde immers toch op grond van zakelijke overwegingen hebben plaatsgevonden. (...).

52.

Op de gestelde vragen, (...), moet dus worden geantwoord dat artikel 11 [thans 15; PJW], lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 aldus moet worden uitgelegd dat bij een fusie tussen twee vennootschappen die tot dezelfde groep behoren, het feit dat de overgenomen vennootschap ten tijde van de fusie geen activiteiten uitoefent, geen financiële participaties aanhoudt en aan de overnemende vennootschap slechts grote verliezen van onbestemde oorsprong overdraagt, kan doen veronderstellen dat aan deze transactie geen „zakelijke overwegingen" in de zin van deze bepaling ten grondslag liggen, ook al heeft deze transactie als positief effect dat de groep structurele kosten bespaart. De verwijzende rechter moet, gelet op alle omstandigheden van het geding waarin hij uitspraak moet doen, nagaan of alle bestanddelen van het vermoeden van belastingfraude of -ontwijking, in de zin van deze bepaling, in het kader van dit geding zijn vervuld."

U overwoog in HR *BNB* 2008/245:^[41]

"4.2.

Voor zover de klachten betogen dat het Hof ten onrechte betekenis heeft toegekend aan de omstandigheid dat Beheer BV niet actief was, falen zij. Dat Beheer BV zelf geen onderneming drijft welke door de fusie met de onderneming van de inbrengende vennootschap wordt samengevoegd, staat weliswaar aan de toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit niet in de

weg (vgl. HR 4 februari 1998, nr. 30 074, *BNB* 1998/176), maar het Hof heeft die omstandigheid niet op zichzelf als een belemmering voor de fusiefaciliteit aangemerkt, doch slechts als een aanwijzing dat de voorgenomen bedrijfsfusie als een omweg moet worden aangemerkt. Dit laatste stond het Hof vrij.
(...).

4.3.3.

De Hoge Raad acht (...) niet voor redelijke twijfel vatbaar dat voor het antwoord op de vraag of het hoofddoel of een der hoofddoelen van de bedrijfsfusie belastingfraude of belastingontwijking was, artikel 11 [thans 15; PJW], lid 1, letter a, van de Richtlijn zo moet worden uitgelegd dat alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. In het onderhavige geval is dat mede de omstandigheid dat het (indirecte) belang in de onderneming van belanghebbende mede zou komen te berusten bij de ouders, terwijl het klaarblijkelijk de bedoeling was dat het belang bij die onderneming geheel bij de zoon en diens echtgenote zou (blijven) berusten. Gelet hierop kon het Hof, hoezeer ook de wens de panden a-straat 1 en 2 samen te brengen in één onderneming berustte op zakelijke overwegingen, oordelen dat de voor het realiseren van dit zakelijke doel gekozen omweg van de inbreng van belanghebbendes onderneming in Beheer BV (de bedrijfsfusie) niet door zakelijke overwegingen was ingegeven. De klachten falen derhalve in zoverre."

In HR *BNB* 2008/245 werkte het onderzoek naar alle relevante omstandigheden ten nadele van de belanghebbende uit. Maar het omgekeerde kan uiteraard ook.

7.16

HR *BNB* 2000/111^[42] betrof een advocaat met een praktijk-BV die zijn praktijk liet uitzakken in een nieuwe dochter-BV en vervolgens een aandelenruil met een nieuwe holding (en winstuitkering) wenste ter beperking van mogelijke schadeclaims jegens de oude praktijk-BV. U overwoog met zoveel woorden dat ook bij afwezigheid van de in art. 15(1)(a) Fusierichtlijn genoemde (voorbeelden van) zakelijke overwegingen de faciliteiten gebruikt kunnen worden als belastingfraude of -ontwijking maar niet het hoofddoel of een der hoofddoelen van de operatie is:

"3.1.

(...). Belanghebbende is advocaat. Voorheen verrichtte hij zijn werkzaamheden in dienstbetrekking bij A BV. Van die vennootschap was hij directeur en enig aandeelhouder. A BV was lid van een maatschap van advocaten, notarissen en belastingadviseurs (hierna: de maatschap). De ondernemingsactiviteiten van A BV worden thans gedreven voor rekening van de op 28 februari 1997 opgerichte dochtervennootschap C BV. Het aandeel in de maatschap is ten titel van storting op aandelen per 1 januari 1997 ingebracht in deze vennootschap. Bij statutenwijziging van 28 februari 1997 is de naam van A BV gewijzigd in D BV. Belanghebbende wenst door middel van een aandelenruil zijn aandelen D BV over te dragen aan een op te richten houdstervennootschap (hierna: de aandelenruil). Aangezien de aandelen D BV een aanmerkelijk belang vertegenwoordigen, zou de aandelenruil aanleiding geven tot heffing van inkomstenbelasting. Ter voorkoming hiervan heeft belanghebbende een beroep gedaan op de vrijstelling voor aandelenfusies als bedoeld in artikel 40, lid 1, in verbinding met artikel 14b, lid 2, onderdeel a, van de Wet (hierna: de fusiefaciliteit).

- 3.2.

Het Hof heeft onderzocht of zich hier een geval van belastingfraude of -ontgaan voordoet, die grond oplevert om belanghebbende de fusiefaciliteit te ontzeggen. Het Hof heeft geoordeeld: dat de Inspecteur erop heeft gewezen dat één van de hoofddoelen van de herstructurering is om uitstel van belastingheffing te creëren; dat het deze stelling niet begrijpt aangezien het uitstel van belastingheffing juist het wezen van de fusiefaciliteit uitmaakt; dat een herstructurering, ingegeven door het doel om de beroepspraktijk te beschermen tegen excessieve schadeclaims, berust op een solide zakelijk motief; dat de Inspecteur derhalve niet is geslaagd in het leveren van het van hem te verlangen bewijs dat sprake is van belastingfraude of -ontgaan. Het Hof heeft aan deze oordelen de gevolgtrekking verbonden dat de aandelenruil voldoet aan de eisen van artikel 14b, lid 2, onderdeel a, van de Wet. Tegen voormelde oordelen keert zich het middel.

- 3.3.

Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 4 februari 1998, nr. 30 074, *BNB* 1998/176, brengt mee dat ook zonder de in artikel 11, lid 1, letter a, tweede zinsdeel, van de Richtlijn 90/434/EEG, *PbEGL* 2555/1, bedoelde zakelijke overwegingen voor de aandelenruil van de fusiefaciliteit gebruik gemaakt kan worden, mits belastingfraude of -ontwijking maar niet het hoofddoel of een der hoofddoelen van de aandelenruil is. Derhalve moest door het Hof worden onderzocht of de aandelenruil ook zou worden uitgevoerd, indien het niet-fiscale doel niet zou bestaan.

- 3.4.

In 's Hof's hiervóór in 3.2 weergegeven oordelen ligt besloten het oordeel, dat de aandelenruil is ingegeven door de wens te voorkomen dat D BV nog met vrucht aansprakelijk kan worden gesteld voor de praktijkuitoefening tot de datum van inbreng

in C BV, zulks met gebruikmaking van de mogelijkheden tot belastinguitstel die een gefacilieerde aandelenruil biedt, waaronder die met betrekking tot de uitkering van de winstreserves van D BV aan de op te richten vennootschap. Het op grond hiervan door het Hof gegeven oordeel dat belastingfraude of -ontwijking niet het hoofddoel of een der hoofddoelen van de aandelenruil is, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Dit oordeel is ook niet onbegrijpelijk.”

7.17

Het Hof had in de thans door u te beoordelen zaak dus moeten onderzoeken of de splitsing ondanks het normaal-vermogensbeheerkarakter van de bezigheden van de splitsende en verkrijgende vennootschappen al dan niet overwegend gericht was op ontgaan van overdrachtsbelasting, met name of ook gesplitst zou zijn als geen aandeelhouders- en bestuurdersruzie (de niet-fiscale overweging) had bestaan. Dat heeft het Hof niet gedaan. Hij heeft (i) uit het enkele ontbreken van meer dan normaal vermogensbeheer afgeleid dat geen “zakelijke overwegingen” voor de splitsing bestonden en (ii) geoordeeld dat de belanghebbende niet heeft gesteld dat en waarom “ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen, geen sprake is van een splitsing die in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen vast de heffing van overdrachtsbelasting.” Oordeel (ii) impliceert dat het Hof de door de belanghebbende gestelde en gemotiveerde bestuurdersruzie ongemotiveerd irrelevant heeft geacht. Oordeel (ii) is bovendien een contradictie in termen. Het Hof eist dat de belanghebbende “ondanks het ontbreken van zakelijke overwegingen” bewijs levert van zakelijke overwegingen. Dat is onmogelijk, tenzij het Hof met ‘zakelijk’ iets anders bedoelt dan niet-fiscaal, maar als het Hof dat bedoelt, is dat mijns inziens rechtskundig onjuist, want met ‘zakelijke overwegingen’ in art. 15(1)(a) Fusierichtlijn worden mijns inziens wel degelijk (uitsluitend) *niet*-fiscale overwegingen bedoeld. Ontbreken zakelijke overwegingen, dan impliceert dat per definitie (‘zakelijk’ = niet-fiscaal) dat er alleen fiscale overwegingen zijn.

7.18

Het Hof kon mijns inziens dus niet zonder schending van het recht ‘ontbreken van zakelijke overwegingen’ als uitgangspunt voor omkering van de bewijslast nemen, maar hoogstens ‘ontbreken van herstructurering of rationalisering van activiteiten’, of ‘ontbreken van ondernemingsactiviteiten’, want alleen dát activeert het misbruikvermoeden, en het gegeven dat tegenbewijs mogelijk moet zijn, impliceert dat *andere* zakelijke overwegingen dan herstructurering of rationalisering van activiteiten bestaan, zoals de in HR BNB 2000/111 bedoelde aansprakelijkheidsbeperking of het in *Foggia* bedoelde mogelijke zakelijke belang bij overneming van een vennootschap zonder activiteit – of bijvoorbeeld het belang bij beëindiging van een besluitvormingsbelemmerende aandeelhouders/bestuurdersruzie.

7.19

Het Hof heeft kennelijk als volgt geredeneerd: (i) normaal vermogensbeheer impliceert *altijd* ontbreken van ‘zakelijke overwegingen’ zoals bedoeld in (uiteindelijk) de Fusierichtlijn en activeert dus *altijd* het misbruikvermoeden (r.o. 4.7); (ii) ruzie tussen twee 50%-aandeelhouders die tevens de twee bestuurders van de vennootschap zijn, is *nooit* een zakelijke overweging vanuit het perspectief van de vennootschap (r.o. 4.6 en 4.8).

7.20

Beide oordelen lijken mij onjuist. Oordeel (i) lijkt mij onverenigbaar zowel met HvJ *Foggia* (zie 7.15: zelfs het ontbreken van *elke* activiteit impliceert op zichzelf geen misbruik) als met HvJ *Deister en Juhler* (zie 7.14; uit niets in de Hofuitspraak blijkt dat de Inspecteur een begin van bewijs van misbruik heeft overgelegd, hoewel de initiële bewijslast op de inspecteur rust); het Hof stelt dat de Inspecteur iets ‘gemotiveerd betwist’ zou hebben, maar dat impliceert in de eerste plaats dat het Hof ten onrechte de initiële bewijslast dat er géén aanwijzingen voor misbruik zijn, op de belanghebbende heeft gelegd, en in de tweede plaats blijkt uit niets waaruit die motivering door de Inspecteur zou hebben bestaan). Oordeel (i) is mede onjuist omdat de term ‘zoals’ in art. 15(1)(a) Fusierichtlijn impliceert dat ook andere zakelijke overwegingen denkbaar zijn dan herstructurering of rationalisering van activiteiten, die volgens *Foggia* dus niet eens bij alle betrokken vennootschappen aanwezig hoeven te zijn, en dus te minder noodzakelijk rokende schoorstenen of zoemende servers moeten zijn.

7.21

Oordeel (ii) acht ik onjuist omdat de Fusierichtlijn en de rechtspraak van het HvJ mijns inziens niet toelaten dat de gemotiveerd gestelde wens om een einde te maken aan een besluitvormingsverlamende ruzie tussen de aandeelhouders, tevens bestuurders van een vermogensbeheerende BV, zonder enig onderzoek en zonder enige motivering door de feitenrechter als antifiscaal wordt aangemerkt. Voor zover feitelijk, is oordeel (ii) verder geheel ongemotiveerd. ‘s Hof mogelijke opvatting dat een aandeelhoudersruzie nooit een zakelijke overweging *van de vennootschap* voor splitsing kan zijn, lijkt mij onjuist in gevallen waarin die ruzie het functioneren van de vennootschap belemmert, en ziet er aan voorbij dat in casu de twee aandeelhouders ook de twee bestuurders zijn, zodat de ruzie ook een bestuurdersruzie is, die volgens de belanghebbende haar besluitvorming verlamt. Wellicht acht het Hof dat allemaal niet aannemelijk, of meent hij dat er bij normaal vermogensbeheer niets te besturen valt, maar we weten het niet, want feitelijk onderzoek en motivering of

explicitering ontbreken.

7.22

Ik meen daarom dat de middelen (i), (ii) en (iii) in zoverre doel treffen, zowel rechtskundig als in zoverre zij klagen over motiveringsgebreken, maar mijns inziens leidt alleen middel (iii) tot cassatie: gegeven *Foggia*, kon het Hof vermoedelijk wel het ontbreken van meer activiteit dan normaal vermogensbeheer voldoende achten om het bewijsvermoeden te activeren, maar hij had vervolgens alle feiten en omstandigheden rond de gemotiveerd gestelde aandeelhouders/bestuurdersruzie moeten onderzoeken en moeten vaststellen dat ofwel – zoals de fiscus stelt – die ruzie de vennootschappelijke besluitvorming niet hinderde of alleen maar goed uitkwam om een overdracht van onroerend goed in te vermommen, ofwel de splitsing in het licht van het beoogde niet-fiscale doel een antifiscale omweg was of bevatte.

7.23

De Rechtbank heeft de bewijslast mijns inziens correct verdeeld en is terecht ingegaan op de argumenten van de belanghebbende, die zij overtuigend achtte (zie 2.7 hierboven). Het staat de hoger-beroepsrechter uiteraard vrij – dat is zijn taak als de feiten daartoe nopen – om er anders over te denken en met de Staatssecretaris te oordelen dat (i) “de splitsing (...) feitelijk de verdeling van beleggingsvermogen (is),” dus een omweg om Broer's indirecte belang in [H] (de OZR) onbelast aan Zus over te dragen tegen toedeling aan Broer van de vorderingen op Broer's vennootschappen plus een onderbedelingsvordering, en (ii) de – ook door de Inspecteur erkende – slechte verhouding tussen Broer en Zus er als gelegenheidsargument bijgesleept is, althans niet wegneemt dat de overwegende reden voor de splitsing besparing van overdrachtsbelasting was. Het Hof zal dat echter wel moeten doen (i) op rechtskundig correcte basis, dus op basis van de boven uiteen gezette Richtlijn- en dus HvJ-rechtspraakconforme interpretatie van het misbruikvoorbehoud in art. 5c Uitvoeringsbesluit BvR, (ii) op basis van een correcte bewijslastverdeling en (iii) op basis van feitenonderzoek en draagkrachtig gemotiveerd.

7.24

Het is de vraag of de uitkomst op die basis anders zal zijn, maar daarover valt in cassatie mijns inziens onvoldoende te zeggen, juist omdat het Hof geen feiten heeft onderzocht en niet heeft gemotiveerd.

8. Conclusie

Ik geef u in overweging het cassatieberoep van de belanghebbende gegrond te verklaren en de zaak te verwijzen naar een ander gerechtshof.

Noot

Auteur: R.J. de Vries

De drie kernbeslissingen van de Hoge Raad in een notendop

1.

Een procedure over de heffing van overdrachtsbelasting met een sterke vennootschapsbelastinginslag, zo zou het onderhavige geding kunnen worden getypeerd. Het belangrijkste rechtsoordeel van de Hoge Raad in het thans te bespreken arrest is te vinden in r.o. 2.3.2. Dit rechtsoordeel houdt in dat de (juridische) splitsingsvoorwaarden ex art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV juncto art. 5c lid 1 Uitv. besl. BRV inzake de vrijstelling van overdrachtsbelasting in overeenstemming met (art. 15 lid 1 aanhef en onderdeel a van) de Fusierichtlijn 2009 dienen te worden uitgelegd en toegepast. Deze materieelrechtelijke gelijkschakeling van de overdrachtsbelasting met de vennootschapsbelasting wat betreft de (juridische) splitsing brengt volgens dit rechtscollège blijkens r.o. 2.5 echter niet mee dat de inspecteurs overdrachtsbelasting gehouden zijn om de beslissingen op dit terrein van hun collega's vennootschapsbelasting te volgen. Het gaat hier om de soms in de vorm van goedkeurende beschikkingen door de vennootschapsbelastinginspecteurs op de voet van art. 14a lid 8 Wet VPB 1969 genomen besluiten maar eveneens om de beslissingen die de bevoegde inspecteurs vennootschapsbelasting (althans in mijn praktijkervaring) vaker nemen in de vorm van informele, zij het schriftelijke, afstemmingen vooraf. Voorts 'omarmt' de Hoge Raad in het (juridische) splitsingskader de jurisprudentie die het Hof van Justitie heeft gewezen met betrekking tot de rechtsfiguren van de aandelenfusie en juridische fusie. Ten slotte maakt hij het volgende duidelijk: de enkele omstandigheid dat een (materieel) onderneming bij een of meer van de (bij een (juridische) splitsing) betrokken rechtspersonen ontbreekt, sluit niet uit dat een overdrachtsbelastingvrijstelling kan worden verleend. Al deze drie rechtsoordelen onderschrijf ik volledig.

A = B, dat wil zeggen zuiver nationale aandelenfusies, (juridische) splitsingen en juridische fusies worden voor de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting op dezelfde wijze behandeld als intracommunautaire aandelenfusies, (juridische) splitsingen en juridische fusies

2.

De Nederlandse wetgever heeft er nadrukkelijk voor gekozen om aandelenfusies, (juridische) splitsingen en juridische fusies waarbij uitsluitend in Nederland gevestigde en naar Nederlands recht opgerichte lichamen zijn betrokken, wat betreft de heffing van inkomsten- en vennootschapsbelasting op dezelfde wijze te behandelen als aandelenfusies, (juridische) splitsingen en juridische fusies waarin een of meer naar het recht van een andere EU-lidstaat opgerichte en/of aldaar gevestigde rechtspersonen participeren. Ik volsta op deze plaats met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van (in het bijzonder) de aandelenfusie, waarin onder meer het volgende door de Staatssecretaris van Financiën is opgemerkt (*Kamerstukken II 1991/1992, 22 338, nr. 3, p. 9*):

"Alhoewel het EG-recht er formeel niet toe dwingt om de binnenlandse aandelenfusies onder dezelfde (soepele) voorwaarden te faciliteren, acht ik het in het licht van de totstandkoming van de interne markt gewenst dat binnenlandse aandelenfusies onder dezelfde voorwaarden worden gefacilieerd als intra-communautaire aandelenfusies."

3.

In HR 4 februari 1998, nr. 30 074, *BNB 1998/176* (concl. plaatsvervangend P-G Van Soest, m.nt. J.A.G. van der Geld, is dan ook door de Hoge Raad in r.o. 3.4.1, eerste alinea, in relatie tot een aandelenfusie voor de toepassing van de inkomstenbelasting beslist:

"De Richtlijn is in beginsel niet van toepassing op zuiver nationale situaties. Nu echter de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Richtlijn tegelijkertijd situaties die onder de Richtlijn vallen, en situaties die daar niet onder vallen, op nauwkeurig identieke wijze in art. 14b, lid 2, letter b, respectievelijk letter a, van de Wet heeft geregeld, moet de regeling voor beide situaties op identieke wijze worden uitgelegd."

En plaatsvervangend P-G Van Soest had in onderdeel 4.2 van zijn (eerste) conclusie voor dat arrest in dienovereenkomstige zin geconcludeerd:

"Het belang voor de onderhavige situatie van de Fusierichtlijn vloeit voort uit de bedoeling van de Nederlandse wetgever voor fusies tussen Nederlandse vennootschappen dezelfde regeling te treffen als voor fusies tussen vennootschappen, gevestigd in onderscheiden Europese staten."

4.

Voorts wijs ik in dit verband – overigens slechts bij wijze van voorbeeld – op HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, *BNB 2012/261* (concl. A-G Wattel), met mijn noot. Dit arrest van de Hoge Raad laat er geen enkel misverstand over bestaan dat (ook) art. 14a Wet VPB 1969 – ongeacht of sprake is van zuiver interne of puur nationale (juridische) splitsingen dan wel intracommunautaire (juridische) splitsingen – Fusierichtlijnconform dient te worden geïnterpreteerd en toegepast. Vergelijk in het bijzonder r.o. 3.3.4. Kortom, in het kader van de heffing van vennootschapsbelasting^[1] worden puur nationale of zuiver interne aandelenfusies, (juridische) splitsingen en juridische fusies tegen de achtergrond van de Fusierichtlijn 2009 op één lijn gesteld met aandelenfusies, (juridische) splitsingen en juridische fusies waarbij een of meer lichamen zijn betrokken die naar het recht van een andere EU-lidstaat zijn opgericht en/of in een dergelijke staat zijn gevestigd. Anders geformuleerd: A (de fiscale facilitering(svoorwaarden) inzake een 'nationale' (aandelen)fusie en (juridische) splitsing in de vennootschapsbelasting) = B (de fiscale facilitering(svoorwaarden) inzake een 'Europeesrechtelijke' (aandelen)fusie en (juridische) splitsing in de vennootschapsbelasting).

A = C en dus C = A, dat wil zeggen de (vrijstellings)voorwaarden inzake de (juridische) splitsing in de overdrachtsbelasting sluiten (naadloos) aan bij de (faciliërings)voorwaarden met betrekking tot deze rechtsfiguur in de vennootschapsbelasting

5.

In HR 13 september 2019, nr. 18/04792, r.o. 2.3.5, *BNB 2019/175* (concl. A-G Wattel), m.nt. J.C. van Straaten en mijzelf, is de Hoge Raad tot de volgende slotsom gekomen:

"Met het stellen van de voorwaarden voor de vrijstelling van artikel 5c, lid 1, Uitvoeringsbesluit BRV heeft de wetgever beoogd aan te sluiten bij de splitsingsvrijstellingsvoorwaarden voor de vennootschapsbelasting".

Vervolgens verwijst dit rechtscollege in dezelfde r.o. 2.3.5 expliciet naar en sluit hij vervolgens naadloos aan bij het – in relatie tot de heffing van vennootschapsbelasting gewezen – zogeheten *Bulkgas* arrest (HR 2 juni 2006, nr. 41 942, *BNB 2006/282* (concl. A-G Wattel), m.nt. J.A.G. van der Geld, waarmee hij de nauwe (juridische) splitsingsband tussen de

overdrachts- en vennootschapsbelasting nader accentueert. *BNB 2019/175*^{c*} maakt met andere woorden duidelijk dat de (vrijstellings)voorwaarden die zijn opgenomen in art. 5c lid 1 Uitv.besl. BRV, op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd en toegepast als de gelijkkluidende voorwaarden die in de sfeer van de vennootschapsbelasting worden verbonden aan een fiscale faciëring van de (juridische) splitsing. Anders geformuleerd: C (de vrijstelling(svoorwaarden) betreffende een (juridische) splitsing in de overdrachtsbelasting) = A (de fiscale faciëring(svoorwaarden) betreffende een 'nationale' splitsing in de vennootschapsbelasting).

Als A = B en A = C of C = A dan is B = C

6.

In de onderhavige zaak heeft de Hoge Raad beslist dat de voorwaarden die zijn neergelegd in art. 5c lid 1 Uitv.besl. BRV, in overeenstemming met (art. 15 lid 1 onderdeel a van) de Fusierichtlijn 2009 dienen te worden geïnterpreteerd en toegepast. Weliswaar blijkt uit het zogenoemde *Zwijnenburgerarrest* – HvJ EU 20 mei 2010, zaak C-352/08, *BNB 2010/257* (concl. A-G Kokott), m.nt. J.A.G. van der Geld, – dat de Fusierichtlijn zich aan de overdrachtsbelasting niets gelegen laat liggen in die zin dat de (overheersende) bedoeling van de belastingplichtigen om overdrachtsbelasting te ontgaan geen reden kan zijn om de bedrijfsfusiefaciliteit ex art. 14 Wet VPB 1969 te weigeren,^[2] maar de eigen keuze van de Nederlandse wet- en besluitgever om de (juridische) splitsingsfaciliteiten in de overdrachts- en vennootschapsbelasting – mede tot uitdrukking komend in de gelijkkluidende (wet)teksten van art. 14a Wet VPB 1969 en art. 5c lid 1 Uitv.besl. BRV – materieelrechtelijk gelijk te schakelen leidt in de zienswijze van de Hoge Raad tot dit rechtsgevolg. In de onderhavige zaak heeft dit rechtscollage met andere woorden beslist: B (de fiscale faciëring(svoorwaarden) inzake een 'Europeesrechtelijke' (aandelen)fusie en (juridische) splitsing in de vennootschapsbelasting) = C (de vrijstelling(svoorwaarden) ten aanzien van een (juridische) splitsing in de overdrachtsbelasting). Naar het mij voorkomt is dit een logische of in elk geval consistente, want op *BNB 2019/175*^{c*} voortbouwende dan wel uit dat arrest voortvloeiende benadering van de Hoge Raad. Een benadering die mij bovendien aanspreekt.

De materieelrechtelijke gelijkschakeling van de overdrachtsbelasting met de vennootschapsbelasting gaat niet zo ver dat de inspecteurs overdrachtsbelasting verplicht zijn de fiscale faciëring van een (juridische) splitsing in de vennootschapsbelasting (automatisch) te volgen

7.

In het vierde cassatiemiddel van belanghebbende wordt betoogd dat de (juridische) splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting volledig aansluit bij de (juridische) splitsingsregeling die met het oog op de heffing van vennootschapsbelasting is getroffen, en dat diensgevolge de inspecteurs die bevoegd zijn voor de overdrachtsbelasting, (automatisch) zijn gebonden aan de door hun collega's in de sfeer van de vennootschapsbelasting verleende faciëring. Naast de materieelrechtelijke gelijkschakeling bepleit belanghebbende dus eveneens een formeelrechtelijke gelijkschakeling van de overdrachtsbelasting met de vennootschapsbelasting. In r.o. 2.5 verklaart de Hoge Raad dit vierde cassatiemiddel ongegrond onder verwijzing naar de onderdelen 6.1 t/m 6.4 uit de conclusie van A-G Wattel voor dit arrest. Ook deze beslissing van de Hoge Raad acht ik juist, want de materieelrechtelijke gelijkschakeling van de overdrachtsbelasting met de vennootschapsbelasting op het vlak van de (juridische) splitsing doet er niet aan af dat sprake is van twee totaal verschillende belastingsoorten. Voorts moet bedacht worden dat de rechtsgevolgen die samenhangen met de fiscale faciëring van een (juridische) splitsing, in beide belastingen wezenlijk van elkaar verschillen: de vrijstelling ex art. 15 lid 1 onderdeel h Wet BRV juncto art. 5c Uitv.besl. BRV leidt tot het (definitief) niet heffen van overdrachtsbelasting, dus belastingafstel, terwijl de fiscale faciëring van een (juridische) splitsing op de voet van art. 14a Wet VPB 1969 'slechts' resulteert in belastinguitstel. De vennootschapsbelastingclaim op het vermogen van de splitsende entiteit – welk vermogen civielrechtelijk onder algemene titel overgaat – wordt namelijk via de zogenoemde fiscale indeplaatsstelling op grond van art. 14a lid 2 en 3 Wet VPB 1969 doorgeschoven naar de verkrijgende lichamen. Tegen die achtergrond heb ik eerder, te weten in onderdeel 3 van mijn noot bij *BNB 2019/175*^c, mijn verbazing uitgesproken over het gegeven dat de wet- en besluitgever de (juridische) splitsing in de overdrachtsbelasting volledig heeft geschoeid op de (juridische) splitsingsleest van de vennootschapsbelasting.

8.

De in onderdeel 7 geschetste twee verschillen in combinatie met het feit dat in de parlementaire ontstaansgeschiedenis van de overdrachts- en vennootschapsbelasting nergens wordt gesteld dat de inspecteurs overdrachtsbelasting als het ware slaafs de vennootschapsbelastinggoedkeuringen, al dan niet in de vorm van formele beschikkingen ex art. 14b lid 8 Wet VPB 1969, moeten volgen, zijn mijns inziens op zich al voldoende reden om te concluderen dat de zienswijze van belanghebbende in het vierde cassatiemiddel rechtens onjuist is. Ook de passage uit het Besluit van 15 december 2005,

Stb. 2005, 688 waarnaar belanghebbende in onderdeel 4.2 van haar (vierde) cassatiemiddel verwijst, behelst niet een dergelijke formeelrechtelijke gelijkschakeling, terwijl die passage na het *Zwijnenburger* arrest bovendien is achterhaald. Want hoewel een overwegende gerichtheid van belastingplichtigen op het ontgaan van overdrachtsbelasting dus geen reden kan zijn om de fiscale facilitatie van (onder andere) een (juridische) splitsing in de sfeer van de vennootschapsbelasting te weigeren, kan er naar mijn mening geen twijfel over bestaan dat een dergelijke gerichtheid de (juridische) splitsingsvrijstelling in de overdrachtsbelasting zal blokkeren. In zoverre lopen de overdrachts- en vennootschapsbelasting dan ook niet parallel. Honorering van belanghebbendes standpunt had daarnaast tot 'inspectieshopping' kunnen leiden, want dit zou de facto hebben betekend dat de inspecteurs vennootschapsbelasting gebonden waren geweest aan de door hun collega's in de sfeer van de overdrachtsbelasting verleende vrijstellingen. Want als de formeelrechtelijke gelijkschakeling de ene kant op werkt (de inspecteurs overdrachtsbelasting zijn gebonden aan de (juridische) splitsingsbeslissingen van de inspecteurs vennootschapsbelasting), bestaat er naar mijn mening geen aanleiding om aan te nemen dat die gelijkschakeling ook niet de andere kant op zou werken (de inspecteurs vennootschapsbelasting zijn gebonden aan de (juridische) splitsingsvrijstellingen die zijn verleend door de inspecteurs overdrachtsbelasting). Ten slotte wijst A-G Wattel er in onderdeel 6.4 van zijn conclusie terecht op dat inspecteurs fouten kunnen maken; het is onwenselijk dat een inspecteur die bevoegd is ten aanzien van de ene belastingsoort (de overdrachtsbelasting), verplicht zou zijn een fout van een inspecteur op een ander belastingterrein (de vennootschapsbelasting) te volgen. Vice versa geldt natuurlijk hetzelfde.

De overdrachtsbelastingvrijstelling is ook mogelijk zonder (materiële) ondernemingsuitoefening door de diverse bij een (juridische) splitsing betrokken rechtspersonen; toetsing door het Hof van Justitie in de context van de EU-rechtelijk niet-geharmoniseerde overdrachtsbelasting?

9.

In r.o. 2.3.3 verwijst de Hoge Raad met het oog op de invulling van de uitdrukking 'zakelijke overwegingen' in art. 5c lid 1 Uitv.besl. BRV niet alleen naar het beroemde arrest *Leur-Bloem* – HvJ EG 17 juli 1997, ECLI:EU:C:1997: 369, *BNB* 1998/32 (concl. A-G Jacobs), m.nt. J.A.G. van der Geld, – maar tevens naar HvJ EU 10 november 2011, ECLI:EU:C:2011:718 (*Foggia*), *BNB* 2012/5, m.nt. G.T.K. Meussen. Beide arresten hebben echter niet betrekking op een (juridische) splitsing maar op een aandelenfusie respectievelijk juridische fusie. De Hoge Raad "acht niet voor redelijke twijfel vatbaar" dat de 'ondernemingsoordelen' van het Hof van Justitie in beide voornoemde arresten evenzeer gelden voor de (juridische) splitsing. De tekst van art. 15 lid 1 onderdeel a Fusierichtlijn 2009 maakt immers geen onderscheid tussen (aandelen)fusies en (juridische) splitsingen. Hij beslist vervolgens in lijn met die jurisprudentie van het Hof van Justitie dat het ontbreken van een (materiële) onderneming bij één of meer van de geïnvolveerde (splitsings)partijen niet per definitie aan het verlenen van een overdrachtsbelastingvrijstelling in de weg staat. Hoewel ik het ook met deze beslissing van de Hoge Raad (inhoudelijk) eens ben, roept de zojuist geciteerde uitdrukking nog wel een (formeelrechtelijke) EU-vraag op. De cassatietechnische formulering 'niet voor redelijke twijfel vatbaar' van dit rechtscollege impliceert namelijk het volgende: de Hoge Raad lijkt te veronderstellen dat hij in de onderhavige zaak prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie had kunnen stellen indien dat nodig mocht zijn geweest. Echter, wij hebben in casu te maken met een vrijstelling – dit in tegenstelling tot de casus in het arrest *Leur-Bloem* – in een EU-rechtelijk niet-geharmoniseerde belasting, te weten de Nederlandse overdrachtsbelasting, welke vrijstelling (al dan niet) toegepast moet worden in een zuiver binnenlandse verhouding. Dan is het, zo dunkt me, niet vanzelfsprekend dat het Hof van Justitie zich bevoegd zal verklaren eventuele prejudiciële vragen te beantwoorden.

Hoe nu verder met de overdrachtsbelastingvrijstellingen betreffende de juridische fusie, de bedrijfsfusie en de (juridische) splitsing?

10.

Het nu centraal staande arrest ligt in het verlengde van *BNB* 2019/175*, waardoor de uitkomst ervan geenszins hoeft te verbazen. Wel illustreert dit arrest naar mijn gevoel andermaal dat de materieelrechtelijke gelijkschakeling van de overdrachtsbelastingvrijstelling inzake (juridische) splitsingen met de fiscale facilitatie van die rechtsfiguur in de sfeer van de vennootschapsbelasting enigszins 'ongemakkelijk' is. De fiscale rechtspraak is echter zonder meer gebaat bij de helderheid die de Hoge Raad met het onderhavige arrest heeft verschaft. Mochten de rechtsgevolgen van deze jurisprudentie van de Hoge Raad het Ministerie van Financiën 'erg zwaar op de maag liggen', met name omdat het niet de bedoeling is geweest om de Europeesrechtelijke rechtspraak van het Hof van Justitie (mede) maatgevend te laten zijn voor de overdrachtsbelastingvrijstelling betreffende de (juridische) splitsing, dan rest er maar één optie en zijn de (overdrachtsbelasting)wet- en besluitgever aan zet. Ongeacht of daadwerkelijk tot een dergelijke stap zal worden besloten, bestaat er naar mijn mening sowieso aanleiding voor de (overdrachtsbelasting)besluitgever om nog eens kritisch te kijken naar het huidige onderscheid tussen de overdrachtsbelastingvrijstellingen ex art. 5 bis (de juridische fusie), art. 5a (de

bedrijfsfusie) en art. 5c (de (juridische) splitsing) Uitv.besl. BRV. Met *BNB* 2019/175* en het thans besproken arrest worden de verschillen tussen de overdrachtsbelastingvrijstelling inzake (juridische) splitsingen enerzijds en de beide andere overdrachtsbelastingvrijstellingen anderzijds namelijk steeds groter, terwijl voor die discrepanties – althans in mijn beleving – geen overtuigende redenen bestaan.

Voetnoten "Uitspraak"

[1.]

ECLI:NL:PHR:2020:715.

[2.]

Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, *PbEU* L 310/34.

[3.]

HvJ 20 mei 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, C-352/08, na conclusie A-G Kokott, ECLI:EU:C:2010:282, punt 46; HvJ 10 november 2011, Foggia, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718, punt 44.

[4.]

HvJ 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, na conclusie Jacobs, ECLI:EU:C:1997:369, punt 37 en 42.

[5.]

HvJ 10 november 2011, Foggia, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718, punt 40.

[6.]

ECLI:NL:PHR:2020:715.

Voetnoten "Voorgaande uitspraak"

[1.]

Zie ook R.L.P. van der Velden en P. Visser, 'Het antimisbruikvoorbehoud van de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting', *WFR* 2020/15 par. 3.3.

[2.]

Zie R.L.P. van der Velden en P. Visser, 'Het antimisbruikvoorbehoud van de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting', *WFR* 2020/15 paragraaf 4.1.

[3.]

Zie A. Rozendal in 'Fiscale aspecten van ruziesplitsing', *FBN* 2016/09, paragraaf 4.4.

[4.]

Zie Noot Vakstudienieuws bij HR arrest HR 13 september 2019, 18/04792, *BNB* 2019/175, *V-N* 2019/43.9.

[5.]

Zie R.L.P. van der Velden en P. Visser, 'Het antimisbruikvoorbehoud van de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting', *WFR* 2020/15 paragraaf 5.3.

[6.]

Zie R.L.P. van der Velden en P. Visser, 'Het antimisbruikvoorbehoud van de splitsingsfaciliteit in de overdrachtsbelasting', *WFR* 2020/15 paragraaf 5.5.

[7.]

Zie Noot Vakstudienieuws bij HR arrest HR 13 september 2019, 18/04792, *BNB* 2019/175, *V-N* 2019/43.9.

Voetnoten "Conclusie"

[1.]

Rechtbank Gelderland 16 januari 2019, nr. AWB 17/6915, ECLI:NL:RBGEL:2019:142, *NtFR* 2019/292 met noot Simonis, *NLF* 2019/0660 met noot Sparidis.

[2.]

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, nr. 19/00225, ECLI:NL:GHARL:2019:10951, *V-N* 2020/7.16, *NtFR* 2020/339 met noot Simonis.

[3.]

Pagina 2 van het p.-v. van de zitting voor het Hof.

[4.]

Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB* 2019/175 met annotatie Van Straaten en De Vries, *FED* 2019/140 met annotatie Snoeks, *V-N* 2019/43.9 met annotatie Redactie, *NtFR* 2019/2313 met annotatie Simonis, *FutD* 2019/2363 met annotatie Redactie, *NLF* 2019/2150 met annotatie Van Gijlswijk.

[5.]

Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire

zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, *PbEUL* 310/34.

[6.]

Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB* 2019/175 met annotatie Van Straaten en De Vries, *FED* 2019/140 met annotatie Snoeks, *V-N* 2019/43,9 met annotatie Redactie, *NTFR* 2019/2313 met annotatie Simonis, *FutD* 2019/2363 met annotatie Redactie, *NLF* 2019/2150 met annotatie Van Gijlswijk.

[7.]

Hof Amsterdam 31 maart 2004, nr. 02/06079, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO8903.

[8.]

HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95, *Leur-Bloem*, na conclusie Jacobs, ECLI:EU:C:1997:369, Jur. EG 1997, p. I-4161, *BNB* 1998/32 met noot Van der Geld, *V-N* 1997/2857 pt. 25, *FED* 1997/768, met noot Weber.

[9.]

Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD9549.

[10.]

Hof Den Haag 1 mei 2002, nr. 01/01182, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE6131.

[11.]

HvJ EG 11 november 2011, zaak C-126/10, *Foggia*, ECLI:EU:C:2011:718, Jur. EG 2011, p. I-10923, *BNB* 2012/5 met noot Meussen, *V-N* 2011/62,28, *NTFR* 2011/2634 met commentaar Boulogne.

[12.]

Hoge Raad 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261 met annotatie De Vries, *FED* 2012/107 met annotatie Meussen, *V-N* 2012/34,16 met annotatie Redactie.

[13.]

Hoge Raad 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:A3829, *BNB* 2000/111.

[14.]

Voetnoot in het origineel: "Zie onder andere: Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 25 709, nr. 5, blz. 5-9."

[15.]

"Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26 728, nr. 3 (MvT), blz. 52-53, en bijvoorbeeld ook (...) Tweede Kamer, 1999-2000, 26 727, nr. 17 (NNV), p. 71."

[16.]

Hoge Raad 11 februari 2011, nr. 43 144bis, ECLI:NL:HR:2011:BN8066, *BNB* 2011/154 met annotatie Van der Geld.

[17.]

HvJ EG 20 mei 2010, zaak C-352/08, *Modehuis A. Zwijnenburg*, ne conclusie Kokott, ECLI:EU:C:2010:282, Jur. EG 2010, p. I-4303, *BNB* 2010/257 met noot Van der Geld, *V-N* 2010/24,14, *NTFR* 2010/1562 met commentaar Horzen.

[18.]

Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, *PbEUL* 310/34.

[19.]

HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95, *Leur-Bloem*, na conclusie Jacobs, ECLI:EU:C:1997:369, Jur. EG 1997, p. I-4161, *BNB* 1998/32 met noot Van der Geld, *V-N* 1997/2857 pt. 25, *FED* 1997/768, met noot Weber.

[20.]

Besluit van de kroon van 6 februari 1999, houdende wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer (splitsing van rechtspersonen), *Stb.* 1999, 68, p. 4-5.

[21.]

Besluit van 15 december 2005 tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer in verband met de afschaffing van de kapitaalsbelasting, alsmede van het Uitvoeringsbesluit belastingen op milieugrondslag in verband met de vrijstelling voor berekening en bevoeling in de grondwaterbelasting, *Stb.* 2005, 688, p. 6 en 8.

[22.]

Hoge Raad 13 september 2019, nr. 18/04792, ECLI:NL:HR:2019:1297, *BNB* 2019/175 met noot Van Straaten en De Vries, *FED* 2019/140 met noot Snoeks, *V-N* 2019/43.9, *NTFR* 2019/2313 met noot Simonis, *FutD* 2019/2363, *NLF* 2019/2150 met noot Van Gijlswijk.

[23.]

Kamerstukken II 1998/1999, 26 728, nr. 3 (MvT), p. 8: "Als gevolg van de wijzigingen die zijn opgenomen in de Wet inkomstenbelasting 2001, dienen de gevolgen van de verschillende fusiefaciliteiten zoals de aandelenfusie, de bedrijfsfusie en de overgang onder algemene titel in het kader van een fusie

of een splitsing voor de heffing van vennootschapsbelasting te worden aangepast. Deze aanpassingen zien met name op de antimisbruikbepaling die in de verschillende fusiefaciliteiten en de splitsing was opgenomen. Deze zijn aangepast en in lijn gebracht met de fusierichtlijn."

[24.]

Hoge Raad 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261 met annotatie De Vries, *FED* 2012/107 met annotatie Meussen, *V-N* 2012/34.16 met annotatie Redactie.

[25.]

HvJ EG 20 mei 2010, zaak C-352/08, *Modehuis A, Zwijnenburg*, na conclusie Kokott, ECLI:EU:C:2010:282, Jur. EG 2010, p. I-4303, *BNB* 2010/257 met noot Van der Geld, *V-N* 2010/24.14, *NTFR* 2010/1562 met commentaar Horzen.

[26.]

Zie met name HR 23 december 1998, nr. 33 813, ECLI:NL:HR:1998:AA2280, *BNB* 1999/167 met noot R.J. de Vries.

[27.]

Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 12 juni 2015, nr. 14/04015, ECLI:NL:HR:2015:1515, *BNB* 2015/166, r.o. 2.3.2.

[28.]

Al deze bepalingen maken gewag van de hoofdregel van weigering als de operatie "in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing" en van het bewijsvermoeden dat de operatie "(...) wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien de [operatie] niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden".

[29.]

Ik merk op dat de antimisbruikbepaling in de Wet op de dividendbelasting nog een tweede misbruikvermoeden bevat voor gevallen waarin splitsing leidt tot scheiding van bedrijf en ingehouden winsten (Art. 3a(4) Wet Divb), maar dat zich daar geen synchronisatieprobleem met de Fusierichtlijn voordoet, nu art. 3a Wet Divb geen uitvoering van de Fusierichtlijn is, die immers niet ziet op de dividendbelasting, en de wetgever bij die bepaling evenmin heeft verklaard aan te sluiten bij de misbruikbepaling in de Fusierichtlijn of in de Wet Vpb.

[30.]

Onderdeel 5.19 van de conclusie voor HR 11 februari 2011, nr. 43 144bis, LJN BN8066, *BNB* 2011/154 met noot Van der Geld, en onderdeel 10.4 van de conclusie voor HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261 met noot R.J. de Vries.

[31.]

Kamerstukken II 1995/1996, 24 428, nr. 3 (MvT), p. 12.

[32.]

Hoge Raad 29 juni 2012, nr. 10/00807, ECLI:NL:HR:2012:BP6629, *BNB* 2012/261 met annotatie De Vries, *FED* 2012/107 met annotatie Meussen, *V-N* 2012/34.16 met annotatie Redactie.

[33.]

Kamerstukken II 1998/99, 26 728, nr. 3 (MvT), p. 53.

[34.]

HvJ EG 5 juli 2007, zaak C-321/05, *Kofoed*, na conclusie Kokott, ECLI:EU:C:2007:408, Jur. EG 2007, p. I-5795, *V-N* 2007/34.12, *FED* 2007/71 met aantekening Smit.

[35.]

Zie ook van latere datum r.o. 50 van HvJ EG 11 november 2011, zaak C-126/10, *Foggia*, ECLI:EU:C:2011:718, Jur. EG 2011, p. I-10923, *BNB* 2012/5 met noot Meussen, *V-N* 2011/62.28, *NTFR* 2011/2634 met commentaar Boulogne.

[36.]

HvJ EU 8 maart 2017, zaak C-14/16, *Euro Park Service*, na conclusie Wathelet, ECLI:EU:C:2017:177, *NTFR* 2017/805 met noot Egelie, *V-N* 2017/17.12.

[37.]

HvJ EU 20 december 2017, gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16, *Deister en Juhler*, ECLI:EU:C:2017:1009, *BNB* 2018/56 met noot Egelie, *NTFR* 2018/47 met noot Ravelli, *V-N* 2018/2.18.

[38.]

Zie ook r.o. 44 van HvJ *Zwijnenburg*: "Bij het onderzoek of de voorgenomen transactie een dergelijk doel heeft, kunnen de bevoegde nationale autoriteiten zich er evenwel niet toe beperken vooraf vastgestelde algemene criteria toe te passen, doch moeten zij in elk concreet geval deze in haar geheel onderzoeken (arrest Leur-Bloem, reeds aangehaald, punt 41)." Zie ook r.o. 37 van HvJ EG 11 november 2011, zaak C-126/10, *Foggia*, ECLI:EU:C:2011:718, Jur. EG 2011, p. I-10923, *BNB* 2012/5 met noot Meussen, *V-N* 2011/62.28, *NTFR* 2011/2634 met commentaar Boulogne.

[39.]

HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-28/95, *Leur-Bloem*, na conclusie Jacobs, ECLI:EU:C:1997:369, Jur. EG 1997, p. I-4161, *BNB* 1998/32 met noot Van der Geld, *V-N* 1997/2857 pt. 25, *FED* 1997/768, met noot Weber.

[40.]

HvJ EG 11 november 2011, zaak C-126/10, *Foggia*, ECLI:EU:C:2011:718, Jur. EG 2011, p. I-10923, *BNB* 2012/5 met noot Meussen, *V-N* 2011/62.28, *NTFR* 2011/2634 met commentaar Boulogne.

[41.]

Hoge Raad 11 juli 2008, nr. 43 144, ECLI:NL:HR:2008:AZ8524, *NJB* 2008, 1528, *BNB* 2008/245 met annotatie Van der Geld

[42.]

Hoge Raad 1 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:A3829, *BNB* 2000/111.

Voetnoten "Noot"

[1.]

Ik laat de inkomstenbelasting in mijn noot verder buiten beschouwing, aangezien deze belasting voor de duiding van het onderhavige arrest verder niet van belang is.

[2.]

Voor de faciliteiten op grond van art. 14a Wet VPB 1969 (juridische splitsing) en art. 14b Wet VPB 1969 (juridische fusie) geldt hetzelfde als zojuist is opgemerkt ten aanzien van de bedrijfsfusie. De Fusierichtlijn 2009 heeft, zoals bekend, geen betrekking op de overdrachtsbelasting.

