

# Beperking van de aftrek van groepsrente in verband met winstdrainage per 1 januari 2007

Mr.dr.s. J.L. van de Streek\*



## 1. Inleiding

Art. 10a Wet VPB 1969 is gericht tegen constructies in groepsverband waarbij op gekunstelde wijze rentelasten worden gecreëerd die ten koste gaan van de Nederlandse belastinggrondslag. De constructies hebben een gekunsteld karakter omdat vanuit de groep bezien eigen vermogen wordt omgezet in vreemd vermogen of omdat bij de groep wél extern ingeleend vermogen binnen de groep op gekunstelde wijze wordt omgeleid. Veelal is het doel van deze constructies dat de rentebaten fiscaal vriendelijk neerslaan in het laagbelaste buitenland. In groepsverband is een fiscaal voordeel nou eenmaal snel behaald: renteaftrek in Nederland tegen een tarief van 25,5% (2007) en weinig of zelfs géén belastingheffing over de rentebaten in een *tax haven*. Aanvankelijk bestreed de fiscus al te opzichtige constructies met het leerstuk van de wetsontduiking (*fraus legis*). Hoewel niet geheel zonder succes, zijn dergelijke constructies met ingang van 24 december 1996 door middel van de introductie van art. 10a Wet VPB 1969 wettelijk aan banden gelegd.<sup>1</sup> Voorts hebben met ingang van 1 januari 2007 ingrijpende aanpassingen plaatsgevonden bij de Wet Werken aan winst van 30 november 2006, *Stb.* 2006, 631. Als gevolg van deze aanpassingen is art. 10a Wet VPB 1969 meer dan voorheen naast een codificatie van jurisprudentie een uitbreiding daarvan. In deze bijdrage staat integraal het per 1 januari 2007 geldende art. 10a Wet VPB 1969 centraal. Omdat art. 10a Wet VPB 1969 uitsluitend de aftrek van de rente verschuldigd op een groepslening aan banden legt, wordt allereerst in paragraaf 2 stilgestaan bij het groepskarakter van een geldlening. Vervolgens vereist art. 10a Wet VPB 1969 dat een eenmaal vastgestelde groepslening rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houdt met ten minste één van de opgesomde besmette rechtshandelingen. Met name hierin zit de ingewikkeldheid van art. 10a Wet VPB 1969. In paragraaf 3 wordt aan de hand van diverse voorbeelden op de besmette rechtshandelingen en hun verband met een groepslening ingegaan. Op deze plaats zij reeds opgemerkt dat – mede blijkens het tweede lid van art. 10a Wet VPB 1969 – van een verband tussen

de groepslening en de besmette rechtshandeling sprake kan zijn als het verstrekken van de groepslening plaatsvindt:

- tegelijkertijd met de besmette rechtshandeling, hetgeen zonder meer het geval is bij het schuldig blijven van een winstuitdeling, kapitaalruggeaaf, kapitaalstorting of koopsom van aandelen;
- voorafgaand aan de besmette rechtshandeling; én
- ná de besmette rechtshandeling.

Grofweg geldt dat als het verstrekken van de groepslening voorafgaat aan de besmette rechtshandeling, het doorgeens een zogenoemd ‘bestemmingsverband’ betreft. Met andere woorden: het geleende geld is gebruikt om een besmette rechtshandeling te financieren, zoals een winstuitdeling (zie voorbeeld 2 hierna). Als éérs de besmette rechtshandeling plaatsvindt en pas daarna de groepslening wordt verstrekt, gaat het vaak om een ‘herkomst’-verband. Dat wil zeggen dat niet van belang is wat het groepsonderdeel dat het geld leent vervolgens met de ontvangen gelden doet. Het verband tussen de geldlening en de besmette rechtshandeling zit dan veelal in de herkomst van de geldlening, te weten aan Nederland – via een besmette rechtshandeling, zoals een winstuitdeling – onttrokken eigen vermogen (zie voorbeeld 3 hierna).

Hoewel art. 10a Wet VPB 1969 in beginsel de renteaftrek weigert indien de groepslening verband houdt met een besmette rechtshandeling, heeft de belastingplichtige de mogelijkheid van tegenbewijs. De tegenbewijsmogelijkheden worden besproken in paragraaf 4. In paragraaf 5 wordt ingegaan op een tweetal complexe situaties. De tot nu gewezen jurisprudentie over art. 10a Wet VPB 1969 wordt in paragraaf 6 besproken. De bijdrage wordt afgesloten in paragraaf 7.

## 2. Groepsleningen

Art. 10a Wet VPB 1969 bestrijdt de winstuitholling in groepsverband die door middel van renteaftrek kan plaatsvinden. De beperking tot groepsverband betekent dat art. 10a Wet VPB 1969 alléén de aftrek van groepsrente uitsluit, dat wil zeggen de rente – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – die is verschuldigd op groepsleningen.

Van een groepslening is sprake indien de geldlening rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd aan

\* Mr.dr.s. J.L. van de Streek is verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en Ernst & Young Belastingadviseurs. Deze bijdrage is een bewerking van een onderdeel van de syllabus van het vak Belastingheffing van concerns.

<sup>1</sup> Zie over de van 24 december 1996 tot 1 januari 2007 geldende regeling O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Kluwer, Deventer 2005.

een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon in de zin van art. 10a, lid 4 tot en met 6, Wet VPB 1969. Vanwege de uitdrukking 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' dient voor de vraag of sprake is van een groepslening te worden gekeken naar de materiële werkelijkheid. Daarbij moet het ervoor worden gehouden dat een rechtens aan een derde verschuldigde geldlening, bijvoorbeeld een banklening, *in feite* een groepslening is indien het debiteurenrisico berust bij een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon én de belastingplichtige het geld niet zelfstandig had kunnen lenen.<sup>2</sup> Dit is bij uitstek aan de orde bij in groepsverhoudingen zeer gebruikelijke borg- en garantstellingen. Ter illustratie een voorbeeld.

#### Voorbeeld

BV M houdt alle aandelen in BV D. BV D leent € 500.000 van de bank, waarvoor BV M zich garant stelt. Op eigen kracht had BV D slechts € 200.000 van de bank kunnen lenen, dat wil zeggen zonder garantie van BV M. Het deel van de lening dat BV D niet zelfstandig had kunnen verkrijgen, te weten € 300.000, is dan *feitelijk* een groepslening.

Een rechtens aan een derde verschuldigde geldlening is *indirect* verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon indien een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon de derde door middel van een geldlening in staat heeft gesteld tot de verstrekking van eerstgenoemde geldlening.<sup>3</sup> Onder een derde wordt in dit kader zowel een (extra) verbonden lichaam als een derde (bijvoorbeeld een bank) verstaan. De uitdrukking 'indirect' ziet dus op het in de 'lening-stroom' tussenschakelen van een derde of een extra verbonden lichaam. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de moedervernootschap een deposito aanhoudt bij de bank, die dat vervolgens doorleent aan de dochtervernootschap. De door de dochtervernootschap verschuldigde bankrente is indirect groepsrente en kan dus uit hoofde van art 10a Wet VPB 1969 in aftrek worden beperkt. In paragraaf 5.1 wordt een voorbeeld besproken waarin een (extra) verbonden lichaam is tussengeschakeld in de 'lening-stroom'. Het ene verbonden lichaam heeft dan het andere verbonden lichaam via een geldlening in staat gesteld aan de belastingplichtige een geldlening te verstrekken. De laatstgenoemde geldlening is dan zowel direct als indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam.

<sup>2</sup> Zie O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Kluwer, Deventer 2005, p. 123.  
<sup>3</sup> Zie O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Kluwer, Deventer 2005, p. 123.

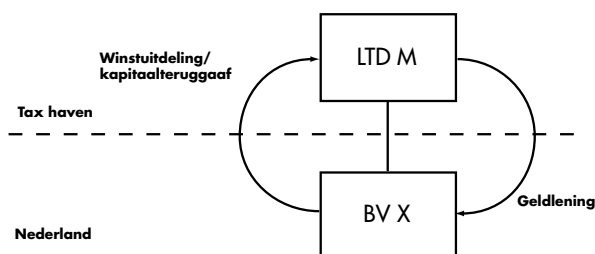
### 3. Besmette rechtshandelingen

#### 3.1. Winstuitdelingen en kapitaalrugga-ven

Op grond van art. 10a, lid 1, onderdeel a, Wet VPB 1969 wordt als besmette handeling aangemerkt een winstuitdeling of een kapitaalruggaaf door de belastingplichtige of door een met hem voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtig verbonden lichaam. Voorwaarde is dat de winstuitdeling of kapitaalruggaaf plaatsvindt binnen de groep, dat wil zeggen aan een met de belastingplichtige verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon. Indien de door de belastingplichtige verschuldigde groepslening rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houdt met een dergelijke winstuitdeling of kapitaalruggaaf, is de renteaftrek uitgesloten, behoudens tegenbewijs. Een eenvoudig voorbeeld betreft het door een dochtervernootschap openlijk schuldig blijven van een winstuitdeling aan haar moedervernootschap. Alsdan is sprake van een

groepslening die rechtens verband houdt met een winstuitdeling. Een en ander kan met behulp van de volgende figuur worden geïllustreerd.

#### Voorbeeld 1

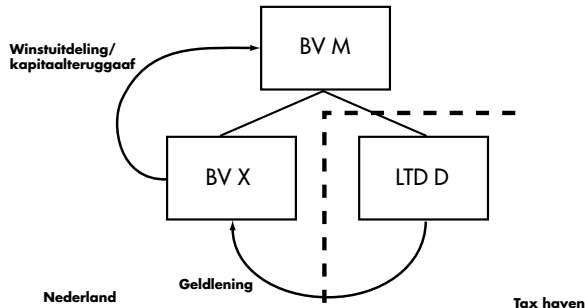


De belastingplichtige in dit voorbeeld is BV X. LTD M heeft een dubbelrol: zij is zowel het verbonden lichaam waarvan de winstuitdeling wordt gedaan als het verbonden lichaam dat de geldlening verstrekt. Indien in voorbeeld 1 géén sprake is van een schuldig erkenning, maar het verstrekken van de groepslening en de winstuitdeling los van elkaar plaatsvinden, kan sprake zijn van een feitelijk verband. Dat is bijvoorbeeld het geval indien BV X éerst de winstuitdeling verricht, waarna BV M de ontvangen gelden op haar beurt terugleent aan BV X. Van een feitelijk verband is eveneens sprake indien LTD M een geldlening verstrekt aan BV X, die BV X vervolgens gebruikt om de winstuitdeling te financieren. In beide gevallen gaat het om hetzelfde kasrondje.

Art. 10a, lid 1, onderdeel a, Wet VPB 1969 is voorts van toepassing indien de belastingplichtige een winstuitdeling

of kapitaal teruggaaf doet aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon en in verband daarmee leent van een ander verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon dan waaraan de winstuitdeling of kapitaal teruggaaf wordt gedaan. Ter illustratie een voorbeeld.

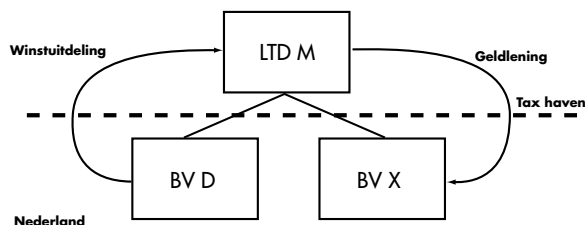
## Voorbeeld 2



In dit voorbeeld is de door BV X aan LTD D betaalde groepsrente in beginsel niet aftrekbaar, omdat BV X de groepslening bij LTD D heeft opgenomen om een winstuitdeling aan BV M te financieren. Het feit dat BV M in dit voorbeeld in Nederland is gevestigd, is niet van belang; BV X wordt ook geconfronteerd met de renteaftrekbeperking indien BV M feitelijk in het buitenland zou zijn gevestigd.

Ten slotte ziet art. 10a, lid 1, onderdeel a, Wet VPB 1969 op de situatie waarin de belastingplichtige niet zelf, maar een met hem verbonden lichaam dat onderworpen is aan de vennootschapsbelasting de winstuitdeling of kapitaal teruggaaf doet. Indien een door de belastingplichtige verschuldigde groepslening verband houdt met die winstuitdeling of kapitaal teruggaaf, schrappt art. 10a Wet VPB 1969 in beginsel de renteaftrek. Hierna is een voorbeeld opgenomen waarin de door de belastingplichtige verschuldigde groepslening feitelijk direct verband houdt met een winstuitdeling gedaan door een vennootschapsbelastingplichtig verbonden lichaam.

## Voorbeeld 3

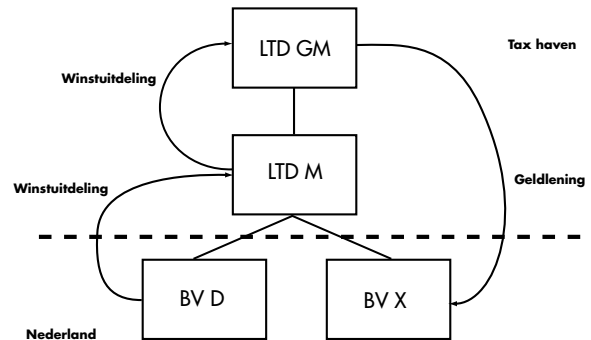


In dit voorbeeld doet BV D een winstuitdeling aan LTD M, die op haar beurt de verkregen middelen doorleent aan BV X. Wat BV X vervolgens doet met de verkregen groepslening is niet van belang. Het misbruikelement zit in deze situatie namelijk in de herkomst van de groepslening, te weten voormalig Nederlands eigen vermogen binnen de groep. Dat eigen vermogen wordt door een winstuitdeling of kapitaal teruggaaf aan Nederland onttrokken en

keert bij een ander groepsonderdeel in de vorm van een groepslening weer terug.

Ten slotte is een voorbeeld van een indirect feitelijk verband tussen de door het voor de heffing van vennootschapsbelastingplichtig verbonden lichaam gedane winstuitdeling en een aan de belastingplichtige verstrekte groepslening hierna afgebeeld. Van een indirect verband tussen een besmette rechtshandeling en een groepslening is (onder andere)<sup>4</sup> sprake indien een groepsonderdeel is tussengeschakeld.

## Voorbeeld 4



In dit voorbeeld functioneert LTD M als tussenschakel. Daarom houdt de door LTD GM aan BV X verstrekte geldlening *indirect* verband met de door het – voor de heffing van vennootschapsbelastingplichtig – verbonden lichaam BV D gedane winstuitdeling. Indirect, omdat de winstuitdeling door BV D en de door LTD GM aan BV X verstrekte geldlening aan elkaar kunnen worden 'geknoopt' door de winstuitdeling door tussenschakel LTD M aan LTD GM.<sup>5</sup>

## 3.2. Kapitaalstortingen

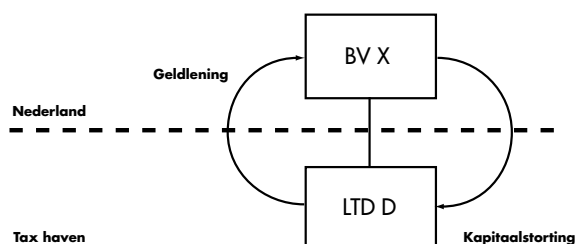
Op grond van art. 10a, lid 1, onderdeel b, Wet VPB 1969 wordt als besmette handeling aangemerkt een kapitaalstorting door de belastingplichtige, door een met hem voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtig verbonden lichaam dan wel door een met hem in Nederland woonachtig verbonden natuurlijk persoon. Voorwaarde is dat de kapitaalstorting plaatsvindt binnen de groep, dat wil zeggen in een met de belastingplichtige verbonden lichaam. Indien de door de belastingplichtige verschuldigde groepslening rechtens dan wel in feite direct

4 Onder andere, omdat ook in andere situaties, dat wil zeggen zonder tussenschakel, sprake kan zijn van een indirect verband tussen de groepslening en de besmette rechtshandeling. Zie par. 6 over een andere betekenis van de term 'indirect' als het gaat om het verband tussen de groepslening en de besmette rechtshandeling.

5 Zie goed dat als LTD M in voorbeeld 4 in Nederland is gevestigd, er sprake is van een *direct* verband tussen een winstuitdeling door een vennootschapsbelastingplichtig verbonden lichaam, te weten LTD M, en de door BV X verschuldigde groepslening. Zie verder goed dat in voorbeeld 4 sprake is van een door BV X indirect aan LTD M verschuldigde geldlening, indien LTD GM geen winstuitdeling doet aan LTD GM maar in plaats daarvan de van BV DM ontvangen winstuitdeling doorleent aan LTD GM. LTD M is dan tussengeschakeld in de 'lening-stroom' (zie par. 2 en par. 5.1).

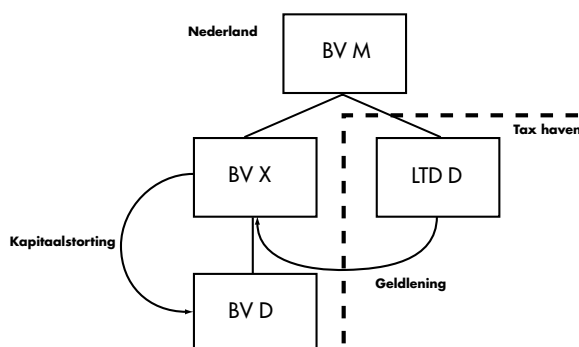
of indirect verband houdt met een dergelijke kapitaalstorting is de renteaftrek uitgesloten, behoudens tegenbewijs. Een eenvoudig voorbeeld betreft het door een moedervennootschap openlijk schuldig blijven van een kapitaalstorting in haar dochtervennootschap. Alsdan is automatisch sprake van een groepslening die rechtens verband houdt met een kapitaalstorting. Bovendien is het verbonden lichaam waarvan wordt geleend, te weten de dochtervennootschap, tevens het lichaam waarin de kapitaalstorting wordt gedaan. Een en ander kan met behulp van de volgende figuur worden geïllustreerd.

## Voorbeeld 5



Van een feitelijk verband tussen de groepslening en de kapitaalstorting in voorbeeld 5 kan sprake zijn indien de groepslening los van de kapitaalstorting wordt verstrekt, zoals bij een kasrondeje. Denk aan de situatie waarin BV X eerst de kapitaalstorting doet en vervolgens de gestorte gelden terugleent van LTD D. Of aan het geval waarin LTD D de geldlening verstrekt aan BV X om vervolgens de gelden in de vorm van een kapitaalstorting terug te krijgen. Art. 10a, lid 1, onderdeel b, Wet VPB 1969 is voorts van toepassing indien de belastingplichtige een kapitaalstorting doet in een verbonden lichaam en in verband daarmee leent van een ander verbonden lichaam dan waarin de kapitaalstorting wordt gedaan of van een verbonden natuurlijk persoon. Ter illustratie een voorbeeld.

## Voorbeeld 6

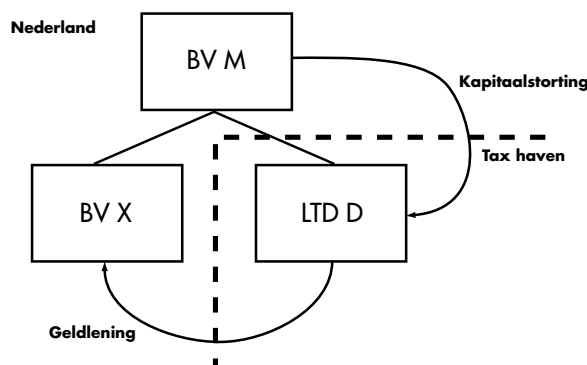


In voorbeeld 6 verstrekt een met de belastingplichtige BV X verbonden lichaam, te weten LTD D, een geldlening aan de belastingplichtige, die de ontvangen gelden vervolgens in de vorm van een kapitaalstorting doorsluis naar een ander verbonden lichaam, te weten BV D. Vanwege dit aanwezige feitelijke directe verband tussen de groepslening

en de kapitaalstorting sluit art. 10a, lid 1, onderdeel b, Wet VPB 1969 in beginsel de renteaftrek bij BV X uit. Dit geldt overigens niet indien BV X en BV D een fiscale eenheid vormen op de voet van art. 15 Wet VPB 1969. Dat komt omdat de kapitaalstorting binnen de fiscale eenheid non-existent is.<sup>6</sup>

Ten slotte heeft art. 10a, lid 1, onderdeel b, Wet VPB 1969 betrekking op het geval waarin de belastingplichtige niet zelf, maar een met hem voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtig verbonden lichaam een kapitaalstorting doet. Indien een door de belastingplichtige verschuldigde groepslening verband houdt met die kapitaalstorting, sluit art. 10a Wet VPB 1969 in beginsel de renteaftrek uit. Ter illustratie een voorbeeld waarin sprake is van een feitelijk direct verband tussen de groepslening en de kapitaalstorting.

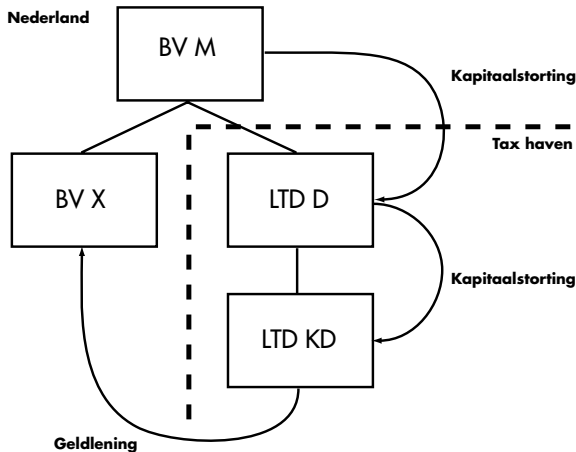
## Voorbeeld 7



In dit voorbeeld doet BV M een kapitaalstorting in LTD D, waarna LTD D de ontvangen gelden uitleent aan BV X. Wat BV X vervolgens doet met de verkregen groepslening is niet van belang. Het misbruikelement zit in deze situatie in de herkomst van de groepslening, te weten Nederlands eigen vermogen binnen de groep, waarvan de opbrengsten na de afstorting naar het laagbelaste buitenland doorgaans zullen vallen onder de deelnemingsvrijstelling. Hierna is een soortgelijk voorbeeld als voorbeeld 7 opgenomen, maar dan is sprake van een feitelijk indirect verband tussen de door het voor de heffing van vennootschapsbelastingplichtig verbonden lichaam gedane kapitaalstorting en een aan de belastingplichtige verstrekte groepslening.

<sup>6</sup> Voor de goede orde: binnen de fiscale eenheid is er wel sprake van verbondenheid tussen BV X en BV D, en wel omdat gevoegde lichamen onder het per 1 januari 20003 herziene regime van de fiscale eenheid subjectief belastingplichtig blijven.

## Voorbeeld 8



In dit voorbeeld vervult LTD D de functie van tussenschakel waardoor een feitelijk indirect verband ontstaat tussen de door LTD KD aan BV X verstrekte geldlening en de kapitaalstorting door BV M in LTD D. De besmette rechtshandeling, te weten de kapitaalstorting door BV M, en de door LTD KD verstrekte groepslening kunnen namelijk aan elkaar worden 'geknoopt' door de kapitaalstorting van LTD D in LTD KD.<sup>7</sup>

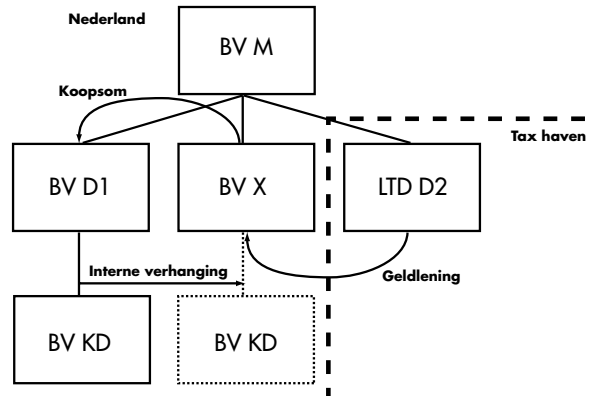
### 3.3. Aandelenovernames

Op grond van art. 10a, lid 1, onderdeel c, Wet VPB 1969 wordt als besmette rechtshandeling aangemerkt de verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtig verbonden lichaam dan wel door een met hem in Nederland woonachtig verbonden natuurlijk persoon. De verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam wordt alléén als een besmette transactie aangemerkt indien dit lichaam na die uitbreiding of verwerving een met de belastingplichtige verbonden lichaam is, dat wil zeggen ten minste een 1/3-belang.

Zowel interne verhangingen als externe acquisities vallen onder art. 10a, lid 1, onderdeel c, Wet VPB 1969. Van beide aandelentransacties volgt hierna een voorbeeld.

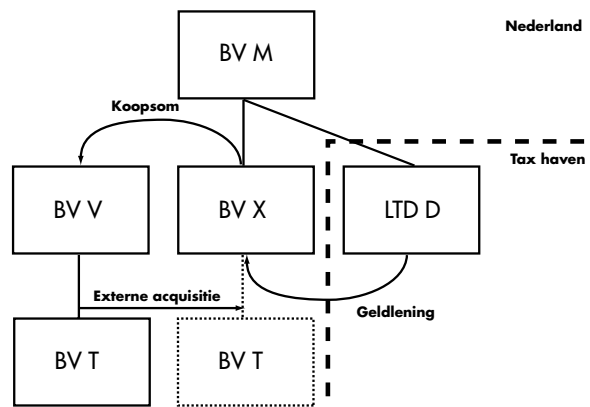
<sup>7</sup> Zie goed dat als LTD D in voorbeeld 8 in Nederland is gevestigd, er sprake is van een direct verband tussen een kapitaalstorting door een vennootschapsbelastingplichtig verbonden lichaam, te weten LTD D, en de door BV X verschuldigde groepslening. Zie verder goed dat in voorbeeld 8 sprake is van een door BV X indirect aan LTD D verschuldigde geldlening, indien LTD D geen kapitaalstorting doet in LTD KD, maar in plaats daarvan de van BV M ontvangen kapitaalstorting doorleent aan LTD KD. LTD KD is dan tussengeschakeld in de 'lening-stroom' [zie par. 2 en par. 5.1].

## Voorbeeld 9



In dit voorbeeld koopt BV X de aandelen in BV KD van BV D1. Het betreft een interne verhangning van BV KD binnen de groep, nu BV KD reeds voorafgaand aan deze aandelentransactie een met BV X verbonden lichaam was. De aan BV D1 betaalde koopsom financiert BV X met een groepslening van LTD D. De aan LTD D betaalde rente is bij BV X in beginsel van aftrek uitgesloten. Dat is ook het geval indien BV X de aandelen in BV KD van een derde partij koopt. Een dergelijke externe acquisitie is hierna weergegeven.

## Voorbeeld 10



De derde partij in dit voorbeeld is BV V. Hoewel art. 10a, lid 1, onderdeel c, Wet VPB 1969 ook nu de renteaftrek in beginsel uitsluit, zal een beroep op de tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969 eerder kans van slagen hebben dan bij een interne verhangning. Dit omdat aan de rechtshandeling, te weten de externe acquisitie, veelal vanzelfsprekend in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Overigens is met de zakelijkheid van de externe acquisitie niet automatisch de zakelijkheid van de financieringswijze gegeven (zie par. 4.1 en par. 5.2 hierna).

## 4. Tegenbewijsregelingen

### 4.1. Zakelijke overwegingen

Op grond van art. 10a, lid 3, onderdeel a, Wet VPB 1969 is de rente toch aftrekbaar indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de groepslening en de daarmee verband houdende besmette rechtshandeling in overwegende mate, dat wil zeggen meer dan 50%, zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Fiscale overwegingen tellen vanzelfsprekend niet mee als zakelijke overwegingen.

Het betreft een dubbele zakelijkheidstoets. Voor een geslaagd beroep op de tegenbewijsregeling is namelijk vereist dat zowel aan de groepslening als aan de besmette rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, waarbij de groepslening en de besmette rechtshandeling los van elkaar dienen te worden beoordeeld. Het feit dat een bepaalde rechtshandeling zakelijk is, zoals een externe acquisitie doorgaans, betekent derhalve niet dat de groepslening dat automatisch ook is. Op welke wijze de zakelijkheid van een groepslening moet worden beoordeeld, is (helaas) onduidelijk.<sup>8</sup> Wél blijkt uit de wetsgeschiedenis dat een groepslening in principe onzakelijk is indien het geldverstrekken groepsonderdeel, vaak gevestigd in een *tax haven*, het voor het verstrekken van de geldlening aangewende eigen vermogen met het oog op de acquisitie heeft verkregen van een (al dan niet buitenlandse) groepsmaatschappij.<sup>9</sup> Volgens de wetgever is dan sprake van een onzakelijke omleiding van de ter financiering van de externe acquisitie benodigde geldstroom.

Van zo'n onzakelijke omleiding kan ook sprake zijn indien het door de groepsmaatschappij in een *tax haven* verkregen eigen vermogen uiteindelijk door de groep extern is ingeleend.<sup>10</sup> Omgekeerd geldt dat de groepslening zonder meer zakelijk is indien het groepsonderdeel dat de geldlening heeft verstrekt, het voor het verstrekken van de geldlening benodigde eigen vermogen *niet* met het oog op de externe acquisitie heeft verkregen. In paragraaf 5.2 wordt een voorbeeld besproken.

In de wetsgeschiedenis is een aantal voorbeelden gegeven van situaties waarin kan zijn voldaan aan de zakelijkheidstoets.<sup>11</sup> Het betreft onder andere de situatie waarin een vennootschap een winstuitdeling schuldig blijft met het oog op het 'lichter' maken van de aandelen in die ven-

nootschap bij verkoop. Aan de zakelijkheidstoets kan ook zijn voldaan indien bij de besmette rechtshandeling en de groepslening een actieve groepsfinancieringsmaatschappij is betrokken. En ten slotte wordt het schuldig blijven van winstuitdelingen in het kader van consistent dividendbeleid als zakelijk motief aanvaard.

### 4.2. Compenserende heffing

De rente is op grond van art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969 eveneens toch aftrekbaar indien over de rentebate bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Een naar de winst geheven belasting is naar Nederlandse maatstaven redelijk indien deze resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij de rente- en octrooibox buiten toepassing blijven. Van een compenserende heffing is evenwel geen sprake indien de rentebate wordt verrekend met compensabele verliezen of

andersoortige aanspraken stammend uit een periode vóór het verstrekken van de groepslening, waardoor de effectieve belastingdruk niet langer minimaal 10% bedraagt. Hetzelfde geldt indien aannemelijk is dat de groepslening is verstrekt met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken uit het jaar van het verstrekken van de groepslening zelf dan wel met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken die op korte termijn zullen ontstaan.

Op het eerste gezicht lijkt de compenserende heffingstoets op hetzelfde neer te komen als de materiële onderworpenheidstoets bij de regeling voor laagbelaste beleggingsdeelnemingen (art. 13, lid 10, Wet VPB 1969). Een beleggingsdochter dient immers tegen een effectief tarief van minimaal 10% in de heffing te worden betrokken, wil de moedervernootschap aanspraak kunnen maken op de deelnemingsvrijstelling. Toch is er een wezenlijk verschil. Bij de materiële onderworpenheidstoets in het kader van de regeling voor laagbelaste beleggingsdeelnemingen is de gemiddelde effectieve belastingdruk over de gehele winst van de dochtervennootschap bepalend, terwijl het bij de compenserende heffingstoets van art. 10a Wet VPB 1969 gaat om specifiek de effectieve belastingdruk over de rentebate. Het gaat bovendien om de effectieve belastingdruk over de bruto rentebate, dat wil zeggen dat met de aanwezigheid van eventuele tegenover de rentebate staande aftrekbare (rente)kosten géén rekening hoeft te worden gehouden.<sup>12</sup> Indien het renteontvangende

*Een naar de winst geheven belasting is naar Nederlandse maatstaven redelijk indien deze resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst*

8 Zie ook S.A.W.J. Strik, 'Wetsvoorstel Werken aan winst: een aantal resterende aandachtspunten', *Weekblad* 2006/6695, p. 1317-1318.

9 Kamerstukken I, 2006-2007, 30 572, nr. C, p. 23.

10 Kamerstukken I, 2006-2007, 30 572, F, p. 4.

11 Zie voor een uitputtend overzicht O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Kluwer, Deventer 2005, p. 107-119.

12 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 80.



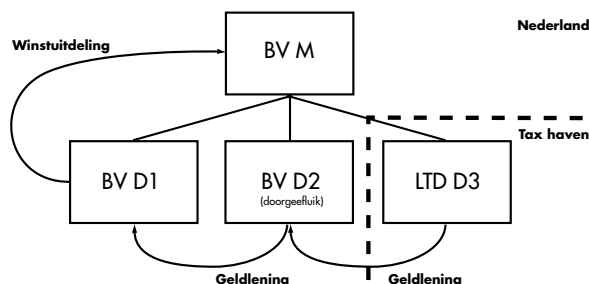
lichaam echter functioneert als doorgeefluik in het kader van de financiering van een besmette rechtshandeling, moet de compenserende heffing in de volgende schakel worden beoordeeld. Op de doorgeefluikfunctie van een lichaam wordt nader ingegaan in paragraaf 5.1 hierna.

## 5. Complexe situaties

### 5.1. Aftrekbeperking van toepassing op verschillende lichamen?<sup>13</sup>

Omdat art. 10a Wet VPB 1969 mede van toepassing is indien een met de belastingplichtige verbonden lichaam de besmette rechtshandeling verricht in plaats van de belastingplichtige zelf, kan art. 10a Wet VPB 1969 in potentie van toepassing zijn op zowel de belastingplichtige als het verbonden lichaam dat die besmette rechtshandeling verricht. Dat is het geval indien de belastingplichtige geld leent van een verbonden lichaam en dat vervolgens doorleent aan het verbonden lichaam dat de besmette rechtshandeling verricht. Ter illustratie een voorbeeld waarin de besmette rechtshandeling een winstuitdeling betreft.

#### Voorbeeld 11



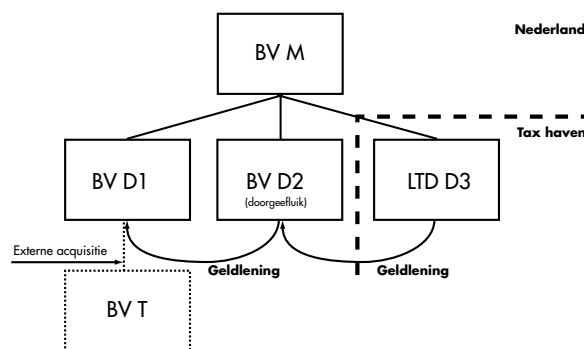
In dit voorbeeld wordt volgens de letterlijke tekst van art. 10a, lid 1, onderdeel a, Wet VPB 1969 zowel BV D1 als BV D2 geconfronteerd met art. 10a Wet VPB 1969. Dat betekent dat beide lichamen de door hen verschuldigde rente niet kunnen aftrekken, behoudens tegenbewijs. BV D2, omdat zij direct rente is verschuldigd aan LTD D3 ter zake van een geldlening die verband houdt met de door BV D1 gedane winstuitdeling aan BV M. En BV D1, omdat zij direct rente is verschuldigd aan BV D2 én indirect aan LTD D3 ter zake van een geldlening die verband houdt met een door haar gedane winstuitdeling aan BV M.<sup>14</sup> Volgens de wetsgeschiedenis is art. 10a Wet VPB 1969 echter niet van toepassing op een lichaam dat functioneert als 'doorgeefluik' ten aanzien van de financiering, in dit voorbeeld BV D2.<sup>15</sup> Dat betekent dat alléén BV D1 in dit voorbeeld kan worden geconfronteerd met de renteaftrek-

beperking. De vraag rijst vervolgens bij welk renteontvangend lichaam moet worden beoordeeld of sprake is van een compenserende heffing van 10%: is dat bij BV D2 óf bij LTD D3? Bij BV D2 is zonder meer sprake van een compenserende heffing naar Nederlandse maatstaven van minimaal 10%, nu BV D2 in Nederland is gevestigd: het feit dat BV D2 feitelijk geen belasting betaalt omdat tegenover de van BV D1 ontvangen rentebate een corresponderende rentebetaling staat aan LTD D3, doet hieraan niet af (zie par. 4.2 hiervoor). Gelet hierop is het niet verwonderlijk dat volgens de wetsgeschiedenis de compenserende heffing *niet* moet worden beoordeeld op het niveau van het doorgeefluik, maar in een volgende schakel, in dit geval LTD D3.<sup>16</sup> De conclusie in dit voorbeeld is dan dat niet is voldaan aan een compenserende heffing van 10%, nu LTD D3 in een *tax haven* is gevestigd.

Ten slotte rijst de vraag onder welke omstandigheden een lichaam functioneert als doorgeefluik. In de parlementaire behandeling is aangegeven dat dit het geval is indien sprake is van paralleliteit van een opgenomen respectievelijk verstrekte lening.<sup>17</sup> Of daarvan sprake is, wordt voornamelijk beoordeeld aan de hand van de looptijd, aflossing, rentevergoeding, omvang en het tijdstip van aangaan van de lening.

Hierna is nog een voorbeeld opgenomen van een doorgeefluiksituatie. De besmette rechtshandeling is anders dan in voorbeeld 11 geen winstuitdeling maar een externe acquisitie.

#### Voorbeeld 12



### 5.2. Samenloop tussen verschillende besmette rechtshandelingen?<sup>18</sup>

Van belang is dat tussen de verschillende onderdelen van art. 10a Wet VPB 1969 geen rangorde bestaat.<sup>19</sup> Dat betekent dat verschillende onderdelen van art. 10a Wet VPB 1969 van toepassing kunnen zijn op dezelfde groepslening. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het

13 Zie ook S.R. Pancham en R.P.C.W.M. Brandsma, 'Krijgt u de renteaftrek nog voor elkaar geboxed?', *Weekblad* 2006/6678, p. 782-283.

14 Zie over het door BV D1 indirect verschuldigd zijn van de rente aan LTD D3 par. 2; in dit geval heeft LTD D3 haar zusje BV D2 in staat gesteld om de lening aan BV D1 te verstrekken. Daáárom is BV 1 de geldlening van BV D2 indirect verschuldigd aan LTD D3.

15 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 80.

16 Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 8, p. 80.

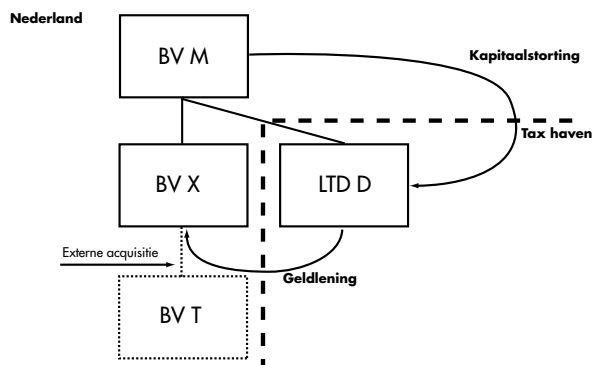
17 Kamerstukken I, 2006-2007, 30 572, C, p. 22-23.

18 Zie ook S.A.W.J. Strik, 'Wetsvoorstel Werken aan winst: een aantal resterende aandachtspunten', *Weekblad* 2006/6695, p. 1317.

19 Vergelijk HR 8 oktober 2004, *BNB* 2005/51 en Kamerstukken I, 2006-2007, 30 572, F, p. 4.

volgende voorbeeld waarin sprake is van een samenloop tussen art. 10a, lid 1, onderdeel b, en onderdeel c, Wet VPB 1969. Deze samenloop komt neer op een combinatie van voorbeeld 6 en voorbeeld 10.

### Voorbeeld 13



In het voorbeeld doet BV M een kapitaalstorting in LTD D, die op haar beurt de ontvangen gelden doorsluis in de vorm van een geldlening aan BV X. Vervolgens financiert BV X met de geldlening van LTD D de externe acquisitie. Op grond van art. 10a, lid 1, onderdeel a, Wet VPB 1969 is de door BV X verschuldigde rente aan LTD D in beginsel niet aftrekbaar, omdat de geldlening verband houdt met een kapitaalstorting door een – voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtig – verbonden lichaam, te weten BV M. Voorts is op grond van art. 10a, lid 1, onderdeel c, Wet VPB 1969 de door BV X verschuldigde rente aan LTD D in beginsel niet aftrekbaar, omdat de geldlening van LTD D verband houdt met een externe acquisitie.

Een en ander betekent dat BV X alléén recht heeft op renteaftrek indien zij aannemelijk maakt dat zowel aan beide besmette rechtshandelingen, te weten de kapitaalstorting én de externe acquisitie, als aan de groepslening in overwegende mate zakelijke motieven ten grondslag liggen. Van een compenserende heffing van 10% over de rentebate zal bij LTD D namelijk geen sprake zijn, nu LTD D is gevestigd in een *tax haven*. Ondanks het feit dat de externe acquisitie zakelijk is, slaagt BV X waarschijnlijk niet in het aannemelijk maken van zakelijke overwegingen gelet op hetgeen in paragraaf 4.1 is opgemerkt. Dit omdat een groepslening die is aangewend voor een externe acquisitie volgens de wetsgeschiedenis in principe een onzakelijk karakter heeft indien het groeps-onderdeel dat de lening heeft verstrekt, in casu LTD D, het voor het verstrekken van de geldlening benodigde eigen vermogen met het oog op de externe acquisitie heeft verkregen. Dat laatste is nou juist in deze casus aan de hand: LTD D heeft met het oog op de externe acquisitie van BV

M een kapitaalinjectie gekregen. Er is sprake van een onzakelijke omleiding van de voor de financiering van de externe acquisitie benodigde gelden. Slotsom is dat zowel de kapitaalstorting als de groepslening onzakelijk is.

## 6. Jurisprudentie van de Hoge Raad over art. 10a Wet VPB 1969

De Hoge Raad heeft zich tweemaal moeten buigen over art. 10a Wet VPB 1969. Dat is over een periode van meer dan tien jaar, zoals gezegd is art. 10a Wet VPB 1969 op 24 december 1996 ingevoerd, niet veel. Veelzeggend is dat de fiscus beide procedures (glansrijk) heeft verloren. Het lijkt erop dat de Hoge Raad het (inter)nationale bedrijfsleven heeft willen behoeden voor het door de fiscus al te voortvarend schrappen van de renteaftrek. Dat kan ook worden opgemaakt uit de uitspraken van F.W.G.M. van Brunshot in een interview ter gelegenheid van zijn afscheid als voorzitter van de Belastingkamer van de Hoge Raad, alwaar hij opmerkt:

*‘We hebben in elk geval de pogingen van de fiscus tot het afschieten van renteaftrek op basis van art. 10a en omgeving binnen de perken proberen te houden. Dat is belangrijk, want als de fiscus de ruimte krijgt om alle concernfinancieringen te herdefiniëren dan wordt het plannen van concernactiviteiten ondoenlijk.(...) Het ging in de kern om de vraag: moeten we meegaan met een wetgeving die het investeringsklimaat verziekt of moeten we proberen de schade te beperken? We hebben duidelijk voor de laatste koers gekozen.’<sup>20</sup>*

Saillant is dat de wetgever met de uitkomst van de procedures niet kon

leven en daarom bij de Wet Werken aan winst art. 10a Wet VPB 1969 met ingang van 1 januari 2007 met het oog hierop heeft aangepast. Vóórdat wordt ingegaan op de reparatiemaatregel worden de twee arresten kort besproken.

De eerste zaak betreft HR 8 oktober 2004, *BNB* 2005/51. In deze zaak verstrekke een stichting een geldlening aan haar dochtervennootschap, die een hotel exploiteerde en de ontvangen geldlening vervolgens aanwendde voor de renovatie van hotelkamers. Omdat de stichting niet belastingplichtig was voor de heffing van vennootschapsbelasting ontving zij de rentebaten belastingvrij. De dochtervennootschap keerde in het jaar van het ontvangen van de geldlening en in de jaren daaromheen dividenden uit die in hun totaliteit het bedrag van de lening (fors) overtroffen. Reden voor de fiscus om de renteaftrek op het

<sup>20</sup> H. Bergman en F. Herreveld, ‘Frank van Brunshot over zijn elf jaar als raadsheer in de Belastingkamer’, *Weekblad* 2006/982.



niveau van de dochtervennootschap te weigeren met een beroep op het tot 1 januari 2007 geldende art. 10a Wet VPB 1969.<sup>21</sup> De Hoge Raad vond de dividenduitkeringen echter niet besmet. Dit omdat volgens de Hoge Raad het vereiste verband ontbrak tussen de dividenduitkering en de geldlening. De Hoge Raad achtte hiervoor doorslaggevend het feit dat op het moment van de dividenduitkering(en) geenszins vaststond dat de verbouwing van de hotelkamers zou worden gefinancierd door een geldlening van de stichting in plaats van een bank.<sup>22</sup> Uitkomst van de procedure is derhalve dat de dochtervennootschap de rente mocht aftrekken. Een beroep op de tegenbewijsregelingen was hier niet voor nodig.

De tweede zaak betreft HR 17 juni 2005, BNB 2005/304. De casus van dit arrest is zeer complex, maar komt in essentie neer op het volgende. Een Nederlandse vennootschap doet in 1988 een kapitaalstorting in haar Belgische dochtervennootschap ter grootte van f 30 miljoen (€ 13,5 miljoen) en leent hetzelfde bedrag begin jaren negentig van de vorige eeuw terug ter financiering van een concrete investering. In Nederland claimt de vennootschap aftrek van rente tegen de normale tarieven, terwijl in België de rentebaten gunstig in de heffing worden betrokken volgens het regime voor zogenoemde coördinatiecentra. De fiscus weigert in Nederland de renteaftrek met een beroep op het tot 1 januari 2007 geldende art. 10a Wet VPB 1969, omdat de geldlening van de Belgische dochtervennootschap verband zou houden met de eerdere kapitaalstorting. De Hoge Raad acht dit verband echter niet aanwezig, omdat de Nederlandse vennootschap op het moment van de kapitaalstorting nog niet van plan was de investering – met de daaraan gekoppelde lening – te doen. Ook hier is de uitkomst van de procedure dat de rente gewoon aftrekbaar is, zonder dat aan de tegenbewijsregeling werd toegekomen.

De wetgever heeft met name laatstgenoemd arrest willen repareren door in de wetsgeschiedenis van de Wet Werken aan winst een tweede betekenis toe te kennen aan de uitdrukking 'indirect' als het gaat om de vraag of een groepslening 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' verband houdt met één van de opgesomde rechtshandelingen, zoals een winstuitdeling of kapitaalstorting. Volgens de wetgever houdt een indirect verband vanaf 1 januari 2007 – naast het tussenschakelen van een extra groeps-onderdeel tussen de geldlening en de besmette rechtshandeling (zie voorbeeld 4 in par. 3.1 en voorbeeld 8 in par. 3.2)<sup>23</sup> – in dat na verloop van tijd ontstane verbanden tussen een groepslening en een rechtshandeling onder

het bereik van art. 10a Wet VPB 1969 vallen.<sup>24</sup> Dus ook als het voornemen tot teruglenen nog niet ten tijde van de kapitaalstorting bestond, zoals in de casus van HR 17 juni 2005, BNB 2005/304. Deze uitleg van de uitdrukking 'indirect' is zeer omstreden en het is dan ook de vraag of de Hoge Raad nu anders zou oordelen.<sup>25</sup>

## 7. Afsluiting

Hoewel de wetgever dat blijkens de parlementaire behandeling van de Wet Werken aan winst even heeft overwogen, is art. 10a Wet VPB 1969 in het kader van de mo-

dernisering van de vennootschapsbelasting per 1 januari 2007 niet afgeschaft. In tegendeel. Art. 10a Wet VPB 1969 is nieuw leven ingeblazen. Na twee glansrijk door de fiscus verloren procedures over art. 10a Wet VPB 1969 heeft de wetgever de belastingadministratie nieuwe munitie gegeven om winstdrainage in groepsverband te bestrijden. Denk in dit verband vooral aan de versoepeling van het vereiste verband

tussen de groepslening en de besmette rechtshandelingen (zie par. 6). Het hart van de renteaftrekbeperkende maatregelen is en blijft echter de onderkapitalisatiemaatregel van art. 10d Wet VPB 1969. Als flankerende maatregel is art. 10a Wet VPB 1969 daarbij hard nodig, omdat anders groepsonderdelen wel erg gemakkelijk 'vollopen' met vreemd vermogen totdat de thincap-norm is bereikt. Naar verwachting zal art. 10a Wet VPB 1969 (ook) de komende jaren de nodige stof doen opwaaien. Zo besliste Rechtbank Den Haag onlangs, in een overigens feitelijk zeer complexe casus, dat art. 10a Wet VPB 1969 in de weg stond aan de aftrek van rente.<sup>26</sup>

*Het lijkt erop dat de Hoge Raad het (inter)nationale bedrijfsleven heeft willen behoeden voor het door de fiscus al te voortvarend schrappen van de renteaftrek*

21 Vergelijk het huidige art. 10a, lid 1, onderdeel a, Wet VPB 1969.

22 De dochtervennootschap was in het onderhavige geval zelf ook daadwerkelijk in staat te lenen van een bank.

23 Vergelijk art. 10a, lid 2, onderdeel c, Wet VPB 1969 (oud).

24 Kamerstukken I, 2006-2007, 30 572, F, p. 3-4.

25 S.A.W.J. Strik, 'Wetsvoorstel Werken aan winst: een aantal resterende aandachtspunten', *Weekblad* 2006/6695, p. 1316 en S.A.W.J. Strik, 'De letter van de wet', *Ntfr* 2006/1457.

26 Rechtbank Den Haag 8 januari 2007, nr. AWB 05/02566, *Ntfr* 2007/246.

