

1. [Home](#)
- 2.
3. [NTRF](#)
- 4.
5. [aflevering 49, 2021](#)

Fraus legis verhindert aftrek van rente bij overname door private-equity-fonds

Fraus legis verhindert aftrek van rente bij overname door private-equity-fonds

Gegevens

Publicatie

[NTRF 2021/4151](#)

Instantie

[Parket bij de Hoge Raad](#)

Datum uitspraak

[27 oktober 2021](#)

Annotator

[mr. N.I. Groenland](#)

ECLI

[ECLI:NL:PHR:2021:1004](#)

Zaaknummer

[21/01534](#)

Relevante informatie

[Wet VPB 1969 art. 10a](#), [Wet IB 2001 art. 3.25](#), [Wet VPB 1969 art. 8](#)

Inhoudsindicatie

Arrangement fee, deelnemerschapslening, goedkoopmansgebruik, Loan Notes, matchingbeginsel, onzakelijke lening, schuldparallellie, Side car, Tax haven

Samenvatting

Belanghebbende en haar (klein)dochter zijn in Nederland gevestigde bv's die onderdeel zijn van een private-equity-overnamestructuur. Zij hebben de aankoop van de Nederlandse target deels gefinancierd met drie achtergestelde leningen van de op Guernsey gevestigde (indirecte) aandeelhouders van belanghebbende, die niet met haar verbonden zijn in de zin van art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969. De target is meteen na aankoop gevoegd in de fiscale eenheid van belanghebbende. De overname is deels gefinancierd met leningen van een bankensyndicaat waarvoor belanghebbende onder meer een arrangement fee ad € 8,4 miljoen (4% van het geleende bedrag ad € 210 miljoen) is verschuldigd. In geschil is de renteaftrek op de lening en of goed koopmansgebruik verplicht tot activering van de fee.

Hof Amsterdam 23 februari 2021, nrs. 20/00185 en 20/00193, [NTFR 2021/1401](#) heeft de rente niet aftrekbaar geacht op grond van *fraus legis*. Het hof acht de achtergestelde leningen overigens ook onzakelijk. Het heeft feitelijk vastgesteld dat het om commercieel nutteloze leenverhoudingen gaat, die slechts dienen om de Nederlandse belastinggrondslag te eroderen, waartegen de norm van art. 10a Wet VPB 1969 is gericht. Ook is sprake van kunstmatigheid door tussenschuiving van LP's en Ltd.'s en een side car om het verbondenheids criterium van art. 10a Wet VPB 1969 te ontwijken.

De arrangement fee moet volgens het hof worden geactiveerd omdat het om een percentage in plaats van om een vast bedrag gaat en vanwege wisselwerking tussen de hoogte van de fee en het rentepercentage, waardoor de fee in wezen mede vooruitbetaalde rente is en leidt tot toekomstige 'opbrengsten' in de vorm van lagere rente-uitgaven. Ook los daarvan ziet het hof voldoende verband tussen de fee en (de opbrengsten behaald met) het gefinancierde activum (de deelneming in target).

Belanghebbende stelt de volgende cassatiemiddelen voor:

- De loan notes zijn geen onzakelijke leningen, nu uit het dossier niet volgt dat geen zakelijke rente kan worden bepaald zonder de leningen in wezen winstdelend te maken. Het hof had de leningen bovendien niet gezamenlijk maar separaat op de (on)zakelijkheid van het debiteurenrisico moeten beoordelen. Het acht ook de bewijslast onjuist verdeeld.
- Er is niet in *fraudem legis* gehandeld, want conform (doel en strekking van) het verbondenheids criterium van art. 10a Wet VPB 1969. Nu de belanghebbende niet 'verbonden' is met de Ltd.'s, kan geen sprake zijn van strijd met doel en strekking van art. 10a Wet VPB 1969.

- Evenmin is sprake van handelen in strijd met doel en strekking van de Wet VPB 1969 in het algemeen door het creëren van een nutteloze gelieerde lening vanuit een tax haven; het hof is voorbijgegaan aan het tegenbewijs van belanghebbende.
- Het hof heeft het matching-beginsel verkeerd toegepast omdat de arrangement fee geen toekomstig nut afwerpt, maar een eenmalige kostenpost is. De verkrijging van liquiditeit door het aangaan van een lening (passiefzijde balans) is geen verkrijging van toekomstig nut zoals bij de verkrijging van een bedrijfsmiddel (actiefzijde balans).

De staatssecretaris bestrijdt voorwaardelijk incidenteel de volgende oordelen van het hof:

- dat de loan notes geen – vanwege het ontbreken van een terugbetalingsverplichting – eigen vermogen zijn;
- dat de notes geen deelnemerschapsleningen zijn;
- dat de samenwerkende groep waartoe belanghebbende behoort niet rechtstreeks als ‘verbonden’ in de zin van art. 10a Wet VPB 1969 kan worden aangemerkt;
- dat de renteaftrek niet het totaalwinstbegrip schendt; het hof had verder moeten kijken dan naar het Renpaardenarrest;
- dat art. 8 Wet VPB 1969 niet tweezijdig wordt toegepast en de onzakelijke leningdoctrine niet ook bij de debiteur wordt toegepast; en
- dat een risicovrije rente aftrekbaar zou zijn; uitgegaan moet worden van de waarde in het economische verkeer van de renteverplichting.

A-G Wattel acht de zaak vergelijkbaar met het Hunkemöller-arrest, HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, [NTFR 2021/2387](#). De fiscale kern van de zaken is zijns inziens dezelfde: eigen vermogen bijeengebracht door een private-equity-fonds wordt in een tax haven omgezet in vreemd vermogen en verstrekt aan een Nederlands overnamevehikel dat na de overname van de target de financieringsrente ten laste van de winst van de target brengt door met de target een fiscale eenheid aan te gaan.

Middel (i) acht hij ongegrond. Het hof heeft de juiste rechtskundige maatstaf aangelegd (die van HR 16 maart 2012, nr. 09/03347, [NTFR 2012/734](#)) en de bewijslast correct verdeeld. Het hof heeft daarbij niet de drie leningen als één lening beschouwd, maar heeft de enkelvoudige, voor alle drie de leningen identieke zakelijkheidsonderbouwing van belanghebbende beoordeeld. Dit kon het hof doen, nu het enige en voor het debiteurenrisico niet relevante verschil tussen de drie leningen hun onderlinge achtergesteldheid is.

Ook middel (ii) acht de advocaat-generaal ongegrond. Het verbondenheidscriterium van art. 10a Wet VPB 1969 wordt volgens het niet onbegrijpelijke oordeel van de feitenrechter met kunstgrepen ontweken, met name door een gekunsteld omwegelijke verdeling en omleiding van de loan notes over de Ltd.’s en de gekunstelde invoeging van een side car.

Het hof heeft verder niet onbegrijpelijk vastgesteld dat de leenverhoudingen commercieel nutteloos zijn en slechts dienen om de Nederlandse belastinggrondslag te eroderen, waartegen inderdaad de norm van art. 10a Wet VPB 1969 waakt. In Hunkemöller nam de belastingplichtige een vergelijkbaar standpunt ter zake van fraus art. 10a Wet VPB in, dat door de Hoge Raad impliciet is verworpen. Het hof heeft zijns inziens terecht strijd met doel en strekking van art. 10a Wet VPB 1969 gezien en feitelijk niet onbegrijpelijk overwegend anti-fiscale motieven achter de financieringsstructuur vastgesteld. Compenserende heffing in de zin van art. 10a(3) Wet VPB 1969 moet zich bij de Ltd.'s voordoen, hetgeen niet het geval is; de positie van de achterliggende (verzekerden bij de) investerende pensioenfondsen en verzekeraars is niet relevant voor die tegenbewijsregeling, die ziet op heffing bij de (uiteindelijke) leningcrediteurs, die in casu zijn gevestigd op Guernsey en daar geen belasting verschuldigd zijn. Van interne schuldparallelle is geen sprake.

(Ook) middel (iii) stuit volgens de advocaat-generaal af op HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, [NTFR 2021/2387](#) (Hunkemöller), waarin een vergelijkbare constructie als fraus legis werd aangemerkt, met als enige – volgens de advocaat-generaal niet relevante – verschil dat het in die zaak om een gekunsteld omgeleide hybride lening aan een synthetische tax haven ging, en het in casu ‘old school’ gaat om een niet-hybride gekunsteld omgeleide lening aan een geografische tax haven. Hij acht het oordeel van het hof rechtskundig correct en feitelijk geenszins onbegrijpelijk en uitvoerig gemotiveerd.

A-G Wattel acht middel (iv) gegrond. Het hof heeft zijns inziens de bewijslast verkeerd verdeeld. Het gaat erom of daadwerkelijk een ‘wisselwerking’ tussen de fee en het rentepercentage bestaat en dus in wezen, naar de bedoeling van de partijen, rente is vooruitbetaald. De door het hof weergegeven contractuele bepalingen laten zonder motivering (die ontbreekt) niet toe om die fee (geheel) als vooruitbetaalde rente aan te merken. Uitgesloten lijkt dat de gehele arrangement fee alleen maar vooruitbetaalde rente zou zijn en niet mede op enige eenmalige bankdienstverlening zou zien. De mogelijke impliciete toerekening door het hof van de fee aan toekomstige opbrengsten van de deelneming acht A-G Wattel problematisch, nu aankoopkosten van een deelneming niet aftrekbaar zijn en na voeging nog verder toegerekend zouden moeten worden. Rechtskundig correct en verreweg het meest praktisch lijkt het hem om bij het oude precedent HR 21 februari 1934, B. 5580 te blijven, inhoudende dat aftrek ineens van contractueel bepaalde inleenkosten is toegestaan. De fiscus moet dan toegelaten worden tot het bewijs dat civielrechtelijk overeengekomen leningafsluitkosten, in casu de arrangement fee, door de partijen feitelijk (deels) bedoeld zijn, althans fiscaalrechtelijk moeten worden aangemerkt als vooruitbetaalde (rente)kosten.

De conclusie van de advocaat-generaal luidt dat principaal middel IV gegrond is en dat de overige principale middelen ongegrond zijn. Het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep behoeft geen behandeling omdat de voorwaarde niet wordt vervuld nu de principale middelen I tot en met III stranden.

Noot

In de onderhavige zaak wordt A-G Wattel wederom gevraagd conclusie te nemen in een geschil over de aftrekbaarheid van rente op leningen in een private-equity-overnamestructuur, in dit geval verstrekt door vennootschappen gevestigd in Guernsey, voor de overname van een doelvennootschap. In hoger beroep heeft Hof Amsterdam 23 februari 2021, nrs. 20/00185 en 20/00193, [NTFR 2021/1401](#) geoordeeld dat de rente niet aftrekbaar is op basis van *fraus legis* en dat een arrangement fee betaald aan een syndicaat van banken van € 8,4 miljoen geactiveerd dient te worden. In cassatie is in geschil of sprake is van *fraus legis* en of goed koopmansgebruik verplicht tot activering van de arrangement fee.

De advocaat-generaal acht deze zaak vergelijkbaar met het Hunkemöller-arrest ([NTFR 2021/2387](#)), met dien verstande dat het in de Hunkemöller-zaak ging om een (omgekeerde) converteerbare obligatielening aan een Franse hybride entiteit, terwijl het in deze zaak gaat om een eenvoudige (niet hybride) geldlening die gefourneerd is door vier vennootschappen gevestigd in Guernsey. De fiscale crux van beide zaken zit hem er volgens de advocaat-generaal in dat (i) eigen vermogen in een klassiek of synthetische belastingparadijs wordt omgezet in vreemd vermogen dat (ii) wordt verstrekt aan een overnamevennootschap in Nederland die (iii) na de overname van een doelvennootschap de rente ten laste van de winst van deze doelvennootschap brengt door (iv) een fiscale eenheid aan te gaan. Op basis van dezelfde (rechts)overwegingen als in het Hunkemöller-arrest is de advocaat-generaal in de onderhavige zaak van mening dat de cassatiemiddelen I tot en met III van belanghebbende, die zien op de renteaftrek op de leningen, ongegrond zijn.

Het vierde cassatiemiddel komt – kort samengevat – op tegen het oordeel van het hof dat goed koopmansgebruik ex art. 3.25 Wet IB 2001 verplicht tot activering van de arrangement fee. Een dergelijke fee wordt in de praktijk door banken in rekening gebracht bij schuldenaren voor de betrokkenheid bij het verstrekken, het structureren (ten behoeve van het syndicaat van banken) en het administreren van de lening.

Volgens vaste rechtspraak inzake goed koopmansgebruik ex art. 3.25 Wet IB 2001 zijn in dit kader (in willekeurige volgorde) het realiteitsbeginsel (c.q. het matchingsbeginsel), het

voorzichtigheidsbeginsel, het eenvoudbeginsel en het (meer recent in de rechtspraak ontwikkelde) beginsel van de samenhangende waardering van belang. Om van verplichte activering van kosten te kunnen spreken, dient mijns inziens op basis van het matchingsbeginsel (i) sprake te zijn van duidelijk aanwijsbare uitgaven, (ii) er een nauw verband te bestaan tussen de uitgaven en bepaalde opbrengsten, en (iii) het waarschijnlijk te zijn dat die opbrengsten zullen worden gegenereerd. Met name tot het tweede vereiste richt zich de discussie volgens de advocaat-generaal.

De last om te bewijzen of het direct nemen van deze kosten toelaatbaar is, rust volgens het hof op belanghebbende. De advocaat-generaal is van mening dat dit een onjuiste bewijslastverdeling is, en dat lijkt mij rechtens juist nu in cassatie niet in geschil is dat de kosten per definitie aftrekbaar zijn. De vraag is alleen in welk jaar of in welke jaren deze kosten aftrekbaar zijn. Het hof lijkt voor beantwoording van deze vraag te kijken naar Hof Den Haag 7 februari 1968, nr. 45/1967, ECLI:NL:GHSGR:1968:AX5512, waarin is overwogen dat '(...) kosten waarvan het nut zich uitstrekt over meerdere jaren volgens goed koopmansgebruik in beginsel aan de jaren waarin die kosten van nut zijn dienen te worden toegerekend, indien een niet activeren tot belangrijke winstverschuivingen leidt'.

Naar het oordeel van het hof is, anders dan Rechtbank Noord-Holland (10 februari 2020, nr. 17/476, [NTFR 2020/1373](#)) in eerste aanleg meent, aan deze laatste voorwaarde voldaan, op basis van het feit dat de hoogte van deze fee is bepaald op 4% van de kredietfaciliteit en dat deze fee in absolute zin zeer aanzienlijk is. Dit lijkt een 'in goede justitie' vaststelling van het hof te zijn, want een dergelijke (hoge) fee als percentage van de hoofdsom van de kredietfaciliteit is in de acquisitiefinancieringspraktijk niet ongebruikelijk. De overweging dat de omvang van de fee in relatie tot de overige winstbepalende elementen (zoals opbrengsten en kosten) verhoudingsgewijs genoeg is om van een belangrijke winstverschuivingen te kunnen spreken, ontbreekt in de betreffende rechtsoverweging van het hof.

Voorts vindt de advocaat-generaal de overweging van het hof dat de fee door belanghebbende wordt behandeld als 'vooruitbetaalde kosten' geen steun in de feiten, althans de bewijsstukken waar het hof naar verwijst kunnen deze conclusie van het hof niet dragen. Dat de kosten geactiveerd dienen te worden omdat er een overeengekomen procentuele relatie bestaat tussen de fee en de kredietfaciliteit, vindt de advocaat-generaal geenszins overtuigend. Deze rechtsoverweging is voor de praktijk moeilijk te volgen en is mijns inziens op zichzelf gezien al voldoende voor de Hoge Raad om het vierde cassatiemiddel gegrond te verklaren.

Voorts is er naar het oordeel van het hof een voldoende 'nauw verband' met het door middel van de kredietfaciliteit gefinancierde activum en het daarmee te genereren resultaat. De looptijd van de financiering en de voorgenomen bezitsduur van het activum maken een toerekening van de kosten aan de looptijd van de financiering tot een logische uitkomst, aldus het hof. Hier lijkt het hof geen onderscheid te maken tussen de arrangement fee voor het afsluiten van de kredietfaciliteit en de kredietfaciliteit tot verwerving van de deelneming. Mijns inziens zit hier een wezenlijk verschil tussen. Een arrangement fee wordt door belanghebbende aan de bank betaald ter verwerving van een kredietfaciliteit. De kredietfaciliteit heeft als doel de financiering van de aankoop van de doelvennootschap. Een kredietfaciliteit vormt een passiefpost en betreft de financiering van de actiefzijde van de balans, maar vormt niet de actiefzijde zelf. Een afsluitprovisie voor een schuld kan mijns inziens slechts leiden tot (rente) kosten, maar nimmer direct tot opbrengsten.

Met de advocaat-generaal ben ik van mening dat het matchingsbeginsel uit dien hoofde geen basis kan vormen voor activering van de kosten in verband met het 'nut' van het kunnen beschikken over een bepaalde som geld. Het nut van de afsluitprovisie ziet niet op de opbrengsten uit de te verwerven deelneming, maar op de te verwerven lening. Een verband met bepaalde toekomstige opbrengsten uit een met deze financiering verworven deelneming – zoals het hof in r.o. 4.9.5.3 legt – acht ik te ver verwijderd om als 'nauw verband' te kunnen kwalificeren voor toepassing van het matchingsbeginsel en derhalve verplichte activering van de arrangement fee gedurende de looptijd van de financiering.

Met belanghebbende ben ik van mening dat de rechtsregel geformuleerd door de Hoge Raad in 1934, nr. B.558072, nog steeds staat. Als de kosten van een geldlening eenmalig zijn en in beginsel tijdens de looptijd niet opnieuw zullen terugkeren (anders dan bijvoorbeeld in geval van herfinanciering) en er tevens niet met stelligheid kan worden gezegd dat deze kosten enigszins een duurzame investering vormen binnen de onderneming van de schuldenaar, dan volgt op basis van voornoemd arrest uit doel en strekking van art. 3.25 Wet IB 2001, meer in het bijzonder het voorzichtigheidsbeginsel als onderdeel van goed koopmansgebruik, dat de schuldenaar de kosten van de geldlening direct – zonder verplichte activering – in het jaar dat deze kosten opkomen mag nemen.

Wat daarvan ook zij, het (voorlopig) laatste woord is aan de Hoge Raad. Om met de woorden van de advocaat-generaal af te sluiten: 'Dat de Rechtbank de € 8,4 miljoen arrangement fee in relatieve zin beperkt achtte, is wellicht verdedigbaar, maar menigeen zal graag bereid zijn om zijn rekeningnummer op te geven aan degene die een dergelijk bedrag ook in absolute zin beperkt acht.'