



VERTROUWELIJK

Aan:

5.1.2e 5.1.2e en 5.1.2e 5.1.2e (DGbel)
5.1.2e 5.1.2e 5.1.2e en 5.1.2e (directie Vaktechniek)
Van: 5.1.2e 5.1.2e (CTC)

Belastingdienst

Coördinatiegroep Taxhavens en
Concernfinanciering

Contactpersonen

5.1.2e

5.1.2e @belastingdienst.nl

5.1.2e 5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e @belastingdienst.nl

memo

De 'materieel onzakelijke omleiding' i.h.k.v. de toepassing van artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Inleiding

Dit memo informeert jullie over de gevolgen van de zogenoemde Mauritiuszaak voor de toepassing van de renteaftrekbepijking van art. 10a Wet Vpb op intragroepfinanciering bij overnames.

Datum

27 oktober 2015

Auteurs

5.1.2e
5.1.2e 5.1.2e

Conclusie

Omdat het uitvoeringsbesluit dit voorschrijft en omdat de Mauritiuszaak de ruimte laat, gaat de CTC door met het bestrijden van gevallen waarin sprake is van rechtstreekse financieringen die zo zijn geconstrueerd dat ze hetzelfde effect hebben als een financiering die is omgeleid via een taxhaven. Het gevolg van deze opstelling is dat we minder en minder makkelijk compromissen kunnen sluiten en we binnenkort waarschijnlijk hierover zullen moeten procederen.

Kopie aan

CTC
Lavaco's Vpb
5.1.2e 5.1.2e

Kern

- In de Mauritiuszaak is kort gesteld beslist dat een omleiding van de intragroepfinanciering via een taxhavenvennootschap onzakelijk is (waardoor de rente niet aftrekbaar is) en dat rechtstreekse intragroepfinanciering in beginsel zakelijk is.
- Gevolg hiervan is dat de toepassing van de zogenoemde dubbele zakelijkheidstoets zich bij externe acquisities in een aantal gevallen toespitst op de vraag of sprake is van een zogenoemde 'materieel onzakelijke omleiding' bij rechtstreekse financiering. De acquisitie zelf zal doorgaans zakelijk zijn.
- We stuiten veelvuldig op structuren waarin van een storting van gelden in een taxhaven geen sprake is. Er is sprake van een rechtstreekse financiering van de belastingplichtige, maar door gebruik te maken van hybride lichamen of hybride financieringsinstrumenten wordt in deze structuren ('materieel onzakelijke omleidingen') hetzelfde fiscale resultaat bereikt als bij een omleiding via een taxhaven (namelijk een double dip of een single dip / no pick up).
- Belastingplichtigen nemen op basis van de Mauritiuszaak stelliger dan voorheen het standpunt in dat bij rechtstreekse financiering aan de schuld per definitie in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Het gebruik maken van hybride financieringsvormen of rechtsvormen past bij rechtstreekse financiering binnen de door de wetgever geaccepteerde keuzevrijheid van belastingplichtigen.

Bijlagen

Voorbeelden van materieel
onzakelijke omleidingen

- In het uitvoeringsbesluit over art. 10a Wet Vpb staat kort gesteld dat ook bij rechtstreekse financiering waarbij materieel hetzelfde wordt bereikt als bij een omleiding via een taxhaven sprake kan zijn van een 'onzakelijke omleiding'.
- De CTC is van mening dat er ook na de Mauritiuszaak bij rechtstreekse financiering van een externe acquisitie sprake kan zijn van een schuld waaraan niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De zinsnede dat 'rechtstreekse intragroepfinanciering in beginsel zakelijk is', biedt hiervoor de ruimte.
- Het gevolg van deze ontwikkeling is dat we minder en minder makkelijk compromissen kunnen sluiten en we binnenkort waarschijnlijk hierover zullen moeten procederen.

Toelichting

Theoretisch kader

Indien belastingplichtige een schuld heeft aan een verbonden lichaam in verband met de verwerving van aandelen in een lichaam dat daarna een verbonden lichaam wordt, is de rente ter zake van deze schuld, behoudens tegenbewijs, niet aftrekbaar o.g.v. art. 10a lid 1c Wet Vpb.

Indien geen sprake is van compenserende heffing over de rentebaten bij de groepscrediteur kan door belastingplichtige een beroep worden gedaan op de dubbele zakelijkheidstoets (de tegenbewijsregeling van art. 10a lid 3a Wet Vpb). Belastingplichtige moet dan aannemelijk maken dat zowel aan de rechtshandeling als aan de schuld in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

Aan een externe acquisitie liggen meestal in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag. In de praktijk ligt de nadruk dus vaak op de beoordeling van de zakelijke overwegingen die ten grondslag liggen aan de schuld.

Bij een externe acquisitie liggen *in beginsel* aan de schuld in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag, indien geen sprake is van een onzakelijke omleiding. Zie Hoge Raad, 5 juni 2015, nr. 14/00343, r.o. 3.1.3 (de Mauritius zaak):

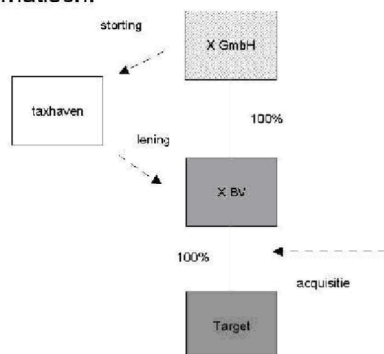
Bij het onderzoek naar de beweegredenen is van belang dat in het systeem van de Wet besloten ligt dat een belastingplichtige keuzevrijheid heeft bij de vorm van financiering van een vennootschap waarin zij deelneemt (vgl. HR 2 februari 2014, nr. 12/04640. ECLI:NL:HR:2014:224, BNB 2014/79). Voor zover artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, in samenhang gelezen met artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet door het niet in aftrek toelaten van verschuldigde rente een inbreuk vormt op deze systematiek moeten deze bepalingen, mede gelet op de wetsgeschiedenis en de daarin gebruikte voorbeelden, beperkt worden uitgelegd. Tegen die achtergrond moet de passage uit de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer van de wet 'Werken aan winst' (opgenomen in onderdeel 4.21 van de conclusie van de Advocaat-Generaal) zo worden begrepen dat in beginsel sprake is van een geldlening waaraan in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen als geen sprake is van een omleiding van de voor de acquisitie aangewende middelen. (...).

De aan- of afwezigheid van een onzakelijke omleiding is dus vaak cruciaal voor de vraag of de rente in aftrek is beperkt o.g.v. art. 10a Wet Vpb.

In de parlementaire behandeling is het volgende voorbeeld gegeven van een onzakelijke omleiding:

'Ter verduidelijking kan worden opgemerkt dat als de crediteur van een geldlening ter financiering van een acquisitie is gevestigd in een 'taxhaven' en deze het daarvoor aangewende eigen vermogen met het oog op die financiering heeft verkregen van een (al dan niet buitenlandse) groepsmaatschappij, in principe sprake is van een onzakelijke omleiding van de ter financiering benodigde geldstroom. Daarvan kan ook sprake zijn als het door de maatschappij in de taxhaven verkregen eigen vermogen uiteindelijk door de groep extern is ingeleend.' (EK 2006/2007, Kamerstuk 30 572, nr. F, blz. 4).

Schematisch:



Alle vennootschappen behoren tot dezelfde groep
De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL

De Hoge Raad lijkt in situaties van rechtstreekse financiering (dus bij afwezigheid van een onzakelijke omleiding) fiscale overwegingen te accepteren. Zie Hoge Raad, 5 juni 2015, nr. 14/00343, r.o. 3.1.3 (de Mauritius zaak):

(...)

Bij een rechtstreekse financiering ligt het in de keuzevrijheid van de belastingplichtige besloten dat de wetgever mogelijke fiscale overwegingen die aan de gekozen financiering ten grondslag liggen, als passend binnen die vrijheid, heeft aanvaard.

In het besluit van 25 maart 2013, BLKB2013/110M (hierna: '10a besluit') is het volgende opgemerkt:

4.2.3 Onzakelijke omleiding; overname is (uiteindelijk) gefinancierd met externe schuld

(...)

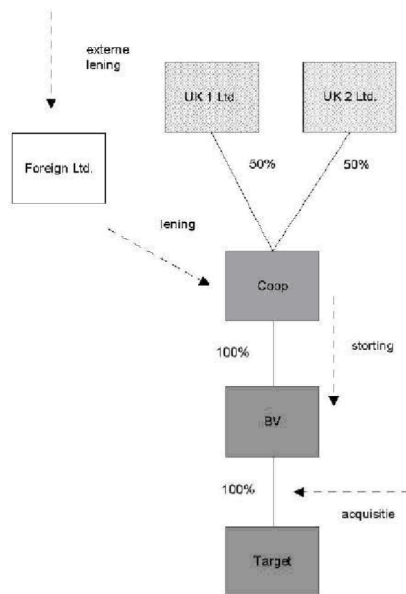
Het begrip onzakelijke omleiding is naar mijn mening ruimer dan enkel het hiervoor genoemde voorbeeld van het storten van gelden in een taxhaven. In dat voorbeeld wordt een mismatch gecreëerd door tegenover de rentelast in Nederland een onbelaste bate te zetten. Ook situaties die via andere structuren materieel hetzelfde trachten te bereiken kunnen onder het begrip onzakelijke omleiding vallen. Hierbij kan worden gedacht aan het creëren van een mismatch door gebruik te maken van het verschil in fiscale kwalificatie van een rechtsvorm (hybride rechtsvormen: transparant/niet-transparant) dan wel financieringsvorm (hybride financieringsvormen: vreemd vermogen/eigen vermogen).

Het 10a besluit behandelt vervolgens een tweetal voorbeelden van een dergelijke 'materieel onzakelijke omleiding'. In het voorbeeld van de Coöp / UK structuur (hybride rechtsvorm) is sprake van rechtstreekse financiering:

Een buitenlands concern leent geld van de bank voor de acquisitie van een Nederlandse vennootschap. De gelden worden ingeleend door een buitenlands lichaam dat de gelden doorleent aan een Nederlandse coöperatie BA of WA. De Nederlandse coöperatie stort de gelden, binnen fiscale eenheid, in een overnamehoudster die de doelvennootschap koopt. Leden van de coöperatie zijn twee Britse groepsmaatschappijen. Omdat een coöperatie BA of WA in het Verenigd Koninkrijk als fiscaal transparant wordt aangemerkt, komt de door de coöperatie verschuldigde rente twee keer in aftrek. Eén keer in

Nederland bij de coöperatie en één keer in het Verenigd Koninkrijk bij de leden van de coöperatie. De routing via de coöperatie is daarmee (potentieel) een onzakelijke omleiding. Er wordt materieel hetzelfde bereikt als in het voorbeeld in de hierboven geciteerde wetsgeschiedenis. Bovenstaande conclusie geldt zelfs als alle leningen parallel zijn, zie punt 4.2.2 hiervoor.

Schematisch:

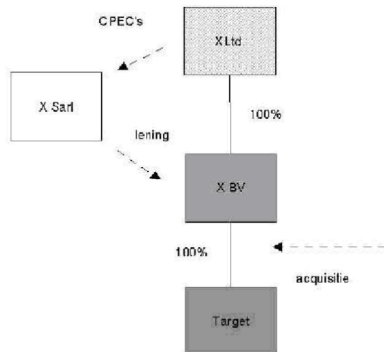


Alle vennootschappen behoren tot dezelfde groep.
De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL.
Coop is transparant naar UK recht.

Het 10a besluit behandelt naast de Coöp / UK structuur een structuur waarin sprake is van een hybride financieringsinstrument bij niet-rechtstreekse financiering:

Een Nederlandse overnamehoudster heeft een lening voor een overname aangetrokken van een buitenlandse groepsvennootschap. Deze groepsvennootschap heeft de gelden aangetrokken door het uitgeven van CPEC's (Convertible Preferred Equity Certificates). Laatstgenoemd instrument wordt fiscaal in het land van de uitgever als vreemd vermogen behandeld (dus met renteaftrek). In het land van de houder van de CPEC's worden ze als eigen vermogen beschouwd; de baten uit de CPEC's zijn voor de ontvanger onbelast. Ook in dit geval is sprake van een mismatch, en is (potentieel) sprake van een onzakelijke omleiding.

Schematisch:



Alle vennootschappen behoren tot dezelfde groep
De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL

Probleemstelling

In de praktijk komen we veelvuldig structuren tegen waarin van een storting van gelden in een taxhaven geen sprake is. Er is vaak geen sprake van een omleiding van gelden, maar van een rechtstreekse financiering van de belastingplichtige. Door gebruik te maken van hybride lichamen of hybride financieringsinstrumenten wordt in deze structuren ('materieel onzakelijke omleidingen') hetzelfde fiscale resultaat bereikt als bij een onzakelijke omleiding (namelijk een double dip of een single dip / no pick up).

In de bijlage bij dit memo zijn ter illustratie een aantal veelvoorkomende voorbeelden van dergelijke structuren opgenomen.

De Belastingdienst probeert de renteaftrek in deze structuren te bestrijden met toepassing van de in het 10a besluit verankerde 'materieel onzakelijke omleiding'. Na de Mauritius zaak roept deze stellingname echter in toenemende mate weerstand op in casus waarin sprake is van rechtstreekse financiering.

Visie belastingplichtigen

Belastingplichtigen nemen op basis van de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.1.3 in de Mauritius zaak het standpunt in dat bij rechtstreekse financiering aan de schuld per definitie in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Het gebruik maken van hybride financieringsvormen of rechtsvormen past bij rechtstreekse financiering binnen de door de wetgever geaccepteerde keuzevrijheid van belastingplichtigen.

In deze visie bevat onderdeel 4.2.3 van het 10a besluit, in casus waarin sprake is van rechtstreekse financiering, een onrechtmatige uitbreiding van het begrip 'onzakelijke omleiding'.

In de in de bijlage bij dit memo opgenomen (gestyleerde) praktijkcasus (allen materieel onzakelijke omleidingen) zou de rente in deze visie dus niet in aftrek beperkt kunnen worden, omdat sprake is van rechtstreekse financiering. Fiscale overwegingen die aan de gekozen financiering ten grondslag liggen passen in deze visie binnen de door de wetgever geaccepteerde keuzevrijheid van belastingplichtigen.

Deze visie wordt onderschreven door De Vries in onderdeel 15 van zijn noot bij de Mauritius zaak in BNB 2015/165:

Echter, het op de bedoelde eerste volzin volgende rechtsoordeel in de tweede volzin – in het geval van rechtstreekse financiering, dat wil zeggen een 'verbonden' financiering met vreemd vermogen zonder (een daaraan voorafgaande (onzakelijke)) omleiding, heeft de wetgever de zakelijkheid van een dergelijke geldverstrekking aanvaard – luidt zo algemeen en stelt dat hieruit mijns inziens de volgende conclusie kan worden getrokken: verstrekt de (buitenlandse) groepscrediteur de geldlening uit (eigen) vermogen dat niet (met het oog op de financiering van een art. 10a-transactie) aan de desbetreffende concernschuldeiser ter beschikking is gesteld door een verbonden (rechts)persoon, dan staat daarmee – behoudens mogelijk zeer uitzonderlijke omstandigheden – de zakelijkheid van de 'verbonden' financiering in de zin van art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969 vast. Zogeheten 'double dips' vallen mijns inziens niet onder de mogelijke uitzondering van zeer uitzonderlijke omstandigheden, al was het maar om de simpele reden dat toen de wetgever de uitlating – waaraan de Hoge Raad refereert – deed, 'double dips' al volop in zwang waren en de wetgever op dit punt geen enkel voorbehoud heeft gemaakt. De omstandigheid dat de Staatssecretaris van Financiën in zijn hoedanigheid van wetsuitvoerder via het art. 10a-beleidsbesluit probeert de parlementaire geschiedenis van art. 10a Wet VPB 1969 in voor hem voordelige zin op te rekken en bij te buigen, doet daaraan uiteraard niet af.

Ook de redactie van het Vakstudie Nieuws lijkt die mening toegedaan te zijn, getuige onderdeel 4 van de aantekening in VN 2015/27.16:

Een directe financiering uit eigen middelen binnen het concern zonder onzakelijke omleiding is in beginsel zakelijk (r.o. 3.1.3). De achterliggende reden hiervoor is dat belastingplichtigen de keuzevrijheid hebben ten aanzien van de financiering. Wij gaan ervan uit dat een financiering waarbij een hybride entiteit is betrokken en als gevolg daarvan een 'double dip' ontstaat, bij rechtstreekse financiering (vanuit Nederlands perspectief) niet kan worden bestreden met art. 10a Wet VPB 1969 (vergelijk in dit kader de opmerkingen van de staatssecretaris over hybride entiteiten in zijn besluit van van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, onderdeel 4.1, V-N 2013/19.19 onder 4.2.3 bij (uiteindelijk) externe lening). Door het gebruik van de woorden 'in beginsel' houdt de Hoge Raad overigens wel ruimte voor uitzonderingen op de geformuleerde rechtsregel.

Visie CTC

Uit de woorden '*in beginsel*' uit de hiervoor geciteerde rechtsoverweging kan worden afgeleid dat bij afwezigheid van een onzakelijke omleiding bij een externe acquisitie toch nog sprake kan zijn van een schuld waaraan niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

De mening van de CTC is, dat ook bij rechtstreekse financiering dus nog sprake kan zijn van een schuld waaraan niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De door de Hoge Raad in de Mauritius zaak genoemde keuzevrijheid van belastingplichtigen ziet uitsluitend op de keuze tussen eigen en vreemd vermogen. Niet op de keuze van het gebruik van hybride financiering of hybride rechtsvormen i.h.k.v. het creëren van een 'materieel onzakelijke omleiding'.

Ook AG Wattel is van mening dat de door de Hoge Raad in de Mauritius zaak genoemde keuzevrijheid ziet op de keuze tussen eigen en vreemd vermogen. Zie onderdeel 7.20 van de conclusie van 6 augustus, nr. 15/00194:

Uit dit arrest blijkt ook dat aan de lening 'in beginsel' zakelijke redenen ten grondslag liggen als zij niet is omgeleid (langs een tax haven). Bij rechtstreekse financiering staat het de belanghebbende dus in beginsel vrij om op fiscale gronden te kiezen voor vreemd vermogen in plaats van eigen vermogen (hoewel daar uitzonderingen op bestaan).

Het voorgaande betekent dat de CTC ook na de Mauritius zaak zeker nog mogelijkheden ziet om casus waarin sprake is van een materieel onzakelijke omleiding middels rechtstreekse financiering te bestrijden met toepassing van art. 10a Wet Vpb.

Conclusie

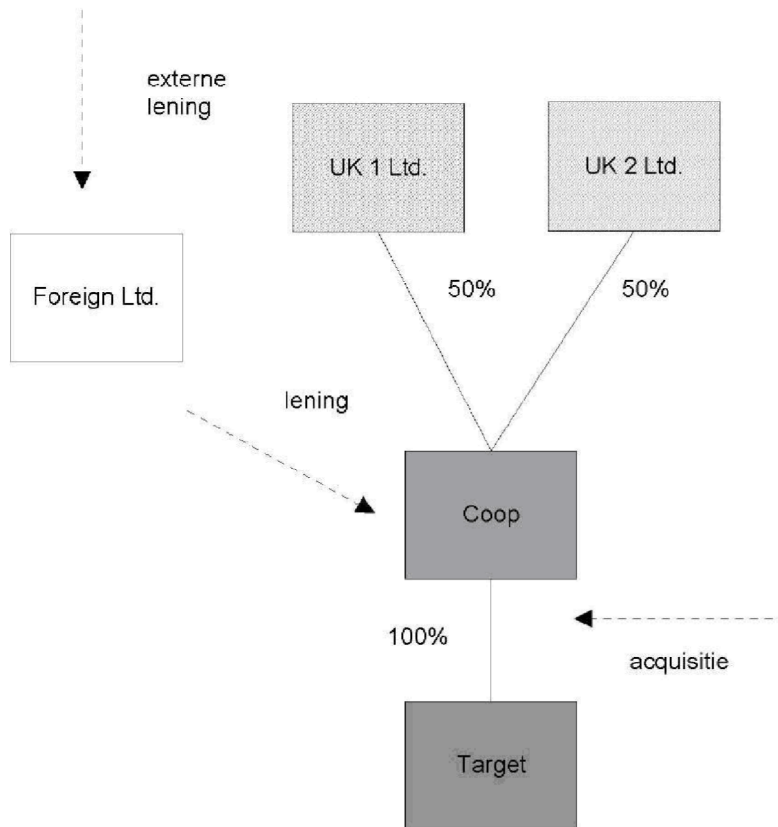
Omdat het uitvoeringsbesluit dit voorschrijft en omdat de Mauritiuszaak de ruimte laat, gaat de CTC door met het bestrijden van gevallen waarin sprake is van rechtstreekse financieringen die zo zijn geconstrueerd dat ze hetzelfde effect hebben als een financiering die is omgeleid via een taxhaven.

BIJLAGE

Voorbeelden van materieel onzakelijke omleidingen

Voorbeeld 1: Coöp / UK structuur zonder storting binnen FE:

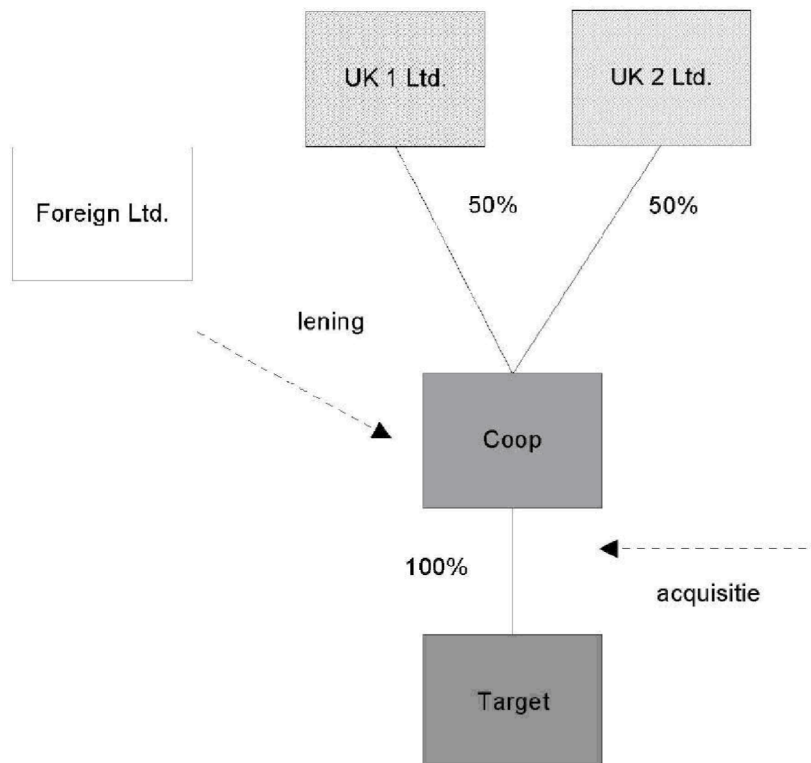
A.g.v. de transparantie van coöp naar UK recht, kan dezelfde rente zowel bij coöp als in de UK in aftrek worden gebracht.



Alle vennootschappen behoren tot dezelfde groep
De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL
Coop is transparant naar UK recht

Voorbeeld 2: Coop / UK structuur met lening uit eigen vermogen:

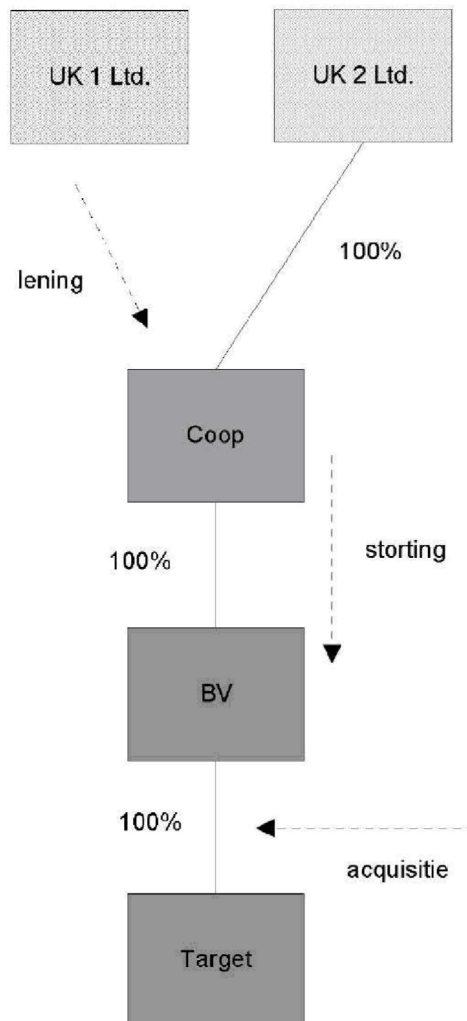
A.g.v. de transparantie van coöp naar UK recht, kan dezelfde rente zowel bij coöp als in de UK in aftrek worden gebracht.



Alle vennootschappen behoren tot dezelfde groep
De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL
Coop is transparant naar UK recht

Voorbeeld 3: Coöp / UK structuur met lening van UK groepsvennootschap:

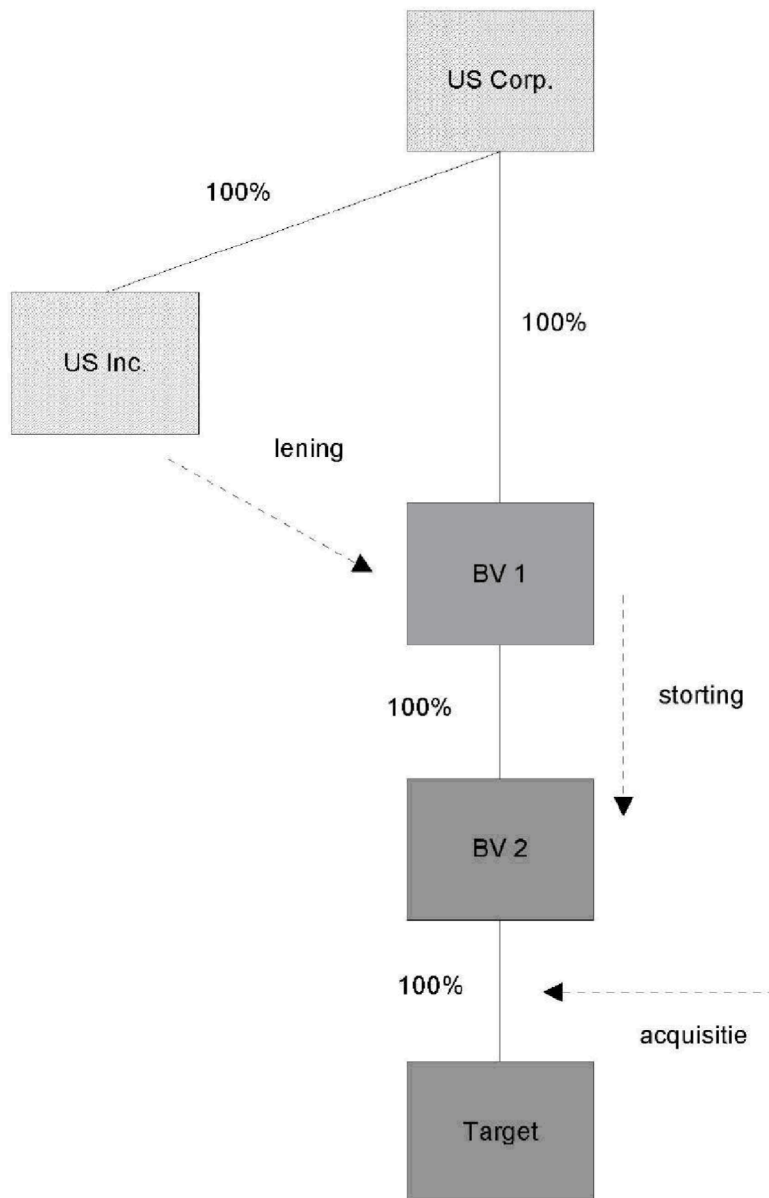
A.g.v. de transparantie van coöp naar UK recht, kan dezelfde rente zowel bij coöp als bij UK 2 in aftrek worden gebracht. De rentelast bij UK 2 kan i.h.k.v. de group relief worden afgezet tegen de rentebate bij UK 1.



Alle vennootschappen behoren tot dezelfde groep
De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL
De gestreepte vennootschappen maken gebruik van group relief in de UK
Coöp is transparant naar UK recht

Voorbeeld 4: BV1 / BV2 structuur met lening van US groepsvennootschap:

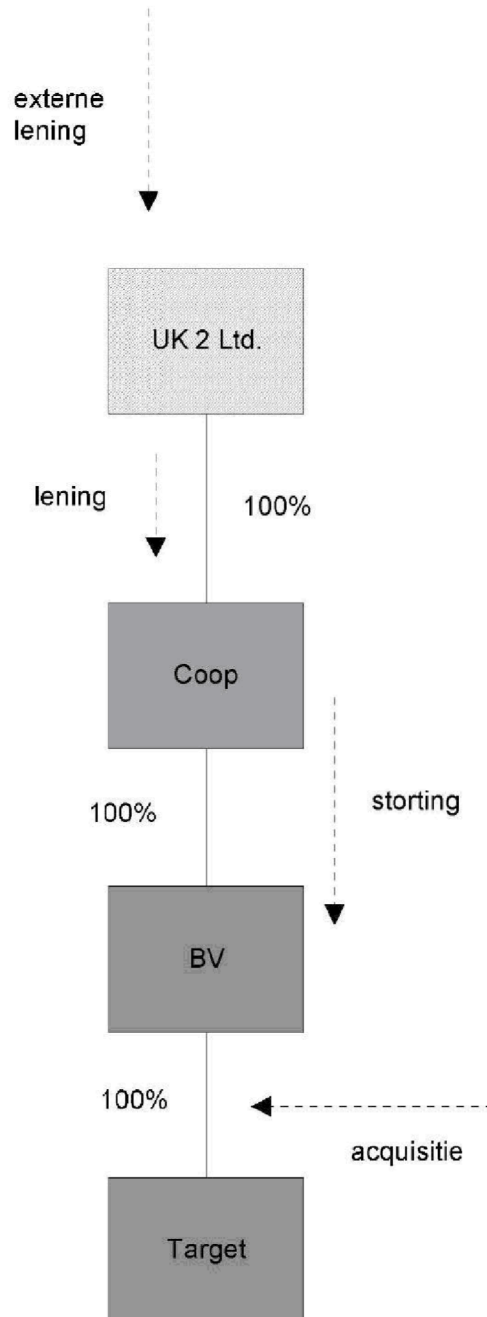
A.g.v. de transparantie van BV 1 naar US recht, kan dezelfde rente zowel bij BV 1 als bij US Corp in aftrek worden gebracht. De rentelast bij US Corp kan i.h.k.v. de consolidated group worden afgezet tegen de rentebate bij US Inc.



De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL
De gestreepte rechtspersonen vormen een fiscale eenheid in de VS
BV 1 is een "disregarded entity" naar VS fiscaal recht

Voorbeeld 5: Coöp / UK structuur met lening van UK moeder:

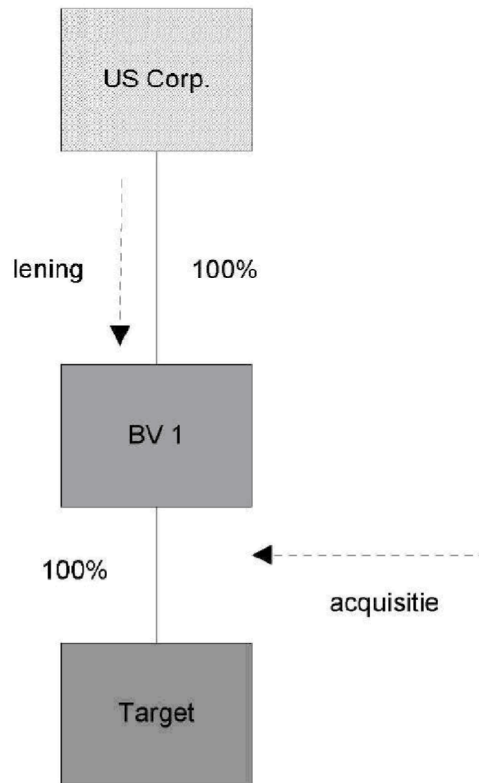
A.g.v. de transparantie van coöp naar UK recht, is de rentebate bij UK 2 niet belast.
De lening is vanuit UK perspectief immers non-existent.



De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL
Coop is transparant naar UK recht

Voorbeeld 6: BV1 / BV2 structuur met lening van US moeder:

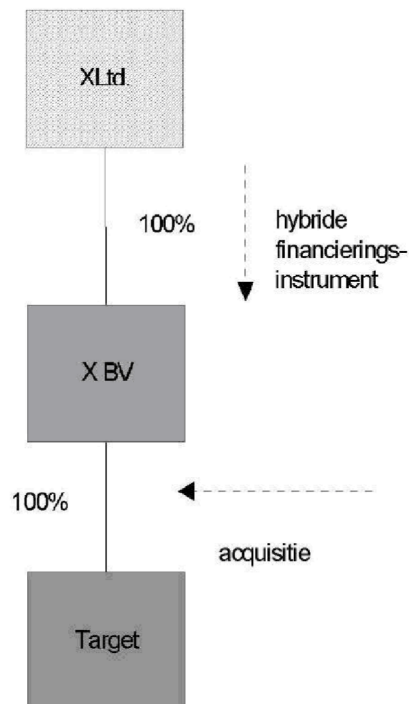
A.g.v. de transparantie van BV 1 naar US recht, is de rentebate bij US Corp niet belast. De lening is vanuit US perspectief immers non-existent.



De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in Nederland
BV 1 is een "disregarded entity" naar VS fiscaal recht

Voorbeeld 7: Rechtstreekse financiering met hybride financieringsinstrument:

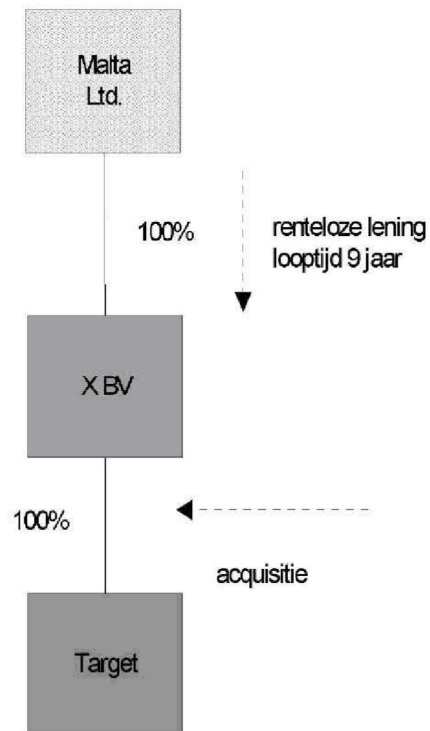
A.g.v. de kwalificatie van het financieringsinstrument als eigen vermogen naar buitenlands recht, is de rentebate bij X Ltd niet belast.



Alle vennootschappen behoren tot dezelfde groep
De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL

Voorbeeld 8: Rechtstreekse financiering met renteloze lening:

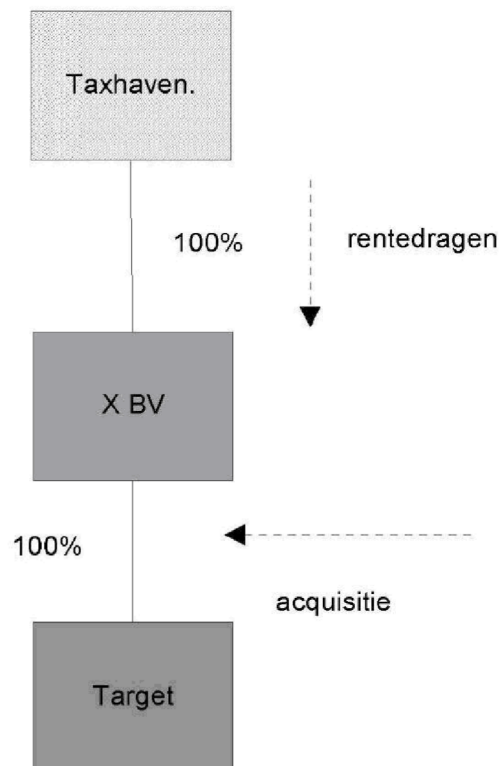
De bij X BV in aftrek gebrachte (geïmputeerde) rente is niet belast bij Malta Ltd, omdat Malta geen imputatiestelsel kent.



Alle vennootschappen behoren tot dezelfde groep
De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL

Voorbeeld 9: Rechtstreekse financiering vanuit een substanceloze tophoudster in een taxhaven:

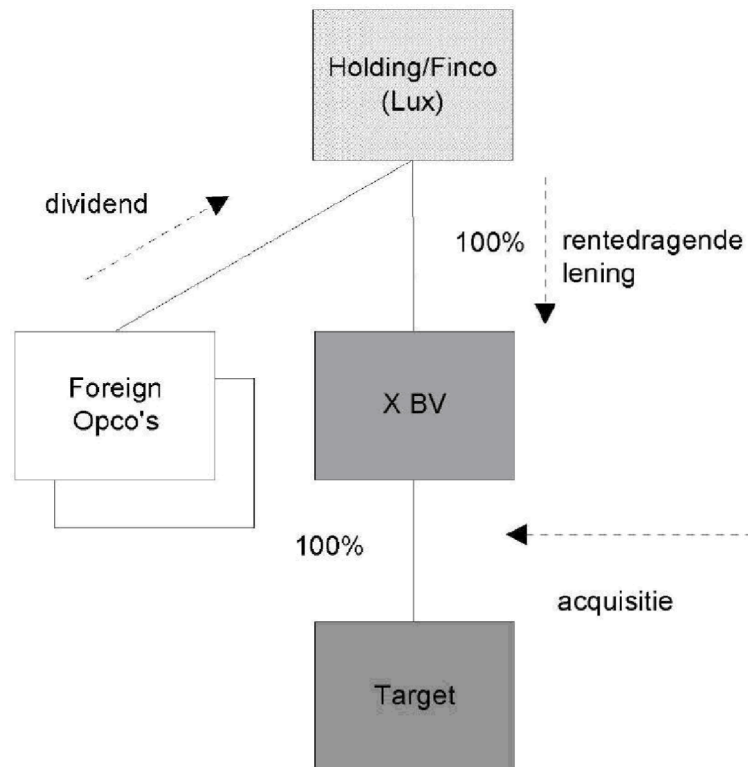
De bij X BV in aftrek gebrachte rente is niet belast bij de substanceloze SPV in de taxhaven.



Alle vennootschappen behoren tot dezelfde groep
De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL

Voorbeeld 10: Rechtstreekse financiering, gefinancierd met dividenden uit buitenlandse opco's, vanuit een (tussen)houdster/financieringsmaatschappij met artificiële verliezen:

De bij X BV in aftrek gebrachte rente is niet belast bij de houdster/financieringsmaatschappij met artificiële verliezen.



Alle vennootschappen behoren tot dezelfde groep
De grijze vennootschappen vormen een fiscale eenheid in NL