

ECLI:NL:HR:2024:706

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	17-05-2024
Datum publicatie	17-05-2024
Zaaknummer	21/00415
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2021:769 In cassatie op : ECLI:NL:GHAMS:2020:3634
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Vennootschapsbelasting; art. 7 en art. 25, lid 4, Belastingverdrag Nederland - Frankrijk; art. 9, lid 1, aanhef en letter d, Wet Vpb.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NDFR Nieuws 2024/876 Viditax (FutD), 17-5-2024 V-N Vandaag 2024/1070 FutD 2024-1123 met annotatie van Fiscaal up to Date NTFR 2024/876 met annotatie van mr. F. van Horzen V-N 2024/23.8 met annotatie van Redactie NJB 2024/1187 Sdu Nieuws Belastingzaken 2024/565



[Verrijkte uitspraak](#)

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

BELASTINGKAMER

Nummer 21/00415

Datum 17 mei 2024

ARREST

in de zaak van

[X] S.E. (hierna: belanghebbende)

tegen

op het beroep in cassatie tegen de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 22 december 2020, nrs. 18/00688 en 18/00689¹, op het hoger beroep van de Inspecteur en het incidentele hoger beroep van belanghebbende tegen een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland (nrs. HAA 16/3231 en HAA 16/3232) betreffende de aan belanghebbende voor het jaar 2007 opgelegde aanslag in de vennootschapsbelasting en de daarbij gegeven beschikking als bedoeld in artikel 20b, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, alsmede de aan belanghebbende voor het jaar 2008 opgelegde aanslag in de vennootschapsbelasting en de daarbij gegeven beschikking als bedoeld in artikel 21a, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

1 Geding in cassatie

Belanghebbende, vertegenwoordigd door M. Sanders, 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, vertegenwoordigd door [P], heeft een verweerschrift ingediend.

Belanghebbende heeft een conclusie van repliek ingediend.

De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 26 augustus 2021 geconcludeerd tot gegrondverklaring van het beroep in cassatie.²

Zowel belanghebbende als de Staatssecretaris heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten in cassatie

- 2.1 Belanghebbende, in de onderhavige jaren (2007 en 2008) een société anonyme naar Frans recht, is gevestigd in Frankrijk. Haar activiteiten bestaan in de verhuur van onroerend goed. Met ingang van 1 juli 2007 heeft belanghebbende een vaste inrichting in Nederland (hierna: de vaste inrichting).
- 2.2 Het vermogen van de vaste inrichting omvat uitsluitend de aandelen in een in Nederland gevestigde naamloze vennootschap (hierna: NL NV), welke aandelen belanghebbende in 2007 door een openbaar ruilbod heeft verkregen. Onder het ruilbod zijn door belanghebbende zowel nieuwe aandelen uitgegeven als converteerbare obligaties, genaamd obligations remboursables en actions (hierna: ora's). De aandeelhouders van NL NV konden kiezen voor de door belanghebbende uitgegeven ora's (hierna: de ORA's) in plaats van nieuwe aandelen in belanghebbende als tegenprestatie voor alle of een deel van hun aandelen in NL NV.
- 2.3 De uitgifteprijs van een nieuw aandeel in belanghebbende was gelijk aan de slotkoers van het aandeel van belanghebbende op de Eurolistmarkt van Euronext Parijs op de sluitingsdatum van het ruilbod. De ORA's zijn uitgegeven tegen een nominale waarde die gelijk is aan de uitgifteprijs van de nieuwe aandelen in belanghebbende.
- 2.4 De ORA's hebben in beginsel een looptijd van vijftig jaar.
Belanghebbende heeft het recht om na het verstrijken van een periode van twaalf jaar volgend op de datum van uitgifte van de ORA's, aflossing van de ORA's af te dwingen (ieder jaar daaropvolgend op het moment dat het dividend wordt uitgekeerd). Zo'n aflossing zal alleen plaatsvinden door conversie in aandelen in belanghebbende. Aflossing in geld is niet mogelijk.
Houders van de ORA's kunnen na het verstrijken van een periode van drie maanden na uitgifte van de ORA's vragen om conversie, ook alleen tegen aandelen in belanghebbende. Ook als de looptijd van vijftig jaar is verstreken, kunnen de ORA's alleen worden geconverteerd in aandelen in belanghebbende. Het overgrote deel van de ORA's is na uitgifte in 2007 geconverteerd in aandelen in belanghebbende.
- 2.5 Conversie vindt, behoudens anti-verwateringsmaatregelen, steeds plaats in een conversieverhouding van 1 op 1. Op het moment dat de ORA's worden geconverteerd in aandelen kunnen de aandelen een lagere waarde hebben dan de nominale waarde van de ORA's; er vindt dan geen vergoeding plaats van het verschil.
- 2.6 In het geval van een onvrijwillige liquidatie, een 'liquidation judiciaire', van belanghebbende vóór het verstrijken van de looptijd hebben de houders van de ORA's recht op aflossing in contanten naar de nominale waarde van de ORA's. In het geval van een vrijwillige liquidatie, een 'liquidation conventionnelle', hebben de houders van de ORA's een keuze tussen aflossing in contanten of in aandelen in belanghebbende.

- 2.7 Aan de ORA's zijn geen aandeelhoudersrechten, zoals stemrecht, verbonden. De rentevergoeding op de ORA's is gebaseerd op het op de aandelen in belanghebbende uitgekeerde dividend.
- 2.8 De ORA's zijn achtergesteld bij alle schulden van belanghebbende, maar hebben voorrang boven aandelen en 'prêts participatifs'.
- 2.9 De ORA's worden volgens de International Accounting Standard 32 ('Financial instruments: Presentation') als 'equity instruments' beschouwd. In (financiële) verslagleggingen van belanghebbende worden de ORA's gelijkgesteld met gewone aandelen en aangemerkt als bestanddeel van het kapitaal.
- 2.10 Belanghebbende is ten aanzien van het inkomen uit de vaste inrichting buitenlands belastingplichtig in Nederland. Tot die resultaten behoren de voordelen uit het aandelenbelang in NL NV dat is toegerekend aan de vaste inrichting.
- 2.11 Voor de uitgifte van de ORA's en van de aandelen heeft belanghebbende kosten gemaakt ten bedrage van respectievelijk € 9.424.557 en € 34.700.000 (hierna: de emissiekosten voor de ORA's respectievelijk de emissiekosten voor de aandelen; hierna tezamen ook: de emissiekosten).
- 2.12 Bij het opleggen van de aanslag in de vennootschapsbelasting voor het jaar 2007 heeft de Inspecteur niet geaccepteerd dat de emissiekosten voor de ORA's ten laste van de winst van de vaste inrichting zijn gebracht.

3 De oordelen van het Hof

- 3.1 Voor het Hof was in geschil of belanghebbende, als buitenlandse belastingplichtige met een vaste inrichting in Nederland, de emissiekosten voor de ORA's en bovendien de emissiekosten voor de aandelen ten laste van haar in Nederland belastbare winst kan brengen. Het Hof heeft die vraag ontkennend beantwoord.
- 3.2.1 Daarbij heeft het Hof in de eerste plaats beoordeeld of de ORA's voor Nederlandse fiscale doeleinden als vreemd vermogen dan wel als eigen vermogen moeten worden aangemerkt. Indien de ORA's als vreemd vermogen moeten worden aangemerkt, is tussen partijen – naar het oordeel van het Hof: terecht – niet in geschil dat de emissiekosten voor de ORA's aan de vaste inrichting moeten worden toegerekend en in het onderhavige jaar (2007) ten laste van de Nederlandse winst van belanghebbende komen. Dat standpunt van partijen achtte het Hof juist want in overeenstemming met artikel 17 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: de Wet Vpb) en artikel 7 van het OESO-modelverdrag 1963.
- 3.2.2 Volgens het Hof volgt uit de kenmerken van de ORA's, zoals die blijken uit het prospectus, dat het meest wezenlijke element van de verbintenis tussen de ORA-houders en belanghebbende, het recht van de ORA-houders is op aflossing van de ORA's in de vorm van aandelen. Daarbij lopen ORA-houders het risico minder te ontvangen dan de nominale waarde van de desbetreffende ORA's bij uitgifte, zodat geen verplichting tot terugbetaling bestaat, aldus het Hof. Enkel in het geval van een verplichte of, naar het Hof veronderstellenderwijs heeft aangenomen, een vrijwillige liquidatie hebben de ORA-houders recht op aflossing in contanten naar het nominale bedrag van de ORA's. Daarmee bestaat, aldus het Hof, echter niet een afdwingbare verplichting tot aflossing van de ORA's. Het Hof is op grond van dit een en ander van oordeel dat de ORA's niet kunnen worden aangemerkt als vreemd vermogen en dat de emissiekosten voor de ORA's geen betrekking hebben op schuldfinanciering die door belanghebbende is aangetrokken van derden. Daarom kunnen deze kosten niet als kosten van vreemd vermogen aan de vaste inrichting worden toegerekend, aldus het Hof.
- 3.3 Het Hof heeft ook beoordeeld of de emissiekosten voor de ORA's en de emissiekosten voor de aandelen kunnen worden toegerekend aan de vaste inrichting, ervan uitgaande dat de ORA's, evenals de in verband met de aandelenruil door belanghebbende uitgegeven aandelen, worden aangemerkt als risicodragend kapitaal. Naar het oordeel van het Hof is dat op grond van het nationale recht niet het geval. De emissiekosten moeten worden aangemerkt als orgaankosten die niet op zodanige wijze verband houden met bepaalde door belanghebbende behaalde voordelen dat zij aan die voordelen kunnen worden toegerekend, ook niet indien het betreft voordelen behaald met of uit de vaste inrichting, aldus het Hof.
- 3.4 Uitgaande van zijn oordeel dat de emissiekosten op grond van het nationale recht moeten worden toegerekend aan het Franse hoofdhuis van belanghebbende, heeft het Hof vervolgens beoordeeld of artikel 7 van het Belastingverdrag Nederland-Frankrijk van 16 maart 1973³ (hierna: het Verdrag) – in het bijzonder de eerste drie paragrafen daarvan – een inbreuk daarop kan maken. Naar zijn oordeel moeten er dan voldoende duidelijke aanwijzingen zijn die erop duiden dat de emissiekosten op grond van het Verdrag moeten worden toegerekend aan de vaste inrichting in Nederland. Het Hof is in dit verband tot het oordeel gekomen dat uit de bewoordingen van artikel 7 van het Verdrag noch uit het commentaar op het OESO-modelverdrag uit 1963 (hierna: het OESO-commentaar 1963) valt op te maken dat de emissiekosten aan

de vaste inrichting in Nederland zijn toe te rekenen of dat zij moeten worden aangemerkt als kosten in de zin van artikel 7, lid 3, van het Verdrag.

4 Beoordeling van de middelen

- 4.1 Middel I richt zich tegen de hiervoor in 3.2.2 weergegeven oordelen van het Hof. Het middel betoogt dat het Hof heeft miskend dat de ORA's wel degelijk een schuldinstrument vormen omdat voldoende is dat voor belanghebbende een terugbetalingsverplichting bestaat die tot uiting komt bij een voortijdig faillissement van belanghebbende, en dat niet relevant is of deze verplichting ten tijde van de geldverstrekking voorwaardelijk is en hoe groot de kans is dat de voorwaarde in vervulling gaat. Voor de curator zijn de houders van de ORA's crediteuren die in rangorde voorgaan op alle aandeelhouders. De geldverstrekking door middel van de ORA's moet daarom voor civielrechtelijke en dus ook voor fiscale doeleinden worden aangemerkt als geldlening, aldus het middel.
- 4.2.1 De Hoge Raad stelt voorop dat voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking voor de toepassing van de belastingwet als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt, als regel de civielrechtelijke vorm van die geldverstrekking beslissend is.4
- 4.2.2 Indien de geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven beoordeeld als een verstrekking van aandelenkapitaal moet worden aangemerkt, dient zij voor de toepassing van de fiscale wetgeving in beginsel eveneens te worden aangemerkt als kapitaalverstrekking. Indien de geldverstrekking naar civielrechtelijke maatstaven niet als verstrekking van aandelenkapitaal is aan te merken, heeft voor de fiscale kwalificatie van die geldverstrekking – als eigen dan wel als vreemd vermogen – als uitgangspunt te gelden dat bepalend is of een verplichting tot terugbetaling bestaat. Of die verplichting bestaat, moet worden beoordeeld volgens de voor de geldverstrekking gekozen civielrechtelijke vorm.5 Een terugbetalingsverplichting verleent aan een geldverstrekking het kenmerk van een lening.6 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. 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.7
- 4.3 De hiervoor in 3.2.2 weergegeven oordelen van het Hof komen erop neer dat met de verwerving van de ORA's, ongeacht de vraag of deze civielrechtelijk als geldlening zijn aan te merken, voor ORA-houders geen afdwingbaar recht op (terug)betaling in contanten bestaat, maar uitsluitend een afdwingbaar recht op (terug)betaling in aandelen. Verplichte en vrijwillige liquidatie zijn volgens het Hof zulke uitzonderlijke omstandigheden dat zij niet afdoen aan het wezenlijke element van de verbintenis tussen de ORA-houder en belanghebbende, namelijk de aflossing in aandelen. Mede bezien in samenhang met de overige kenmerken van de ORA's, komt het Hof tot het oordeel dat de ORA's niet een schuldinstrument vormen. Met deze oordelen heeft het Hof de hiervoor in 4.2.1 en 4.2.2 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. Middel I faalt daarom.
- 4.4.1 Middel II bestrijdt het hiervoor in 3.3 weergegeven oordeel van het Hof. Het middel betoogt in de kern dat het Hof ten onrechte heeft overwogen dat de emissiekosten – zonder onderscheid tussen ORA's en aandelen – moeten worden beschouwd als zogenoemde orgaankosten.
- 4.4.2 Zowel de emissiekosten voor de ORA's als de emissiekosten voor de aandelen zijn aan te merken als kosten van wijziging van het kapitaal als bedoeld in artikel 9, lid 1, letter d, van de Wet Vpb. Zij hebben betrekking op het bestaan van belanghebbende als kapitaalvennootschap. De emissiekosten zijn als orgaankosten niet afhankelijk van de wijze waarop het kapitaal zal worden aangewend. Dergelijke kosten zijn eigen aan de rechtsvorm van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal en houden niet op zodanige wijze verband met bepaalde door de kapitaalvennootschap te behalen voordelen, dus ook niet voordelen behaald met behulp van een vaste inrichting, dat zij aan die voordelen kunnen worden toegerekend.8
- 4.4.3 Gelet op hetgeen hiervoor in 4.4.2 is overwogen, worden naar Nederlandse fiscale maatstaven noch de emissiekosten voor de ORA's noch de emissiekosten voor de aandelen toegerekend aan de vaste inrichting. Zij horen als orgaankosten thuis bij het hoofdhuis in Frankrijk. Het oordeel van het Hof is juist. Middel II faalt daarom.

4.5 Middel III is gericht tegen de hiervoor in 3.4 weergegeven oordelen van het Hof. Het middel doet een beroep op artikel 7, lid 3, van het Verdrag, welke bepaling volgens het middel rechtstreeks werkt en noopt tot het buiten toepassing laten van het Nederlandse nationale recht. Indien de emissiekosten niet aan de vaste inrichting worden toegerekend, is het resultaat volgens het middel namelijk dat de emissiekosten noch bij het hoofdhuis in Frankrijk, noch bij de vaste inrichting in Nederland in aanmerking kunnen worden genomen. Aldus wordt een dubbele belastingheffing veroorzaakt die het Verdrag juist beoogt te voorkomen. De emissiekosten zijn volgens de regels voor winstallocatie van vaste inrichtingen, zoals neergelegd in artikel 7 van het Verdrag, in Nederland aftrekbaar omdat zij moeten worden aangemerkt als kosten die ten behoeve van de vaste inrichting zijn gemaakt, zoals bedoeld in lid 3 van dat artikel, aldus nog steeds middel III.

4.6.1 Op grond van artikel 7, lid 3, van het Verdrag worden "bij het bepalen van de voordelen van een vaste inrichting (...) in aftrek toegelaten kosten – daaronder begrepen kosten van de leiding en algemene beheerskosten – die ten behoeve van de vaste inrichting zijn gemaakt, hetzij in de Staat waar de vaste inrichting is gevestigd, hetzij elders".

4.6.2 In dit geval is de heffingsbevoegdheid ter zake van de winst van de vaste inrichting aan Nederland toegewezen. Hiervoor in 4.4.3 is geoordeeld dat voor de toepassing van de Nederlandse belastingwetgeving de emissiekosten niet worden toegerekend aan de vaste inrichting. Voor de toepassing van artikel 7, lid 2, van het Verdrag is dat niet anders. Of dit voor de toepassing van artikel 7, lid 3, van het Verdrag, een aanvullende bepaling op het tweede lid, ook zo is, moet worden gezien binnen de context van het Verdrag en met inachtneming van de in het OESO-commentaar 1963 – dat van grote betekenis is voor de uitleg van het Verdrag – gegeven voorbeelden van in die Verdragsbepaling bedoelde, door het hoofdhuis ten behoeve van de vaste inrichting gemaakte kosten.⁹

Noch het Verdrag noch het OESO-commentaar 1963 bevat enige aanwijzing dat emissiekosten, die als orgaankosten eigen zijn aan de rechtsvorm van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, op grond van artikel 7, lid 3, van het Verdrag moeten worden geacht (mede) te zijn gemaakt ten behoeve van de vaste inrichting die het desbetreffende kapitaal (mede) ter beschikking heeft gekregen en daarom aan de vaste inrichting moeten worden toegerekend.

Dit een en ander betekent dat artikel 7, lid 3, van het Verdrag niet ertoe noopt dat de emissiekosten ten laste van de winst van de vaste inrichting worden gebracht. De oordelen van het Hof zijn juist. Middel III faalt.

4.7 De Hoge Raad heeft ook de overige klachten over de uitspraak van het Hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat ook deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die uitspraak. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie).

5 Proceskosten

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

6 Beslissing

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie ongegrond.

Dit arrest is gewezen door de vice-president M.E. van Hilten als voorzitter, de vice-president J.A.R. van Eijdsen, en de raadsheren M.A. Fierstra, E.F. Faase en P.A.G.M. Cools, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier E. Cichowski, en in het openbaar uitgesproken op 17 mei 2024.

1 ECLI:NL:GHAMS:2020:3634.

2 ECLI:NL:PHR:2021:769.

3 Overeenkomst van 16 maart 1973, Trb.1973, 83, laatstelijk gewijzigd op 24 juli 2005, Trb. 2004, 150.

4 Zie HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:874, rechtsoverweging 2.3.1.

5 Vgl. HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:874, rechtsoverweging 2.3.2.

6 Vgl. HR 8 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2327, rechtsoverweging 3.4 (een-na-laatste volzin).

7 Vgl. HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:874, rechtsoverweging 2.3.2.

8 Vgl. HR 23 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0909, rechtsoverweging 3.4.

9 Zie de in onderdeel 8.13 van de conclusie van de Advocaat-Generaal opgenomen voorbeelden.
