

COMMENTAAR

VLEGGERT¹

De belanghebbende in deze zaak, een in Nederland gevestigde BV, kan een deel van de rente die zij is verschuldigd aan haar Deense moedervenootschap niet in aftrek brengen op grond van de tot 2013 geldende thincapregeling. Belanghebbende stelt dat het uit art. 49 VwEU voortvloeiende recht op vrije rechtsvormkeuze wordt geschonden omdat de rente wel aftrekbaar zou zijn wanneer de Deense vennootschap zich in Nederland had gevestigd door middel van een vaste inrichting. De Deense vennootschap heeft de aan belanghebbende geleende bedragen namelijk extern gefinancierd. Het is deze externe financiering die op de balans van de Nederlandse vaste inrichting zou verschijnen. De rente op deze extern geleende bedragen is dan aftrekbaar omdat de niet aftrekbare rente op grond van de thincapregeling is beperkt tot het bedrag dat in het jaar per saldo is verschuldigd aan verbonden lichamen.²

De jurisprudentie waarin het HvJ EG aan de ontvangststaat de eis stelt om zijn belasting op rechtvormneutrale wijze te heffen, heeft betrekking op de omgekeerde situatie, namelijk die van een vaste inrichting die slechter wordt behandeld dan een binnenlandse dochtervennootschap. In *Saint Gobain*³ wordt de verschillende behandeling van filialen van buitenlandse vennootschappen ten opzichte van binnenlandse vennootschappen (discriminatie op grond van vestigingsplaats) en de daaruit voortvloeiende beperking van de vrije keuze van de vorm van de nevenvestiging als eenzelfde schending van de vrijheid van vestiging aangemerkt. In de onderhavige casus is echter geen sprake van een discriminatie op grond van vestigingsplaats. Indien de BV de rente verschuldigd zou zijn aan een Nederlandse moedervenootschap zou zij eveneens geconfronteerd worden met de aftrekbeperking. De verschillende behandeling van de dochtervennootschap ten opzichte van de vaste inrichting vloeit met andere woorden louter voort uit de gekozen rechtsvorm. Deze verschillende behandeling kan alleen in strijd komen met art. 49 VwEU als de vrijheid van vestiging naast het verbod op belemmeringen van grensoverschrijdende situaties ten opzichte van binnenlandse situaties een separaat recht op vrije rechtsvormkeuze behelst. Een aanwijzing hiervoor is te vinden in *Philips Electronics* waarin het HvJ EU als volgt overweegt: “Artikel [49], eerste alinea, tweede volzin, EG biedt marktdeelnemers uitdrukkelijk de mogelijkheid om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, zodat deze vrije keuze in de lidstaat van ontvangst niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen (...).”⁴ Het is dit recht op vrije rechtsvormkeuze waaraan de Hoge Raad de thincapregeling toetst.

Het recht op vrije rechtsvormkeuze is echter niet absoluut. Alleen wanneer de binnenlandse dochtervennootschap en de vaste inrichting zich in een objectief vergelijkbare situatie bevinden, kan in het concrete geval sprake zijn van een belemmering. Of sprake is van een

¹ J. Vleggeert is verbonden aan de afdeling belastingrecht van de Universiteit Leiden.

² Verondersteld wordt dat de Deense vennootschap behoort tot een groep.

³ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (*Saint-Gobain*), r.o. 43. Zie ook HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-253/03 (*CLT-UFA*), r.o. 15.

⁴ HvJ EG 6 september 2012, C-18/11, r.o. 13.

objectief vergelijkbare situatie moet worden gezien in het licht van de doelstelling van de thincapregeling.

De thincapregeling richt zich tegen een onevenwichtige verdeling van financieringslasten binnen een concern.⁵ In de woorden van de staatssecretaris: “De thincap-maatregel is bedoeld voor belastingplichtigen die in verhouding tot het concern waar zij deel van uitmaken bovenmatig met vreemd vermogen zijn gefinancierd. Deze maatregel is gericht tegen grondslagverschuiving of grondslaguitholling in concernverband.”⁶ Bij verbonden rente is volgens de staatssecretaris grondslagverschuiving in concernverband eerder aan de orde dan bij rente verschuldigd aan een onafhankelijke derde. De thincapregeling maakt dus onderscheid tussen leningen van verbonden vennootschappen en externe financiering. In het licht van de doelstelling van de regeling is het daarom begrijpelijk dat de Hoge Raad de situatie van een dochtervennootschap die heeft ingeleend van haar moedervernootschap niet vergelijkbaar vindt met de situatie van een vaste inrichting die extern is gefinancierd. De thincapregeling komt daarom niet in strijd met art. 49 VwEU.

Belanghebbende betoogt verder dat de thincapregeling in strijd komt met de bepaling over gelieerde ondernemingen van het belastingverdrag tussen Nederland en Denemarken. Dat de Hoge Raad daar niet aan wil, is sinds HR 21 september 2012, nr. 10/05268, NTFR 2012-2284 geen nieuws.

⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, blz. 9.

⁶ Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, blz. 16.