

Is de vrijstelling van rente op een hybride lening een onrechtmatige steunmaatregel?

Gepubliceerd in *Weekblad Fiscaal Recht* 2014/7069, blz. 1325-1332

J. Vleggeert, Associate Professor at the Institute of Tax Law of the University of Leiden
j.vleggeert@law.leidenuniv.nl

IS DE VRIJSTELLING VAN RENTE OP EEN HYBRIDE LENING EEN ONRECHTMATIGE STEUNMAATREGEL?

Mr. dr. J. Vleggeert¹

1. Inleiding

Wanneer een vennootschapsbelastingplichtige een deelnemerschapslening heeft verstrekt aan een lichaam waarin hij een deelneming heeft, wordt de lening op grond van art. 13, lid 4, onderdeel b, Vpb. '69 als een deelneming behandeld. Bij het bepalen van de winst blijven de voordelen uit hoofde van de deelnemerschapslening dan buiten aanmerking ingevolge art. 13, lid 1, Vpb. '69 (de deelnemingsvrijstelling). De deelnemingsvrijstelling kan ook van toepassing zijn als de rente op een deelnemerschapslening bij een buitenlandse debiteur in aftrek is gekomen. In "Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches"² kwam ik tot de conclusie dat dit niet is te rechtvaardigen vanuit de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling. In dat artikel ben ik niet ingegaan op de vraag of sprake kan zijn van onrechtmatige staatssteun.³ Deze vraag wil ik beantwoorden in deze bijdrage.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 komt aan de orde of art. 13, lid 4, onderdeel b, Vpb. '69 (hierna: "de vrijstelling van rente op een hybride lening") een steunmaatregel is. Omdat ik deze vraag bevestigend beantwoord, behandel ik in paragraaf 3 of sprake is van bestaande of nieuwe steun. Aangezien ik tot de conclusie kom dat de vrijstelling van rente op een hybride lening is aan te merken als een nieuwe steunmaatregel, ga ik in paragraaf 4 in op de gevolgen van die bevinding. In paragraaf 5 rond ik af met een conclusie.

2. Is de vrijstelling van rente op een hybride lening een steunmaatregel?

2.1 De definitie van steun

Art. 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VwEU") verbiedt steunmaatregelen van de staten die voldoen aan vier criteria.⁴ In de eerste plaats moet de maatregel een voordeel toekennen: "Om dit te kunnen beoordelen, dient de financiële situatie van de onderneming ná de maatregel te worden vergeleken met haar financiële [situatie] indien de maatregel niet was genomen."⁵ Het is duidelijk dat de vrijstelling van rente op een hybride lening in deze benadering als een voordeel is te beschouwen. Ten tweede dient de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden en de mededinging te vervalsen of dreigen te vervalsen. Ook aan deze voorwaarde wordt voldaan. Immers: "Een voordeel dat wordt verleend aan een onderneming die actief is op een markt die

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

² J. Vleggeert, Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches, *WFR* 2013/7026, blz. 1426-1434.

³ J. Vleggeert (2013), blz. 1427, voetnoot 17.

⁴ Zie ook F. Engelen, A. Gunn, State Aid, Towards a Theoretical Assessment Framework in A. Rust, C. Micheau, *State Aid and Tax Law*, Kluwer The Netherlands 2013, blz. 138.

⁵ Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, VwEU ("Ontwerpmededeling"), Europese Commissie - IP/14/30 17/01/2014, punt 68. Zie over deze Mededeling A. Gunn, Europese consultatie over fiscale staatssteun, *NTFR-A* 2014/5.

open staat voor concurrentie, zal doorgaans worden geacht de mededinging te vervalsen en kan ook het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden.”⁶ Ten derde moet de maatregel met staatsmiddelen zijn bekostigd en toerekenbaar zijn aan de staat. Het staat buiten kijf dat de vrijstelling van rente op een hybride lening met staatsmiddelen is bekostigd. De vraag of deze vrijstelling toerekenbaar is aan Nederland behandel ik in paragraaf 2.2. De vierde voorwaarde houdt in dat sprake is van de begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties, de zogenoemde selectiviteitseis. In paragraaf 2.3 toets ik de vrijstelling van rente op een hybride lening aan de selectiviteitseis. Omdat ik tot de conclusie kom dat deze vrijstelling prima facie selectief is, ga ik in paragraaf 2.4 na of zij wordt gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van de deelnemingsvrijstelling.

2.2 Is de vrijstelling van rente op een hybride lening toerekenbaar aan Nederland?

De vrijstelling van rente op een hybride lening is *niet* toerekenbaar aan Nederland als zij is gebaseerd op een verplichting die voortvloeit uit het Unierecht: “Een maatregel is niet toerekenbaar aan de Staat indien de lidstaat, zonder enige beoordelingsmarge, verplicht is deze op grond van het Unierecht ten uitvoer te leggen. In dat geval vloeit de maatregel voort uit een handeling van de Uniewetgeving en valt hij niet aan de Staat toe te rekenen.”⁷ Het relevante Unierecht is in dit verband de moederdochterrichtlijn.⁸ Art. 4 van de moederdochterrichtlijn verplicht Nederland om de rente op een hybride lening vrij te stellen als de rente is te beschouwen als uitgekeerde winst (mits aan de overige voorwaarden van deze bepaling is voldaan). In “Maatregelen tegen dubbele niet-belasting door mismatches”⁹ heb ik onderzocht of sprake is van uitgekeerde winst in de zin van de moederdochterrichtlijn als de rente op een hybride lening bij de debiteur in aftrek is gekomen. Ik kwam tot de slotsom dat dit niet het geval is.¹⁰ Dat betekent dat de moederdochterrichtlijn niet van toepassing is op rente op een hybride lening die bij de debiteur in aftrek is gekomen. De vrijstelling van dergelijke rente vloeit daarom naar mijn mening niet voort uit het Unierecht en is dus toerekenbaar aan Nederland.

Deze conclusie is echter omstreden. Zo meent de Europese Commissie dat de moederdochterrichtlijn wel van toepassing kan zijn op rente op een hybride lening die bij de debiteur in aftrek is gekomen: “Volgens de MDR zijn de lidstaten, mits voldaan is aan verschillende voorwaarden om hiervoor in aanmerking te komen, verplicht om vrijstelling van belasting (of verrekening van in het buitenland betaalde belasting) te verlenen voor winstuitkeringen die moedermaatschappijen ontvangen van dochterondernemingen uit een andere lidstaat. Dit is ook het geval [...] wanneer de winstuitkering als een fiscaal aftrekbare uitkering is behandeld in de lidstaat waarvan de uitkerende dochteronderneming inwoner is.”¹¹ Deze opvatting is gebaseerd op de interpretatie die de Legal Service van de Europese Commissie geeft aan de term “uitgekeerde winst”. De Legal Service heeft in de

⁶ Ontwerpmededeling, punt 191.

⁷ Ontwerpmededeling, punt 47.

⁸ Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB L 345 van 29.12.2011, blz. 8).

⁹ J. Vleggeert (2013), blz. 1429.

¹⁰ Zie ook J. Vleggeert, *Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht*, FM 132, Kluwer Deventer 2009, par. 11.6.

¹¹ Europese Commissie, Voorstel voor een RICHTLIJN VAN DE RAAD tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, Brussel, 25.11.2013, COM(2013) 814 final, blz. 3. Zie voor

eerste plaats een voorkeur voor een autonome en eenvormige uitleg van deze term: “it could have a single EU meaning for the purposes of the directive – which would be the usual approach to the interpretation of a crucial element of a directive (...)”.¹² De Legal Service stelt vervolgens echter naar mijn mening ten onrechte dat een autonome uitleg van de term "uitgekeerde winst" niet de ruimte biedt om rente op een hybride lening die bij de debiteur in aftrek is gekomen daarvan uit te sluiten: “There is no scope for modulation of the treatment required by the directive according to the level of taxation borne by the dividends in the source State.”¹³

Naar mijn mening is die ruimte er wel: “Het antwoord op de vraag wanneer de rente op een [hybride lening] als uitgekeerde winst is te beschouwen, is (...) mede afhankelijk van de wetgeving van de staat van de debiteur.”¹⁴ Het begrip ‘uitgekeerde winst’ wordt dan in zoverre niet autonoom geïnterpreteerd. Deze inbreuk op de autonome uitleg van het gemeenschapsrecht wordt gerechtvaardigd door de ratio van de moederdochterrichtlijn.¹⁵ Uit punt 3 van de preambule bij de moederdochterrichtlijn blijkt namelijk dat de richtlijn ertoe strekt de dividenden en andere winstuitkeringen van dochterondernemingen aan hun moedermaatschappijen vrij te stellen van bronbelasting en dubbele heffing van zulke inkomsten op het niveau van de moedermaatschappij te elimineren. Dubbele heffing is in het geval van aftrekbare rente echter niet aan de orde. Ik kom daarom tot de conclusie dat het “niet de bedoeling [kan] zijn dat de lidstaat van de crediteur een vrijstelling moet verlenen voor rente die in de lidstaat van de debiteur in aftrek is gekomen.”¹⁶

De Commissie denkt hier echter anders over en wil de moederdochterrichtlijn wijzigen om de lidstaten in staat te stellen om vennootschapsbelasting te heffen over rente op een hybride lening die bij de debiteur in aftrek is gekomen.¹⁷ In de aanloop naar dit voorstel heeft de Commissie de lidstaten geconsulteerd. Van de 15 lidstaten die aan de consultatie hebben deelgenomen, zijn 4 lidstaten van mening dat de wijziging van de moederdochterrichtlijn niet nodig is om vennootschapsbelasting te kunnen heffen over rente op een hybride lening die bij de debiteur in aftrek is gekomen: “Vier lidstaten verklaarden dat zij een wijziging van de MDR om redenen van duidelijkheid zouden aanvaarden, hoewel dat volgens hen niet nodig was.”¹⁸ Nu verschil van mening bestaat over de vraag of een lidstaat vennootschapsbelasting

de Richtlijn die op 8 juli 2014 door de Raad is aangenomen:

<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=NL&t=PDF&f=ST+10996+2014+INIT>.

¹² Note TAXUD D1(2011)869606 of 19 July 2011, punt 7.

¹³ Note TAXUD D1(2011)869606 of 19 July 2011, punt 7. In deze zin ook I.M. de Groot, Voorstel tot wijziging Moeder-dochterrichtlijn in verband met hybride leningen, NTFR-A 2014/9, blz. 2.

¹⁴ Anders B.J.M. Terra, P.J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Deventer 2012, blz. 633. Zie ook J. Bundgaard, Classification and treatment of hybrid financial instruments and income derived therefrom under EU corporate tax directives - part 1, part 2, *European Taxation*, 2010/10, blz. 442-456 en *European Taxation* 2010/11, blz. 490-500.

¹⁵ J. Vleggeert (2013), blz. 1428/1429.

¹⁶ J. Vleggeert (2013), blz. 1428/1429.

¹⁷ Nederland steunt deze aanpak, Kamerstukken I, 2013/14, 33 843, A, blz. 5. De OESO heeft op 19 maart 2014 twee discussion drafts gepubliceerd over Action 2 van het BEPS Action Plan: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatches, zie <http://www.oecd.org/tax/aggressive/discussion-drafts-action-2-hybrid-mismatch-arrangements.htm>. Op 7 mei 2014 zijn de public comments op deze discussion drafts gepubliceerd, zie <http://www.oecd.org/tax/aggressive/comments-action-2-hybrid-mismatch-arrangements.htm>.

¹⁸ Werkdocument van de diensten van de commissie; Samenvatting van de effectbeoordeling; Begeleidend document bij het Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, Brussels, 25.11.2013 SWD(2013) 473 final, blz. 3.

mag heffen over rente op een hybride lening die bij de debiteur in aftrek is gekomen, zal het HvJ EU in antwoord op een nog te stellen prejudiciële vraag uitsluitend moeten bieden.

Overigens speelt deze kwestie niet wanneer de meetregel van art. 13, lid 5, onderdeel b, Vpb. '69 van toepassing is. De moederdochterrichtlijn kan immers alleen van toepassing zijn op een direct aandelenbezit van een moedermaatschappij in een dochtermaatschappij. In de verhouding met derde landen is eveneens duidelijk dat de vrijstelling van rente op een hybride lening toerekenbaar is aan Nederland. De moederdochterrichtlijn verplicht Nederland immers niet om de rente vrij te stellen op een hybride lening aan een debiteur in een derde land.

2.3 Begunstigt de vrijstelling van rente op een hybride lening bepaalde ondernemingen?

Om vast te stellen of de vrijstelling prima facie selectief is, moeten twee stappen worden doorlopen: “In de eerste plaats moet worden bepaald wat de referentieregeling is. In de tweede plaats moet worden nagegaan of een bepaalde maatregel van die regeling afwijkt, voor zover hij differentiaties invoert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op de aan de regeling inherente doelstellingen, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.”¹⁹ Eerst moet dus worden vastgesteld welke normale belastingregeling geldt: “In het geval van belastingen is de opbouw van de referentieregeling gebaseerd op elementen als belastinggrondslag, belastingplichtigen, belastbare feiten en belastingpercentages. Zo kan een referentieregeling worden bepaald voor het vennootschapsbelastingstelsel (...).”²⁰ Met andere woorden: “de referentieregeling [is] in beginsel de heffing zelf (...).”²¹ Ten aanzien van de vrijstelling van rente op een hybride lening is de normale belastingregeling daarom de Nederlandse vennootschapsbelasting.

In stap twee gaat het om de vraag of het verschaft voordeel selectief is. Dat is het geval omdat de vrijstelling van rente op een hybride lening afwijkt van de normale belastingregeling. De rente op een hybride lening wordt immers vrijgesteld indien aan de voorwaarden van art. 13, lid 4, onderdeel b, Vpb. '69 wordt voldaan. Bovendien begunstigt de vrijstelling bepaalde ondernemingen ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Vennootschapsbelastingplichtigen die een deelnemerschapslening hebben verstrekt aan een debiteur waarin zij geen deelneming hebben,²² kunnen immers geen beroep doen op de vrijstelling.²³ Een Nederlandse moedervenootschap die een lening heeft verstrekt die naar Nederlandse fiscale maatstaven als vreemd vermogen is te beschouwen aan haar dochtervenootschap, kan in het geval waarin de rente niet aftrekbaar is, evenmin een beroep doen op de vrijstelling. De vrijstelling van rente op een hybride lening is daarom prima facie selectief.

¹⁹ Ontwerpmededeling, punt 128.

²⁰ Ontwerpmededeling punt 134.

²¹ Ontwerpmededeling, punt 134.

²² Verondersteld wordt dat art. 13, lid 5, onderdeel b en art. 13, lid 16, Vpb. '69 evenmin van toepassing zijn.

²³ De vrijstelling van rente op een hybride lening verschilt van de Ierse regeling die aan de orde is in Commission decision of 22.09.2004, N 354/2004, Irish Holding Company regime. In deze zaak overwoog de Commissie als volgt over het 5% criterium in de Ierse regeling: “The 5% shareholding requirement (...) does not favour any undertakings which are in a legally or factually comparable position in the light of the objective pursued by the measure in question”. In het kader van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling is een belang van minder dan 5% dat niet ter belegging wordt gehouden echter wel degelijk vergelijkbaar met een belang van ten minste 5%.

2.4 Wordt de begunstiging gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van de deelnemingsvrijstelling?²⁴

Om de begunstiging te kunnen rechtvaardigen is het nodig

- (i) dat de vrijstelling van rente op een hybride lening een legitiem doel heeft,
- (ii) dat de vrijstelling geschikt is om haar doelstelling te bereiken, en
- (iii) dat de vrijstelling niet verder gaat dan nodig is om haar doelstelling te bereiken.²⁵

Hierna ga ik na wat de doelstellingen zijn van de vrijstelling van rente op een hybride lening en toets ik of deze doelstellingen de vrijstelling kunnen rechtvaardigen.

De doelstelling van de deelnemingsvrijstelling is door de Hoge Raad als volgt verwoord: “In binnenlandse verhoudingen voorkomt de deelnemingsvrijstelling dubbele belasting in een en dezelfde staat, terwijl in het geval van een buitenlandse dochtervennootschap door de deelnemingsvrijstelling dubbele belasting, geheven door verschillende staten wordt voorkomen. (...) In het eerste geval is de werking van de deelnemingsvrijstelling te vergelijken met een belastingheffing als ware de dochter met de moeder geconsolideerd (verlengstukgedachte)”²⁶ Over de vraag of de deelnemingsvrijstelling is gefundeerd op de verlengstukgedachte dan wel op het ne bis in idem-beginsel (dezelfde winst mag niet tweemaal in de heffing worden betrokken), verschillen de meningen.²⁷ De staatssecretaris is van mening dat de deelnemingsvrijstelling is gebaseerd op de verlengstukgedachte: “Het gaat er niet om elders belaste winst in alle omstandigheden vrij te stellen, maar [...] elders belaste “eigen winst”, of wel winst uit een bezit dat in lijn ligt van de normale uitoefening van de door de belastingplichtig gedreven onderneming.”²⁸ De verlengstukgedachte is in de deelnemingsvrijstelling weerspiegeld in het 5%-criterium.

Voorkoming van dubbele belastingheffing is een legitiem doel: “Een mogelijke rechtvaardigingsgrond zou bijvoorbeeld kunnen zijn (...) de noodzaak om dubbelbelasting te vermijden.”²⁹ Zowel de verlengstukgedachte als het ne bis in idem-beginsel kwalificeren daarom als een legitieme doelstelling. De vrijstelling van rente op een hybride lening is bovendien geschikt om een van deze doelstellingen te bereiken. De vrijstelling gaat echter verder dan nodig wanneer de rente op de lening bij een buitenlandse debiteur in aftrek is gekomen. In dat geval kan immers geen sprake zijn van dubbele belastingheffing over de rente.

De deelnemingsvrijstelling heeft in de woorden van Wattel echter: “niet als doel of strekking (...) het wegnemen van ongewenste gevolgen van internationale dispariteiten zoals mismatches in kwalificatie van financieringsinstrumenten tussen de Nederlandse belastingwetgeving en alle andere nationale belastingstelsels ter wereld.”³⁰ Ten aanzien van de vrijstelling van rente op een hybride lening lag dat voor 2007 anders. Destijds werd aan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op de vergoeding op een hybride lening namelijk de voorwaarde gesteld dat de vergoeding bij de in het buitenland gevestigde debiteur niet in

²⁴ De tekst van deze paragraaf is deels ontleend aan J. Vleggeert (2013), blz. 1427.

²⁵ HvJ EU 8 september 2011, C-78/08 t/m 80/08 (Paint Graphos), r.o. 69 en r.o. 73 t/m 75.

²⁶ HR 11 april 2001, nr. 35 729, *BNB* 2001/257c*. Zie ook HR 7 februari 2014, 12/04640, *BNB* 2014/80 (noot R.J. de Vries).

²⁷ Voor een kort overzicht zie J. Vleggeert (2009), blz. 26 t/m 28.

²⁸ Kamerstukken II 1987/88 19 968, nr. 7, blz. 4.

²⁹ Ontwerpmededeling, punt 139.

³⁰ Conclusie A-G Wattel bij HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, *BNB* 2014/79 (noot R.J. de Vries), par. 7.3. Zie ook HR 25 november 2005, nr. 40 991, *BNB* 2006/83 (concl. Overgaw, noot D. Juch).

af trek was gekomen. Met deze eis werd beoogd te voorkomen dat belastingplichtigen konden inspelen op internationale kwalificatieverschillen.³¹ Met ingang van 2007 wordt de voorwaarde dat de vergoeding bij de in het buitenland gevestigde debiteur niet in aftrek is gekomen niet langer gesteld. Staatssecretaris De Jager motiveerde deze wijziging met de opmerking dat hij niet de belastinginspecteur voor de wereld wilde zijn.³² Er is “uitdrukkelijk voor gekozen om bij de beoordeling of sprake is van het verstrekken van eigen of van vreemd vermogen, de kwalificatie volgens Nederlandse normen als uitgangspunt te nemen.”³³ Dat kan echter niet verklaren waarom de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de rente op een hybride lening die bij de debiteur in aftrek is gekomen. Het doel van de deelnemingsvrijstelling is immers niet om het rendement op eigen vermogen vrij te stellen maar om te voorkomen dat dezelfde (eigen) winst tweemaal in de heffing wordt betrokken.

Bij de behandeling van de Wet werken aan winst heeft de minister verder opgemerkt dat de deelnemingsvrijstelling kapitaalimportneutraliteit beoogt: “Door de vrijstelling kunnen actieve dochtermaatschappijen van in Nederland gevestigde moeders in buitenlandse markten fiscaal gezien op gelijke voet concurreren met lokale ondernemingen.”³⁴ Deze parlementaire geschiedenis zou de suggestie kunnen wekken dat de vrijstelling van rente op een hybride lening kapitaalimportneutraliteit beoogt. Het is echter de vraag of dat zo is. Aangezien Nederland aansluit bij de eigen kwalificatie van de hybride lening wordt immers geen kapitaalimportneutraliteit bereikt wanneer het land van de debiteur de hybride lening als eigen vermogen aanmerkt terwijl Nederland de lening als vreemd vermogen beschouwt. In dat geval treedt namelijk dubbele heffing over de rente op. En wanneer het land van de debiteur de hybride lening als vreemd vermogen aanmerkt terwijl Nederland de lening als eigen vermogen beschouwt, wordt evenmin kapitaalimportneutraliteit bereikt. In dat geval is namelijk sprake van dubbele niet-belasting over de rente. Een wetgever die kapitaalimportneutraliteit wil bereiken, zou voor de kwalificatie van een hybride lening als fiscaal eigen of vreemd vermogen aansluiten bij het recht van het land van de buitenlandse debiteur. Alleen dan kan immers worden bereikt dat een in Nederland gevestigde moedermaatschappij met een buitenlandse dochter ten aanzien van de rente op de hybride lening op vergelijkbare wijze wordt behandeld als een buitenlandse dochter met een lokale moedermaatschappij. Hierna zal niettemin worden nagegaan of de vrijstelling van rente op een hybride lening kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de kapitaalimportneutraliteit.

Het bevorderen van kapitaalimportneutraliteit kan een legitiem doel zijn omdat deze doelstelling inherent is aan de deelnemingsvrijstelling.³⁵ Minder duidelijk is of de vrijstelling van rente op een hybride lening geschikt is om deze doelstelling te bereiken aangezien zoals hiervoor is betoogd deze doelstelling niet wordt bereikt indien Nederland en het land van de debiteur de lening verschillend kwalificeren. En zelfs als wordt aangenomen dat de vrijstelling van rente op een hybride lening voor de geschiktheidstoets slaagt, gaat de vrijstelling verder dan nodig is om kapitaalimportneutraliteit te bereiken. Indien de rente op de deelnemerschapslening bij de buitenlandse debiteur in aftrek komt, is een in Nederland gevestigde moedermaatschappij met een buitenlandse dochter immers beter af dan een lokale moedermaatschappij met een buitenlandse dochter (ervan uitgaande dat de rente bij de lokale moedermaatschappij wordt belast en bij de Nederlandse moedermaatschappij is vrijgesteld).

³¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, blz. 28.

³² Handelingen II, 2007-2008, 57, blz. 4049. Zie ook Kamerstukken I. 2005/06, 30 572, C, blz. 19.

³³ Kamerstukken I 2005/06, C, p. 19.

³⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 10, blz. 6. Zie ook Kamerstukken II 2009/10, 32 129, nr. 3, blz. 15.

³⁵ Vergelijk HvJ EU 8 september 2011, C-78/08 t/m 80/08 (Paint Graphos), r.o. 69.

De vrijstelling van rente op een hybride lening gaat dus verder dan nodig is om dubbele heffing over de rente te voorkomen dan wel kapitaalimportneutraliteit te bereiken. De dubbele niet-belasting van rente op een hybride lening is het gevolg van de inconsistente wijze waarop de Nederlandse wetgever deze doelstellingen heeft uitgewerkt. De mismatch is met andere woorden toerekenbaar aan Nederland. De vrijstelling van rente op een hybride lening is daarom geen dispariteit maar een steunmaatregel.

3. Is de vrijstelling van rente op een hybride lening een bestaande of nieuwe steunmaatregel?

Op grond van art. 1, onderdeel c, VERORDENING (EG) Nr. 659/1999 VAN DE RAAD van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag³⁶ (“de 1999-Verordening”) is nieuwe steun alle steun die geen bestaande steun is, met inbegrip van wijzigingen in bestaande steun. Een begunstigende regeling is bestaande steun als de faciliteit voor 1958 tot uitvoering is gebracht en daarna nog steeds (ongewijzigd) van toepassing is.³⁷ Onder een wijziging in bestaande steun wordt iedere wijziging verstaan, met uitzondering van aanpassingen van louter formele of administratieve aard die de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt niet kunnen beïnvloeden.³⁸ Een bestaande steunregeling wordt “slechts in een nieuwe steunregeling omgezet wanneer de wijziging de kern van die regeling raakt. Van een dergelijke substantiële wijziging kan echter geen sprake zijn wanneer het nieuwe element duidelijk los van de oorspronkelijke regeling kan worden beschouwd.”³⁹ In dat geval “kan enkel de wijziging als zodanig als nieuwe steun worden gekwalificeerd.”⁴⁰

Om de vrijstelling van rente op een hybride lening aan te merken als bestaande steun is dus in de eerste plaats vereist dat de vrijstelling voor 1958 bestond. Het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 (“Besluit Vpb. ’42”) kende geen met art. 13, lid 4, onderdeel b, Vpb. ’69 overeenkomende bepaling. Wel was in art. 10 Besluit Vpb. ’42 een deelnemingsvrijstelling opgenomen. Op grond van deze vrijstelling bleven dividenden buiten beschouwing. Wanneer wordt verondersteld dat rente op een deelnemerschapslening conform BNB 2006/82 als een dividend is te beschouwen in de zin van art. 10 Besluit Vpb. ’42, is vervolgens aan de orde of de kern van de deelnemingsvrijstelling sindsdien is veranderd. Van der Geld noemt een aantal verschillen tussen de deelnemingsvrijstelling die was opgenomen in het Besluit Vpb. ’42 en de deelnemingsvrijstelling in de ontwerp-Wet op de vennootschapsbelasting 1960.⁴¹ Zo gold de deelnemingsvrijstelling onder het Besluit Vpb. ’42 alleen voor dividenden en niet voor koerswinsten en verliezen. Verder was het vereiste deelnemingspercentage onder het Besluit Vpb. ’42 25%⁴² in plaats van 5%. Bovendien kwamen kosten in verband met vrijgestelde dividenden onder het Besluit Vpb. ’42 niet in aftrek. In de ontwerp-Wet werd de kostenaftrek slechts beperkt voor kosten in verband met

³⁶ PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1.

³⁷ Art. 1, onderdeel b, sub i), 1999-Verordening.

³⁸ Art 4, lid 1, VERORDENING (EG) nr 794/2004 VAN DE COMMISSIE van 21 april 2004 tot uitvoering van de 1999-Verordening, PB L 140 van 30.4.2004, blz. 5.

³⁹ Gerecht 30 april 2002, T-195/01 en T-207/01 (Gibraltar/Commissie), r.o. 111.

⁴⁰ Gerecht 30 april 2002, T-195/01 en T-207/01 (Gibraltar/Commissie), r.o. 109.

⁴¹ Zie J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling*, FM 20, Kluwer Deventer 1990, blz. 39.

⁴² Waarbij zij aangetekend dat het Besluit Vpb. 42 een regeling kende voor belangen van minder dan 25% onder meer in gevallen waarin het aanhouden van de deelneming in de lijn lag van de normale uitoefening van het bedrijf.

een buitenlandse deelneming. Deze wijzigingen raken naar mijn mening de kern van de deelnemingsvrijstelling. De vrijstelling van rente op een hybride lening is daarom geen bestaande maar nieuwe steun.

Zelfs als men zou menen dat de deelnemingsvrijstelling die thans geldt op hoofdlijnen vergelijkbaar is met de deelnemingsvrijstelling die gold op grond van het Besluit Vpb. '42, dan is het de vraag of de vrijstelling van rente op een hybride lening een bestaande steunregeling is. Van 2002 tot 2007 werd aan de toepassing van deze vrijstelling immers de voorwaarde gesteld dat de vergoeding bij de in het buitenland gevestigde debiteur niet in aftrek was gekomen. Van Strien betoogt echter dat art. 13, lid 3, onderdeel b, Vpb. '69 (oud) niet van toepassing kon zijn op deelnemerschapsleningen.⁴³ In zijn opvatting ging de herkwalificatie van een deelnemerschapslening in eigen vermogen vooraf aan de toepassing van art. 13, lid 3, onderdeel b, Vpb. '69 (oud): "Dit betekent dat deze bepaling naar de ratio en naar de letterlijke tekst niet van toepassing kan zijn, omdat de betalingen op bijvoorbeeld een deelnemerschapslening niet zijn te kwalificeren als 'vergoedingen op een geldlening' maar als vergoedingen op een kapitaalverstrekking."⁴⁴ Hieruit zou dan voortvloeien dat de vrijstelling van de rente op een deelnemerschapslening ook van 2002 tot 2007 werd geregeerd door BNB 2006/82. De aftrek van rente bij de buitenlandse schuldenaar zou dan niet ter zake doen.⁴⁵ Deze redenering kan mij echter niet overtuigen. De rente op een deelnemerschapslening was van 2002 tot 2007 net als thans het geval is,⁴⁶ te beschouwen als een vergoeding op een geldlening in de zin van art. 10, lid 1, onderdeel d, Vpb. '69. De wetgever heeft met art. 13, lid 3, onderdeel b, Vpb. '69 (oud) willen voorkomen dat belastingplichtigen inspelen op internationale kwalificatieverschillen.⁴⁷ In dat verband heeft de wetgever geen onderscheid willen maken tussen deelnemerschapsleningen en andere leningen die op grond van de van 2002 tot 2007 vigerende wetgeving als hybride lening werden beschouwd. De vrijstelling van rente op een hybride lening heeft daarom ten aanzien van aftrekbare rente naar mijn mening van 2002 tot 2007 niet gegolden.

Op grond van art. 1, onderdeel b, sub i), 1999-Verordening zijn bestaande steunregelingen maatregelen die voor 1958 tot uitvoering zijn gebracht en die daarna "nog steeds van toepassing zijn." De aangehaalde frase impliceert naar mijn mening dat een bestaande steunregeling sinds 1958 zonder onderbrekingen van toepassing moet zijn geweest. Steun voor deze opvatting is te vinden in de jurisprudentie van het HvJ EU over de term "beperkingen die op 31 december 1993 bestaan" die voorkomt in art. 63, lid 1, VwEU. Deze term veronderstelt volgens het HvJ EU namelijk "dat het juridische raamwerk waarin de betrokken beperking is opgenomen, sinds die datum ononderbroken deel heeft uitgemaakt van de rechtsorde van de betrokken lidstaat."⁴⁸ Aangezien de vrijstelling van rente op een hybride lening die is opgenomen in art. 13, lid 4, onderdeel b, Vpb. '69, niet ononderbroken van toepassing is geweest, is deze maatregel ook om deze reden geen bestaande maar een nieuwe steunregeling.

⁴³ Men bedenke dat van 2002 tot 2007 een veel ruimere invulling aan het begrip hybride leningen werd gegeven dan thans het geval is.

⁴⁴ J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*, FM 119, Kluwer Deventer 2007, blz. 229.

⁴⁵ Zie de conclusie van A-G Overgaww bij HR 25 november 2005, nr. 40 989, BNB 2006/82, punt 2.54.

⁴⁶ Kamerstukken II, 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 44.

⁴⁷ Kamerstukken I, 2001/02, 28 034, nr. 123b, blz. 9.

⁴⁸ HvJ EU 18 december 2007, C-101/05 (A), r.o. 48.

Overigens is art. 13, lid 5, onderdeel b, Vpb. '69, om nog een andere reden aan te merken als een nieuwe steunregeling. De Vpb. '69 kende voor 2007 namelijk geen meetrekregeling.⁴⁹

4. Welke gevolgen heeft de bevinding dat de vrijstelling van rente op een hybride lening een nieuwe steunmaatregel is?

De vrijstelling van rente op een hybride lening is een nieuwe steunregeling die bij mijn weten niet is genotificeerd. De maatregel is daarom op grond van art. 1, onderdeel f, 1999-Verordening tevens als onrechtmatige steun te beschouwen. Dit betekent in de eerste plaats dat de nationale rechter de regeling ten aanzien van rente op een hybride lening die bij een buitenlandse debiteur in aftrek is gekomen buiten toepassing moet laten. In de tweede plaats kan de Commissie terugvordering van de steun verlangen op grond van art. 14, lid 1, 1999-Verordening. De bevoegdheid van de Commissie om steun terug te vorderen verjaart na een termijn van tien jaar.⁵⁰ Bovendien verlangt de Commissie geen terugvordering van steun indien dat in strijd is met een algemeen beginsel van het Unierecht. Één van die beginselen is het vertrouwensbeginsel. Volgens het HvJ EU “kunnen ondernemingen die steun genieten, in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben, wanneer de steun met inachtneming van de procedure van [art. 108 VwEU] is toegekend. Een behoedzame ondernemer zal immers normaliter in staat zijn, zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd (...).”⁵¹ Adriaanse en Ottervanger trekken hieruit de conclusie dat de ontvanger van steun alleen in uitzonderlijke omstandigheden een beroep kan doen op het vertrouwensbeginsel: “Only in exceptional circumstances, a recipient might have legitimately assumed that an aid was lawful and so might decline to refund the aid.”⁵² Het vertrouwensbeginsel kan de terugvordering van steun alleen verhinderen als gegronde verwachtingen zijn gewekt door een gemeenschapsinstantie: “(...) legitimate expectations can only be invoked successfully if they are the result of conduct by the Commission, or other EU institutions (...).”⁵³

In dit kader komt in de eerste plaats de vraag op of het vertrouwensbeginsel in de weg kan staan aan de terugvordering van steun van een vennootschapsbelastingplichtige die met een beroep op art. 13, lid 4, onderdeel b, Vpb. '69 de deelnemingsvrijstelling heeft toegepast op rente op een hybride lening aan een debiteur die kwalificeert als een dochtermaatschappij in de zin van de moederdochterrichtlijn. De Europese Commissie is immers van mening dat deze richtlijn ook van toepassing kan zijn als de rente bij de debiteur in aftrek is gekomen (zie paragraaf 2.2).⁵⁴ In de tweede plaats is het de vraag of het vertrouwensbeginsel terugvordering kan beletten omdat de vrijstelling van rente op een hybride lening overeenkomsten vertoont met de groepsrentebox.⁵⁵ Beide regelingen kunnen namelijk betrekking hebben op de

⁴⁹ Besluit van 1 februari 2006, nr. CPP2005/2702M, *BNB* 2006/161.

⁵⁰ Art. 15, lid 1, 1999-Verordening.

⁵¹ HvJ EU 20 maart 1997, C-24/95 (*Alcan*), r.o. 25.

⁵² P. Adriaanse en T. Ottervanger in L. Hancher, T. Ottervanger P.J. Slot, *EU State Aids*, Fourth Edition, Sweet & Maxwell London 2012, blz. 1017.

⁵³ P. Adriaanse en T. Ottervanger (2012), blz. 1016.

⁵⁴ Vergelijk de beschikking van de Commissie van 28 oktober 2009 inzake de belastingafschrijving van de financiële goodwill voor de verwerving van deelnemingen in buitenlandse ondernemingen C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) die door Spanje is toegepast, Pb 11.1.2011 L 7/48, punten 158/167. Zie ook K. Jaros, N. Ritter, *Pleading Legitimate Expectations in the Procedure for the Recovery of State Aid*, *European State Aid Quarterly* 4/2004, blz. 582/583.

⁵⁵ Art. 12c Vpb. '69 (oud).

vrijstelling van rente bij de crediteur⁵⁶ in situaties waarin de rente in aftrek is gekomen bij de buitenlandse debiteur.⁵⁷ In de beschikking over de groepsrentebox oordeelt de Commissie dat “een voordeel dat voortvloeit uit een internationale context wegens een laag belastingtarief in Nederland waar geen lage aftrek in Nederland tegenoverstaat, maar waarvoor in het buitenland een normale aftrek geldt, niet aan Nederland toerekenbaar is.”⁵⁸ Hier staat tegenover dat de Commissie ten aanzien van een door Gibraltar ingevoerde vrijstelling voor dividend, royalties en passieve rente tot het voorlopige oordeel komt “that the exemption rule for passive (inter- company loan) interest and royalty income resulting from ITA 2010 constitutes a State aid measure (...).”⁵⁹ De vrijstelling van groepsrente en -royalties kan namelijk niet worden gerechtvaardigd: “The exemption of domestic and foreign-source dividends would seem to be justified by the logic of preventing double taxation of such income as dividends are in principle paid out of taxable profits (either in Gibraltar or in the foreign source country). By contrast, the tax exemption for interest and royalty income does not follow any such logic. Despite the possible application of anti-abuse rules in the source country, the corresponding interest or royalty payment usually constitutes a deductible expense at the level of the paying company.”⁶⁰ Gelet op de omvang van deze bijdrage laat ik het bij het signaleren van deze problematiek.

5. Conclusie

De vrijstelling van rente op een hybride lening is prima facie selectief aangezien de vrijstelling bepaalde ondernemingen begunstigt ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. In gevallen waarin de crediteur direct een deelneming bezit in een debiteur die is te beschouwen als een dochtermaatschappij in de zin van de moederdochterrichtlijn kan twijfel bestaan over de vraag of de vrijstelling aan Nederland is toe te rekenen. Deze kwestie speelt niet wanneer de meetrekregeling van art. 13, lid 5, onderdeel b, Vpb. ‘69 van toepassing is. In de verhouding met derde landen is eveneens duidelijk dat de vrijstelling van rente op een hybride lening toerekenbaar is aan Nederland.

De vrijstelling van rente op een hybride lening kan worden gerechtvaardigd door de doelstelling om dubbele belasting over de rente te voorkomen. De vrijstelling gaat echter verder dan nodig wanneer de rente op de lening bij een buitenlandse debiteur in aftrek is gekomen. In dat geval kan immers geen sprake zijn van dubbele belastingheffing over de rente. De vrijstelling van rente op een hybride lening is daarom een steunmaatregel.

⁵⁶ De verplichte groepsrentebox hield in dat zowel ontvangen als betaalde groepsrente nog slechts tegen een effectief tarief van 5% in aanmerking werd genomen. Dit resultaat werd bereikt door bij het bepalen van de winst slechts een vijfde van de groepsrente in aanmerking te nemen (omwille van de eenvoud ga ik hierbij uit van een vennootschapsbelastingtarief van 25%).

⁵⁷ Vergelijk beschikking van de Commissie van 17 februari 2003 betreffende de door Nederland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van internationale financieringsactiviteiten, Pb 18.7.2003 L180/52, punten 111 en 112.

⁵⁸ Beschikking van de Commissie van 8 juli 2009 betreffende de regeling inzake de groepsrentebox C 4/07 (ex N 465/06) die Nederland voornemens is ten uitvoer te leggen, Pb 4.11.2009 L 288/26, punt 115.

⁵⁹ Steunmaatregelen van de staten — Verenigd Koninkrijk, Steunmaatregel SA.34914 (2013/C) (ex 2013/NN) — Vennootschapsbelastingstelsel in Gibraltar, Uitnodiging, overeenkomstig artikel 108, lid 2, VWEU, om opmerkingen te maken, Pb 28.11.2013 C348/184, punt 6 van het schrijven van 16 oktober 2013.

⁶⁰ Pb 28.11.2013 C348/184, punt 39 van het schrijven van 16 oktober 2013. Zie hierover S.C.W. Douma, *Welcome to the Rock*, *NTFR* 2013/2313.

Aangezien de vrijstelling van rente op een hybride lening die is opgenomen in art. 13, lid 4, onderdeel b, Vpb. '69 sinds 1958, niet ongewijzigd noch ononderbroken van toepassing is geweest, is de maatregel geen bestaande maar een nieuwe steunregeling. Bovendien is art. 13, lid 5, onderdeel b, Vpb. '69, om nog een andere reden aan te merken als een nieuwe steunregeling. De Vpb. '69 kende voor 2007 namelijk geen meetrekregeling.

De vrijstelling is bovendien aan te merken als onrechtmatige steun omdat de maatregel niet is genotificeerd. Dit kan tot gevolg hebben dat de steun van de begunstigten moet worden teruggevorderd. Bovendien volgt uit de kwalificatie van de vrijstelling als onrechtmatige steun dat de maatregel ten aanzien van rente op een hybride lening die bij een buitenlandse debiteur in aftrek is gekomen buiten toepassing moet blijven.