



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Lijdt art. 10a VPB 1969 schipbreuk na Lexel?

de Groot, I.M.; van Hoek, C.J.; Marres, O.C.R.

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Fiscaal Tijdschrift FED

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Groot, I. M., van Hoek, C. J., & Marres, O. C. R. (2022). Lijdt art. 10a VPB 1969 schipbreuk na Lexel? *Fiscaal Tijdschrift FED*, 2022(6), 3-9. [31].

https://new.navigator.nl/document/idf230b670cbba49ce9a84f3c53d2346a5?ctx=WKNL_CSL_38

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Beschouwingen

FED 2022/31

Lijdt art. 10a VPB 1969 schipbreuk na Lexel?

mr. I.M. de Groot, mr. C.J. van Hoek & prof. mr. O.C.R. Marres¹

1. Inleiding

Op 20 januari 2021 heeft het HvJ EU het arrest *Lexel* gewezen.² In deze zaak stond een Zweedse renteaftrekkbeperking centraal die beoogt winstdrainage te bestrijden. Het HvJ EU oordeelde dat deze bepaling een ongerechtvaardigde belemmering van de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) vormt.

Naar aanleiding van dit arrest is de vraag opgekomen of dit wellicht implicaties heeft voor art. 10a Wet VPB 1969.³ In het verleden heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat art. 10a Wet VPB 1969 niet strijdig is met de vrijheid van vestiging (i.e. de rechtshandelingen beschreven in art. 10a lid 1 onderdelen a en b Wet VPB 1969).⁴ In deze beschouwing behandelen wij in hoeverre *Lexel* relevant is bij de beoordeling van de Unierechtelijke houdbaarheid van art. 10a Wet VPB 1969. Het arrest is met name relevant met het oog op de rechtvaardiging van een eventuele belemmering. Bij de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 is het echter de vraag of er überhaupt een belemmering kan worden geconstateerd. In deze beschouwing bespreken wij daarom eerst welke verkeersvrijheden toepasbaar zijn bij de beoordeling van art. 10a Wet VPB 1969 en of de bepaling een belemmering van (een of meerdere van) deze verkeersvrijheden vormt (paragraaf 2).⁵ Vervolgens gaan wij in paragraaf 3 in op de vraag of een mogelijke belemmering kan worden gerechtvaardigd door een beroep op de noodzaak tot misbruikbestrijding, waarbij bijzondere aandacht wordt besteed aan *Lexel*.⁶ Hierna volgt de conclusie.

2. Toepasbare fundamentele vrijheid en belemmering

2.1 Aan welke vrijheid moet worden getoetst?

Indien art. 10a Wet VPB 1969 aan de orde is, zou zowel de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) als de vrijheid van kapitaalverkeer (art. 63 VWEU) van toepassing kunnen zijn.⁷ Derhalve komt de vraag op aan welke van deze twee vrijheden moet worden getoetst. Het antwoord is vooral relevant, omdat alleen de vrijheid van kapitaalverkeer zich uitstrekt tot derde landen en winstdrainage zich vaak zal voordoen in de relatie tot derde landen.⁸ Volgens de jurisprudentie van het HvJ EU moet rekening worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie.⁹ Een nationale wettelijke regeling die alleen van

1 De auteurs zijn verbonden aan het Tax Knowledge Center van Meijburg & Co. Laatstgenoemde auteur is tevens verbonden aan de Universiteit van Amsterdam, Amsterdam Centre for Tax Law (ACTL).

2 HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19 (*Lexel*).

3 Zie o.a. de annotaties van O.C.R. Marres in *BNB* 2021/75, I.M. de Groot in *NLF* 2021/0316 en W.F.E.M. Egelie in *NTRF* 2021/524. Zie voorts de conclusie van A-G Wattel van 29 juni 2021, *NLF* 2021/1581 en Hof Amsterdam 30 september 2021, *NLF* 2021/1962. Voorafgaand aan dit arrest was ook al discussie over de EU-rechtelijke houdbaarheid van art. 10a Wet VPB 1969, zie o.a. P.B.N. van Os, 'De unierechtelijke houdbaarheid van de Nederlandse renteaftrekkbeperkingen (deel 1)', *MBB* 2016/03.01; P.B.N. van Os, 'Unierecht en belastingontwijking – een kritische beschouwing van X BV (C-398/16) en diens mogelijke implicaties voor de unierechtelijke houdbaarheid van art. 10a Wet VPB 1969', *MBB* 2018/5.03; I.M. de Groot, 'Heeft SIAT gevolgen voor art. 10a Wet VPB 1969', *NTRF* 2012/2690 en W.F.E.M. Egelie, 'Winstdrainage in nationaal- en EU-rechtelijk perspectief', *NTRF Beschouwingen* 2013/21.

4 HR 1 maart 2013, *BNB* 2013/137 en HR 8 juli 2016, *BNB* 2016/197.

5 Verondersteld wordt dat de fundamentele vrijheden wel worden toegepast in geval van misbruik (er is in beginsel wel toegang tot het Unierecht). Zie nader O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Deventer: Kluwer 2020, par. 7.1.2.3.

6 In deze bijdrage beperken we ons tot de noodzaak tot misbruikbestrijding, omdat dit de meeste relevantie heeft voor art. 10a Wet VPB 1969 (zie ook HR 1 maart 2013, *BNB* 2013/137, waar de Hoge Raad slechts deze rechtvaardigingsgrond aanhaalt). In *Lexel* zijn tevens de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en de gecombineerde toepassing van de evenwichtige verdeling en misbruikbestrijding aan bod gekomen. Voor verdere verdieping zie P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen (red.), *Terra/Wattel European Tax Law. Volume 1 – General Topics and Direct Taxation*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 3.2.2.

7 Wij gaan ervan uit dat art. 10a Wet VPB 1969 niet hoofdzakelijk in de vrijheid van dienstverrichting ingrijpt, zodat samenloop met deze vrijheid 'afvalt' (zie nader O.C.R. Marres, a.w., par. 7.1.2.2).

8 Voor het overige lijkt het toetsingskader binnen de EU/EER min of meer hetzelfde (vgl. O.C.R. Marres, a.w., p. 296). In het kader van misbruikbestrijding geldt voorts ook bij de vrijheid van kapitaalverkeer dat alleen volstrekt kunstmatige constructies mogen worden bestreden, alhoewel de invulling daarvan (richting derde landen) gelet op het feit dat het hier om een kapitaalbeweging gaat (enigszins) anders c.q. ruimer kan zijn, zie HvJ EU 26 februari 2019, C-135/17 (*X GMBH*), r.o. 83-84).

9 HvJ EU 13 november 2012, C-35/11 (*FII-2*), r.o. 90. Zie in het kader van renteaftrek bijvoorbeeld HvJ EU 3 oktober 2013, C-282/12 (*Itelcar*), r.o. 16 e.v., waarin het HvJ EU onder verwijzing naar *FII-2* hetzelfde toetsingskader volgt.

toepassing is op participaties waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald (bepalende invloed), valt uitsluitend onder de vrijheid van vestiging.¹⁰ Als een maatregel zowel ziet op participaties waarmee bepalende invloed kan worden uitgeoefend als op participaties waarmee dat niet kan ('generieke bepaling'), moet in EU-situaties aan de hand van de feiten van het concrete geval worden beslist of de vrijheid van vestiging of kapitaalverkeer van toepassing is.¹¹ In verhouding tot derde landen kan een generieke bepaling, ongeacht de feitelijke situatie, aan de vrijheid van kapitaalverkeer worden getoetst.¹² Alleen indien een nationale wettelijke regeling slechts ziet op participaties waarmee bepalende invloed kan worden uitgeoefend, kunnen belastingplichtigen dus geen beroep doen op een van de fundamentele vrijheden in verhouding tot derde landen (dan kan immers alleen de vestigingsvrijheid van toepassing zijn, die uitsluitend geldt in EU-situaties).

Beslissend is derhalve of art. 10a Wet VPB 1969 alleen van toepassing is op participaties waarmee bepalende invloed kan worden uitgeoefend, gelet op het feit dat voor toepassing van de bepaling vereist is dat de crediteur een verbonden lichaam is. Er zijn argumenten voor de opvatting dat dit niet het geval is. Allereerst vereist art. 10a Wet VPB 1969 geen meerderheidsbelang voor verbondenheid, maar 'slechts' een belang van minimaal een derde, waarbij sinds 2017 belangen van leden van een samenwerkende groep worden samengeteld. Daar komt bij dat een derde financieel belang zonder zeggenschap volgens jurisprudentie van de Hoge Raad ook volstaat.¹³ Naar onze mening zijn er echter ook goede argumenten voor de opvatting dat art. 10a Wet VPB 1969 slechts aan de vestigingsvrijheid kan worden getoetst.

Ten eerste moet bedacht worden dat het HvJ EU ook bij aanzienlijk kleinere belangen dan 50% heeft geoordeeld dat sprake is van bepalende invloed, zoals voor een belang van 48%¹⁴ en 34%.¹⁵ In het arrest *Hornbach* overwoog het HvJ EU zelfs dat een belang van 25% of meer van het kapitaal een belang is dat de belastingplichtige in staat stelt een bepalende invloed uit te oefenen op de activiteiten van de onderneming.¹⁶ Oftewel: de gedachte dat 'bepalende invloed' betekent dat sprake moet zijn van een meerderheidsbepaling is tegengesteld aan de door het HvJ EU gewezen jurisprudentie.

Ten tweede volgt uit *Lasertec* dat het HvJ EU ook de 'geest' van de nationale wettelijke bepaling van belang acht om vast te stellen of deze bepaling alleen geldt voor belangen die bepalende invloed mogelijk maken.¹⁷ De onderhavige wettelijke regeling gold voor belangen van meer dan 25% of een geringer belang als daarmee beslissende invloed kon worden uitgeoefend.

Het HvJ EU overwoog in r.o. 22:

"Uit het feit dat met een dergelijk belang een geringer belang wordt gelijkgesteld dat toch een beslissende invloed op de betrokken vennootschap geeft, blijkt, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft beklemtoond, dat *in de geest van de Duitse wetgever* de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale maatregel onafhankelijk van een vaste drempel dient te gelden voor belangen die het mogelijk maken een zekere invloed¹⁸ op de besluiten van de betrokken vennootschap uit te oefenen en de activiteiten te bepalen in de zin van de in punt 20 van de onderhavige beschikking in herinnering gebrachte rechtspraak (...)" [cursivering door auteurs].

Dat *Lasertec* (uit 2007) geen achterhaald arrest is, volgt onzes inziens onder meer uit de verwijzing in r.o. 98 uit *FII-2* naar de hiervoor geciteerde r.o. 22 uit *Lasertec*. Juist wanneer het HvJ EU overweegt dat, in verhouding tot derde landen, geen beroep kan worden gedaan op de vrijheid van vestiging en die van kapitaalverkeer als de nationale wetgeving op basis van haar voorwerp alleen van toepassing is op par-

¹⁰ *FII-2*, t.a.p., r.o. 91.

¹¹ *FII-2*, t.a.p., r.o. 93-94.

¹² *FII-2*, t.a.p., r.o. 99. Dit is alleen anders als de onderhavige wettelijke regeling ziet op de voorwaarden voor markttoegang (*FII-2*, t.a.p., r.o. 100), maar daar is in het geval van art. 10a Wet VPB 1969 (dat immers ziet op renteaftrek) geen sprake van.

¹³ HR 8 april 2011, *BNB* 2011/156, r.o. 3.3.1.

¹⁴ HvJ EG 22 december 2008, C-282/07 (*Truck Center*), r.o. 28-29.

¹⁵ HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08 (*SGI*), r.o. 34-35.

¹⁶ HvJ EU 31 mei 2018, C-382/16 (*Hornbach*), r.o. 29. Anderzijds overwoog het HvJ EG in zijn arrest van 13 april 2000, C-251/98 (*Baars*), r.o. 20 dat een belang van een derde van de aandelen in een vennootschap "(...) niet noodzakelijkerwijs de zeggenschap over of het beheer van de vennootschap (...)" impliceert.

¹⁷ HvJ EG 10 mei 2007, C-492/04 (*Lasertec*), r.o. 22.

¹⁸ De term 'zekere invloed' lijkt hier een zwakke vertaling van wat eigenlijk 'bepalende invloed' had moeten zijn. In het Engels staat er dan ook 'a definite influence' en in het Frans 'une influence certaine' (zie in dezelfde zin O.C.R. Marres, a.w., par. 7.1.2.2, voetnoot 58). Bovendien wordt verwezen naar de in r.o. 20 gewezen rechtspraak, waarin het wel gaat om bepalende invloed en is de zinsnede in r.o. 22 voor het overige gelijk aan de termen die het HvJ EU normaliter aanhaalt als het spreekt over het 'bepalende-invloedcriterium'.

ticipaties waarmee een bepalende invloed kan worden uitgeoefend, verwijst het HvJ EU naar r.o. 22. Als men de gedachte loslaat dat voor de aanwezigheid van bepalende invloed sprake moet zijn van een meerderheidsbelang (zoals correct blijkt volgens de hiervoor benoemde jurisprudentie), is het arrest *Laser-tec* bovendien helemaal niet zo'n vreemde eend in de bijt. Voor wat betreft art. 10a Wet VPB 1969 geldt dat uit de wetgeschiedenis kan worden afgeleid dat het artikel specifiek bedoeld is voor groepsverhoudingen (hoewel anders dan in het wettelijk voorschrift in de zaak *Laser-tec* een verwijzing naar beslissende invloed ontbreekt).¹⁹

Ten derde lijkt de CFC-bepaling in de ATAD ook uitsluitend onder de vestigingsvrijheid te vallen (in ieder geval in de optiek van de Uniewetgever). Gezien de titel en onderdeel 12 van de preambule is de bepaling bedoeld voor 'controlled foreign companies'. Omdat de bepaling tekstueel van toepassing is indien de moedervennootschap (rechtstreeks of middellijk) meer dan 50% van de stemrechten of meer dan 50% van het kapitaal bezit of recht heeft op meer dan 50% van de winst van de dochter (art. 7 lid 1 onder a ATAD), kan deze echter ook van toepassing zijn in situaties waarin geen sprake is van een meerderheidsbelang in de vorm van zeggenschap. In onderdeel 12 van de preambule wordt opgemerkt:

"(...) om verenigbaar te zijn met de fundamentele vrijheden, moeten de inkomstencategorieën worden gecombineerd met een inhoudelijke uitzondering, teneinde *binnen de Unie* de gevolgen van de regels te beperken tot gevallen waarin de CFC geen wezenlijke economische activiteit uitoefent" [cursivering door auteurs].

De Uniewetgever acht het voor verenigbaarheid van de CFC-bepaling met de fundamentele vrijheden dus niet nodig dat lidstaten de uitzondering voor CFC's met wezenlijke economische activiteiten ook toepassen op CFC's in derde landen. Daarom biedt art. 7 lid 2 onderdeel a ATAD lidstaten de optie om deze uitzondering alleen toe te passen op CFC's in de EU/EER. De gedachte van de Uniewetgever lijkt te zijn dat de CFC-regels bedoeld zijn voor gecontroleerde vennootschappen en daarom alleen voor situaties waarin de belastingplichtige zodanige invloed op de besluiten van de CFC kan uitoefenen dat hij de activiteiten ervan kan bepalen. Daarom lijkt alleen de vrijheid van vestiging van toepassing. Volgens die redenering kan zich in het geval van CFC's in derde landen dus geen belemmering voordoen die moet worden gerechtvaardigd op basis van de noodzaak tot het bestrijden van misbruik.²⁰ Binnen de EU zal de gedachte zijn dat de CFC-bepaling in beginsel belemmerend werkt, maar gerechtvaardigd is op grond van de noodzaak tot misbruikbestrijding, omdat alleen CFC's zonder wezenlijke economische activiteiten onder de CFC-bepalingen vallen.²¹ Vertaald naar art. 10a Wet VPB 1969 lijkt dus wederom het doel van de bepaling van belang. Zowel art. 10a Wet VPB 1969 als de CFC-bepaling in de ATAD lijkt vooral wat ruimer geformuleerd om in het licht van hun antimisbruikarakter zoveel mogelijk te verzekeren dat alle groeps- respectievelijk CFC-verhoudingen eronder vallen, waardoor het ook weleens kan gebeuren dat de artikelen van toepassing zijn op situaties waar zij niet voor bedoeld zijn.

Tot slot volgt onzes inziens uit *Columbus Container Services* dat het HvJ EU bepalende invloed in voorkomende gevallen ook aanwezig acht indien de belangen zijn verdeeld over een samenwerkende groep.²² Samentelling van belangen van leden van een samenwerkende groep is onzes inziens dus toegestaan, alhoewel dit argument zwakker wordt naarmate het begrip 'samenwerkende groep' ruimer wordt uitgelegd.

19 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30572, nr. 3, p. 49, waarin wordt aangegeven dat de reikwijdte van art. 10a Wet VPB 1969 wordt beperkt door winstdrainage in groepsverband. Zie nader O.C.R. Marres, a.w., par. 7.1.2.2.

20 Zie nader I.M. de Groot, 'Implementatie van de Controlled Foreign Company-regels in Nederland', *WFR* 2019/13, par. 3.4.1.2.

21 Betoogd kan worden dat de term 'wezenlijke economische activiteit' in de ATAD (tekstueel) strenger is dan het begrip 'volstrekt kunstmatige constructie' in de jurisprudentie. Het HvJ EU is echter geneigd om secundair EU-recht zodanig uit te leggen dat het in overeenstemming is met primair EU-recht (zie nader I.M. de Groot, 'De switch-over bepaling in het voorstel voor een "Anti-Tax Avoidance"-richtlijn en de verenigbaarheid met het primaire EU-recht', *WFR* 2016/57, onderdeel 3.4).

22 In *Columbus Container Services* (HvJ EG 6 december 2007, C-298/05) waren alle aandelen in de vennootschap Columbus rechtstreeks of indirect in handen van eenzelfde familie en achtte het HvJ EU bepalende invloed aanwezig. Het HvJ EU vond daarbij van belang dat de betrokkenen dezelfde belangen nastreven, in onderlinge overeenstemming via dezelfde vertegenwoordiger in de algemene vergadering van de vennootschap besluiten nemen die de vennootschap betreffen en de activiteiten ervan bepalen (r.o. 31).

2.2 *Is sprake van een belemmering?*

De renteaftrekbeperking op grond van art. 10a Wet VPB 1969 geldt even strikt in binnenlandse en grensoverschrijdende situaties en is de jure dus zonder onderscheid van toepassing.²³ In de literatuur is echter betoogd dat de facto sprake is van een belemmering vanwege de compenserende heffingstoets van art. 10a lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969.^{24, 25} Indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat bij de crediteur sprake is van een winstbelastingheffing²⁶ over de rentebate van minimaal 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde grondslag, is de rente aftrekbaar tenzij de inspecteur aannemelijk maakt dat aan de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Het voordeel van het voldoen aan de compenserende heffingstoets is (sinds 2008) uitsluitend gelegen in de omkering van de bewijslast. Als niet voldaan is aan de compenserende heffingstoets, is de rente immers aftrekbaar als de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de schuld en daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969).

Mogelijk is inderdaad iets eerder aan de compenserende heffingstoets voldaan in het geval van een in Nederland gevestigde crediteur vanwege de verwijzing naar de Nederlandse grondslagbepaling. Het is onzeker of dat wel voldoende is om een de facto belemmering te constateren. In het recent gewezen arrest *Deka* moest volgens het HvJ EU beoordeeld worden of de aandeelhouderseisen in het fbi-regime niet per definitie of de facto voornamelijk slechts kunnen worden vervuld door binnenlandse beleggingsfondsen, terwijl buitenlandse fondsen daar over het algemeen niet aan kunnen voldoen c.q. zij de facto van de regeling worden uitgesloten (r.o. 58 en 60).²⁷ Vertaald naar de context van art. 10a Wet VPB 1969 zou de vraag moeten worden beantwoord of per definitie of de facto voornamelijk²⁸ voldaan wordt aan de compenserende heffingstoets door in Nederland gevestigde crediteuren, terwijl daar door elders in de EU/EER (of in derde landen, ingeval het kapitaalverkeer van toepassing is; zie paragraaf 2.1) gevestigde crediteuren over het algemeen niet aan voldaan wordt. Voor wat betreft rente verschuldigd aan crediteuren in EU/EER-lidstaten betwijfelen wij of dat wel het geval is, want vrijwel alle EU/EER-landen hebben een statutair tarief dat hoger ligt dan 10%. Bij een dergelijk statutair tarief hoeft, evenals bij de onderworpenheidstoets in de deelnemingsvrijstelling, in beginsel alleen een correctie te worden toegepast voor 'relevante stelselafwijkingen' (zoals onder meer een 'tax holiday', een cost-plusbenadering waarbij een zeer beperkte grondslag wordt gehanteerd en andere aanzienlijke grondslagverminderingen door fictieve kostenaf trek of vrijstellingen),²⁹ zodat reguliere vennootschapsbelastingregimes in de EU dan 'normaliter' zouden moeten kwalificeren.³⁰ Omdat in de wetsgeschiedenis steeds een voorbehoud wordt gemaakt in termen als 'normaliter'³¹ en 'normaal gesproken'³² kunnen echter geen stellige conclusies worden getrokken over de afwezigheid van een belemmering van de vestigingsvrijheid.

- 23 Zo kan art. 10a Wet VPB 1969 in binnenlandse situaties aan renteaftrek in de weg staan indien de crediteur een (feitelijk) niet aan VPB-heffing onderworpen lichaam is, zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 30 september 2021, *NLF* 2021/1962, r.o. 5.1.8.1. Zie in vergelijkbare zin de conclusie van A-G Wattel van 29 juni 2021, *NLF* 2021/1581, par. 7.1 en 7.6.
- Ook het HvJ EU merkte in *X en X* op dat art. 10a lid 2 onder b (oud) Wet VPB 1969 (tekst 2004) geen onderscheid maakt c.q. lijkt te maken tussen grensoverschrijdende en binnenlandse situaties (HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, r.o. 35 en 41).
- 24 Zie o.a. D.S. Smit, J.A.R. van Eijsden & B.J. Kiekebeld, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2019, p. 128 e.v.; en J.J.A.M. Korving, 'Hervis: zijn appels (geen) peren?', *NtFR-B* 2014/16.
- 25 Ook bij de toepassing van *fraus legis* (zoals bijvoorbeeld aan de orde in de zaak HR 16 juli 2021, 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152 (*Hunkemöller*)), kan de vraag aan de orde komen of de facto sprake is van een belemmering. Zie hierover nader Maarten de Wilde & Ciska Wisman, 'Over tripledip- en overnamestructuren; heeft de Hoge Raad het Hof van Justitie gepasseerd?', *NLF-W* 2021/0026. In het *Hunkemöller*-arrest overweegt de Hoge Raad (in r.o. 4.5.2) dat "[i]n geval van het in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkelde begrip misbruik van recht, waarvan in dit geval sprake is, (...) justitiabelen niet een beroep (...) op het recht van de Unie [kunnen doen]", maar de vraag is of het misbruikbegrip dat de Hoge Raad hanteert wel in overeenstemming is met het misbruikbegrip van het Hof van Justitie; in deze context spelen in onze opvatting dezelfde overwegingen een rol als hierna behandeld in paragraaf 4.
- 26 Voor een belasting naar het inkomen geldt geen kwantificering, althans niet anders dan dat sprake moet zijn van een belasting die naar Nederlandse maatstaven redelijk is.
- 27 HvJ EU 30 januari 2020, C-156/17 (*Deka*).
- 28 Vgl. *Hervis*, waarin de geconsolideerde omzet van verbonden vennootschappen – kort gezegd – als relevante grondslag diende voor de toepassing van de Hongaarse (sterk) progressieve tariefstructuur (HvJ EU 5 februari 2014, C-385/12). Het HvJ EU oordeelde dat de nationale rechter moest toetsen of belastingplichtigen voor het merendeel in de zin van de betrokken nationale wetgeving verbonden zijn met vennootschappen met zetel in een andere lidstaat (r.o. 39). In dat geval zou de toepassing van de sterk progressieve tariefstructuur op de geconsolideerde omzet in het nadeel werken van met name belastingplichtigen die 'verbonden' zijn met vennootschappen met zetel in een andere lidstaat.
- 29 *Kamerstukken II* 2005/06, 30572, nr. 8, p. 45.
- 30 Vgl. de uitlatingen in de context van de deelnemingsvrijstelling in *Kamerstukken II* 2005/06, 30572, nr. 3, p. 58-59.
- 31 *Kamerstukken II* 2005/06, 30572, nr. 3, p. 58-59.
- 32 *Kamerstukken II* 2005/06, 30572, nr. 8, p. 45.

Zelfs als wordt aangenomen dat voornamelijk aan de compenserende heffingstoets voldaan wordt door in Nederland gevestigde crediteuren (of een minder strikt criterium geldt waaraan voldaan is), dan nog kan betwijfeld worden of het nadeel van omkering van de bewijslast wel voldoende is om een (de facto) belemmering aan te nemen. In de literatuur wordt met name uit het arrest *Vestergaard*³³ afgeleid dat dit wel het geval is.³⁴ In dit arrest was een in de administratieve praktijk c.q. rechtspraak ontwikkelde bewijsregel aan de orde op basis waarvan vermoed werd dat een cursus een sterk toeristische inslag had als deze in een buitenlands toeristenoord werd gegeven, zodat de cursuskosten geen aftrekbare verwervingskosten waren tenzij het reisdoel of de cursuslocatie gerechtvaardigd kon worden geacht uit overwegingen van professionele aard. Voor binnenlandse (Deense) cursussen gold dit bewijsvermoeden niet, en er waren geen rechterlijke of administratieve beslissingen die inhielden dat het recht op aftrek bij deelneming aan cursussen in een Deens toeristenoord verviel, terwijl volgens verklaringen in de verwijzingsbeschikking ook bij cursussen in Denemarken steeds rekening wordt gehouden met (technische) voorzieningen, zoals sauna en zwembad, en meestal hotels in bekende toeristenoorden worden gekozen.³⁵ Uit de conclusie van de A-G volgt bovendien dat een zwaardere bewijslast gold voor cursussen die werden gegeven in het buitenland: de materie van de cursus moest dan in verband staan met de locatie of met de specifieke situatie in de lidstaat waar de cursus werd gegeven, terwijl die voorwaarde niet voor binnenlandse cursussen gold.³⁶ Blijkens de nationale rechtspraak kon het vermoeden van niet-aftrekbaarheid voor buitenlandse cursussen slechts in één geval worden weerlegd. Al met al was in *Vestergaard* dus niet alleen een omkering maar ook verzwaring van de bewijslast aan de orde, die tot gevolg had dat de aftrek van kosten voor buitenlandse cursussen vrijwel altijd werd geweigerd en de aftrek van kosten voor binnenlandse cursussen altijd werd toegestaan, terwijl er afgezien van de cursuslocatie geen wezenlijke verschillen bestonden. De context is derhalve geheel anders dan die van art. 10a Wet VPB 1969. Anderzijds blijkt niet duidelijk uit zijn arrest dat het HvJ EU deze verzwaring van de bewijslast van belang heeft geacht en kan dus niet worden uitgesloten dat het HvJ EU de enkele omkering van de bewijslast voldoende acht om een belemmering te constateren.³⁷

Overigens zijn wij van opvatting dat de inspanningen die belastingplichtigen in voorkomende gevallen moeten verrichten in het kader van de omrekening naar Nederlandse maatstaven op zichzelf geen belemmering vormt, omdat deze omrekening niet onmogelijk of uiterst moeilijk is.³⁸

3. Het misbruikbegrip in *Lexel* en de relevantie voor de beoordeling van art. 10a Wet VPB 1969

In het arrest *X en X* overwoog het HvJ EU dat de bestrijding van belastingontwijking en fraude onmiskenbaar het doel is dat met art. 10a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 (tekst 2004; vergelijkbaar met het huidige lid 1 onderdelen b en c) wordt nagestreefd.³⁹ Dit doel wordt volgens het HvJ EU uitdrukkelijk bevestigd door de tegenbewijsregeling van art. 10a lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969.

In *Lexel* overwoog het HvJ EU – in algemene zin – met betrekking tot de mogelijkheid dat een beperking van de vrijheid van vestiging wordt gerechtvaardigd dat:

- (i) de maatregel er specifiek toe moet strekken om gedragingen te verhinderen waarbij volstrekt kunstmatige constructies worden opgezet die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied; en daarnaast:
- (ii) ten eerste dat de belastingplichtige in staat moet worden gesteld om zonder buitensporige administratieve lasten bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom die transactie is verricht; en
- (iii) ten tweede dat het evenredigheidsbeginsel – mocht het onderzoek van dat bewijs tot de slot-som leiden dat de betreffende transactie een louter kunstmatige constructie is waaraan geen echte commerciële redenen ten grondslag liggen – vereist dat de weigering van het recht op af-

33 HvJ EG 28 oktober 1999, C-55/98 (*Vestergaard*).

34 Zie o.a. D.S. Smit, J.A.R. van Eijdsden & B.J. Kiekebeld, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, t.a.p., p. 129. Ook wordt het arrest *SIAT* genoemd, maar daarin acht het HvJ EU voor de aanwezigheid van een belemmering uitdrukkelijk van belang dat sprake is van een vermoeden van niet-aftrekbaarheid én verzwaring van de bewijslast (r.o. 24). Zie voorts over dit arrest en het verschil tussen de daarin aan de orde zijnde wetgeving en art. 10a Wet VPB 1969: I.M. de Groot, 'Heeft SIAT gevolgen voor art. 10a Wet VPB 1969', *NIFR* 2012/2690.

35 Conclusie van A-G Saggio van 10 juni 1999 in de zaak *Vestergaard*, r.o. 16.

36 T.a.p., r.o. 18-19.

37 *Vestergaard*, t.a.p., r.o. 21 en 22.

38 Vlg. *Deka*, t.a.p., r.o. 62.

39 HvJ EU 22 februari 2018, gevoegde zaken C-398/16 en C-399/16 (*X BV en X NV*), *BNB* 2018/92c*, r.o. 48.

trek wordt beperkt tot het deel van de rente dat uitgaat boven het bedrag dat zou zijn overeengekomen indien er tussen de partijen bijzondere betrekkingen bestonden.⁴⁰

De Zweedse wetgeving werd vervolgens gewogen en te licht bevonden, kennelijk al op grond van het niet voldoen aan voorwaarde (i). Het specifieke doel van de uitzondering bestond immers niet in de bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies, noch werd de toepassing ervan beperkt tot dergelijke constructies. Dat leidde het HvJ EU af uit het feit dat de uitzondering niet uitsluitend betrekking had op fictieve constructies, maar ook op transacties die tegen marktconforme voorwaarden waren aangegaan (r.o. 53). In r.o. 56 overwoog het HvJ EU nog expliciet dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan en *dus* geen volkomen kunstmatige of fictieve constructies vormen ook binnen de werkingsfeer van de uitzondering kunnen vallen.

Hoe verhouden de arresten *X en X* en *Lexel* zich tot elkaar?

Egelie is van opvatting dat indien art. 10a Wet VPB 1969 al een belemmering vormt, zij wezenlijk anders is op het vlak van misbruikbestrijding. Waar de Zweedse regeling in wezen elke grensoverschrijdende groepslening treft waarvan de belanghebbende niet kan aantonen dat die niet voornamelijk is aangegaan om de groep een aanzienlijk belastingvoordeel (ongeacht welk) te verschaffen, richt art. 10a Wet VPB 1969 zich tegen grondslaguitholling door het aangaan van commercieel nutteloze leningen in een volstrekt kunstmatige setting. Voorts is art. 10a Wet VPB 1969 – anders dan de Zweedse regeling – gedetailleerd wettelijk verankerd en worden de besmette rechtshandelingen expliciet benoemd. Ten derde is art. 10a Wet VPB 1969 wat betreft de bewijslastverdeling beduidend evenwichtiger.⁴¹

Wij betwijfelen of de verschillen tussen de regelingen de verschillende rechtsoordelen kunnen verklaren. Wat allereerst opvalt, is dat in *X en X* werd overwogen dat de bestrijding van belastingontwijking en fraude onmiskenbaar het doel is dat met art. 10a Wet VPB 1969 wordt nagestreefd, maar dat deze beoordeling veel algemener lijkt dan die in *Lexel*, waarin werd beoordeeld of het 'specifieke doel' van de maatregel bestond in de bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies en of de toepassing ervan was beperkt tot dergelijke constructies. Het lijkt erop dat deze toets in *X en X* niet is aangelegd. Het zou ook merkwaardig zijn als art. 10a Wet VPB 1969 deze toets zou hebben doorstaan, omdat deze bepaling niet is gericht op het soort constructies waar in *Lexel* op wordt geduid (namelijk 'fictieve constructies', dat wil zeggen: transacties die niet tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan). Hoe dan ook zou art. 10a Wet VPB 1969 niet voldoen aan voorwaarde (iii).

In onze opvatting zijn de Zweedse en Nederlandse maatregelen in verregeande mate vergelijkbaar en is er geen grond om aan te nemen dat voor art. 10a Wet VPB 1969 een andere maatstaf zal worden aangelegd. De in *X en X* aangelegde toets was marginaal (in ieder geval is met betrekking tot art. 10a Wet VPB 1969 op zichzelf beschouwd de evenredigheidstoets niet aangelegd). Dat is verklaarbaar omdat, zoals het HvJ EU ook uitdrukkelijk overwoog, de daadwerkelijke belemmering werd veroorzaakt door het regime van de fiscale eenheid en omdat die belemmering niet kon worden gerechtvaardigd. Wij gaan er daarom van uit dat wanneer wordt geoordeeld dat art. 10a Wet VPB 1969, los van de per-elementbenadering, een belemmering inhoudt, dezelfde toets wordt aangelegd.

Wat zou nu de gedachte zijn die ten grondslag ligt aan de overwegingen van het HvJ EU over de toepassing van deze rechtvaardigingsgrond? Kennelijk is het HvJ EU van opvatting dat in de context van renteaftrekbeperkingen slechts sprake is van volstrekt kunstmatige constructies wanneer niet 'at arm's length' wordt gehandeld. De gedachte lijkt te zijn dat wanneer sprake is van een 'arm's-lengthprijs', er noodzakelijkerwijze sprake is van een reële economische prestatie, dat wil zeggen: een levering of een dienst. In die zin is er geen sprake van iets 'fictiefs' of 'kunstmatigs'. Het zakelijkheidsbeginsel, of 'arm's-lengthbeginsel', functioneert hier als een objectieve maatstaf aan de hand waarvan kan worden bepaald dat de dienst een bepaalde waarde en dus realiteit heeft. Als er geen kunstmatigheid is, maar een reële transactie met gebruikmaking van de verkeersvrijheden, dan verdient die transactie in beginsel bescherming.⁴²

Bovenstaande zou betekenen dat grondslagverschuiving niet als misbruik wordt beschouwd wanneer at arm's length wordt gehandeld. Dat betekent natuurlijk niet dat in andere gevallen misbruik niet bestreden kan worden, maar alleen dat wanneer dit discriminatoir gebeurt niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak van misbruikbestrijding. Wanneer deze lezing de juiste is, dan betekent dit dat cruciaal is of art. 10a Wet VPB 1969 belemmerend werkt. Zo ja, dan zal rechtvaardiging op grond van de noodzaak om misbruik te bestrijden niet mogelijk zijn.

40 *Lexel*, t.a.p., r.o. 49-51.

41 Zie onderdeel 7 van zijn commentaar bij *Lexel* in *NtFR* 2021/54.

42 Kennelijk ook in deze zin M.J. van Hulst, 'Lexel AB: marktconformiteit, kunstmatigheid en economische integratie', *WFR* 2021/201, par. 4.

4. Tot slot

Hoewel het arrest *Lexel* inmiddels een jaar geleden is geweest, bestaan (nog) veel onzekerheden over de strekking ervan. Ook over de Unierechtelijke houdbaarheid van art. 10a Wet VPB 1969 en de invloed van het arrest hierop kunnen geen duidelijke conclusies worden getrokken. Het arrest *Lexel* lijkt erop te duiden dat volgens het HvJ EU een belemmerende anti-winstdrainagebepaling niet gerechtvaardigd zou kunnen worden door de noodzaak om misbruik te bestrijden. Hof Amsterdam en A-G Wattel lijken niet genegen deze vraag voor te leggen aan het HvJ EU.⁴³ Het blijft daardoor gissen naar wat het HvJ EU precies met *Lexel* heeft beoogd. Het is echter de vraag of wel sprake is van een belemmering van de verkeersvrijheden, met name als alleen de binnen de EU geldende vestigingsvrijheid van toepassing is op art. 10a Wet VPB 1969. Mocht daar wel sprake van zijn, dan zou de Hoge Raad onzes inziens prejudiciële vragen moeten stellen of deze belemmering gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak om misbruik te bestrijden, omdat geen sprake is van een acte clair of éclairé.⁴⁴

43 Zie de conclusie van A-G Wattel, die het betreffende middel betitelt als 'een EU-rechtelijk schot hagel' (29 juni 2021, *NLF* 2021/1581, par. 8) en Hof Amsterdam 30 september 2021, *NLF* 2021/1962, r.o. 5.18.1-5.18.4.

44 Ook voor wat betreft de zaak *Hunkemöller* (t.a.p.), waarin het ging om de toepassing van fraus legis, kan deze stelling worden ingenomen (zie hierover nader Maarten de Wilde & Ciska Wisman, t.a.p.).