

Zaak C-585/22 (X BV)

Sjoerd Douma

25 maart 2025

Artikel 10a Wet VPB 1969

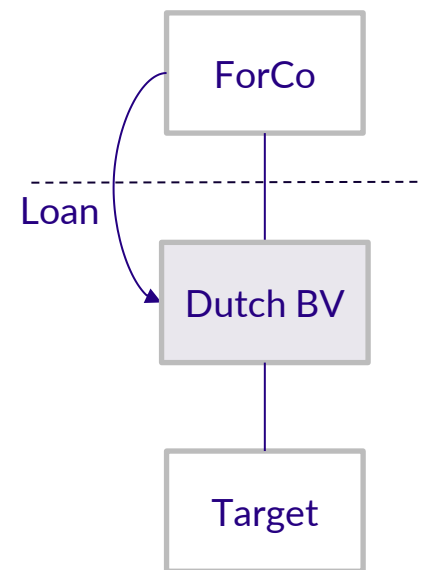
In beginsel zijn rentekosten aftrekbaar binnen de Wet VPB 1969.

Artikel 10a Wet VPB 1969 beperkt de renteaftrek om grondslaguitholling te voorkomen in geval van:

- een lening van een verbonden lichaam/ natuurlijk persoon;
- die wordt gebruikt voor een besmette handeling (winstuitdeling uit, kapitaalstorting in of acquisitie van een verbonden lichaam/natuurlijk persoon).

Tegenbewijsmogelijkheden:

- De belastingplichtige bewijst de zakelijkheid van zowel de lening als de daarmee verband houdende rechtshandeling.
- De belastingplichtige maakt aannemelijk dat de met de aftrek corresponderende rente-inkomsten belast worden naar een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing (vanaf 2008: tenzij de Inspecteur onzakelijkheid bewijst).



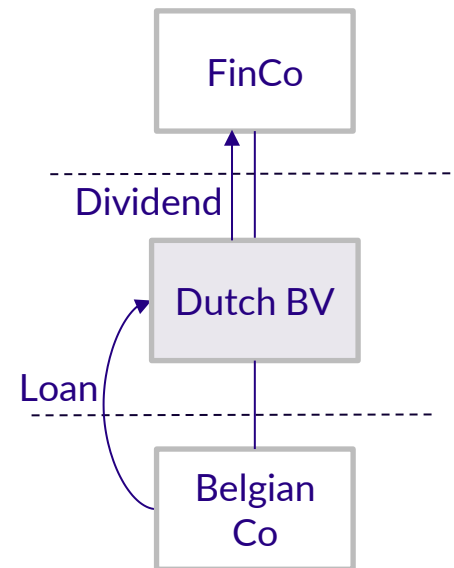
HR 1 maart 2013, BNB 2013/137

Gerechtshof:

- Het is in grensoverschrijdende situaties moeilijker om te voldoen aan de tegenbewijsregeling van de compenserende heffing dan in binnenlandse situaties..
- Dit vormt een beperking van de vrijheid van vestiging, maar deze wordt gerechtvaardigd door de rechtvaardigingsgrond van misbruikbestrijding.

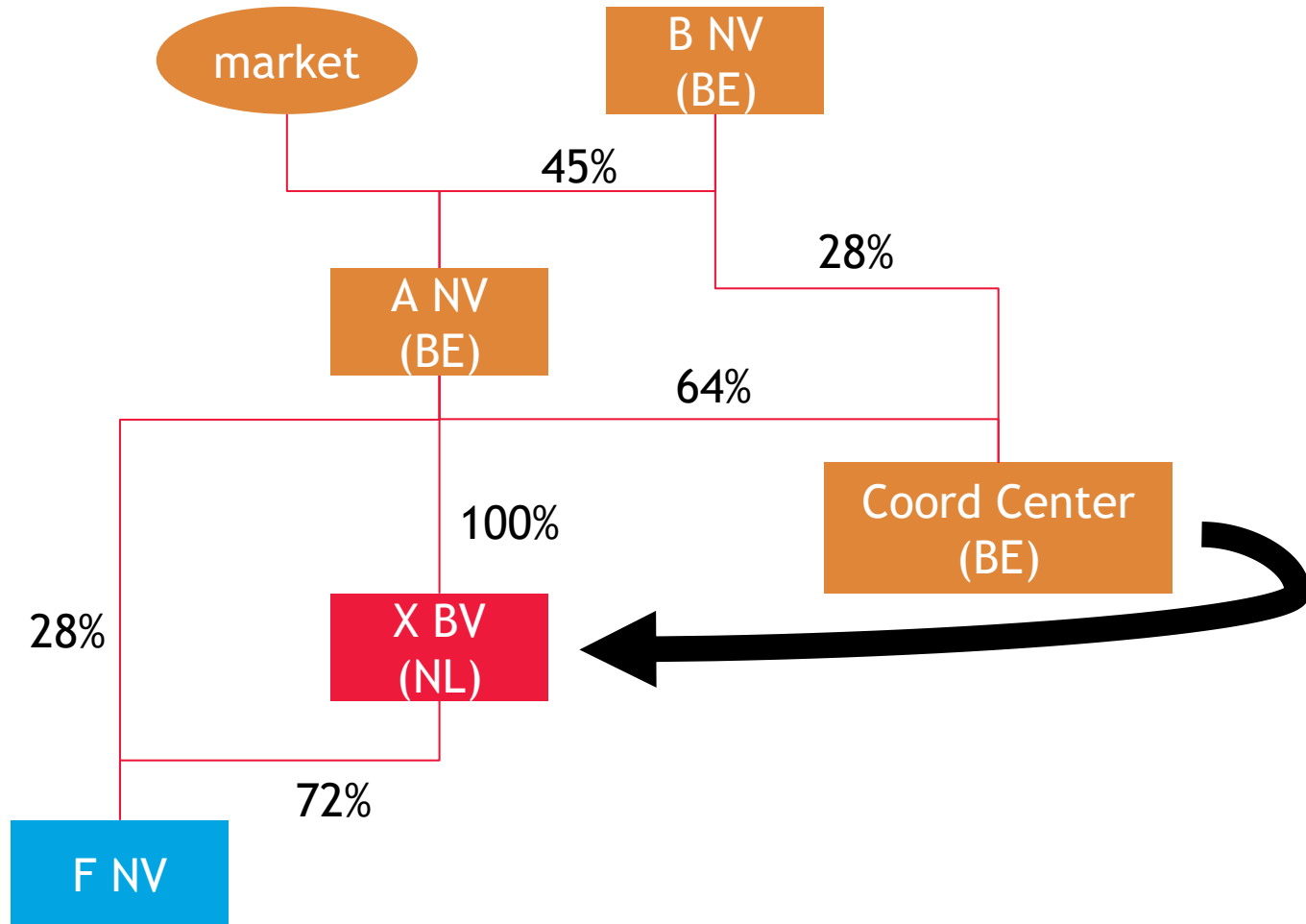
Hoge Raad:

- Uitgaande van de aanname dat een beperking van de vrijheid van vestiging aanwezig is, dan kan artikel 10a Wet VPB 1969 gerechtvaardigd worden door het doel van misbruikbestrijding.
- Artikel 10a Wet VPB 1969 beoogt volstrekt kunstmatige constructies zonder economische realiteit te bestrijden, die Nederland zouden beroven van een heffingsrecht over winst op nationaal grondgebied.
- Artikel 10a Wet VPB 1969 voldoet aan het evenredigheidsbeginsel omdat het belastingplichtige toelaat tot tegenbewijs.



HR 2 september 2022, BNB 2023/2

Lubbers
Boer
Douma



HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1121

“1. Moeten de artikelen 49, 56 en/of 63 VWEU aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan de rente ter zake van een leenschuld aan een met de belastingplichtige verbonden lichaam, welke schuld verband houdt met de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een verbonden lichaam is, bij het bepalen van de winst van de belastingplichtige niet in aftrek komt omdat de desbetreffende schuld moet worden aangemerkt als (onderdeel van) een volstrekt kunstmatige constructie, ongeacht of de desbetreffende schuld op zichzelf beschouwd tegen marktconforme voorwaarden is aangegaan?”

HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1121

“2. Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt, moeten de artikelen 49, 56 en/of 63 VWEU aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan de rente ter zake van een als (onderdeel van) een volstrekt kunstmatige constructie aangemerkte leenschuld aan een met de belastingplichtige verbonden lichaam, welke schuld verband houdt met de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een verbonden lichaam is, bij het bepalen van de winst van de belastingplichtige volledig in aftrek wordt geweigerd, ook voor zover die rente op zichzelf beschouwd niet uitgaat boven het bedrag dat zou zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen?”

HR 2 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1121

“3. Maakt het voor de beantwoording van de vragen 1 en/of 2 verschil of de desbetreffende verwerving of uitbreiding van het belang betrekking heeft (a) op een lichaam dat al voorafgaand aan deze verwerving of uitbreiding een met de belastingplichtige verbonden lichaam was, dan wel (b) op een lichaam dat pas na deze verwerving of uitbreiding een met de belastingplichtige verbonden lichaam wordt?”

Verklaring voor recht HvJ

Artikel 49 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan bij het bepalen van de winst van een belastingplichtige de aftrek van rente ter zake van een leenschuld die is aangegaan met een verbonden lichaam en die verband houdt met de verwerving of uitbreiding van een belang in een ander lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met de belastingplichtige verbonden lichaam is, volledig wordt geweigerd wanneer deze schuld wordt aangemerkt als (onderdeel van) een volstrekt kunstmatige constructie, zelfs indien die schuld tegen marktconforme voorwaarden is aangegaan en indien die rente niet uitgaat boven het bedrag dat zou zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen.'

Wat staat hier nu?

Verklaring voor recht HvJ

- Renteaftrek mag alleen worden geweigerd indien de schuld van belanghebbende aan het BCC moet worden aangemerkt “als (onderdeel van) een volstrekt kunstmatige constructie”.
- Of dat zo is, moet door de nationale rechter worden beoordeeld met inachtneming van het arrest van het HvJ.

Analyse

- De rechtspraak van het HvJ heeft zich in één rechte lijn ontwikkeld vanaf het arrest Cadbury Schweppes in 2006 (zie de in punt 57 van het arrest vermelde zaken) tot aan het arrest in de zaak van X BV.
 - De enkele omstandigheid dat het BCC door België niet aan winstbelasting werd onderworpen, brengt niet mee dat aan de door haar verstrekte leningen onzakelijke overwegingen ten grondslag liggen (punt 50 van het arrest).
 - Van misbruik van de vrijheid van vestiging is eerst sprake wanneer een belastingplichtige volstrekt kunstmatige constructies opzet “die geen verband houden met de economische realiteit en die bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied” (punt 57 van het arrest).
 - Het is gerechtvaardigd dat met een bepaling als art. 10a Wet Vpb 1969 ernaar wordt gestreefd dergelijke constructies te bestrijden, welke zich ook kunnen voordoen wanneer “eigen vermogen van een groep op kunstmatige wijze bij een Nederlands lichaam van [de] groep wordt gepresenteerd als vreemd vermogen” (punt 60 van het arrest).

Analyse

- Van zo'n 'kunstmatige presentatie' kan sprake zijn in situaties waarin eigen vermogen wordt omgeleid en omgezet in vreemd vermogen (punt 61 van het arrest).
 - Of in concreto sprake is van een kunstmatige overheveling van winst van de ene lidstaat (Nederland) naar de andere lidstaat (België), moet van geval tot geval worden beoordeeld in het licht van de vraag of Nederland zou worden beroofd van de heffing van vennootschapsbelasting over winst die "normaal gesproken" in Nederland belastbaar zou zijn (punt 57 van het arrest).
 - Het 'at arm's length' beginsel is voor de beantwoording van die vraag doorslaggevend (punt 87 van het arrest).
- => Tot zover brengt het arrest ons niets nieuws: de bestendige lijn in de rechtspraak wordt bevestigd.

Analyse

- Rechtsverfijning in punt 88 van het arrest:

“Wanneer (...) de betrokken lening zelf elke economische rechtvaardiging ontbeert, en deze lening nooit zou zijn aangegaan indien er tussen de betrokken ondernemingen geen bijzondere betrekkingen bestonden en er geen belastingvoordeel werd nagestreefd, is het verenigbaar met het evenredigheidsbeginsel om de aftrek van rente in zijn geheel te weigeren, aangezien de belastingdienst een dergelijke volstrekt kunstmatige constructie bij het vaststellen van de verschuldigde vennootschapsbelasting moet negeren. (...)”

- Rechtsverfijning nodig omdat het HvJ in zijn arrest in de zaak Lexel ervan was uitgegaan dat het specifieke doel van de in die zaak centraal staande Zweedse regeling niet bestond in de bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies, terwijl dat wel het specifieke doel is van art. 10a van de Wet (zie punt 80-84 van het arrest).
- Met de rechtsverfijning in punt 88 heeft het Hof tegelijk een maatstaf geformuleerd waaraan moet zijn voldaan wil geoordeeld kunnen worden dat sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie.
- Die maatstaf is meeromvattend en daarmee strenger dan de in de Nederlandse nationale rechtspraak gehanteerde maatstaf van de ‘onzakelijke omleiding’, waaraan in het onderhavige geval het Hof de onderwerpelijke leningen heeft getoetst (r.o. 4.9 van ’s Hof’s uitspraak).

Spilfunctie-arrest (BNB 2023/63)

Hoge Raad overwoog dat aan een schuld in beginsel overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen:

“als het verbonden lichaam bij wie de belastingplichtige de schuld is aangegaan, zodanige financieringsactiviteiten uitvoert dat het daarmee een financiële spilfunctie vervult. In een zodanig geval kan niet worden gezegd dat gelden zijn omgeleid. Uit hetgeen hiervoor (...) is overwogen, volgt dat dit een en ander niet anders wordt door het enkele feit dat het verbonden lichaam de voor die schuld aangewende middelen heeft verkregen van een ander lichaam uit dezelfde groep. Het vervullen van een financiële spilfunctie binnen de groep zal daartoe juist veelal aanleiding geven. Indien het verbonden lichaam een financiële spilfunctie vervult, is het voor een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling van artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet dan ook niet vereist, en doorgaans ook niet mogelijk, om een verband te leggen tussen de – van tijd tot tijd – uitstaande gelden in de vorm van verstrekte leningen (de actiefzijde van zijn balans) en de – van tijd tot tijd – aangetrokken gelden in de vorm van opgenomen leningen en verkregen deposito's (de passiefzijde van zijn balans).”

Spilfunctie-arrest (BNB 2023/63)

“3.3.7. Bij de beoordeling van de vraag of een verbonden lichaam met zijn financieringsactiviteiten een financiële spilfunctie vervult, moeten de omstandigheden van het geval in onderlinge samenhang worden beschouwd. Centraal daarbij staat dat het lichaam of zelfstandige bedrijfsonderdeel een actieve financieringsfunctie vervult binnen de groep van met hem verbonden lichamen. Voorts geldt dat het desbetreffende lichaam of zelfstandige bedrijfsonderdeel zich in hoofdzaak bezighoudt met het uitvoeren van financiële transacties ten behoeve van tot de groep behorende lichamen, zoals het in- en uitlenen van gelden en het beheren van overtollige groepsmiddelen. Verder zal dat (bedrijfsonderdeel van het) lichaam zelfstandig moeten zijn in de dagelijkse bedrijfsvoering, waaronder het beheer van de uitstaande gelden, en daartoe moeten beschikken over voldoende en deskundig personeel en, als het gaat om een zelfstandig bedrijfsonderdeel, een eigen administratie. Indien dat (bedrijfsonderdeel van het) lichaam gebonden is aan een centraal voor het concern vastgestelde strategie, staat die enkele omstandigheid niet in de weg aan zijn zelfstandigheid.

3.3.8 Indien het lichaam of het zelfstandige bedrijfsonderdeel daarvan een financiële spilfunctie vervult, moet het in beginsel ervoor worden gehouden dat aan de door hem verstrekte lening en dus aan de daaruit voor de belastingplichtige voortvloeiende schuld in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Dat is anders voor zover het lichaam bij het verstrekken van de lening louter als doorgeefluik van die gelden fungeert. De inspecteur heeft de stelplicht en bewijslast ter zake van deze uitzondering.”

Spilfunctie-arrest (BNB 2023/63)

- Het BCC voldoet ruimschoots aan de eisen
- Doorgeefluik: parallelliteit vereist tussen een 10a-lening en een door de groepscrediteur aangetrokken lening.
- BCC is echter voorzien van eigen vermogen met oog op de verstrekking van leningen.
- Noot A-G Wattel in BNB 2025/6:

“Na terugkeer in Nederland moet nog wel opgehelderd worden hoe het ná het verwijzingsarrest gewezen Spilfunctie-arrest zich verhoudt tot belanghebbendes geval van een BCC met kennelijk een interne financiersfunctie.”

- Ongelijke behandeling moet worden voorkomen.

Wordt vervolgd!

Dank voor jullie aandacht!

Sjoerd Douma

douma@lubbersboerdouma.com

+31 6 520 847 91

X BV
C-585/22
4/10/2024

Koen Morbée

15/05/2025

VRAGEN

- Is het Hof echt ‘omgegaan’?
- Gaf het Hof het juiste antwoord op de verkeerde vraag?
- Waarom nuanceert het Hof zijn antwoord niet in het licht van de feiten van het dossier?

LENAERTS

TFR, 2020

- *In een grensoverschrijdende context wordt belastingoptimalisatie mogelijk gemaakt door de regelgevingconcurrentie tussen de nationale belastingstelsels.*
- *Voorts kunnen natuurlijke of rechtspersonen, doordat de belastingtarieven in de personenbelasting en de vennootschapsbelasting per lidstaat verschillen, beslissen om een economische activiteit in een andere lidstaat dan hun woon- of vestigingsstaat uit te oefenen en aldus in aanmerking komen voor door die andere lidstaat rechtmatig toegekende belastingvoordelen*

LENAERTS

TFR, 2020

- Tenzij bij misbruik van Unierecht
 - “Om te kunnen vaststellen dat het om een misbruik gaat, zijn enerzijds een geheel van objectieve omstandigheden vereist waaruit blijkt, dat in weerwil van de formele naleving van de door [de Unierechtelijke regeling] opgelegde voorwaarden, **het door deze regeling beoogde doel** niet werd bereikt. Anderzijds is een subjectief element vereist, namelijk de bedoeling om een door de [Unierechtelijke regeling] toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat.
 - = misbruik in het licht van de doelstellingen van het Unierecht

LENAERTS

TFR, 2020

- *Bij de vaststelling of een constructie kunstmatig is, [dienen] de door de vrijheid van vestiging beoogde doelstellingen te worden onderzocht, die erin bestaan “een onderdaan van een lidstaat in staat te stellen een tweede vestiging op te richten in een andere lidstaat om er zijn activiteiten uit te oefenen en zo de economische en sociale vervlechting in de [Unie] op het terrein van de niet in loondienst verrichte werkzaamheden te bevorderen”*

*LENAERTS'
LESSEN UIT
CADBURY
SCHWEPPE'S*

- **Les 1**

- Antimisbruikregels rechtvaardigen beperking van vrijheden op voorwaarde dat zij specifiek tot doel hebben volstrekt kunstmatige constructies te beteugelen die geen verband houden met de economische realiteit.

- **Les 2**

- Het louter opzetten van een tweede vestiging schept geen vermoeden van fraude. *Dat betekent dat lidstaten ondernemingen niet mogen beletten te goeder trouw ernaar te streven hun belastingdruk te verlagen en met dat doel voor ogen te handelen.*

LENAERTS'
LESSEN UIT
CADBURY
SCHWEPPE'S

- **Les 3**

- De doelstelling van het vrij vestigingsrecht wordt niet bereikt wanneer een dochter in een andere lidstaat wordt opgericht die geen verband houdt met de economische realiteit. In dat geval is sprake van een kunstmatige constructie *die de belastingplichtige geen gunstigere fiscale behandeling mag opleveren in zijn lidstaat van oorsprong.*

- **Les 4**

- Misbruik bestaat uit een subjectief en objectief element maar er is geen misbruik van de vrijheid van vestiging wanneer de dochteronderneming een daadwerkelijke economische activiteit uitoefent, ongeacht het feit dat de geografische keuze voor de oprichting ervan is ingegeven door de wens de belastingdruk van die dochteronderneming te verlagen.

*LENAERTS'
LESSEN UIT
CADBURY
SCHWEPPES*

- **Zijn deze lessen vandaag nog geldig?**
 - AG Kokott op IFA Congres Cape Town (10/2024)
 - *'We should acknowledge that the Court probably went to far when deciding Cadbury Schweppes in 2006'*
 - *'Just like DTT's, secondary EU law and even primary EU law do not function anymore just as a shield for taxpayers against unlawfull claims from member states but more as a sword for member states to tax what could not be taxed before'*

VERWIJZINGS- ARREST HOGE RAAD

- **Wanneer geen zakelijke overwegingen voor 10a?**
 - §10 De verwijzende rechter verduidelijkt dat leningen met name dan willekeurig en zonder bedrijfseconomische redenen zijn aangegaan, wanneer binnen een groep van verbonden lichamen **de wijze van financiering van een op zichzelf beschouwd zakelijk gefundeerde transactie in zodanige mate door fiscale motieven is ingegeven dat daarvan rechtshandelingen deel uitmaken die niet noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van die zakelijk gefundeerde doeleinden en die niet zouden zijn verricht zonder die fiscale motieven**, zelfs indien de rentelasten op deze leningen corresponderen met die welke zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen.
 - De omkaderende rechtshandelingen maken een zakelijke lening ‘artificieel’!

VERWIJZINGS- ARREST HOGE RAAD

- **Vraag 1**

- Moeten de artikelen 49, 56 en/of 63 VWEU aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan de rente ter zake van een leenschuld aan een met de belastingplichtige verbonden lichaam, welke schuld verband houdt met de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een verbonden lichaam is, bij het bepalen van de winst van de belastingplichtige niet in aftrek komt **omdat de desbetreffende schuld moet worden aangemerkt als (onderdeel van) een volstrekt kunstmatige constructie**, ongeacht of de desbetreffende schuld op zichzelf beschouwd tegen marktconforme voorwaarden is aangegaan?
- Vraag gaat dus uit van de premisse dat de schuld artificieel is!

VERWIJZINGS- ARREST HOGE RAAD

- **Vraag 1 (anders)**
 - Verzet het vrij vestigingsrecht zich tegen een aftrekverbod wanneer **een schuld** een onderdeel vormt van een kunstmatige transactie?
- **Vraag 1 (anders ?)**
 - Moet het vrij vestigingsrecht wijken wanneer **een schuld aangegaan bij een daadwerkelijke vestiging** een onderdeel vormt van een kunstmatige transactie?
 - Nog anders: geen bescherming meer indien een daadwerkelijke vestiging deel uitmaakt van een step-by-step transactie hoewel de doelstelling van het vrij vestigingsrecht bereikt is?

MISBRUIK

- **Onderscheid misbruik EU-recht en misbruik van een nationale regel?**
 - Doelstelling van beide zijn alvast verschillend?
 - Zet een holistische nationale benadering van misbruik het vrij vestigingsrecht altijd buiten spel?
 - Zo ja, heeft de doelstelling van een nationale regel om een bepaald misbruik te voorkomen dan voorrang op de doelstelling van het vrij verkeer onder het EU-recht

- **Inzake rechtvaardiging belemmering**
 - Doelstelling 10a:
 - §60 “deze bepaling heeft onmiskenbaar de bestrijding van belastingfraude en-ontwijking to doel”
 - §61 Zoals de advocaat-generaal in punt 58 van zijn conclusie heeft opgemerkt, beoogt deze wettelijke regeling immers in al deze gevallen het kunstmatige karakter van de betrokken transacties, dat zijn oorsprong vindt **in de omleiding van eigen vermogen en de omzetting ervan in vreemd vermogen**, te voorkomen.
 - dus enkel bij ‘omleiding’?
 - Volstaat het dat een lidstaat stelt dat een maatregel de bestrijding van misbruik tot doel heeft om een belemmering te rechtvaardigen?

- **Inzake evenredigheid**

- §88 Wanneer daarentegen **de betrokken lening zelf elke economische rechtvaardiging ontbeert**, en **deze lening nooit zou zijn aangegaan indien er tussen de betrokken ondernemingen geen bijzondere betrekkingen bestonden** en er **geen belastingvoordeel werd nagestreefd**, is het verenigbaar met het evenredigheidsbeginsel om de aftrek van rente in zijn geheel te weigeren, aangezien de belastingdienst een dergelijke volstrekt kunstmatige constructie bij het vaststellen van de verschuldigde vennootschapsbelasting moet negeren. Als alleen de aftrek van een gedeelte van de over die lening betaalde rente zou worden geweigerd, zou dat de belastingplichtige in staat stellen het door middel van misbruik nagestreefde belastingvoordeel deels of zelfs in zijn geheel te verkrijgen, waardoor afbreuk zou worden gedaan aan de samenhang van de betrokken regeling.
- 3 cumulatieve voorwaarden?

- **Inzake evenredigheid**
 - **Wanneer ontbeert een lening elke economische rechtvaardiging?**
 - Ook bij schuld aangegaan voor externe acquisitie?
 - Volstaat de tussenschakeling van een schuldeiser met een daadwerkelijke vestiging om ‘economische rechtvaardiging’ te geven aan een lening?
 - Eigenlijk zegt het Hof niets over het artificieel karakter van de lening in de betrokken casus

- **Inzake evenredigheid**
- Moet de evenredigheid van een bepaling niet beoordeeld worden in het licht van de concrete feiten van het dossier?
 - Bijvoorbeeld Lidl Belgium, C-414/06, 15/5/2008: concrete toets of de VI-verliezen mogelijks twee maal in aftrek werden gebracht
- Voor de rechtvaardiging van de belemmering wordt het voorkomen van de omleiding van de fondsen, en dus de concrete feiten van het dossier want net aan de orde, in de beoordeling betrokken.
- Voor de evenredigheidstoets daarentegen lijkt de wijze waarop de omleiding gebeurde, m.n. via een interne bank, niet relevant (?)

BESLUIT?

- Door de formulering van de vraag kon het Hof niet anders dan zo te antwoorden
 - En lijkt dus het juiste antwoord te hebben gegeven op de verkeerde vraag
- Lering uit het arrest lijkt dan ook beperkt te zijn
 - Hof zegt niets over het artificieel karakter van de lening
- Gebrek aan nuance in het licht van de concrete feiten is wel opvallend, zeker mbt de evenredigheidstoets omdat de doelstelling van het vrij vestigingsrecht in de casus bereikt lijkt te zijn