

Hoge Raad stelt in kader van renteaftrekbeperking prejudiciële vragen over uitleg Lexel-arrest

Gegevens

Publicatie

NTFR 2022/3221

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

2 september 2022

Datum publicatie

14 september 2022

Annotator

mr. N.I. Groenland
is werkzaam bij Clifford Chance LLP.

ECLI

[ECLI:NL:HR:2022:1121](https://ecli.nl/HR:2022:1121)

Belastingjaar

2017

Zaaknummer

20/03948

Relevante informatie

[Beroepschrift in cassatie bij HR 20/03948, Art. 10a Wet Vpb 1969](#)

Inhoudsindicatie

Samenvatting

Voor de financiering van een externe acquisitie heeft belanghebbende leningen opgenomen bij een Belgisch concernfinancieringslichaam ('coördinatiecentrum'). Deze leningen zijn door het coördinatiecentrum verstrekt uit kapitaalstortingen door de houdstervenootschap. In geschil is of de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet Vpb 1969 (tekst 2007) in strijd is met de in art. 49, 56 en 63 VWEU neergelegde vrijheden. Volgens de Hoge Raad kan art. 10a lid 1 letter c Wet Vpb 1969 een beperking inhouden van deze vrijheden, maar is die beperking gerechtvaardigd door haar specifieke doelstelling, te weten bestrijding van belastingfraude en -ontwijking, en is deze beperking daartoe proportioneel. Door het arrest HvJ 20 januari 2021, zaak C-484/19 (Lexel), [NTFR 2021/524](#) twijfelt de Hoge Raad echter aan zijn tot dusver gehanteerde opvattingen over art. 10a Wet Vpb 1969. Daarom stelt de Hoge Raad de volgende drie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU:

- Is de opvatting juist dat de rente ter zake van een leenschuld die onderdeel uitmaakt van een volstrekt kunstmatige constructie in aftrek kan worden beperkt, ongeacht of de desbetreffende schuld tegen marktconforme voorwaarden is aangegaan?
- Is de opvatting juist dat voornoemde rente volledig in aftrek wordt beperkt, ook voor zover die rente op zichzelf beschouwd niet uitgaat boven het bedrag dat zou zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen?
- Maakt het voor de beantwoording van de vragen 1 en/of 2 verschil of sprake is van een interne verhangings of externe acquisitie?

Uitspraak

Feiten

2.1.1. De enig aandeelhouder van belanghebbende is de in België gevestigde [A] N.V. (hierna: [A]). De eveneens in België gevestigde [B] N.V. (hierna: [B]) hield in het jaar 2000 39 procent van de aandelen in [A] en vanaf 22 december 2002 44,47 procent van die aandelen. De overige aandelen in [A] waren in handen van het publiek (beursgenoteerd in Brussel).

2.1.2. Tot de [B]/[A]-groep behoort een in België gevestigde vennootschap die in de jaren 1999 tot en met 2010 aldaar voor fiscale doeleinden de status van 'coördinatiecentrum' had (hierna: [C]). Coördinatiecentra genoten in België een bijzonder fiscaal regime. Onder meer werd de belastbare winst van een coördinatiecentrum forfaitair bepaald aan de hand van de 'cost plus'-methode en behoefde een coördinatiecentrum geen roerende voorheffing op rentebetalingen in te houden, terwijl de ontvangende vennootschap wel recht had op verrekening dan wel teruggaaf van een fictieve roerende voorheffing.

In het jaar 2000 hield [A] 53,05 procent van de aandelen in [C] en [B] de resterende 46,95 procent van die aandelen. Vanaf 22 december 2002 beliepen deze belangen 64,3 procent onderscheidenlijk 27,8 procent. Vanaf die datum was de resterende 7,9 procent van de aandelen in [C] in handen van diverse derden-aandeelhouders.

2.1.3. Op 14 maart 2000 verkreeg belanghebbende van derden 72 procent van de aandelen in N.V. [F] (hierna: [F]) en verkreeg [A] van deze derden de resterende 28 procent van die aandelen. Op 13 juli 2000, na vaststelling van de definitieve aankooprijks van de aandelen in [F], deed belanghebbende aan diezelfde derden nog een extra betaling.

2.1.4. Belanghebbende heeft de hiervoor in 2.1.3 bedoelde transacties gefinancierd met leningen die zij heeft opgenomen bij [C]. Deze leningen heeft [C] verstrekt uit eigen vermogen dat het telkens kort daarvoor verkreeg via een kapitaalstorting door [A].

Geschil

2.2.1. Voor het Hof was onder meer in geschil of de renteaftrekbepanking van artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (tekst voor het jaar 2007; hierna: de Wet) in strijd is met (een van) de in de artikelen 49, 56 en 63 VWEU neergelegde vrijheden.

2.2.2. Het Hof heeft geoordeeld dat dit niet het geval is. Hiertoe is het Hof veronderstellenderwijs ervan uitgegaan dat de renteaftrekbepanking van artikel 10a van de Wet een belemmering van die vrijheden inhoudt en heeft het, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1350](#) (red: [NTFR 2016/1857](#)), geoordeeld dat voor die belemmering een rechtvaardiging bestaat. De regeling van artikel 10a van de Wet heeft naar het oordeel van het Hof als doel te voorkomen dat de Nederlandse belastinggrondslag als gevolg van misbruik wordt uitgehold door op de winst rentelasten in mindering te brengen, terwijl tegenover die rentelasten niet op enig moment een reële belastingheffing plaatsvindt. Naar zijn oordeel gaat die regeling niet verder dan noodzakelijk is, omdat artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet aan de belastingplichtige de mogelijkheid biedt om aannemelijk te maken dat de keuze voor financiering door middel van een lening van een verbonden lichaam zakelijk is.

Overwegingen

3.1. De middelen I, II, IV en VI en middel III voor zover hierna niet behandeld, kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van de middelen I, II, IV en VI en middel III in zoverre is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie).

3.2. Voor zover de middelen III en V zich richten tegen de hiervoor in 2.2.2 weergegeven oordelen van het Hof, lenen zij zich voor gezamenlijke behandeling.

a) De regeling van artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet

3.3. De tekst van artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, in de versie die van toepassing is op het geval van belanghebbende, is in de bijlage bij dit arrest weergegeven.

3.3.1. Volgens artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet komen bij het bepalen van de winst onder meer niet in aftrek renten ter zake van schulden aangegaan bij een verbonden lichaam, voor zover die schulden verband houden met de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met de belastingplichtige verbonden lichaam is. Aftrek van rentelasten is echter wel mogelijk indien de belastingplichtige bewijst (aannemelijk maakt) dat zich een van de in artikel 10a, lid 3, van de Wet bedoelde situaties voordoet.

3.3.2. Artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet bepaalt dat het eerste lid geen toepassing vindt indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling (de verwerving of uitbreiding van het belang) in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. In dat geval is aftrek van rentelasten ter zake van de desbetreffende schuld wel mogelijk.

Volgens artikel 10a, lid 3, aanhef en letter b, van de Wet vindt dat eerste lid evenmin toepassing indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat bij degene aan wie de rente is verschuldigd, over die rente per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Volgens de slotzin van die bepaling is een naar de winst geheven belasting naar Nederlandse maatstaven redelijk indien deze resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10 procent over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Ook in dat geval is aftrek van rentelasten mogelijk.

3.3.3. In artikel 10a, lid 4, van de Wet is – voor zover hier relevant – bepaald dat voor de toepassing van artikel 10a van de Wet als een met de belastingplichtige verbonden lichaam wordt aangemerkt (a) een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, (b) een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang in de belastingplichtige heeft, en (c) een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige.

3.4.1. Als uitgangspunt heeft te gelden dat aan de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat pas na deze verwerving of uitbreiding een met de belastingplichtige verbonden lichaam wordt (hierna: externe acquisitie), in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen als bedoeld in artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet. Hetzelfde heeft te gelden voor de in artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet omschreven schulden die verband houden met een externe acquisitie en die zijn aangegaan bij een verbonden lichaam.

3.4.2. Voor de financiering van een externe acquisitie geldt een uitzondering op het hiervoor in 3.4.1 bedoelde uitgangspunt indien de voor die acquisitie aangewende middelen zijn ‘omgeleid’, dat wil zeggen dat die middelen door het verbonden lichaam waarbij de belastingplichtige de desbetreffende schulden is aangegaan, niet rechtstreeks aan de belastingplichtige zijn verstrekt maar afkomstig zijn uit middelen die eerder waren verkregen van de belastingplichtige zelf of van een ander met de belastingplichtige verbonden lichaam.

In zo’n geval is aftrek van rentelasten op die schulden op grond van artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet alleen mogelijk indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan die omleiding van de voor de externe acquisitie aangewende middelen (een zogenoemde zakelijke omleiding). Daarmee heeft de belastingplichtige het in die bepaling bedoelde bewijs, zoals hiervoor in 3.3.2, eerste alinea, omschreven, geleverd. Maakt de belastingplichtige daarentegen zodanige zakelijke overwegingen niet aannemelijk en heeft hij dus niet het hiervoor bedoelde bewijs geleverd, dan moet worden aangenomen dat de omleiding kunstmatig en dus onzakelijk is (een zogenoemde onzakelijke omleiding). ¹ Dan is aftrek van rentelasten niet mogelijk, behoudens de eventuele toepassing van het hiervoor in 3.3.2, tweede alinea, weergegeven artikel 10a, lid 3, aanhef en letter b, van de Wet.

b) Doel en strekking van artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet

3.5. Met artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet wordt beoogd tegen te gaan dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold door middel van rente die is verschuldigd op een schuld die willekeurig en zonder bedrijfseconomische redenen is aangegaan. ² Dat is het geval indien binnen een groep van verbonden lichamen de wijze van financiering van een zakelijk gefundeerde transactie in zodanige mate door fiscale motieven – uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag – is ingegeven dat daarvan rechtshandelingen deel uitmaken die niet noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van die zakelijk gefundeerde doeleinden en die niet zouden zijn verricht zonder die fiscale motieven. ³ Het gaat bij de regeling van artikel 10, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet dus niet om grondslaguitholling door excessieve rentelasten, maar om uitholling door gekunsteld opgeroepen rentelasten. De hiervoor in 3.3.2 weergegeven bewijsregeling van artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet ziet om die reden niet op de marktconformiteit van de overeengekomen voorwaarden van de aangegane schuld, maar op de reële financieringsfunctie zonder kunstmatige (onzakelijke) omleiding van de schuld. Daarom is in de gevallen waarin de hiervoor in 3.4.2 bedoelde omleiding zich voordoet, aftrek van rentelasten wel mogelijk indien aannemelijk is dat in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de wijze van financiering (zakelijke omleiding).

c) Betekenis van artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet in grensoverschrijdende situaties

3.6.1. De in artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet voorziene uitsluiting van de aftrek van rentelasten is een maatregel die van toepassing is ongeacht of de desbetreffende schulden zijn aangegaan bij een met de belastingplichtige

verbonden lichaam dat ingezetene van Nederland is, dan wel bij een met hem verbonden lichaam dat niet ingezetene is. Een maatregel die zonder onderscheid voor ingezetene en niet-ingezetene marktdeelnemers geldt, kan toch een beperking van (een van) de in de artikelen 49, 56 en 63 VWEU neergelegde vrijheden inhouden wanneer die maatregel grensoverschrijdende situaties in feite kan benadelen. ⁴

De uitsluiting van de aftrek van rentelasten op grond van artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet is zo'n maatregel. Indien de desbetreffende schulden zijn aangegaan bij een ingezetene, met de belastingplichtige verbonden lichaam, zal dit lichaam in het algemeen voldoen aan het in artikel 10a, lid 3, aanhef en letter b, van de Wet neergelegde vereiste dat bij dit lichaam over de rente per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. In dat geval is dus in het algemeen alleen al daarom aftrek van rentelasten mogelijk. Aan dat vereiste zal een niet-ingezetene, met de belastingplichtige verbonden lichaam feitelijk minder vaak voldoen dan een ingezetene, met hem verbonden lichaam. Indien het niet-ingezetene, met hem verbonden lichaam niet aan deze eis voldoet, is aftrek van rentelasten slechts mogelijk indien wordt voldaan aan het in artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet neergelegde vereiste dat aan de desbetreffende schulden en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Hieruit volgt dat artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet een beperking kan inhouden van (een van) de in de artikelen 49, 56 en 63 VWEU neergelegde vrijheden.

3.6.2. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.5 is overwogen, is de Hoge Raad van oordeel dat artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet specifiek ertoe strekt gedragingen van twee of meer met elkaar verbonden lichamen te verhinderen, die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied (hierna: volstrekt kunstmatige constructies). De voorwaarden om het bewijs als bedoeld in artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a of b, van de Wet te leveren, en aldus aftrek van rentelasten te effectueren, zijn naar het oordeel van de Hoge Raad niet zodanig bezwarend, dat deze mogelijkheid geen daadwerkelijke betekenis heeft. ⁵

3.6.3. Op grond van hetgeen hiervoor in 3.6.2 is overwogen, is de Hoge Raad van oordeel dat artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet blijft binnen de door het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn rechtspraak gestelde grenzen voor een wettelijke bepaling die (een van) de in artikelen 49, 56 en 63 VWEU neergelegde vrijheden beperkt. ⁶ Naar het oordeel van de Hoge Raad wordt die beperking namelijk gerechtvaardigd door haar specifieke doelstelling, te weten bestrijding van belastingfraude en -ontwijking, en is deze beperking daartoe proportioneel.

3.6.4. Hetgeen hiervoor in 3.6.3 is overwogen, vindt bevestiging in het arrest van het Hof van Justitie van 22 februari 2018, X BV en X NV, gevoegde zaken C-398/16 en C-399/16 ⁷ (hierna: het arrest X BV en X NV). In dat arrest heeft het Hof van Justitie aangenomen dat met de regeling van artikel 10a, lid 2, aanhef en letter b, van de Wet (tekst 2004) onmiskenbaar het doel wordt nagestreefd om te verhinderen dat volstrekt kunstmatige constructies worden opgezet. ⁸ Voorts heeft het Hof van Justitie in datzelfde arrest aangenomen dat dit doel uitdrukkelijk wordt bevestigd door de bepaling van artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet die inhoudt dat renten ter zake van een geldlening alleen in aftrek mogen worden gebracht wanneer aan de groepsinterne transactie zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. ⁹ De – tot het onderhavige jaar geldende – regeling van artikel 10a, lid 2, aanhef en letter b, van de Wet correspondeert met de in het onderhavige jaar geldende regeling van artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet. Een verschil is wel dat de eerstgenoemde regeling alleen betrekking had op, kort gezegd, de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat daaraan voorafgaand al een met de belastingplichtige verbonden lichaam was (hierna: een interne verhangings) en de laatstgenoemde regeling betrekking heeft op zowel een interne verhangings als een externe acquisitie. Dit verschil is naar het oordeel van de Hoge Raad in het licht van de doelstelling van de regeling niet wezenlijk met het oog op de beoordeling van de verenigbaarheid van de regeling met (een van) de in de artikelen 49, 56 en 63 VWEU neergelegde vrijheden.

De in het onderhavige jaar geldende regeling van artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet is nagenoeg gelijklopend aan die welke aan de orde was in het arrest X BV en X NV.

d) Betekenis van het arrest van het Hof van Justitie van 20 januari 2021, Lexel AB, C-484/19

3.7.1. In gevallen waarin artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet toepassing vindt, wordt de aftrek van rentelasten ter zake van de in deze bepaling omschreven schulden volledig geweigerd, ook indien die rentelasten gelijk zijn aan de rentelasten die zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen. De middelen III en V stellen in dit verband de vraag aan de orde of uit het arrest van het Hof van Justitie van 20 januari 2021, Lexel AB, C-484/19 ¹⁰ (hierna: het arrest Lexel), moet worden afgeleid dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan, geen volstrekt kunstmatige constructies vormen.

3.7.2. De Hoge Raad is in zijn rechtspraak over artikel 10a van de Wet ervan uitgegaan dat schulden die willekeurig en zonder bedrijfseconomische redenen zijn aangegaan, volstrekt kunstmatige constructies vormen, ook als op zichzelf beschouwd de rentelasten op die schulden gelijk zijn aan de rentelasten die zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen. Het risico dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold door middel van rentelasten die zijn verschuldigd op zulke schulden, is namelijk hetzelfde, ongeacht of de rentelasten op deze schulden overeenkomen met de rentelasten die zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen.

3.7.3. In het arrest Lexel gaat het om een Zweedse wettelijke regeling, die inhoudt dat rente-uitgaven niet mogen worden afgetrokken indien de belangrijkste reden voor het ontstaan van de schuld erin bestaat een groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen. Naar het oordeel van het Hof van Justitie kan de rechtvaardigingsgrond die verband houdt met de bestrijding van belastingfraude en ontwijking niet worden aanvaard voor die Zweedse wettelijke regeling. In punt 56 van het arrest Lexel heeft het Hof van Justitie hiertoe redengevend geacht dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan en dus geen volstrekt kunstmatige constructies vormen, binnen de werkingssfeer van de Zweedse wettelijke regeling kunnen vallen.

1) Volstrekt kunstmatige constructies

3.7.4. De Hoge Raad legt het arrest Lexel aldus uit dat het Hof van Justitie niet heeft beslist dat transacties, zoals het aangaan van schulden bij een met de belastingplichtige verbonden lichaam, per definitie geen volstrekt kunstmatige constructies vormen indien zij tegen marktconforme voorwaarden tot stand zijn gekomen.

3.7.5. De hiervoor in 3.7.4 omschreven uitleg van het arrest Lexel wordt in de fiscale vakliteratuur ¹¹ niet unaniem gedeeld. Er wordt in die literatuur ook wel de mening verdedigd dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan, alleen al om die reden geen volstrekt kunstmatige constructies vormen. Steun voor die mening wordt onder meer ontleend aan de hiervoor in 3.7.3 genoemde redengeving in punt 56 van het arrest Lexel dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan, “dus geen volkomen kunstmatige of fictieve constructies vormen”, in het bijzonder aan het daarin voorkomende woord dus. Verdedigd wordt dat als de voorwaarden van een groepsinterne lening ‘at arm’s length’ zijn, in geen geval van misbruik kan worden gesproken. Raadpleging van punt 56 in andere taalversies dan de Nederlandse geeft geen aanwijzingen die deze mening evident weerleggen.

Dit een en ander doet bij de Hoge Raad de twijfel rijzen of zijn hiervoor in 3.7.2 weergegeven opvatting juist is. Die opvatting komt erop neer dat schulden die geen verband houden met de economische realiteit en slechts zijn bedoeld om een aftrekbare last te creëren, een volstrekt kunstmatig karakter hebben, ook als zulke schulden tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan.

2) Volledige uitsluiting van renteaftrek

3.7.6. Volgens de hiervoor in 3.7.2 weergegeven opvatting van de Hoge Raad is de in artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet voorziene uitsluiting van renteaftrek, in het licht van de bewijsregeling van artikel 10a, lid 3, aanhef en letters a en b, van de Wet, beperkt tot gevallen waarin schulden moeten worden aangemerkt als (onderdeel van) een volstrekt kunstmatige constructie. Het strookt met het kunstmatige karakter van zulke schulden dat de aftrek van rente ter zake van die schulden geheel wordt geweigerd. Aldus richt de bestrijding van ontwijking van Nederlandse belasting zich op het wegnemen van het volledige effect van de belastingontwijking voor de heffing van die belasting, dus op het wegnemen van het belastingvoordeel dat er zonder die kunstmatig in het leven geroepen schuld in het geheel niet zou zijn geweest. Daarom is de Hoge Raad in eerdere rechtspraak ervan uitgegaan dat in die weigering van de aftrek van rente geen onevenredigheid schuilt die maakt dat de regeling in zoverre in strijd is met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. ¹²

3.7.7. Zoals hiervoor in 3.7.3 is overwogen, heeft het Hof van Justitie in het arrest Lexel beoordeeld of de rechtvaardigingsgrond die verband houdt met de bestrijding van belastingfraude en ontwijking kan worden aanvaard voor de Zweedse wettelijke regeling. Bij deze beoordeling heeft het Hof van Justitie in punt 51 van het arrest Lexel de regel herhaald dat het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel vereist dat de weigering van het recht op aftrek wordt beperkt tot het deel van de rente dat uitgaat boven het bedrag dat zou zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen. ¹³

3.7.8. De Hoge Raad is van oordeel dat het hiervoor in 3.7.7 bedoelde Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel zich niet ertegen verzet dat de aftrek van rente geheel wordt geweigerd in gevallen waarin de lening binnen een groep van verbonden lichamen in zodanige mate door fiscale motieven is ingegeven dat die lening niet noodzakelijk is voor het verwezenlijken van zakelijk gefundeerde doeleinden en in het geheel niet zou zijn aangegaan door lichamen waartussen geen bijzondere betrekkingen bestaan. ¹⁴ Gezien hetgeen hiervoor in 3.5 en 3.7.6 is overwogen, is de Hoge Raad van oordeel dat de in artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet voorziene uitsluiting van de aftrek van rente is beperkt tot zulke gevallen. Gelet op punt 51 van het arrest Lexel, alsmede in aanmerking genomen het – op een herfinanciering betrekking hebbende – arrest van het Hof van Justitie van de Europese Vrijhandelsassociatie van 1 juni 2022, PRA Group Europe AS, ¹⁵ is het evenwel niet zonder twijfel dat die opvatting van de Hoge Raad juist is.

3.7.9. Zoals hiervoor in 3.6.3 is overwogen, heeft artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet betrekking op zowel een interne verhangings als een externe acquisitie. Volgens het arrest Lexel is de Zweedse wettelijke regeling van toepassing op de financiering van een interne verhangings. ¹⁶ Uit het arrest Lexel kan niet worden opgemaakt of het Hof van Justitie bij de beoordeling of de Zweedse wettelijke regeling is gerechtvaardigd, van belang heeft geacht dat deze regeling zich niet uitstrekt tot een externe acquisitie. Dit doet bij de Hoge Raad twijfel rijzen of die omstandigheid van belang is voor het antwoord op de vraag of een door artikel 10a, lid 1, aanhef en letter c, van de Wet optredende beperking van (een van) de in de artikelen 49, 56 en 63 VWEU neergelegde vrijheden wordt gerechtvaardigd door haar specifieke doelstelling, te weten bestrijding van belastingfraude en -ontwijking.

e) Prejudiciële vraagstelling

3.8. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.7.5, 3.7.8 en 3.7.9 is overwogen, zal de Hoge Raad op de voet van artikel 267 VWEU de hierna vermelde vragen voorleggen aan het Hof van Justitie.

Beslissing

De Hoge Raad verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen over de volgende vragen:

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?
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?
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?

De Hoge Raad houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding totdat het Hof van Justitie naar aanleiding van vorenstaand verzoek uitspraak heeft gedaan.

Noot

De Hoge Raad twijfelt of de renteaftrekbepanking van art. 10a Wet Vpb 1969 (tekst 2007) in strijd is met de in art. 49, 56 en 63 VWEU neergelegde vrijheden. Meer in het bijzonder of de opvatting dat schulden die geen verband houden met de economische realiteit en slechts zijn bedoeld om een aftrekbare last te creëren, een volstrekt kunstmatig karakter hebben, ook als zulke schulden tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan. Deze twijfel is ingegeven door het Lexel-arrest (HvJ 20 januari 2021, zaak C-484/19, [NTFR 2021/524](#)).

De Hoge Raad is in zijn rechtspraak over art. 10a Wet Vpb 1969 in het verleden steeds uitgegaan van het gegeven dat schulden die willekeurig en zonder bedrijfseconomische redenen zijn aangegaan, volstrekt kunstmatige constructies vormen. Dit geldt ook als op zichzelf beschouwd de rentelasten op die schulden gelijk zijn aan de rentelasten die zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen.

De onderliggende rechtsvragen aan het Hof van Justitie zijn als volgt samen te vatten. Kan marktconformiteit in alle gevallen het misbruikarakter van een transactie (zoals een externe acquisitie) neutraliseren? Is het volledig in aftrek weigeren van rente die in niet-gelieerde verhouding zakelijk zou zijn geoorloofd? En, tot slot, zou er een verschil in behandeling moeten bestaan tussen een interne verhangen en externe acquisitie?

In het arrest Lexel ging het - kort gezegd - om een Zweedse regeling, die inhoudt dat rentelasten niet in aftrek komen indien de belangrijkste reden voor het ontstaan van de schuld is om een verbonden onderneming een substantieel belastingvoordeel te doen toekomen. Volgens de Hoge Raad heeft het Hof van Justitie in o.a. punt 56 van het Lexel-arrest overwogen dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan en dus geen volstrekt kunstmatige constructies vormen, binnen de werkingssfeer van de Zweedse regeling kunnen vallen en dus in aftrek mogen worden beperkt.

De Hoge Raad legt het arrest Lexel aldus uit dat het Hof van Justitie heeft beslist dat groepsinterne leningen onder voorwaarden geen volstrekt kunstmatige constructies kunnen vormen indien zij tegen marktconforme voorwaarden tot stand zijn gekomen, maar niet in alle gevallen. Deze uitleg van het Lexel-arrest is in de fiscale vakliteratuur niet onomstreden. Zie bijvoorbeeld de onderdelen 7.7, noot 66, en 7.10 van de conclusie van de A-G, [NTFR 2021/2554](#). In deze literatuur wordt het standpunt verdedigd dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan, alleen al om die reden van 'marktconformiteit' geen volstrekt kunstmatige constructies kunnen zijn. De vraag is dan, als de voorwaarden van een groepsinterne lening zakelijk zijn (in de zin van art. 8b Wet Vpb 1969), of in geen geval van misbruik kan worden gesproken. Deze opvattingen doet bij de Hoge Raad de twijfel rijzen of zijn (in het verleden in de rechtspraak toegepaste) opvatting ten aanzien van art. 10a Wet Vpb 1969 juist is.

Daarnaast is volgens de Hoge Raad uit het Lexel-arrest niet op te maken of het Hof van Justitie bij de beoordeling of de Zweedse wettelijke regeling van belang heeft geacht dat deze regeling zich niet uitstrekt tot een externe acquisitie. Dit doet bij de Hoge Raad wederom twijfel rijzen of die omstandigheid van belang is voor het antwoord op de vraag of een door art. 10a lid 1 aanhef en letter c Wet Vpb 1969 optredende beperking van (een van) de in de artikelen 49, 56 en 63 VWEU neergelegde vrijheden wordt gerechtvaardigd door haar specifieke doelstelling, te weten bestrijding van belastingfraude en -ontwijking.

In zijn algemeenheid denk ik dat de Hoge Raad er goed aan doet om deze prejudiciële vragen nu aan het Hof van Justitie te stellen. Het gaat mijns inziens echter bij de bewijsregeling van art. 10a lid 3 aanhef en letter a Wet Vpb 1969 niet om de marktconformiteit van de overeengekomen voorwaarden van de aangegane schuld, maar om de reële financieringsfunctie van de schuld binnen de onderneming. Daarom vraag ik me af of het Hof van Justitie de prejudiciële vragen, met name de eerste vraag, bevestigend zal beantwoorden. Wat daarvan zij, het laatste woord is nu aan het Hof van Justitie.

Voetnoten

- 1). Zie HR 5 juni 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1460](#) (red: [NTFR 2015/1843](#)), rechtsoverweging 3.1.3.
- 2). Vgl. HR 8 juli 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1350](#) (red: [NTFR 2016/1857](#)), rechtsoverweging 2.8.2.2.
- 3). Vgl. Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 46.
- 4). Vgl. HvJ 30 januari 2020, Köln-Aktienfonds Deka, C-156/17, ECLI:EU:C:2020:51, punt 55 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.
- 5). Vgl. HR 8 juli 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1350](#) (red: [NTFR 2016/1857](#)), rechtsoverweging 2.8.2.2.
- 6). Vgl. HvJ 21 januari 2010, Société de Gestion Industrielle SA (SGI), C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26 (red: [NTFR 2010/959](#)), punt 71.
- 7). ECLI:EU:C:2018:110 (red: [NTFR 2018/563](#)).
- 8). Zie het arrest X BV en X NV, punten 46 en 48.
- 9). Zie het arrest X BV en X NV, punt 48.

- 10) . ECLI:EU:C:2021:34 (red: [NTFR 2021/524](#)).
- 11) . Zie bijvoorbeeld de onderdelen 7.7, noot 66, en 7.10 van de conclusie van de Advocaat-Generaal.
- 12) . Vgl. HR 23 januari 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AI0739](#) (red: [NTFR 2004/127](#)), rechtsoverweging 3.4, en HR 8 juli 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1350](#) (red: [NTFR 2016/1857](#)), rechtsoverweging 2.8.2.2.
- 13) . Zie het arrest Lexel, punt 51.
- 14) . Vgl. HvJ 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161, punt 81, en HvJ 21 januari 2010, SGI, C-311/08, ECLI:EU:C:2010:26 (red: [NTFR 2010/959](#)), punt 72.
- 15) . HvJ EVA 1 juni 2022, PRA Group Europe AS, E-3/21 (red: [NTFR 2022/2994](#)), in het bijzonder punt 52.
- 16) . Zie het arrest Lexel, punt 9.