

Hof van Justitie EU laat zich uit over artikel 10a Wet Vpb 1969 en het EU-recht

Op vrijdag 4 oktober 2024 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) de [prejudiciële vragen van de Hoge Raad uit 2022](#) beantwoord over de uitleg van het HvJ EU-arrest [Lexel AB](#) met betrekking tot de Nederlandse antiwinstdrainagebepaling van artikel 10a Wet Vpb 1969. In de kern antwoordt het HvJ EU dat artikel 10a Wet Vpb 1969 niet in strijd is met de vrijheid van vestiging. Het HvJ EU merkt verder expliciet op dat een schuld aan een gelieerde partij met een zakelijke rente wel degelijk (onderdeel van) een volstrekt kunstmatige constructie kan zijn, en dat het EU-rechtelijk in dat geval is toegestaan om die zakelijke rente volledig van aftrek uit te sluiten.

Aanleiding stellen prejudiciële vragen

Artikel 10a van de Wet Vpb 1969 beoogt grondslaguitholling in groepsverhoudingen tegen te gaan (antiwinstdrainage). Dit gebeurt door de aftrek van rente die is betaald over schulden aan verbonden lichamen in beginsel niet toe te staan, indien de gelden worden gebruikt voor de financiering van een dividenduitkering, kapitaalstorting of de verwerving of uitbreiding van aandelen in een (nadien) verbonden vennootschap. Renteaftrek wordt daarentegen wel toegestaan als aannemelijk wordt gemaakt dat zowel de schuld als de rechtshandeling in overwegende mate zijn ingegeven door zakelijke overwegingen (de dubbele zakelijkheidstoets). In het jaar waarop de zaak betrekking heeft (2007), werd renteaftrek daarnaast ook toegestaan als de rentebaten werden belast tegen een tarief van ten minste 10% (redelijke heffingstoets).

In zijn [arrest van 2 september 2022](#) overwoog de Hoge Raad dat artikel 10a Wet Vpb 1969 in principe de EU-verkeersvrijheden belemmert, omdat in binnenlandse verhoudingen nagenoeg altijd aan de tegenbewijsregeling van de redelijke heffing wordt voldaan, terwijl dat in grensoverschrijdende gevallen minder snel aan de orde zal zijn. De Hoge Raad bracht in het arrest vervolgens tot uitdrukking dat artikel 10a Wet Vpb 1969 naar zijn mening kon worden gerechtvaardigd door de specifieke doelstelling van de bepaling, te weten bestrijding van belastingfraude en -ontwijking. Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU volgt namelijk dat een nationale maatregel die in principe in strijd is met een van de EU-verkeersvrijheden, toch is toegestaan als die maatregel er specifiek toe strekt gedragingen te verhinderen waarbij volstrekt kunstmatige constructies worden opgezet die geen verband houden met de economische realiteit, en zijn bedoeld om de belasting te ontwijken die normaal gesproken is verschuldigd over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.

De Hoge Raad ging desalniettemin toch over tot het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU, de instantie die gaat over de uitleg van het EU-recht. De oorzaak daarvan was de zaak [Lexel AB](#). In dat arrest overwoog het HvJ EU "(...) dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan (...) geen volkomen kunstmatige of fictieve constructies vormen die alleen zijn opgezet om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied." Uit deze overweging kon, aldus de Hoge Raad in 2022, wellicht worden opgemaakt dat als er een zakelijke rente in rekening wordt gebracht er per definitie geen sprake is van een volstrekt kunstmatige, belastingverrijdelende constructie. In dat geval zou artikel 10a Wet Vpb 1969 wellicht niet kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op het bestrijden van belastingfraude en -ontwijking.

Arrest van het HvJ EU

In zijn arrest van 4 oktober 2024 overweegt het HvJ EU dat alleen de vrijheid van vestiging van belang is, omdat artikel 10a Wet Vpb 1969 is beperkt tot groepsverhoudingen. Het HvJ EU vervolgt dat artikel 10a Wet Vpb 1969 de vrijheid van vestiging belemmert als de rentebaten in binnenlandse verhoudingen niet kunnen worden belast tegen een tarief van minder dan 10% of – hoewel theoretisch mogelijk – dat in de praktijk nooit gebeurt. Het is aan de Hoge Raad om dit na te gaan.

Nadat het HvJ EU is ingegaan op de objectieve vergelijkbaarheid, komt het – onder verwijzing naar eerdere EU-rechtspraak inzake artikel 10a Wet Vpb 1969 – tot de constatering dat artikel 10a Wet Vpb 1969 onmiskenbaar de bestrijding van belastingfraude en -ontwijking tot doel heeft. Het HvJ EU gaat na of artikel 10a Wet Vpb 1969 geschikt is om dit – op zichzelf beschouwd – legitieme doel te bereiken en of dit gebeurt op een coherente en systematische wijze. Het HvJ EU komt tot de conclusie dat dit het geval is, omdat artikel 10a Wet Vpb 1969 het mogelijk maakt de fiscale gevolgen van volstrekt kunstmatige, economisch irreële, belastingverrijdelende transacties tussen verbonden lichamen te neutraliseren, doordat het kunstmatig gegenereerde rentelasten van aftrek uitsluit, of in ieder geval zeker stelt dat de rente bij de crediteur tegen een redelijk tarief wordt belast en dat de winstbelasting niet volledig wordt ontweken.

Het HvJ EU gaat daarna in op de vraag of artikel 10a Wet Vpb 1969 niet verder gaat dan noodzakelijk is om het doel van het bestrijden van belastingfraude en -ontwijking te bereiken. Het HvJ EU memoreert dat een nationale fiscale antimisbruikregeling als 10a Wet Vpb 1969 niet verder gaat dan noodzakelijk, indien voor de vraag of een transactie een uitsluitend voor belastingdoeleinden opgezette, volstrekt kunstmatige constructie betreft, wordt uitgegaan van een onderzoek van objectieve en verifieerbare elementen. Daarbij wijst het HvJ EU erop dat het tevens van belang is dat als een dergelijke constructie niet kan worden uitgesloten, de wettelijke regeling de betrokken belastingplichtige de mogelijkheid moet bieden om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom deze transactie heeft plaatsgevonden.

Het HvJ EU vervolgt dat de omstandigheid dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 10a lid 1 onderdeel c Wet Vpb 1969 een afdoende aanwijzing vormt dat sprake is van een volstrekt kunstmatige, voor belastingdoeleinden opgezette constructie. Dit vermoeden kan door de belastingplichtige echter worden weerlegd via de tegenbewijsregeling, waaronder de dubbele zakelijkheidstoets. Dit brengt volgens het HvJ EU mee dat renteaftrek op grond van artikel 10a Wet Vpb 1969 is beperkt tot gevallen waarin de lening binnen een groep van verbonden vennootschappen in zodanige mate door fiscale motieven is ingegeven, dat die lening niet noodzakelijk is voor de verwezenlijking van zakelijk gefundeerde doeleinden en in het geheel niet zou zijn aangegaan door lichamen waartussen geen bijzondere betrekkingen bestaan. Voorts wijst het HvJ EU erop dat de dubbele zakelijkheidstoets betrekking heeft op zowel de reden voor de lening en de daarmee samenhangende rechtshandeling als de

objectieve elementen die kenmerkend zijn voor deze lening en rechtshandeling, wat meebrengt dat alleen leenschulden die willekeurig en zonder bedrijfseconomische redenen zijn aangegaan binnen de reikwijdte van artikel 10a Wet Vpb 1969 vallen.

Vervolgens gaat het HvJ EU in op de vraag of uit Lexel AB kan worden afgeleid dat transacties waarbij schulden worden aangegaan bij een met de belastingplichtige verbonden lichaam, per definitie geen volstrekt kunstmatige constructies vormen wanneer zij tegen 'marktconforme voorwaarden' zijn aangegaan. Onder verwijzing naar andere rechtspraak zet het HvJ EU uiteen dat het onderzoek naar de (naleving van) marktconforme voorwaarden niet alleen betrekking heeft op de voorwaarden van de leningsovereenkomst die met name betrekking hebben op het bedrag of de rentevoet, maar ook op de economische logica van de betrokken lening en van de daarmee verband houdende rechtshandelingen. Dit komt immers neer op een onderzoek naar de economische realiteit van de transactie(s), en het ontbreken daarvan vormt een van de doorslaggevende elementen voor de kwalificatie van een transactie als een volstrekt kunstmatige constructie. Uit Lexel AB kan daarom, aldus het Hof parafraserend, niet worden afgeleid dat als sprake is van een zakelijke rentevoet er per definitie geen volstrekt kunstmatige constructie bestaat.

Tot besluit gaat het HvJ EU in op de vraag of het evenredig is dat bij het toepassing vinden van artikel 10a Wet Vpb 1969 de gehele renteaftrek wordt geweigerd. Daarbij overweegt het HvJ EU dat als 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, het verenigbaar is 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 rente zou worden geweigerd, dan zou dat de belastingplichtige bovendien 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.

Commentaar KPMG Meijburg & Co

Met dit arrest komt het HvJ EU volgens ons tot de meest logische conclusie: ook leningen met een zakelijk rentepercentage kunnen (onderdeel van) een volstrekt kunstmatige belastingontwijkingsstructuur zijn. Dat is logisch, omdat de zakelijkheid van de rentevoet niet noodzakelijkerwijze de economische c.q. commerciële realiteit van de transactie als zodanig garandeert. Toegegeven moet worden dat uit het arrest Lexel AB wel degelijk kon worden afgeleid dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan – in de zin van: tegen een zakelijke rente – per definitie geen volkomen kunstmatige of fictieve constructies vormen die alleen zijn opgezet om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied. Het is nu duidelijk dat het HvJ EU die overwegingen niet van toepassing acht op regelingen die specifiek volstrekt kunstmatige constructies

bestrijden, en dat kan zich ook voordoen wanneer sprake is van schulden die nooit zouden zijn aangegaan in derdenverhoudingen.

In meer algemene zin kan artikel 10a Wet Vpb 1969 op goedkeuring van het HvJ EU rekenen. Hoewel artikel 10a wellicht de EU-vrijheid van vestiging belemmert – het is aan de Hoge Raad om dat na te gaan aan de hand van het door het HvJ EU in dat verband uiteengezette criterium –, streeft het artikel het legitieme doel van het bestrijden van belastingfraude en -ontwijking op een coherente en systematische wijze na, en gaat het voorts niet verder dan noodzakelijk. Mocht artikel 10a de vrijheid van vestiging belemmeren, dan is die belemmering EU-rechtelijk in ieder geval gerechtvaardigd.

Wilt u meer weten, neem dan gerust contact met ons of met uw gebruikelijke Meijburgadviseur op.

KPMG Meijburg & Co
8 oktober 2024

De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.