CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. EMILIOU
van 14 maart 2024[1]

Zaak C-585/22

X BV
tegen
Staatssecretaris van Financiën

(verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing)

(„Prejudiciële verwijzing – Vrijheid van vestiging – Artikel 49 VWEU – Vennootschapsbelasting – Groepsinterne grensoverschrijdende lening die is aangegaan voor een externe verwerving – Geen mogelijkheid om de rente over leenschuld af te trekken van de belastbare winst – Volstrekt kunstmatige constructie – Begrip – Evenredigheid")

I. Inleiding

1. De vermaarde uitspraak van Benjamin Franklin „op deze wereld is niets zeker, behalve de dood en de belastingen" brengt een universele waarheid tot uitdrukking. Het lijkt echter een zeer menselijke eigenschap te zijn om deze onvermijdelijkheden te willen ontlopen.

2. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is gesteld in de context van bepalingen van een nationale wet op de vennootschapsbelasting die specifiek tot doel hebben belastingontduikingspraktijken tegen te gaan. Volgens die wetgeving wordt het aangaan van een leenschuld door een belastingplichtige met een verbonden lichaam – met het oog op de verwerving of uitbreiding van een belang in een ander lichaam – onder bepaalde omstandigheden vermoed een kunstmatige constructie te zijn die is opgezet om de Nederlandse belastinggrondslag uit te hollen. Die belastingplichtige wordt dan ook het recht ontzegd om de rente over die schuld af te trekken van zijn belastbare winst, tenzij hij dat vermoeden weet te weerleggen.

3. Met het onderhavige verzoek nodigt de Hoge Raad der Nederlanden het Hof uit om zijn rechtspraak over onder meer de in artikel 49 VWEU erkende vrijheid van vestiging te verduidelijken en om met name te preciseren of het met die vrijheid verenigbaar is dat de belastingautoriteiten van een lidstaat een tot een grensoverschrijdende groep behorende onderneming het recht ontzeggen om de door haar over die lening verschuldigde rente af te trekken van haar belastbare winst. Het Hof wordt in het bijzonder verzocht om zijn bevindingen in de zaak Lexel[2] te verduidelijken met betrekking tot de vraag of dergelijke groepsinterne

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Arrest van 20 januari 2021, Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34) (hierna: „arrest Lexel").

leningen voor dat doel als volstrekt kunstmatige constructies kunnen worden beschouwd, ook als de lening in kwestie is aangegaan tegen marktconforme voorwaarden („at arm's length") en de rente is vastgesteld op het gebruikelijke markttarief.

II. Toepasselijke bepalingen

4. Artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, in de versie die van kracht was ten tijde van het geschil in het hoofdgeding, bepaalt:

„1. Bij het bepalen van de winst komen […] niet in aftrek renten – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – ter zake van schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met een van de volgende rechtshandelingen:

[…]

c. de verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is.

[…]

3. Het eerste lid vindt geen toepassing:

a. indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, of

b. indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat over de rente bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is […]. Voor de toepassing van dit onderdeel is een naar de winst geheven belasting naar Nederlandse maatstaven redelijk indien deze resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10 % over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst […].

4. Voor de toepassing van dit artikel […], wordt als een met de belastingplichtige verbonden lichaam 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;

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, […]".

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

5. Onderneming X (hierna: „X” of „verzoekster”) is een volgens het Nederlandse recht opgerichte holding. Zij maakt deel uit van een multinationale groep, waartoe onder meer ook onderneming A en onderneming C (hierna respectievelijk: „A” en „C”) behoren.

6. A is de in België gevestigde moedermaatschappij. Zij bezit alle aandelen in verzoekster en een meerderheid van de aandelen in C.

7. C is een interne bank, en eveneens gevestigd in België. Zij biedt de leden van de groep diensten aan, waaronder financiële herstructurering en beheer. Tussen 1999 en 2010 had zij (voor fiscale doeleinden) volgens het Belgische recht de status van „coördinatiecentrum”, wat inhield dat zij profiteerde van een fiscale voorkeurregeling waarbij haar belastbare winst forfaitair werd bepaald.

8. In 2000 heeft X de aandelen van de in Nederland gevestigde onderneming F (hierna: „F”) verworven. Dientengevolge is F een met verzoekster verbonden lichaam geworden.

9. X heeft die verwerving gefinancierd met leningen die zij heeft opgenomen bij C. Deze onderneming heeft die leningen verstrekt uit eigen vermogen dat het kort voordien had verkregen via een kapitaalinjectie door A. De bij deze leningen overeengekomen rentevoet correspondeerde met de normale markttarieven.

10. Met ingang van 1 januari 2001 zijn X en F geconsolideerd in een fiscale eenheid, waarbij X werd aangewezen als moedermaatschappij. Derhalve werd de door F en X verschuldigde belasting geheven bij laatstgenoemde onderneming. X kon tevens de door haar aan C betaalde rente aftrekken van de door F behaalde winst. Dankzij deze aftrek was de eenheid in Nederland zeer weinig vennootschapsbelasting verschuldigd.

11. In 2007 heeft X de rente over haar bij C aangegane leningen in aftrek gebracht bij haar aangifte vennootschapsbelasting. De staatssecretaris van Financiën (Nederland) heeft deze aftrek echter geweigerd op grond van artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting.

12. Verzoekster heeft tegen deze weigering beroep ingesteld bij de rechtbank Gelderland (Nederland) en heeft vervolgens hoger beroep bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Nederland) ingesteld.

13. Laatstgenoemde rechter heeft bij beslissing van 20 oktober 2020 geoordeeld dat die beperking van de renteaftrek verenigbaar was met het Unierecht. Volgens hem was het doel van die wetgeving – namelijk voorkomen dat de Nederlandse belastinggrondslag ten gevolge van misbruik wordt uitgehold doordat kunstmatig gegeneerde rente-uitgaven worden afgetrokken van de winst – gerechtvaardigd en evenredig.

14. Verzoekster heeft tegen die beslissing beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden.

15. Volgens vaste rechtspraak van die rechter vormen schulden die willekeurig en zonder bedrijfseconomische verantwoording zijn aangegaan, volstrekt kunstmatige constructies die er enkel toe strekken een aftrekbare uitgave te creëren, ook al zou de rente identiek zijn aan de rente die onafhankelijke ondernemingen zouden zijn overeengekomen tegen marktconforme voorwaarden.

16. De verwijzende rechter is het bijgevolg eens met het oordeel van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat het in dergelijke omstandigheden passend en evenredig is om schuldenaren geheel het recht te ontzeggen om de rente af te trekken, omdat deze maatregel er specifiek toe strekt belastingontwijking tegen te gaan in gevallen waarin de schuld berust op een volstrekt kunstmatige constructie.

17. De verwijzende rechter vraagt zich evenwel – in het licht van het arrest van het Hof in de zaak Lexel – af of dit standpunt juist is.

18. Dat arrest kan namelijk worden opgevat in die zin dat groepsinterne transacties, zoals het aangaan van een schuld met een lichaam dat verbonden is met de belastingplichtige, niet als volstrekt kunstmatige constructies kunnen worden aangemerkt wanneer zij tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan. Voorts vraagt de verwijzende rechter zich af of bij deze uitlegging een volstrekte ontzegging van het recht op aftrek verenigbaar is met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel.

19. Ten slotte wenst de verwijzende rechter te vernemen of het verschil tussen de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde nationale wet, die betrekking heeft op zowel interne herstructurering als externe verwerving, en de wet die in het arrest Lexel aan de orde was en niet zag op externe verwerving, enige relevantie heeft.

20. Gelet op het voorgaande heeft de Hoge Raad der Nederlanden besloten de procedure aan te houden en de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie:

„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?”

21. Verzoekster, de Belgische, de Spaanse en de Nederlandse regering alsook de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Verzoekster, de Spaanse en de Nederlandse regering alsook de Commissie hebben pleidooi gehouden op de terechtzitting op 15 november 2023.

IV. Analyse

22. Aanleiding voor de drie vragen van de verwijzende rechter zijn de regels over de vennootschapsbelasting in Nederland. Deze vragen betreffen met name de volgende kwestie. Hoewel een in Nederland gevestigde en aldaar belastingplichtige onderneming volgens die regels in beginsel de rente over de door haar aangegane schulden mag aftrekken van haar belastbare winst en aldus de door haar verschuldigde belastingen kan verminderen, beperkt de litigieuze bepaling – artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting – die voor groepsinterne leningen.

23. Die bepaling is van toepassing wanneer de belastingplichtige een leenschuld is aangegaan jegens een verbonden lichaam (dat wil zeggen een andere, tot dezelfde groep behorende onderneming, bijvoorbeeld een interne bank) voor de financiering van een verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat reeds vóór deze verwerving of uitbreiding een met de belastingplichtige verbonden lichaam was (interne herstructurering), of voor de financiering van een verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat pas daarna een met de belastingplichtige verbonden lichaam wordt (externe verwerving).

24. In beide scenario's mag de belastingplichtige de rente over die schuld niet aftrekken, zelfs niet indien de geheven rente correspondeert met de rente die zou zijn overeengekomen met een niet-verbonden eenheid, zoals een externe bank. Op grond van bovengenoemde bepaling geldt er namelijk een vermoeden dat een dergelijke, bij een andere onderneming van dezelfde groep aangegane schuld een (onderdeel van een)[3] volstrekt kunstmatige constructie is die uitsluitend tot doel heeft de Nederlandse belastinggrondslag uit te hollen.

25. Volgens artikel 10a, lid 3, van de Wet op de vennootschapsbelasting kan de belastingplichtige dat vermoeden evenwel weerleggen en de betreffende rente toch aftrekken van de belastbare winst, wanneer hij ofwel aantoont a) dat in werkelijkheid aan de lening in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, ofwel b) dat per saldo, bij de onderneming die de lening heeft verstrekt, over de rente een naar Nederlandse maatstaven redelijke winst- of inkomstenbelasting (ongeveer 10 %) wordt geheven.

26. Met zijn drie vragen, die gezamenlijke moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of die nationale wettelijke regeling verenigbaar is met artikel 49 VWEU inzake de vrijheid van vestiging, artikel 56 VWEU inzake het vrij verrichten van diensten en/of artikel 63 VWEU inzake het vrije verkeer van kapitaal.

27. Aangezien die vragen verwijzen naar verschillende fundamentele vrijheden, moet om te beginnen worden vastgesteld welke vrijheid op de onderhavige zaak van toepassing is (deel A). Ik zal vervolgens beoordelen of de aan de orde zijnde nationale wet leidt tot een beperking van de relevante vrijheid (deel B), alvorens te onderzoeken of die beperking toelaatbaar is (deel C).

[3] Een dergelijke constructie kan namelijk bestaan uit meerdere stappen, waarvan de lening er één is (zie bijvoorbeeld punt 92 hieronder).

A. Relevante vrijheid: vrijheid van vestiging

28. Het is vaste rechtspraak dat bij de vaststelling onder welke fundamentele vrijheid een nationale wettelijke regeling valt, rekening dient te worden gehouden met de doelstelling die wordt nagestreefd met die wettelijke regeling. [4]

29. In navolging van wat de interveniërende regeringen en de Commissie stellen in hun opmerkingen, acht ik het duidelijk dat artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting, gezien de doelstelling ervan, betrekking heeft op de door artikel 49 VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging.

30. In zoverre blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat nationale regels die enkel zien op verhoudingen binnen een groep van vennootschappen, hoofdzakelijk de in artikel 49 VWEU bedoelde vrijheid van vestiging raken. Zo is die Unierechtelijke bepaling ook van toepassing op een nationale wet die alleen geldt voor participaties waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald. [5]

31. Zoals ik reeds heb vermeld, is artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting van toepassing wanneer een belastingplichtige een schuld is aangegaan (i) jegens een „verbonden lichaam", (ii) voor de financiering van de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam dat reeds vóór deze verwerving of uitbreiding met de belastingplichtige was „verbonden" of in een lichaam dat later daarmee wordt „verbonden". Ingevolge artikel 10a, lid 4, van datzelfde artikel worden lichamen voor de toepassing van lid 1 als „verbonden" aangemerkt wanneer zij direct of indirect minimaal 33,3 % van de aandelen in het andere lichaam houden, of wanneer een derde lichaam 33,3 % van de aandelen in beide lichamen houdt.

32. Hieruit volgt dat de litigieuze bepalingen naar hun doel beperkt zijn tot groepsinterne leningen en bijgevolg uitsluitend verhoudingen binnen een groep van ondernemingen betreffen. Voorts zijn deze bepalingen op dergelijke leningen alleen van toepassing wanneer de belastingplichtige ze is aangegaan om een aandelenpercentage in een lichaam te verwerven dat hoog genoeg is om hem in staat te stellen daarover een duidelijke invloed uit te oefenen. [6] De verwijzingsbeslissing vermeldt overigens dat X feitelijk een aanzienlijk groter aandeel in F bezit dan het in de litigieuze bepalingen vastgestelde minimum.

33. Derhalve dienen de toetsing van de litigieuze nationale wet en de beantwoording van de vragen van de verwijzende rechter mijns inziens uitsluitend plaats te vinden uit het oogpunt van artikel 49 VWEU. [7]

4 Zie onder meer arrest van 16 februari 2023, Gallaher (C-707/20, EU:C:2023:101, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak) (hierna: „arrest Gallaher").

5 Arrest Gallaher, punten 56-58 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

6 Zie in die zin arrest van 13 oktober 2022, Finanzamt Bremen (C-431/21, EU:C:2022:792, punten 25 en 26).

7 Indien de litigieuze nationale wet zou leiden tot beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting of van het vrije verkeer van kapitaal, zouden deze het onvermijdelijke gevolg zijn van de eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging, zodat een afzonderlijke beoordeling daarvan niet nodig is. Zie arrest Gallaher, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

B. De nationale wettelijke regeling vormt een beperking van de vrijheid van vestiging

34. In herinnering dient te worden gebracht dat de vrijheid van vestiging, die bij artikel 49 VWEU wordt toegekend aan Unieburgers, overeenkomstig artikel 54 VWEU voor de vennootschappen die in overeenstemming met het recht van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Unie hebben, het recht met zich meebrengt om in een andere lidstaat hun bedrijfsactiviteiten uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap. [8]

35. In de onderhavige zaak betoogt X dat artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting een beperking van die vrijheid met zich meebrengt omdat die bepaling grensoverschrijdende situaties ongunstiger behandelt dan zuiver interne situaties.

36. X voert met name aan dat de belastingplichtige die een leenschuld aangaat jegens een in Nederland gevestigd verbonden lichaam (bijvoorbeeld de interne bank van de groep waartoe hij behoort), de rente over deze lening stelselmatig kan aftrekken van zijn belastbare winst, omdat altijd wordt voldaan aan de in artikel 10a, lid 3, onder b, van die wet vastgestelde voorwaarde. Bij het verbonden lichaam wordt over die rente kennelijk altijd een belasting naar de winst of het inkomen geheven die „naar Nederlandse maatstaven redelijk is", aangezien het Nederlandse belastingtarief van 10 % van toepassing is. Wanneer een belastingplichtige daarentegen een zodanige leenschuld aangaat jegens een in een andere lidstaat gevestigd verbonden lichaam, is het voor hem lastiger om de rente over die lening af te trekken, aangezien aan die voorwaarde niet altijd zal zijn voldaan (omdat andere lidstaten een dergelijk lichaam mogelijkerwijs onderwerpen aan een lagere winst- of inkomstenbelasting, zoals België in het relevante tijdvak ten aanzien van C). Wanneer de voorwaarde niet wordt vervuld, kan de belastingplichtige alleen van de aftrek profiteren door te voldoen aan de voorwaarde van artikel 10a, lid 3, onder a, dat wil zeggen door aan te tonen dat aan de lening en de daarmee verband houdende transacties in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De verwijzende rechter en de Commissie zijn het met deze beoordeling eens.

37. Omgekeerd wordt de vrijheid van vestiging volgens de Nederlandse regering niet beperkt. In het hoofdgeding heeft alleen A, de in België gevestigde moedermaatschappij, van die vrijheid gebruikgemaakt, met name doordat zij haar dochteronderneming X heeft opgericht in Nederland. De vrijheid van vestiging heeft tot doel te waarborgen dat de moedermaatschappij in de lidstaat waar zij een dochteronderneming opricht de nationale behandeling geniet, doordat elke vorm van discriminatie op grond van de plaats van haar zetel wordt uitgesloten. In casu brengt artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting geen dergelijke discriminatie met zich mee. Wat betreft de mogelijkheid voor een in Nederland gevestigde onderneming om de rente over groepsinterne leningen in aftrek te brengen, is de bepaling namelijk op dezelfde wijze van toepassing, ongeacht of haar moedermaatschappij in Nederland dan wel in een andere lidstaat gevestigd is. [9]

38. Subsidiair betoogt de Nederlandse regering dat, zelfs indien de locatie van het lichaam dat de lening verstrekt (de interne bank van de groep) een relevante factor zou zijn voor de beoordeling of de vrijheid van vestiging wordt beperkt, er nog steeds geen verschil in behandeling zou zijn dat een dergelijke beperking zou opleveren. Artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting is immers zonder onderscheid van toepassing op zowel schulden tussen

[8] Zie onder meer arrest van 8 oktober 2020, Impresa Pizzarotti (Aan een niet-ingezeten vennootschap verleend abnormaal voordeel) (C-558/19, EU:C:2020:806, punt 21).

[9] De Nederlandse regering refereert naar analogie aan het arrest Gallaher, punten 69-74.

in Nederland gevestigde verbonden lichamen als schulden tussen verbonden lichamen die in verschillende lidstaten gevestigd zijn, en de in artikel 10a, lid 3, onder b, vastgestelde voorwaarde kan in werkelijkheid ook vervuld worden wanneer de interne bank haar zetel in een andere lidstaat heeft. Deze opvatting wordt in wezen gedeeld door de Spaanse regering.

39. Ik ben het met X en de Commissie eens.

40. Ik geef toe dat, zoals de Nederlandse regering betoogt, de analyse zich zou moeten richten op de vraag of artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting A belemmert om haar vrijheid van vestiging uit te oefenen, aangezien dit inderdaad de enige onderneming is die van die vrijheid heeft gebruikgemaakt, onder meer doordat zij een dochteronderneming heeft opgericht in een lidstaat (Nederland) die een andere is dan waar zij zelf haar zetel heeft (België). Ik erken tevens dat die bepaling niet leidt tot discriminatie op grond van de plaats waar die onderneming haar zetel heeft. Volgens die bepaling zou de dochteronderneming van A, te weten X, op dezelfde wijze zijn behandeld indien A niet in België maar in Nederland gevestigd was.

41. Niettemin omvat het concept van beperkingen van de vrijheid van vestiging meer dan die vorm van discriminatie. Terwijl de desbetreffende bepalingen van het VWEU beogen te waarborgen dat buitenlandse onderdanen en ondernemingen in de ontvangende lidstaat op dezelfde wijze worden behandeld als onderdanen en ondernemingen van die staat, heeft het Hof meermaals vastgesteld dat de vrijheid van vestiging een zeer ruim begrip is. Alle maatregelen die de uitoefening van die vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, moeten bijgevolg worden aangemerkt als beperkingen van diezelfde vrijheid. [10]

42. In de onderhavige zaak moet ik in de eerste plaats opmerken dat wanneer de litigieuze bepalingen van het Nederlandse recht betreffende de aftrekbaarheid van rente over een groepsinterne lening een belastingplichtige dochteronderneming (zoals X) van een in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij (zoals A) verschillend behandelen naargelang de interne groepsbank die de lening heeft verstrekt (in casu C) gevestigd is in Nederland dan wel in een andere lidstaat, de uitoefening door de moederonderneming van haar vrijheid van vestiging minder aantrekkelijk kan worden ten gevolge van dat verschil in behandeling.

43. Een zodanig verschil kan de moedermaatschappij ervan weerhouden de groep naar eigen inzicht te structureren en de interne bank van de groep in een andere lidstaat te vestigen dan Nederland. Dit plaatst grensoverschrijdende groepen van ondernemingen, waarvan het bestaan is geënt op de uitoefening van de vrijheid van vestiging, feitelijk in een nadelige positie ten opzichte van groepen die vanuit Nederlands oogpunt „zuiver binnenlands" zijn. Anders dan laatstgenoemde groepen zijn eerstgenoemde groepen immers vaak zodanig gestructureerd dat hun interne bank gevestigd is in een andere lidstaat.

44. Dezelfde redenering gaat op wanneer het perspectief wordt omgedraaid en het door de Nederlandse regering geschetste hypothetische scenario wordt bekeken, waarin de zetel van A zich in Nederland bevindt. Ook in dat scenario zou een zodanig verschil in behandeling het voor die onderneming minder aantrekkelijk maken om haar vrijheid van vestiging uit te oefenen door een interne bank op te richten in een andere lidstaat. [11] Zou die onderneming dit toch doen, dan kan zij namelijk in een nadelige positie komen ten opzichte van een soortgelijke onderneming die deze vrijheid niet uitoefent en in plaats daarvan een interne bank opricht in Nederland.

[10] Arrest van 21 december 2023, Cofidis (C-340/22, EU:C:2023:1019, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[11] Zie naar analogie arrest van 22 februari 2018, X en X (C-398/16 en C-399/16, EU:C:2018:110, punt 32) (hierna: „arrest X en X").

45. Mijns inziens bevestigt het arrest van het Hof in de zaak Lexel [12] deze uitlegging. Ik herinner eraan dat die zaak betrekking had op het feit dat een Zweedse onderneming die deel uitmaakte van een internationale groep, naar Zweeds recht geen rente kon aftrekken over een leenschuld jegens een andere onderneming, die in Frankrijk gevestigd was en die de interne bank van de groep was. Ook de moedermaatschappij van die groep had haar zetel in Frankrijk. In die zaak was het verschil in behandeling gelegen in het feit dat de aftrek wel mogelijk zou zijn geweest indien de interne bank in Zweden gevestigd was. Het Hof was terecht van oordeel dat dit verschil in behandeling neerkwam op een beperking van de vrijheid van vestiging. [13]

46. In de tweede plaats zou ik willen opmerken dat de litigieuze bepalingen van het Nederlandse recht inderdaad lijken te leiden tot een verschil in behandeling dat berust op de zetel van de interne bank van groepen van ondernemingen.

47. Het klopt dat in de litigieuze bepalingen van het Nederlandse recht – zoals de Nederlandse regering betoogt – geen rechtstreeks onderscheid wordt gemaakt naargelang de interne bank die de belastingplichtige de groepsinterne lening in kwestie heeft verstrekt, haar zetel in Nederland dan wel in een andere lidstaat heeft. [14] Met name is het bij het in artikel 10a, lid 3, onder b, van de Wet op de vennootschapsbelasting neergelegde criterium niet de vraag of bij die bank winst- of inkomstenbelasting „in Nederland" wordt geheven over de ontvangen rente. Dat is een aanmerkelijk verschil met de zaak die heeft geleid tot het arrest Lexel, waar een soortgelijke voorwaarde inhield dat de rente in kwestie alleen aftrekbaar was indien de interne bank in Zweden belasting moest betalen. [15]

48. Zoals X betoogt, kan het ogenschijnlijk objectieve criterium van artikel 10a, lid 3, onder b, van de Wet op de vennootschapsbelasting – te weten dat bij de interne bank over die rente „een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is" (dat wil zeggen ten minste 10 %) – in de praktijk evenwel ongunstig uitpakken voor grensoverschrijdende situaties. [16]

49. Toegegeven moet worden dat de Nederlandse regering daar wel enigszins steekhoudende argumenten tegen in heeft gebracht. Die regering trekt in haar betoog een parallel met het arrest van het Hof in de zaak Köln-Aktienfonds Deka [17], in die zin dat voormeld criterium niet specifiek is voor de Nederlandse markt, hetgeen zou impliceren dat alleen belastingplichtigen die groepsinterne leningen aangaan bij in Nederland gevestigde interne banken, aan dat criterium zouden kunnen voldoen. Op het relevante tijdstip pasten alle lidstaten een vennootschapsbelastingtarief van 10 % of hoger toe. Zelfs wanneer een lening was verkregen van een in een andere lidstaat gevestigde interne bank, zou dus in het algemeen aan die voorwaarde zijn voldaan, behalve in de uitzonderlijke situatie waarin de betrokken bank in haar staat van vestiging kon profiteren van een fiscale voorkeurregeling (zoals C). De Nederlandse regering stelt tevens dat rentelasten voor leningen in Nederland soms tegen een lager tarief dan 10 % worden belast. Derhalve kan het voorkomen dat de in artikel 10a, lid 3, onder b, van de Wet op de vennootschapsbelasting neergelegde voorwaarden niet worden vervuld ofschoon de interne bank

[12] Punten 35-41.

[13] Zie in die zin ook arrest van 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punt 95) (hierna: „arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation").

[14] Zie naar analogie arrest X en X, punt 35.

[15] Zie arrest Lexel, punten 12 en 38.

[16] Zie naar analogie arrest van 9 september 2021, Real Vida Seguros (C-449/20, EU:C:2021:721, punten 20 en 21).

[17] Arrest van 30 januari 2020 (C-156/17, EU:C:2020:51, punt 56).

haar zetel in die lidstaat heeft. Een moedermaatschappij als A kan er dan ook niet van worden weerhouden een dergelijke bank in een andere lidstaat dan Nederland op te richten, en kan van die oprichting evenmin enig nadeel ondervinden.

50. Niettemin hoeven in nationale wetten mijns inziens geen criteria te worden gebruikt die specifiek zijn voor een nationale markt of die *alleen* binnenlandse ondernemingen ten goede komen, opdat zij feitelijk nadelig zijn voor grensoverschrijdende situaties. De cruciale vraag is in dit verband of de daarin gehanteerde criteria *meer* gevolgen kunnen hebben voor grensoverschrijdende situaties dan voor zuiver interne situaties. Om uit te maken of dat hier het geval is, dient een vergelijking te worden gemaakt tussen enerzijds het (potentiële) aandeel van groepen van ondernemingen met een interne bank in Nederland die niet aan de voorwaarde van artikel 10a, lid 3, onder b, van de Wet op de vennootschapsbelasting zouden kunnen voldoen, en anderzijds het aandeel van groepen van ondernemingen met een interne bank in een andere lidstaat die door die voorwaarde zouden worden benadeeld. [18]

51. Hoewel het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan, lijkt de tweede categorie groepen van ondernemingen relatief gesproken vaker door de litigieuze voorwaarde te worden getroffen dan de eerste categorie.

52. Om te beginnen heeft de Nederlandse regering ter terechtzitting erkend dat de voorwaarde van artikel 10a, lid 3, onder b, van de Wet op de vennootschapsbelasting nagenoeg *altijd* wordt vervuld wanneer de interne bank haar zetel heeft in Nederland. Rentelasten met betrekking tot een lening worden in Nederland namelijk alleen tegen een lager tarief dan 10 % belast in de sporadische gevallen waarin de lening wordt verstrekt door stichtingen of verenigingen, die geen commerciële activiteiten ontplooien. Ter terechtzitting heeft X aangevoerd – en heeft de Nederlandse regering bevestigd – dat die uitzondering nooit wordt toegepast ten aanzien van commerciële interne banken als C, en dat het Nederlandse recht geen andere uitzondering bevat. Het aandeel van de groepen van ondernemingen met een in Nederland gevestigde interne bank die niet zouden kunnen voldoen aan die voorwaarde, is te verwaarlozen.

53. Daarnaast geeft de Nederlandse regering toe dat de voorwaarde van artikel 10a, lid 3, onder b, van de Wet op de vennootschapsbelasting niet wordt vervuld wanneer de interne bank haar zetel heeft in een lidstaat die fiscale voorkeurregeling toepast op een dergelijke bank. Redelijkerwijs kan worden aangenomen dat er in de 27 lidstaten van de Europese Unie allerlei varianten op dergelijke regelingen bestaan. Voorts merkt de Commissie – niet zonder enige reden – op dat alle lidstaten weliswaar een algemeen of theoretisch vennootschapsbelastingtarief van 10 % kennen, maar dat het werkelijke tarief vaak lager is. Al bij al zal een voldoende omvangrijk deel van de groepen van ondernemingen met een interne bank in een andere lidstaat dan Nederland worden benadeeld.

54. Ten slotte ben ik niet overtuigd door het argument van de Spaanse regering dat een dergelijk verschil in behandeling wordt gemilderd door de alternatieve voorwaarde van artikel 10a, lid 3, onder a, van de Wet op de vennootschapsbelasting, die de aftrek van de rente over een groepsinterne lening toestaat wanneer de belastingplichtige de zakelijke overwegingen aannemelijk kan maken die ten grondslag liggen aan de lening in kwestie en de daarmee verband houdende transactie. In feite legt die bepaling de belastingplichtige een last op voor het in aftrek brengen van rente, die hij (vrijwel) nooit zou hoeven te dragen indien de interne bank die de

[18] Zie naar analogie de conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaak Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2018:627, punt 24).

lening heeft verstrekt in Nederland was gevestigd, aangezien in dat geval nagenoeg altijd zou zijn voldaan aan de voorwaarde van artikel 10a, lid 3, onder b, zoals hierboven is uiteengezet. Dat bevestigt het verschil in behandeling dat hier aan de orde is.

C. De beperking is toelaatbaar voor de toepassing van artikel 49 VWEU

55. Niettemin deel ik de opvatting van de interveniërende regeringen en de Commissie dat de beperking van de vrijheid van vestiging die voortvloeit uit artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting, voor de toepassing van artikel 49 VWEU toelaatbaar is. Zoals ik hieronder zal toelichten, wordt deze beperking namelijk gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (onderafdeling 1). Die beperking is voorts geschikt om de daarmee nagestreefde legitieme doelstelling te verwezenlijken (onderafdeling 2) en gaat niet verder dan noodzakelijk is om deze doelstelling te bereiken (onderafdeling 3).

1. De beperking is gerechtvaardigd

56. De interveniërende regeringen en de Commissie betogen dat de uit artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting voortvloeiende beperking van het vrije verkeer gerechtvaardigd wordt door redenen die verband houden met de strijd tegen belastingontwijking door misbruikpraktijken. Die bepaling strekt er specifiek toe om precies die gedragingen te voorkomen die bestaan in het opzetten van volstrekt kunstmatige constructies die de economische realiteit niet weerspiegelen en tot doel hebben de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winst uit activiteiten die worden verricht in Nederland. De verwijzende rechter deelt die mening.

57. Het is vaste rechtspraak dat een dergelijke doelstelling een dwingende reden van algemeen belang op fiscaal gebied vormt.[19] Naar mijn mening lijdt het geen twijfel dat artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting deze doelstelling inderdaad nastreeft en dus gerechtvaardigd kan worden door een dergelijke dwingende reden.

58. Het Hof is al eerder tot een dergelijk oordeel gekomen in zijn arrest X en X met betrekking tot een bepaling van dezelfde wet (maar in een oudere versie) die inhoudelijk gelijk was aan artikel 10a, lid 1, onder c. Het enige verschil tussen beide bepalingen is dat de oudere versie enkel betrekking had op interne herstructurering, terwijl artikel 10a, lid 1, onder c, ook externe verwervingen betreft.[20] Het met elk van beide bepalingen nagestreefde doel is echter hetzelfde. Zoals het Hof in het genoemde arrest opmerkte „gaat [het] erom te voorkomen dat eigen vermogen van de groep op kunstmatige wijze bij een Nederlands lichaam van die groep wordt gepresenteerd als vreemd vermogen en dat de rente over die lening kan worden afgetrokken van het in Nederland belastbare resultaat”[21], zonder dat die rente op een andere manier (redelijk) wordt belast. Het doel van het verbod om rente over groepsinterne leningen in aftrek te brengen wordt uitdrukkelijk bevestigd door de in artikel 10a, lid 3, onder a, neergelegde regel dat rente over een lening kan worden afgetrokken indien de lening en de daarmee verbonden transactie economisch gerechtvaardigd zijn.

[19] Zie onder meer arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punten 51 en 55).

[20] Zie voor die begrippen punt 22 hierboven.

[21] Arrest X en X (punt 48).

2. De beperking is geschikt

59. Volgens vaste rechtspraak van het Hof omvat de eis dat elke beperking van de vrijheid van vestiging „geschikt" moet zijn, twee cumulatieve criteria: de maatregel in kwestie moet ten eerste geschikt zijn om de nagestreefde doelstelling te verwezenlijken en ten tweede „daadwerkelijk ertoe [strekken] die doelstelling te verwezenlijken en op samenhangende en stelselmatige wijze [worden] uitgevoerd". [22]

60. Dat de onderhavige maatregel voldoet aan het eerste criterium, wordt niet betwist. Door te bepalen dat een belastingplichtige de rente over een groepsinterne lening die (onderdeel van) een volstrekt kunstmatige constructie vormt en tot doel heeft de Nederlandse belastinggrondslag uit te hollen, niet mag aftrekken van zijn belastbare winst, kan artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting in de weg staan aan dergelijke constructies. Het is zonneklaar dat die wettelijke regeling bijdraagt tot de verwezenlijking van het nagestreefde doel. [23]

61. X betwist daarentegen dat in de onderhavige zaak ook aan het tweede criterium is voldaan. Zij betoogt dat artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting kunstmatige groepsinterne leningen niet op een samenhangende en stelselmatige wijze bestrijdt. Indien de rente over een dergelijke lening tegen een redelijk tarief wordt belast in de lidstaat waar de kredietgever is gevestigd, kan een in Nederland belastingplichtige kredietnemer volgens artikel 10a, lid 3, onder b, van die wet die rente namelijk in aftrek brengen, ook al zijn die lening en/of de daarmee verband houdende transactie economisch niet gerechtvaardigd.

62. Mijns inziens strookt het feit dat de litigieuze bepalingen de aftrek van rente over een groepsinterne lening mogelijk maken in het door X beschreven scenario, wel degelijk met het nagestreefde doel. In dat scenario kan het toestaan van een dergelijke aftrek er ongetwijfeld toe leiden dat de belastbare winst verschuift van Nederland naar de lidstaat waar de uitlenende onderneming is gevestigd. Indien die rente in laatstgenoemde staat evenwel tegen een redelijk tarief wordt belast, wordt belasting niet volledig ontweken. In dat scenario kan de strijd tegen belastingontwijking niet rechtvaardigen dat de aftrek wordt geweigerd. [24]

3. De beperking is noodzakelijk

63. Mijns inziens gaat de uit de litigieuze bepalingen van het Nederlandse recht voortvloeiende beperking niet verder dan noodzakelijk is om de daarmee nagestreefde legitieme doelstelling te verwezenlijken, aangezien de toepassing van die bepalingen beperkt is tot volstrekt kunstmatige constructies (a) en de gevolgen van de kwalificatie van een transactie als kunstmatige constructie op zichzelf niet onevenredig zijn (b).

[22] Zie onder meer arrest van 7 september 2022, Cilevičs e.a. (C-391/20, EU:C:2022:638, punten 74 en 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[23] Zie naar analogie arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punt 77.

[24] Zie naar analogie arrest van 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749, punt 37).

a) De toepassing van de litigieuze regels is beperkt tot volstrekt kunstmatige constructies

64. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen nationale bepalingen voor de bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies, die tot doel hebben de belasting te omzeilen die normaal gesproken verschuldigd is over de winst uit activiteiten op het nationale grondgebied, alleen worden geacht noodzakelijk te zijn wanneer de toepassing van die bepalingen beperkt is tot die constructies en legitieme transacties ontziet. [25]

65. In zijn arrest X en X heeft het Hof in het midden gelaten of de Nederlandse regels voldoen aan dat vereiste. Volgens de interveniërende regeringen en de Commissie is dit evenwel het geval. Artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting betreft inderdaad alleen transacties die de economische realiteit niet weerspiegelen, maar waarbij groepsinterne leningen bij een belastingplichtig lichaam in Nederland worden aangegaan met als enige (of voornaamste) doelstelling een schuld te creëren die kan worden afgetrokken van de belastbare winst van dat lichaam, en aldus de Nederlandse belastinggrondslag uit te hollen. Wanneer aan de lening en de daarmee verband houdende transactie daarentegen in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, is volgens artikel 10a, lid 3, onder a, van die wet die bepaling niet van toepassing.

66. X betwist dit. Haars inziens komt het Hof in het arrest Lexel tot de tegenovergestelde slotsom. In die zaak heeft het Hof de Zweedse regels inzake de vennootschapsbelasting, met name die welke betrekking hebben op de aftrek van rente-uitgaven, getoetst aan artikel 49 VWEU. Die regels, die veel gemeen hadden met de Nederlandse regels, kwamen er in wezen op neer dat een dergelijke aftrek bij wijze van uitzondering niet werd toegestaan wanneer het belastingplichtige lichaam de lening in kwestie was aangegaan bij een verbonden lichaam, tenzij was aangetoond dat die lening in eerste instantie gerechtvaardigd was op zakelijke gronden en derhalve niet louter was aangegaan om een aftrekbare schuld te creëren. Ook de Zweedse regering heeft destijds betoogd dat die bepalingen gericht waren op het tegengaan van volstrekt kunstmatige constructies die tot doel hebben de belasting te omzeilen die normaal gesproken verschuldigd is over de winst uit activiteiten op het nationale grondgebied. Het Hof oordeelde dat de Zweedse bepalingen niet op die grond gerechtvaardigd konden worden, omdat de toepassing ervan volgens het Hof niet was beperkt tot dergelijke constructies. Het Hof overwoog hierover het volgende:

„53 […] Zoals de [Zweedse] belastingdienst ter terechtzitting in wezen heeft erkend, betreft die uitzondering [op het recht van aftrek] namelijk schulden die voortvloeien uit civielrechtelijke transacties, zonder dat zij echter uitsluitend betrekking heeft op fictieve constructies. Volgens de beoordeling van de met de betreffende transactie nagestreefde doelstellingen door de belastingdienst kunnen bijgevolg ook transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan – dat wil zeggen tegen voorwaarden die vergelijkbaar zijn met die welke tussen onafhankelijke ondernemingen zouden gelden – binnen de werkingssfeer van de uitzondering vallen.

54 Het fictieve aspect van de betreffende transactie vormt met andere woorden geen beslissende voorwaarde om het recht op aftrek te weigeren, aangezien het voornemen van de betrokken vennootschap om voornamelijk uit fiscale overwegingen een schuld aan te gaan voldoende is om de weigering van het recht op aftrek te rechtvaardigen. […]

[25] Zie arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punt 79.

[…]

56 Vastgesteld moet worden dat transacties die tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan en dus 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, binnen de werkingssfeer van de uitzondering [op het recht van aftrek] kunnen vallen."

67. Volgens X volgt hieruit dat nationale belastingautoriteiten een groepsinterne lening (of de reeks transacties waarvan deze deel uitmaakt) niet als volstrekt kunstmatige constructie kunnen aanmerken om vervolgens de aftrek van rente te weigeren enkel omdat die lening om fiscale redenen was aangegaan. Een groep heeft immers het volste recht om dat te doen. Een dergelijke lening zou alleen kunstmatig zijn indien – en voor zover – de kredietnemer de kredietgever meer rente betaalt dan wat die partijen zouden zijn overeengekomen tegen marktconforme voorwaarden, dat wil zeggen indien de toegepaste rentevoet hoger is dan het markttarief dat die ondernemingen zouden hebben bedongen wanneer zij niet tot dezelfde groep hadden behoord. Indien een dergelijke lening daarentegen is aangegaan tegen marktconforme voorwaarden, kan zij ongeacht het doel ervan niet als kunstmatig worden beschouwd. Dit geldt voor de leningen tussen X en F. [26]

68. Verzoekster betoogt voorts dat het feit dat artikel 10a, lid 1, onder c, en lid 3, van de Wet op de vennootschapsbelasting ten onrechte de nadruk legt op het doel waarvoor een groepsinterne lening is aangegaan (ongeacht of dit was om de belasting te ontwijken dan wel om zakelijke redenen) en niet op de voorwaarden van die lening, met zich meebrengt dat renteaftrek niet alleen kan worden geweigerd met betrekking tot leningen tegen een buitensporig hoge rentevoet (die kunstmatig zijn, zoals hierboven is uiteengezet), maar ook met betrekking tot leningen tegen een rentevoet volgens het gebruikelijke markttarief (die om die reden niet als kunstmatig kunnen worden aangemerkt). Net zoals in de zaak die heeft geleid tot het arrest Lexel, is de werkingssfeer van die bepalingen dus niet beperkt tot volstrekt kunstmatige constructies, maar strekt zij zich tevens uit tot legitieme transacties.

69. Die discussie is de kern van de eerste vraag van de verwijzende rechter. Het is kennelijk niet mogelijk om uit te maken of artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting alleen geldt voor „volstrekt kunstmatige constructies" indien de inhoud van dat concept zelf omstreden is. Het is evenzeer duidelijk dat de interveniërende regeringen en de Commissie enerzijds en X anderzijds dienaangaande zeer verschillende benaderingen voorstaan. In de eerste benadering wordt voornamelijk gelet op het *doel* waarvoor een lening wordt aangegaan. In de tweede benadering wordt alleen gelet op de *voorwaarden* van die lening. De eerste benadering kent de Nederlandse belastingdienst aanzienlijk meer speelruimte toe dan de tweede, die op haar beurt de belastingplichtigen meer zekerheid biedt. [27] In de eerste benadering kunnen nationale belastingautoriteiten een groepsinterne lening aanmerken als een „volstrekt kunstmatige constructie" (of als een onderdeel van een dergelijke „constructie") en om die reden de aftrek van rente weigeren, indien de lening – ongeacht de voorwaarden daarvan – hoofdzakelijk is aangegaan om een belastingvoordeel te verkrijgen. In de tweede benadering is een groepsinterne lening „immuun" voor dergelijke consequenties, mits de voorwaarden ervan – daaronder begrepen de rentevoet – als het ware „normaal" zijn, ook al is zij aangegaan om fiscale redenen.

[26] Volgens X blijkt dit uit het feit dat een niet met haar verbonden, commerciële bank haar een lening had aangeboden tegen dezelfde voorwaarden.

[27] Zie dienaangaande punten 80 en 87 hieronder.

70. In dit stadium wil ik beklemtonen dat de interveniërende regeringen en de Commissie weliswaar een groot deel van hun respectieve opmerkingen hebben gewijd aan de uiteenzetting dat „hun" benadering niet in strijd is met het arrest Lexel – omdat (i) de onderhavige zaak dient te worden onderscheiden van de zaak die heeft geleid tot dat arrest en/of (ii) dat arrest niet kan worden gelezen op de door X voorgestane wijze – maar dat deze uiteenzetting mij niet heeft overtuigd. Uit punt 66 hierboven volgt dat de litigieuze bepalingen van het Nederlandse recht in alle relevante opzichten [28] een treffende gelijkenis vertonen met de regels die aan de orde waren in de zaak Lexel. Met name hebben die regels precies hetzelfde doelwit: groepsinterne leningen die enkel (of hoofdzakelijk) zijn aangegaan om een belastingvoordeel te verkrijgen. Het algemene vraagstuk is dus hetzelfde: of en in hoeverre een dergelijke lening kan worden beschouwd als (een onderdeel van) een „volstrekt kunstmatige constructie" en door de belastingautoriteiten als zodanig kan worden behandeld. Daarbij komt dat het arrest Lexel niet vaag of dubbelzinnig is waardoor het zich op dat punt zou lenen voor verschillende lezingen. Naar mijn mening kan het alleen worden gelezen in de zin waarin X het heeft opgevat. [29] Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat geen relevantie toekomt aan het doel waarvoor de lening is aangegaan, en heeft in de plaats daarvan een onderscheid gemaakt tussen leningen die worden aangegaan tegen marktconforme voorwaarden (die het als echt heeft aangemerkt) en die welke niet tegen zulke voorwaarden worden aangegaan (die het als kunstmatig heeft aangemerkt). Derhalve is de enige resterende vraag of het Hof in de onderhavige zaak het arrest Lexel moet bevestigen of ervan moet afwijken.

71. Mijns inziens is de benadering die de interveniërende regeringen en de Commissie voorstaan, de juiste. Ik verzoek het Hof dan ook met klem om terug te komen van de benadering waarvoor het op dit punt koos in het arrest Lexel.

72. De door artikel 49 VWEU gewaarborgde vrijheid van vestiging biedt ruimschoots gelegenheid voor fiscale „optimalisatie". Het Hof heeft meermaals geoordeeld dat Europese groepen van ondernemingen het recht hebben om die vrijheid te benutten door in andere lidstaten dochterondernemingen te vestigen om van een gunstige belastingregeling te profiteren. [30] Zoals X betoogt, had A dan ook het recht om – precies om die reden – C, de interne bank van haar groep, te vestigen in België. Evenzo staat het C vrij om leningen te verstrekken aan andere tot de groep behorende ondernemingen die zijn gevestigd in andere lidstaten, zoals X in Nederland. Grensoverschrijdende groepsinterne leningen zijn als zodanig niet verwerpelijk. [31] Een dergelijke lening kan zonder twijfel betekenen dat de vennootschapsbelastinggrondslag van de kredietnemende onderneming in haar lidstaat van vestiging lager uitvalt. Door de rente over die lening af te trekken van haar belastbare winst, verlaagt die onderneming immers haar belastingschuld in die lidstaat. In feite wordt een deel van de door de kredietnemende onderneming behaalde winst – in de vorm van rentelasten – verschoven van de lidstaat waar

[28] Ten eerste onderstrepen de interveniërende regeringen en de Commissie dat in de Zweedse wettelijke regeling een onderscheid werd gemaakt tussen interne en grensoverschrijdende situaties, terwijl de Nederlandse regels dit niet doen (zie deel B van deze conclusie). Dat verschil is echter irrelevant voor de uitlegging van het concept „volstrekt kunstmatige constructies". Ten tweede voert de Commissie aan dat in de omstandigheden van de zaak die heeft geleid tot het arrest Lexel, zowel de interne herstructurering waarvoor de leningen in kwestie waren aangegaan als de leningen zelf uit commercieel oogpunt gerechtvaardigd waren, en dat alleen de leningsvoorwaarden kunstmatig waren. Ik weet niet zeker of dat inderdaad het geval was. Hoe dan ook heeft het Hof zich in de motivering van het arrest Lexel uitgedrukt in algemene bewoordingen, die geen verband hielden met de specifieke omstandigheden van die zaak.

[29] Zie voor dezelfde interpretatie Van der Weijden, M., „ECJ Lexel AB Decision Casts a Shadow Over Dutch Interest Limitation Provision", *European Tax Blog*, 21 juni 2021, en Garcia Prats, G., e.a., „Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the ECJ Decision of 20 January 2021 in Lexel AB (Case C-484/19) Concerning the Application of the Swedish Interest Deductibility Rules (30 juni 2021)", *European Taxation*, deel 61, nr. 6, 2021.

[30] Zie onder meer arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punten 34-38).

[31] Zie arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punt 73.

deze onderneming gevestigd is naar de lidstaat waar de kredietgevende onderneming gevestigd is. Dat is echter iets wat de lidstaten in beginsel moeten aanvaarden in een geïntegreerde, uniforme markt als de interne markt van de Europese Unie.

73. Niettemin heeft het Hof in zoverre een duidelijke grens getrokken. Het is een algemeen rechtsbeginsel dat justitiabelen zich niet kunnen beroepen op het Unierecht – daaronder begrepen de vrijheid van vestiging – om er misbruik van te maken. Het concept „volstrekt kunstmatige constructies" dient in dat licht te worden opgevat. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is er sprake van misbruik wanneer in verschillende lidstaten gevestigde marktdeelnemers „kunstmatige transacties" verrichten „waarvoor geen economische en commerciële rechtvaardiging bestaat" (of, in andere woorden, „die geen verband houden met de economische realiteit"), terwijl slechts formeel is voldaan aan de voorwaarden om op dit voordeel aanspraak te maken, „met als voornaamste doel een wederrechtelijk voordeel te verkrijgen". [32]

74. Voorts heeft het Hof, in zijn arrest in de zaak X (Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd) [33] met betrekking tot het door artikel 63 VWEU gewaarborgde vrije verkeer van kapitaal gespecificeerd dat „de vereiste voorwaarden om op ongeoorloofde wijze te ontsnappen aan de belasting in een lidstaat of om onrechtmatig in aanmerking te komen voor een belastingvoordeel in een lidstaat […] op verschillende manieren kunstmatig in het leven kunnen worden geroepen". In dit verband heeft het geoordeeld dat het begrip „volstrekt kunstmatige constructie" zich kan uitstrekken tot „een constructie waarvan het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen erin bestaat de winst uit activiteiten die op het grondgebied van een lidstaat hebben plaatsgevonden, kunstmatig over te dragen naar [een ander land] met een laag belastingniveau".

75. Deze uitlegging geldt mijns inziens evenzeer voor groepsinterne transacties die onder de vrijheid van vestiging vallen. Zij strookt namelijk volkomen met de in punt 73 hierboven gegeven uiteenzetting. Daarnaast zijn het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging in nationale wetgeving die betrekking heeft op groepsinterne transacties – zoals de litigieuze Nederlandse regels – onlosmakelijk met elkaar verbonden. De beperking van de vrijheid van vestiging is gelegen in het feit dat kapitaal niet vrij kan circuleren tussen ondernemingen van dezelfde groep. De regels in kwestie zouden in theorie dan ook aan elk van beide vrijheden kunnen worden getoetst. Derhalve is er geen reden om verschillende criteria toe te passen naargelang van de vrijheid die in het geding is.

76. Samengevat is – zoals de interveniërende regeringen en de Commissie aanvoeren – de door de betrokken marktdeelnemers nagestreefde *doelstelling* beslissend voor het antwoord op de vraag of een groepsinterne lening (een onderdeel van) een „volstrekt kunstmatige constructie" vormt. Een groepsinterne lening is een dergelijke „constructie" wanneer die transactie uitsluitend (of voornamelijk) is verricht met als *doel* een belastingvoordeel te genieten (zoals het van de belastbare winst aftrekken van de rente die over die lening is betaald), hetgeen blijkt uit het feit dat zij voor het overige geen economische en commerciële rechtvaardiging heeft (met andere woorden „niet de economische realiteit weerspiegelt"). Om uit te maken of dit het geval is, moeten de relevante feiten en omstandigheden van de zaak in hun geheel worden beoordeeld. [34]

[32] Zie onder meer arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punten 96, 124 en 125 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie naar analogie ook arrest van 21 december 2023, BMW Bank e.a. (C-38/21, C-47/21 en C-232/21, EU:C:2023:1014, punten 282 en 283).

[33] Arrest van 26 februari 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, punt 84).

[34] Zie, met betrekking tot dit laatste aspect, arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 125 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

77. Zoals de Nederlandse regering opmerkt en het Hof in het arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation heeft geopperd [35], kunnen in dat opzicht twee scenario's worden onderscheiden.

78. Ten eerste kan een groepsinterne lening die wordt aangegaan voor deugdelijke economische en/of commerciële redenen specifieke bedingen bevatten die niet „de economische realiteit weerspiegelen". Er kan in een voor het overige legitieme transactie een buitensporig hoge rentevoet zijn overeengekomen – die kunstmatig is aangezien de groep die rente uiteindelijk aan zichzelf betaalt – om een overeenkomstig hoge belastingaftrek te kunnen toepassen in de lidstaat waar de kredietnemende onderneming gevestigd is. Het zakelijkheidsbeginsel (of „arm's length principle"), dat inhoudt dat niet-verbonden ondernemingen in vergelijkbare omstandigheden dezelfde voorwaarden zouden hebben bedongen, dient als objectieve maatstaf om uit te maken of dat inderdaad het geval is. [36]

79. Ten tweede kunnen verbonden ondernemingen ook een lening aangaan waarvoor over het geheel genomen geen economische en/of commerciële rechtvaardiging bestaat, uitsluitend (of voornamelijk) om rentebetalingen te genereren in het land waar de kredietnemende onderneming haar zetel heeft. Anders dan het Hof in punt 54 van het arrest Lexel heeft geoordeeld, is die beweegreden, die blijkt uit het ontbreken van een rechtvaardiging, een beslissende overweging, zoals in punt 76 hierboven is opgemerkt. Precies om die reden moet een dergelijke lening worden geacht „volstrekt kunstmatig" te zijn. Daarentegen is het niet relevant of de voorwaarden van die lening overeenkomen met die welke niet-verbonden lichamen in vergelijkbare omstandigheden zouden hebben bedongen. Zoals de Nederlandse regering betoogt, is het feit dat de toepasselijke rentevoet marktconform is, op zichzelf beschouwd geen reden om aan te nemen dat de lening in kwestie „de economische realiteit weerspiegelt". Die lening weerspiegelt namelijk niet de economische realiteit, omdat zij nooit zou zijn aangegaan indien er geen verband tussen de ondernemingen bestond en er geen belastingvoordeel kon worden verkregen. [37] Dit soort kunstmatig gecreëerde schulden is precies het doelwit van artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting.

80. Zoals de interveniërende regeringen en de Commissie opmerken, zouden de mogelijkheden van nationale belastingautoriteiten om belastingontwijking door misbruikpraktijken te bestrijden, ernstig worden belemmerd indien groepsinterne transacties die geen economische en/of commerciële rechtvaardiging hebben, nooit als „volstrekt kunstmatige constructies" zouden kunnen worden aangemerkt wanneer zij worden verricht tegen marktconforme voorwaarden. Het zakelijkheidsbeginsel zou in feite tot een onwenselijke „veilige haven" voor multinationale groepen verworden. Hun geslepen belastingadviseurs zouden de vrije hand hebben om allerhande ingewikkelde constructies te ontwerpen met als enig doel de grondslag voor de vennootschapsbelasting van een onderneming in een lidstaat uit te hollen en haar winsten over te hevelen naar een andere staat, waar het belastingtarief lager is. Zolang de leningsvoorwaarden zodanig handig geformuleerd worden dat zij corresponderen met de gebruikelijke marktvoorwaarden, zouden die constructies „immuun" zijn voor de maatregelen die de belastingautoriteiten nemen om ze tegen te gaan. [38]

[35] Punt 81.

[36] Zie in die zin arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punten 58 en 71 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook artikel 9 van het door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) opgestelde modelbelastingverdrag ter zake van inkomen en vermogen.

[37] Zie in die zin arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punt 81.

[38] Mijns inziens bestaat het zakelijkheidsbeginsel om te voorkomen dat gerechtvaardigde economische transacties worden gemanipuleerd voor onbehoorlijke fiscale doeleinden. Het mag niet worden toegepast om transacties te legitimeren waarvoor nooit een economische rechtvaardiging voorhanden was.

81. Dat zou des te onwenselijker zijn in het licht van het feit dat de nationale belastingautoriteiten volgens het algemene beginsel van het verbod op misbruik van het Unierecht niet slechts het recht, maar ook de plicht hebben om te voorkomen dat belastingvoordelen worden verkregen door het opzetten van „volstrekt kunstmatige constructies". Doeltreffende maatregelen tegen belastingontwijking zijn namelijk niet alleen van wezenlijk belang voor het waarborgen van het soevereine recht van de lidstaten om belasting te heffen over inkomens en winsten die worden gegenereerd op hun grondgebied, maar ook voor de werking van de interne markt in het algemeen. Misbruik om belasting te ontwijken bedreigt de economische samenhang en de goede werking van de interne markt doordat de concurrentievoorwaarden worden vervalst. [39]

82. De toenemende gevolgen die de uitholling van de belastinggrondslag en de winstverschuivingsstrategieën van multinationale groepen hebben voor de schatkist van de lidstaten en de werking van de interne markt, hebben de Europese Unie er dan ook toe gebracht om deze kwestie aan te pakken. De Uniewetgever heeft op dit gebied verschillende maatregelen vastgesteld, waaronder richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt [40] (hierna: „anti-belastingontwijkingsrichtlijn"). [41] Deze richtlijn bevat in artikel 6 ervan een „algemene antimisbruikregel', die is opgesteld in het licht van de in punt 73 hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof en in overeenstemming met deze rechtspraak dient te worden uitgelegd. [42] Indien nationale belastingautoriteiten groepsinterne transacties die geen economische en/of commerciële rechtvaardiging hebben niet als „volstrekt kunstmatige constructies" zouden kunnen aanmerken wanneer deze zijn aangegaan tegen marktconforme voorwaarden, zou dat beleid worden ondermijnd. Bovendien zou de „antimisbruikregel" zijn effectiviteit grotendeels verliezen. Veel transacties die niet zijn opgezet „op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen", maar „met als hoofddoel […] een belastingvoordeel te verkrijgen" (om de bewoordingen van die bepaling te bezigen), blijven dan buiten schot.

83. Om de hierboven uiteengezette redenen ben ik van mening dat het Hof in de onderhavige zaak moet afwijken van de punten 53, 54 en 56 van het arrest Lexel. [43] Groepsinterne leningen die zonder enige deugdelijke commerciële en/of economische rechtvaardiging zijn opgezet met als enige (of voornaamste) doel een aftrekbare schuld te creëren in het land waar de kredietnemende onderneming gevestigd is, vormen „volstrekt kunstmatige constructies", ongeacht of zij zijn aangegaan tegen marktconforme voorwaarden. Nationale bepalingen die gericht zijn tegen dergelijke leningen moeten noodzakelijk worden geacht voor het bereiken van de doelstelling om die „constructies" te voorkomen.

[39] Zie arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 107).

[40] Richtlijn van 12 juli 2016 (PB 2016, L 193, blz. 1).

[41] Zie ook richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van richtlijn 77/799/EEG (PB 2011, L 64, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn (EU) 2018/822 van de Raad van 25 mei 2018 tot wijziging van richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies (PB 2018, L 139, blz. 1).

[42] Ik merk op dat de anti-belastingontwijkingsrichtlijn ratione temporis niet van toepassing is op het hoofdgeding. Deze richtlijn is namelijk op 1 januari 2019 in werking getreden, terwijl de feiten van de onderhavige zaak voordien hebben plaatsgevonden.

[43] Ik begrijp dat het Hof zich in een lastig parket zou bevinden wanneer het zich achter mijn beoordeling zou scharen. Het arrest Lexel is gewezen door een kamer van vijf rechters, en voor het arrest in de onderhavige zaak zal hetzelfde gelden. Aangezien de punten van het arrest Lexel waar het hier om draait het concept „volstrekt kunstmatige constructie" en misbruik van recht niet benaderen volgens de algemene lijn in de rechtspraak, waaronder uitspraken van de Grote kamer, zowel van *voor* als van *na* het arrest Lexel (zie punten 73 en 74 hierboven), kan evenwel het standpunt worden ingenomen dat het arrest Lexel impliciet ter zijde is geschoven. Het Hof hoeft niet met het gezag van de Grote kamer te oordelen om dat feit in de onderhavige zaak te bevestigen.

84. Na deze toelichting dient een aantal laatste argumenten te worden besproken die X heeft aangevoerd met betrekking tot de werkingssfeer van artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting.

85. In de eerste plaats betoogt X dat de Nederlandse belastingdienst deze bepaling kan toepassen op een hele reeks groepsinterne transacties, waaronder ook legitieme, omdat de werkingssfeer van die bepaling afhangt van een voorwaarde die geformuleerd is in vage en dubbelzinnige bewoordingen, te weten dat aan de lening en de daarmee verband houdende rechtshandeling „in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen" (als bedoeld in artikel 10a, lid 3, onder a, van de Wet op de vennootschapsbelasting). Om die reden stroken de litigieuze Nederlandse regels niet met het rechtszekerheidsbeginsel, aangezien ondernemingen niet met voldoende nauwkeurigheid kunnen voorzien welke transacties door de belastingautoriteiten als misbruik kunnen worden aangemerkt.

86. Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist het rechtszekerheidsbeginsel met name dat rechtsregels voldoende duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn, in het bijzonder wanneer zij nadelige gevolgen hebben voor belastingplichtigen. [44]

87. Dienaangaande wens ik op te merken dat de formulering van de litigieuze Nederlandse regels veel gelijkenis vertonen met andere antimisbruikclausules in het nationale recht en het Unierecht. Met name geldt voor de toepassing van de in artikel 6 van de anti-belastingontwijkingsrichtlijn neergelegde „algemene antimisbruikregel" op een bepaalde transactie de vergelijkbare voorwaarde dat de transactie werd opgezet „op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen" en niet „met als hoofddoel […] een belastingvoordeel te verkrijgen". Het is waar dat dit open begrippen zijn, die uit hun aard leiden tot enige onzekerheid over de werkingssfeer ervan. Daarbij komt dat – zoals ik in punt 76 hierboven heb aangestipt – de beantwoording van de vraag of in een bepaalde zaak is voldaan aan die voorwaarden, vereist dat per geval een integrale beoordeling van een constellatie van feiten en omstandigheden wordt verricht, en dat ook deze beoordeling leidt tot enige mate van onzekerheid.

88. Deze mate van onzekerheid is echter een onvermijdelijk en aanvaardbaar neveneffect van dergelijke antimisbruikbepalingen. Zoals advocaat-generaal Kokott heeft opgemerkt in haar conclusie in de zaak SGI [45] dienen „[b]epalingen die misbruiken moeten bestrijden, […] immers noodzakelijkerwijs onbepaalde rechtsbegrippen te bevatten, teneinde in voorkomend geval tal van mogelijke constructies te kunnen dekken die zijn opgezet ter ontwijking van de belasting". Bovendien hebben die bepalingen tot doel gedragingen aan te pakken die op het eerste gezicht legitiem lijken te zijn en zich bijgevolg moeilijk laten bevatten.

89. Hieruit volgt niet dat de toepassing van een dergelijke wettelijke regeling geheel wordt overgelaten aan de beoordelingsvrijheid van de belastingautoriteiten, waardoor de gevolgen niet te overzien zouden zijn. Zoals de verwijzende rechter en de Nederlandse regering opmerken, wordt de vraag of een constructie „volstrekt kunstmatig" is, beantwoord aan de hand van objectieve en verifieerbare elementen. [46]

[44] Zie onder meer arrest van 11 juni 2015, Berlington Hungary e.a. (C-98/14, EU:C:2015:386, punten 74, 76 en 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[45] C-311/08, EU:C:2009:545, punt 70.

[46] Zie aangaande dat vereiste arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 71 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

90. Zoals is vermeld in punt 79 hierboven, is de beslissende vraag of de lening nooit zou zijn aangegaan indien er geen verband tussen de ondernemingen bestond en er geen belastingvoordeel kon worden verkregen. Het is voldoende duidelijk wat voor analyse er zou moeten worden verricht volgens dat criterium. De beoordeling van de relevante feiten en omstandigheden behelst een onderzoek naar de gehele opzet en de kennelijke bedoeling van de constructie waarvan de lening deel uitmaakt. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, gaat het in wezen om de volgende vragen. Zou de betrokken belastingplichtige zonder het belastingvoordeel belang hebben gehad bij het opzetten van de constructie in kwestie? Maakt de structuur van de constructie, in het licht van het doel dat er beweerdelijk mee wordt nagestreefd, een al te ingewikkelde indruk, en omvat deze met name stappen die (afgezien van de gevolgen voor de belastingdruk) overbodig zijn? Deze vragen zouden goed te beantwoorden moeten zijn voor belastingdeskundigen en multinationale groepen van ondernemingen, die hun gedrag daarop kunnen afstemmen. [47]

91. In de zaak in het hoofdgeding zetten de verwijzende rechter en de Nederlandse regering uiteen dat weliswaar in het algemeen wordt aangenomen dat aan de verwerving van een extern lichaam en het voor dat doel aangaan van een lening door een belastingplichtig lichaam bij een verbonden lichaam „in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen" in de zin van artikel 10a, lid 3, onder a, van de Wet op de vennootschapsbelasting, maar dat de constructie die verband houdt met de verwerving van F door X toch als „volstrekt kunstmatig" werd aangemerkt wegens de complexiteit ervan en de (klaarblijkelijk) onnodige stappen waaruit deze bestond. Ik herinner eraan dat deze stappen de volgende waren: (i) het omleiden van middelen van A naar C; (ii) de daaropvolgende omzetting van die middelen in een lening aan X; (iii) de verwerving van F door X, en (iv) het opzetten van één fiscale eenheid tussen F en X, zodat de door X aan C betaalde rente kon worden afgetrokken van de belastbare winst die F behaalde in Nederland. [48]

92. Met name het feit dat de aan X verstrekte lening werd betaald uit „omgeleide" middelen die afkomstig waren van A, tast al op het eerste gezicht de gehele constructie aan. Het roept de vraag op of die lening daadwerkelijk nodig was en waarom niet A, maar X F heeft verworven. De Commissie betoogt dat in een hypothetisch scenario dat de economische realiteit zou weerspiegelen, F zou zijn verworven door A, zodat die verwerving uit minder stappen zou hebben bestaan. In dat scenario zou X echter over de door haar en F in Nederland gemaakte winst dividend uitkeren aan A. Een dergelijke uitkering zou niet leiden tot een vermindering van de in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting. In de constructie waarbij F werd verworven door X middels een lening die door C werd verstrekt uit middelen die afkomstig waren van A en die werden omgeleid, trok X de rente over deze lening daarentegen af van de belastbare winst die zijzelf en F in Nederland behaalden, waardoor F en X in die lidstaat vrijwel geen belasting verschuldigd waren. [49]

93. De verwijzende rechter en de Nederlandse regering benadrukken dat het in een dergelijke situatie aan de belastingplichtige is om aannemelijk te maken welke economische en/of commerciële redenen er ten grondslag liggen aan de stappen van de constructie en met name aan de „omleiding" van de geleende middelen. Volgens de rechtspraak van het Hof wordt de belastingplichtige naar behoren in staat gesteld om zonder buitensporige administratieve moeite

[47] Zie naar analogie mijn conclusie in de zaak Belgian Association of Tax Lawyers e.a. (C-623/22, punten 93-103 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[48] Zie punten 8-10 hierboven.

[49] Zie punt 10 hierboven.

bewijzen daarvoor aan te dragen.[50] Mochten de belastingautoriteiten, gelet op de door de belastingplichtige verstrekte toelichtingen en gegevens, de constructie nog steeds als kunstmatig aanmerken, dan kan de belastingplichtige tegen het besluit van die autoriteiten opkomen bij de rechter. X is er in het hoofdgeding echter eenvoudigweg niet in geslaagd om dergelijk bewijs te leveren, zodat de nationale rechters het besluit van de belastingautoriteiten hebben bevestigd.

94. X antwoordt hierop dat het in de praktijk van de Nederlandse belastingautoriteiten en belastingrechters niet duidelijk is welke economische en/of commerciële redenen met succes kunnen worden aangevoerd om een dergelijke „omleiding" van middelen te rechtvaardigen. Tot nog toe zijn alle verklaringen altijd van de hand gewezen. In dit verband houden die autoriteiten en rechters bovendien geen rekening met overwegingen die zien op de structuur van de betrokken groep, zoals het feit dat de onderneming die de lening verstrekt in het algemeen (zoals C in de onderhavige zaak) een centrale rol speelt in de financiering van die groep.[51]

95. Bij de toepassing van een antimisbruikclausule als artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting zullen er mijns inziens altijd grijze gebieden bestaan. Dat maakt die regel niet onverenigbaar met het rechtszekerheidsbeginsel. In de onderhavige zaak zal de praktijk van de belastingautoriteiten en de Nederlandse rechterlijke instanties de door X aan de orde gestelde kwestie geleidelijk tot een oplossing brengen. In zoverre zal ik volstaan met de opmerking dat bij de beoordeling of een constructie moet worden geacht kunstmatig te zijn dan wel economisch gerechtvaardigd, de belastingautoriteiten en rechters *alle* geldige economische redenen dienen te onderzoeken, daaronder begrepen de financiële.[52] Het valt niet uit te sluiten dat de door X aangevoerde reden als zodanig gegrond is. Het staat aan de verwijzende rechter om dit uit te maken.

96. In de tweede plaats bestrijdt X de verdeling van de bewijslast op grond van de litigieuze bepalingen van het Nederlandse recht. Verzoekster betoogt met name dat er volgens artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting een algemeen vermoeden van misbruik geldt, zodat deze bepaling verder gaat dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstelling te verwezenlijken.[53] De Nederlandse belastingautoriteiten kunnen op grond van die bepaling een belastingplichtig lichaam het recht ontzeggen om de rente af te trekken die het betaalt over een groepsinterne lening, zonder dat zij zelfs maar aanwijzingen voor misbruik hoeven te verstrekken, terwijl dat lichaam dat belastingvoordeel enkel verkrijgt indien het overeenkomstig artikel 10a, lid 3, onder a, van voormelde wet bewijst dat aan die lening en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

97. Ik ben het daar niet mee eens. Uiteraard moeten nationale belastingautoriteiten die voornemens zijn om wegens misbruik een belastingplichtige een belastingvoordeel te ontzeggen, in het algemeen aantonen dat de belastingplichtige dit voordeel tracht te verkrijgen door middel van een „volstrekt kunstmatige constructie", en moeten zij daarbij rekening houden met alle

[50] Zie onder meer arrest van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 71 en aldaar aangehaalde rechtspraak)

[51] X zet uiteen dat de in het geding zijnde constructie in het licht van de structuur van de groep van A had moeten worden geacht economisch gerechtvaardigd te zijn. De algemene financiering van de groep is namelijk gecentraliseerd op de zetel van C (zie punt 7 hierboven), die daarvoor over aanzienlijke personele en financiële middelen beschikt. Om die reden is F verworven door middel van een door C verstrekte lening. A boekt regelmatig middelen over naar C om de enkele reden dat deze voor de uitoefening van haar taken kapitaal nodig heeft.

[52] Zie naar analogie overweging 11 van de anti-belastingontwijkingsrichtlijn.

[53] X refereert aan de arresten van 7 september 2017, Eqiom en Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, punten 31, 32 en 36), en 20 december 2017, Deister Holding en Juhler Holding (C-504/16 en C-613/16, EU:C:2017:1009, punten 61 en 62).

relevante feiten en omstandigheden van het geval, in het licht van de hierboven besproken criteria.[54] Dit betekent evenwel niet dat lidstaten in hun nationale recht geen wettelijke vermoedens mogen opnemen, mits deze specifiek zijn en op toereikende gronden berusten.

98. In de onderhavige zaak gelden artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting en de verplichting van de belastingplichtige om aan te tonen dat de betreffende constructie gerechtvaardigd is, in beginsel alleen in gevallen waarin een belastingplichtig lichaam een groepsinterne lening is aangegaan bij een in een andere lidstaat gevestigd verbonden lichaam, en waarin de door laatstgenoemd lichaam ontvangen rente niet worden belast of niet wordt belast tegen een redelijk tarief.[55] Die specifieke omstandigheden kunnen redelijkerwijs worden opgevat als aanwijzingen dat er sprake is van misbruik met het oog op belastingontwijking, en kunnen aldus worden geacht een omkering van de bewijslast te rechtvaardigen.[56]

99. Zodra de nationale belastingautoriteiten hebben vastgesteld dat een groepsinterne lening binnen de werkingssfeer van die bepaling valt en dus mogelijkerwijs is aangegaan met het oogmerk van belastingontwijking, is het niet onredelijk dat die autoriteiten van de belastingplichtige verlangen dat hij het economische en/of commerciële karakter van die constructie bewijst en dat zij hem bij gebreke van dit bewijs het recht ontzeggen om de rente over die lening af te trekken.[57] De belastingplichtige verkeert tenslotte in de beste positie om verklaringen en bewijzen te verstrekken inzake de motieven voor de door hem verrichte transacties. Het Hof heeft overigens herhaaldelijk geoordeeld dat „niets de belastingautoriteiten in kwestie belet om van de belastingplichtige te verlangen dat hij de bewijzen overlegt die zij noodzakelijk achten om de betrokken belastingen correct te kunnen vaststellen, en om in voorkomend geval de gevraagde vrijstelling te weigeren wanneer deze bewijzen niet worden geleverd”.[58]

b) Gevolgen van aanmerking als kunstmatige constructie zijn niet onevenredig

100. Volgens artikel 10a, lid 1, onder c, van de Wet op de vennootschapsbelasting heeft de kwalificatie van een groepsinterne lening als volstrekt kunstmatige constructie (onder de hierboven besproken voorwaarden) tot gevolg dat de aftrek van de over deze lening betaalde rente volledig wordt geweigerd bij de vaststelling in Nederland van de winst van het belastingplichtige lichaam dat de lening heeft ontvangen.

[54] Zie naar analogie arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 142).

[55] Wanneer de rente in de andere lidstaat wordt belast tegen een redelijk tarief, is de voorwaarde van artikel 10a, lid 3, onder b, van de Wet op de vennootschapsbelasting vervuld en kan de aftrek niet worden geweigerd (zoals is uiteengezet in deel B van deze conclusie).

[56] Zie naar analogie arrest van 26 februari 2019, X (Tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd) (C-135/17, EU:C:2019:136, punt 86). Zie daarentegen arrest van 20 december 2017, Deister Holding en Juhler Holding (C-504/16 en C-613/16, EU:C:2017:1009, punten 65, 67 en 71). De Uniewetgever deelt kennelijk deze opvatting. In zoverre bevat bijlage IV bij richtlijn 2011/16 voor de toepassing van de in deze richtlijn opgenomen meldingsplichten een catalogus van „wezenskenmerken”, dat wil zeggen eigenschappen of kenmerken van een constructie die gelden als „een indicatie van een mogelijk risico op belastingontwijking” (zie artikel 3, punt 20, van die richtlijn). Met name staat in deel II.C, punt 1, onder d), van die bijlage te lezen dat van een dergelijk wezenskenmerk sprake is bij een constructie „met aftrekbare grensoverschrijdende betalingen tussen twee of meer verbonden ondernemingen waarbij […] de betaling […] een fiscaal gunstregime [geniet] in het rechtsgebied waar de ontvanger fiscaal inwoner is”.

[57] Zie in die zin arresten van 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punt 73), en 5 juli 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punt 53).

[58] Zie onder meer arrest van 26 februari 2019, N Luxembourg 1 e.a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 en C-299/16, EU:C:2019:134, punt 141 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

101. Hoewel de verwijzende rechter dit beschouwt als het logische gevolg van de kwalificatie als kunstmatige lening, vraagt hij zich niettemin af (met name in zijn tweede vraag) of – in het licht van punt 51 van het arrest Lexel – een algehele weigering van het recht op aftrek verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling. Het Hof heeft in dat punt inderdaad geoordeeld dat indien de belastingautoriteiten van mening zijn dat een door een belastingplichtig lichaam bij een verbonden lichaam aangegane lening een volstrekt kunstmatige constructie vormt, het 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 indien er tussen de partijen geen bijzondere betrekkingen bestonden”. [59]

102. Ik ben het met de interveniërende regeringen en de Commissie eens dat het antwoord ontkennend luidt. In dit verband moeten ook hier de beide in de punten 78 en 79 hierboven besproken scenario's worden onderscheiden.

103. In het eerste scenario, waarin de kunstmatigheid is gelegen in de ongebruikelijk hoge rente die is bedongen in het kader van een overigens „echte” groepsinterne lening, luidt het antwoord in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel dat er een correctie moet plaatsvinden voor het gedeelte van de rentelasten dat het gebruikelijke markttarief te boven gaat. De weigering van elke renteaftrek zou verder gaan dan noodzakelijk is voor het doel om volstrekt kunstmatige constructies te voorkomen.

104. In het tweede scenario, waarin de lening zelf elke economische en/of commerciële rechtvaardiging ontbeert, en deze lening nooit zou zijn aangegaan indien er geen verband bestond tussen de ondernemingen en er geen belastingvoordeel kon worden verkregen, is het volstrekt logisch en evenredig om de aftrek te weigeren van alle rente en niet slechts van een gedeelte ervan. Een dergelijke volstrekt kunstmatige constructie moet namelijk worden genegeerd door de belastingautoriteiten wanneer zij de verschuldigde vennootschapsbelasting vaststellen. Zonder lening is er ook geen rente om af te trekken.

105. Indien de belastingautoriteiten in het tweede scenario alleen de aftrek van een gedeelte van de rente over de lening zouden weigeren, zou de samenhang van de antimisbruikregeling in het geding komen. Het door middel van misbruik nagestreefde belastingvoordeel zou dan uiteindelijk deels (of zelfs in zijn geheel) aan de belastingplichtige worden toegekend in strijd met het doel van het Unierecht. [60]

[59] Zie ook arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punt 83.

[60] Het Hof heeft de interveniënten ter terechtzitting gevraagd of de belastingautoriteiten niet ook de door de kredietnemende onderneming aan de uitlenende onderneming betaalde rente als een (verkapte) winstuitkering dienen te behandelen (zie dienaangaande punt 92 hierboven). In dat geval zou de door de kredietnemende onderneming verschuldigde belasting aanzienlijk toenemen, niet alleen omdat de belastbare winst dan niet kan worden verlaagd door aftrek van de betaalde rente, maar ook omdat die onderneming – naargelang van de toepasselijke regels –mogelijkerwijs al bij het verrichten van de transactie vennootschapsbelasting zou moeten betalen doordat die rente wordt aangemerkt als een uitkering van winst (zie naar analogie arrest Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punten 38 en 39). Het komt mij voor dat een dergelijke handelwijze van de belastingautoriteiten – zoals de Commissie ter terechtzitting heeft betoogd – inderdaad evenredig zou zijn en dus in overeenstemming zou zijn met het Unierecht. Het staat evenwel aan de nationale belastingautoriteiten om in het licht van hun nationale recht te beslissen hoe zij het best met die rente kunnen omgaan (zie naar analogie artikel 6, lid 3, van de anti-belastingontwijkingsrichtlijn).

V. Conclusie

106. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de vragen van de Hoge Raad der Nederlanden te beantwoorden als volgt:

„Artikel 49 VWEU

moet aldus worden uitgelegd dat

het zich niet verzet tegen een nationale wettelijke regeling op grond waarvan de rente over een lening die is aangegaan bij een met de belastingplichtige verbonden lichaam, bij de vaststelling van de winst van die belastingplichtige niet kan worden afgetrokken indien aan die lening niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen maar het doel om een aftrekbare schuld te creëren, zelfs wanneer de bedongen rentevoet niet uitgaat boven de rentevoet die zou zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen. In die situatie moet de aftrek van rente volledig worden geweigerd."