



Datum van inontvangstneming : 30/08/2016

C-398/16 - ①

# Hoge Raad der Nederlanden

Derde Kamer

Nr. 15/00194

8 juli 2016

## Arrest

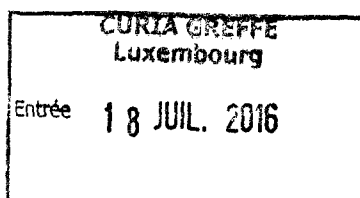
|                                                                                     |                             |                               |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|-------------------------------|
| Ingeschreven in het register van het<br>Hof van Justitie onder nr. <u>1.026.938</u> |                             |                               |
| Luxemburg                                                                           | 18. 07. 2016                | De Griffier,<br>voor deze     |
| Fax/E-mail:                                                                         | <u>                    </u> | <u>Maria Mannela Ferreira</u> |
| Neergelegd op:                                                                      | <u>18.07.2016</u>           | Hoofdadministrateur           |

gewezen op het beroep in cassatie van x B.V. te Z  
(hierna: belanghebbende) tegen de uitspraak van het  
Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 december 2014, nr.  
13/00805, op het hoger beroep van belanghebbende tegen  
een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant (nr.  
AWB 12/73) betreffende de aan belanghebbende over het  
jaar 2004 opgelegde navorderingsaanslag in de  
vennootschapsbelasting. De uitspraak van het Hof is aan  
dit arrest gehecht.

### 1. Geding in cassatie

Belanghebbende heeft tegen 's Hofs uitspraak beroep  
in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is  
aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staatssecretaris van Financiën heeft een  
verweerschrift ingediend.



Belanghebbende heeft de zaak doen toelichten door mr. M. Sanders, advocaat te Amsterdam.

De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 6 augustus 2015 geconcludeerd tot het gegrond verklaren van het beroep in cassatie van belanghebbende. De conclusie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Zowel de Staatssecretaris als belanghebbende heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

De Hoge Raad heeft partijen in kennis gesteld van zijn voornemen het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken een prejudiciële beslissing te geven. De Staatssecretaris heeft, daartoe in de gelegenheid gesteld, gereageerd op de aan partijen in concept voorgelegde vraagstelling.

## 2. Beoordeling van de middelen

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1. Belanghebbende is als Nederlandse houdstervennootschap onderdeel van het Zweedse X-concern (hierna: het concern). Belanghebbende maakt als moedervernootschap deel uit van een fiscale eenheid in de zin van artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (tekst 2004; hierna: de Wet).

2.1.2. De topholding van het concern is A (hierna: A). Deze vennootschap is gevestigd in Zweden. De treasury-activiteiten van het concern worden voor rekening en risico van A uitgeoefend door B AB (hierna: B). In 2004 was belanghebbende met zowel A als B verbonden in de zin van artikel 10a, lid 4, van de Wet.

2.1.3. Op 26 april 2004 is namens het concern een persbericht uitgegeven waarin het voornemen werd geuit om de Italiaanse concernvennootschap C SpA (hierna: C) van de Italiaanse beurs te halen. Op dat moment was via de beurs 28,81 percent (7.416.000 aandelen) van de aandelen in C in handen van derden. De rest van de aandelen was in bezit van A. Uitgaande van een prijs per aandeel van € 32 was in totaal een bedrag van € 237.312.000 nodig voor het verwerven van de 7.416.000 aandelen.

2.1.4. Op 29 april 2004 heeft E (hierna: E), adviseur van het concern, de Italiaanse vennootschap F Srl opgericht. Bij de oprichting heeft deze vennootschap een aandelenkapitaal van € 10.000 geplaatst. Op 3 mei 2004 is F Srl omgezet in G Spa (hierna: G). Laatstgenoemde vennootschap heeft - eveneens op 3 mei 2004 - aan belanghebbende aandelen uitgegeven met een nominale waarde van € 110.000. Op die aandelen is door belanghebbende een bedrag gestort van € 237.302.000. E heeft op deze uitbreiding van kapitaal niet ingeschreven. Op 3 mei 2004 heeft E zijn aandelen in G overgedragen aan belanghebbende voor een bedrag van € 10.000. G heeft na openbare biedingen in 2004 en 2005 het grootste gedeelte van de hiervoor in 2.1.3 bedoelde door derden gehouden aandelen in C verworven.

2.1.5. Belanghebbende heeft de kapitaalstorting in G gefinancierd met een van B verkregen (concern)lening ten bedrage van € 237.302.000.

2.1.6. Eind 2005 heeft A de door haar gehouden aandelen in C tegen schuldigerkenning van € 350.000.000 overgedragen aan G. G is vervolgens omgezet in BB Srl. In 2007 is BB Srl gefuseerd met C.

2.1.7. Voor doeleinden van heffing van Zweedse winstbelasting werd het resultaat van B van 2004 toegerekend aan A. A en B beschikten in 2004 niet over eigen compensabele verliezen. In 2004 waren er binnen het concern wel andere Zweedse groepsvennootschappen met aanzienlijke te verrekenen verliezen en bronheffingen. Via een mechanisme van concernbijdragen kan A jaarlijks fiscale winsten overhevelen naar groepsvennootschappen zodat deze hun verliezen en bronheffingen kunnen verrekenen. A was in 2004 in Zweden onderworpen aan een 'corporate income tax' van 28 percent. Over 2004 heeft A als gevolg van de hiervoor vermelde overheveling van fiscale winsten niet daadwerkelijk 'corporate income tax' betaald.

2.1.8. Belanghebbende was in 2004 een bedrag van € 6.503.261 aan rente verschuldigd aan B ter zake van de geldlening van € 237.302.000. De rente is door belanghebbende in de aangifte voor de vennootschapsbelasting voor het jaar 2004 in aftrek gebracht. De Inspecteur heeft de rente niet in aftrek toegelaten en heeft daartoe de onderhavige navorderingsaanslag opgelegd.

2.2. Voor het Hof was in geschil of de renteaftrekbepierking van artikel 10a, lid 2, aanhef en letter b, van de Wet van toepassing is op het bedrag aan rente van € 6.503.261. Het geschil spitste zich toe op de vragen of (i) sprake is van een wijziging in het uiteindelijke belang als bedoeld in artikel 10a, lid 2, letter b, van de Wet, (ii) het niet in aftrek toelaten van de rente in strijd is met artikel 10a, lid 2, letter b, van de Wet, (iii) is voldaan aan de zakelijkheidstoets

van artikel 10a, lid 3, letter a, van de Wet, (iv) sprake is van een compenserende heffing als bedoeld in artikel 10a, lid 3, letter b, van de Wet, en (v) het niet in aftrek toestaan van de rente in strijd is met de vrijheid van vestiging en/of de vrijheid van kapitaalverkeer.

2.3.1. Het Hof heeft geoordeeld dat E geen enkel risico heeft gelopen ten aanzien van de investering van € 10.000 in G, dat hij geen economisch belang had bij de aandelen in G en dat het economische belang bij de aandelen G vanaf de oprichting bij belanghebbende berustte, zodat het uiteindelijke belang in die vennootschap door de kapitaalstorting van belanghebbende op 3 mei 2004 niet is gewijzigd.

2.3.2. Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de kapitaalstorting van belanghebbende in G heeft te gelden als 'besmette' rechtshandeling in de zin van artikel 10a, lid 2, letter b, van de Wet en dat het niet van belang is dat geen sprake is van een verhangings binnen het concern.

2.3.3. Het Hof heeft verder geoordeeld dat belanghebbende niet erin is geslaagd aannemelijk te maken dat de kapitaalstorting is ingegeven door in overwegende mate zakelijke overwegingen. Daartoe heeft het Hof overwogen dat het inschakelen van belanghebbende bij het van de beurs halen van de aandelen C en de daarvoor gekozen weg - de storting door belanghebbende van € 237.302.000 in G opdat G via een openbaar bod de aandelen C kon verwerven - (vrijwel) uitsluitend zijn ingegeven door fiscale motieven.

2.3.4.1. Vervolgens heeft het Hof geoordeeld dat de compenserendeheffingstoets van artikel 10a, lid 3, letter b, van de Wet moet worden toegepast op het niveau van A,

aangezien A niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij de verplichting had om als 'doorgeefluik' de ontvangen rente door te stoten naar een achterliggend lichaam en zij dus dient te worden beschouwd als de ontvanger van de rente.

2.3.4.2. Het bij A toegepaste mechanisme van concernbijdragen dient volgens het Hof te worden beschouwd als een vorm van 'verrekening van verliezen en/of andersoortige aanspraken' als bedoeld in artikel 10a, lid 3, letter b, van de Wet. Dat ten tijde van het afsluiten van de geldlening nog niet vaststond welke bedragen over het belastingjaar 2004 aan concernbijdragen over en weer zouden worden betaald en ontvangen maakt dit, aldus het Hof, niet anders, aangezien A ten tijde van het afsluiten van de geldlening (met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid) wist dat door het inzetten van het mechanisme van concernbijdragen kon worden voorkomen dat (voor het belastingjaar 2004) over de rente van de geldlening een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing zou plaatsvinden.

2.3.5. Ten slotte heeft het Hof geoordeeld dat gelet op de omstandigheid dat artikel 10a van de Wet betrekking heeft op concernverhoudingen, uitsluitend de vrijheid van vestiging aan de orde is. Het Hof is verder veronderstellenderwijs ervan uitgegaan dat sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU). Volgens het Hof worden de gedragingen van belanghebbende in beginsel geacht geen verband te houden met de economische realiteit en te zijn gericht op misbruik, te weten uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. De eisen die in de tegenbewijsregeling van artikel 10a, lid

3, van de Wet worden gesteld zijn niet dusdanig bezwarend dat strijd ontstaat met het recht van de Unie, aldus het Hof. Het Hof heeft op grond van dit een en ander geoordeeld dat op de rente artikel 10a, lid 2, aanhef en letter b, van de Wet van toepassing is.

2.3.6. Tegen de hiervoor in 2.3.1 tot en met 2.3.5 weergegeven oordelen zijn de middelen gericht.

2.4. Middel I dat 's Hofs oordeel bestrijdt dat het (economische) belang bij de aandelen in G vanaf haar oprichting bij belanghebbende heeft berust, faalt. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Het is ook niet onvoldoende gemotiveerd.

2.5. Middel II betoogt dat artikel 10a, lid 2, van de Wet alleen geldt voor gevallen waarin zonder die bepaling het leerstuk van wetsontduiking toepassing zou kunnen vinden.

Het middel faalt. Weliswaar is met de invoering van artikel 10a van de Wet beoogd een regeling te treffen die voordien gestalte had gekregen in de zogenoemde winstdrainagearresten, doch uit de tekst van de bepaling, noch uit de daarop bij de parlementaire behandeling gegeven toelichting blijkt dat is beoogd uitsluitend gevallen te treffen die de inspecteur voordien op grond van de winstdrainagearresten had kunnen bestrijden (vgl. HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, ECLI:NL:HR:2013:BV1426, BNB 2013/137; hierna: het arrest BNB 2013/137).

2.6.1. Middel III is gericht tegen 's Hofs oordeel dat noch aan de rechtshandeling, noch aan de geldlening



in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

2.6.2. Op grond van artikel 10a, lid 2, letter b, van de Wet komen bij het bepalen van de winst niet in aftrek renten ter zake van schulden verschuldigd aan een verbonden lichaam, voor zover die schulden verband houden met de verwerving van - daaronder begrepen: een storting op - aandelen in een verbonden lichaam, behoudens voor zover een wijziging wordt aangebracht in het uiteindelijke belang dan wel de uiteindelijke zeggenschap in dat lichaam. Ingevolge artikel 10a, lid 3, letter a, van de Wet is dit anders indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

2.6.3. Met betrekking tot het onderzoek naar de beweegredenen voor de desbetreffende rechtshandeling - in het onderhavige geval de kapitaalstorting in G - en de geldlening heeft te gelden dat slechts relevant zijn de overwegingen die aan die rechtshandeling en die geldlening ten grondslag liggen. Bij dat onderzoek dienen de volgende uitgangspunten in aanmerking te worden genomen.

In de eerste plaats ligt in het systeem van de Wet besloten dat een belastingplichtige, in het onderhavige geval een concern, keuzevrijheid heeft bij de wijze van financiering van een vennootschap waarin hij deelneemt (vgl. HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, ECLI:NL:HR:2014:224, BNB 2014/79).

De omstandigheid dat een storting van kapitaal in een verbonden lichaam strekt ter verwezenlijking van

zakelijk gefundeerde doeleinden sluit echter niet uit dat aan de wijze van financiering overwegingen ten grondslag liggen die niet in overwegende mate zakelijk zijn. Na de invoering van de in artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet neergelegde dubbele zakelijkheidstoets sluit de omstandigheid dat een binnen een concern opgezette financieringsstructuur uiteindelijk een zakelijk doel dient, derhalve niet uit dat een geldlening van een verbonden lichaam die onderdeel van die financieringsstructuur is, onder het bereik valt van de uitsluiting van renteaftrek (vgl. HR 5 juni 2015, nr. 14/00343, ECLI:NL:HR:2015:1460, BNB 2015/165). In die zin maakt artikel 10a van de Wet door het niet in aftrek toelaten van verschuldigde rente een inbreuk op de vrijheid van belastingplichtigen bij het inrichten van hun financieringsstructuur.

In de tweede plaats heeft een belastingplichtige, en in het onderhavige geval een concern, de vrijheid zijn economische belangen en (financiële) middelen onder te brengen in een in Nederland gevestigde vennootschap, ook al wordt die keuze bepaald door omstandigheden die zijn gelegen in de sfeer van de belastingheffing. Anders dan met betrekking tot de hiervoor vermelde inbreuk op de vrijheid van de belastingplichtige met betrekking tot de keuze van zijn financieringsstructuur, blijkt uit de parlementaire behandeling van artikel 10a van de Wet niet dat met de invoering van die bepaling beoogd is deze tweede vrijheid te beperken. Hierom moet ervan worden uitgegaan dat de omstandigheid dat de Nederlandse vennootschap door het concern om fiscale redenen is ingeschakeld, voor de in het kader van artikel 10a, lid

3, letter a, van de Wet plaats vindende beoordeling van de beweegredenen van de desbetreffende rechtshandeling en de geldlening niet van belang is.

2.6.4. Het Hof heeft aan zijn oordeel dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat de geldlening en de daarmee verband houdende rechtshandeling zijn ingegeven door in overwegende mate zakelijke overwegingen, ten grondslag gelegd dat de inschakeling van belanghebbende bij het van de beurs halen van de aandelen C is ingegeven door fiscale motieven. Voor zover het middel tegen dit oordeel is gericht, slaagt het. Anders dan het Hof heeft geoordeeld is, zoals hiervoor in 2.6.3 is overwogen, de omstandigheid dat belanghebbende om fiscale redenen is ingeschakeld niet van belang bij de beoordeling of is voldaan aan de in artikel 10a, lid 3, letter a, van de Wet neergelegde dubbele zakelijkheidstoets.

Met betrekking tot de zakelijkheid van de kapitaalstorting in G heeft als uitgangspunt te gelden dat, zoals hiervoor in 2.6.3 is overwogen, belanghebbende keuzevrijheid heeft bij het bepalen van de wijze van financiering van G. De omstandigheid dat er mogelijk fiscale redenen waren om G te financieren met eigen vermogen in plaats van met vreemd vermogen, zoals de Inspecteur heeft gesteld, is gelet op de keuzevrijheid van belanghebbende niet van belang bij de beoordeling van de zakelijkheid van de rechtshandeling. Veeleer is van belang of er zakelijke motieven waren om de aandelen C van de beurs te halen door een Italiaanse biedingsvennootschap in plaats van rechtstreeks door

belanghebbende. Het middel slaagt mitsdien ook voor het overige.

2.7.1. Middel IV, dat zich richt tegen het hiervoor in 2.3.4.1 vermelde oordeel, bepleit dat de toets of al dan niet sprake is van een compenserende heffing moet worden aangelegd op het niveau waarnaar de door belanghebbende betaalde rente uiteindelijk doorstroomde.

2.7.2. Artikel 10a, lid 3, letter b, van de Wet bepaalt dat de uitsluiting van de renteaftrek van lid 2 van die bepaling niet van toepassing is wanneer de belastingplichtige aannemelijk maakt dat over de rente bij degene aan wie de rente 'rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd is', per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is. In de parlementaire behandeling van de wet die heeft geleid tot invoering van artikel 10a van de Wet, wordt over de compenserende heffing onder meer opgemerkt:

"Het woord 'indirect' heeft betrekking op de situatie waarin de vennootschap die de rente ontvangt een (afdwingbare) verplichting heeft om de inkomsten direct door te stoten naar de achterliggende aandeelhouder. Het gaat daarbij dus om pure doorstroomsituaties waarbij de ontvanger van de rente als een zogenoemde 'conduit' fungeert. In die situaties is het in de praktijk voor de inspecteur mogelijk om na te gaan of de rente bij een verbonden lichaam in een 'redelijke' belastingheffing wordt betrokken. In de overige gevallen, waarbij de ontvanger van de rente geen (afdwingbare) verplichting heeft om de inkomsten naar de achterliggende aandeelhouder door te stoten, waaronder de door deze leden geschetste situaties, is het verband te ver verwijderd om dit in de afweging te kunnen betrekken."

(Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 5, blz. 33).

Het Hof heeft deze wetsgeschiedenis aldus verstaan dat de toets of sprake is van een compenserende heffing in beginsel moet plaatsvinden bij de vennootschap die de rente rechtstreeks ontvangt. Dit zou, aldus het Hof, alleen dan anders zijn als deze vennootschap "een (afdwingbare) verplichting heeft om de inkomsten direct door te stoten naar de achterliggende aandeelhouder" (bedoeld zal zijn: crediteur). Dit houdt volgens het Hof in dat die vennootschap/crediteur fungeert als "doorgeefluik" van de ontvangen rente. In de opvatting van het Hof zou slechts in een dergelijk geval de toets moeten plaatsvinden bij die achterliggende crediteur.

2.7.3. Vooropgesteld wordt dat de terminologie 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' in artikel 10a van de Wet niet alleen is opgenomen in lid 3, letter b, van die bepaling, maar ook in de leden 1 en 2 van die bepaling. In de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 10a van de Wet wordt onder meer opgemerkt:

"De in de wettekst opgenomen term 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' strekt ertoe niet alleen die rente van aftrek uit sluiten welke zich voordoet in een situatie waarin er sprake is van het direct schuldig blijven maar ook in die gevallen waarin er rechtens geen, maar materieel gezien wel sprake is van schuldig blijven eventueel in samenhang met een kasrondje. Bij de beoordeling of de rente samenhangt met een schuldigerkenning wordt derhalve gekeken naar de materiële werkelijkheid. Dit brengt met zich dat de rente van een lening die formeel afkomstig is van een derde (bijvoorbeeld een financiële instelling) terwijl er in feite sprake is van rente terzake van een hiervoor bedoelde schuldigerkenning, niet in aftrek kan worden gebracht. Of de rente hier in feite mee samenhangt, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden. In dit verband kunnen worden genoemd de rente, de looptijd van de lening, het overeengekomen aflossingsschema, de hoogte van

de verstrekte lening in relatie tot het uitgekeerde dividend, het terugbetaalde kapitaal of de kapitaalstorting en voorts eventueel gestelde zekerheden. Deze omstandigheden kunnen in onderlinge samenhang bezien tot de conclusie leiden dat de aan het crediteurschap verbonden risico's in feite niet worden gedragen door de juridische schuldeiser maar bij voorbeeld door de [moedervernootschap]."

(Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3, blz. 17).

Met de terminologie 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' heeft de wetgever dus beoogd aan te sluiten bij de materiële werkelijkheid. In de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 10a van de Wet wordt voorts met name aan de hand van voorbeelden van situaties waarin een samenstel van rechtshandelingen juridisch zo is vormgegeven dat de materiële werkelijkheid aan het oog is onttrokken om buiten het bereik te blijven van de door de wetgever beoogde beperking van renteaftrek, nadere toelichting gegeven op de gebruikte terminologie. Aansluiting bij de materiële werkelijkheid kan echter ook ertoe leiden dat een samenstel van rechtshandelingen dat zich bij eerste waarneming binnen het bereik van de onderhavige beperking van renteaftrek bevindt, niettemin daarbuiten valt omdat de litigieuze geldlening materieel is verstrekt door een derde of door een verbonden persoon van wie over de rente per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is in de zin van artikel 10a, lid 3, letter b, van de Wet. Gelet op deze strekking van de regeling moet daarom ervan worden uitgegaan dat de toets of sprake is van een compenserende heffing in de zin van artikel 10a, lid 3, letter b, van de Wet niet alleen dan bij een

achterliggende crediteur moet worden aangelegd indien sprake is van een verplichting om de rente door te betalen, maar ook indien een met de belastingplichtige verbonden vennootschap de feitelijke financier is, maar de lening niet rechtstreeks aan de belastingplichtige heeft verstrekt, doch aan een andere partij die de gelden heeft doorgeleend aan de belastingplichtige. Looptijd, aflossingsschema, rentevergoeding, omvang en tijdstip van aangaan van de leningen moeten in ieder geval worden betrokken in de beoordeling van de vraag of een dergelijk geval zich voordoet.

2.7.4. Het Hof heeft geoordeeld dat de compenserendeheffingstoets moet worden toegepast op het niveau van A, aangezien belanghebbende niet erin is geslaagd aannemelijk te maken dat A de verplichting had de ontvangen rente door te stoten naar achterliggende lichamen. Gelet op hetgeen hiervoor in 2.7.3 is overwogen getuigt dit oordeel van een onjuiste rechtsopvatting. Het vierde middel slaagt derhalve eveneens.

2.8.1. Middel V behelst een beroep op artikel 43 en/of 56 EG (thans artikel 49 en/of 63 VWEU). Voor de beantwoording van de vraag of de renteaftrekbepierking van artikel 10a van de Wet in strijd komt met een van deze bepalingen is in de eerste plaats van belang of die renteaftrekbepierking ook van toepassing zou zijn wanneer belanghebbende met G een fiscale eenheid in de zin van artikel 15 van de Wet zou hebben gevormd. Indien dat niet het geval zou zijn, rijst vervolgens de vraag of dat verschil in toepasselijkheid van artikel 10a van de Wet in het licht van de onmogelijkheid voor belanghebbende om een fiscale eenheid met G te vormen een schending van een

van de vermelde bepalingen van het EG-Verdrag zou betekenen.

2.8.2.1. In het navolgende wordt een overzicht gegeven van de voor deze zaak van belang zijnde nationale regelingen zoals deze in het onderhavige jaar van toepassing waren.

2.8.2.2. Zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in het arrest BNB 2013/137 wordt met artikel 10a, lid 2, van de Wet beoogd tegen te gaan dat de Nederlandse belastinggrondslag wordt uitgehold door middel van rente die is verschuldigd op een geldlening die willekeurig en zonder bedrijfseconomische redenen is aangegaan. Als zodanige rente merkt artikel 10a, lid 2, van de Wet - behoudens de mogelijkheid van tegenbewijs als voorzien in artikel 10a, lid 3, van de Wet - onder meer aan rente ter zake van een geldlening die rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd aan een verbonden lichaam, voor zover die geldlening verband houdt met een kapitaalstorting in een verbonden lichaam. Bezien vanuit een groep van verbonden lichamen wordt dan in wezen eigen vermogen van de groep bij een Nederlands lichaam uit die groep als vreemd vermogen gepresenteerd (vgl. Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3, blz. 17). Aldus strekt artikel 10a, lid 2, van de Wet ertoe gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.

Voorts biedt artikel 10a, lid 3, van de Wet belastingplichtigen de mogelijkheid te bewijzen dat niet



sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit. De eisen die deze bepaling stelt zijn niet zodanig bezwarend dat deze mogelijkheid geen daadwerkelijke betekenis heeft. Gelet op een en ander blijft artikel 10a, lid 2, van de Wet binnen de door het Hof van Justitie in zijn arresten van 12 september 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544, BNB 2007/54, punt 55, en 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161, V-N 2007/15.9, punt 82, gestelde grenzen voor een wettelijke bepaling die de vrijheid van vestiging beperkt. Voorts volgt uit deze arresten niet dat in een geval als het onderhavige de beperking van de renteaftrek slechts ertoe mag leiden dat de door de debiteur verschuldigde belasting wordt verhoogd met het bedrag aan belasting dat de crediteur extra verschuldigd zou zijn wanneer bij hem de rente belast zou zijn naar een tarief dat naar Nederlandse maatstaven als redelijk moet worden aangemerkt. Het Europese evenredigheidsbeginsel verzet zich niet ertegen dat de bestrijding van ontduiking van Nederlandse belasting zich richt op het wegnemen van het volledige effect van de belastingontduiking voor de Nederlandse belastingheffing. Hierin schuilt geen onevenredigheid (vgl. HR 23 januari 2004, nr. 38258, ECLI:NL:HR:2004:AI0739, BNB 2004/142).

2.8.2.3. Artikel 15, lid 1, van de Wet bepaalt dat ingeval een belastingplichtige (de moeder vennootschap) de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95 percent van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (de

dochtervennootschap) op verzoek van beide belastingplichtigen de belasting van hen wordt geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtervennootschap deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedervennootschap (hierna: de consolidatie). De belastingplichtigen tezamen worden in dat geval aangemerkt als fiscale eenheid. De belasting wordt geheven van de moedervennootschap. Belastingplichtigen zijn vrij om een dochtervennootschap al dan niet in een fiscale eenheid op te nemen.

2.8.2.4. Ingevolge artikel 15, lid 3, aanhef en letter c, van de Wet is een fiscale eenheid slechts mogelijk tussen in Nederland gevestigde belastingplichtigen. Verder geldt als vereiste dat voor de vennootschappen van de fiscale eenheid dezelfde bepalingen voor het bepalen van de winst van toepassing zijn (artikel 15, lid 3, letter b, van de Wet).

2.8.2.5. Op grond van artikel 15, lid 5, van de Wet komt de fiscale eenheid tot stand op het door belastingplichtigen in het verzoek vermelde tijdstip, doch niet eerder dan drie maanden vóór het tijdstip waarop het verzoek is gedaan. Artikel 15, lid 6, aanhef en letter d, van de Wet bepaalt dat de fiscale eenheid met een dochtervennootschap op gezamenlijk verzoek eindigt met ingang van het in het verzoek genoemde tijdstip doch niet eerder dan de datum van indiening van het verzoek. De fiscale eenheid neemt ook een einde zodra niet meer aan één of meer van de hiervoor in 2.8.2.3 en 2.8.2.4 vermelde voorwaarden wordt voldaan.

2.8.2.6. Een negatief resultaat dat is geleden door een vennootschap die behoort tot de fiscale eenheid komt door de consolidatie in mindering op in dat jaar behaalde positieve resultaten van andere tot die fiscale eenheid behorende vennootschappen. Afzonderlijke winsten en verliezen van de tot de fiscale eenheid behorende vennootschappen zijn dan ook niet zichtbaar. Daarnaast heeft de consolidatie bij een fiscale eenheid ook andere gevolgen. Zo worden leningen van de moedervennootschap - en daardoor debiteurenrisico, renten en valutaresultaten op zodanige leningen - aan de dochtervennootschap en kapitaalstortingen in de dochtervennootschap en resultaten op interne transacties geëlimineerd, waardoor intragroeptransacties fiscaal neutraal zijn. Indien een dochtervennootschap aandelen verwerft in een ander lichaam, gefinancierd uit een kapitaalstorting door de moedervennootschap, worden als gevolg van de consolidatie deze twee transacties gezamenlijk, binnen de fiscale eenheid, aangemerkt als een verwerving door de moedervennootschap van die aandelen in dat andere lichaam. Weliswaar bepaalt artikel 10a, lid 4, letter d, van de Wet dat een vennootschap die met een belastingplichtige vennootschap een fiscale eenheid vormt voor de toepassing van artikel 10a van de Wet met die belastingplichtige een verbonden lichaam vormt, maar uit de wetsgeschiedenis van die bepaling volgt dat met de invoering van die bepaling is beoogd dat transacties binnen een fiscale eenheid, na verbreking van die fiscale eenheid worden aangemerkt als transacties tussen verbonden lichamen (Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, blz. 10, en Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 7,

blz. 12). Een verder strekkende uitleg zou haaks staan op het uitgangspunt dat tijdens het bestaan van de fiscale eenheid de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. Tijdens het bestaan van de fiscale eenheid maken derhalve de door de dochtermaatschappij verworven aandelen deel uit van het vermogen van de moedermaatschappij.

2.8.2.7. Een fiscale eenheid kan voor de betrokken vennootschappen ten opzichte van de situatie van afzonderlijke belastingplicht ook aspecten (elementen) hebben die nadelig zijn. Zo is bijvoorbeeld voor de fiscale eenheid het lagere belastingtarief - voor de winst tot € 22.689 (2004; in latere jaren tot € 200.000 of € 275.000) - slechts eenmaal van toepassing. Ook kan voor de belastingplichtige een nadeel ontstaan indien een van de fiscale eenheid deel uitmakende dochtervennootschap ophoudt te bestaan als gevolg van de opheffing van een faillissement wegens gebrek aan baten. In een dergelijk geval treedt bij de moedervernootschap een fiscaal relevante vermogensvermeerdering - en daardoor een belastbare winst - op voor zover de schulden van de dochtervennootschap onbetaald zijn gebleven (zie HR 10 september 2010, nr. 08/03498, ECLI:NL:HR:2010:BJ9665, BNB 2010/308). Verder kan een nadeel ontstaan doordat elk van de dochtervennootschappen die deel uitmaken van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk is voor de vennootschapsbelasting die is geheven van de fiscale eenheid. Een nadelig element is verder gelegen in de omstandigheid dat investeringen van de tot de fiscale eenheid behorende vennootschappen

worden samengevoegd waardoor het voor de investeringsaftrek toe te passen percentage voor de fiscale eenheid lager kan zijn dan het zou zijn geweest indien de vennootschappen afzonderlijk in de heffing van vennootschapsbelasting zouden worden betrokken.

2.8.3. Indien G in Nederland zou zijn gevestigd, had deze vennootschap vanaf 3 mei 2004 - de dag waarop belanghebbende € 237.302.000 in G heeft gestort -, na een daartoe strekkend verzoek, in een fiscale eenheid met belanghebbende kunnen worden opgenomen. Dan zou artikel 10a van de Wet - de beperking van de renteaftrek - niet van toepassing zijn. In dat geval zouden de aandelen C immers geacht moeten worden te zijn verworven door (belanghebbende als moedervervennootschap van) de fiscale eenheid en zou door de consolidatie binnen de fiscale eenheid geen sprake zijn geweest van een met een kapitaalstorting in G verband houdende geldlening, welke kapitaalstorting onder het bereik valt van artikel 10a van de Wet (zie hiervoor in 2.8.2.6).

2.8.4. In het arrest van 25 februari 2010, X Holding BV, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, BNB 2010/166 (hierna: het arrest X Holding), heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat de artikelen 43 en 48 EG zich niet verzetten tegen de wettelijke regeling van een lidstaat die een moedervervennootschap de mogelijkheid biedt om met haar ingezeten dochtervennootschap een fiscale eenheid te vormen, doch die niet toestaat dat een dergelijke fiscale eenheid wordt gevormd met een niet-ingezeten dochtervennootschap omdat laatstgenoemde vennootschap voor de belasting van haar winst niet is onderworpen aan de belastingwet van deze lidstaat.

In zijn arresten van 24 juni 2011, nr. 09/05115, ECLI:NL:HR:2011:BN3537, BNB 2011/244, en van 21 september 2012, nr. 10/05268, ECLI:NL:HR:2012:BT5858, BNB 2013/15, heeft de Hoge Raad deze verklaring voor recht aldus uitgelegd dat de artikelen 43 en 48 EG zich niet alleen niet verzetten tegen het (aan ingezeten vennootschappen voorbehouden van het) uit het wezen van de fiscale eenheid voortvloeiende gevolg dat verliezen binnen de fiscale eenheid kunnen worden gecompenseerd, maar evenmin tegen andere verschillen in behandeling die bij de vaststelling van de aanslag voortvloeien uit de consolidatie. Met deze arresten heeft de Hoge Raad het belastingplichtigen niet toegestaan met een beroep op de vrijheid van vestiging naar believen de voordelen van afzonderlijke elementen die rechtstreeks samenhangen met het wezen van de fiscale eenheid (de consolidatie) deelachtig te worden. Daarmee heeft de Hoge Raad de zogenoemde 'per-elementbenadering' verworpen.

Het arrest HvJ 2 september 2015, Groupe Steria SCA, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524, BNB 2015/223 (hierna: het arrest Groupe Steria), punt 28, en het arrest HvJ 6 oktober 2015, Finanzamt Linz, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661 (hierna: het arrest Finanzamt Linz), doen twijfel rijzen of de Hoge Raad de 'per-elementbenadering' terecht heeft verworpen. Het Hof van Justitie heeft in zijn arresten namelijk geoordeeld dat aangaande de andere belastingvoordelen dan de overdracht van verliezen binnen een fiscaal geïntegreerde groep afzonderlijk moet worden beoordeeld of een lidstaat die voordelen kan voorbehouden aan vennootschappen die deel uitmaken van een fiscaal geïntegreerde groep en die

voordelen dus kan uitsluiten in grensoverschrijdende situaties.

2.8.5. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.

2.8.5.1. Vooropgesteld wordt dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat artikel 10a van de Wet op zichzelf beschouwd niet in strijd is met de vrijheid van vestiging van artikel 43 EG (zie hiervoor in 2.8.2.2).

2.8.5.2. Zowel in het arrest Groupe Steria als in het arrest Finanzamt Linz hield het nadeel van een investering in een buitenlandse vennootschap geen verband met consolidatie binnen een fiscale groep, maar met een bijzondere regeling die het fiscale voordeel (de aftrek van kosten respectievelijk afschrijving op goodwill) beperkte tot binnenlandse dochtervennootschappen.

In het onderhavige geval vloeit het verschil in behandeling evenwel rechtstreeks voort uit de consolidatie binnen een fiscale eenheid.

2.8.5.3. Dan komt aan de orde of de verkeersvrijheden mogen worden beperkt ter verzekering van de samenhang in de regeling van de fiscale eenheid, met name met betrekking tot de gevolgen van de fiscale consolidatie. In dat verband is van belang dat die consolidatie, zoals hiervoor in 2.8.2.7 is uiteengezet, voor de betrokken vennootschappen ten aanzien van specifieke elementen van de winstbepaling ook nadelige gevolgen kan hebben. Indien met betrekking tot een niet in Nederland gevestigde vennootschap die, wanneer zij in Nederland zou zijn gevestigd in een fiscale eenheid zou kunnen worden opgenomen, per element van de fiscale-eenhedsregeling kan of moet worden beoordeeld of sprake is van een ongelijke behandeling, zal het gevolg allicht

zijn dat de betrokken vennootschappen zich effectief uitsluitend beroepen op de voor hen voordelige gevolgen die zouden zijn verbonden aan het bestaan van een fiscale eenheid waarvan zij deel zouden uitmaken. Bovendien kunnen deze vennootschappen van jaar tot jaar achteraf beoordelen met betrekking tot welk(e) element(en) sprake is van een zodanig voordelig gevolg, welk gevolg dan vervolgens zal worden ingeroepen. Dit in tegenstelling tot (binnenlandse) vennootschappen die op de hiervoor in 2.8.2.3 beschreven wijze verzoeken te worden opgenomen in een fiscale eenheid, en die hun keuze daarvoor dus vooraf en met aanvaarding van alle gevolgen ervan moeten uitbrengen.

2.8.6. Het is de vraag of de samenhang in de gevolgen van de fiscale eenheid een dwingende reden van algemeen belang is om de hiervoor in 2.8.4 bedoelde 'per-elementbenadering' voor alle gevolgen van een fiscale eenheid die uit het wezen van de consolidatie voortvloeien, af te wijzen. Het antwoord op die vraag is niet buiten redelijke twijfel.

De Hoge Raad zal daarom op de voet van artikel 267 VWEU een vraag voorleggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot de uitlegging van het recht van de Unie.

### 3. Beslissing

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

Moeten de artikelen 43 en 48 EG (thans 49 en 54 VWEU), aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan een in een lidstaat



gevestigde moedervernootschap met betrekking tot een geldlening die verband houdt met een kapitaalstorting in een dochtervernootschap in een andere lidstaat, geen aftrek van rente is toegestaan, terwijl die aftrek wel zou kunnen worden genoten indien die dochtervernootschap zou zijn opgenomen in een fiscale eenheid - met de kenmerken als die van de Nederlandse fiscale eenheid - met die moedervernootschap omdat alsdan door de consolidatie geen verband met een zodanige kapitaalstorting is waar te nemen?

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

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.A.C.A. Overgaauw als voorzitter, en de raadsheren C.B. Bavinck, P.M.F. van Loon, M.E. van Hilten en E.F. Faase, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier E. Cichowski, en in het openbaar uitgesproken op 8 juli 2016.