



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Verslag YIN winter seminar “wat is over van Lexel”?

Bane, R.K.; Dolderman, T.

Citation

Bane, R. K., & Dolderman, T. (2025). Verslag YIN winter seminar “wat is over van Lexel”? *Weekblad Fiscaal Recht*, 2025(7574), 22-25. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4256937>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4256937>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Verslag YIN Winter Seminar “wat is over van Lexel”?

WFR 2025/129

Verslag van het op 27 november 2024 aan de Universiteit van Amsterdam gehouden jaarlijkse Young IFA Network (YIN) Winter Seminar. Dit jaar stond de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 4 oktober 2024 in de zaak X BV³ centraal.

1. Opening

Dolderman verwelkomde de deelnemers bij het YIN Winter Seminar van het Young IFA Network van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Belastingrecht bij de Universiteit van Amsterdam.⁴

Vervolgens legde Dolderman uit dat het YIN Winter Seminar bestond uit twee onderdelen:

- i. een algemene inleiding over de zaak X BV in relatie tot art. 10a Wet VPB, verzorgd door Svitlana Buriak;⁵ en
- ii. een paneldiscussie over de gevolgen van de zaak X BV in relatie tot art. 10a Wet VPB met Mehdi el Manouzi⁶ (voorzitter), Christophe Rabouw,⁷ Svitlana Buriak en Kasper Klein.⁸

Tot slot vroeg Dolderman aandacht voor aankomende evenementen van de YIN, zoals het YIN Spring Seminar over belastingheffing van vermogende particulieren en bilaterale sessies met onder andere Ierland en Italië, en evenementen van het Women of IFA Network (WIN).

2. Introductie van het onderwerp

De inhoudelijke aftrap van het seminar werd verzorgd door Buriak. Vanuit een transfer pricing perspectief onderzocht

zij in hoeverre het zakelijkheidsbeginsel (*‘arm’s length principle’*) geldt als de proportionaliteitsstandaard bij de Europeesrechtelijke misbruiktoets. Deze vraag kwam op naar aanleiding van de spraakmakende uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof of HvJ EU) in het *Lexel*-arrest.⁹ Hieruit werd in de fiscale vakliteratuur geconcludeerd dat het Hof suggereerde dat geen sprake kan zijn van een volstrekt kunstmatige constructie indien een lening is aangegaan tegen een zakelijke rente.¹⁰

2.1 Lexel en de Zweedse renteaftrekbeperking

Buriak vertelde dat in het *Lexel*-arrest een Zweedse anti-winstdrainagebepaling centraal stond die vergelijkbaar is met art. 10a Wet VPB. De Zweedse bepaling stond renteaftrek in gelieerde situaties toe als de rentebate bij de ontvanger tegen een tarief van ten minste 10% werd belast. Hierop werd een uitzondering gemaakt ingeval de lening is aangegaan met het oog op het behalen van een aanzienlijk belastingvoordeel. Als niet aan de 10%-regel was voldaan, kon de rente alsnog in aftrek worden gebracht indien de lening voornamelijk is aangegaan uit commerciële overwegingen.

Lexel was een Zweedse vennootschap die een lening was aangegaan bij een Franse groepsvennootschap. Met deze gelden kocht Lexel een aandelenbelang van een Spaanse groepsvennootschap (een interne verhangings). Tijdens de zitting verklaarde de gemachtigde van Lexel dat de aandelen enkel waren gekocht omdat de Spaanse vennootschap middelen nodig had voor de financiering van een externe acquisitie, en daarvoor de aandelen van de groepsvennootschap verkocht aan Lexel.

Buriak merkte op dat het Hof in Lexel in mindere mate beoordeelde of op basis van de feiten en omstandigheden sprake was van kunstmatigheid. De financieringsbehoefte bij de Spaanse vennootschap lijkt immers geen omleiding via Zweden te rechtvaardigen. Hier lijkt enkel belastingbesparing aan ten grondslag te liggen.

Het HvJ EU hechtte veel waarde aan de manier waarop de Zweedse Belastingdienst de bepaling in de praktijk toepaste. Daarover is ook op de zitting verklaard door Zweden. Deze toepassing was ruimer dan het sec bestrijden van misbruik.

Het HvJ EU oordeelde uiteindelijk dat de Zweedse bepaling in strijd was met het vrij verkeer van vestiging. Het Hof stelde dat de regeling verder ging dan noodzakelijk was om misbruik tegen te gaan. De bepaling bleef niet beperkt tot volkomen kunstmatige of fictieve constructies.

¹ Rhys Bane is Senior Associate bij Lubbers, Boer & Douma te Den Haag en is daarnaast als buitenpromovendus verbonden aan de Universiteit Leiden. Rhys neemt daarnaast namens het Young IFA Network (YIN) zitting in het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Belastingrecht.

² Timo Dolderman is specialist vennootschapsbelasting. Timo is daarnaast voorzitter van het Young IFA Network (YIN) van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Belastingrecht.

³ HvJ EU 4 oktober 2024, nr. C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822 (*X BV*).

⁴ De Nederlandse tak van de International Fiscal Association (IFA).

⁵ Dr. S. Buriak is als docent verbonden aan de Universiteit van Amsterdam, is directeur van het Amsterdam Center for Transfer Pricing and Income Allocation (ACTPL) en is tevens verbonden aan Loyens & Loeff te Amsterdam.

⁶ M. el Manouzi LL.M. is werkzaam als belastingadviseur bij Dentons te Amsterdam, is als docent belastingrecht verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en is daarnaast lid van de YIN-Commissie van het Young IFA Network (YIN) van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Belastingrecht.

⁷ Mr. C.N. Rabouw is werkzaam als vaktechnisch coördinator vennootschapsbelasting bij de Belastingdienst Amsterdam en is als gastdocent verbonden aan de Universiteit Leiden.

⁸ Mr. K.F.P. Klein is werkzaam als Senior Tax Manager bij KPMG Meijburg & Co te Rotterdam.

⁹ HvJ EU 20 januari 2021, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (*Lexel AB*).

¹⁰ Zie voor een overzicht van de reacties in de Nederlandse literatuur op Lexel; M.J. van Hulten, ‘Lexel AB: marktconformiteit, kunstmatigheid en economische integratie’, *WFR* 2021/201, par. 1.

Het meest opvallend in Lexel was volgens Buriak het oordeel van het Hof dat bij een lening die tegen een zakelijke rente is aangegaan, geen sprake kan zijn van een volstrekt kunstmatige constructie. Dit riep de vraag op of het HvJ EU hiermee een veilige haven introduceerde: zijn zakelijke voorwaarden voldoende om te voorkomen dat een transactie als misbruik kwalificeert? Buriak gaf aan dat hier in de praktijk veel discussie over was en dat er veel kritiek op kwam en het wachten was op nadere duiding van het HvJ EU.

2.2 De zaak X BV en artikel 10a Wet VPB

Lexel kreeg een vervolg in het op 4 oktober 2024 gewezen arrest X BV. De Hoge Raad vroeg in deze zaak aan het Hof of art. 10a VPB een ongeoorloofde belemmering vormt van de vrijheid van vestiging van art. 49 jo. 54 van het VWEU.

Voordat ze in de details van deze zaak dook, maakte Buriak een vergelijking tussen de Zweedse regeling die in Lexel ter discussie stond en art. 10a Wet VPB. Hoewel beide bepalingen overeenkomsten vertonen, heeft de Zweedse bepaling een breder toepassingsbereik. De regeling is niet gericht op specifieke transacties (zoals de rechtshandelingen die zijn opgesomd in art. 10a lid 1 Wet VPB), maar had – in ieder geval in de praktijk – betrekking op alle leningen die waren afgesloten tussen verbonden lichamen, ongeacht waar de middelen voor werden gebruikt. Daarnaast lag de nadruk van de Zweedse belastingautoriteiten in de praktijk in toenemende mate op het gevolg van de lening. Zodra de lening resulteerde in een belastingbesparing weigerden zij de aftrek. Hierbij werd nauwelijks gekeken naar de commerciële overwegingen die aan de lening ten grondslag lagen.

In X BV bood de conclusie van A-G Emiliou¹¹ belangrijke inzichten. Veel van zijn inzichten zijn – doorgaans wat beknopter – overgenomen door het Hof. A-G Emiliou concludeerde dat het Lexel-arrest niet vaag of dubbelzinnig was. Hij vond dat het Hof moest terugkomen op de lijn die is uitgedragen in het Lexel-arrest. Volgens de A-G moet de volledige opzet en de bedoeling van de transactie worden onderzocht. Hierbij moet ook worden beoordeeld of deze zonder belastingvoordeel hadden plaatsgevonden. Daarnaast zou een rol moeten spelen of de structuur een al te ingewikkelde indruk maakt en stappen bevat die (afgezien van de gevolgen voor de belastingdruk) overbodig zijn. Eventuele zakelijkheid van de rente kan daarbij volgens de A-G niet als veilige haven fungeren.

Uiteindelijk oordeelt het Hof dat we het Lexel-arrest onjuist hebben geïnterpreteerd. Uit het Lexel-arrest kan niet worden afgeleid dat een zakelijke rente per definitie betekent dat geen sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie. Tegelijkertijd heeft het Hof uitleg gegeven over de reikwijdte van het zakelijkheidsbeginsel onder het EU-recht als een proportionaliteitsnorm en verduidelijkt het

Hof dat naleving van het zakelijkheidsbeginsel niet alleen betrekking heeft op een marktconforme rente, maar ook op de economische rationaliteit van de lening in kwestie en de daarmee samenhangende rechtshandelingen. Naleving van het zakelijkheidsbeginsel houdt in dat wordt gewaarborgd dat het aangaan van een lening en de daarmee gepaard gaande rechtshandelingen overeenkomen met wat ondernemingen onder zakelijke omstandigheden zouden zijn overeengekomen. Dit komt neer op het vaststellen van de economische realiteit van de transacties, waarvan de afwezigheid een doorslaggevende factor vormt bij de aanmerking als volstrekt kunstmatige constructie. Een onderzoek naar de zakelijkheid van de lening en de daarmee verband houdende rechtshandelingen (niet enkel de rente) komt neer op de vaststelling van de economische realiteit van de transactie. En, zoals volgt uit het Lexel-arrest, vormt het ontbreken van economische realiteit een van de doorslaggevende elementen voor de kwalificatie van een transactie als volstrekt kunstmatige constructie.

2.3 Bevindingen naar aanleiding van X BV

Hoewel deze nadere uitleg van de rol van het zakelijkheidsbeginsel de toepassing van de misbruiktoets verduidelijkt, vond Buriak het opvallend dat de relevante overwegingen hierover niet zijn opgenomen in het dictum van het arrest. Daardoor blijft het onduidelijk welke betekenis hier uiteindelijk aan gegeven dient te worden. Fungeert het zakelijkheidsbeginsel nog steeds als proportionaliteitsstandaard? En wat is de rol hiervan in de misbruiktoets?

Buriak overwoog dat het zakelijkheidsbeginsel en de misbruiktoets uit het Europese recht een ander doel dienen. Het zakelijkheidsbeginsel verdeelt heffingsgrondslag. In die zin kwalificeert het beginsel niet als antimisbruikbepaling. Hierbij merkte ze wel op dat dit genuanceerder ligt zodra de substance in een transactie wordt beoordeeld en – bij afwezigheid daarvan – een transactie wordt genegeerd.

Buriak gaf in haar presentatie een genuanceerd inzicht in de complexe verhouding tussen het zakelijkheidsbeginsel, de misbruiktoets en het daarvan onderdeel uitmakende proportionaliteitsbeginsel. Ze concludeerde dat ook na het X BV-arrest niet volkomen duidelijk is welke rol het zakelijkheidsbeginsel heeft bij de misbruiktoets en liet daarmee ruimte voor een interessante discussie tussen de panelleden.

3. Paneldiscussie en debat

Na de introductie van het onderwerp door Buriak, opende El Manouzi de paneldiscussie en het debat met de aanwezigen in de zaal. Dit ging aan de hand van een drietal stellingen, die hierna een voor een worden behandeld.

Daarvoor gaf El Manouzi de ruimte aan het publiek om wat initiële reacties op de presentatie van Buriak te geven. Naar aanleiding hiervan werd er vanuit de zaal gevraagd wat de rol is van het zakelijkheidsbeginsel. Buriak ant-

¹¹ Conclusie van A-G Emiliou van 14 maart 2024 in de zaak X BV, C-585/22.

woordde dat enerzijds uit het staatssteunrecht niet volgt dat een zakelijkheidsbeginsel verplicht is voor lidstaten, maar dat anderzijds het zakelijkheidsbeginsel wel functioneert als proportionaliteitsmaatstaf bij de beoordeling of bepaalde antimisbruikregels verder gaan dan noodzakelijk. Tot slot wees Buriak op het bestaan van jurisprudentie waarin het HvJ EU heeft geoordeeld dat (de toepassing van) het zakelijkheidsbeginsel op zichzelf een belemmering van de verkeersvrijheden kan opleveren.

Vervolgens was er naar aanleiding van een opmerking van Buriak dat vanuit een verrekenprijsperspectief de volledige transactie zou worden beoordeeld discussie over de vraag of art. 10a Wet VPB nog noodzakelijk zou zijn als deze benadering zou worden gehanteerd. Immers, als de rechtshandeling en de lening volledig zouden worden getoetst aan het zakelijkheidsbeginsel¹² met *fraus legis* als achtervang, zouden kunstmatige constructies kunnen worden bestreden zonder art. 10a Wet VPB.

Tot slot werd er nog gediscussieerd over de vormgeving van de prejudiciële vragen van de Hoge Raad, waarbij vanuit de zaal werd opgemerkt dat de vormgeving mede is ingegeven door de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de kwalificatie van vreemd vermogen en eigen vermogen, welke benadering sterk afwijkt van die van de benadering in de OESO-verrekenprijssrichtlijnen die thans ook is opgenomen in het Verrekenprijbsbesluit.¹³

3.1 Stelling 1: De 10%-redelijke heffingstoets

De eerste stelling was aangedragen door Klein en luidde als volgt: *“The rebuttal rule for 10% compensating levy requirement is essentially a burden of proof rule since 2008. As such, Sec. 10a may be considered not to be a restriction of the EU freedom of establishment under current law.”*

Klein leidde de stelling in met het Unierechtelijke toetsingskader, beginnend met de vraag welke verdragsvrijheid van toepassing is. Klein gaf aan dat het in dit geval de vrijheid van vestiging betreft omdat art. 10a Wet VPB gericht is op intragroepelingen. Hoewel hierover twijfels zouden kunnen bestaan omdat de definitie van verbonden lichaam ook situaties kan omvatten waar er geen sprake is van doorslaggevende zeggenschap, vond Klein het uiteindelijk redelijk dat het Hof uitsluitend toetste aan de vrijheid van vestiging.

Vervolgens ging Klein in op de vraag of er daadwerkelijk sprake is van een belemmering. In de eerste plaats heeft het Hof in het *X BV*-arrest deze vraag ter beoordeling overgelaten aan de Hoge Raad, aldus Klein. Het arrest zag echter op het jaar 2007. Vanaf 2008 is art. 10a Wet VPB aangepast, waardoor de compenserende heffingstoets in wezen een verschuiving van de bewijslast inhoudt. Rabouw rea-

geerde dat er wellicht in zijn geheel geen sprake is van een belemmering, omdat de 10%-redelijke heffingstoets geen onderscheid zou maken tussen binnenlandse en grensoverschrijdende gevallen. Volgens het Hof is het immers aan de Hoge Raad om vast te stellen of uitsluitend in grensoverschrijdende gevallen niet aan de 10%-redelijke heffingstoets kan worden voldaan, en dat is volgens Rabouw niet aan de orde. Ook in binnenlandse gevallen kan niet worden voldaan aan de 10%-redelijke heffingstoets, bijvoorbeeld bij partieel belastingplichtigen of beleggingsinstellingen. Klein reageerde dat op dit punt de woorden ‘naar Nederlandse maatstaven’ wellicht problematisch kunnen zijn, omdat hierdoor *de facto* wel een onderscheid kan ontstaan tussen binnenlandse en grensoverschrijdende gevallen. Binnenlandse gevallen zullen bij een statutair tarief van 10% immers in principe naar Nederlandse maatstaven voldoende belast zijn, terwijl in grensoverschrijdende gevallen eerst moet worden gecorrigeerd ‘naar Nederlandse maatstaven’. Rabouw begrijpt echter wel het standpunt van Klein, het is namelijk minder waarschijnlijk dat in grensoverschrijdende gevallen wordt voldaan aan de 10%-redelijke heffingstoets dan in binnenlandse gevallen. Desondanks zag Rabouw ruimte voor de Hoge Raad om te oordelen dat geen sprake is van een belemmering.

Buriak citeerde tot slot een hooggeleerde fiscalist, die had gezegd dat verrekenprijsspecialisten bezig zijn met de verdeling van de belastbare winst, maar dat het daar niet om draait: het draait om de verdeling van de bewijslast. De partij die het bewijs moet leveren, heeft het moeilijker dan de wederpartij.

Vanuit de zaal werd tot slot de huidige situatie in Spanje omschreven. De hoogste rechter in belastingzaken eist daar op basis van de jurisprudentie van het HvJ EU¹⁴ dat de Spaanse belastingdienst bewijs levert van misbruik. Buriak reageerde onder verwijzing naar een bijdrage in het *liber amicorum* van prof. Rainer Prokisch¹⁵ hierop dat uit rechtspraak van het Hof volgt dat nationale maatregelen moeten worden getoetst aan de verkeersvrijheden en dat daarbij de belastingplichtige tegenbewijs moet kunnen leveren. Er zijn volgens Buriak geen expliciete uitspraken over hoe de bewijslast moet zijn verdeeld en deze vraag speelt ook geen centrale rol in de zaak van *X BV*.

3.2 Stelling 2: Lexel en X BV

De tweede stelling was aangedragen door El Manouzi en luidde als volgt: *“The European Court of Justice hasn’t*

¹² Op basis van de OESO-verrekenprijssrichtlijnen.

¹³ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 juni 2022, nr. 2022-0000139020, *Stcrt.* 2022-16685.

¹⁴ O.a. HvJ EU 7 september 2017, C-6/16 (*Eqiom en Enka*), ECLI:EU:C:2017:641, BNB 2018/55 & HvJ EU 20 december 2017, C-504/16 & C-613/16 (*Deister Holding en Juhler Holding/Bundeszentralamt für Steuern*), ECLI:EU:C:2017:1009, BNB 2018/56.

¹⁵ J.F. Pinto Nogueira, ‘Abuse, Proportionality and the Burden of Proof in CJEU’s Case Law on Direct Taxation’ (November 9, 2022), *Taxes Crossing Borders (and Tax Professors Too): Liber Amicorum Prof. Dr R.G. (Rainer) Prokisch*, Maastricht: Maastricht University Press 2022.

changed its' mind since Lexel. It only brought more guidance on 'wholly artificial arrangements'"

El Manouzi vroeg Rabouw wat zijn visie is op de verhouding tussen de twee uitspraken van het Hof. Rabouw gaf aan dat het verschil tussen de twee zaken gelegen kan zijn in de toepassing van de Zweedse en de Nederlandse regeling in de praktijk. Zoals Buriak in haar presentatie heeft toegelicht werd de Zweedse regeling in de praktijk zeer streng toegepast door de Zweedse belastingdienst. In Nederland is de toepassing in lijn met de wettekst en de parlementaire geschiedenis. Rabouw gaf aan dat de Zweedse regeling niet uitsluitend misbruik bestrijdt, maar ook 'agressieve taxplanning,' en dat dat ook zo door het HvJ EU in Lexel is verwoord.

Vanuit de zaal werd gevraagd of Zweden de wetgeving overweegt aan te passen na de uitspraak in de zaak van X BV. Rabouw pakte deze vraag op en gaf aan dat hij had begrepen van een Zweedse belastingadviseur dat de Zweedse regelgeving sinds Lexel (nog) niet is aangepast. Zweden zou ook gewacht hebben op het arrest X BV. Wel zou de toepassing van de wetgeving veranderd kunnen zijn naar aanleiding van het Lexel-arrest, aldus Rabouw.

Over de vraag of het Hof met de uitspraak in de zaak van X BV om is gegaan, gaf Klein aan dat de verschillen tussen de uitspraken moeilijk te verklaren zijn en nog onduidelijkheid laten bestaan. Rabouw gaf aan dat het Hof doorgaans niet (expliciet) omgaat en dat het bedoeld zal hebben het Lexel-arrest te verduidelijken. Buriak gaf aan dat wat haar betreft in de zaak van X BV naar voren komt dat het zakelijkheidsbeginsel kan functioneren als proportionaliteitstoets: als de (gehele) transactie voldoet aan het zakelijkheidsbeginsel, maar de antimisbruikregel is nog steeds van toepassing, kan het zo zijn dat de maatregel verder gaat dan noodzakelijk.

Rabouw gaf aan dat de Nederlandse tegenbewijsregeling een toets inhoudt op basis waarvan belastingplichtigen aan nemelijk kunnen maken dat sprake is van zakelijke overwegingen; hij leest in het arrest X BV, vanwege de grondige bestudering van het Hof van art. 10a Wet VPB, de bevestiging dat de regelgeving voldoet aan de proportionaliteitstoets van het Hof. Dit geldt zowel voor het vermoeden dat er sprake kan zijn van misbruik (paragraaf 70 van arrest X BV) als voor de tegenbewijsmogelijkheid om in overwegende mate zakelijke overwegingen aan te dragen (paragraaf 85 van het arrest X BV). Buriak ziet het zakelijkheidsbeginsel als proportionaliteitstoets om te bepalen of er sprake is van zakelijke overwegingen. Voor zover de Nederlandse tegenbewijsregeling verder gaat dan die proportionaliteitstoets, zou deze in strijd kunnen zijn met het Unierecht.

3.3 Stelling 3: Toekomst van art. 10a Wet VPB

De derde stelling was aangedragen door Rabouw en luidde als volgt: *"The future of article 10a of the Dutch Corporate Income Tax Act of 1969 depends on the development of EU anti-abuse regulations."*

Vanuit de zaal werd gevraagd naar de toekomst van de compenserende heffingstoets na invoering van Pijler Twee. In het bijzonder werd er gevraagd of de compenserende heffingstoets, mocht deze een belemmering vormen, na de invoering van Pijler Twee nog steeds een belemmering vormt. Klein reageerde hierop dat wellicht de groep belastingplichtigen waar de compenserende heffingstoets een probleem oplevert kleiner wordt, maar dat Pijler Twee uitsluitend ziet op groepen met een geconsolideerde omzet van meer dan € 750 miljoen, terwijl art. 10a Wet VPB algemeen toepasbaar is op alle vennootschapsbelastingplichtigen, ongeacht de groepsomzet. Rabouw sloot zich hierbij aan.

4. Afsluiting

El Manouzi sloot de paneldiscussie en bedankte namens de YIN-commissie Buriak, Rabouw en Klein voor hun bijdragen en bedankte het publiek voor hun aanwezigheid.