



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

20 januari 2021 ^{*i}

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 49 VWEU – Vrijheid van vestiging –
Vennootschapsbelasting – Belasting van tot een groep behorende ondernemingen –
Nationale belastingwetgeving waarbij aan een vennootschap met zetel in een lidstaat het verbod
wordt opgelegd om de rente af te trekken die is betaald aan een in een andere lidstaat gevestigde
vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep van vennootschappen, wanneer er sprake is
van een aanzienlijk belastingvoordeel”

In zaak C-484/19,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend
door de Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden) bij beslissing van
5 juni 2019, ingekomen bij het Hof op 25 juni 2019, in de procedure

Lexel AB

tegen

Skatteverket,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: J.-C. Bonichot, kamerpresident, L. Bay Larsen, C. Toader, M. Safjan en
N. Jääskinen (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: M. Bobek,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 juli 2020,

gelet op de opmerkingen van:

- Lexel AB, vertegenwoordigd door M. Larsén,
- de Skatteverk, vertegenwoordigd door M. Andersson Berg en M. Laxmark als gemachtigden,

* Procestaal: Zweeds.

- de Zweedse regering, aanvankelijk vertegenwoordigd door H. Eklinder, C. Meyer-Seitz, H. Shev, R. Shahsavan Eriksson, J. Lundberg, A. M. Runeskjöld, M. Salborn Hodgson, A. Falk en O. Simonsson, vervolgens door H. Eklinder, C. Meyer-Seitz, H. Shev, R. Shahsavan Eriksson, J. Lundberg, A. M. Runeskjöld, M. Salborn Hodgson en O. Simonsson als gemachtigden,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M.K. Bulterman en M.H.S. Gijzen als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door K. Simonsson, A. Armenia, E. Ljung Rasmussen en G. Tolstoy als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,
het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 49 VWEU.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Lexel AB, een vennootschap naar Zweeds recht, en de Skatteverk (belastingdienst, Zweden) over de weigering van de Skatteverk om Lexel de aftrek toe te staan van bepaalde rente-uitgaven die zijn betaald aan een in Frankrijk gevestigde vennootschap van dezelfde groep.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen inzake de rente-uitgaven

- 3 Krachtens het beginsel dat is neergelegd in hoofdstuk 16, § 1, van de inkomstskattelag (1999:1229) [wet (1999:1229) op de inkomstenbelasting], in de versie die van toepassing is op de feiten in het hoofdgeding (hierna: „wet op de inkomstenbelasting”), kunnen rente-uitgaven worden afgetrokken bij de heffing van belasting over de bedrijfsactiviteiten van een onderneming.
- 4 Op grond van hoofdstuk 24, § 10a, van de wet op de inkomstenbelasting worden de betrokken ondernemingen voor de toepassing van de §§ 10b tot en met 10f van dat hoofdstuk geacht met elkaar verbonden te zijn indien een van deze ondernemingen ten gevolge van een participatie of anderszins direct of indirect een aanzienlijke invloed uitoefent op de andere onderneming, of indien de ondernemingen voornamelijk onder een gemeenschappelijke leiding staan. Onder het begrip „ondernemingen” worden rechtspersonen verstaan.
- 5 In hoofdstuk 24, § 10b, van de wet op de inkomstenbelasting is bepaald dat een onderneming die deel uitmaakt van een groep verbonden ondernemingen, geen rente-uitgaven mag aftrekken die verband houden met een schuld jegens een tot die groep behorende onderneming, tenzij in § 10d of § 10e van dat hoofdstuk iets anders is bepaald.
- 6 Op grond van hoofdstuk 24, § 10d, eerste alinea, van de wet op de inkomstenbelasting zijn rente-uitgaven die verband houden met de in § 10b van dat hoofdstuk bedoelde schulden, aftrekbaar indien de met de rente-uitgaven overeenkomende inkomsten volgens de wetgeving

van de lidstaat van vestiging van de onderneming die deel uitmaakt van de groep verbonden ondernemingen en die daadwerkelijk recht heeft op de inkomsten, tegen een tarief van ten minste 10 % zouden hebben moeten worden belast ingeval dit de enige inkomsten van die onderneming waren geweest (hierna: „10 %-regel”).

- 7 Volgens hoofdstuk 24, § 10d, derde alinea, van de wet op de inkomstenbelasting mogen rente-uitgaven niet worden afgetrokken indien de belangrijkste reden voor het ontstaan van de schuld erin bestaat de groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen (hierna: „uitzondering”).
- 8 In hoofdstuk 24, § 10e, eerste alinea, van de wet op de inkomstenbelasting is bepaald dat zelfs indien niet aan de voorwaarde van de 10 %-regel is voldaan, rente-uitgaven die verband houden met de in § 10b van dat hoofdstuk bedoelde schulden, mogen worden afgetrokken mits de aan de rente-uitgaven ten grondslag liggende schuld voornamelijk is aangegaan uit commerciële overwegingen. Dit geldt evenwel alleen indien de onderneming die deel uitmaakt van de groep verbonden ondernemingen en die daadwerkelijk recht heeft op de met de rente-uitgaven verbonden inkomsten, gevestigd is in een tot de Europese Economische Ruimte (EER) behorende staat of in een staat waarmee het Koninkrijk Zweden een belastingverdrag heeft gesloten.

Totstandkomingsgeschiedenis van de uitzondering

- 9 In de totstandkomingsgeschiedenis van de uitzondering worden voor de uitlegging van deze uitzondering de volgende aanwijzingen gegeven:
 - Het staat aan de onderneming die om aftrek verzoekt, aan te tonen dat de schuld niet voornamelijk uit fiscale overwegingen is aangegaan. Met „voornamelijk” wordt ongeveer 75 % of meer bedoeld. De beoordeling moet op het niveau van de groep verbonden ondernemingen worden verricht en daarbij moet rekening worden gehouden met zowel de fiscale situatie van de kredietgever als die van de kredietnemer.
 - Bij de toepassing van de uitzondering moet in elk individueel geval, rekening houdend met alle relevante omstandigheden, worden beoordeeld of de belangrijkste reden voor het aangaan van de transacties en voor de totstandkoming van de contractuele verhouding erin bestaat de groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen.
 - Verschillende omstandigheden wijzen erop dat de uitzondering van toepassing is. In dit verband moet bijvoorbeeld worden nagegaan of een verbonden onderneming de lening is aangegaan voor de financiering van de verwerving van aandelen in een andere onderneming die deel uitmaakt van de groep verbonden ondernemingen. In die context kan het feit dat de rentevoet hoog is, een belangrijke aanwijzing vormen. Van belang is tevens om vast te stellen of de financiering had kunnen plaatsvinden door middel van kapitaalverhogingen in plaats van een lening. Voorts dient in aanmerking te worden genomen of rentebetalingen zonder gegronde reden zijn doorgesluisd via andere ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde groep verbonden ondernemingen, alsmede of er sprake is van een situatie waarin de ondernemingen die behoren tot de groep verbonden ondernemingen, in verband met de verwerving van aandelen nieuwe vennootschappen oprichten die als belangrijkste taak hebben een leningvordering aan te houden. Tot slot, en niet uitputtend, wordt ook bijzondere aandacht besteed aan de herkomst van het kapitaal en aan de hoogte van de belasting die wordt geheven bij de ontvanger van de rente.

- Hoe dan ook geldt de uitzondering niet voor betalingen van rente over interne leningen tussen traditioneel belaste naamloze vennootschappen waartussen een recht op groepsbijdragen bestaat.

Bepalingen inzake groepsbijdragen

- 10 In hoofdstuk 35, §§ 1 en 3, van de wet op de inkomstenbelasting is bepaald dat een groepsbijdrage van een moedervennootschap aan een volle dochteronderneming of van een volle dochteronderneming aan een moedervennootschap onder bepaalde voorwaarden aftrekbaar is. De groepsbijdrage dient bij de ontvanger ervan als inkomsten te worden geboekt.
- 11 Onder „moedervennootschap” wordt volgens § 2, eerste alinea, van dat hoofdstuk een Zweedse naamloze vennootschap verstaan die meer dan 90 % van de aandelen in een andere Zweedse naamloze vennootschap in handen heeft. Volgens de tweede alinea van § 2 wordt onder „volle dochteronderneming” verstaan een vennootschap die eigendom is van de moedervennootschap.
- 12 In hoofdstuk 35, § 2a, van de wet op de inkomstenbelasting is bepaald dat bij de toepassing van de bepalingen inzake groepsbijdragen een vennootschap die gevestigd is in een binnen de EER gelegen lidstaat en die de tegenhanger is van een Zweedse naamloze vennootschap, als zodanig dient te worden behandeld. Dit geldt echter alleen indien de ontvanger van de groepsbijdrage in Zweden belastingplichtig is ter zake van de bedrijfsactiviteiten waarop die groepsbijdrage betrekking heeft.
- 13 De §§ 4 tot en met 6 van hoofdstuk 35 van de wet op de inkomstenbelasting bevatten bepalingen op grond waarvan aftrek ook wordt toegestaan voor groepsbijdragen aan een dochteronderneming die indirect eigendom is via een andere dochteronderneming, en voor groepsbijdragen tussen twee dochterondernemingen die direct of indirect eigendom zijn.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

- 14 Lexel is een Zweedse vennootschap die deel uitmaakt van de groep Schneider Electric. De moedervennootschap van de groep, die in verschillende derde staten en lidstaten actief is, is de in Frankrijk gevestigde vennootschap Schneider Electric SE.
- 15 Vóór de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie was Schneider Electric Services International SPRL (hierna: „SESI”), een in België gevestigde vennootschap, voor 85 % eigendom van Schneider Electric Industries SAS, een in Frankrijk gevestigde vennootschap van de groep Schneider Electric, en voor 15 % eigendom van Schneider Electric España SA (hierna: „SEE”), een in Spanje gevestigde vennootschap van die groep.
- 16 In december 2011 heeft Lexel 15 % van de aandelen in SESI die in handen waren van SEE, verworven nadat zij eerst een lening was aangegaan bij Bossière Finances SNC (hierna: „BF”), een interne bank van de groep Schneider Electric. Ten tijde van de feiten van het hoofdgeding maakte BF deel uit van een fiscale eenheid die bestond uit ongeveer zestig in Frankrijk gevestigde vennootschappen van die groep.
- 17 Lexel, BF, SESI en SEE zijn allemaal, direct of indirect, dochterondernemingen van Schneider Electric Industries.

- 18 Lexel heeft in 2013 en 2014 aan BF rente over de aangegane lening betaald ten belope van respectievelijk 58 miljoen Zweedse kronen (SEK) (ongeveer 5,5 miljoen EUR) en 62 miljoen SEK (ongeveer 5,9 miljoen EUR). BF heeft de ontvangen rente gebruikt om de verliezen te compenseren die waren geleden ten gevolge van de activiteiten van de in Frankrijk gevestigde ondernemingen die deel uitmaakten van de fiscale eenheid.
- 19 Lexel heeft verklaard dat zij de aandelen van SEE in SESI had gekocht omdat SEE kapitaal nodig had voor de financiering van de verwerving van een vennootschap die niet tot de groep Schneider Electric behoorde. Deze verwerving was voornamelijk met leningen bekostigd. Teneinde haar financieringskosten te beperken, had SEE besloten om haar aandelen in SESI te verkopen en de leningen terug te betalen die zij in dat verband was aangegaan.
- 20 Volgens Lexel had de verwerving van de aandelen in SESI niet tot doel de groep Schneider Electric een belastingvoordeel te verschaffen en vloeide er geen enkel belastingvoordeel voort uit het feit dat BF de rente-inkomsten kon verrekenen met verliezen waartoe de Franse activiteiten van die groep aanleiding gaven. Na verloop van tijd zouden die rente-inkomsten tegen een hoger tarief worden belast dan het tarief dat in Zweden geldt.
- 21 In dit verband bedroeg het Franse tarief van de vennootschapsbelasting in de jaren 2013 en 2014 34,43 %. Er werd echter geen belasting geheven over de in die jaren ontvangen rente-inkomsten, omdat de betreffende fiscale eenheid toen een verlies had geboekt. Het Zweedse tarief van de vennootschapsbelasting bedroeg voor diezelfde jaren 22 %.
- 22 Nadat de belastingdienst had bevestigd dat de 10 %-regel van toepassing was, heeft hij niettemin met een beroep op de uitzondering geweigerd om toe te staan dat de rente-uitgaven die verband hielden met de door BF verstrekte lening, zouden worden afgetrokken. Volgens de belastingdienst waren de transacties in kwestie verricht om de rente-uitgaven voor de verwerving van de aandelen in SESI te kunnen aftrekken in Zweden in plaats van in Spanje en aldus een aanzienlijk belastingvoordeel te genieten. De belastingdienst was tevens van mening dat de uitzondering verenigbaar was met artikel 49 VWEU inzake de vrijheid van vestiging.
- 23 Lexel heeft tegen het besluit van de belastingdienst beroep ingesteld bij de Förvaltningsrätt i Stockholm (bestuursrechter in eerste aanleg Stockholm, Zweden).
- 24 De Förvaltningsrätt i Stockholm heeft ingestemd met de zienswijze van de belastingdienst dat de aftrekken in kwestie moesten worden geweigerd op grond van de uitzondering. Die rechter merkte evenwel op dat deze uitzondering niet zou kunnen zijn toegepast indien BF in Zweden gevestigd was geweest. In dat geval zouden Lexel en BF onderling groepsbijdragen hebben kunnen verstrekken overeenkomstig hoofdstuk 35 van de wet op de inkomstenbelasting, zonder dat daaruit kon worden afgeleid dat er sprake was van een aanzienlijk belastingvoordeel. In zoverre heeft die rechter geoordeeld dat de toepassing van de uitzondering leidde tot een beperking van de vrijheid van vestiging, die in casu echter gerechtvaardigd kon worden.
- 25 Lexel heeft hoger beroep ingesteld bij de Kammarrätt i Stockholm (bestuursrechter in tweede aanleg Stockholm, Zweden). Die rechter heeft overwogen dat de uitzondering van toepassing was op de betreffende transacties, terwijl hij – net zoals de Förvaltningsrätt i Stockholm – van oordeel was dat de toepassing van die uitzondering een beperking van de vrijheid van vestiging met zich meebracht, die evenwel kon worden gerechtvaardigd door de bestrijding van belastingontwijking en het streven naar een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

- 26 Lexel heeft hogere voorziening ingesteld bij de Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden), die de hogere voorziening heeft toegelaten voor zover zij betrekking heeft op de vrijheid van vestiging en meer bepaald op de vraag of de toepassing van de uitzondering in strijd is met het Unierecht. In het kader van de toegelaten hogere voorziening wordt niet onderzocht of de voorwaarden voor de toepassing van die uitzondering in casu zijn vervuld, aangezien deze kwestie wordt aangehouden totdat het antwoord op de prejudiciële verwijzing is ontvangen. In dit verband wenst de verwijzende rechter te vernemen of de toepassing van de uitzondering een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU vormt en, zo ja, of deze beperking eventueel wordt gerechtvaardigd.
- 27 Onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van de uitzondering beklemtoont de verwijzende rechter dat het algemene doel van de uitzondering erin bestaat agressieve fiscale planning door middel van renteaftrek te voorkomen. Dit doel vormt in verband met de bestrijding van belastingfraude een rechtvaardigingsgrond die onder bepaalde voorwaarden wordt aanvaard in de rechtspraak van het Hof.
- 28 Voorts merkt de verwijzende rechter op dat het Hof in verschillende arresten heeft geoordeeld dat het met de vrijheid van vestiging verenigbaar is dat buiten de betrokken lidstaat gevestigde vennootschappen die deel uitmaken van dezelfde groep, worden uitgesloten van de werkingssfeer van de bepalingen inzake consolidatie van de resultaten binnen een groep. In de zaak die heeft geleid tot het arrest van 22 februari 2018, X en X (C-398/16 en C-399/16, EU:C:2018:110, punten 39-42), die betrekking had op de Nederlandse regels inzake renteaftrek, heeft het Hof echter geoordeeld dat buiten de betrokken lidstaat gevestigde groepsvennootschappen niet mogen worden uitgesloten van de belastingvoordelen die niet specifiek verband houden met dergelijke consolidatieregelingen, en dat het uit die regels voortvloeiende verschil in behandeling een ongerechtvaardigde belemmering van de vrijheid van vestiging vormt.
- 29 Hoewel de Zweedse regels inzake groepsbijdragen en de Nederlandse regels inzake fiscale eenheden theoretisch verwant zijn, verschillen zij aanzienlijk wat hun praktische consequenties betreft. De verwijzende rechter is dan ook van oordeel dat deze omstandigheid van invloed is op de toepassing van de in voornoemd arrest uitgewerkte oplossing.
- 30 In deze omstandigheden heeft de Högsta förvaltningsdomstol de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is het met artikel 49 VWEU verenigbaar dat het een Zweedse vennootschap niet wordt toegestaan rente af te trekken die wordt betaald aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep verbonden ondernemingen, waarbij de grond voor deze weigering bestaat in de aanname dat de schuldverhouding voornamelijk tot stand is gebracht om de groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen, terwijl niet tot het bestaan van een dergelijk belastingvoordeel zou zijn besloten indien beide vennootschappen Zweeds waren geweest, omdat zij in dat geval onder de bepalingen inzake groepsbijdragen zouden zijn gevallen?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

- 31 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde vennootschap geen

rente mag aftrekken die is betaald aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep, waarbij de grond voor deze weigering bestaat in de aanname dat de schuldverhouding voornamelijk tot stand is gebracht om een aanzienlijk belastingvoordeel te verkrijgen, terwijl niet tot het bestaan van een dergelijk belastingvoordeel zou zijn besloten indien beide vennootschappen in de eerstgenoemde lidstaat gevestigd waren geweest, omdat zij in dat geval onder de bepalingen inzake groepsbijdragen zouden zijn gevallen.

- 32 Met andere woorden, de vraag wordt gesteld of een dergelijke regeling een met artikel 49 VWEU strijdige beperking van de vrijheid van vestiging vormt.
- 33 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat artikel 49 VWEU voorschrijft dat beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat worden opgeheven. Voor vennootschappen die in overeenstemming met de wettelijke regeling van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, strekt die vrijheid zich uit tot het recht om in andere lidstaten hun activiteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap (zie in die zin de arresten van 21 mei 2015, *Verder LabTec*, C-657/13, EU:C:2015:331, punt 32; 2 september 2015, *Groupe Steria*, C-386/14, EU:C:2015:524, punt 14, en 22 februari 2018, *X en X*, C-398/16 en C-399/16, EU:C:2018:110, punt 18).
- 34 Een uit de wettelijke regeling van een lidstaat voortvloeiend verschil in behandeling ten nadele van vennootschappen die gebruikmaken van hun vrijheid van vestiging, vormt echter geen belemmering van deze vrijheid indien dat verschil betrekking heeft op situaties die objectief gesproken niet vergelijkbaar zijn of indien het door dwingende redenen van algemeen belang wordt gerechtvaardigd en evenredig is aan het nagestreefde doel (arresten van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, punt 167; 25 februari 2010, *X Holding*, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 20, en 22 februari 2018, *X en X*, C-398/16 en C-399/16, EU:C:2018:110, punt 20).

Vershil in behandeling

- 35 In hoofdstuk 24, § 10b, van de wet op de inkomstenbelasting is bepaald dat een onderneming die deel uitmaakt van een groep verbonden ondernemingen, geen rente-uitgaven mag aftrekken die verband houden met een schuld jegens een tot die groep behorende onderneming, tenzij in § 10d of § 10e van dat hoofdstuk iets anders is bepaald.
- 36 Op grond van de 10 %-regel zijn de rente-uitgaven die verband houden met de in hoofdstuk 24, § 10b, van de wet op de inkomstenbelasting bedoelde schulden aftrekbaar indien de met de rente-uitgaven overeenkomende inkomsten volgens de wettelijke regeling van de lidstaat van vestiging van de onderneming die deel uitmaakt van de groep verbonden ondernemingen en die daadwerkelijk recht heeft op de inkomsten, tegen een tarief van ten minste 10 % hadden moeten worden belast mits dit de enige inkomsten van die onderneming waren geweest. In hoofdstuk 24, § 10e, eerste alinea, van die wet is evenwel bepaald dat het feit dat niet aan de voorwaarde van de 10 %-regel is voldaan, er niet aan in de weg staat dat die rente-uitgaven worden afgetrokken, mits de aan die rente-uitgaven ten grondslag liggende schuld voornamelijk is aangegaan uit commerciële overwegingen en de onderneming die deel uitmaakt van de groep verbonden ondernemingen en die daadwerkelijk recht heeft op de met de rente-uitgaven overeenkomende inkomsten gevestigd is in een tot de EER behorende staat.

- 37 Evenzo houdt de uitzondering in dat de rente-uitgaven niet mogen worden afgetrokken indien de belangrijkste reden voor het ontstaan van de schuldverhouding erin bestaat de groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen. Volgens de totstandkomingsgeschiedenis van de uitzondering rust de bewijslast dat de schuld niet voornamelijk – dat wil zeggen voor 75 % of meer – uit fiscale overwegingen is aangegaan, op de onderneming die om aftrek verzoekt.
- 38 Daarnaast is in hoofdstuk 35 van de wet op de inkomstenbelasting bepaald dat een groepsbijdrage van een moederverenootschap aan een volle dochteronderneming of van een volle dochteronderneming aan een moederverenootschap, alsmede een groepsbijdrage aan een dochteronderneming die indirect eigendom is via een andere dochteronderneming en een groepsbijdrage tussen twee dochterondernemingen die direct of indirect eigendom zijn, onder bepaalde voorwaarden aftrekbaar zijn. Deze regel geldt echter enkel indien de ontvanger van de groepsbijdrage in Zweden belastingplichtig is ter zake van de bedrijfsactiviteiten waarop de groepsbijdrage betrekking heeft.
- 39 In casu heeft Lexel de verwerving van aandelen in SESI, een vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep als zijzelf, bekostigd door middel van een lening die zij is aangegaan bij BF, een andere tot die groep behorende vennootschap. Hoewel de rente die Lexel aan BF heeft betaald in overeenstemming was met de 10 %-regel, heeft de belastingdienst met een beroep op de uitzondering geweigerd Lexel toe te staan om de aan die lening verbonden rente-uitgaven af te trekken, waarbij hij beklemtoonde dat de belangrijkste reden voor de betreffende transactie erin bestond een aanzienlijk belastingvoordeel te verkrijgen.
- 40 Volgens het dossier waarover het Hof beschikt, zou Lexel de aan die lening verbonden rente-uitgaven hebben kunnen aftrekken indien BF in Zweden gevestigd was geweest. Volgens de door de verwijzende rechter verstrekte toelichting kan een vennootschap groepsbijdragen aan een vennootschap van dezelfde groep aftrekken van haar belastbaar inkomen indien laatstgenoemde vennootschap in Zweden belastingplichtig is. In dat geval is het dus zinloos om bij een andere vennootschap van de groep een lening aan te gaan met als enige doel de aan die lening verbonden rente-uitgaven te kunnen aftrekken. Daarom staat de uitzondering nooit in de weg aan aftrek van rente-uitgaven die voortvloeien uit een lening die is aangegaan bij een andere in Zweden gevestigde vennootschap van de groep. De uitzondering is echter wel van toepassing wanneer de begunstigden van de rente-uitgaven in een andere lidstaat zijn gevestigd.
- 41 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat er in casu een verschil in behandeling bestaat dat negatieve gevolgen heeft voor de gebruikmaking van de vrijheid van vestiging door vennootschappen.
- 42 Een dergelijk verschil in behandeling kan echter verenigbaar zijn met artikel 49 VWEU wanneer het betrekking heeft op situaties die objectief gesproken niet vergelijkbaar zijn of indien het door dwingende redenen van algemeen belang wordt gerechtvaardigd en evenredig is aan de nagestreefde doelstelling.

Vergelijkbaarheid van de situaties

- 43 De vergelijkbaarheid van de grensoverschrijdende en de binnenlandse situatie moet worden onderzocht in het licht van het doel en de inhoud van de betreffende nationale bepalingen (arrest van 22 februari 2018, X en X, C-398/16 en C-399/16, EU:C:2018:110, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 44 Geoordeeld dient te worden dat, zoals de Europese Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft naar voren gebracht, de situatie waarin een in een lidstaat gevestigde vennootschap rente betaalt over een lening die is aangegaan bij een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep, ten aanzien van de betaling van rente niet verschilt van de situatie waarin de ontvanger van de rente een in dezelfde lidstaat – in casu Zweden – gevestigde vennootschap van de groep is.
- 45 Derhalve moet worden onderzocht of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.

Rechtvaardigingsgronden

- 46 Volgens vaste rechtspraak is een beperking van de vrijheid van vestiging slechts toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd wordt door dwingende redenen van algemeen belang. Bovendien moet in dat geval de beperking geschikt zijn om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan nodig is om deze doelstellingen te bereiken (zie onder meer arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, punt 35; 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 47, en 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 64).
- 47 Ter rechtvaardiging benadrukt de belastingdienst, daarin ondersteund door de Zweedse en de Nederlandse regering, dat de uitzondering dient bij te dragen tot de bestrijding van belastingfraude en -ontwijking, alsmede de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten moet waarborgen.
- 48 In de eerste plaats dient te worden beoordeeld of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd door overwegingen die verband houden met de bestrijding van belastingfraude en -ontwijking.
- 49 Een beperking van de vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 49 VWEU kan slechts door dergelijke overwegingen worden gerechtvaardigd indien zij er specifiek toe strekt gedragingen te verhinderen waarbij volstrekt kunstmatige constructies worden opgezet die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied (zie in die zin arresten van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 55, en 22 februari 2018, X en X, C-398/16 en C-399/16, EU:C:2018:110, punt 46).
- 50 Daarnaast moet ten eerste, met het oog op de vaststelling of een transactie een volkomen kunstmatige constructie is die alleen voor belastingdoeleinden is opgezet, de belastingplichtige in staat worden gesteld om zonder buitensporige administratieve lasten bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom die transactie is verricht (arrest van 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 82).
- 51 Ten tweede vereist het evenredigheidsbeginsel – mocht het onderzoek van dat bewijs tot de slotsom leiden dat de betreffende transactie een louter kunstmatige constructie is waaraan geen echte commerciële redenen ten grondslag liggen – 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 (arrest van 13 maart 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 83).

- 52 In casu blijkt uit de gegevens van het dossier waarover het Hof beschikt dat de uitzondering tot doel heeft agressieve fiscale planning door middel van aftrek van rente-uitgaven tegen te gaan, en dat zij uitdrukkelijk betrekking heeft op elk „aanzienlijk belastingvoordeel”. In dit verband dient de vennootschap die om een aftrek van rente-uitgaven verzoekt, aan te tonen dat de schuld niet voornamelijk – dat wil zeggen voor 75 % of meer – uit fiscale overwegingen is aangegaan.
- 53 Het specifieke doel van de uitzondering bestaat niet in de bestrijding van volstrekt kunstmatige constructies, noch is de toepassing ervan beperkt tot dergelijke constructies. Zoals de belastingdienst ter terechtzitting in wezen heeft erkend, betreft die uitzondering 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. Een transactie wordt geacht voornamelijk uit fiscale overwegingen te zijn aangegaan, wanneer zij voor meer dan een bepaald percentage – namelijk 75 % – uit die overwegingen is verricht.
- 55 Dat een vennootschap in een grensoverschrijdende situatie rente wenst af te trekken zonder dat er enige kunstmatige overdracht plaatsvindt, kan echter geen rechtvaardiging vormen voor een maatregel die inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 49 VWEU.
- 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 kunnen vallen.
- 57 Derhalve kan de rechtvaardigingsgrond die verband houdt met de bestrijding van belastingfraude en -ontwijking, niet worden aanvaard.
- 58 In de tweede plaats moet worden onderzocht of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen.
- 59 Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, kan de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen aanvaardbaar zijn als rechtvaardigingsgrond wanneer de betreffende regeling ertoe strekt gedragingen te voorkomen die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied worden verricht (zie met name

arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, punt 46, en 31 mei 2018, Hornbach-Baumarkt, C-382/16, EU:C:2018:366, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 60 Voor een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten kan het noodzakelijk zijn om op de bedrijfsactiviteiten van de in een van die lidstaten gevestigde vennootschappen, zowel wat de winsten als wat de verliezen betreft, uitsluitend de fiscale regels van die lidstaat toe te passen (arresten van 15 mei 2008, Lidl Belgium, C-414/06, EU:C:2008:278, punt 31, en 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punt 61).
- 61 Het Hof heeft de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten onder meer als rechtvaardigingsgrond aanvaard wanneer voor de toegang tot een bijzondere belastingregeling een woonplaatsvereiste geldt teneinde te voorkomen dat de belastingplichtige vrijelijk kan kiezen in welke staat winsten worden belast of verliezen in aanmerking worden genomen, alsmede dat hij de mogelijkheid heeft om de belastinggrondslag naar eigen goeddunken te verplaatsen tussen lidstaten (zie in die zin arresten van 18 juli 2007, Oy AA, C-231/05, EU:C:2007:439, punt 56; 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 25 februari 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punten 29-33).
- 62 Om deze redenen heeft het Hof geoordeeld dat de consolidatie, op het niveau van de moedervenootschap, van de winsten en verliezen van de vennootschappen die een fiscale eenheid vormen, een voordeel inhoudt ten aanzien waarvan het gerechtvaardigd is dat het wordt voorbehouden aan ingezeten vennootschappen, gelet op de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in stand te houden (zie in die zin arrest van 25 februari 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punten 29-33).
- 63 Wat andere belastingvoordelen dan de overdracht van winsten of verliezen binnen een fiscaal geïntegreerde groep betreft, moet evenwel afzonderlijk worden onderzocht of een lidstaat die voordelen kan voorbehouden aan vennootschappen die deel uitmaken van een dergelijke groep en die voordelen dus kan uitsluiten in grensoverschrijdende situaties (zie in die zin arrest van 2 september 2015, Groupe Steria, C-386/14, EU:C:2015:524, punten 27 en 28).
- 64 Overeenkomstig die rechtspraak heeft het Hof in zijn arrest van 22 februari 2018, X en X (C-398/16 en C-399/16, EU:C:2018:110, punten 40 en 41), – waaraan de verwijzende rechter overigens heeft gerefereerd – geoordeeld dat de Nederlandse regels inzake de aftrek van rente niet konden worden gerechtvaardigd door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te waarborgen. Dit was met name het geval omdat er in de zaak die heeft geleid tot dat arrest, anders dan bij de algemene verrekening tussen de kosten en winsten van de fiscale eenheid, sprake was van een voordeel dat niet specifiek verband hield met het belastingstelsel dat op dergelijke eenheden van toepassing is.
- 65 Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, is het onderscheid tussen de regels die in het arrest van 22 februari 2018, X en X (C-398/16 en C-399/16, EU:C:2018:110), zijn onderzocht, en de regels die in het hoofdgeding aan de orde zijn, gelegen in het feit dat volgens de regels die aan de orde waren in de zaak die tot dat arrest heeft geleid, de voorwaarden voor aftrek verschilden naargelang de verworven vennootschap al dan niet deel uitmaakte van dezelfde fiscale eenheid als de verwervende vennootschap. In het hoofdgeding is het verschil in behandeling in de praktijk daarentegen gebaseerd op een vereiste dat verband houdt met de plaats van vestiging van de vennootschap die de lening verstrekt, en is dat vereiste bepalend voor de niet-toepasselijkheid

van de uitzondering. Het voordeel waarop Lexel in casu aanspraak maakt, mag evenwel niet worden verward met het voordeel dat de consolidatie binnen een fiscale eenheid oplevert. Het hoofdgeding heeft bijgevolg betrekking op de mogelijkheid om rente-uitgaven in aftrek te brengen, en niet op de algemene verrekening tussen verliezen en winsten die inherent is aan een fiscale eenheid.

- 66 Hoe dan ook kunnen de verschillen in de tenuitvoerlegging van de betreffende regels in de respectieve nationale belastingstelsels geen invloed hebben op het onderzoek van de vraag of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen.
- 67 In dit verband moet worden gepreciseerd dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de uitzondering blijkt dat deze uitzondering uitdrukkelijk tot doel heeft te voorkomen dat de Zweedse belastinggrondslag wordt uitgehold, hetgeen zou kunnen voortvloeien uit de fiscale planning die samenhangt met de aftrek van rente-uitgaven in een grensoverschrijdende situatie. Dat doel mag echter niet worden verward met de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen.
- 68 In herinnering dient namelijk te worden gebracht dat de derving van belastingopbrengsten niet kan worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel in strijd is met een fundamentele vrijheid (zie onder meer arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Indien het tegendeel werd aanvaard, zouden de lidstaten in feite de vrijheid van vestiging op die grondslag kunnen beperken.
- 69 Daarbij komt dat de rente waarvoor Lexel om aftrek heeft verzocht – zoals ter terechtzitting is opgemerkt – aftrekbaar zou zijn geweest indien BF geen vennootschap was geweest die deel uitmaakte van dezelfde groep verbonden ondernemingen. Wanneer de voorwaarden voor een grensoverschrijdende transactie binnen de groep en de voorwaarden voor een grensoverschrijdende transactie buiten de groep marktconform zijn, bestaat er geen verschil tussen deze transacties vanuit het oogpunt van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.
- 70 Hieruit volgt dat de rechtvaardigingsgrond die berust op het waarborgen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, niet kan worden aanvaard.
- 71 In de derde plaats moet worden onderzocht of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling – zoals de belastingdienst alsook de Zweedse en de Nederlandse regering in wezen aanvoeren – kan worden gerechtvaardigd door tegelijkertijd rechtvaardigingsgronden in aanmerking te nemen die verband houden met de bestrijding van belastingontduiking en -ontwijking en die verband houden met het waarborgen van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.
- 72 Het is juist dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling die niet specifiek tot doel heeft om het bij die regeling toegekende belastingvoordeel te ontzeggen aan volstrekt kunstmatige constructies – die geen verband houden met de economische realiteit en opgezet zijn om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied – niettemin kan worden geacht te worden gerechtvaardigd door de doelstelling belastingontwijking te voorkomen, samen met de

doelstelling de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen (zie in die zin arrest van 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 73 Beklemtoond dient evenwel te worden dat het Hof in zeer specifieke situaties heeft aanvaard dat die rechtvaardigingsgronden gezamenlijk in aanmerking worden genomen. Die situaties doen zich namelijk voor wanneer de bestrijding van belastingontwijking een bijzonder aspect van het algemeen belang vormt dat verband houdt met de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen (zie in die zin arresten van 18 juli 2007, Oy AA, C-231/05, EU:C:2007:439, punten 58 en 59, en 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punt 67).
- 74 Zoals het Hof in herinnering heeft gebracht, vormen het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het voorkomen van belastingontduiking met elkaar samenhangende doelstellingen. Gedragingen waarbij volstrekt kunstmatige constructies worden opgezet die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied, kunnen namelijk inbreuk maken op het recht van de lidstaten om hun belastingbevoegdheid uit te oefenen ten aanzien van die activiteiten en kunnen aldus een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten aantasten (arrest van 18 juli 2007, Oy AA, C-231/05, EU:C:2007:439, punt 62).
- 75 Op basis daarvan heeft het Hof kunnen vaststellen dat de betreffende maatregelen – met name gelet op de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen – gerechtvaardigd zijn niettegenstaande het feit dat zij niet specifiek betrekking hebben op volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied (arresten van 18 juli 2007, Oy AA, C-231/05, EU:C:2007:439, punt 63, en 21 januari 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, punt 66).
- 76 Wanneer de betrokken lidstaat zich – zoals in het hoofdgeding het geval is – niet met succes kan beroepen op de rechtvaardiging die verband houdt met de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, kan een maatregel als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, evenwel niet worden gerechtvaardigd doordat de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen en de noodzaak om belastingontwijking te bestrijden gezamenlijk in aanmerking worden genomen.
- 77 Derhalve kan de rechtvaardigingsgrond die berust op de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen en op de bestrijding van belastingontwijking, gezamenlijk beschouwd, niet worden aanvaard.
- 78 Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde vennootschap geen rente mag aftrekken die is betaald aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep, waarbij de grond voor deze weigering bestaat in de aanname dat de schuldverhouding voornamelijk tot stand is gebracht om een aanzienlijk belastingvoordeel

te verkrijgen, terwijl niet tot het bestaan van een dergelijk belastingvoordeel zou zijn besloten indien beide vennootschappen in de eerste lidstaat gevestigd waren geweest, omdat zij in dat geval onder de bepalingen inzake groepsbijdragen zouden zijn gevallen.

Kosten

- 79 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht:

Artikel 49 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde vennootschap geen rente mag aftrekken die is betaald aan een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep, waarbij de grond voor deze weigering bestaat in de aanname dat de schuldverhouding voornamelijk tot stand is gebracht om een aanzienlijk belastingvoordeel te verkrijgen, terwijl niet tot het bestaan van een dergelijk belastingvoordeel zou zijn besloten indien beide vennootschappen in de eerste lidstaat gevestigd waren geweest, omdat zij in dat geval onder de bepalingen inzake groepsbijdragen zouden zijn gevallen.

ondertekeningen

ⁱ — De formulering van punt 51 van de Nederlandse tekst is gewijzigd na de oorspronkelijke publicatie.