

**Zaak C-484/19**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

25 juni 2019

**Verwijzende rechterlijke instantie:**

Högsta förvaltningsdomstolen (Zweden)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

5 juni 2019

**Verzoeker:**

Lexel AB

**Verweerder:**

Skatteverket

---

[omissis]

**BESTREDEN ARREST**

Arrest van de Kammarrätt i Stockholm (bestuursrechter in tweede aanleg Stockholm, Zweden) van 29 juni 2018 in zaken nrs. 5437-17 en 5438-17

**ONDERWERP**

Inkomstenbelasting enzovoort; tot het Hof van Justitie van de Europese Unie gericht verzoek om een prejudiciële beslissing

De Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrechter, Zweden) wijst de volgende

**BESLISSING**

Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt op grond van artikel 267 VWEU overeenkomstig de bijlage bij de onderhavige beslissing (bijgevoegde notulen) verzocht om een prejudiciële beslissing. **(or. 1)**

[omissis]

## **Bijgevoegde notulen**

### **Verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU betreffende de uitlegging van artikel 49 VWEU**

#### **Inleiding**

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de vraag of het met de in artikel 49 VWEU erkende vrijheid van vestiging verenigbaar is om bij de belastingheffing te weigeren de aftrek van bepaalde rente-uitgaven toe te staan. De vraag is gerezen in een zaak waarin een Zweedse vennootschap geen rente mocht aftrekken die zij had betaald aan een van dezelfde groep deel uitmakende Franse vennootschap. De Franse vennootschap heeft de ontvangen rente kunnen verrekenen met verliezen waartoe de Franse activiteiten van de groep aanleiding hadden gegeven. De aftrek is geweigerd op grond van een bepaling volgens welke de rente-uitgaven die verband houden met een schuld jegens een onderneming die deel uitmaakt van dezelfde groep verbonden ondernemingen, niet kunnen worden afgetrokken indien de belangrijkste reden voor het ontstaan van de schuld erin bestaat de groep een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen.
2. In de totstandkomingsgeschiedenis van de betreffende bepaling wordt vermeld dat het niet de bedoeling is dat deze toepassing vindt op rentebetalingen tussen ondernemingen die onderling winsten en verliezen kunnen verrekenen door zogenoemde groepsbijdragen. De regels inzake deze bijdragen gelden alleen voor ondernemingen die belastingplichtig zijn in Zweden. Onder meer daarom is in de onderhavige zaak in twijfel getrokken of het met de vrijheid van vestiging verenigbaar is om te weigeren de vennootschap de aftrek van rente toe te staan.

#### **Toepasselijke bepalingen van Unierecht**

3. Krachtens de artikelen 49 en 54 VWEU is het verboden beperkingen te stellen aan de vrijheid van een vennootschap uit een andere lidstaat om zich op Zweeds grondgebied te vestigen, bijvoorbeeld door aldaar een dochteronderneming op te richten. (or. 2)

#### **Toepasselijke bepalingen van nationaal recht**

*Bepalingen inzake beperkingen van het recht op aftrek van rente over bepaalde schulden*

4. Op grond van de hoofdregel in hoofdstuk 16, § 1, van de inkomstskattelag (1999:1229) [wet op de inkomstenbelasting (1999:1229); hierna: „wet op de inkomstenbelasting”] kunnen rente-uitgaven worden afgetrokken bij de heffing van belasting over de bedrijfsactiviteiten van een onderneming.

5. Aan het recht op aftrek worden evenwel bepaalde beperkingen gesteld als het gaat om rente-uitgaven die verband houden met schulden jegens ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde groep verbonden ondernemingen. Op het voor de onderhavige zaak relevante tijdstip was het volgende bepaald in hoofdstuk 24, §§ 10a tot en met 10f, van de wet op de inkomstenbelasting.
6. Op grond van § 10a worden ondernemingen voor de toepassing van §§ 10b tot en met 10f 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.
7. Op grond van § 10b mag een onderneming die deel uitmaakt van een groep verbonden ondernemingen, tenzij in § 10d of § 10e iets anders is bepaald, geen rente-uitgaven aftrekken die verband houden met een schuld jegens een tot die groep behorende onderneming.
8. In § 10d, eerste alinea, is bepaald dat rente-uitgaven die verband houden met de in § 10b bedoelde schulden, aftrekbaar zijn indien de met de rente-uitgaven verbonden 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 % hadden moeten worden belast mits die onderneming dat inkomen ook zou hebben (10 %-regel).
9. Volgens § 10d, derde alinea, mogen de rente-uitgaven evenwel niet worden afgetrokken indien de belangrijkste reden voor het ontstaan van de schuld erin bestaat de groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen (uitzondering).
10. In § 10e, eerste alinea, is bepaald dat zelfs indien niet aan de voorwaarde van de 10 %-regel is voldaan, rente-uitgaven die verband houden met de **(or. 3)** in § 10b bedoelde schulden, mogen worden afgetrokken mits de aan de rente-uitgaven ten grondslag liggende schuld voornamelijk is aangegaan uit zakelijke 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, is gevestigd in een binnen de Europese Economische Ruimte (EER) gelegen lidstaat of in een staat waarmee Zweden een belastingverdrag heeft gesloten.
11. In de totstandkomingsgeschiedenis van de uitzondering van § 10d, derde alinea, wordt voor de uitlegging van deze bepaling de volgende aanwijzing gegeven (wetsontwerp 2012/13:1, blz. 250-254).
12. Het staat aan de vennootschap 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 situatie van de kredietgever als die van de kredietnemer. In de regel vallen kortetermijnschulden en zogenoemde cashpoolingactiviteiten niet onder de uitzondering.

13. 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. Tot de omstandigheden die erop wijzen dat de uitzondering van toepassing is, behoort onder meer het feit dat de lening is aangegaan om aan een verbonden onderneming financiering te verstrekken voor de verwerving van aandelen van een andere onderneming die deel uitmaakt van de groep verbonden ondernemingen, of het feit dat de rentevoet hoog is. Van belang is voorts of de financiering had kunnen plaatsvinden door middel van kapitaalverhogingen in plaats van een lening.
14. Tevens dient in aanmerking te worden genomen of rentebetalingen zonder gegronde reden zijn doorgesluisd via andere ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde groep verbonden ondernemingen. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer een onderneming met aanzienlijke tekorten die niet beschikt over middelen om krediet te verstrekken, toch als kredietgever optreedt doordat met het oog op het verkrijgen van belastingvoordelen geld naar die onderneming wordt doorgesluisd dat afkomstig is van andere ondernemingen die deel uitmaken van de betreffende groep verbonden ondernemingen. Indien de schuld is aangegaan om de groep verbonden ondernemingen in staat te stellen van een tekort bij een onderneming in een bepaald land te profiteren door een lening of kapitaal voor een lening door te (or. 4) sluisen naar die onderneming, mag aftrek niet worden toegestaan. Een dergelijke handelwijze moet worden geacht te zijn ingegeven door het streven om de groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen, bijvoorbeeld doordat de regels voor groepsbijdragen worden omzeild.
15. Een andere situatie waartegen bedenkingen kunnen rijzen, is die waarin de groep verbonden ondernemingen in verband met de verwerving van aandelen een nieuwe vennootschap opricht die als belangrijkste taak heeft een lening aan te houden. Voorts dient ook de herkomst van de middelen deel uit te maken van de beoordeling. Vanuit het oogpunt van de schuldeiser kan het feit dat zelfgegenereerde middelen worden uitgeleend, erop wijzen dat de transactie is ingegeven door rationele zakelijke overwegingen. Tevens dient rekening te worden gehouden met de hoogte van de belasting die aan de ontvanger van de rente in rekening wordt gebracht. De uitzondering geldt niet voor betalingen van rente over interne leningen tussen traditioneel belaste naamloze vennootschappen waartussen een recht op groepsbijdragen bestaat.
16. Hoofdstuk 24, §§ 10a tot en met 10f, van de wet op de inkomstenbelasting is inmiddels ingetrokken. In plaats daarvan is sinds 1 januari 2019 in hoofdstuk 24,

§ 18, bepaald dat rente-uitgaven die verband houden met een schuld jegens een onderneming die deel uitmaakt van dezelfde groep verbonden ondernemingen, in de regel altijd mogen worden afgetrokken indien de onderneming die deel uitmaakt van de groep verbonden ondernemingen en die daadwerkelijk recht heeft op de met de rente-uitgaven verbonden inkomsten, is gevestigd in een binnen de EER gelegen staat of in een staat waarmee Zweden een belastingverdrag heeft gesloten. Dit is bijgevolg van toepassing ongeacht hoe de ontvanger van de rente wordt aangeslagen. Op grond van de thans geldende regels wordt de aftrek alleen geweigerd indien de schuld uitsluitend of nagenoeg uitsluitend is aangegaan om de groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen. Volgens de totstandkomingsgeschiedenis wordt onder „uitsluitend of nagenoeg uitsluitend” ongeveer 90-95 % tot 100 % verstaan (wetsontwerp 2017/18:245, blz. 184).

17. De reden voor de nauwere afbakening van de werkingssfeer van de regels inzake de beperking van het recht op aftrek van rente over leningen van verbonden ondernemingen, is dat tegelijkertijd andere wijzigingen met betrekking tot het recht op aftrek van rente-uitgaven van de ondernemingen zijn ingevoerd. Deze wijzigingen zijn onder meer gebaseerd op richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne (or. 5) markt, alsook op de aanbevelingen van de OESO inzake uitholling van de belastinggrondslag en winstverschuiving.
18. Zoals hierboven reeds is gebleken, zijn in de onderhavige zaak evenwel de voorheen geldende bepalingen van hoofdstuk 24, §§ 10a tot en met 10f, van de wet op de inkomstenbelasting van toepassing.

#### *Bepalingen inzake groepsbijdragen*

19. Bepalingen inzake groepsbijdragen komen voor in hoofdstuk 35 van de wet op de inkomstenbelasting. Deze bepalingen hebben tot doel de mogelijkheid te bieden om door de overdracht van winsten de resultaten binnen een groep ondernemingen te consolideren.
20. In §§ 1 en 3 is bepaald dat een groepsbijdrage van een moedervenootschap aan een volle dochteronderneming of van een volle dochteronderneming aan een moedervenootschap onder bepaalde voorwaarden aftrekbaar is. De groepsbijdrage dient bij de ontvanger als inkomsten te worden geboekt.
21. Onder het begrip „moedervenootschap” wordt volgens § 2, eerste alinea, onder meer een Zweedse naamloze vennootschap verstaan die meer dan 90 % van de aandelen in een andere naamloze Zweedse vennootschap in handen heeft. Volgens de tweede alinea wordt onder het begrip „volle dochteronderneming” verstaan een vennootschap die eigendom is van de moedervenootschap.

22. §§ 4 tot en met 6 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.
23. In § 2 is bepaald dat bij de toepassing van de bepalingen inzake groepsbijdragen een buitenlandse vennootschap die is gevestigd in een binnen de EER gelegen staat en die overeenkomt met een Zweedse naamloze vennootschap, als zodanig dient te worden behandeld. Dit geldt echter alleen indien de ontvanger van de groepsbijdrage in Zweden belastingplichtig is voor de bedrijfsactiviteiten waarop de groepsbijdrage betrekking heeft. **(or. 6)**

### Feiten van het geding

24. De zaak betreft de Zweedse vennootschap Lexel, die deel uitmaakt van de groep Schneider Electric. De groep is in een groot aantal landen actief. De moedervenootschap van de groep is de Franse vennootschap Schneider Electric SE.
25. Tot de groep behoort ook de Belgische vennootschap Schneider Electric Services International (hierna: „SESI”). Vóór de in het geding aan de orde zijnde transactie was deze vennootschap voor 85 % eigendom van de Franse groepsvennootschap Schneider Electric Industries SAS (hierna: „SEISAS”) en voor 15 % eigendom van de Spaanse dochteronderneming Schneider Electric España SA (hierna: „SEE”).
26. In december 2011 verwierf Lexel 15 % van de aandelen in SESI die in handen waren van SEE. Om deze verwerving te bekostigen, ging Lexel een lening aan bij de Franse groepsvennootschap Bossière Finances SNC (hierna: „BF”). Lexel, BF, SESI en SEE zijn alle direct of indirect dochterondernemingen van SEISAS. Lexel heeft in 2013 en 2014 aan BF over de lening rente betaald ten belope van respectievelijk ongeveer 58 miljoen SEK (2013) en ongeveer 62 miljoen SEK (2014) en heeft in haar belastingaangiften aanspraak gemaakt op aftrek van de rente.
27. BF is de interne bank van de groep. BF beheert onder meer de cashpool en heeft leningen verstrekt aan ongeveer honderd verschillende dochterondernemingen. BF valt onder de Franse vennootschapsbelasting en maakt deel uit van een fiscale eenheid in Frankrijk die tijdens de voor de onderhavige zaak relevante jaren bestond uit ongeveer zestig Franse groepsvennootschappen. Vennootschappen die behoren tot een dergelijke fiscale eenheid, kunnen hun overschotten verrekenen met tekorten die in andere vennootschappen in de eenheid zijn ontstaan.
28. Het Franse tarief van de vennootschapsbelasting was in de jaren 2013 en 2014 34,43 %. Er werd in die jaren echter geen belasting geheven over rente-inkomsten, omdat de fiscale eenheid toen een tekort had. Het Zweedse tarief van de vennootschapsbelasting bedroeg voor dezelfde jaren 22 %.

29. De Skatteverk (Zweedse belastingdienst; hierna: „belastingdienst”) heeft de aftrek van de rente-uitgaven die verband houden met de lening van BF, geweigerd. De belastingdienst heeft vastgesteld dat Lexel en BF deel uitmaakten van een groep verbonden ondernemingen, hetgeen betekende dat op grond van hoofdstuk 24, § 10b, van de wet op de inkomstenbelasting (**or. 7**) de rente-uitgaven in de regel niet aftrekbaar waren. Vervolgens heeft de belastingdienst onderzocht of de 10 %-regel van § 10d, eerste alinea, van toepassing was. Op grond van deze regel moet een hypothetisch onderzoek worden ingesteld naar hoe de rente bij de ontvanger zou zijn belast indien alleen met deze inkomsten rekening was gehouden. Als voorwaarde voor de aftrekbaarheid van de rente op basis van die regel volstaat het dus dat de rente-inkomsten belastbaar zijn en dat het belastingtarief ten minste 10 % is. Onder verwijzing naar het belastingtarief in Frankrijk is de belastingdienst tot de slotsom gekomen dat de 10 %-regel van toepassing was.
30. Daardoor is de vraag gerezen of de aftrek nog steeds moest worden geweigerd op grond van de uitzondering van § 10d, derde alinea. Lexel had gesteld dat de reden om de aandelen in SESI te kopen van SEE was dat laatstgenoemde vennootschap kapitaal nodig had om een andere onderneming, de Spaanse Tevent Group, te verwerven van externe verkopers. SEE heeft deze verwerving voornamelijk gefinancierd met leningen en had tevens reeds eerder interne en externe leningen lopen voor de verwerving van de aandelen in SESI. Teneinde haar financieringskosten te beperken, heeft SEE haar aandelen in SESI verkocht en deze leningen afgelost.
31. Volgens Lexel had haar verwerving van de aandelen in SESI dus niet tot doel de groep een belastingvoordeel te verschaffen. Daarnaast was Lexel van mening dat er geen belastingvoordeel ontstond, omdat BF de rente-inkomsten kon verrekenen met tekorten waartoe de Franse activiteiten aanleiding gaven. Volgens Lexel moest namelijk in aanmerking worden genomen dat deze tekorten daarmee werden weggewerkt en niet konden worden aangewend voor verrekening met toekomstige winsten. Inkomsten ten belope van een bedrag dat gelijk was aan dat van de rente-inkomsten, zouden dus na verloop van tijd worden belast en bovendien tegen een hoger belastingtarief dan het in Zweden geldende tarief. Ten slotte heeft Lexel aangevoerd dat de toepassing van de uitzondering niet verenigbaar was met de Unierechtelijke bepalingen inzake de vrijheid van vestiging.
32. De belastingdienst heeft zich daarentegen op het standpunt gesteld dat de uitzondering van toepassing was. Hij heeft geconstateerd dat SEE in 2011 tekorten begon te vertonen en dat de transacties waren verricht om de rente-uitgaven voor de verwerving van SESI te kunnen aftrekken in Zweden in plaats van in Spanje. Aangezien (**or. 8**) over de bijbehorende rente-inkomsten geen belasting was geheven in Frankrijk, omdat zij daar konden worden verrekend met tekorten, zou de groep verbonden ondernemingen volgens de belastingdienst een aanzienlijk belastingvoordeel genieten indien het werd toegestaan de rente af te trekken in Zweden. De belastingdienst is voorts tot de slotsom gekomen dat dit belastingvoordeel als de hoofdreden voor het ontstaan van de schuld moest

worden beschouwd. Ten slotte was de belastingdienst van mening dat de toepassing van de uitzondering niet kon worden geacht in strijd te zijn met de vrijheid van vestiging.

33. Lexel heeft tegen de beslissing van de belastingdienst beroep ingesteld bij de Förvaltningsrätt i Stockholm (bestuursrechter in eerste aanleg Stockholm, Zweden), die heeft ingestemd met de zienswijze van de belastingdienst dat de aftrek moest worden geweigerd op grond van de uitzondering en dat zulks niet kon worden geacht in strijd te zijn met het Unierecht. Met betrekking tot de vraag of de uitzondering verenigbaar is met de vrijheid van vestiging, heeft de Förvaltningsrätt vastgesteld dat de uitzonderingsbepaling volgens haar bewoordingen van toepassing was ongeacht waar de ontvanger van de rente was gevestigd. Indien BF echter een Zweedse vennootschap was geweest, zou de uitzondering niet zijn toegepast, aangezien Lexel en BF in dat geval onderling groepsbijdragen hadden kunnen verstrekken en ontvangen. Dientengevolge zou de renteaftrek volgens de totstandkomingsgeschiedenis geen aanzienlijk belastingvoordeel hebben opgeleverd. Op die grond heeft de Förvaltningsrätt geoordeeld dat de toepassing van de uitzondering leidde tot een beperking van de vrijheid van vestiging. Niettemin is de Förvaltningsrätt tot de slotsom gekomen dat die beperking kon worden gerechtvaardigd.
34. Lexel heeft tegen deze beslissing beroep ingesteld bij de Kammarrätt i Stockholm (bestuursrechter in tweede aanleg Stockholm, Zweden), die het beroep heeft verworpen. De Kammarrätt oordeelde dat uit de omstandigheden van het geval kon worden afgeleid dat de schuld was aangegaan om de groep verbonden ondernemingen in staat te stellen om te profiteren van de tekorten in Frankrijk terwijl in Zweden de aftrek werd toegestaan. Naar het oordeel van de Kammarrätt had de vennootschap niet aangetoond dat de reden voor het ontstaan van de schuld er niet voornamelijk in bestond de groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen. Derhalve was de uitzondering van toepassing.
35. Voorts was de Kammarrätt het eens met het oordeel van de Förvaltningsrätt dat de toepassing van de uitzondering leidde tot een beperking van de vrijheid van vestiging. Tevens heeft de Kammarrätt vastgesteld dat met betrekking tot het recht op aftrek van rente de situatie waarin commercieel actieve dochterondernemingen rente betaalden aan groepsvennootschappen in andere lidstaten, kon worden geacht objectief vergelijkbaar te zijn met (or. 9) de situatie waarin de rente werd betaald aan ingezeten vennootschappen binnen de groep. Net zoals de Förvaltningsrätt oordeelde de Kammarrätt evenwel dat de beperking van de vrijheid van vestiging kon worden gerechtvaardigd. In dit verband heeft de Kammarrätt geoordeeld dat de uitzondering was gericht tegen belastingontwijking en doelmatig was om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen. Volgens de Kammarrätt ging de uitzondering niet verder dan nodig is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken en was zij, gelet op de in de totstandkomingsgeschiedenis gegeven aanwijzing over hoe de



regel dient te worden toegepast, voorzienbaar voor de erbij betrokken vennootschappen.

36. Lexel heeft tegen het arrest van de Kammarrätt hoger beroep ingesteld bij de Högsta förvaltningsdomstol (hoogste bestuursrecht, Zweden), die rechtsingang heeft verleend met betrekking tot de vraag of het met de vrijheid van vestiging verenigbaar is om op basis van de uitzondering te weigeren de aftrek van rentebetalingen toe te staan in verband met een lening die is verstrekt door een onderneming die deel uitmaakt van dezelfde groep verbonden ondernemingen als de kredietnemer. De kwestie van de rechtsingang met betrekking tot de rest van de zaak is aangehouden.
37. In het kader van de verleende rechtsingang zal de Högsta förvaltningsdomstol dan ook niet overgaan tot heroverweging van het oordeel van de Kammarrätt dat in casu is voldaan aan de criteria voor de toepassing van de uitzondering. In plaats daarvan is het door de Högsta förvaltningsdomstol uit te voeren onderzoek beperkt tot de vraag of de toepassing van de uitzondering in strijd is met het Unierecht. Niets belet de Högsta förvaltningsdomstol evenwel om op een later tijdstip de rechtsingang tot andere kwesties uit te breiden indien hij daartoe aanleiding ziet.

### Opmerkingen van partijen

#### *Lexel*

38. De uitzondering leidt om twee redenen tot een beperking van de vrijheid van vestiging. Ten eerste wordt aangenomen dat er van een aanzienlijk belastingvoordeel sprake is wanneer de ontvanger van de rente gevestigd is in een lidstaat die een lager belastingtarief hanteert dan het (or. 10) Zweedse tarief. Ten tweede heeft de uitzondering samen met de regels inzake groepsbijdragen tot gevolg dat de aftrek van rente in de praktijk altijd wordt toegestaan indien is voldaan aan de voorwaarden voor groepsbijdragen, hetgeen niet het geval is wanneer de ontvanger van de rente een buitenlandse vennootschap is die niet belastingplichtig is in Zweden. De uitzondering leidt derhalve tot een negatieve, discriminerende behandeling van grensoverschrijdende situaties.
39. De beperking van de vrijheid van vestiging kan niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om belastingontwijking tegen te gaan of een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven, ongeacht of deze rechtvaardigingsgronden afzonderlijk of gezamenlijk in aanmerking worden genomen. De uitzondering heeft tot doel belastingontwijking tegen te gaan, maar is niet beperkt tot volstrekt kunstmatige handelwijzen. De huidige zaak betreft echte instellingen en vennootschappen die zich bezig houden met reële economische activiteiten. Daarbij komt dat de betreffende schuld uitstond tegen een marktconforme rentevoet.

40. De uitzondering is er niet rechtstreeks op gericht om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te handhaven. De verdeling van de heffingsbevoegdheid kan op zich niet worden beïnvloed door het belastingtarief of door eventuele tekorten bij de ontvanger. Aftrek van rente heeft altijd tot gevolg dat de omvang van de belastingplicht afneemt in de staat waar de onderneming gevestigd is die krediet neemt, en toeneemt in de staat waar de onderneming gevestigd is die krediet verstrekt. Dit kan een bedreiging vormen voor de heffingsgrondslag van een lidstaat, maar niet voor de door de lidstaten overeengekomen verdeling van de heffingsbevoegdheid.
41. De evenredigheidstoets kan niet worden uitgevoerd om de Zweedse heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting te beschermen, aangezien dat geen aanvaarde rechtvaardigingsgrond is. De uitzondering behelst de aanname dat er sprake is van belastingontwijking in alle situaties waarin een grensoverschrijdende schuld wordt geacht een aanzienlijk belastingvoordeel op te leveren dat niet evenredig is.
42. De toepassing van de uitzondering gaat duidelijk verder dan wat nodig is voor het bereiken van het doel het ongepaste belastingvoordeel weg te nemen, aangezien de aftrek van rente definitief en volledig wordt geweigerd. In casu kan het weigeren van (or. 11) de aftrek leiden tot dubbele belastingheffing, omdat de vrijstelling van belasting in Frankrijk slechts tijdelijk is. Een meer evenredige benadering zou er dan ook in bestaan het recht op aftrek op te schorten totdat de activiteiten in Frankrijk een overschot te zien geven.
43. Daarnaast is het niet mogelijk om met voldoende nauwkeurigheid een eventuele toepassing van de uitzondering te voorzien. De in de totstandkomingsgeschiedenis vermelde omstandigheden zijn geen objectieve en verifieerbare omstandigheden waaraan een aanwijzing kan worden ontleend omtrent de vraag of een handelwijze een volstrekt kunstmatige constructie is.

#### *Belastingdienst*

44. De uitzondering is van toepassing op rente-uitgaven die verband houden met schulden jegens ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde groep verbonden ondernemingen, ongeacht waar die ondernemingen gevestigd zijn en ongeacht of zij – met fiscale gevolgen – groepsbijdragen kunnen uitwisselen. Bijgevolg moet het recht op aftrek van rente-uitgaven ook aan de uitzonderingsregel worden getoetst wanneer Zweedse ondernemingen gerechtigd zijn om groepsbijdragen uit te wisselen. Indien het recht van de ondernemingen om groepsbijdragen uit te wisselen op generlei wijze wordt beperkt, leidt die toetsing tot de slotsom dat de schuld tussen hen niet voornamelijk is aangegaan om fiscale redenen, aangezien de ondernemingen in dat geval overeenkomstige aftrekposten hadden kunnen realiseren door een groepsbijdrage te doen. Dat de toetsing aan de uitzonderingsregel er nu eens toe leidt dat de uitzondering van toepassing is en dan weer dat zij niet van toepassing is, betekent niet dat de regel leidt tot een

negatieve, discriminerende behandeling waardoor de vrijheid van vestiging wordt beperkt.

45. Wordt niettemin aangenomen dat er sprake is van een beperking, dan kan deze worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te behouden alsook om belastingontwijking en belastingontduiking tegen te gaan. Wanneer deze rechtvaardigingsgronden gezamenlijk worden beschouwd, is het niet nodig dat de nationale regel uitsluitend is gericht op volstrekt kunstmatige constructies. **(or. 12)**
46. Het algemene doel van de regels inzake de beperking van het recht op renteaftrek, is te voorkomen dat de heffingsgrondslag wordt uitgehold, zowel in zuiver nationale situaties als in grensoverschrijdende situaties. In grensoverschrijdende situaties wordt met de regels beoogd de overdracht van onbelaste winsten van Zweden naar andere lidstaten te verhinderen, hetgeen ertoe bijdraagt dat een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten wordt gehandhaafd.
47. De regels inzake groepsbijdragen hebben tot doel de mogelijkheid te bieden om resultaten te consolideren tussen ondernemingen die in Zweden belastingplichtig zijn. De regels zijn derhalve niet van toepassing op ingezeten groepsondernemingen die vrijgesteld zijn van belasting of op grond van bijzondere regels worden belast, noch op buitenlandse groepsondernemingen die niet belastingplichtig zijn in Zweden. Groepsinterne schuldverhoudingen kunnen zo worden geregeld dat de regels inzake groepsbijdragen worden omzeild, wat de regels inzake renteaftrek beogen te voorkomen.
48. Wanneer het recht op aftrek van rente wordt getoetst aan de uitzonderingsregel, wordt in elk individueel geval altijd beoordeeld of de schuld voornamelijk is aangegaan om de groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen. De aftrek mag enkel worden geweigerd indien de betreffende schuld in zeer belangrijke mate uit fiscale overwegingen is aangegaan. De aftrek van rente-uitgaven wordt dus niet automatisch geweigerd op de enkele grond dat de lening is verstrekt door een onderneming uit een andere lidstaat. De toepasselijke bewijsvereisten zijn dezelfde als die welke gelden voor alle andere verzoeken om aftrek.
49. De uitzondering is gericht op de schuld zelf en niet op de omvang van de rente als zodanig. Derhalve is het niet onevenredig om de aftrek voor het gehele rentebedrag te weigeren. Aan de totstandkomingsgeschiedenis van de betreffende bepalingen kunnen voldoende aanwijzingen worden ontleend voor de toepassing van de uitzondering.

## Noodzaak van een prejudiciële beslissing

### *Inleiding*

50. In de onderhavige zaak staat niet ter discussie dat Lexel en BF deel uitmaken van dezelfde groep verbonden ondernemingen en dat voldaan is aan het criterium van de 10 %-regel. De Kammarrätt heeft bovendien geoordeeld (**or. 13**) dat voldaan is aan de vereisten voor de toepasselijkheid van de uitzondering. Zoals in de punten 36 en 37 is gebleken, zal de Högsta förvaltningsdomstol binnen de grenzen van de verleende rechtsingang het oordeel van de Kammarrätt in zoverre niet heroverwegen. Wat nog dient te worden beoordeeld, is dus of het met de vrijheid van vestiging verenigbaar is om Lexel de aftrek van de rentebetalingen aan BF te weigeren op grond van de uitzondering.

### *Ingebrekestelling door de Commissie*

51. De Commissie heeft tegen Zweden een niet-nakomingsprocedure ingeleid en in 2014 in een ingebrekestelling betoogd dat de door Zweden aan het recht op aftrek van rente over groepsinterne leningen gestelde beperkingen op grond van hoofdstuk 24, §§ 10b tot en met 10e, van de wet op de inkomstenbelasting onverenigbaar zijn met artikel 49 VWEU wanneer zij worden toegepast op een groep waarbinnen rente is betaald aan een handelsonderneming die gevestigd is in een andere lidstaat (ref. SG-Greffe (2014) D/17633 van de Commissie, zaaknummer 2013/4206).
52. De Zweedse regering heeft de Commissie geantwoord dat de beperkingen van het recht op aftrek van rente volgens haar niet tot enige directe of indirecte beperking van de vrijheid van vestiging leiden. Mocht worden aangenomen dat er sprake is van een indirecte beperking, dan kan deze naar haar mening worden gerechtvaardigd (Fi2014/4205).

### *Beperking van de vrijheid van vestiging?*

53. Uit de bewoordingen van de uitzonderingsregel blijkt niet dat daarin een onderscheid wordt gemaakt tussen rente die aan Zweedse en rente die aan buitenlandse ontvangers wordt betaald. Niettemin is Lexel van mening dat de regel in de praktijk leidt tot een negatieve fiscale behandeling van rente die wordt betaald aan buitenlandse ontvangers, en dus tot een beperking van de vrijheid van vestiging. Bij de beoordeling of dat het geval is, kunnen onder meer de volgende omstandigheden van belang zijn.
54. Wat Zweedse ontvangers betreft, is de regeling inzake beperkingen van het recht op aftrek van rente-uitgaven met name van toepassing op rente die wordt betaald aan beleggingsondernemingen, (**or. 14**) die onderworpen zijn aan een specifieke belastingregeling, alsook op rente die wordt betaald aan ontvangers die van belasting vrijgesteld zijn, zoals gemeenten en bepaalde verenigingen en stichtingen die geen winst nastreven.

55. De regeling kan evenwel ook worden toegepast op rentebetalingen aan Zweedse naamloze vennootschappen die op de gewone wijze worden belast. Dergelijke rentebetalingen vallen altijd onder de 10 %-regel, maar de aftrek kan worden geweigerd als de uitzondering van toepassing is. Wat betreft het geval waarin de vennootschappen onderling – met fiscale gevolgen en zonder beperkingen – groepsbijdragen kunnen doen en ontvangen, volgt uit de totstandkomingsgeschiedenis dat de uitzondering niet behoort te worden toegepast. Daarentegen kan de uitzondering worden toegepast op rentebetalingen tussen Zweedse naamloze vennootschappen die deel uitmaken van dezelfde groep verbonden ondernemingen, maar niet voldoen aan de voorwaarden – zoals het vereiste van ten minste 90 % eigendom – om groepsbijdragen te kunnen doen en ontvangen.
56. In het onderhavige geval staat niet ter discussie dat Lexel en BF onderling – met fiscale gevolgen – groepsbijdragen hadden kunnen doen indien BF een Zweedse vennootschap was geweest, noch dat de uitzondering in dat geval niet van toepassing zou zijn geweest. Op grond van deze omstandigheid hebben de Förvaltningsrätt en de Kammarrätt geoordeeld dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. De belastingdienst stelt zich evenwel op het tegenovergestelde standpunt en ook de Zweedse regering is van mening dat de regels inzake renteaftrek niet leiden tot een beperking van de vrijheid van vestiging.

*Kan een eventuele beperking worden gerechtvaardigd?*

57. Indien zou worden geoordeeld dat de weigering om renteaftrek toe te staan leidt tot een beperking van de vrijheid van vestiging, moet worden uitgemaakt of deze beperking kan worden gerechtvaardigd. De rechtvaardigingsgronden die in de onderhavige zaak in het geding zijn, bestaan in de wens om belastingontwijking tegen te gaan en de wens om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid te handhaven.
58. Volgens de totstandkomingsgeschiedenis is het algemene doel van de uitzondering agressieve fiscale planning met renteaftrek te voorkomen (wetsontwerp 2012/13:1 s. 251) (**or. 15**). Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is de wens om belastingontwijking tegen te gaan een aanvaardbare rechtvaardigingsgrond. Lexel stelt echter dat de uitzondering niet kan worden aanvaard op deze grond, omdat zij niet uitsluitend van toepassing is op volstrekt kunstmatige constructies (zie bijvoorbeeld het arrest Cadbury Schweppes, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 51). De belastingdienst stelt van zijn kant dat wanneer de wens om belastingontwijking te voorkomen wordt gecombineerd met andere rechtvaardigingsgronden, ook regels kunnen worden aanvaard die niet uitsluitend zijn gericht op volstrekt kunstmatige constructies (zie bijvoorbeeld het arrest Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, punten 42-51).

59. De belastingdienst heeft eveneens betoogd dat met de uitzondering wordt beoogd te voorkomen dat de regels inzake groepsbijdragen worden omzeild doordat de schuldverhoudingen binnen een groep aldus worden vormgegeven dat in Zweden behaalde winsten kunnen worden verrekend met tekorten in andere landen (zie ook wetsontwerp 2012/13:1 punt 254). Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in meerdere beslissingen geoordeeld dat het – afgezien van bepaalde gevallen van zogenoemde definitieve verliezen – met de vrijheid van vestiging verenigbaar is dat buitenlandse groepsvennootschappen worden uitgesloten van de werkingssfeer van bepalingen inzake de consolidatie van de resultaten binnen een groep. Uit de rechtspraak van het Hof volgt evenwel ook dat dit niet betekent dat buitenlandse groepsvennootschappen mogen worden uitgesloten van belastingvoordelen die niet specifiek verband houden met dergelijke consolidatieregelingen (zie bijvoorbeeld de arresten X BV en X NV, C-398/16 en C-399/16, EU:C:2018:110, punten 39-42)
60. Het arrest X BV betrof de Nederlandse regels inzake renteaftrek. De regels waren van toepassing op gevallen waarin rente werd betaald over leningen die waren verstrekt door verbonden ondernemingen en waarin de leningen waren aangegaan om aandelen in een verbonden onderneming te verwerven. Op grond van deze regels werd de aftrek van rente altijd toegestaan wanneer de te verwerven vennootschap deel uitmaakte van dezelfde fiscale eenheid als de verwervende vennootschap. Wanneer de vennootschappen geen deel uitmaakten van een dergelijke eenheid, gold voor het recht op aftrek daarentegen als voorwaarde dat aannemelijk werd gemaakt dat de lening en de verwerving voornamelijk waren ingegeven door zakelijke overwegingen, of dat het redelijk was om de rente bij de ontvanger te belasten. Het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelde dat dit verschil in behandeling gelijkstond aan een ongerechtvaardigde belemmering van de vrijheid van vestiging.
61. De Nederlandse regels voor fiscale eenheden hebben in het Zweedse belastingstelsel hun tegenhanger in de regels inzake groepsbijdragen. In het arrest X BV heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (or. 16) dan ook geoordeeld dat het verband tussen de regels inzake renteaftrek en de regels voor fiscale eenheden niet tot gevolg had dat de Nederlandse regels konden worden gerechtvaardigd. Een onderscheid tussen de in het arrest X BV onderzochte regels en de Zweedse regels is evenwel gelegen in het feit dat volgens de Nederlandse regels de voorwaarden voor aftrek verschilden naargelang de te verwerven vennootschap al dan niet deel uitmaakte van dezelfde fiscale eenheid als de verwervende vennootschap. In plaats daarvan houdt het verschil in het recht op aftrek volgens de Zweedse regels verband met het antwoord op de vraag of de betaler en de ontvanger van de rente onderling winsten en verliezen kunnen verrekenen door groepsbijdragen te doen. In het arrest X BV lijkt het Hof van Justitie van de Europese Unie belang te hebben gehecht aan het feit dat het recht op aftrek volgens de Nederlandse regels niet afhankelijk was van de heffing van belasting over de rente bij de ontvanger (zie punt 41 van het arrest). De Högsta förvaltningsdomstol is van oordeel dat de vaststellingen van het Hof van Justitie

van de Europese Unie in het arrest X BV daarom niet zonder meer kunnen worden toegepast op de Zweedse regels.

62. Voorts verschillen partijen van mening over de vraag of de toepassing van de uitzonderingsregel voldoende voorzienbaar is, zodat de regel voldoet aan het vereiste van rechtszekerheid (zie bijvoorbeeld het arrest SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, punten 56-59). Om uit te maken of dat het geval is, moet worden beoordeeld of aan de in de punten 11 tot en met 15 hierboven weergegeven overwegingen in de totstandkomingsgeschiedenis voldoende aanwijzingen voor de toepassing van de regel kunnen worden ontleend.

#### *Samenvattende conclusie*

63. Samenvattend stelt de Högsta förvaltningsdomstol vast dat er uiteenlopende opvattingen bestaan over de vraag of de uitzondering verenigbaar is met het Unierecht. Het standpunt van Lexel dat het met het Unierecht in strijd is om de vennootschap op grond van de uitzondering renteaftrek te weigeren, vindt steun in de ingebrekestelling van de Commissie. De belastingdienst, de Zweedse regering, de Förvaltningsrätt en de Kammarrätt hebben zich op het tegenovergestelde standpunt gesteld en zijn van oordeel dat het Unierecht er niet aan in de weg staat dat de aftrek wordt geweigerd.
64. De Högsta förvaltningsdomstol is voorts van oordeel dat het niet mogelijk is om uit de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie met zekerheid af te leiden welk van de bovenstaande (or. 17) opvattingen juist is. Het is derhalve noodzakelijk het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing.

#### **Vraag**

65. Gelet op een en ander verzoekt de Högsta förvaltningsdomstol om de volgende vraag te beantwoorden.
66. 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 schuld voornamelijk is aangegaan om de groep verbonden ondernemingen een aanzienlijk belastingvoordeel te verschaffen, met dien verstande dat 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?