Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. EMILIOU
fremsat den 14. marts 2024[1]

Sag C-585/22

X BV
mod
Staatssecretaris van Financiën

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol))

»Præjudiciel forelæggelse – etableringsfrihed – artikel 49 TEUF – selskabsskat – koncerninternt grænseoverskridende lån optaget med henblik på en ekstern erhvervelse – ingen mulighed for at fradrage renterne på et sådant lån i det skattepligtige overskud – rent kunstigt arrangement – begreb – proportionalitet«

I. Indledning

1. Benjamin Franklins berømte ordsprog »ingenting er sikkert her i verden, undtagen døden og skatterne« rummer en universel sandhed. Ofte kunne det imidlertid se ud som om, at mennesket fra naturens side har en iboende trang til at undslippe disse uundgåeligheder.

2. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse er opstået inden for rammerne af bestemmelser i national ret om selskabsskat, som er specifikt udformet med henblik på at bekæmpe metoder til skatteundgåelse. I henhold til denne lovgivning formodes et lån, som er optaget af en skattepligtig person i en med denne skattepligtige forbundet enhed – med henblik på erhvervelse eller udvidelse af en andel i en anden enhed – under visse omstændigheder at være et kunstigt arrangement, der har til formål at udhule det nederlandske beskatningsgrundlag. Følgelig er denne person udelukket fra at fradrage renterne på lånet i sit skattepligtige overskud, medmindre den pågældende kan afkræfte denne formodning.

3. Med denne anmodning om præjudiciel afgørelse har Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) anmodet Domstolen om at præcisere sin praksis vedrørende bl.a. etableringsfriheden, der er indført ved artikel 49 TEUF, navnlig spørgsmålet om, hvorvidt det er foreneligt med denne frihed, at en medlemsstats skattemyndigheder nægter et selskab, som tilhører en grænseoverskridende koncern, at fradrage renter betalt på et sådant lån i sit skattepligtige overskud. Domstolen anmodes nærmere bestemt om at præcisere sine

[1] – Originalsprog: engelsk.

konklusioner i Lexel-dommen [2] vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt sådanne koncerninterne lån – i denne forbindelse – kan anses for rent kunstige arrangementer, selv når de gennemføres på armslængdevilkår, og renten er fastsat til den sædvanlige markedsrente.

II. Retsgrundlag

4. Artikel 10a i Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (lov om selskabsskat af 1969, herefter »selskabsskatteloven«) i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for tvisten i hovedsagen, bestemmer:

»1. Ved opgørelsen af overskuddet [...] kan renter – herunder omkostninger og valutakurstab – vedrørende gæld, som retligt eller faktisk skyldes direkte eller indirekte til en forbundet enhed eller en tilknyttet fysisk person, ikke fradrages, for så vidt som gælden direkte eller indirekte, retligt eller faktisk, vedrører en af følgende retlige transaktioner:

[…]

c. erhvervelse eller udvidelse af en andel, der foretages af den skattepligtige person, af en enhed, som er forbundet med den skattepligtige person og er selskabsskattepligtig, eller af en fysisk person, som er forbundet med denne skattepligtige person og hjemmehørende i Nederlandene, i en enhed, der efter erhvervelsen eller udvidelsen af denne andel bliver en med den skattepligtige person forbundet enhed

[…]

3. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis den skattepligtige person godtgør, at

a. lånet og den dermed sammenhængende retlige transaktion i overvejende grad er baseret på forretningsmæssige grunde, eller

b. der i sidste ende opkræves en skat af overskuddet eller indkomsten, som ifølge de nederlandske kriterier er rimelig, af renterne hos den person, som renterne retligt eller faktisk skyldes direkte eller indirekte til [...]. Den skat, der opkræves af overskuddet, er rimelig i henhold til nederlandske kriterier, hvis den resulterer i, at der opkræves skat med en sats på mindst 10% af det skattepligtige overskud beregnet efter de nederlandske kriterier [...]

4. I denne artikel [...] forstås der ved begrebet enhed, som er forbundet med den skattepligtige person:

a. en enhed, hvori den skattepligtige person har en andel på mindst en tredjedel

b. en enhed, som har en andel på mindst en tredjedel i den skattepligtige person

c. en enhed, hvori en tredjepart har en andel på mindst en tredjedel, når denne tredjepart også har en andel på mindst en tredjedel i den skattepligtige person.

[…]«

[2] – Dom af 20.1.2021, Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34) (herefter »Lexel-dommen«).

III. De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

5. Selskabet X (herefter »X« eller »appellanten«) er et holdingselskab, som er stiftet i overensstemmelse med nederlandsk ret. Det tilhører en multinational koncern, som bl.a. omfatter selskab A og selskab C (herefter henholdsvis »A« og »C«).

6. A er moderselskabet med hjemsted i Belgien. A er eneaktionær i appellanten og hovedaktionær i C.

7. C er en intern bank, også med hjemsted i Belgien. Den tilbyder koncerninterne tjenesteydelser, hvilket omfatter finansiel omstrukturering og forvaltning. Mellem 1999 og 2010 havde selskabet egenskab af (skattemæssigt) »koordinationscenter« i henhold til belgisk ret, hvilket gav det mulighed for at svare skat på grundlag af en fordelagtig skatteordning, hvorefter dets skattepligtige overskud blev fastsat ud fra en fast sats.

8. I 2000 erhvervede X aktierne i selskabet F (herefter »F«), der har hjemsted i Nederlandene. Efter denne erhvervelse blev F en med appellanten forbundet enhed.

9. X finansierede denne erhvervelse ved lån, som blev optaget hos C. Sidstnævnte selskab ydede disse lån af sin egen formue, som det kort forinden havde fået via en kapitaltilførsel fra A. De pågældende lån blev forrentet med den sædvanlige markedsrente.

10. Fra den 1. januar 2001 blev X og F konsolideret i en skattemæssig enhed, hvor X blev udpeget som moderselskab. I denne forbindelse blev den skat, som såvel F som X skulle betale, opkrævet hos sidstnævnte selskab. X kunne ligeledes fradrage de renteudgifter, som selskabet betalte til C, i det overskud, som F genererede. Som følge af dette fradrag var den selskabsskat, som selskabet skulle svare i Nederlandene, meget lav.

11. I 2007 fradrog X renterne på de lån, som selskabet have optaget hos C, i sin selskabsskatteangivelse. Staatssecretaris van Financiën (statssekretæren for finansielle anliggender, Nederlandene) afslog imidlertid dette fradrag på grundlag af selskabsskattelovens artikel 10a.

12. Appellanten anfægtede dette afslag ved Rechtbank Gelderland (retten i første instans i Gelderland, Nederlandene) og derefter ved Gerechtshof Arnhem Leeuwarden (appeldomstol i Arnhem-Leeuwarden, Nederlandene).

13. Ved afgørelse af 20. oktober 2020 fastslog sidstnævnte ret, at denne begrænsning af rentefradraget var forenelig med EU-retten. Den nævnte ret fastslog, at formålet med denne lovgivning (som er at forhindre, at det nederlandske skattegrundlag udhules gennem misbrug, hvor kunstigt genererede renteudgifter fradrages i overskuddet) var begrundet og forholdsmæssigt.

14. Appellanten har iværksat en kassationsappel til prøvelse af denne afgørelse ved Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol).

15. Ifølge nævnte domstols faste praksis udgør gæld, der er optaget vilkårligt og uden forretningsmæssig begrundelse, et rent kunstigt arrangement, som kun har til formål at skabe en fradragsberettiget udgift, uanset om rentesatsen er identisk med den, der ville være blevet aftalt mellem uafhængige selskaber på armslængdevilkår.

16. Den forelæggende ret har tilsluttet sig de konstateringer, som Gerechtshof Arnhem Leeuwarden (appeldomstol i Arnhem-Leeuwarden, Nederlandene) har foretaget, og er derfor af den opfattelse, at et fuldstændigt afslag på rentefradrag for debitorer under sådanne omstændigheder er hensigtsmæssigt og forholdsmæssigt, fordi en sådan foranstaltning har til formål at bekæmpe skatteunddragelse ved specifikt at tage sigte på de tilfælde, hvor gælden er opstået ved et rent kunstigt arrangement.

17. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt dette standpunkt er korrekt i lyset af Domstolens dom i Lexel-sagen.

18. Nævnte dom kan nemlig fortolkes således, at koncerninterne transaktioner, såsom stiftelse af gæld hos et med den skattepligtige forbundet selskab, ikke kan betragtes som rent kunstige arrangementer, såfremt de er indgået på armslængdevilkår. Hvis en sådan fortolkning er korrekt, ønsker den forelæggende ret endvidere oplyst, om et fuldstændigt afslag på at foretage rentefradraget er foreneligt med det EU-retlige proportionalitetsprincip.

19. Endelig ønsker den forelæggende ret oplyst, om sondringen mellem den nationale lovgivning, der er omhandlet i den foreliggende sag, og som vedrører både intern overførsel og ekstern erhvervelse, og den i Lexel-dommen omhandlede lovgivning, som ikke omfattede eksterne erhvervelser, har nogen betydning.

20. På denne baggrund har Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 49 TEUF, 56 TEUF og/eller 63 TEUF fortolkes således, at de er til hinder for en national ordning, hvorefter renter af et lån, som er optaget hos en med den skattepligtige forbundet virksomhed, og som vedrører erhvervelse eller udvidelse af en andel i en virksomhed, der efter denne erhvervelse eller udvidelse er en forbundet virksomhed, ikke må fradrages ved opgørelsen af den skattepligtiges overskud, idet den pågældende skyld må betragtes som en (del af) en rent kunstig konstruktion, uanset om den pågældende skyld isoleret set er indgået på markedsvilkår?

2) Såfremt [det første spørgsmål] besvares benægtende, skal artikel 49 TEUF, 56 TEUF og/eller 63 TEUF da fortolkes således, at de er til hinder for en national ordning, hvorefter fradrag af renter af et lån, som er optaget hos en med den skattepligtige forbundet virksomhed, og som betragtes som en (del af) en rent kunstig konstruktion, hvilken skyld vedrører erhvervelse eller udvidelse af en andel i en virksomhed, som efter denne erhvervelse eller udvidelse er en forbundet virksomhed, fuldstændigt afslås ved opgørelsen af den skattepligtiges overskud, også selv om renten isoleret set ikke overstiger det beløb, som kunne være aftalt mellem uafhængige virksomheder?

3) Gør det for besvarelsen af [det første og/eller det andet spørgsmål] nogen forskel, om den pågældende erhvervelse eller udvidelse af andelen vedrører (a) en virksomhed, som forud for denne erhvervelse eller udvidelse var en med den skattepligtige forbundet virksomhed, eller (b) en virksomhed, som først efter denne erhvervelse eller udvidelse bliver en med den skattepligtige forbundet virksomhed?«

21. Appellanten, den belgiske, den spanske og den nederlandske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Appellanten, den spanske og den nederlandske regering samt Kommissionen afgav mundtlige indlæg i retsmødet, der blev afholdt den 15. november 2023.

IV. Bedømmelse

22. Den forelæggende rets tre spørgsmål udspringer af reglerne om selskabsskat i Nederlandene. Disse spørgsmål vedrører nærmere bestemt følgende problem. I henhold til disse regler kan et selskab, der har skattemæssigt hjemsted i Nederlandene, i princippet fradrage renterne af den gæld, det har optaget, i sit skattepligtige overskud og således nedsætte sin skattepligt, men den omtvistede bestemmelse, nemlig selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), begrænser denne mulighed for så vidt angår koncerninterne lån.

23. Denne bestemmelse finder anvendelse, når lånet optages af en skattepligtig person hos en forbundet enhed (dvs. et andet selskab i den koncern, som personen tilhører, f.eks. en intern bank) for at finansiere en erhvervelse eller udvidelse af en andel i en enhed, der allerede var en med den skattepligtige forbundet enhed før den pågældende erhvervelse eller udvidelse (intern overførsel) eller en enhed, som først derefter bliver en med den skattepligtige forbundet enhed (ekstern erhvervelse).

24. I begge tilfælde kan den skattepligtige person ikke fradrage renterne på en sådan gæld, heller ikke selv om renteudgifterne svarer til dem, der ville være blevet aftalt med en uafhængig enhed, f.eks. en ekstern bank. Grunden hertil er, at denne bestemmelse opstiller en formodning for, at en sådan gæld, der er optaget hos et andet selskab i samme koncern, udgør (eller er en del af)[3] et rent kunstigt arrangement, hvis eneste formål er at udhule det nederlandske beskatningsgrundlag.

25. I henhold til selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, kan den skattepligtige person afkræfte denne formodning og dermed fradrage sådanne renter i sit skattepligtige overskud ved at godtgøre, enten at a) lånet og den hermed sammenhængende retlige transaktion i overvejende grad er baseret på økonomiske betragtninger, eller b) der i sidste ende opkræves en skat på overskuddet eller indkomsten, som ifølge de nederlandske kriterier er rimelig (dvs. ca. 10%), på renterne hos den, som ydede lånet.

26. Med sine tre spørgsmål, som det er hensigtsmæssigt at behandle samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om denne nationale lovgivning er forenelig med artikel 49 TEUF om etableringsfrihed, artikel 56 TEUF om den frie udveksling af tjenesteydelser og/eller artikel 63 TEUF om de frie kapitalbevægelser.

[3] – Et sådant arrangement kan bestå af flere trin, hvoraf det ene er lånet (jf. f.eks. punkt 92 nedenfor).

27. Da disse spørgsmål vedrører flere grundlæggende frihedsrettigheder, er det nødvendigt indledningsvis at fastsætte, hvilken frihed der finder anvendelse i den foreliggende sag (afsnit A). Jeg vil derefter undersøge, om den omhandlede nationale lovgivning medfører en begrænsning af den pågældende frihed (afsnit B), inden jeg redegør nærmere for, om en sådan begrænsning er tilladt (afsnit C).

A. Etableringsfriheden er den relevante frihed

28. Det fremgår af fast retspraksis, at det ved vurderingen af, om en national lovgivning henhører under anvendelsesområdet for en grundlæggende frihed, er nødvendigt at tage hensyn til formålet med den pågældende lovgivning [4].

29. Som de intervenerende regeringer og Kommissionen har gjort gældende, er det efter min opfattelse klart, at selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), henset til dens formål, vedrører etableringsfriheden, som er sikret ved artikel 49 TEUF.

30. I denne henseende følger det af Domstolens praksis, at nationale regler, der kun vedrører forbindelser inden for en koncern, hovedsageligt berører etableringsfriheden, som er sikret ved artikel 49 TEUF. Ligeledes henhører national lovgivning, der kun finder anvendelse på kapitalandele, der giver indehaveren mulighed for at udøve en klar indflydelse på beslutningerne i et selskab og træffe afgørelse om dets drift, også under anvendelsesområdet for denne EU-retlige bestemmelse [5].

31. Jeg minder om, at selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), finder anvendelse, når en gæld optages af en skattepligtig person i) hos en »forbundet enhed« og ii) til finansiering af en erhvervelse eller udvidelse af en andel i en enhed, som allerede forud for erhvervelsen eller udvidelsen var en med den skattepligtige »forbundet« enhed, eller en enhed, som derefter bliver »forbundet« med denne person. I henhold til selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 4, anses enheder, der direkte eller indirekte ejer mindst 33,3% af kapitalandelene i den anden enhed, eller en tredjepart, som ejer 33,3% af kapitalandelene i begge enheder, for »forbundne« som omhandlet i førstnævnte bestemmelse.

32. De omtvistede bestemmelser vedrører derfor kun forhold inden for en koncern, idet deres formål er begrænset til koncerninterne lån. Desuden finder de kun anvendelse på renterne af lån, som den skattepligtige person har optaget med henblik på at erhverve en tilstrækkelig høj andel til, at vedkommende kan udøve en klar indflydelse på den omhandlede enhed [6]. Det fremgår således af forelæggelsesafgørelsen, at X faktisk har en andel i F, der er betydeligt større end det minimum, der kræves i henhold til disse bestemmelser.

33. Jeg finder det derfor hensigtsmæssigt at undersøge den omhandlede nationale lovgivning og besvare den forelæggende rets spørgsmål alene på grundlag af artikel 49 TEUF [7].

[4] – Jf. bl.a. dom af 16.2.2023, Gallaher (C-707/20, EU:C:2023:101, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis) (herefter »Gallaher-dommen«).

[5] – Gallaher-dommen, præmis 56-58 og den deri nævnte retspraksis.

[6] – Jf. i denne retning dom af 13.10.2022, Finanzamt Bremen (C-431/21, EU:C:2022:792, præmis 25 og 26).

[7] – Den omhandlede nationale lovgivning har ganske vist også restriktive virkninger for de frie kapitalbevægelser (jf. punkt 75 nedenfor), men disse virkninger er en uundgåelig konsekvens af en sådan hindring for etableringsfriheden, hvorfor det er ufornødent at foretage en særskilt vurdering. Jf. Gallaher-dommen, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis.

B. En sådan national lovgivning indebærer en restriktion for etableringsfriheden

34. Jeg erindrer om, at den etableringsfrihed, som tilkommer EU-borgerne i henhold til artikel 49 TEUF, i overensstemmelse med artikel 54 TEUF indebærer en ret for selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, til at udøve virksomhed i en anden medlemsstat via et datterselskab, en filial eller et agentur [8].

35. I den foreliggende sag har X gjort gældende, at selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), indebærer en restriktion for denne frihed, da denne bestemmelse behandler grænseoverskridende situationer mindre gunstigt end rent interne situationer.

36. X har nærmere bestemt gjort gældende, at hvis den skattepligtige person optager et lån hos en forbundet enhed (f.eks. den interne bank i den koncern, som den er en del af), der er etableret i Nederlandene, kan den systematisk fradrage renterne på dette lån i sit skattepligtige overskud, da betingelsen i selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra b), altid er opfyldt. Det er åbenbart, at den forbundne enhed, henset til disse renter, er underlagt en beskatning af overskud eller indkomst, der »ifølge de nederlandske kriterier er rimelig«, idet den nederlandske skattesats på 10% finder anvendelse. Når den skattepligtige person derimod optager et sådant lån hos en forbundet enhed, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, er det vanskeligere for vedkommende at fradrage renterne på dette lån, da denne betingelse ikke altid er opfyldt (da andre medlemsstater kan opkræve en lavere skat af overskud eller indkomst af en sådan enhed, således som Belgien gjorde med hensyn til C på tidspunktet for de faktiske omstændigheder). Hvis dette ikke er tilfældet, kan den skattepligtige person kun opnå denne fordel ved at opfylde betingelsen i artikel 10a, stk. 3, litra a), dvs. ved at godtgøre, at lånet og den dermed sammenhængende transaktion i overvejende grad er forretningsmæssigt begrundet. Den forelæggende ret og Kommissionen er enige i denne vurdering.

37. Den nederlandske regering har derimod gjort gældende, at der ikke foreligger en restriktion for etableringsfriheden. I hovedsagen er det kun A (moderselskabet), med hjemsted i Belgien, der har udøvet denne frihed, navnlig ved at oprette sit datterselskab X i Nederlandene. Etableringsfriheden har til formål at sikre et sådant moderselskab national behandling i den medlemsstat, hvor det opretter et datterselskab, idet den forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af selskabers hjemsted. I den foreliggende sag følger en sådan forskelsbehandling imidlertid ikke af selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c). Hvad angår muligheden for, at et selskab med hjemsted i Nederlandene kan fradrage renterne af koncerninterne lån, finder denne bestemmelse nemlig anvendelse på samme måde, uanset om sidstnævntes moderselskab har hjemsted i Nederlandene eller i en anden medlemsstat [9].

38. Subsidiært har den nederlandske regering gjort gældende, at selv hvis den långivende enheds beliggenhed (koncernens interne bank) var en relevant faktor ved vurderingen af, om der forelå en restriktion for etableringsfriheden, ville der stadig ikke være tale om en forskelsbehandling, der udgjorde en sådan restriktion. Selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), finder nemlig anvendelse uden at sondre mellem, om gælden er stiftet mellem forbundne enheder, der er hjemmehørende i Nederlandene, eller den er stiftet mellem forbundne enheder, der er etableret i

[8] – Jf. bl.a. dom af 8.10.2020, Impresa Pizzarotti (Ekstraordinær fordel, som indrømmes et ikke-hjemmehørende selskab) (C-558/19, EU:C:2020:806, præmis 21).

[9] – Den nederlandske regering henviser analogt til Gallaher-dommen, præmis 69-74.

forskellige medlemsstater, og betingelsen i artikel 10a, stk. 3, litra b) kan være opfyldt, selv når den interne bank har sit hjemsted i en anden medlemsstat. Den spanske regering er i det væsentlige enig i denne opfattelse.

39. Jeg er enig med X og Kommissionen.

40. Som den nederlandske regering med rette har gjort gældende, bør analysen her sigte på at undersøge, om selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), begrænser A's udøvelse af sin etableringsfrihed, da A er det eneste selskab, der har udøvet denne frihed, bl.a. ved at oprette et datterselskab (X) i en anden medlemsstat (Nederlandene) end den, hvor det har hjemsted (Belgien). Jeg medgiver ligeledes, at denne bestemmelse ikke medfører en forskelsbehandling på grundlag af selskabets hjemsted. I henhold til denne bestemmelse ville A's datterselskab, X, være blevet behandlet på samme måde, hvis A havde haft sit hjemsted i Nederlandene og ikke i Belgien.

41. Begrebet restriktion for etableringsfriheden er imidlertid ikke begrænset til en sådan forskelsbehandling. Bestemmelserne i EUF-traktaten vedrørende denne frihed har til formål at sikre, at udenlandske statsborgere og selskaber behandles på samme måde i værtsmedlemsstaten som statsborgere og selskaber, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat, men Domstolen har gentagne gange fastslået, at etableringsfriheden er meget vidtrækkende. Enhver foranstaltning, der er til hinder for eller indebærer ulemper for udøvelsen af etableringsfriheden, eller som gør denne udøvelse mindre tiltrækkende, skal anses for en restriktion af denne frihed [10].

42. I den foreliggende sag vil jeg indledningsvis påpege, at hvis de omtvistede bestemmelser i nederlandsk ret for så vidt angår muligheden for at fradrage renter på et koncerninternt lån behandler et skattepligtigt datterselskab (såsom X) af et moderselskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat (såsom A), forskelligt, afhængigt af, om den interne bank i den koncern, der har ydet lånet (her C), er beliggende i Nederlandene eller i en anden medlemsstat, vil denne forskelsbehandling kunne gøre det mindre attraktivt for moderselskabet at udøve sin etableringsfrihed.

43. En sådan forskel kunne afholde moderselskabet fra at strukturere sin koncern, som det ønsker, ved at etablere koncernens interne bank i en anden medlemsstat end Nederlandene. I praksis stiller det grænseoverskridende koncerner, hvis eksistens følger af udøvelsen af etableringsfriheden, ringere end koncerner, der er »rent interne« i Nederlandene. Faktisk vil grænseoverskridende koncerner, i modsætning til »rent interne«, ofte være struktureret på en sådan måde, at deres interne bank er beliggende i en anden medlemsstat.

44. Ræsonnementet er det samme, hvis man vender perspektivet om og i stedet ræsonnerer med udgangspunkt i det hypotetiske scenario, som den nederlandske regering har fremført, hvor A ville have haft sit hjemsted i Nederlandene. Også i dette tilfælde ville en sådan forskelsbehandling kunne gøre det mindre attraktivt for dette selskab at udøve sin etableringsfrihed ved at oprette en intern bank i en anden medlemsstat [11]. Hvis A gjorde det, kunne selskabet blive stillet ringere i forhold til et lignende selskab, som ikke udøver denne frihed og i stedet opretter en indenlandsk bank i Nederlandene.

[10] – Dom af 21.12.2023, Cofidis (C-340/22, EU:C:2023:1019, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

[11] – Jf. analogt dom af 22.2.2018, X og X (C-398/16 og C-399/16, EU:C:2018:110, præmis 32) (herefter »dommen i sagen X og X«).

45. Efter min opfattelse bekræfter Domstolens dom i Lexel-sagen [12] denne fortolkning. Jeg minder om, at denne sag drejede sig om, at et svensk selskab, som var en del af en international koncern, i henhold til svensk lovgivning ikke kunne fradrage renterne på et lån, som var optaget hos koncernens interne bank, nemlig et andet selskab, som var beliggende i Frankrig. Moderselskabet i denne koncern havde også sit hjemsted i Frankrig. I denne sag bestod forskelsbehandlingen i, at et sådant fradrag ville have været muligt, hvis den indenlandske bank havde haft hjemsted i Sverige. Domstolen fastslog med rette, at denne forskel udgjorde en restriktion for etableringsfriheden [13].

46. For det andet vil jeg påpege, at de omtvistede bestemmelser i den nederlandske lovgivning faktisk synes at skabe en sådan forskelsbehandling på grundlag af, hvor den interne bank for koncerner har sit hjemsted.

47. Det må dog konstateres, således som den nederlandske regering har gjort gældende, at de relevante bestemmelser i nederlandsk lovgivning ikke direkte sondrer mellem, om den interne bank, der ydede det pågældende koncerninterne lån til den skattepligtige person, har hjemsted i Nederlandene eller i en anden medlemsstat [14]. Navnlig består kriteriet, som er fastsat i selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra b), ikke i, om banken for så vidt angår renterne er underlagt en beskatning af overskud eller indkomst »i Nederlandene«. Dette er en væsentlig forskel i forhold til den sag, der gav anledning til Lexel-dommen, hvor en tilsvarende betingelse for, at der kunne opnås fradrag for sådanne renter, var, at den interne bank var skattepligtig i Sverige [15].

48. X har imidlertid gjort gældende, at det i selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra b), fastsatte kriterium (nemlig, at den interne bank opkræves »en skat af overskuddet eller indkomsten, som ifølge de nederlandske kriterier er rimelig« (dvs. mindst 10%)) forekommer at være objektivt, men de facto kan være mindre gunstigt for grænseoverskridende situationer [16].

49. Den nederlandske regerings modargumenter må utvivlsomt tillægges en vis vægt. Denne regering har i analogi med Domstolens dom i sagen Köln-Aktienfonds Deka [17] gjort gældende, at dette kriterium ikke er specifikt for det nederlandske marked, således at det kun kan være opfyldt, når skattepligtige personer optager koncerninterne lån fra interne banker med hjemsted i Nederlandene. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder opkrævede alle medlemsstater en selskabsskat med en sats på 10% eller derover. Denne betingelse ville således generelt være opfyldt, selv når et sådant lån optages hos interne banker med hjemsted i andre medlemsstater, undtagen i den ekstraordinære situation, hvor den pågældende bank (ligesom C) er omfattet af en fordelagtig skatteordning i den stat, hvor den er etableret. Regeringen har ligeledes anført, at der er omstændigheder, hvorunder renteudgifterne på lån beskattes til en lavere sats end 10% i Nederlandene. Følgelig er der tilfælde, hvor betingelserne i selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra b), ikke er opfyldt, selv om den interne bank har sit hjemsted i denne medlemsstat. Et moderselskab som A ville således ikke blive afskrækket fra at etablere en sådan bank i en anden medlemsstat end Nederlandene eller blive stillet ringere, hvis det gjorde det.

12 – Præmis 35-41.

13 – Jf. i denne retning også dom af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 95) (herefter »dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation«).

14 – Jf. analogt dommen i sagen X og X, præmis 35.

15 – Jf. Lexel-dommen, præmis 12 og 38.

16 – Jf. analogt dom af 9.9.2021, Real Vida Seguros (C-449/20, EU:C:2021:721, præmis 20 og 21).

17 – Dom af 30.1.2020 (C-156/17, EU:C:2020:51, præmis 56).

50. Ikke desto mindre er jeg af den opfattelse, at nationale love ikke behøver at anvende kriterier, der er specifikke for et nationalt marked, eller som *kun* er til fordel for de indenlandske virksomheder på markedet, for at de i praksis er mindre gunstige for grænseoverskridende situationer. Det afgørende spørgsmål i denne henseende er, om de kriterier, der anvendes heri, *i højere grad* kan påvirke grænseoverskridende situationer end rent interne situationer. For at afgøre, om dette er tilfældet i den foreliggende sag, er det nødvendigt at foretage en sammenligning mellem den (potentielle) andel af koncerner med indenlandske banker med hjemsted i Nederlandene, som ikke kan opfylde betingelsen i selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra b), og den (potentielle) andel af koncerner med interne banker i andre medlemsstater, der ville blive stillet ringere på grund af denne betingelse [18].

51. Det tilkommer ganske vist den forelæggende ret at foretage denne efterprøvelse, men den anden kategori af koncerner synes at være forholdsmæssigt mere berørt af den pågældende betingelse end den første.

52. På den ene side medgav den nederlandske regering i retsmødet, at den i selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra b), fastsatte betingelse i praksis *altid* er opfyldt, når den interne bank har sit hjemsted i Nederlandene. Renter på lån i Nederlandene beskattes nemlig kun med en sats på under 10% i det anekdotiske scenario, hvor lånet ydes af en fond eller forening, som ikke har en erhvervsmæssig aktivitet. X har i retsmødet gjort gældende, og den nederlandske regering har bekræftet, at denne undtagelse aldrig finder anvendelse på erhvervsmæssige interne banker som C, og at der ikke findes andre undtagelser i nederlandsk ret. Andelen af koncerner med interne banker, som har hjemsted i Holland, og som ikke kan opfylde denne betingelse, er derfor ubetydelig.

53. På den anden side har den nederlandske regering medgivet, at den i selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra b), fastsatte betingelse ikke vil være opfyldt, hvis den interne bank har hjemsted i en medlemsstat, hvor en sådan bank er omfattet af en fordelagtig skatteordning. Det kan med rimelighed antages, at der kan forekomme forskellige former for sådanne ordninger i de 27 EU-medlemsstater. Kommissionen har desuden anført, ikke uden grund, at selv om alle medlemsstater har en generel eller teoretisk selskabsskattesats på 10%, er den effektive sats ofte lavere. Samlet set vil en betydelig andel af koncerner med interne banker i andre medlemsstater end Nederlandene kunne blive stillet ringere.

54. Endelig er jeg ikke overbevist af den spanske regerings argument om, at en sådan forskelsbehandling mindskes af den sekundære betingelse, der er fastsat i selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra a), hvorefter en skattepligtig person kan fradrage renterne på et koncerninternt lån, hvis denne kan godtgøre de forretningsmæssige begrundelser, der ligger bag det pågældende lån og den dermed sammenhængende transaktion. Denne bestemmelse udgør nemlig faktisk en byrde for den skattepligtige person, henset til fradraget af renter, som denne (praktisk talt) aldrig ville skulle bære, hvis den interne bank, der ydede lånet, havde haft sit hjemsted i Nederlandene [eftersom betingelsen i artikel 10a, stk. 3, litra b), som nævnt ovenfor, i praksis altid ville være opfyldt]. Dette bekræfter den anfægtede forskelsbehandling.

[18] – Jf. analogt generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i sagen Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2018:627, punkt 24).

C. En sådan restriktion er tilladt i henhold til artikel 49 TEUF

55. Når dette er sagt, er jeg enig med de intervenerende regeringer og Kommissionen i, at den restriktion for etableringsfriheden, som selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), indebærer, er tilladt i henhold til artikel 49 TEUF. Som jeg vil redegøre for i de følgende afsnit, er denne restriktion begrundet i et tvingende alment hensyn (under 1). Desuden er restriktionen egnet til at sikre opfyldelsen af det legitime mål, som den forfølger (under 2), og går ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det (under 3).

1. Restriktionen er begrundet

56. De intervenerende regeringer og Kommissionen har gjort gældende, at den restriktion for den frie bevægelighed, som selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), indebærer, er begrundet i hensynet til bekæmpelse af misbrug i form af skatteunddragelse. Det specifikke formål med denne bestemmelse er netop at forhindre adfærd, som indebærer oprettelse af rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres i Nederlandene. Den forelæggende ret deler denne opfattelse.

57. Det fremgår af fast retspraksis, at et sådant formål udgør et tvingende alment hensyn på skatteområdet [19]. Efter min opfattelse er der ingen tvivl om, at selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), reelt forfølger dette mål og derfor kan begrundes af et sådant tvingende hensyn.

58. Domstolen har allerede draget en sådan konklusion i dommen i sagen X og X for vidt angår en bestemmelse i den samme lov (men i en tidligere affattelse), som i det væsentlige var identisk med artikel 10a, stk. 1, litra c). Den eneste forskel mellem de to bestemmelser er, at den tidligere affattelse kun vedrørte intern omstrukturering, mens artikel 10a, stk. 1, litra c), også vedrører eksterne erhvervelser [20]. Det formål, der forfølges med begge bestemmelser, er imidlertid det samme. Som Domstolen bemærkede i den nævnte dom, »drejer det sig om at forhindre, at en koncerns egne midler kunstigt fremstilles som midler lånt af en nederlandsk enhed i denne koncern, og at renter på dette lån fradrages i det skattepligtige resultat i Nederlandene« [21], idet disse renter ellers ikke beskattes (med en rimelig sats). Formålet med forbuddet mod fradrag af renter i forbindelse med koncerninterne lån bekræftes udtrykkeligt af reglen om, at renter på lån kan fradrages i henhold til artikel 10a, stk. 3, litra a), hvis et sådant lån og den dermed sammenhængende transaktion er økonomisk begrundet.

2. Restriktionen er egnet

59. Det følger af Domstolens faste praksis, at kravet om, at enhver restriktion for etableringsfriheden skal være »egnet«, omfatter to kumulative kriterier: Den pågældende foranstaltning skal for det første være egnet til at bidrage til opfyldelsen af det forfulgte mål og for det andet »reelt [opfylde] hensynet om at nå formålet, og […] gennemføres på en sammenhængende og systematisk måde« [22].

19 – Jf. bl.a. dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 51 og 55).

20 – Jf. for så vidt angår disse begreber punkt 22 ovenfor.

21 – Dommen i sagen X og X, præmis 48.

22 – Jf. bl.a. dom af 7.9.2022, Cilevičs m.fl. (C-391/20, EU:C:2022:638, præmis 74 og 75 og den deri nævnte retspraksis).

60. Det er ubestridt, at den foreliggende sag opfylder det første kriterium. Ved at fastsætte, at en skattepligtig person ikke i sit skattepligtige overskud kan fradrage renter på et koncerninternt lån, som udgør (eller er en del af) et rent kunstigt arrangement, der har til formål at udhule Nederlandenes beskatningsgrundlag, kan selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), være til hinder for sådanne arrangementer. Det er åbenbart, at denne lovgivning bidrager til opfyldelsen af det forfulgte mål [23].

61. Hvorvidt den foreliggende sag også opfylder det andet kriterium, bestrides derimod af X. Appellanten har gjort gældende, at selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), ikke bekæmper kunstige koncerninterne lån på en konsekvent og systematisk måde. Hvis renterne på et sådant lån beskattes med en rimelig sats i den medlemsstat, hvor det långivende selskab er etableret, kan det låntagende selskab med hjemsted i Nederlandene nemlig fradrage disse renter [i henhold til denne lovs artikel 10a, stk. 3, litra b)], selv om lånet og/eller den dermed sammenhængende transaktion ikke er økonomisk begrundet.

62. Efter min opfattelse er den omstændighed, at de omtvistede bestemmelser gør det muligt at fradrage renterne på et koncerninternt lån i det af X fremførte scenario, i realiteten i overensstemmelse med det forfulgte formål. Det medgives, at anerkendelsen af et sådant fradrag i dette scenario kan indebære, at det skattepligtige overskud flyttes fra Nederlandene til den medlemsstat, hvor det långivende selskab er hjemmehørende. Hvis disse renter beskattes med en rimelig sats i sidstnævnte stat, undgås beskatningen dog ikke fuldstændigt. Bekæmpelse af skatteunddragelse kan således ikke begrunde et afslag på dette fradrag i det pågældende scenario [24].

3. Restriktionen er nødvendig

63. Efter min opfattelse går den begrænsning, der følger af de omtvistede bestemmelser i nederlandsk ret, ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde deres legitime formål, da anvendelsen af disse bestemmelser synes at være begrænset til rent kunstige arrangementer [afsnit a)], og konsekvenserne af, at en transaktion karakteriseres som sådan, er ikke uforholdsmæssigt store [afsnit b)].

a) Anvendelsen af de omtvistede bestemmelser er begrænset til rent kunstige arrangementer

64. Det følger af Domstolens faste praksis, at for at nationale bestemmelser kan anses for nødvendige med henblik på at nå målet om at forhindre rent kunstige arrangementer, der har til formål at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område, skal anvendelsen af disse bestemmelser være begrænset til sådanne arrangementer, dog med forbehold af lovlige transaktioner [25].

65. Domstolen lod spørgsmålet om, hvorvidt de nederlandske regler opfylder dette krav, ubesvaret i dommen i sagen X og X. De intervenerende regeringer og Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at det gør de. Selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), omfatter kun transaktioner, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, hvor koncerninterne lån optages hos en enhed, der er skattepligtig i Nederlandene, med det ene (eller primære) formål at skabe en gæld, der kan fradrages i denne enheds skattepligtige overskud, hvorved Nederlandenes

[23] – Jf. analogt dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 77.

[24] – Jf. analogt dom af 12.12.2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749, præmis 37).

[25] – Jf. dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 79.

beskatningsgrundlag udhules. Hvis lånet og den dermed sammenhængende transaktion derimod overvejende hviler på reelle økonomiske betragtninger, finder denne bestemmelse ikke anvendelse, jf. lovens artikel 10a, stk. 3, litra a).

66. X er ikke enig heri. X har gjort gældende, at den modsatte konklusion fremgår af Lexel-dommen. I den pågældende sag undersøgte Domstolen, hvorvidt de svenske regler om selskabsskat, navnlig bestemmelserne om fradrag af renteudgifter, var forenelig med artikel 49 TEUF. I lighed med de nederlandske regler fastslog disse bestemmelser i det væsentlige, at et sådant fradrag – som en undtagelse – ikke var tilladt, hvis den skattepligtige enhed havde optaget det pågældende lån hos en forbundet enhed, medmindre det kunne godtgøres, at lånet overvejende var forretningsmæssigt begrundet og således ikke var blevet optaget udelukkende for at skabe en fradragsberettiget gæld. Også her argumenterede den svenske regering for, at disse bestemmelser havde til formål at forhindre rent kunstige arrangementer, der har til formål at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område. Domstolen fastslog, at de svenske bestemmelser ikke kunne begrundes i dette hensyn, da deres anvendelse efter dens opfattelse ikke var begrænset til sådanne arrangementer. Domstolen udtalte i denne henseende følgende:

»53 Som [de svenske skattemyndigheder] i det væsentlige medgav i retsmødet, vedrører undtagelsesreglen [...]gæld som følge af civilretlige transaktioner, men ikke udelukkende fiktive arrangementer. Alt efter [disse myndigheders] bedømmelse af målene med den pågældende transaktion kan transaktioner, der gennemføres på armslængdevilkår, dvs. på vilkår svarende til dem, der finder anvendelse mellem uafhængige selskaber, således også være omfattet af undtagelsesreglen.

54 Med andre ord udgør det fiktive aspekt af den omhandlede transaktion ikke en afgørende betingelse for at nægte retten til fradrag, idet det pågældende selskabs hensigt om at påtage sig en gæld hovedsageligt af skattemæssige årsager er tilstrækkelig til at begrunde, at retten til fradrag nægtes. […]

[…]

56 Det må fastslås, at undtagelsesreglens anvendelsesområde vil kunne omfatte transaktioner, der er indgået på armslængdevilkår, og som derfor ikke udgør rent kunstige eller fiktive arrangementer, som er udformet med henblik på at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på det nationale område.«

67. Efter X' opfattelse følger det heraf, at de nationale skattemyndigheder ikke kan betragte et koncerninternt lån (eller den række transaktioner, det er en del af) som et rent kunstigt arrangement og af denne grund afslå rentefradrag alene med den begrundelse, at lånet blev optaget af skattemæssige årsager. Det ville være helt legitimt for en koncern at gøre dette. Et sådant lån vil kun være kunstigt, hvis og i det omfang den rente, som det låntagende selskab betaler til det långivende selskab, overstiger, hvad disse selskaber ville have aftalt på armslængdevilkår, dvs. hvis den gældende rentesats er højere end den markedsrente, som disse selskaber ville have aftalt, hvis de ikke havde været en del af den samme koncern. Hvis et sådant lån derimod gennemføres på armslængdevilkår, kan det, uanset formålet med det, ikke anses for kunstigt. Dette er tilfældet for de lån, der er indgået mellem X og F [26].

[26] – Efter X' opfattelse bekræftes dette af den omstændighed, at en uafhængig forretningsbank tilbød et lån på de samme betingelser.

68. Appellanten er fortsat af den opfattelse, at fordi selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), og artikel 3 fejlagtigt fokuserer på formålet med optagelsen af et koncerninternt lån (hvad enten det er skatteundgåelse eller forretningsmæssige grunde) i stedet for de betingelser, der gælder for dette lån, kan rentefradraget afslås ikke kun for lån til alt for høje rentesatser (som er kunstige, som beskrevet ovenfor), men også for lån, for hvilke den sædvanlige markedsrente finder anvendelse (og som derfor ikke kan betragtes som kunstige). Ligesom i den sag, der gav anledning til Lexel-dommen, er anvendelsesområdet for disse bestemmelser ikke begrænset til rent kunstige arrangementer, men omfatter også lovlige transaktioner.

69. Det er denne debat, der er kernen i den forelæggende rets første spørgsmål. Det er åbenbart, at det ikke er muligt at fastslå, om selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), kun finder anvendelse på »rent kunstige arrangementer«, hvis selve betydningen af dette begreb anfægtes. Lige så indlysende er det, at de intervenerende regeringer og Kommissionen på den ene side og X på den anden side har foreslået meget forskellige tilgange i denne henseende. Med den første tilgang rettes fokus mod *formålet* med optagelsen af et lån. Med den anden rettes fokus udelukkende mod de *vilkår*, der gælder for lånet. Den første tilgang giver de nederlandske skattemyndigheder en betydeligt større skønsbeføjelse end den anden; den anden giver derimod skatteyderne større sikkerhed [27]. Ifølge den første tilgang kan de nationale skattemyndigheder kvalificere et koncerninternt lån som et »rent kunstigt arrangement« (eller som en del af et sådant »arrangement«) og af denne grund afslå rentefradrag, hvis det først og fremmest blev optaget med det formål at opnå en skattefordel, uafhængigt af de vilkår, der gælder for dette lån. Ifølge den anden tilgang er et koncerninternt lån »immunt« over for sådanne konsekvenser, for så vidt som vilkårene for det, herunder rentesatsen, så at sige er »normale«, selv om det blev optaget med henblik på skatteunddragelse.

70. Jeg vil i denne forbindelse fremhæve, at jeg, selv om de intervenerende regeringer og Kommissionen brugte en betydelig del af deres respektive indlæg på at forklare, at »deres« tilgang ikke er i strid med Lexel-dommen, fordi i) den foreliggende sag adskiller sig fra den sag, der gav anledning til denne dom, og/eller ii) denne dom ikke kan læses på den måde, som X har argumenteret for, ikke er overbevist af disse forklaringer. Det fremgår af punkt 66 ovenfor, at de omtvistede bestemmelser i nederlandsk ret på alle relevante punkter [28] har en slående lighed med de i Lexel-dommen omhandlede bestemmelser. Navnlig er genstanden for disse bestemmelser den samme: koncerninterne lån, der er optaget med det ene (eller primære) formål at opnå en skattefordel. Det overordnede spørgsmål er således det samme: om og i hvilket omfang et sådant lån kan anses for et »rent kunstigt arrangement« (eller en del af et sådant »arrangement«) og behandles som et sådant af skattemyndighederne. Lexel-dommen er desuden hverken vag eller tvetydig og således ikke åben for forskellige fortolkninger på dette punkt. Efter min opfattelse kan den kun fortolkes på den måde, som X har gjort gældende [29]. Domstolen fastslog således, at formålet med optagelsen af lånet ikke var relevant, og sondrede i stedet mellem lån, der var

[27] – Jf. i denne henseende punkt 80 og 87 nedenfor.

[28] – For det første har de intervenerende regeringer og Kommissionen fremhævet, at den svenske lovgivning fandt anvendelse uden forskel på rent interne og grænseoverskridende situationer, mens de nederlandske bestemmelser ikke gør det (jf. afsnit B i dette forslag til afgørelse). Denne forskel er imidlertid uden betydning for fortolkningen af begrebet »rent kunstige arrangementer«. For det andet har Kommissionen anført, at i den sag, der gav anledning til Lexel-dommen, var såvel den interne omstrukturering, med henblik på hvilken de pågældende lån var blevet optaget, som lånene i sig selv legitimt forretningsmæssigt begrundet, og kun de vilkår, der gjaldt for lånene, var kunstige. Jeg er ikke sikker på, at dette var tilfældet, og under alle omstændigheder har Domstolen formuleret sin begrundelse i Lexel-dommen bredt, uden forbindelse til de særlige omstændigheder i denne sag.

[29] – Jf., med henblik på samme fortolkning, M. van der Weijden, »ECJ Lexel AB Decision Casts a Shadow Over Dutch Interest Limitation Provision«, *European Tax Blog*, 21.6.2021, og G. Garcia Prats m.fl., »Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the ECJ Decision of 20.1.2021 in Lexel AB (Case C-484/19) Concerning the Application of the Swedish Interest Deductibility Rules (30.6.2021)«, *European Taxation*, bind 61, nr. 6, 2021.

optaget på armslængdevilkår (som efter dens opfattelse var reelle), og lån, som ikke var optaget på disse vilkår (som efter dens opfattelse var kunstige). Det eneste spørgsmål, der står tilbage, er således, om Domstolen i den foreliggende sag bør stadfæste eller fravige Lexel-dommen.

71. Efter min opfattelse er den fremgangsmåde, som de intervenerende regeringer og Kommissionen har foreslået, den korrekte. Jeg opfordrer derfor Domstolen til at gå tilbage og se på den fremgangsmåde, som den fulgte i Lexel-dommen, henset til det foreliggende spørgsmål.

72. Etableringsfriheden som sikret ved artikel 49 TEUF giver ret vide muligheder for »skatteoptimering«. Domstolen har gentagne gange fastslået, at europæiske koncerner lovligt kan gøre brug af denne frihed til at oprette datterselskaber i medlemsstaterne med henblik på at drage fordel af en særlig gunstig skatteordning [30]. Som X har gjort gældende, kunne A således lovligt vælge at etablere den interne bank i sin koncern, C, i Belgien med netop dette formål. På samme måde kan C yde lån til andre selskaber i koncernen, der er etableret i andre medlemsstater, såsom X i Nederlandene. Grænseoverskridende koncerninterne lån i sig selv kan der intet indvendes imod [31]. Et sådant lån kan ganske vist medføre en nedsættelse af det låntagende selskabs skattegrundlag i den medlemsstat, hvor det er hjemmehørende. Ved at fradrage renterne af dette lån i sit skattepligtige overskud nedsætter selskabet sin skattepligt i forhold til denne medlemsstat. I realiteten flyttes en del af det låntagende selskabs overskud i form af renteudgifter fra den medlemsstat, hvor det er etableret, til den medlemsstat, hvor det långivende selskab har sit hjemsted. Det er imidlertid noget, som medlemsstaterne i princippet må acceptere i et integreret, indre marked som Den Europæiske Unions indre marked.

73. Ikke desto mindre har Domstolen anerkendt en klar grænse i denne henseende. Det er et almindeligt retsprincip, at EU-retten, herunder etableringsfriheden, ikke kan påberåbes med henblik på misbrug. Begrebet »rent kunstige arrangementer« skal fortolkes i denne sammenhæng. Ifølge Domstolens faste praksis udgør det misbrug, når erhvervsdrivende med hjemsted i forskellige medlemsstater foretager »rent formelle eller kunstige transaktioner, der savner enhver økonomisk og forretningsmæssig begrundelse« (eller sagt med andre ord »der [ikke] bygger på nogen økonomiske realitet«), således at betingelserne for indrømmelse af denne skattefordel alene er opfyldt formelt »med det hovedformål at opnå [denne] fordel« [32].

74. Desuden har Domstolen for så vidt angår de frie kapitalbevægelser, som er sikret ved artikel 63 TEUF, i X-dommen (Passive selskaber etableret i tredjelande) [33] præciseret, at »de kunstigt skabte betingelser, der er nødvendige for uretmæssigt at undgå beskatning i en medlemsstat eller for uberettiget at opnå ret til en skattefordel i denne medlemsstat, hvad angår grænseoverskridende kapitalbevægelser kan antage forskellige former«. I denne forbindelse fastslog den, at begrebet »rent kunstige arrangementer« kan omfatte »enhver konstruktion, hvis primære formål er den kunstige overførsel af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på en medlemsstats område, til [en anden stat] med et lavt beskatningsniveau«.

75. Denne fortolkning gælder efter min opfattelse også for de koncerninterne transaktioner, der er omfattet af etableringsfriheden. For det første er denne fortolkning helt i overensstemmelse med den forklaring, der er givet i punkt 73 ovenfor. For det andet er de frie kapitalbevægelser og

30 – Jf. bl.a. dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 34-38).

31 – Jf. dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 73.

32 – Jf. bl.a. dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 96, 124 og 125 og den deri nævnte retspraksis). Jf. analogt ligeledes dom af 21.12.2023, BMW Bank m.fl. (C-38/21, C-47/21 og C-232/21, EU:C:2023:1014, præmis 282 og 283).

33 – Dom af 26.2.2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, præmis 84).

etableringsfriheden for så vidt angår national lovgivning rettet mod koncerninterne transaktioner, såsom de omtvistede nederlandske regler, uløseligt forbundet med hinanden. Kapitalen kan ikke flyde frit mellem selskaber i den samme koncern, hvis etableringsfriheden er begrænset. Disse regler kan således, i princippet, efterprøves i henhold til begge grundlæggende frihedsrettigheder. Der er derfor ingen grund til at anvende forskellige kriterier, alt efter hvilken frihed der er tale om.

76. Kort sagt er det *målet*, som forfølges af de erhvervsdrivende, således som de intervenerende regeringer og Kommissionen har gjort gældende, der er afgørende ved fastsættelsen af, hvorvidt et koncerninternt lån udgør (eller er en del af) et »rent kunstigt arrangement«. Et koncerninternt lån udgør et sådant »arrangement«, når en sådan transaktion udelukkende er foretaget med det ene (eller primære) *formål* at opnå en skattefordel (såsom fradrag af renter for dette lån i det skattepligtige overskud) og i øvrigt savner enhver økonomisk og/eller forretningsmæssig begrundelse (eller med andre ord »ikke bygger på nogen økonomisk realitet«). Spørgsmålet om, hvorvidt dette er tilfældet, kræver en samlet vurdering af sagens faktiske omstændigheder og forhold [34].

77. Som den nederlandske regering har anført, og som Domstolen lod forstå i dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation [35], er det i denne henseende fornødent at sondre mellem to scenarier.

78. På den ene side kan et koncerninternt lån, der optages af reelle økonomiske og/eller forretningsmæssige grunde, indeholde specifikke vilkår, der ikke »bygger på nogen økonomisk realitet«. Der kan aftales en alt for høj rentesats (kunstigt, da koncernen i sidste ende betaler renten til sig selv) i en ellers legitim transaktion for at opnå et tilsvarende højt skattefradrag i den medlemsstat, hvor det låntagende selskab er etableret. Armslængdeprincippet (dvs. om uafhængige virksomheder ville have aftalt de samme vilkår under sammenlignelige omstændigheder) tjener som et objektivt benchmark til at afgøre, om det rent faktisk er tilfældet [36].

79. På den anden side kan forbundne selskaber også optage et lån, som overordnet set savner økonomisk og/eller forretningsmæssig begrundelse, med det ene (eller primære) formål at generere rentebetalinger på det låntagende selskabs hjemsted. I modsætning til, hvad Domstolen fastslog i Lexel-dommens præmis 54, og som anført i punkt 76 ovenfor, er dette motiv, som godtgjort ved den manglende begrundelse, en afgørende faktor. Af denne grund må et sådant lån anses for at være »rent kunstigt«. Hvorvidt de vilkår, der gælder for dette lån, svarer til dem, der ville være blevet aftalt af ikke-forbundne enheder under lignende omstændigheder, er derimod uden relevans. Som den nederlandske regering har gjort gældende, kan et sådant lån ikke anses for at »bygge på nogen økonomisk realitet«, ganske enkelt fordi den gældende rentesats er fastsat til markedsværdien. Rent faktisk bygger dette lån ikke »på nogen økonomisk realitet«, for havde det ikke været for forbindelsen mellem selskaberne og den begærede skattefordel, ville det aldrig være blevet optaget [37]. Sådanne kunstigt skabte gældsposter er netop målet for selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c).

[34] – Jf. vedrørende sidstnævnte aspekt dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 125 og den deri nævnte retspraksis).

[35] – Præmis 81.

[36] – Jf. i denne retning dom af 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, præmis 58 og 71 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes artikel 9 i modeloverenskomsten til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter, der er udarbejdet af Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD).

[37] – Jf. i denne retning dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 81.

80. Som de intervenerende regeringer og Kommissionen har anført, ville det, hvis koncerninterne transaktioner uden økonomisk og/eller forretningsmæssig begrundelse aldrig kunne anses for »rent kunstige arrangementer«, når de gennemføres på armslængdevilkår, i alvorlig grad hindre de nationale skattemyndigheders muligheder for at bekæmpe misbrug i form af skatteunddragelse. Armslængdeprincippet ville i realiteten blive forvandlet til en uønsket »sikker havn« for multinationale koncerner. Deres erfarne skatterådgivere ville frit kunne finde på alle mulige indviklede arrangementer, der udelukkende har til formål at udhule et selskabs skattepligt i en medlemsstat og overføre dets overskud til en anden stat med en lavere skattesats. Så længe disse rådgivere på kløgtig vis fastsætter vilkår, der afspejler dem, der sædvanligvis findes på markedet, ville disse ordninger være »immune« over for skattemyndighedernes modforanstaltninger [38].

81. Det ville være så meget mindre ønskeligt i betragtning af, at de nationale skattemyndigheder i henhold til det generelle princip om forbud mod misbrug af EU-retten ikke blot har ret, men også pligt til at forhindre, at der opnås skattefordele gennem »rent kunstige arrangementer«. Effektive foranstaltninger til bekæmpelse af skatteunddragelse er nemlig af afgørende betydning ikke blot for at sikre medlemsstaternes suveræne ret til at beskatte indkomst og overskud, der genereres på deres område, men også for det indre markeds funktion generelt. Misbrug i form af skatteunddragelse truer den økonomiske samhørighed og det indre markeds funktion ved at fordreje konkurrencevilkårene [39].

82. Faktisk har den stigende indvirkning, som udhuling af skattegrundlaget og multinationale koncerners praksis med at overføre overskud har haft på medlemsstaternes offentlige finanser og det indre markeds funktion, fået Den Europæiske Union til at tage dette spørgsmål op. EU-lovgiver har i denne forbindelse vedtaget forskellige foranstaltninger, herunder Rådets direktiv (EU) 2016/1164 om regler til bekæmpelse af metoder til skatteundgåelse, der direkte indvirker på det indre markeds [40] funktion (herefter »direktivet om bekæmpelse af skatteundgåelse«) [41]. Dette direktiv indeholder i artikel 6 en »generel regel om bekæmpelse af misbrug«, der er affattet i lyset af den praksis fra Domstolen, der er nævnt i punkt 73 i dette forslag til afgørelse, og som skal fortolkes i overensstemmelse hermed [42]. Hvis de nationale skattemyndigheder ikke kunne behandle koncerninterne transaktioner, der savner enhver økonomisk og/eller forretningsmæssig begrundelse, som »rent kunstige arrangementer«, når de gennemføres på armslængdevilkår, ville denne politik blive bragt i fare. Desuden ville den omhandlede »regel om bekæmpelse af misbrug« miste en væsentlig del af sin effektive virkning. En stor del af de transaktioner, der ikke er tilrettelagt »af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed«, men »med det hovedformål [...] at opnå en skattefordel« (for at bruge denne bestemmelses ordlyd), ville falde uden for dens anvendelsesområde.

38 – Efter min opfattelse findes armslængdeprincippet for at undgå, at begrundede økonomiske transaktioner manipuleres til uretmæssige skattemæssige formål. Det bør ikke anvendes til at legitimere transaktioner, der i udgangspunktet ikke var forretningsmæssigt begrundet.

39 – Jf. dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 107).

40 – Direktiv af 12.7.2016 (EUT 2016, L 193, s. 1).

41 – Jf. også Rådets direktiv 2011/16/EU af 15.2.2011 om administrativt samarbejde på beskatningsområdet og om ophævelse af direktiv 77/799/EØF (EUT 2011, L 64, s. 1), som ændret ved Rådets direktiv (EU) 2018/822 af 25.5.2018 om ændring af direktiv 2011/16/EU for så vidt angår obligatorisk automatisk udveksling af oplysninger på beskatningsområdet i forbindelse med indberetningspligtige grænseoverskridende ordninger (EUT 2018, L 139, s. 1).

42 – Jeg bemærker, at direktivet om bekæmpelse af skatteundgåelse ikke finder anvendelse ratione temporis i hovedsagen. Bestemmelserne i dette direktiv har nemlig fundet anvendelse siden den 1.1.2019. De faktiske omstændigheder i den foreliggende sag fandt sted forud for denne dato.

83. Af de ovenfor anførte grunde er jeg af den opfattelse, at Domstolen i den foreliggende sag bør fravige Lexel-dommens præmis 53, 54 og 56[43]. Koncerninterne lån, der er optaget uden en velbegrundet kommerciel årsag og/eller økonomisk begrundelse med det ene (eller primære) formål at skabe en fradragsberettiget gæld på det låntagende selskabs hjemsted, udgør »rent kunstige arrangementer«, uanset om de gennemføres på armslængdevilkår eller ej. Nationale bestemmelser, der er rettet mod sådanne lån, må anses for nødvendige i lyset af målet om at forhindre disse »arrangementer«.

84. Med denne præcisering står tilbage at undersøge nogle af de sidste argumenter, som X har fremført vedrørende anvendelsesområdet for selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c).

85. For det første har X gjort gældende, at de nederlandske skattemyndigheder kan anvende denne bestemmelse på en utilstrækkeligt defineret række af koncerninterne transaktioner, fordi dens anvendelsesområde afhænger af en vagt og tvetydigt affattet betingelse, nemlig hvorvidt lånet og den dermed forbundne lovlige transaktion »i overvejende grad er forretningsmæssigt begrundet« [i henhold til selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra a)]. Af samme grund er de omtvistede nederlandske bestemmelser ikke i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet, da selskaber ikke med tilstrækkelig præcision kan forudse, hvilke transaktioner skattemyndighederne vil betragte som misbrug.

86. I overensstemmelse med Domstolens faste praksis kræver retssikkerhedsprincippet navnlig, at retsreglerne skal være klare, præcise og forudsigelige i deres retsvirkninger, især når de kan have bebyrdende virkninger for skattepligtige[44].

87. I denne forbindelse skal jeg påpege, at den omtvistede nederlandske regel i vid udstrækning er affattet på samme måde som andre bestemmelser om bekæmpelse af misbrug, der findes i national ret og i EU-retten. Navnlig afhænger anvendelsen af »den generelle regel om bekæmpelse af misbrug«, som fastsat i artikel 6 i direktivet om bekæmpelse af skatteundgåelse, på en given transaktion ligeledes af, om denne transaktion er foretaget »af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed«, og ikke »med det hovedformål [...] at opnå en skattefordel«. Det medgives, at der er tale om åbne begreber, som i sagens natur skaber en vis usikkerhed med hensyn til deres rækkevidde. Som jeg har anført i punkt 76 ovenfor, kræver spørgsmålet om, hvorvidt sådanne betingelser er opfyldt i en given sag, desuden en samlet vurdering fra sag til sag af en række forhold og omstændigheder, hvilket også skaber en vis grad af usikkerhed.

88. Denne grad af usikkerhed er ikke desto mindre en uundgåelig og acceptabel bivirkning af sådanne bestemmelser mod misbrug. Som generaladvokat Kokott anførte i sit forslag til afgørelse i SGI-sagen[45], »[indeholder] [b]estemmelser, der skal forhindre misbrug, [...] nemlig nødvendigvis ubestemte retsbegreber for derved at omfatte så mange tænkelige konstruktioner som muligt, der skabes i skatteomgåelsesøjemed«. Endvidere har disse bestemmelser til formål at imødegå en adfærd, der camoufleres som lovlig, og som derfor er kompleks at forstå.

[43] – Jeg forstår den vanskelige situation, som Domstolen vil befinde sig i, hvis den kan tilslutte sig min vurdering. Lexel-dommen blev afsagt af en afdeling bestående af fem dommere, ligesom dommen i den foreliggende sag vil blive det. Henset til den omstændighed, at de omhandlede præmisser i Lexel-dommen ikke afspejler tilgangen til begreberne »rent kunstigt arrangement« og misbrug i den generelle retspraksis, som omfatter afgørelser truffet af Store Afdeling både før og *efter* Lexel-dommen (jf. punkt 73 og 74 ovenfor), kan det imidlertid antages, at denne dom allerede indirekte er blevet underkendt. Domstolen har ikke behov for Store Afdelings kompetence til at bekræfte denne omstændighed i den foreliggende sag.

[44] – Jf. bl.a. dom af 11.6.2015, Berlington Hungary m.fl. (C-98/14, EU:C:2015:386, præmis 74, 76 og 77 og den deri nævnte retspraksis).

[45] – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse SGI (C-311/08, EU:C:2009:545, punkt 70).

89. Det følger ikke heraf, at anvendelsen af en sådan lovgivning er fuldt ud overladt til skatte- og afgiftsmyndighedernes skøn, hvilket gør den uforudsigelig med hensyn til sine virkninger. Som den forelæggende ret og den nederlandske regering har anført, afgøres spørgsmålet om, hvorvidt et givent arrangement er af »rent kunstig« karakter, på grundlag af objektive elementer, der kan efterprøves [46].

90. Som anført i punkt 79 ovenfor er det afgørende spørgsmål, om det koncerninterne lån aldrig ville være blevet optaget, hvis det ikke havde været for forholdet mellem selskaberne og den skattefordel, der søges opnået. Den type analyse, der skal foretages i forbindelse med en sådan test, er tilstrækkelig klar. Vurderingen af de relevante faktiske omstændigheder og forhold omfatter en undersøgelse af den overordnede struktur og det åbenbare formål med den aftale, som lånet er en del af. Som den forelæggende ret har anført, er spørgsmålene i det væsentlige følgende: Hvis skattefordelen ikke havde været der, ville den pågældende skattepligtige person så have haft en interesse i at indgå den pågældende aftale? Forekommer arrangementets struktur, i lyset af dets erklærede formål, at være uforholdsmæssigt komplekst, og omfatter den navnlig trin, der synes unødvendige (hvis ikke det var for deres indvirkning på skattepligten)? Dette er spørgsmål, som ikke bør være vanskelige at behandle for skattespecialister og multinationale koncerner, som kan tilpasse deres adfærd i overensstemmelse hermed [47].

91. I hovedsagen har den forelæggende ret og den nederlandske regering forklaret, at mens en skattepligtig enheds erhvervelse af en ekstern enhed og optagelse af et lån til dette formål hos en forbundet enhed generelt anses for at være »i overvejende grad forretningsmæssigt begrundet« som omhandlet i selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra a), er arrangementet i forbindelse med X' erhvervelse af F blevet anset for »rent kunstigt« på grund af sin komplekse karakter og de (tilsyneladende) unødvendige trin, det omfatter. Det erindres om, at disse trin var i) omdirigering af A's egne midler til C, ii) den efterfølgende konvertering af disse midler til et lån, der blev ydet til X, iii) X' erhvervelse af F, og iv) oprettelsen af en fælles skattemæssig enhed mellem F og X, således at de renteudgifter, som X betalte til C, kunne fradrages i det skattepligtige overskud, som F genererede i Nederlandene [48].

92. Navnlig den omstændighed, at lånet til X blev ydet med midler, der var »omdirigeret« fra A, skæmmer som udgangspunkt hele arrangementet. Det rejser spørgsmålet, om lånet reelt var nødvendigt, og hvorfor det var X og ikke A, der erhvervede F. Kommissionen har anført, at F i et kontrafaktisk scenario, der »bygger på en økonomisk realitet«, ville være blevet opkøbt af A, og at der således ville have været færre trin involveret i denne erhvervelse. I dette scenario ville X imidlertid betale udbytte til A af det overskud, som X og F har genereret i Holland. En sådan udlodning ville ikke medføre en reduktion af selskabsskattepligten i Holland. I modsætning hertil blev disse to selskabers skattepligt i Nederlandene reduceret til næsten nul under det arrangement, hvor F blev erhvervet af X gennem et lån ydet af C med midler, der var blevet omdirigeret fra A, fordi X fradrog renterne på dette lån i det skattepligtige overskud, som det og F havde genereret i Nederlandene [49].

93. Den forelæggende ret og den nederlandske regering har fremhævet, at det i en sådan situation påhviler den skattepligtige i rimeligt omfang at begrunde de økonomiske og/eller forretningsmæssige grunde, der ligger til grund for trinene i arrangementet, og navnlig »omdirigeringen« af de udlånte midler. I overensstemmelse med Domstolens praksis får den

[46] – Jf. vedrørende dette krav dom af 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis).

[47] – Jf. analogt mit forslag til afgørelse Belgian Association of Tax Lawyers m.fl. (C-623/22, punkt 93-103 og den deri nævnte retspraksis).

[48] – Jf. punkt 8-10 ovenfor.

[49] – Jf. punkt 10 ovenfor.

skattepligtige person på behørig vis, og uden at være underlagt unødige administrative byrder, mulighed for at fremlægge beviser i denne henseende [50]. Hvis skattemyndighederne i lyset af de forklaringer og beviser, som den skattepligtige har fremlagt, stadig er af den opfattelse, at arrangementet er kunstigt, kan skatteyderen desuden indbringe myndighedernes afgørelse for domstolene. X fremlagde ikke beviser af denne art i hovedsagen, og de nationale retter stadfæstede således skattemyndighedernes afgørelse.

94. X har heroverfor anført, at spørgsmålet om, hvilke økonomiske og/eller forretningsmæssige grunde der gyldigt kan påberåbes som begrundelse for en sådan »omdirigering« af midler, ikke fremgår klart af skattemyndighedernes og de nederlandske domstoles praksis. Til dato er forklaringerne altid blevet forkastet. Desuden tager disse myndigheder og domstole i denne henseende ikke hensyn til overvejelser vedrørende den pågældende koncerns struktur, såsom den omstændighed, at det långivende selskab generelt spiller (som C i den foreliggende sag) en central rolle i finansieringen af denne koncern [51].

95. Efter min opfattelse vil der altid være gråzoner i anvendelsen af en bestemmelse om bekæmpelse af misbrug såsom selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c). Dette gør ikke reglen uforenelig med retssikkerhedsprincippet. I den foreliggende sag vil skattemyndighedernes og de nederlandske domstoles praksis gradvis afklare den problematik, som X har fremhævet. I denne henseende vil jeg begrænse mig til at bemærke, at skattemyndighederne og domstolene ved vurderingen af, om et arrangement skal anses for kunstigt eller økonomisk begrundet, bør tage hensyn til *alle* velbegrundede økonomiske årsager, herunder finansielle [52]. Det kan ikke udelukkes, at den af X fremførte årsag kan betragtes som sådan. Det tilkommer den forelæggende ret at vurdere dette spørgsmål.

96. For det andet har X anfægtet den fordeling af bevisbyrden, der følger af de omtvistede bestemmelser i nederlandsk lovgivning. Navnlig har appellanten gjort gældende, at selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), indfører en generel formodning for misbrug, der går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det forfulgte mål [53]. De nederlandske skattemyndigheder kan således på grundlag af denne bestemmelse nægte en skattepligtig enhed fradrag for renter, som den betaler af et koncerninternt lån, uden at være forpligtet til at fremlægge selv det mindste bevis for, at der foreligger misbrug, mens enheden, for at opnå denne skattefordel, i henhold til lovens artikel 10a, stk. 3, litra a), har pligt til at godtgøre, at lånet og den dermed sammenhængende transaktion i overvejende grad er forretningsmæssigt begrundet.

97. Jeg er ikke enig heri. Det er klart, at når nationale skattemyndigheder nægter en skattepligtig person en skattefordel på grund af misbrug, bærer de generelt bevisbyrden for at bevise, at sidstnævnte forsøger at opnå denne fordel gennem et »rent kunstigt arrangement« under hensyntagen til alle relevante forhold og omstændigheder i sagen på baggrund af de kriterier, der er undersøgt ovenfor [54]. Dette betyder dog ikke, at medlemsstaterne er forhindret i at fastsætte retlige formodninger i deres nationale lovgivning, for så vidt som disse er specifikke og hviler på et tilstrækkeligt grundlag.

[50] – Jf. bl.a. dom af 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis).

[51] – X har forklaret, at det omhandlede arrangement, henset til strukturen i A's koncern, burde have været betragtet som økonomisk begrundet. Den generelle finansiering af koncernen er nemlig centraliseret i C's hovedsæde (jf. punkt 7 ovenfor), som har et betydeligt personale og aktiver, som arbejder med dette. Dette er grunden til, at købet af F blev gennemført ved hjælp af et lån ydet af C. A overfører regelmæssigt midler til C, ganske enkelt fordi sidstnævnte har brug for kapital til at udføre sine funktioner.

[52] – Jf. analogt 11. betragtning til direktivet om bekæmpelse af skatteundgåelse.

[53] – X har henvist til dom af 7.9.2017, Eqiom og Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, præmis 31, 32 og 36), og af 20.12.2017, Deister Holding og Juhler Holding (C-504/16 og C-613/16, EU:C:2017:1009, præmis 61 og 62).

[54] – Jf. analogt dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 142).

98. I den foreliggende sag finder selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), og den skattepligtiges forpligtelse til at godtgøre, at det pågældende arrangement er reelt, i princippet kun anvendelse i de tilfælde, hvor et koncerninternt lån er optaget af en skattepligtig enhed hos en dermed forbunden enhed, der er etableret i en anden medlemsstat, hvor de renter, som sidstnævnte har modtaget, ikke beskattes eller ikke beskattes med en rimelig sats [55]. Disse særlige omstændigheder kan med rette anses for holdepunkter for adfærd, der kan udgøre misbrug i form af skattesvig, og som kan begrunde en omvendt bevisbyrde [56].

99. Når de nationale skattemyndigheder har fastslået, at et sådant koncerninternt lån er omfattet af denne bestemmelses anvendelsesområde og derfor kan være indgået med henblik på skatteunddragelse, er det ikke urimeligt, at disse myndigheder kræver af den skattepligtige, at denne fører bevis for den økonomiske og/eller forretningsmæssige karakter af arrangementet, og at denne nægter fradrag for renter på dette lån, hvis det ikke sker [57]. Når alt kommer til alt, er det den skattepligtige, der har de bedste forudsætninger for at give forklaringer og fremlægge bevis for de motiver, der ligger bag de transaktioner, som denne har foretaget. Domstolen har i øvrigt gentagne gange fastslået, at »der intet er til hinder for, at de berørte skattemyndigheder afkræver den skattepligtige de beviser, som de finder nødvendige for at foretage en konkret ansættelse af de pågældende skatter og afgifter, og i givet fald afslår en anmodet fritagelse, hvis sådanne beviser ikke fremlægges« [58].

b) Konsekvenserne af, at en transaktion kvalificeres som et sådant arrangement, er ikke uforholdsmæssige

100. Hvis det i henhold til selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 1, litra c), fastslås, at et koncerninternt lån udgør et rent kunstigt arrangement (på de betingelser, der er behandlet i det foregående afsnit), afslås rentefradrag for dette lån fuldstændigt ved opgørelsen af overskuddet i den låntagende skattepligtige enhed i Nederlandene.

101. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at en sådan konsekvens logisk følger af konstateringen af, at lånet er kunstigt, men ønsker ikke desto mindre oplyst (nærmere bestemt med sit andet spørgsmål), om et fuldstændigt afslag på at udøve retten til fradrag i lyset af præmis 51 i Lexel-dommen går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det forfulgte mål. Domstolen præciserede således i den nævnte præmis, at såfremt skattemyndighederne er af den opfattelse, at et lån optaget af en skattepligtig enhed hos en dermed forbunden enhed er et rent kunstigt arrangement, »kræver proportionalitetsprincippet [...], at det kun er den del af renterne, der overstiger, hvad der ville være aftalt, hvis der ikke havde foreligget en særlig forbindelse mellem parterne, der nægtes fradrag for« [59].

[55] – Hvis renteudgifterne beskattes til en rimelig sats i den anden medlemsstat, finder betingelsen i selskabsskattelovens artikel 10a, stk. 3, litra b), anvendelse, og fradraget kan ikke nægtes, som behandlet i afsnit B i dette forslag til afgørelse.

[56] – Jf. analogt dom af 26.2.2019, X (Passive selskaber etableret i tredjelande) (C-135/17, EU:C:2019:136, præmis 86). Jf. derimod dom af 20.12.2017, Deister Holding og Juhler Holding (C-504/16 og C-613/16, EU:C:2017:1009, præmis 65, 67 og 71). Det er åbenbart, at EU-lovgiver er af samme opfattelse. I denne henseende indeholder bilag IV til direktiv 2011/16 med henblik på de angivelsesforpligtelser, der er fastsat i dette direktiv, en liste over »kendetegn«, dvs. et træk eller en egenskab ved arrangementet, som »antyder, at der er en potentiel risiko for skatteundgåelse« [jf. direktivets artikel 3, nr. 20)]. Navnlig bestemmer del II, afsnit C, punkt 1, litra d), i nævnte bilag, at en ordning, »hvor der foretages fradragsberettigede grænseoverskridende betalinger mellem to eller flere indbyrdes forbundne foretagender, og hvor [...] betalingerne fritages helt fra beskatning i den jurisdiktion, hvor modtageren er skattemæssigt hjemmehørende«, kan udgøre et sådant »kendetegn«.

[57] – Jf. i denne retning dom af 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, præmis 73), og af 5.7.2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, præmis 53).

[58] – Jf. bl.a. dom af 26.2.2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, EU:C:2019:134, præmis 141 og den deri nævnte retspraksis).

[59] – Jf. ligeledes dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 83.

102. Jeg er enig med de intervenerende regeringer og Kommissionen i, at dette ikke er tilfældet. I denne forbindelse skal der ligeledes her sondres mellem de to scenarier, der er nævnt i punkt 78 og 79 ovenfor.

103. Hvis kunstigheden består i den usædvanligt høje rentesats, der er fastsat i et ellers reelt koncerninternt lån, vil det i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet være korrekt at foretage en korrektion for så vidt angår den del af renteomkostningerne, der er højere end den sædvanlige markedsrente. Det ville gå ud over målet om at forhindre rent kunstige arrangementer at nægte ethvert fradrag for disse renter.

104. Hvis lånet derimod i sig selv savner enhver økonomisk og/eller forretningsmæssig begrundelse, og det aldrig ville være blevet optaget, hvis ikke det var for forholdet mellem selskaberne og den skattefordel, der søges opnået, er det fuldt ud logisk og forholdsmæssigt at nægte fradrag for hele renteudgiften og ikke blot en del heraf. Et sådant rent kunstigt arrangement skal skattemyndighederne se bort fra, når de opgør den skyldige selskabsskat. Uden lånet er der ingen renter at fradrage.

105. Hvis skattemyndighederne kun skulle afslå fradrag af en del af renteudgiften på lånet i det andet scenario, ville det rejse tvivl om sammenhængen i ordningen om bekæmpelse af misbrug. I sidste ende ville den skattepligtige, i strid med det mål, der forfølges, nemlig ende med at få en del af (eller endog hele) den skattefordel, der søges opnået gennem misbrug [60].

V. Forslag til afgørelse

106. På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 49 TEUF

skal fortolkes således, at

bestemmelsen ikke er til hinder for en national lovgivning, hvorefter renter på et lån optaget i en enhed, der er forbundet med den skattepligtige person, ikke kan fradrages ved opgørelsen af denne persons overskud, når indgåelsen af dette lån ikke i overvejende grad var forretningsmæssigt begrundet, men havde det formål at skabe en fradragsberettiget gæld, selv når den heri fastsatte rentesats ikke overstiger den sats, som ville være blevet aftalt mellem selskaber, der er uafhængige af hinanden. I denne situation bør rentefradraget afslås fuldstændigt.«

[60] – Domstolen adspurgte i retsmødet intervenienterne, om skattemyndighederne end ikke skulle betragte de renter, som det låntagende selskab betalte til det långivende selskab, som en (skjult) udlodning (jf. i denne retning punkt 92 ovenfor). Gjorde de det, ville det låntagende selskabs skattebyrde nemlig stige betydeligt, ikke blot fordi det skattepligtige overskud ikke kunne nedsættes med det betalte rentebeløb, men også fordi selskabet, ved at disse renter behandles som udloddet udbytte, afhængigt af de gældende skatteregler, kunne være forpligtet til at svare selskabsskat på tidspunktet for denne transaktion (jf. analogt dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 38 og 39). Det forekommer mig, at det, således som Kommissionen fremførte i retsmødet, faktisk ville være forholdsmæssigt og dermed foreneligt med EU-lovgivningen, hvis skattemyndighederne gjorde dette. Det tilkommer dog de nationale skattemyndigheder at tage stilling til, hvorledes renterne skal behandles, i lyset af deres nationale lovgivning (jf. analogt artikel 6, stk. 3, i direktivet om bekæmpelse af skatteundgåelse).